

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL  
DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA**  
Organización, imputación y causalidad

## CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OLEA

LUIS DíEZ-PICAZO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

AURELIO MENÉNDEZ

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

ORIOI MIR PUIGPELAT

LA RESPONSABILIDAD  
PATRIMONIAL  
DE LA ADMINISTRACIÓN  
SANITARIA  
Organización,  
imputación y causalidad

Prólogo de  
Tomàs FONT I LLOVET  
Catedrático de Derecho Administrativo



Primera edición, 2000

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2000, by Oriol Mir Puigpelat

Civitas Ediciones, S. L.

Ignacio Ellacuría, 3 - 28017 Madrid (España)

ISBN:84-470-1405-3

Depósito legal:M-21.479-2000

Compuesto en A. G. Cuesta, S. A.

Printed in Spain. Impreso en España

por Gráficas Rogar, S.A. Navacarnero (Madrid)

*A vosaltres, pares, en el  
record de les llargues  
converses del Tavola, i de  
tantes –tantes– altres coses*



## ÍNDICE

Nota previa .....	13
Abreviaturas utilizadas .....	15
Prólogo .....	17
Introducción .....	29
1. PELIGROS DEL ACTUAL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRI- MONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. ALGUNAS CI- FRAS RELATIVAS AL VOLUMEN DE INDEMNIZACIONES GENERADO POR LA SANIDAD PÚBLICA .....	29
2. DELIMITACIÓN POSITIVA Y NEGATIVA DEL OBJETO DE ESTUDIO ..	42
<b>Capítulo I.—La imputación y la mal llamada relación de causalidad. Exposición y crítica de los conceptos de causalidad e imputación desarrollados por la doctrina administrativista española dominante. Propuestas alternativas .....</b>	<b>49</b>
1. IMPUTACIÓN Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA DOCTRINA ADMINISTRATIVISTA ESPAÑOLA DOMINANTE .....	51
1.1. <i>Imputación</i> .....	51
1.2. <i>Relación de causalidad</i> .....	56
2. CRÍTICA DE LOS CONCEPTOS DE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN DESARROLLADOS POR LA DOCTRINA ADMINISTRATIVISTA ESPAÑOLA DOMINANTE.....	59
2.1. <i>Consideraciones generales</i> .....	59
2.2. <i>Crítica al concepto de imputación y formulación alternativa</i> .....	62
2.3. <i>Crítica al concepto de causalidad y formulación alternativa</i> .....	66
2.3.1. Se trata de una construcción poco desarrollada .....	66
2.3.2. Se trata de una construcción que desconoce los avances experimentados en otras ramas del Derecho.....	68
2.3.3. Se trata de una construcción poco congruente con sus propios postulados .....	78
3. RECAPITULACIÓN Y PLAN A SEGUIR .....	79

<b>Capítulo II.—La naturaleza jurídica de los principales entes prestadores de asistencia sanitaria pública y el régimen de responsabilidad a que quedan sometidos. Diversidad de formas organizativas y uniformidad de la responsabilidad frente a los ciudadanos .....</b>	<b>83</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	83
2. INSALUD .....	87
2.1. <i>La naturaleza jurídica de las entidades gestoras de la Seguridad Social. La incidencia de la LOFAGE.</i>	87
2.2. <i>Su régimen de responsabilidad extracontractual .....</i>	91
3. SERVICIOS DE SALUD AUTONÓMICOS .....	93
3.1. <i>Enumeración, regulación y naturaleza jurídica de los creados hasta el momento .....</i>	93
3.2. <i>Su régimen de responsabilidad extracontractual. La necesidad de un único régimen de responsabilidad extracontractual para todos los entes públicos .....</i>	96
4. FUNDACIONES, SOCIEDADES MERCANTILES Y OTROS ENTES CON PERSONALIDAD JURÍDICO-PRIVADA TRAS LOS CUALES SE ENCUENTRA UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	106
4.1. <i>La proliferación de este tipo de entes en el marco de la sanidad pública .....</i>	106
4.2. <i>Naturaleza jurídica y régimen de responsabilidad extracontractual a que quedan sometidos. Responsabilidad extracontractual de la Administración matriz...</i>	114
5. CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA .....	124
5.1. <i>La gestión indirecta de la sanidad pública .....</i>	124
5.2. <i>Responsabilidad extracontractual del contratista y de la Administración contratante .....</i>	126
6. RECAPITULACIÓN .....	136
 <b>Capítulo III.—Imputación de primer nivel: imputación de conductas a la Administración sanitaria .....</b>	 <b>141</b>
1. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE PRIMER NIVEL, EN GENERAL .....	141
1.1. <i>Fundamentación dogmática y normativa de los dos títulos de imputación de primer nivel básicos .....</i>	141
1.2. <i>Individualización y fundamentación de un tercer título de imputación de primer nivel: la sumisión al poder de dirección de la Administración .....</i>	154
2. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE PRIMER NIVEL BÁSICOS, EN PARTICULAR .....	158



2.1.	<i>La inserción en la organización administrativa</i> .....	158
2.1.1.	Delimitación positiva y negativa. La inserción en la organización administrativa y la relación de dependencia del artículo 1.903.4 CC .....	158
2.1.2.	La inserción en la organización administrativa sanitaria .....	168
2.2.	<i>La actuación en ejercicio o con ocasión de las funciones</i> .....	172
2.2.1.	La perspectiva francesa: la <i>faute personnelle</i> ..	176
2.2.2.	Excurso: la actuación en ejercicio o con ocasión de las funciones de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad .....	182
2.2.3.	La actuación en el ejercicio o con ocasión de las funciones en el marco de la sanidad pública. La responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes como punto de referencia. El criterio de la ocasionalidad necesaria. Casuística jurisprudencial.	197

**Capítulo IV.—Imputación de segundo nivel: imputación del daño a la Administración sanitaria** .....

1.	INTRODUCCIÓN .....	217
1.1.	<i>La recepción de la teoría de la imputación objetiva en el Derecho civil español de la responsabilidad extracontractual</i> .....	219
1.2.	<i>La recepción de la teoría de la imputación objetiva en el Derecho administrativo español de la responsabilidad patrimonial</i> .....	224
2.	LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD .....	229
3.	FASE DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN SENTIDO ESTRICTO .....	244
3.1.	<i>Consideraciones generales</i> .....	246
3.2.	<i>La creación de un riesgo relevante a efectos de responsabilidad</i> .....	250
3.2.1.	No disminución del riesgo .....	250
3.2.2.	Creación de un riesgo no insignificante. El pensamiento de la adecuación .....	252
3.2.3.	Creación de un riesgo no permitido .....	262
3.2.3.1.	Funcionamiento fallido del servicio público: error imprudente y error no imprudente. El estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica .....	262

3.2.3.2.	Estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica y responsabilidad de la Administración por la transmisión del SIDA en centros públicos .....	285
A)	El descubrimiento del SIDA, de sus vías de transmisión y del virus que lo provoca. Los primeros test serológicos de detección del VIH .....	286
B)	La responsabilidad de la Administración sanitaria en los diferentes estadios de conocimiento científico del SIDA ..	293
3.2.4.	Riesgo no consentido: el consentimiento excluyente de la responsabilidad administrativa .	304
3.3.	<i>Realización del riesgo en el resultado. Fuerza mayor, intervención de la víctima y de terceros .....</i>	309
	<b>Epílogo: ¿hacia una reforma del sistema vigente de responsabilidad patrimonial de la Administración? .....</b>	319
	<b>Jurisprudencia citada .....</b>	323
	<b>Bibliografía citada .....</b>	331

## NOTA PREVIA

El presente libro tiene su origen en una memoria de licenciatura que defendí el día 20 de enero de 1999, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, ante un tribunal compuesto por el Dr. Rafael ENTRENA CUESTA, la Dra. Encarna ROCA I TRIAS y mi maestro, el Dr. Tomàs FONT I LLOVET. A todos ellos quiero expresar mi más sincero agradecimiento por sus valiosas observaciones y sugerencias.

Agradezco también a todos los compañeros y amigos del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona su ejemplo y ayuda constantes. Con mi maestro, el Dr. Tomàs FONT I LLOVET, tengo contraída una deuda de gratitud difícil de expresar en palabras. No es fácil saber agradecer en su justa medida el diálogo permanente, las reflexiones siempre certeras, el respeto intelectual, la enorme calidad humana. Ni, por supuesto, su disposición a prologar este libro, sumándole con ello un inestimable valor añadido.

\* \* \*

El presente trabajo, elaborado en el marco del Proyecto DGESIC PB97-0910 (*Un sistema policéntrico: pluralidad de Administraciones Públicas, Gobierno y Administración en el proceso de integración europea*), ha sido concluido en el mes de junio de 1999. Con posterioridad a dicha fecha han aparecido algunas aportaciones doctrinales importantes relacionadas con el objeto del mismo. Quisiera destacar, de entre ellas, el libro de Pablo SALVADOR CODERCH y Josep SOLÉ FELIU *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Madrid, Marcial Pons, 1999; el artículo de Pablo SALVADOR CODERCH y Juan Antonio RUIZ GARCÍA «Problemas de la responsabilidad civil en Derecho español», en *Europa e diritto privato*, núm. 2, 1999; el trabajo de Rafael ENTRENA CUESTA «Responsabilidad e inactividad de la Administración», en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis; CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio (Coord.), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públi-*

cos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo (Valladolid, 16-18 de octubre de 1997), Madrid, Marcial Pons, 1999; la monografía de José ESTEVE PARDO *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Barcelona, Ariel, 1999; el libro de Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999; el artículo de Luis MARTÍN REBOLLO «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre de 1999; la monografía de Marcos VAQUER CABALLERÍA *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Madrid, Marcial Pons/Universidad Carlos III, 1999; el artículo de Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN «La responsabilitat de les administracions sanitàries: algunes reflexions sobre la jurisdicció competent i la construcció dogmàtica de la responsabilitat administrativa», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 1999; el artículo de Jesús JORDANO FRAGA «La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de *responsabilidad objetiva* de las Administraciones públicas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 149, mayo-agosto de 1999; y el artículo de M.<sup>a</sup> Antonia ARIAS MARTÍNEZ «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: objetividad y relación de causalidad en la jurisprudencia reciente», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 15, diciembre de 1999.

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA.VV.	Autores varios.
Ar.	Marginal de los distintos repertorios de jurisprudencia de la editorial Aranzadi.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco.
CC	Código civil.
CDC	Centers for Disease Control.
CE	Constitución española de 1978.
CP	Código penal aprobado por la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
CPM	Código penal militar aprobado por la Ley orgánica 13/1985, de 9 de diciembre.
DA	Disposición Adicional.
DD.TT.	Disposiciones Transitorias.
DF	Disposición Final.
D-Ley	Real Decreto-Ley.
DOG	Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña.
DT	Disposición Transitoria.
FDA	Food and Drug Administration.
FF.JJ.	Fundamentos Jurídicos.
FJ	Fundamento Jurídico.
ICS	Instituto Catalán de la Salud.
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud.
INSERSO	Instituto Nacional de los Servicios Sociales.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
JAMA	The Journal of the American Medical Association.
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.
LEEA	Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958.
LEF	Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.
LGP	Ley General Presupuestaria; texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
LGSS	Ley General de la Seguridad Social; texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (con esta abreviatura se hace referencia tanto a la Ley de 1956 como a la de 1998).
LMRFP	Ley 30/1984, de 2 de agosto, sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública.
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
LOPJ	Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; texto refundido aprobado por el Decreto de 26 de julio de 1957.
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
<i>MMWR</i>	Morbidity and Mortality Weekly Report.
NIAID	National Institute of Allergy and Infectious Diseases.
RD	Real Decreto.
<i>RAP</i>	Revista de Administración Pública.
<i>REDA</i>	Revista Española de Derecho Administrativo.
RGCE	Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.
RRP	Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.
SCS	Servicio Catalán de la Salud.
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

## PRÓLOGO

*Se ha repetido asiduamente la idea de que mientras el paradigma jurídico del siglo XIX fue la idea de libertad, en el siglo XX que ahora termina la idea motriz de la construcción jurídica en la sociedad occidental ha sido la de responsabilidad. Y creo, en efecto, que así ha ocurrido. Responsabilidad como complemento indispensable y contrapartida, precisamente, del principio de libertad, al que equilibra en su exigencia moral y con el que edifica conjuntamente, de la mano de la igualdad, el gran principio de solidaridad que ha de presidir sin lugar a dudas el inicio del tercer milenio.*

*Traída la anterior apreciación al campo del derecho público, dos aspectos aparecen enseguida como protagonistas. Por un lado, la decantación, aún no completada, de una adecuada regulación de la responsabilidad de los ciudadanos ante la colectividad, en especial por los daños que el actuar individual y la dinámica del beneficio económico provocan en los bienes e intereses públicos. Del nacimiento, ya antiguo, de esta preocupación y de las respuestas normativas que se han dado en España me ocupé en un trabajo publicado hace diez años en las páginas de la «RAP» («RAP» núm. 123, 1990). A lo largo del siglo XX se ha ido desgranando, con grandes dificultades y sin una sistemática institucional coherente y eficaz, una serie de medidas resarcitorias que han encontrado en los últimos años un mayor desarrollo a consecuencia de la mayor preocupación social, y, por tanto, constitucional, por la protección medioambiental y el deber de reparación de los daños públicos de esta naturaleza. Pero la construcción de un verdadero sistema de responsabilidad por daños a lo público está todavía inacabada y, con ello, incompleto aún el derecho público de daños.*

*Por el contrario, el otro aspecto de la responsabilidad en el campo de lo público, el de los daños sufridos en los bienes privados a consecuencia de la actuación de la Administración, como es bien sabido de todos, ha llegado a constituir la efectiva pieza de cierre del sistema de garantías individuales, pieza*

*clave formalmente intachable que puede considerarse plenamente completada. No voy a extenderme en ello.*

*La doctrina española ha jugado un papel decisivo en la construcción, interpretación e integración de un completo sistema de responsabilidad con una finalidad decididamente garantista y reparadora; sistema que como es sabido deriva en lo fundamental de la legislación administrativa de la década de los cincuenta —Ley de Expropiación Forzosa, Ley de Régimen Jurídico— y que encuentra su encaje constitucional en 1978. Los nombres de E. García de Enterría, Jesús Leguina y Luis Martín Rebollo, entre otros muchos, simbolizan el conjunto de las aportaciones dogmáticas más relevantes en ese proceso constructivo. El propio Martín Rebollo acaba de formular en el número 150 de la «RAP» una clarificadora visión de conjunto de la evolución y de las perspectivas abiertas en el sistema de la responsabilidad patrimonial, destacando, justamente, que la perfección formal del sistema no impide, sino más bien al contrario, reclama, una reflexión profunda acerca de la función que efectivamente cumple.*

*En efecto, la dinámica expansionista de la intervención pública seguida a lo largo del último siglo ha multiplicado los beneficios y prestaciones recibidas por los ciudadanos de manera paralela al incremento del riesgo de sufrir daños derivados de esas mismas actividades administrativas. Ante esta situación, a un sistema de prestaciones sociales tendencialmente completo se le añadiría un sistema de seguro social público —la responsabilidad patrimonial de la Administración— que vendría, en múltiples aspectos y áreas de intervención, a duplicar aquellas garantías y a cubrir los riesgos inherentes.*

*Entre los varios fines que puede cumplir todo sistema de responsabilidad por daños, la aplicación de nuestro sistema de responsabilidad objetiva en el momento actual permite desplegar correctamente la función reparadora. Pero no es tan seguro que cumpla la función preventiva de disminución de los riesgos y de su coste —función que también puede exigirse a todo sistema de responsabilidad— habida cuenta de la ausencia prácticamente absoluta de consecuencias jurídicas efectivas sobre quien está*



*en condiciones de alterar pro futuro una determinada conducta generadora de riesgos y de efectos lesivos, incluida la ilusoria acción de regreso. Y, en fin, cada vez es más discutible que el sistema ejerza la función distributiva de los costes del bienestar entre la colectividad de una manera justa, acabando en no pocas ocasiones por atribuir más a quien más tiene.*

*Ante estas dudas se impone, pues, la reflexión. Reflexión que debe partir de una depuración técnica del funcionamiento del sistema y evitar así el deslizamiento simplista hacia soluciones regresivas. Y en este sentido es oportuno y ejemplar el libro de Oriol Mir que me complace prologar. Porque en este estudio está ausente todo prejuicio axiológico y se enfrenta, como primer paso de una línea de estudio más extensa y ambiciosa, con la comprobación del funcionamiento actual de uno de los elementos esenciales del sistema de responsabilidad como es el de la imputación. Comprobación que además se proyecta sobre un sector concreto de actuación que presenta una específica problemática, el sector sanitario. Y es en el curso de este tipo de análisis cuando se hace evidente que el marco general reúne unas características que hacen difícil avanzar en el perfeccionamiento del sistema para que cumpla equilibradamente con todas sus funciones.*

\* \* \*

*En este momento me quiero referir a una sola de estas características. Entre lo más discutible del actual sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas en España se encuentra, en mi opinión, su carácter único, uniforme y homogéneo. Uniforme tanto para todo tipo de daños que reciban todo tipo de sujetos —ciudadanos, empresas— a consecuencia de la actividad administrativa, como, sobre todo, carácter único y uniforme para todo tipo de actuaciones lesivas que de una forma u otra sean imputables a la Administración: esa cláusula famosa del funcionamiento de los servicios públicos, que engloba todo el actuar de la Administración. Es ésta una situación inusual respecto de los demás sujetos de derecho, que gozan de una diversidad de regímenes según el tipo de actuación o riesgo, y según el sector de actividad de que se trate. De modo que así se*

*coloca a la Administración, cuando de sujetos económicos se trata, en clara desventaja a consecuencia del monolitismo del objetivismo de su sistema de responsabilidad.*

*Cierto es que en la práctica seguida por la jurisprudencia de los Tribunales se ha matizado la aplicación del sistema y a menudo se ha ido a buscar el elemento de culpa o negligencia como punto determinante de la declaración de la responsabilidad, de manera que visto en su conjunto y en un análisis global, el funcionamiento del sistema de responsabilidad no es tan radicalmente uniforme y homogéneo. Aunque ello es, paradójicamente, uno de los puntos débiles del sistema, porque hace disminuir la garantía de previsibilidad que sería deseable en una institución jurídica de graves efectos económicos.*

*Así las cosas, creo que hay que introducir modulaciones en el sistema y pensar en ir admitiendo la posibilidad de asumir una suerte de escala de la responsabilidad que conduzca hacia la matización y gradualización de un régimen hasta hoy absolutamente uniforme. Una idea que he discutido largamente con el autor del libro que se presenta y con quien me complace coincidir en éste como en otros puntos.*

*En este sentido, no cabe duda que una primera gran distinción en la que se debe profundizar es aquella que tiene en cuenta el elemento objetivo de la actividad administrativa; es decir, la que permite distinguir entre aquellas actuaciones de la Administración con un contenido prestacional de estricta materialidad, objetivamente equiparables a actuaciones que pueden ser igualmente realizadas o ejecutadas por particulares; y aquellas otras actuaciones administrativas de contenido estrictamente jurídico, ya sea declarativo o constitutivo, que únicamente pueden ser producidas por una Administración pública en el ejercicio formalizado de potestades públicas, o por la falta del mismo.*

*Recordaba antes cómo las actividades materiales potencialmente dañosas que ha asumido la Administración alcanzan hoy día una dimensión extraordinaria. En muchas de ellas, la Administración se ha convertido en el primer agente del sector económico correspondiente. Sin ir más lejos, el libro que tenemos*

*entre las manos da buena muestra de lo que implica la prestación generalizada de asistencia sanitaria a una grandísima mayoría de la población, a través de los centros asistenciales y de las redes hospitalarias de utilización pública, prestación que, es evidente, genera sus propios riesgos añadidos. No insistiré en este caso, precisamente porque el libro de Oriol Mir Puigpelat habla muy contundentemente.*

*Pensemos en otro sector de intervención: por ejemplo, el de la construcción y provisión de infraestructuras y todo tipo de obras públicas, así como su posterior puesta en servicio y mantenimiento. Precisamente, la posición de la Administración como garante de la seguridad de las vías públicas de que es titular, la hace responsable de cualquier resultado lesivo en cuya causación concurra, de una u otra forma, el mal estado de la vía. Así, al coste del mantenimiento, se suma la obligación indemnizatoria en caso de daños. No es de extrañar, entonces, que en el contexto privatizador en que se mueve la actual reconsideración del papel de la Administración se plantee traspasar al sector privado la responsabilidad misma del mantenimiento, conservación y reparación de las carreteras, de modo que la Administración puede llegar a liberarse a la vez de la obligación general de efectuar —cuando no incluso de financiar— dicha actividad, y específicamente puede trasladar al empresario la responsabilidad por los daños producidos a consecuencia del mal estado de la vía pública.*

*Otros múltiples ámbitos de actuación reclaman asimismo la atención en función de específicas necesidades o riesgos peculiares. No hace falta detenerse en su enumeración. Lo que sí quiero ahora subrayar es el cambio radical de contexto en que se formulara la clásica admonición de Hauriou reflejando el sentimiento popular sobre la intervención del poder público: «Que actúe, pero que pague el perjuicio». Porque tal solución se planteaba inicialmente sobre todo como correctivo a la prerrogativa pública, a la intervención de autoridad, de naturaleza limitadora. Pero lo que allí era, y es, correctivo, puede acabar siendo duplicativo en el campo de las prestaciones positivas.*

*Y bien, en línea con esta necesidad de ir acotando los distintos supuestos de hechos lesivos que pueden merecer un tratamiento diferenciado en el régimen de la responsabilidad de la Administración, debe hacerse mención de la responsabilidad derivada de la anulación de actos administrativos. En este sentido vale la pena llamar la atención hacia una línea jurisprudencial que en los últimos años se viene produciendo en el seno de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, y que se concreta, entre otras, en Sentencias de 5 de febrero de 1996 (ponente Sieira Míguez), 4 de noviembre de 1997 (ponente Xiol Ríos) y más recientemente, de 28 de junio de 1999 (ponente Lecumberri Martí) que ofrece la oportunidad de su comentario.*

*De ellas, me interesa señalar la afirmación según la cual la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad —en concreto, la ausencia del deber de soportar el daño— «debe ser examinada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que éstos, en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo». El Tribunal Supremo apunta la interpretación de que «quizá por ello el legislador efectúa una específica mención a la anulación de actos y resoluciones administrativas tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad...».*

*Junto a esa consideración, de la casuística resuelta por la propia jurisprudencia, se subraya, «se conduce a incluir, según aprecia dicha Sala, como perjuicios necesitados de resarcimiento, en principio, aquellos que se generan en determinados supuestos en que la Administración previamente ha creado un riesgo, o se dan circunstancias similares a las propias de la culpa». Se observa, así, en esa línea una preocupación por no «romper» el sistema de la responsabilidad, pero sí afinar y modular su aplicación, y ello no por el simple casuismo sino mediante la delimitación de criterios más o menos estables o definidos inducidos de la propia expe-*

*riencia. Entre ellos figura la distinción entre anulación de actos y funcionamiento de los servicios públicos.*

*Habrá que decir, además, que esas sentencias, situadas ya en sede de responsabilidad por anulación de actos, dan un paso más y aventuran la idea de que la antijuridicidad de la lesión puede estar en conexión con el tipo de potestad administrativa ejercitada al dictar el acto anulado. En concreto, cuando se trate de una potestad discrecional (STS 28 de junio de 1999), o incluso con aplicación de conceptos jurídicos indeterminados (STS 4 de noviembre de 1997), cabe pensar en que «el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio» siempre que el mismo se haya mantenido «dentro de unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables» (STS 28 de junio de 1999).*

*Me parece de gran interés la línea discursiva empleada, no sólo por el resultado al que se llega, sino por el dato de efectuar una distinción en función de la naturaleza o carácter de la potestad administrativa ejercitada. Y en esa misma línea yo añadiría otra observación, relativa al carácter favorable o restrictivo de derechos de la potestad ejercida. Los tres casos resueltos por las Sentencias arriba citadas coinciden en tratarse de anulaciones de un acto denegatorio de una licencia, cuya concesión estaba sujeta a una determinada apreciación administrativa: apertura de farmacia, licencia de obras para granja avícola, autorización para exhibición cinematográfica.*

*En este tipo de casos, el acto anulado no habría roto el statu quo jurídico, sino sencillamente habría dejado de crear una situación jurídica, creación que dependería precisamente de una apreciación subjetiva a efectuar por la Administración. Si no se altera la situación, si no puede hablarse de denegación de un derecho preexistente, habría, parece ser, en el particular una situación neutra consistente en asumir las consecuencias económicas, para bien y para mal, de la valoración administrativa.*

*Si seguimos utilizando el criterio del tipo de potestad administrativa, podemos pensar, en cambio, que la solución sería distinta ante la anulación de actos restrictivos de derechos cuya*

*ejecución se hubiera ya producido, o, sobre todo, si se tratara de la anulación del acto de revisión de oficio de otro declarativo de derechos. En este último supuesto, en concreto, la potestad administrativa incorrectamente ejercida —la revisión de oficio— incide sobre una situación jurídica creada por la propia Administración o en todo caso por ella misma declarada, de modo que no es esgrimible un deber de soportar la lesión porque la Administración había practicado ya antes, al dictar el acto declarativo de derechos, una valoración o apreciación que luego es objeto de modificación.*

*En este sentido, la STS de 5 de febrero de 1996 destaca que para la valoración de la concurrencia de la antijuridicidad de la lesión puede ser de especial relevancia el dato de la «alteración o no de la situación jurídica en que el perjudicado estuviese antes de producirse la resolución anulada o su ejecución, ya que no puede afirmarse que se produzca tal alteración cuando la preexistencia del derecho no puede sostenerse al estar condicionado a la valoración, con un margen de apreciación subjetivo por la Administración de un concepto en sí mismo indeterminado».*

*He aquí, pues, una nueva vertiente del análisis de la realidad del daño antijurídico ante supuestos de anulación de actos. En todo caso, al llamar la atención acerca de las sentencias del TS citadas no ha de pasar desapercibido que la más antigua de ellas, la de 5 de febrero de 1996, iba acompañada de un voto particular discrepante que luego no ha tenido continuidad. De modo que se puede decir efectivamente que está abierta la brecha por la cual introducir criterios de modulación en la aplicación del sistema de responsabilidad. Modulación, en esta ocasión, como decía, del elemento de la antijuridicidad de la lesión, pero que es significativa, en sí, por lo que sirve como ejemplo del esfuerzo de depuración técnica en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración.*

\* \* \*

*En esta misma tónica se inscriben, como ya dije más arriba, aportaciones doctrinales como la que ha efectuado Oriol Mir. En esta ocasión se enfrenta al otro elemento esencial en un sistema*

*objetivo como el español como es la causalidad y su relación con la imputación. Situados en este campo específico, me parece de gran interés la aportación de criterios que conduzcan a una mayor objetividad en la apreciación de la concurrencia del requisito de imputación. En concreto, y no debo sustituir lo que desarrolla ampliamente el autor, la idea de la creación de un riesgo relevante, no insignificante para la producción del daño.*

*Naturalmente, en un ámbito de actuación tan característico como el sanitario, antes debe apurarse el análisis de cómo opera la causalidad material, que requiere, en la mayoría de las ocasiones, un contraste con las leyes de la naturaleza, contraste necesitado de un juicio de expertos. Juicio de expertos que no es fácil articular en condiciones de igualdad cuando quien reclama es, como sucede en esta materia, un simple ciudadano que normalmente no tiene la misma posibilidad de acceso al experto que la propia Administración causante de la lesión.*

*Por ello me parece necesario introducir procedimientos de incorporación del juicio técnico en materia sanitaria que garanticen la neutralidad del mismo, dotando de la independencia adecuada a los comités u organismos, actualmente insertos en la propia Administración sanitaria ordinaria, que intervienen en el reconocimiento y evaluación de los daños médicos producidos por la misma organización sanitaria. Naturalmente, una solución de este tipo es válida para aquellos casos concretos en que aparece este elemento técnico como relevante en la determinación de la causalidad y, en consecuencia, de la ulterior imputación. En cambio, en otros supuestos de actuaciones administrativas, como las denegaciones de licencias que han dado lugar a las Sentencias del Tribunal Supremo antes aludidas, el juicio técnico puede tener un papel muy distinto, acaso ninguno, y lo relevante no es la imputabilidad sino la antijuridicidad del daño.*

\* \* \*

*Se observa, en definitiva, una creciente preocupación en la doctrina y en la jurisprudencia para matizar, delimitar e incluso limitar el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. No se trata, como se cuida de insistir la Sentencia de 28*

*de junio de 1999 citada, de admitir la tesis del «margen de tolerancia» para juzgar la legalidad de la actuación administrativa. Porque aquí se juzga la legalidad del daño recibido, y con ello no se cuestiona el sistema de la responsabilidad objetiva. Esta línea es realmente apreciable, pero también encontrará sus límites de aplicación; por lo que se producirá inevitablemente la progresiva asimilación de la idea de la gradualidad y de la «escala» de la responsabilidad objetiva.*

*Y al hilo de estas consideraciones quiero insistir, para concluir, en el acierto y la calidad del trabajo que se presenta. Oriol Mir demuestra en este estudio su sólida formación dogmática y su inequívoca raigambre universitaria. Formado en el seno del Departamento de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona, ya ha publicado otras aportaciones en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y también en otros campos, y en el futuro inmediato dará frutos aún más maduros, resultado de su estancia de investigación doctoral en el Colegio de España de Bolonia. Sigue así una larga tradición de administrativistas procedentes de las universidades barcelonesas, a la que me honro en pertenecer, que siguiendo los referentes de profesores como Sebastián Martín-Retortillo o Rafael Entrena han completado su formación académica en aquella Universidad italiana, en un contexto de mutua influencia científica y cultural que tan espléndido resultado ha venido dando en el campo del Derecho administrativo. Los nombres de Fabio Roversi-Monaco o de Marco Cammelli, entre otros, son en este sentido de cita obligada. Como lo es especialmente, por su carácter casi emblemático, el de Luciano Vandelli, verdadera personificación de esta entrañable relación hispano-italiana que se simboliza magníficamente en su proclamación como Doctor Honoris Causa por la Universidad Complutense. A la satisfacción por este reconocimiento se une la de percibir en estudios de calidad como el presente la influencia de esa gran escuela.*

Barcelona, marzo de 2000.

Tomàs Font i Llovet  
Catedrático de Derecho Administrativo



**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL  
DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA**  
Organización, imputación y causalidad



## INTRODUCCIÓN

### **1. Peligros del actual régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Algunas cifras relativas al volumen de indemnizaciones generado por la sanidad pública**

La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria debe ser objeto de especial atención doctrinal. Cabe detectar cuatro factores que, combinados, pueden acabar disparando el volumen de indemnizaciones a satisfacer por parte de las distintas Administraciones sanitarias en concepto de responsabilidad extracontractual:

1. La socialización de la medicina. Se ha pasado de una sanidad privada a una sanidad pública. Actualmente, más de un 90 por 100 de las prestaciones sanitarias que se realizan en nuestro país se enmarcan en la sanidad pública<sup>1</sup>. Por ello, en casi todas las reclamaciones de responsabilidad extracontractual por daños producidos por asistencia sanitaria se planteará la responsabilidad de la Administración pública. La Administración sanitaria lleva a cabo, pues, un volumen ingente de prestaciones sanitarias.

2. La propia naturaleza de la actividad médica. La actividad médica es esencialmente peligrosa, ya que tiene por objeto la curación de pacientes aquejados de algún mal o enfermedad. El prestador de asistencia sanitaria se encuentra con un riesgo externo que debe intentar neutralizar, lo que (dada la perecedera naturaleza humana y la no infalibilidad de la medicina) no siempre es posible. La Administración sanitaria, por tanto, lleva a cabo una actividad esencialmente peligrosa, en la que los riesgos y los daños son cotidianos, habituales, a diferencia de lo que sucede en otros sectores de la actuación administrativa.

3. La sensibilización de los pacientes ante los daños causados por la asistencia sanitaria. Tradicionalmente, los pacientes

---

<sup>1</sup> CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 151.

aceptaban resignadamente los daños que la prestación sanitaria les pudiera producir. Desde hace unos años<sup>2</sup>, sin embargo, la situación se ha invertido, y se han multiplicado las reclamaciones de responsabilidad por lesiones causadas por la asistencia sanitaria, tanto pública como privada, hasta tal punto que algún autor ha hablado de la «rebelión de los pacientes»<sup>3,4,5</sup>.

---

<sup>2</sup> El punto de inflexión se produjo, en España, a finales de la década de los años setenta (CONDE, José, «La responsabilidad de la Administración y de los profesionales en la práctica médica», en AA.VV., *La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada*, Madrid, Fundación de Ciencias de la Salud/Ediciones Doce Calles, 1994, pp. 13-14).

<sup>3</sup> RUIZ VADILLO, Enrique, «La responsabilidad civil y penal de los médicos (especial referencia a los anestelistas)», en *Derecho y Salud*, vol. 3, núm. 1, enero-junio de 1995, p. 72.

<sup>4</sup> En mi opinión, este drástico cambio de actitud de los pacientes ante los daños que provoca la asistencia sanitaria obedece, entre otras, a las siguientes causas: en primer lugar, deriva de la pérdida de la relación de confianza tradicionalmente existente entre el médico y sus pacientes. La medicina hospitalaria y la necesaria especialización de los profesionales de la medicina han acabado, respectivamente, con los dos grandes presupuestos de la relación de confianza médica: la medicina domiciliaria y el tipo de médico generalista. La relación médico-paciente ha dejado de ser, pues, una relación íntima, de confianza, casi familiar, y se ha convertido en una relación aséptica e impersonal, para algunos deshumanizada. Ello comporta una menor inhibición por parte del paciente en el momento de reclamar indemnización.

En segundo lugar, es fruto de un mayor nivel de exigencia por parte de los pacientes, que reclaman un estándar de prestación del servicio cada vez más elevado; este mayor nivel de exigencia frecuentemente va unido a una fe ciega de los pacientes en las posibilidades de la medicina moderna, a la que consideran infalible y capaz de curar todos los males.

Una tercera causa de la nueva actitud de los pacientes es, sin duda, que han tomado conciencia (gracias a un mayor nivel cultural) de los derechos que les atribuye el ordenamiento jurídico (entre los que se encuentra el de ser indemnizados en caso de sufrir un daño que reúna determinados requisitos), y ya no temen ejercitarlos. Los ciudadanos de la España actual son conscientes, en definitiva, a diferencia de lo que ocurría en el régimen anterior, tanto de los derechos propios como de los deberes y responsabilidades ajenos. En el contexto de libertad y de defensa del individuo configurado de forma fundamental, esencial, por la Constitución española de 1978, el ciudadano ha perdido el miedo a las tradicionales manifestaciones de la autoridad, como la Administración o, incluso, los profesionales de la asistencia sanitaria, y reacciona ante los daños que éstas le puedan infligir, a través del mecanismo que el ordenamiento específicamente le concede: la reclamación de indemnización. Ya no hay miedo, sino derechos.

PEMÁN también cree que el aumento de la litigiosidad en el ámbito de la sanidad pública es fruto, entre otros factores, de un cambio cultural, caracterizado por la desaparición del clima de confianza tradicionalmente existente entre el médico y

(Nota 5 en pág. siguiente)

4. El carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración pública española, sanitaria y no sanitaria. Como es sabido, la doctrina administrativista española dominante<sup>6</sup> coincide en señalar que la normativa vigente (art. 106.2 CE, y, en su desarrollo, el art. 139.1 LRJPAC<sup>7</sup>), al no limitar el derecho de indemniza-

---

sus pacientes, y el menor conformismo de éstos ante los posibles resultados lesivos de la asistencia sanitaria (PEMÁN GAVÍN, Juan, «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», en *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, enero-junio de 1994, pp. 284-285).

<sup>5</sup> Como es lógico, no todos los operadores que de una forma u otra se ven afectados por el actual sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria valoran de la misma forma el incremento en el número de reclamaciones por parte de los pacientes. Así, mientras, p. ej., un jurista como MUÑOZ MACHADO lo considera una señal de «progreso», ya que significa que «las garantías de los ciudadanos que usan servicios de relevancia pública, dependen o no de alguna Administración Pública, son mayores» [MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (Algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil)», en JORGE BARREIRO, Alberto; GRACIA GUILLÉN, Diego (Dir.), *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo/Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 191], FORNÉS, Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, sostiene que «los profesionales de la medicina nos encontramos en una verdadera situación de alarma debido a la evolución del número de demandas contra médicos y a las desiguales y hasta caprichosas cuantías que se vienen fijando como indemnizaciones económicas, impuestas en las recientes sentencias judiciales» [FORNÉS RUIZ, José, en «La responsabilidad civil médica», en JORGE BARREIRO, Alberto; GRACIA GUILLÉN, Diego (Dir.), *Responsabilidad del personal sanitario*, op. cit., p. 137].

<sup>6</sup> El obligado punto de referencia lo constituye GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, cuyas ideas centrales en materia de responsabilidad patrimonial se encuentran ya en su artículo «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa», *Anuario de Derecho Civil*, tomo VIII, fascículo IV, octubre-diciembre de 1955, pp. 1023-1167.

Dichas ideas fueron recogidas posteriormente en su conocida obra *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, publicada inicialmente por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, en 1956, y reeditada por Civitas, Madrid, en 1984 (en el presente trabajo se citará la edición de Civitas).

Ambas obras han sido puestas al día, junto con Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 1998, pp. 351-428. Cuando haga referencia a los planteamientos teóricos de este autor citaré, en la medida de lo posible, dicha última obra, ya que es la que contiene su visión más reciente y actualizada de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como el mismo autor recuerda en su Prólogo a la edición de 1984 de *Los principios*.

<sup>7</sup> El Título X de la LRJPAC ha sido objeto, recientemente, de una importante reforma por parte de la Ley 4/1999, de 13 de enero. Esta Ley ha introducido importantes cambios en el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas

ción a los supuestos de daños causados por el funcionamiento *anormal* de los servicios públicos y extenderlo también a los ocasionados por su funcionamiento *normal*, somete a la Administración de nuestro país a un régimen de responsabilidad extracontractual de tipo objetivo, dando así continuidad a una línea única en Europa que se inicia en el año 1954 al aprobarse la LEF y continúa en 1957 con la LRJAE. Responsabilidad objetiva de tipo global, que alcanza a todas las Administraciones públicas españolas, con independencia de su ámbito material o territorial de actividad. Que la responsabilidad sea objetiva significa que no se requiere la existencia de culpa en el actuar administrativo para que nazca el deber de indemnizar, a diferencia de lo que establece el artículo 1.902 del Código civil (a pesar de la progresiva objetivación de que viene siendo objeto) para el resto de sujetos jurídicos<sup>8,9</sup>. Y ello, como es obvio, facilita enormemente el reconocimiento de indemnizaciones a favor de las víctimas.

---

contenido en la LRJPAC, pero ha dejado inalterado el referido artículo 139.1. Sigue vigente, por tanto, la fórmula que, con pequeños cambios en la redacción, ha venido fundamentando desde hace más de cuarenta años el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa española.

A lo largo del presente trabajo resultará necesario hacer referencia a algunas de las sin duda relevantes modificaciones llevadas a cabo por la Ley 4/1999. Para un examen conjunto y más detallado de dicha reforma remito a mi artículo «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1999.

<sup>8</sup> El artículo 1.902 del Código civil es la norma matriz, originaria, reguladora de la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio en nuestro ordenamiento jurídico, y de él se han ido desgajando supuestos específicos de responsabilidad, que han pasado a ser regulados en normas especiales.

La responsabilidad patrimonial de la Administración no es más que una de las variantes específicas de la responsabilidad civil extracontractual, aunque, como recuerda PARADA VÁZQUEZ, Ramón, en *Derecho Administrativo, I, Parte General*, 8.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 690, históricamente, mientras no hubo una regulación propia de la responsabilidad administrativa, «fracasó la construcción de la responsabilidad del Estado sobre la regulación de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código civil». Efectivamente, como sostiene COSCULLUELA MONTANER, Luis, en *Manual de Derecho Administrativo, I*, 5.ª ed., Madrid, Civitas, 1994, p. 502, mientras la única regulación de la responsabilidad patrimonial estuvo contenida en el Código civil, la jurisprudencia, apoyándose en la anterior literalidad del artículo 1.903.5 CC, sólo obligaba a responder al Estado cuando el daño lo hubiera causado un «agente especial», acudiendo, en el supuesto

El volumen de indemnizaciones que vienen satisfaciendo las distintas Administraciones sanitarias en concepto de responsabilidad patrimonial no es, sin embargo —de momento—, alarmante. Así se desprende de los datos recabados de las distintas Administraciones sanitarias. Detengámonos en el examen de las magnitudes generadas en el marco del Servicio Catalán de la Salud, ente competente para dirigir, financiar y organizar la sanidad pública en Cataluña<sup>10</sup>.

Para mayor claridad se ha confeccionado la siguiente tabla<sup>11</sup>:

---

de daño ocasionado por un funcionario o autoridad, al artículo 1.902 CC, aunque no para fundamentar la responsabilidad de la Administración, sino exclusivamente la del funcionario o autoridad causante del daño. Ante esta incapacidad de nuestra jurisprudencia para superar la literalidad del Código civil y elaborar un régimen específico de responsabilidad administrativa a partir de los principios extraíbles de la regulación iusprivatista (contenida básicamente en los arts. 1.902 —responsabilidad por hecho propio— y 1.903 —responsabilidad por hecho ajeno— del Código civil), tuvo que ser el legislador el que configurara dicho régimen (básicamente, en la normativa citada más arriba).

El artículo 1.902 CC establece que «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Aunque la jurisprudencia y doctrina civilistas vienen, desde hace ya tiempo, objetivando dicho precepto a través, principalmente, de los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba de la culpa y de la elevación del nivel de diligencia requerido, es indiscutible que el artículo 1.902 CC sigue exigiendo culpa para que nazca la obligación de indemnizar, como por otra parte ha reconocido recientemente el propio Tribunal Supremo [en, p. ej., las SSTs (Sala 1.ª) de 9 de marzo de 1998 (Ar. 1270; véanse su FJ 3.º y las SSTs allí citadas), 9 de junio de 1997 (Ar. 4734; véanse su FJ 3.º y las SSTs allí citadas) y 15 de febrero de 1995 (Ar. 851; tanto en sus FF.JJ. como, especialmente, en el voto particular que incluye)].

<sup>9</sup> También los sujetos particulares están sometidos en determinadas ocasiones (cuando así lo establezca expresamente una norma que excepcione lo dispuesto con carácter general por el art. 1.902 CC) a una responsabilidad extracontractual de tipo objetivo. Pero se trata de una responsabilidad puntual, que no alcanza a toda su actividad, sino sólo a determinadas parcelas de la misma: la conducción de vehículos a motor (en relación a los daños a las personas), la fabricación o distribución de productos defectuosos, la tenencia de animales, etc. La responsabilidad de la Administración, en cambio, es siempre objetiva, alcanza a toda su actividad. Así, mientras la responsabilidad de los centros sanitarios privados pivota sobre la culpa, la de los centros sanitarios públicos no.

<sup>10</sup> La naturaleza jurídica de los distintos Servicios Autonómicos de Salud, así como su esencial papel en el seno del actual Sistema Nacional de Salud, será examinado *infra*, en el capítulo segundo del presente trabajo.

<sup>11</sup> La cifras que a continuación se exponen han sido suministradas por el Área Jurídica y de Organización del Servicio Catalán de la Salud.

**TABLA 1**  
**Evolución del número de reclamaciones de responsabilidad por los daños ocasionados por la asistencia sanitaria pública catalana ante el Servicio Catalán de la Salud (SCS) y el Instituto Catalán de la Salud (ICS), así como del importe global reclamado**

		Reclamaciones administrativas y civiles	Importe reclamado (pesetas)
1994	ICS	57	1.723.547.317
	SCS	27	507.102.763
1995	ICS	81	1.000.000.000
	SCS	48	939.916.828
1996	ICS	117	1.500.000.000
	SCS	72	1.169.503.152

En esta tabla se recogen tanto las reclamaciones de responsabilidad patrimonial como las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles dirigidas contra el Servicio Catalán de la Salud (SCS) y contra el Instituto Catalán de la Salud (ICS).

En la Instrucción 18/1993, dictada por el Director del Servicio Catalán de la Salud, se establece que el procedimiento administrativo correspondiente a las reclamaciones previas a la vía judicial civil y a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por usuarios de centros gestionados por el Instituto Catalán de la Salud será instruido por el Instituto Catalán de la Salud, mientras que el relativo a las formuladas por usuarios de centros adscritos al Servicio Catalán de la Salud será instruido por éste.

En el capítulo segundo del presente trabajo se hará referencia a la naturaleza jurídica del Servicio Catalán de la Salud. En cuanto al Instituto Catalán de la Salud, baste decir que según el artículo 2.2 de la Ley que lo crea, la Ley catalana 12/1983, de 14 de julio, de Administración Institucional de la Sanidad, y de la Asistencia y los Servicios Sociales de Cataluña, dicho Instituto «[tiene] personalidad y naturaleza de Entidad Gestora de la Seguridad Social y [goza] de plena capacidad jurídica y de capacidad patrimonial en los términos establecidos por el Estatuto de Cataluña y por toda otra normativa que [le] sea aplicable». Tras la entrada en vigor de la Ley catalana 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria, por la que se crea el Servicio Catalán de la Salud, el Instituto Catalán de la Salud ha perdido (y seguirá perdiendo, a medida, que el SCS vaya asumiendo las funciones que dicha Ley le encomienda —véanse las DD.TT. de dicha Ley catalana—) en beneficio de aquél, gran parte de sus funciones. En este sentido, el Decreto catalán 131/1994, de 30 de mayo, por el que se establece el régimen jurídico y se despliegan la estructura y la organización centrales del SCS, en desarrollo de la Ley 15/1990, establece, en su DT 1.ª, que «mientras no se produzca la integración plena en el Servicio Catalán de la Salud de los centros, los establecimientos, los programas y las actuaciones del Instituto Catalán de la Salud, de acuerdo con lo que prevé la disposición transitoria 2.ª.4 de la Ley 15/1990, de 9 de julio, este Instituto restará adscrito al Servicio, quien ejercerá las funciones de dirección, vigilancia y tutela».



Resulta interesante señalar que el SCS tiene suscrita una póliza de seguro que cubre las indemnizaciones que deban satisfacer tanto el SCS como el ICS en concepto de responsabilidad por el funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria. La prima correspondiente a dicha póliza ascendió, en 1996, a un importe de 390.438.579 pesetas.

De los datos ofrecidos pueden extraerse diversas conclusiones.

En primer lugar, que existe un evidente y constante incremento en el número de reclamaciones dirigidas contra las Administraciones llamadas a responder por los daños que genere la asistencia sanitaria pública en Cataluña. Así, entre 1994 y 1995 el incremento global de reclamaciones fue de un 53,56 por 100 (se pasó de 84 reclamaciones, en total, sumadas las dirigidas contra el SCS y el ICS, en 1994, a 129 en 1995), mientras que entre 1995 y 1996 el aumento alcanzó el 46,51 por 100. Nótese, sin embargo, que el incremento en el número de reclamaciones observable en el período analizado no se traduce en un incremento de la misma proporción en el importe de las cantidades reclamadas. En efecto, entre 1994 y 1995 no sólo no existe un incremento en dicho importe en el mismo porcentaje, sino que lo que se produce es una disminución, concretamente del 13,04 por 100 (de un importe global, sumando los importes reclamados tanto al SCS como al ICS, de 2.230.650.080 ptas., en 1994, se pasó, en 1995, a un importe global reclamado de 1.939.916.828 ptas.), mientras que en 1996 se produce un incremento del 37,59 por 100 respecto a 1995 y un incremento del 19,68 por 100 respecto a 1994 (el importe global en 1996 asciende a 2.669.503.152 ptas.). Ello pone de manifiesto que el importe medio por reclamación se muestra, en el período examinado (1994-1996), decreciente. En este sentido, así como el importe medio de dichas reclamaciones ascendía, en 1994, a 26.555.358 ptas., en 1995 disminuyó a 15.038.114 ptas. y, finalmente, en 1996, a 14.124.355 ptas. Naturalmente, esta categoría estadística del importe medio por reclamación debe ser tomada en consideración con todas las precauciones inherentes a las cifras medias, ya que en la práctica muchas de las reclamaciones no superan las 100.000 ptas. y otras, en cambio, rebasan los 100 millones.

En segundo lugar, en cuanto a las cifras reseñadas en la tabla adjunta, resulta obvio, aunque necesario, advertir que se trata de cantidades *reclamadas*, y no necesariamente satisfechas. Es decir, que el importe de estas cantidades es un indicador tan solo aproximado del coste que para las Administraciones examinadas tiene el actual sistema de responsabilidad patrimonial sanitaria, ya que no tienen por qué coincidir con las cantidades efectivamente satisfechas por la Administración; porque es posible, en este sentido, que víctima y Administración pacten una indemnización, que será normalmente bastante inferior a la reclamada, o bien que el reclamante desista de su pretensión, o bien que los tribunales otorguen una cantidad menor<sup>12</sup>, o bien, en último lugar (aunque no por ello menos frecuente), que la Administración sea excusada de responsabilidad en sede jurisdiccional. Sin embargo, no ha sido posible obtener la cifra correspondiente al importe de las indemnizaciones *efectivamente* satisfechas por las Administraciones objeto de estudio, entre otras razones porque la lentitud de la justicia, especialmente del orden contencioso-administrativo, provoca que haya muchas reclamaciones pendientes de resolución judicial.

Resulta determinante, no obstante, a este respecto, la cifra antes enunciada relativa al importe de la prima que anualmente satisface el SCS a la compañía de seguros que asegura tanto al SCS como al ICS de la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir por reclamaciones de daños causados por la asistencia sanitaria: en 1996 este importe fue de 390.438.579 ptas. Teniendo en cuenta que las compañías de seguros son entidades con ánimo de lucro que persiguen un rendimiento empresarial con su actividad y que, por tanto, calculan las primas a satisfacer por sus clientes preveyendo un determinado margen de beneficio, hay que, por un lado, presumir que la cifra efectivamente

---

<sup>12</sup> La cantidad que concedan los tribunales no podrá ser, en virtud del principio de congruencia procesal, mayor a la solicitada por el demandante, aunque sí inferior, que es lo que suele ocurrir en nuestro país, donde, a diferencia de otros países, como, p. ej., los Estados Unidos de América (donde existen los llamados «daños punitivos», que elevan mucho las indemnizaciones al constituir una sanción a la conducta negligente del causante del daño), los tribunales otorgan una valoración muy baja a los daños morales y exigen una minuciosa prueba de los daños materiales.

satisfecha por la aseguradora de las Administraciones estudiadas, en 1996, no alcanzó el importe de la prima del seguro señalada, y, por otro, constatar que existe la certeza de que dicho importe es superior al volumen de indemnizaciones pagado por las citadas Administraciones en 1995 (ya que con toda probabilidad la compañía de seguros calculó la prima a satisfacer por el SCS en 1996 con base en las cantidades efectivamente retribuidas a las víctimas en 1995). En cualquier caso, el SCS (y debido a que también queda cubierto por la póliza —aunque no pague la prima—, el ICS), gracias al hecho de estar asegurado, sólo tiene que pagar la prima por el importe descrito, con independencia del volumen de indemnizaciones que su actividad genere realmente, siendo la compañía aseguradora la que, en ejercicio de su objeto empresarial, asuma el riesgo de que se origine un montante total de indemnizaciones superior al importe de la prima recibida de la Administración<sup>13, 14</sup>.

El ejemplo del SCS y las magnitudes indemnizatorias que el mismo genera confirman lo que se ha dicho: hasta la fecha, el coste producido por el vigente sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se ha movido dentro de límites razonables y presupuestariamente asumibles. En efecto, no puede sostenerse, a mi juicio, que la cifra de 390 millones de pesetas anuales pagada por el SCS en concepto de prima de la póliza del seguro sea elevada, y mucho menos desmesurada, sobre todo

---

<sup>13</sup> Naturalmente, como en todo contrato de seguro de responsabilidad civil, existen unos límites, franqueados los cuales la compañía aseguradora no responde, debiendo asumir el SCS la diferencia entre dicho importe límite y la indemnización que efectivamente deba satisfacerse a la víctima. Los límites existentes en el contrato suscrito por el SCS son dos: el primero de ellos hace referencia al importe a satisfacer por la compañía aseguradora por cada siniestro, y está fijado en la cifra de 150 millones de pesetas; el segundo de los límites se refiere al volumen global de indemnizaciones a satisfacer por la compañía aseguradora anualmente, y consiste en la cifra de 2.500 millones de pesetas.

<sup>14</sup> En los casos en que la Administración llega a un acuerdo indemnizatorio con la víctima, dicho acuerdo está supeditado a su aprobación por parte de una comisión de seguimiento prevista en el contrato de seguro de responsabilidad civil suscrito por el SCS y compuesta paritariamente por miembros del SCS, del Colegio de Médicos (porque la misma compañía aseguradora también asegura la responsabilidad civil del personal sanitario, de modo que la póliza que cubre a éste y la que cubre al SCS se complementan), de la compañía aseguradora y de las corredurías de seguros intervinientes.

si la comparamos, por un lado, con el presupuesto que manejan las Administraciones descritas, y, por otro, con el volumen de indemnizaciones que las Administraciones públicas, en general, deben satisfacer en sectores de actividad distintos del sanitario<sup>15</sup>.

Pero la potencialidad expansiva del sistema es evidente. Someter a un régimen de responsabilidad objetiva un sector de actividad administrativa como el sanitario, en el que se producen daños constantemente —de forma imprudente o no imprudente—, puede generar un volumen indemnizatorio inasumible. Si hasta el momento ello no se ha producido, quedando la Administración sanitaria obligada a indemnizar sólo en los reducidos términos expuestos, ha sido porque la jurisprudencia no ha llevado casi nunca a sus últimas consecuencias el amplísimo sistema de responsabilidad previsto normativamente. En efecto, la jurisdicción civil (que ha conocido de reclamaciones de responsabilidad en materia de asistencia sanitaria pública en mayor número de ocasiones que la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>16</sup>), somete casi invariablemente a las Administraciones sanitarias demandadas al régimen de responsabilidad contenido en el Código civil, condenándolas, por tanto, sólo cuando se constate que ha existido culpa en la producción del resultado lesivo. Las jurisdicciones laboral y contencioso-administrativa, por su parte, pese a proclamar enfáticamente que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas —también de la sanitaria— es de tipo objetivo, en la práctica obligan a indemnizar a las víctimas sólo cuando se demuestre que ha existido un funcionamiento *anormal* del servicio público. No se da efectividad, pues, al menos en materia sanitaria, al carácter objetivo de la responsabilidad administrativa. CUETO, en este sentido, señala que sólo ha habido una única STS que declare la responsabilidad

---

<sup>15</sup> En un artículo publicado en las pp. 16-17 del suplemento titulado «Domingo» del periódico *El País* del día 18 de enero de 1998, se afirma que el Estado, en esa fecha, era objeto de reclamaciones judiciales de responsabilidad patrimonial, por todos los conceptos, por un importe superior al billón de pesetas (concretamente, y de forma aproximada, 1.100.000.000.000 de ptas.).

<sup>16</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», en *REDA*, núm. 91, julio-septiembre de 1996, p. 412. Obsérvese, a medida que se avance en la lectura del presente trabajo, que la gran mayoría de las SSTs que irán siendo citadas, en materia de responsabilidad de la Administración sanitaria, procede de la Sala de lo Civil.

patrimonial de la Administración por el funcionamiento *normal* del servicio público de asistencia sanitaria<sup>17</sup>.

Si la jurisprudencia rectifica su posición, y comienza a condenar a la Administración por los daños que ocasione el funcionamiento normal del servicio público de asistencia sanitaria, se dispararán, sin duda alguna, las indemnizaciones. Esta posibilidad preocupa a un creciente sector doctrinal, que considera que debería limitarse el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sanitaria y no sanitaria, si no se quiere que el montante global a satisfacer en concepto de indemnizaciones devenga inasumible económicamente y comporte la desmantelación por bancarrota de los distintos servicios públicos<sup>18</sup>.

No les faltan argumentos a los autores que se muestran críticos con la amplitud que la doctrina administrativista de nuestro

<sup>17</sup> Se trata de la STS (Sala 3.ª) de 14 de junio de 1991 —Ar. 5115— (CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, *op. cit.*, p. 357). Esta STS, al condenar a la Administración sanitaria pese a constatar que el médico causante del daño actuó conforme a la *lex artis* (esto es, sin culpa), ha suscitado gran interés en la doctrina. Esta STS y la doctrina que la ha comentado será examinada *infra*, en el epígrafe 3.2.3 del capítulo cuarto del presente trabajo.

<sup>18</sup> Hace ya tiempo, en realidad, que existen autores críticos con la amplitud que la doctrina dominante otorga a la responsabilidad de nuestra Administración, y que proponen que se matice (limitándolo) el carácter objetivo de ésta. Entre ellos destaca, sin duda, GARRIDO FALLA (p. ej., en GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 7.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 258-265. Y, más expresamente, en la 10.ª ed., Madrid, Tecnos, 1992 —a lo largo del presente trabajo se citará esta 10.ª ed.—, pp. 261-273. En la p. 263 de esta edición, GARRIDO considera que no debe nacer la responsabilidad administrativa cuando el servicio público de asistencia sanitaria haya funcionado correctamente). Más tímidamente, advirtió de ciertos peligros SÁNCHEZ MORÓN (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración», en *REDA*, núm. 7, octubre-diciembre de 1975, p. 647).

Sin embargo, sólo a partir de la irrupción de un civilista, PANTALEÓN, en el Derecho administrativo de la responsabilidad, ha encontrado la crítica al sistema de responsabilidad objetiva un mayor número de adhesiones entre los administrativistas españoles. La crítica de PANTALEÓN a la postura dominante (vertida, p. ej., en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 65-91) es suscrita, en mayor o menor medida, por PAREJO, JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA (en PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, 4.ª ed., Barcelona, Ariel, 1996, pp. 543 y 548), PARADA (en PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, I, ..., op. cit.*, pp. 696-697 y 704) o el propio GARRIDO FALLA, (en su Ponencia presentada en las Jornadas de Estudio dedicadas a la reforma de la LRJPAC celebradas en Sevilla los días 23 y 24 de febrero de 1997,

país viene concediendo tradicionalmente a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública española. Creo, efectivamente, que ha llegado el momento de que nuestra doctrina aborde en profundidad el debate acerca de cuál debe ser el *fundamento* de la responsabilidad administrativa y cuáles deben ser sus *límites*; debe discutirse seriamente, teniendo muy en cuenta

---

este autor propuso la supresión de los adjetivos «normal» y «anormal» del art. 139.1 LRJPAC, de modo que pasara a contener la misma expresión que el art. 106.2 CE. Véase, a este respecto, AA.VV., *Jornadas de estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992. Jornadas celebradas en Sevilla los días 23 y 24 de febrero de 1997*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas/Ministerio de la Presidencia, 1997, pp. 41-42; este mismo autor reitera su propuesta de reforma del art. 139.1 LRJPAC en «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», *REDA*, núm. 94, abril-junio de 1997, pp. 185-188), MARTÍN REBOLLO, a su vez, tras manifestar ciertas dudas y preocupaciones en MARTÍN REBOLLO, Luis, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid, Civitas, 1991, pp. 2793 y ss., se ha distanciado de la doctrina dominante en MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», en *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, enero-junio de 1994, pp. 29-33 y 42-43 [párrafos críticos transcritos luego en MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: nota introductoria», en MARTÍN REBOLLO, Luis (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 19-23], artículo publicado en el número de *Documentación Administrativa* en que apareció por primera vez la crítica de PANTALEÓN a la interpretación tradicional.

Esta doctrina crítica ha provocado que los principales sostenedores del amplísimo sistema vigente de responsabilidad administrativa hayan matizado su postura. En efecto, en la quinta edición de su *Curso*, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ afirman que «Es probablemente en este punto [la delimitación del concepto técnico-jurídico de lesión resarcible] donde se encuentra el origen de los equívocos, excesos y malentendidos que han venido a proyectar una cierta sombra sobre el sistema legal en los últimos años. Es posible, incluso, que a esos equívocos y malentendidos hayan contribuido algunas afirmaciones nuestras, que formulamos en términos demasiado rotundos, quizás, en ediciones anteriores de esta obra en nuestro afán de hacer inteligible un sistema legal que tan llamativamente se aparta de los planteamientos tradicionales. Iremos, pues, con cuidado ahora». Y, a continuación, llevan a cabo una importante limitación de la responsabilidad administrativa a través no ya de la matización de su carácter objetivo, sino de la depuración del concepto de lesión indemnizable y la subordinación de su existencia a la ausencia de causas de justificación (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, op. cit., pp. 372-374).

Conviene destacar que las dudas sobre el actual sistema de responsabilidad patrimonial han surgido precisamente en el ámbito de la asistencia sanitaria pública (así ocurre, sobre todo, en la obra de PANTALEÓN), si bien han sido extendidas al resto de sectores de la actividad administrativa.

los condicionantes económicos existentes y las *funciones* que se quieran atribuir a la responsabilidad de nuestras Administraciones públicas, si cabe mantener una responsabilidad objetiva genérica como la actual, o si resulta preferible (como ocurre — es preciso recordarlo — en los países de nuestro entorno cultural) reservarla sólo para determinados sectores de la actividad administrativa, convirtiendo a la responsabilidad por culpa en la regla general.

Porque la Administración de nuestros días no es la Administración de los años cincuenta que sirvió de base a la teorización de la responsabilidad objetiva todavía dominante en nuestro país: la Administración actual, propia de un Estado social (art. 1.1 CE), despliega una actividad ingente, generadora de múltiples riesgos y daños, ya no se limita a cumplir las funciones mínimas encomendadas por un Estado modesto a la Administración regulada por la LEF y la LRJAE. Y porque tampoco los administrados son los mismos que entonces: los ciudadanos actuales conocen sus derechos y no tienen miedo a ejercitarlos, saben que la normativa establece una responsabilidad administrativa de tipo objetivo y no dudan en exigirla. El régimen de responsabilidad, por tanto, debe adaptarse a las nuevas coordenadas.

Debe tenerse presente, en todo momento, sin embargo, que el acabado de apuntar es un debate *de lege ferenda*, es un debate sobre los límites que *debería* tener nuestro sistema de responsabilidad. Pues *de lege lata* la situación es, en mi opinión, bastante clara: la Administración pública española está sometida por la normativa vigente a un régimen de responsabilidad objetiva que no admite excepciones. El artículo 139.1 LRJPAC, como ya hicieran en su momento el artículo 121.1 LEF y el artículo 40.1 LRJAE, declara expresamente el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por todos los daños que deriven no sólo del funcionamiento anormal de los servicios públicos, sino también de su funcionamiento *normal*. No se introduce ninguna excepción en atención a la naturaleza de la actividad administrativa. Por tanto, siempre que la Administración produzca un daño que cumpla las exigencias de los artículos 139.2 y 141.1 LRJPAC, deberá indemnizarlo, por muy correctamente que haya funcionado el servicio público. Nada parece indicar, por lo demás, que

vaya a cambiar esta situación normativa. Por de pronto, sigue siendo la misma tras la importante reforma de la LRJPAC que acaba de ser aprobada. En efecto, como ya se ha visto, la Ley 4/1999, de modificación de la LRJPAC, ha dejado inalterado el artículo 139.1 de dicha Ley<sup>19</sup>. El régimen de responsabilidad objetiva de la Administración pública española sigue teniendo, pues, la misma amplitud tras la reciente reforma de la LRJPAC<sup>20</sup>.

## 2. Delimitación positiva y negativa del objeto de estudio

Pasemos ahora a delimitar positiva y negativamente el objeto de estudio del presente trabajo.

No se entrará en el importante y sugerente debate acabado de apuntar, relativo a si debe mantenerse o no el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa; debate que, como se ha dicho, hunde sus raíces en el fundamento y las funciones de la responsabilidad de la Administración pública y, como tal, constituye uno de los puntos cruciales de todo Estado de Derecho.

Aquí se perseguirá un objetivo más modesto. Partiendo de la normativa vigente, que somete de forma inequívoca a la Administración española a una responsabilidad de tipo objetivo, se intentará delimitar del modo más preciso posible dos de los requisitos necesarios para que nazca la responsabilidad administrativa: la imputación y la —a mi juicio mal llamada— relación de causalidad.

La finalidad última del trabajo consiste en reconducir la responsabilidad objetiva de la Administración pública a sus justos

---

<sup>19</sup> Véase, *supra*, la nota núm. 7.

<sup>20</sup> De hecho, tiene una amplitud aún mayor. Pues, como veremos con mayor detenimiento en el capítulo segundo, la Ley 4/1999 modifica el artículo 144 LRJPAC y somete a las Administraciones públicas a responsabilidad objetiva incluso cuando actúen en relaciones de Derecho privado.

Por otro lado, en el capítulo cuarto veremos que la modificación del artículo 141.1 LRJPAC no altera el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa y posee un alcance más aparente que real.



límites, unos límites un tanto difusos en la actualidad. Responsabilidad objetiva no significa responsabilidad absoluta. Pero tampoco significa responsabilidad por culpa. En las páginas que siguen se intentará ofrecer instrumentos que permitan afrontar el estudio de la responsabilidad patrimonial de la Administración con una mayor seguridad, para así contribuir a que dicha institución deje de ser —parafraseando a NIETO— una adivinanza o un juego de azar. Pero sin olvidar en ningún momento que se trata de una responsabilidad objetiva. Este dato obliga a que los justos límites de la responsabilidad administrativa española sean forzosamente unos límites amplísimos, quizá desmesurados. En este trabajo sólo se enunciarán estos límites, de forma acrítica (no se cuestionará, como se ha dicho, el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa), para que sea el lector quien los valore y califique su amplitud de adecuada o excesiva. Es, en este sentido, muy probable —permítaseme efectuar esta conjetura—, que el lector, al finalizar la lectura del presente trabajo, considere que debe modificarse la normativa vigente y matizarse el carácter objetivo de la responsabilidad de nuestras Administraciones públicas.

Como se ha dicho, el examen se centrará, en primer lugar, en lo que la doctrina de nuestro país viene conociendo normalmente (aunque no siempre<sup>21</sup>) por imputación. Se analizará, en esta sede, cuándo una conducta realizada por una persona física puede ser atribuida a la Administración pública, de modo que pueda afirmarse que ha existido un funcionamiento de los servicios públicos. A esta imputación de conductas a la Administración propongo denominarla *imputación de primer nivel*. Se estudiarán con cierto detenimiento los títulos que en mi opinión permiten atribuir, imputar, una conducta a la Administración pública. Se trata de los títulos de imputación de primer nivel.

---

<sup>21</sup> Como veremos *infra*, en el capítulo primero (concretamente, en su epígrafe 2.2), no siempre se utiliza entre los administrativistas españoles el término «imputación» para designar el fenómeno de cuándo la conducta de una determinada persona física puede ser atribuida a la Administración pública. Se utiliza también el término para aludir a cuándo un daño —y no ya una conducta— puede ser atribuido a la Administración; e incluso, más ampliamente, como sinónimo de atribución de responsabilidad.

El trabajo continúa, en segundo y último lugar, examinando la mal llamada relación de causalidad, con la que se hace referencia a la relación que debe existir entre el daño y el funcionamiento del servicio público para que la Administración venga obligada a indemnizar. Veremos por qué se trata de una denominación incorrecta, y por qué propongo sustituirla por la de *imputación del daño o imputación de segundo nivel*. En esta fase de análisis es donde se importará de la civilística alemana y de la penalística alemana y española la teoría de la imputación objetiva, que tan buenos frutos ha generado allí donde se ha desarrollado. Se formularán concretos títulos o criterios de imputación de segundo nivel, que han de servir para atribuir un daño a la Administración pública.

El examen de ambos niveles de imputación deviene esencial cuando la responsabilidad (como ocurre en el caso de la Administración española) se configura como objetiva y no cabe acudir al requisito de la culpa para limitar convenientemente su alcance. De hecho, lo más frecuente es que los tribunales, cuando rechazan la pretensión indemnizatoria de las víctimas, lo hagan tras negar la existencia de relación de causalidad entre el daño sufrido y el funcionamiento de los servicios públicos. Sin embargo, pese a su importancia, se trata de dos requisitos de la responsabilidad poco estudiados por la doctrina administrativista de nuestro país<sup>22</sup>, que ha venido centrando sus esfuerzos, fundamentalmente, en la categoría del daño. Ante esta mayor atención doctrinal dedicada al daño y a las características que debe reunir para que merezca ser calificado de lesión indemnizable, he optado por no abordar su estudio.

Se ha elegido la asistencia sanitaria pública como concreto sector de la actividad administrativa en el que centrar el análisis de ambos niveles de imputación. Se ha hecho así porque, por las razones expuestas, y por otras que iremos viendo a lo largo del

---

<sup>22</sup> La jurisprudencia, por su parte, alega casi siempre —como se acaba de decir— la falta de relación de causalidad para desestimar las reclamaciones indemnizatorias de las víctimas. Pero lo hace de forma poco fundamentada. La relación de causalidad, en la jurisprudencia, es una noción imprecisa e inespecífica, manejada de forma intuitiva, que, debido a la indeterminación de sus contornos, se ha convertido en un cómodo expediente de denegación de indemnizaciones.

trabajo, en la sanidad pública es donde quizá con mayor intensidad se manifiestan las carencias del actual sistema de responsabilidad administrativa. La sanidad pública, además, está atravesando importantísimas transformaciones organizativas, con la proliferación de formas jurídico-privadas de gestión que pueden hacer dudar sobre el régimen de responsabilidad aplicable a los daños que la misma pueda ocasionar.

La elección de la asistencia sanitaria pública como objeto de estudio tiene como consecuencia que las conclusiones a las que se vaya llegando en el texto tengan como punto de referencia la actividad médica, que es una actividad esencialmente material y no ya jurídica. Debe tenerse esto presente en todo momento. Así, en el presente trabajo se dejan a un lado las especialidades que pueda merecer la actividad jurídica de las distintas Administraciones públicas. Muchas de las afirmaciones que se realicen sólo tendrán validez en el concreto sector de la asistencia sanitaria. No se pretende, por tanto, elaborar un sistema de responsabilidad patrimonial válido para todos los sectores de la actividad administrativa, sin perjuicio de que muchas de las conclusiones a que se llegue sean, en mi opinión, perfectamente extrapolables fuera del concreto ámbito de la sanidad pública.

Tampoco se abordará el grave problema jurisdiccional que viene dividiendo a la doctrina y a la jurisprudencia de los distintos órdenes desde hace ya bastantes años. Como es sabido, los cuatro órdenes jurisdiccionales vienen declarándose competentes para conocer de las reclamaciones de responsabilidad en materia de asistencia sanitaria pública. Ello ha llevado a que la doctrina que se ha ocupado de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se haya centrado, mayoritariamente, en este problema jurisdiccional, ofreciendo argumentos en favor de la competencia exclusiva de uno u otro orden. Aquí me limitaré a señalar que el legislador parece haberse decidido a zanjar la controversia en favor del orden contencioso-administrativo (dejando a salvo, naturalmente, los supuestos en que deviene competente el orden penal). Efectivamente, pocos argumentos normativos les quedarán a quienes nieguen la competencia exclusiva del orden contencioso-administrativo en la materia, teniendo en cuenta el recientemente reformado artículo 9.4

LOPJ, el artículo 2.e) de la nueva LJCA y la DA 12.<sup>a</sup> que la Ley 4/1999 ha incorporado a la LRJPAC<sup>23</sup>.

Finalmente, puede sorprender que se dedique una parte proporcionalmente tan importante a los aspectos organizativos de la sanidad pública. Ello está, en mi opinión, perfectamente justificado. De forma previa al examen de los títulos de imputación de primer y de segundo nivel que han de permitir atribuir la responsabilidad a la Administración, resulta ineludible delimitar positivamente qué entes merecen la calificación de Administración pública y negativamente cuáles no, así como el régimen de responsabilidad a que unos y otros quedarán sometidos, pues aquellos títulos de imputación dependerán, lógicamente, del régimen de responsabilidad ante el que nos encontremos (porque se extraen de él). Ello parece especialmente necesario en el ámbito de la sanidad pública, donde entes dotados de los más diversos ropajes jurídicos vienen prestando asistencia sanitaria de carácter

---

<sup>23</sup> El apartado segundo del artículo 9.4 LOPJ, en la redacción recibida de la Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio, dispone que «[los Tribunales y Juzgados del orden contencioso-administrativo] Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional».

Según el artículo 2.e) de la nueva LJCA, «El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: [...] e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social».

La nueva DA 12.<sup>a</sup> LRJPAC, prácticamente idéntica (con la importante novedad de su referencia a los centros concertados, a la que se aludirá *infra*, en la nota núm. 170) a la DA 1.<sup>a</sup> RRP, establece que «La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso».

Las modificaciones que la Ley 4/1999 ha introducido en los artículos 144 y 146.1 LRJPAC, a su vez, refuerzan también la competencia exclusiva del orden contencioso-administrativo.

público. En el marco de la sanidad pública, efectivamente, reina la más absoluta heterogeneidad organizativa. En aras de una pretendida mayor eficiencia, se está atribuyendo progresivamente la gestión del servicio público<sup>24</sup> de asistencia sanitaria a entes de naturaleza jurídico-privada. El ejemplo de las fundaciones privadas de iniciativa pública en el territorio INSALUD es paradigmático. En el presente trabajo veremos si esta huida hacia formas organizativas de Derecho privado conlleva también una huida del Derecho administrativo de responsabilidad patrimonial.

\* \* \*

Parece oportuno concluir esta introducción describiendo esquemáticamente el contenido de los capítulos que seguirán.

En el capítulo primero se resumirá qué entiende la doctrina administrativista de nuestro país por imputación y por causalidad. A continuación, se criticará la configuración que se viene efectuando de ambas nociones para, finalmente, exponer la postura aquí defendida, consistente, básicamente, en la diferenciación entre dos niveles de imputación distintos, cada uno de los cuales dotado de una sustantividad propia y de títulos de imputación también propios. En este primer capítulo se presentará, asimismo, en relación con el segundo nivel de imputación, la teoría de la imputación objetiva y la concepción de la causalidad que la misma presupone. Este primer capítulo, de carácter introductorio, es esencial para comprender los demás.

En el capítulo segundo se examinará la organización de la sanidad pública española. Se analizará la naturaleza jurídica de los principales entes prestadores de asistencia sanitaria pública y

---

<sup>24</sup> Consideran que la asistencia sanitaria es un servicio público, p. ej., FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, *El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional*, Madrid, Civitas, 1984, p. 30; GARRIDO FALLA, Fernando, «Introducción General», en GARRIDO FALLA, Fernando (Dir.), *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 71; LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, «La responsabilidad civil de los profesionales sanitarios al servicio de las Administraciones públicas», en AA.VV., *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, Madrid, Editorial Complutense, 1992, p. 1788; CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, op. cit., pp. 155 y 164-192.

el régimen de responsabilidad a que se encuentran sometidos. Se tratará de un análisis puramente instrumental, a los solos efectos de la responsabilidad extracontractual.

En el capítulo tercero se estudiará la que he denominado imputación de primer nivel o imputación de conductas a la Administración. Veremos cuándo y bajo qué condiciones puede la conducta de una determinada persona física ser atribuida a una Administración pública (sanitaria), de manera que pueda considerarse que ha existido un funcionamiento del servicio público. Examinaremos, en definitiva, cuáles son los títulos de imputación de primer nivel.

En el cuarto y último capítulo nos ocuparemos de la aquí denominada imputación de segundo nivel, que es la que determina que un daño sea atribuido a una conducta (conducta a su vez imputable a la Administración, en virtud de la imputación de primer nivel previamente analizada). Se aplicará a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria española la teoría de la imputación objetiva y, con las debidas modulaciones, los títulos o criterios de imputación (de segundo nivel) que la misma suministra.

Unas breves reflexiones finales, a modo de epílogo, pondrán fin al presente trabajo.

## CAPÍTULO I

### LA IMPUTACIÓN Y LA MAL LLAMADA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

#### Exposición y crítica de los conceptos de causalidad e imputación desarrollados por la doctrina administrativista española dominante. Propuestas alternativas

En el ordenamiento jurídico español los requisitos de la responsabilidad administrativa están contenidos en el artículo 106.2 CE y en los artículos 139 y 141 LRJPAC. Estos requisitos son, según una doctrina y jurisprudencia, constantes:

a) Existencia de una lesión indemnizable. Para que haya lesión indemnizable debe concurrir un daño antijurídico (que es aquel que el particular no tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley), efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

b) Funcionamiento normal o anormal del servicio público (imputabilidad).

c) Relación de causalidad entre dicho funcionamiento del servicio público y aquella lesión.

d) Ausencia de fuerza mayor.

La reciente reforma de la LRJPAC ha añadido un ulterior requisito: resulta necesario que el daño no derive de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica.

En el presente trabajo me centraré sólo en los cuatro últimos requisitos, ya que guardan, como se verá, una muy estrecha relación entre sí, y prescindiré del análisis del requisito de la lesión, pues entiendo que, constituyendo el eje, la base del actual sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>25</sup>, ha

---

<sup>25</sup> Cfr., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, quienes afirman que la lesión constituye «el auténtico centro de gravedad del sistema» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 371).

sido objeto de un tratamiento doctrinal y jurisprudencial en líneas generales satisfactorio<sup>26</sup>.

No me parece, en cambio, satisfactoria la configuración que la doctrina administrativista de nuestro país da a los requisitos de la relación de causalidad y de la imputación. Ambos conceptos vienen siendo examinados por nuestra mejor doctrina de una

---

Aunque se trate de una cuestión colateral en relación con lo que ahora nos interesa, no puedo dejar de señalar que, pese a coincidir plenamente con dichos autores en su afirmación de que la lesión ocupa el puesto central en el sistema español de responsabilidad patrimonial, discrepo de ellos cuando, en la edición anterior (la cuarta) de la obra citada, sostenían que dicha relevancia del elemento de la lesión es consecuencia de la construcción de la institución de la responsabilidad administrativa al margen de toda idea de culpa.

En definitiva, discrepo de ambos autores cuando consideraban, en la p. 372 de dicha edición, que «La responsabilidad [al configurarse como objetiva] pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación» (el subrayado es mío), como si la función de la responsabilidad basada en la culpa fuera la sancionadora y no ya la reparadora.

Pienso que ello no es así, y que, como defiende la doctrina civilista más moderna, tanto española como extranjera, la responsabilidad extracontractual cumple *siempre* una función esencialmente reparadora, y no ya sancionadora, tanto cuando requiera culpa para nacer como cuando se configure como objetiva.

Prueba de ello es el hecho de que en nuestro país se admita sin problemas la posibilidad de asegurar la responsabilidad extracontractual contenida en el Código civil (que sigue, a pesar de las tendencias objetivadoras, exigiendo culpa), o de que se transmita hereditariamente, o, en fin, de que en el cálculo del importe de la indemnización a satisfacer por el obligado extracontractualmente se valore únicamente el daño sufrido (sin que se incorpore al montante indemnizatorio ninguna cantidad en concepto de multa, de sanción —a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, donde existen los llamados «daños punitivos», de indudable naturaleza sancionadora—). A mi juicio, pues, la lesión ocupa un puesto central no sólo en el marco de la responsabilidad —objetiva— de la Administración, sino también en el más general de la responsabilidad civil extracontractual —basada en la culpa—.

En cualquier caso, en la última edición de la obra citada ha desaparecido la discutible frase transcrita.

<sup>26</sup> En mi opinión, sin embargo, algunas cuestiones que la última edición del segundo volumen del *Curso* de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ analiza en sede de lesión indemnizable (como, p. ej., el consentimiento de la víctima o su actuación culposa), reciben una mejor ubicación sistemática en sede de imputación, como trataré de demostrar en el presente trabajo.

Considero, además, que habría que profundizar en el estudio (enumeración, delimitación y, sobre todo, fundamentación) de las *causas de justificación* del daño, categoría ésta frecuentemente alegada pero carente de contornos específicos.



forma autónoma, autárquica, de espaldas a formulaciones que, provenientes del Derecho civil o del penal, tienen perfecta cabida en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Las especialidades que presenta la responsabilidad patrimonial de la Administración, aun siendo muchas y muy importantes, en atención al sujeto que constituye su objeto, no justifican, sin embargo, ignorar construcciones teóricas elaboradas en el marco de la responsabilidad penal y de la civil extracontractual que vienen demostrando su utilidad desde hace mucho tiempo. De entre estas construcciones destaca la teoría de la imputación objetiva, nacida en el seno de la doctrina civilista alemana de la responsabilidad extracontractual y asumida después por la doctrina penalista mayoritaria alemana y española. En el presente y, sobre todo, en el cuarto capítulo, se intentará aplicar al Derecho administrativo de la responsabilidad, con las modulaciones necesarias, dicha teoría de la imputación objetiva, con la finalidad de suministrar al debate administrativista un nuevo utillaje teórico que, a mi juicio, permitirá centrar y resolver mucho mejor los problemas que la responsabilidad patrimonial plantea en el marco de la que denominaré imputación de segundo nivel. Antes de llevar a cabo esta tarea se impone describir brevemente qué contenido otorga actualmente la doctrina administrativista mayoritaria a los conceptos de imputación y causalidad.

## **1. Imputación y relación de causalidad en la doctrina administrativista española dominante**

### **1.1. IMPUTACIÓN**

La *imputación* es, para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ —quienes, en mi opinión, han sido los que han formulado el concepto más depurado de imputación en la doctrina administrativista española<sup>27</sup>—, «un fenómeno jurídico consistente

---

<sup>27</sup> Mérito que corresponde sobre todo al primero de ambos autores en su obra *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, op. cit., pp. 177-178 y 189-217.

en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquél y éste»<sup>28</sup>. Partiendo de esta premisa, de lo que se trata al abordar el estudio de la imputación es de examinar qué tipo de relación debe haber entre el daño y el sujeto (en nuestro caso, la Administración pública) para que nazca la responsabilidad extracontractual. Se trata, en definitiva —siempre según la doctrina mayoritaria—, de analizar los concretos «títulos de imputación» que permiten atribuir la responsabilidad a la Administración, teniendo en cuenta que ésta es una persona jurídica y que por tanto no basta con que exista una relación de causalidad entre la actividad y el perjuicio producido (a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas, a quienes la atribución del deber de reparar el daño se produce de forma automática una vez acreditada la existencia de relación de causalidad entre su actuación y el daño ocasionado)<sup>29</sup>. Los títulos de imputación son, para GARCÍA DE ENTERRÍA, «aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifica atribuir a éste el deber de reparación que la antijuricidad del daño impone»<sup>30</sup>.

La búsqueda de estos concretos títulos de imputación debe partir del Derecho positivo. De ahí que, al abordar el concepto de la imputación (o imputabilidad), la doctrina de nuestro país afronte el examen de la fórmula del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» contenida en la LRJPAC en desarrollo del artículo 106.2 CE, que hace referencia al «funcionamiento de los servicios públicos». Se trata, pues, de averiguar cuándo existirá un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que permita atribuir (imputar) a la Administración la lesión y haga nacer su deber de indemnizar. En primer lugar se analiza qué se entiende por servicio público a efectos de

<sup>28</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 378.

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 379.

<sup>30</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 203-204. Aunque este autor se refiera, en esta obra, a las «causas» de imputación y no ya explícitamente a los «títulos» de imputación, es indudable que se trata de expresiones sinónimas, como por otra parte demuestra el uso indistinto que de ellas realiza este mismo autor (junto a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ) en el *Curso...*, II, *op. cit.*

responsabilidad, y se concluye que esta noción equivale a toda la actividad propia de la Administración (al «giro o tráfico administrativo»; esto es, toda su actividad, con la sola excepción de la desarrollada en relaciones de Derecho privado)<sup>31</sup>. Se interpreta, pues, el concepto de servicio público de un modo subjetivo (orgánico), haciendo hincapié en la titularidad administrativa de la actividad<sup>32</sup>.

A continuación, en segundo lugar, se aborda el estudio de la expresión «funcionamiento normal o anormal» de estos servicios públicos entendidos como toda la actividad administrativa<sup>33,34</sup>. La doctrina mayoritaria considera que, dada la amplitud

---

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II, op. cit.*, pp. 368, 385; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 50; LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1983, p. 89; este mismo autor, también en «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 396-397; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, I...*, *op. cit.*, pp. 697-698; COSCULLUELA MONTAÑER, Luis, *Manual...*, *op. cit.*, p. 505.

También así lo ha entendido la jurisprudencia, con diferentes expresiones, en —entre muchas otras— las SSTs contencioso-administrativas de 23 de enero de 1970 (Ar. 2121), 27 de marzo de 1980 (Ar. 2249), 14 de abril de 1981 (Ar. 1843), 12 de marzo de 1984 (Ar. 2508) y 21 de septiembre de 1984 (Ar. 4416).

<sup>32</sup> Una voz discrepante reciente en la doctrina administrativista es la de BELADIEZ, para quien el concepto de servicio público contenido en el artículo 106.2 CE debe interpretarse no sólo de un modo subjetivo, sino también objetivo-funcional. Así, para esta autora, debe entenderse por servicio público no sólo toda la actividad llevada a cabo por la Administración pública como tal (concepto subjetivo), sino también la actividad realizada por el sector público en el ámbito empresarial, la actividad materialmente administrativa de los órganos constitucionales e, incluso, la actividad de los particulares de prestación de servicios públicos formalmente declarados como tales —debido a su interés general—, es decir, la actividad privada que objetivamente pueda ser calificada de actividad de servicio público (concepto objetivo-funcional) (BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 62-64).

<sup>33</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II, op. cit.*, pp. 369-370 y 387-394; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 55-56; LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 168-171; este mismo

de dicha fórmula normativa (que, a diferencia de lo que constituye la regla general en la mayor parte de ordenamientos contemporáneos, no limita la responsabilidad administrativa a los supuestos de funcionamiento anormal —culposo— de la Administración, sino que la extiende también al funcionamiento sin culpa —«normal»—, por lo que establece un sistema de responsabilidad objetiva), el título de imputación básico que de ella cabe extraer es el de la titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo seno se ha producido el daño<sup>35</sup>. Así, cuando se demuestre que la lesión ha sido causada<sup>36</sup> en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponda a una Administración, ésta quedará obligada a indemnizar. En este sentido, cuando el daño lo haya causado una concreta persona física, lo único que deberá comprobarse es que ésta esté integrada en la organización prestadora del servicio o actividad, siendo a estos efectos irrelevante que carezca de condición funcional, ya que se considera suficiente que la persona en cuestión lleve a cabo un

---

autor, también, en «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 397; y, también, en «La responsabilidad del Estado y de las Entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos», artículo incluido como Apéndice a la obra del mismo autor *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 344-347; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, I...*, *op. cit.*, pp. 701-704; CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, *op. cit.*, pp. 330-331 y 346-365.

Todos los autores acabados de citar abordan el estudio de la fórmula «funcionamiento normal o anormal» de los servicios públicos en el seno de lo que conocen por «imputación», pero no todos ellos extraen de dicha fórmula, de manera sistemática, concretos títulos de imputación. Quienes sí lo hacen son GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y LEGUINA. A continuación se expondrá el esquema ofrecido por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ya que es el que parece presuponer la doctrina mayoritaria de nuestro país.

<sup>34</sup> Como hemos visto *supra*, en la Introducción, es en este esencial punto donde se rompe el consenso doctrinal, sobre todo tras la crítica efectuada por PANTALEÓN a la amplia interpretación que tradicionalmente ha venido haciendo la doctrina administrativista del concepto de normalidad del funcionamiento del servicio público a efectos de responsabilidad patrimonial de la Administración.

<sup>35</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, pp. 387-388; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 48; prefiere considerarlo un «presupuesto de la imputación» LEGUINA VILLA, Jesús, en «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, pp. 324-325 y 344; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, I...*, *op. cit.*, pp. 699-700.

<sup>36</sup> Aquí es donde la doctrina mayoritaria inserta, como veremos luego, el requisito de la relación de causalidad.

ejercicio real de funciones públicas<sup>37</sup>. Siempre, pues, que el daño se presente «externamente como expresión del funcionamiento del servicio»<sup>38</sup>, cabrá imputárselo a la Administración. De la propia configuración otorgada por esta doctrina mayoritaria a este título de imputación básico se deducen los límites al mismo: por un lado, a la Administración no le son imputables los daños ocasionados por la actuación privada de las personas físicas que actúan a su servicio, ya que dichos daños no son expresión del funcionamiento de los servicios públicos. Esta doctrina mayoritaria entiende que sólo cabe reputar actuación privada de los agentes y funcionarios la llevada a cabo por éstos absolutamente al margen de las funciones de su cargo<sup>39</sup>. Y, por otro lado, al no estar integrados en la organización administrativa, los daños que causen los concesionarios, los contratistas administrativos y los profesionales libres que desempeñan de forma privada funciones públicas tampoco son imputables a la Administración<sup>40</sup>.

Junto a este título de imputación básico, la doctrina administrativista de nuestro país extrae otros títulos más concretos de la generosa fórmula constitucional y legal antes citada. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ individualizan los títulos de la culpa («funcionamiento anormal»), del riesgo<sup>41</sup> y del enriquecimiento injusto<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, pp. 388-389; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 48.

<sup>38</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 389.

<sup>39</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 390; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 53.

<sup>40</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 388; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 48. Ténganse en cuenta las consideraciones que en los capítulos segundo y tercero se efectuarán en relación con los contratistas administrativos.

<sup>41</sup> Ambos autores entienden que el riesgo no es el elemento que fundamenta todos los supuestos de responsabilidad por funcionamiento normal de la Administración, sino sólo aquellos en que medie caso fortuito, así como aquellos otros en que el daño ha sido producido por una actuación personal de un agente realizada al margen del servicio, pero propiciada por la propia organización dada a dicho servi-

(Nota 42 en pág. siguiente)

## 1.2. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

En cuanto a la *relación de causalidad*, se trata de otro requisito indispensable para que se genere responsabilidad administrativa extraído por la doctrina de la expresión «siempre que la lesión sea *consecuencia* del funcionamiento (normal o anormal) de los servicios públicos» recogida en los artículos 106.2 CE y 139.1 LRJPAC<sup>43</sup>. Dicha doctrina considera que el

---

cio por la Administración, organización que ha sido la que ha creado el riesgo de que se acabara ocasionando el daño. No cabe, pues, identificar en todo caso funcionamiento normal y responsabilidad por riesgo. En este sentido, para estos autores, no es el riesgo, sino, p. ej., el enriquecimiento sin causa, el factor que fundamenta la imputación del daño a la Administración en muchos supuestos de responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos.

Con ello se separan de aquellos autores que, como LEGUINA (en «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, pp. 344-347), extraen de la fórmula «funcionamiento normal» un único título de imputación, el del riesgo, y equiparan funcionamiento normal a imputación por riesgo. Una crítica detallada a dicha equiparación habitualmente realizada (sobre todo en la doctrina francesa) entre responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos y responsabilidad por riesgo puede encontrarse en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 207, 212 y 215-216. De la misma opinión que GARCÍA DE ENTERRÍA se muestra CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, *op. cit.*, p. 359.

<sup>42</sup> ENTRENA, desde la perspectiva del *fundamento* de la responsabilidad (y no ya de la imputación), considera que, dada la amplitud que la normativa vigente concede a la responsabilidad de la Administración, resultan insuficientes, para fundamentar dicha responsabilidad, tanto la teoría de la culpa (porque la Administración responderá aunque actúe sin culpa), como la del riesgo objetivo (porque la Administración responderá a veces a pesar de no haber creado ningún riesgo), como, finalmente, la del enriquecimiento sin causa (porque la responsabilidad nace, a menudo, aunque la Administración no se haya enriquecido).

Por ello, para este autor, el único principio que fundamenta unitariamente las diversas hipótesis en que según la normativa vigente nace la responsabilidad administrativa, es el principio de igualdad ante la Ley: debe indemnizarse a los particulares que sufran un sacrificio especial como consecuencia de la actuación administrativa (ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, I/1, 12.ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, p. 369).

*Infra*, en el capítulo cuarto, veremos que el principio (procedente de la doctrina francesa) del sacrificio especial es manejado por BELADIEZ, en el marco de la teoría de la imputación objetiva, para delimitar los daños que, por no estar asumidos socialmente, deben ser imputados a la Administración, mereciendo ser indemnizados por parte de ésta.

<sup>43</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 394; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 62; LEGUINA VILLA,

requisito de la relación de causalidad es especialmente importante en los sistemas de responsabilidad que, como el de la Administración pública española, se configuran de forma objetiva, ya que es a él «adonde se reconducen en un sistema objetivo muchos de los problemas que en los sistemas subjetivos se resuelven en el análisis de la culpa o negligencia»<sup>44</sup>. Para muchos autores, en efecto, la relación de causalidad es el presupuesto que debe servir para limitar los excesos que el generoso sistema español de responsabilidad patrimonial puede ocasionar, y por ello requiere ser objeto de una depuración técnica (depuración técnica que, sin embargo, y como veremos más adelante, está todavía por hacer)<sup>45</sup>.

Por relación de causalidad entienden GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ la «existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño

---

Jesús, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 90; este autor, también, en «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 397-398; pero, sobre todo, en lo que a este autor respecta, «Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración (en torno al concepto de causalidad jurídica)», artículo incluido como Apéndice a la obra del mismo autor *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 249, 275; y, también, en «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, p. 339; ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso...*, *op. cit.*, p. 371; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, I...*, *op. cit.*, p. 707; COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual...*, *op. cit.*, p. 506; extrayéndola del artículo 40.1 LRJAE, GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, vol. II, *op. cit.*, p. 275.

<sup>44</sup> La cita es de MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 44; LEGUINA VILLA, Jesús, «Función arbitral...», *op. cit.*, p. 279; BLASCO ESTEVE, Avelino, «La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente», en *REDA*, núm. 53, enero-marzo de 1987, p. 99; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Sobre los límites de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 651; CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, *op. cit.*, p. 366.

<sup>45</sup> Paradigmática en la atribución de esta relevante función a la relación de causalidad es la tantas veces citada afirmación de NIETO —formulada ya en 1975—, según la cual «La responsabilidad objetiva necesita de un contrabalance técnico, que ponga límites a su ambiciosa formulación inicial. Dentro de estos límites, quizá el más importante (junto con el de la conducta de la víctima y el del grado de tolerancia —*Zumutbarkeit*— de determinados daños) sea el de la determinación de una relación causal precisa, de acuerdo con unos criterios técnicos: todo lo flexibles que se quiera, pero precisos. Sólo de esta manera dejará de ser el instituto de la responsabilidad administrativa un juego de azar o una adivinanza» (NIETO GARCÍA, Alejandro, «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», en *REDA*, núm. 4, enero-marzo de 1975, p. 95).

producido», no pudiéndose ir más allá en la definición de dicho concepto porque, según afirman dichos autores, «las dificultades nacen con el propio concepto de relación causal, que se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones [...] dotados en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal»<sup>46</sup>. Es por ello que LEGUINA considera que el concepto de causa debe ser abordado de forma negativa, es decir, por exclusión de lo que no quepa reputar como tal. Así, este autor sostiene que «el secreto del concepto de nexo causal, según he señalado en otra ocasión<sup>47</sup>, consiste en eliminar aquellos hechos que, con toda evidencia, no hayan tenido ningún poder determinante en la producción del daño final, quedando, pues, incluidos dentro del concepto todos los demás hechos concurrentes, a cargo de sus respectivos autores»<sup>48</sup>. En cualquier caso, la doctrina administrativa española, en el plano de la causalidad, discute, en primer lugar, sobre si es preferible la teoría de la equivalencia de las condiciones o la de la causalidad adecuada para explicar cuándo un determinado acontecimiento es o no causa de un determinado resultado, decantándose casi siempre a favor de la segunda, como también suele hacer la jurisprudencia administrativa<sup>49</sup>. A continuación, en segundo lugar, y en íntima relación con lo anterior, la

---

<sup>46</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, pp. 394-395.

<sup>47</sup> Concretamente, en su artículo «Función arbitral...», *op. cit.*, p. 282.

<sup>48</sup> LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, p. 340.

<sup>49</sup> BLASCO ESTEVE, Avelino, «La relación de causalidad...», *op. cit.*, pp. 100-101; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, I...*, *op. cit.*, p. 708; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, pp. 395-396.

Estos dos últimos autores ponen de manifiesto la actitud pragmática de la jurisprudencia no sólo española, sino también extranjera, en materia de causalidad, que huye de todo intento de categorización y resuelve caso por caso. NIETO, en 1986, consideró, no obstante, que dicha afirmación (la efectuada por los dos autores indicados) no era ya sostenible, «puesto que en la actualidad ya contamos con un entramado jurisprudencial doctrinal que, en buena parte, da una respuesta satisfactoria a las preocupaciones que acaban de ser aludidas [básicamente, que no exista una doctrina clara en materia de relación de causalidad. Estas preocupaciones, por cierto, son las que han sido recogidas en una nota anterior y que dicho autor formuló en 1975]» (NIETO GARCÍA, Alejandro, «La relación de causalidad en la responsabilidad



doctrina se ocupa, en materia de causalidad, de la cuestión de la intervención de causas ajenas al servicio administrativo —concretamente, de la existencia de fuerza mayor y de la concurrencia de culpa de la víctima o del hecho de un tercero— y su incidencia en la responsabilidad administrativa<sup>50</sup>.

## 2. Crítica de los conceptos de causalidad e imputación desarrollados por la doctrina administrativista española dominante

### 2.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como ya he dicho más arriba, este tratamiento de los requisitos de la imputabilidad y la causalidad resulta insatisfactorio. Es preciso formular unas consideraciones generales para que puedan entenderse las razones de esta insatisfacción.

En todo supuesto de responsabilidad civil extracontractual (tanto la general contenida en el Código civil como la particular relativa a la Administración pública) el primer elemento detectable, a tener en cuenta, es la existencia de un *daño*. Sólo si estamos en presencia de un daño cabrá acudir a la institución de la responsabilidad extracontractual, ya que ésta, actualmente, tiene como función primordial la reparación de daños que hayan sido causados mediando determinados requisitos. El daño, en definitiva, es el elemento que otorga su razón de ser a la responsabili-

---

administrativa: doctrina jurisprudencial», en *REDA*, núm. 51, julio-septiembre de 1986, p. 428).

<sup>50</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, pp. 397-404; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 62-67; LEGUINA VILLA, Jesús, «Función arbitral...», *op. cit.*, pp. 283-293; este autor, también, en «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, pp. 340-344; NIETO GARCÍA, Alejandro, «La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa...», *op. cit.*, pp. 428-432; BLASCO ESTEVE, Avelino, «La relación de causalidad...», *op. cit.*, pp. 101-116; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo*, I..., *op. cit.*, pp. 709-711; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, vol. II, *op. cit.*, pp. 275-276.

dad extracontractual y que constituye su objeto central, como hemos visto más arriba. El daño, a su vez, debe reunir determinados requisitos exigidos por el ordenamiento para merecer ser indemnizado (que en el caso de la responsabilidad administrativa son la antijuricidad, la efectividad, la evaluabilidad económica y la individualización con relación a una persona o grupo de personas, como ya nos consta). El daño recae siempre en un sujeto determinado (la víctima, que es quien deberá ser indemnizada en caso de que concurran los requisitos restantes), sin que ello plantee mayores problemas.

Por otro lado, y con independencia de dicho daño, en todo supuesto de responsabilidad civil extracontractual (también aquí tanto la predicable de los particulares como la referente a la Administración), se identifica una *acción* u *omisión*<sup>51</sup>. Esta acción u omisión (esta conducta o comportamiento), para que se genere responsabilidad, debe ser atribuida a un sujeto determinado. Dicha atribución constituye una verdadera *imputación*<sup>52</sup>. Pero no una imputación de la responsabilidad, ni tan siquiera del daño, sino sólo de la conducta que estamos contemplando (y que, por el momento, en la fase de análisis en que nos encontramos, no tiene por qué tener ninguna relación con el resultado lesivo que se ha producido). Estamos, pues, ante un *primer nivel de imputación*: el de la conducta a un sujeto jurídico determinado.

Dicha imputación no plantea problemas cuando el sujeto a quien se pretende atribuir la acción u omisión es una *persona física*. La mera constatación de que dicha persona física haya causado materialmente la acción o la omisión de que se trate es suficiente para que se produzca la citada imputación. Sí plantea problemas, no obstante, esta imputación de una concreta conducta a una *persona jurídica* (como, p. ej., la Administración), ya que ésta, al carecer de intelecto, de voluntad (de vida, en definitiva), no

<sup>51</sup> En adelante, cuando quiera hacerse referencia, simultáneamente, a los conceptos de «acción» y de «omisión», se emplearán indistintamente los términos «conducta» y «comportamiento».

<sup>52</sup> Según el Diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «imputar» significa «atribuir a otro una culpa, delito o acción» (voz «imputar», en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española*, 21.ª ed., Madrid, 1992). Cabe, pues, imputar la responsabilidad, el resultado lesivo, o sólo la conducta.

puede producir ni acciones ni omisiones, y requiere siempre, necesariamente, para actuar, a personas físicas, que son las únicas capaces de exteriorizar su voluntad en forma activa u omisiva<sup>53</sup>; además, estas personas físicas que actúan *por* las personas jurídicas poseen una voluntad propia, que les permite ir más allá, en su actuación, de sus atribuciones al servicio de la persona jurídica. Como, por tanto, la persona jurídica en sí es incapaz de producir, causar acciones u omisiones, es preciso acudir a otros títulos de imputación distintos de la mera causación material para atribuir (imputar) a dicha persona jurídica la conducta de que se trate. El Derecho civil es el que suministra estos títulos de imputación cuando la persona jurídica es de naturaleza privada. Así, el artículo 1.903.4 CC exige, entre otros aspectos, para que al empresario (también cuando sea persona jurídica) se le pueda atribuir la acción u omisión de una persona física (y, en el caso de que concurra el resto de requisitos, deba responder), que dicha persona física esté unida a aquél por una relación de dependencia y que actúe en ejercicio o con ocasión de sus funciones. El Derecho administrativo, a su vez, proporciona los criterios que han de permitir imputar conductas de concretas personas físicas a las Administraciones públicas. Más adelante veremos cuáles son y qué alcance tienen.

En tercer lugar, en toda responsabilidad civil extracontractual (tanto la predicada de los particulares como la de la Administración), además del daño y la imputación de una conducta a un concreto sujeto jurídico, debe haber, para que nazca dicha

---

<sup>53</sup> La Administración pública, por tanto, siempre actúa a través de personas físicas. Lo que ocurre es que a menudo se ignora qué concreta persona física (o personas físicas) ha llevado a cabo la acción u omisión que pretende imputarse a la Administración. En estos casos, cuando, a pesar de dicho desconocimiento, existen elementos de juicio suficientes para establecer una relación entre la acción u omisión exteriorizada en la realidad y la Administración (con base en los títulos de imputación que veremos más adelante), también se produce la citada imputación, y estaremos ante lo que tradicionalmente viene denominándose (con manifiesta imprecisión, por cierto, porque esta atribución, imputación de la acción u omisión se efectúa al margen de toda idea de culpa) «culpa anónima» de la Administración. En estos casos, al no conocerse al concreto funcionario o agente que ha actuado u omitido, se dice que la acción u omisión la ha producido el «servicio», expresión que es inexacta (porque, como se acaba de decir, sólo las personas físicas pueden actuar u omitir) y debe aceptarse sólo por razones prácticas y en la medida en que se sea consciente de dicha inexactitud.

responsabilidad, una determinada relación entre dicha conducta (imputable a un sujeto determinado) y el daño sufrido por la víctima. Se trata de si es posible imputar *el daño* al comportamiento (activo u omisivo) a su vez imputable a un sujeto determinado. Es este un *segundo nivel de imputación* que nada tiene que ver con el primer nivel de imputación, el de la atribución de una conducta determinada a un concreto sujeto jurídico. En efecto, una cosa es atribuir una acción o una omisión a un determinado sujeto, atribución que se efectuará con base en una serie de criterios (*títulos de imputación de primer nivel*), y otra muy distinta es atribuir un daño sufrido por una persona a una determinada acción u omisión, operación que se llevará a cabo a través de criterios distintos (*títulos de imputación de segundo nivel*). Y precisamente para explicar este segundo nivel de imputación (el de la imputación del daño) se muestra especialmente útil la teoría de la imputación objetiva, como veremos más adelante. La doctrina administrativista mayoritaria de nuestro país concede al tratamiento de esta cuestión (imputación del daño) dos ubicaciones sistemáticas distintas y compatibles entre sí. Por un lado, se estudia el tipo de relación que debe mediar entre el daño y el comportamiento atribuible a la Administración en el seno de la —a mi juicio mal llamada, como se verá— relación de causalidad, al examinarse cuándo un determinado daño es consecuencia de la acción u omisión administrativa (y cuándo no: supuestos de existencia de fuerza mayor e intervención de culpa de la víctima o de hecho de tercero); por otro lado, los concretos títulos de imputación del daño al comportamiento de la Administración (en concreto, qué deba entenderse por funcionamiento «normal» y «anormal») son analizados en el marco de lo que dicha doctrina conoce por «imputación».

## 2.2. CRÍTICA AL CONCEPTO DE IMPUTACIÓN Y FORMULACIÓN ALTERNATIVA

De las consideraciones generales acabadas de realizar se desprenden las dos razones que provocan la insatisfacción a que antes hacía referencia. La primera de ellas es la utilización confusa que la mejor doctrina administrativista española efectúa del

concepto de «imputación». Así, cuando la doctrina aborda, como un todo único, el estudio de la imputación, maneja, probablemente de forma inconsciente (y, en cualquier caso, sin advertírsele al lector), dos conceptos distintos de imputación. En el significado de dicho concepto se incluyen cuestiones relativas tanto a la imputación de conductas a la Administración<sup>54</sup> como a la imputación de daños a dichas conductas administrativas<sup>55</sup>, sin que en ningún momento se distinga entre ambos niveles de imputación; al contrario, parece presuponerse que el término «imputación» posee un significado unívoco. Así, bajo el epígrafe común de «imputación» la gran mayoría de los autores analiza tanto la problemática de cuándo una acción u omisión llevada a cabo por un determinado sujeto es atribuible a la Administración (proponiéndose, como ya sabemos, el criterio de la inserción en la organización administrativa como título de imputación), como la relativa a cuándo un determinado daño puede ser atribuido a un comportamiento administrativo (con base en los títulos de imputación que cabe derivar del funcionamiento normal o anormal).

La confusión en el empleo de dicho término se ve acrecentada cuando (sin advertírsele, tampoco, al lector) a menudo se le concede expresamente un tercer significado, mucho más amplio: imputación como sinónimo de atribución de *responsabilidad*. No es infrecuente, en efecto, que cuando la doctrina administrativa utiliza el término «imputación» se refiera de forma expresa a la atribución de responsabilidad a la Administración, y no ya sólo a la atribución de una conducta o a la del daño. No parece, sin embargo, que la doctrina que así procede, y que emplea la expresión «imputación de responsabilidad», sea consciente de lo que ello conlleva<sup>56</sup>, ya que no incluye dentro de la

---

<sup>54</sup> Es decir, la que he denominado «imputación de primer nivel».

<sup>55</sup> La que he calificado «imputación de segundo nivel».

<sup>56</sup> «Imputar responsabilidad (extracontractual)» significa atribuir a un sujeto jurídico el deber de reparar un daño sufrido por un tercero, de modo que para que dicha imputación se produzca deben concurrir todos y cada uno de los requisitos necesarios para que se genere la responsabilidad. Dicha imputación presupone, pues, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que exista una lesión, que exista una conducta imputable a la Administración, y que aquella lesión sea imputable a esta conducta. Así, aludir a la «imputación de responsabili-

categoría el estudio de la lesión, la cual, como sabemos, debe existir, con sus notas características, para que nazca la responsabilidad administrativa (para que pueda imputarse, atribuirse la *responsabilidad* a la Administración).

En mi opinión, y en relación con el término «imputación», al exponerse el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración debería, por un lado, descartarse la utilización de dicho término como sinónimo de atribución de responsabilidad; y, por otro lado, en cambio, habría que separar expresamente los dos sentidos más restringidos del concepto a que se ha aludido más arriba: imputación de conductas e imputación de daños. Debería descartarse el uso del concepto amplísimo de imputación (imputación como sinónimo de atribución de responsabilidad a un sujeto determinado) porque no tiene ninguna utilidad. En efecto, hablar de imputación sólo tiene sentido mientras se configure como un requisito más de entre los exigidos para que se desencadene la responsabilidad administrativa. Por ello, si se emplea el concepto como sinónimo de atribución de responsabilidad, deja de constituir un requisito más y se convierte en la expresión que encabeza el examen de todos los requisitos o presupuestos, perdiendo, automáticamente, toda utilidad: decir que «para que la Administración responda es preciso que le sea imputable la responsabilidad» es, como mucho, una tautología.

Debería, en cambio, potenciarse la distinción efectuada entre imputación de conductas e imputación de daños porque se trata de cuestiones distintas y perfectamente separables entre sí. Como ya se ha adelantado más arriba, nada tiene que ver<sup>57</sup> la atribución de una conducta a un sujeto jurídico con el hecho de que a dicha conducta le sea atribuible un determinado resultado lesivo. Así, que la acción u omisión de un funcionario o agente al servicio de la Administración sea atribuible a la Administra-

---

dad» debería comportar, en efecto, el estudio sistemático, en el seno de dicha categoría, de todos los requisitos necesarios para que nazca la responsabilidad administrativa, y no sólo el de los exigidos para que puedan atribuirse la acción (u omisión) y el daño a la Administración (imputación de la conducta y del daño, respectivamente).

<sup>57</sup> Ambos tipos de imputación sólo tienen en común el constituir requisitos necesarios (y acumulativos, no alternativos) para que nazca la responsabilidad administrativa.

ción no significa que exista necesariamente una relación entre dicha conducta y el daño sufrido por la víctima. Y, viceversa, que exista dicha relación entre el daño sufrido por la víctima y la acción u omisión de una persona física no comporta, como es obvio, que dicha acción u omisión sea atribuible a la Administración. Se trata de dos tipos o niveles de imputación independientes entre sí que constituyen dos requisitos necesarios<sup>58</sup> para que se genere la obligación administrativa de responder y que se basan en títulos de imputación también distintos. En efecto, como veremos, los títulos de imputación de una conducta de una persona física a la Administración (es decir, los títulos de imputación de primer nivel) son, por un lado, la inserción de dicha persona física en la organización administrativa y su actuación en ejercicio o con ocasión de sus funciones, y, por otro, su sumisión al poder de dirección de la Administración; mientras que los títulos o criterios de imputación de segundo nivel, que permiten atribuir un determinado daño a una acción u omisión (a su vez imputable a la Administración) son la creación de un riesgo relevante a efectos de responsabilidad (lo que se producirá cuando se cree un riesgo no insignificante, no permitido y no consentido) y su realización en el resultado lesivo<sup>59</sup>.

Naturalmente, las consecuencias inmediatas de la distinción propuesta entre imputación de la conducta e imputación del daño sólo son dogmáticas, pues en nada afectará al régimen vigente de responsabilidad patrimonial administrativa el que se desmenuce la fórmula constitucional del «funcionamiento de los servicios públicos» en dos niveles de imputación distintos<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Y acumulativos (deben concurrir ambos niveles de imputación), aunque no suficientes. Hace falta, además, para que la Administración se vea obligada a responder, que exista una lesión, con todos sus requisitos (y que ya conocemos).

<sup>59</sup> Fundamentar y perfilar los títulos de imputación de primer y de segundo nivel acabados de enumerar constituye el objeto último del presente trabajo. A dicha tarea se dedicará parte del capítulo segundo y la totalidad de los capítulos tercero y cuarto.

<sup>60</sup> En general, la —confusa, a mi juicio— construcción de la imputación realizada por la doctrina administrativista de nuestro país se mantiene también en un plano teórico-dogmático, ya que ni la Constitución ni la LRJPAC utilizan el término «imputación», sino que se limitan a exigir, para que nazca la responsabilidad administrativa, que se produzca una lesión que sea consecuencia del funcionamiento (normal o anormal) de los servicios públicos.

Pero sí puede dar lugar a consecuencias mediatas de gran relevancia práctica, ya que permite, a mi juicio, afrontar con una mayor claridad y coherencia sistemática el estudio de los presupuestos de la responsabilidad administrativa, concretamente, el de los diferentes títulos de imputación (de primer y de segundo nivel). Y este análisis de los títulos de imputación sí posee consecuencias no sólo dogmáticas, sino, sobre todo, prácticas, puesto que dependiendo de la configuración y alcance que se les dé, tendrá el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración española una extensión u otra.

### 2.3. CRÍTICA AL CONCEPTO DE CAUSALIDAD Y FORMULACIÓN ALTERNATIVA

El segundo aspecto a mi juicio criticable de la construcción teórica del sistema de responsabilidad administrativa llevada a término por parte de la doctrina administrativista española es el tratamiento otorgado a la relación de causalidad. Tres críticas pueden hacerse, en mi opinión, a la construcción operada por la doctrina administrativa española de la relación de causalidad, y pueden ser enunciadas de la siguiente forma: se trata de una construcción poco desarrollada, que desconoce los avances experimentados en otras ramas del Derecho, y que se muestra poco congruente con sus postulados básicos.

#### 2.3.1. *Se trata de una construcción poco desarrollada*

Es una construcción poco desarrollada porque, paradójicamente, a pesar de la importancia que, como hemos visto más arriba, le concede la doctrina administrativista de nuestro país, ésta no le ha dedicado especial atención. Ya en 1987 advertía BLASCO sobre este desinterés y abandono doctrinal de la causalidad<sup>61</sup>. Lamentablemente, más de diez años después, la situación no sólo no ha mejorado, sino que, a mi modo de ver, ha empeorado. Efectivamente, muchos de los autores antaño descontentos con el tratamiento que tradicionalmente venía recibiendo la relación de causalidad en la jurisprudencia se muestran en la actuali-

<sup>61</sup> BLASCO ESTEVE, Avelino, «La relación de causalidad...», *op. cit.*, p. 99.



dad plenamente satisfechos porque ésta cada vez con mayor frecuencia admite la posibilidad de que el hecho de tercero o la culpa de la víctima permitan modular la responsabilidad administrativa (y no ya sólo o exonerar totalmente a la Administración, o no tener ninguna virtualidad exoneratoria), y no sugieren ya aspectos que quepa mejorar.

Ya se ha dicho antes que, al abordar el requisito de la causalidad, la doctrina administrativista de nuestro país, tras despachar en unas pocas líneas la discusión (en otros países y sectores del ordenamiento eterna) sobre los pros y contras de las teorías de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad adecuada (decantándose por la segunda), afirma que se trata de un presupuesto de configuración eminentemente jurisprudencial y se limita a examinar el tratamiento que ésta otorga a las causas que pueden llegar a romper el nexo causal (culpa de la víctima, hecho de tercero y fuerza mayor). Alegándose la gran dificultad de la definición de la causalidad y la complejidad que pueden adquirir los distintos cursos causales, no se presta ninguna atención ni a las fórmulas que permiten articular el funcionamiento de las teorías mencionadas (p. ej. la fórmula de la *condicio sine qua non*, en lo que respecta a la teoría de la equivalencia de las condiciones), ni a la cuestión de la virtualidad causal de la omisión, ni a tantos otros problemas que la relación de causalidad plantea y que vienen siendo abordados (y, en muchos casos, solucionados) por otros sectores doctrinales de este y de otros países que han estudiado (por razones diversas<sup>62</sup>) con mucho mayor detenimiento la causalidad y la imputación<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Resulta cuando menos paradójico que los problemas que plantean la causalidad y la imputación hayan sido objeto de un estudio mucho más profundo en el Derecho civil (alemán) y en el penal, pues en ellos se vincula el nacimiento de responsabilidad (civil o penal) a la concurrencia de dolo o culpa (excepto, naturalmente, en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual de tipo objetivo), con lo que, al exigirse dicho elemento subjetivo, no se hace tan necesario depurar aquellas categorías para limitar convenientemente la atribución de responsabilidad.

En el caso del Derecho penal, no obstante, una explicación pueden ofrecerla la indudable mayor gravedad de las consecuencias que la atribución de responsabilidad comporta (imposición de penas privativas de libertad) y el carácter sancionador de dicho sector del ordenamiento.

(Nota 63 en pág. siguiente)

La relación de causalidad merece, pues, en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, una mayor dedicación y profundización doctrinales.

### 2.3.2. *Se trata de una construcción que desconoce los avances experimentados en otras ramas del Derecho*

Se trata, en segundo lugar, de una construcción que desconoce los avances experimentados en otras ramas del Derecho <sup>64</sup>. Se basa, efectivamente, en planteamientos teóricos abandonados hace ya muchos años por la moderna civilística alemana y la dogmática jurídico-penal, y que han quedado obsoletos. Concretamente, la doctrina administrativista española sigue manteniendo una concepción *normativa* de la causalidad, concepción que ha sido desterrada de las monografías partidarias de la moderna teoría de la imputación objetiva. Mantiene, en efecto, una concepción normativa de la causalidad porque, en general, se resiste a admitir que todo comportamiento que desde una perspectiva puramente fáctica, naturalística, sea causa de un resultado, lo sea también desde una perspectiva jurídica. Niega, pues, que cualquier condición de un resultado pueda ser reputada causa del mismo; no es suficiente, para esta doctrina, que entre un determinado comportamiento y un determinado resultado exista una relación de causalidad con arreglo a las leyes científico-naturales, sino que, además, es preciso, para que pueda sostenerse que media dicha relación de causalidad, que el comportamiento de que se trate reúna una serie de requisitos

---

Estas explicaciones no son extensibles, sin embargo, al Derecho civil alemán de la responsabilidad extracontractual, ya que presenta las mismas características que nuestro Derecho administrativo de la responsabilidad (con un rasgo diferencial: estar basado, en general, en la culpa); y, a pesar de ello, en dicho sector también se le ha otorgado a la causalidad y a la imputación una mayor dedicación.

<sup>63</sup> Algunos de estos problemas serán afrontados con posterioridad, *infra*, en el capítulo cuarto, al aplicar la teoría de la imputación objetiva a la responsabilidad de la Administración sanitaria.

<sup>64</sup> O, al menos, que no los recoge. Pues algunos administrativistas españoles han advertido ya expresamente sobre el mayor grado de desarrollo que el tema de la relación de causalidad ha experimentado en otros sectores del ordenamiento (aludiendo, sobre todo, a la ciencia penal). Cabe citar, en este sentido, a SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Sobre los límites de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 651; y a MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 62.

normativos, jurídicos. Realiza, en definitiva, a menudo de forma inconsciente, una distinción entre causalidad fáctica y causalidad jurídica. Esta toma de posición de la doctrina administrativista de nuestro país a favor de una concepción normativa de la causalidad se pone de manifiesto cuando, en general, rechaza la teoría de la equivalencia de las condiciones como tesis explicativa de la causalidad y se muestra favorable a la que de forma imprecisa —como veremos inmediatamente— denomina teoría de la adecuación.

Este planteamiento, como ya se ha anticipado, se encuentra hoy en día completamente abandonado en aquellos sectores que han dedicado mayores esfuerzos al estudio de la causalidad. Actualmente, la moderna teoría de la imputación objetiva niega la existencia de una causalidad de tipo jurídico y sostiene que la causalidad es siempre una noción naturalística, empírica, completamente ajena a consideraciones valorativo-normativas<sup>65, 66</sup>.

---

<sup>65</sup> Esta construcción doctrinal nació, precisamente, como respuesta a aquellos que, bajo la vigencia del llamado «dogma causal» (imperante durante el positivismo —filosófico y jurídico— decimonónico), atribuían de forma consciente o inconsciente una naturaleza normativa a la causalidad al pretender depurar (con base en criterios normativos) el concepto de causa y evitar así el *regressus ad infinitum* inherente a la teoría de la equivalencia de las condiciones. La teoría de la imputación objetiva surgió, pues, con la finalidad de separar netamente el plano de la causalidad del de la atribución de resultados a conductas, para así afirmar con rotundidad que mientras el primero se mueve en el terreno de los hechos, el segundo constituye un nivel puramente jurídico-valorativo.

El origen de la moderna teoría de la imputación objetiva se debe al célebre civilista alemán LARENZ, concretamente a su tesis doctoral titulada *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, Scientia Verlag Aalen, 1970 (la 1.ª edición es de 1927). Véanse las pp. 60 y ss.

Dicha teoría está totalmente consolidada e implantada en la doctrina civilista alemana actual. A título meramente ejemplificativo, son obras relevantes partidarias de dicha teoría las de DEUTSCH (p. ej., en DEUTSCH, Erwin, *Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1976), LANGE [LANGE, Hermann, *Schadensersatz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1979, primer volumen de la colección dirigida por GERNHUBER y titulada *Handbuch des Schuldrechts*] y del propio LARENZ (p. ej., en LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., München, C.H. Beck, 1987).

En cuanto a su implantación entre los penalistas, fue HONIG, en 1930, quien introdujo la teoría de la imputación objetiva en el Derecho penal alemán [en su artículo titulado «Kausalität und objektive Zurechnung», en HEGLER, August (Ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Beiträge zur Strafrechtswis-*

(Nota 66 en pág. siguiente)

Así, para averiguar si un hecho es o no causa de un resultado, deberán tenerse en cuenta exclusivamente las leyes naturales, y

---

*senschaft*, tomo I, Tübingen, 1930 (cita extraída de CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1998, p. 75)]. La práctica unanimidad de la doctrina penalista alemana actual acepta, en sus rasgos básicos, dicha teoría. Algunos de sus representantes más relevantes son ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (trad. de la 2.ª ed. alemana a cargo de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMESAL, Javier), Madrid, Civitas, 1997; JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de la 3.ª ed. alemana a cargo de MIR PUIG, Santiago, y MUÑOZ CONDE, Francisco), Barcelona, Bosch, 1981; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. por CANCIO MELIÁ, Manuel), Madrid, Civitas, 1996.

Y en lo referente a España, la primera recepción de esta teoría la llevó a cabo un penalista, GIMBERNAT (en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966. Existe una reimpression del año 1990 realizada por la editorial Centro de Estudios Ramón Areces, y que es la que se citará en el presente trabajo) y hoy día es la teoría mayoritaria entre la doctrina penalista española. De entre sus muchos partidarios cabe citar, a título de ejemplo, a MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Barcelona, Reppertor, 1998.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, por su parte, también ha acogido esta teoría. Así, por primera vez, en la STS de 20 de mayo de 1981 (Ar. 2247); en lo referente a la jurisprudencia más reciente, p. ej., SSTS (Sala 2.ª) de 18 de febrero de 1997 (Ar. 1131) y de 15 de abril de 1997 (Ar. 2986).

También en Italia cuenta la teoría de la imputación objetiva con numerosos adeptos entre los penalistas. Para una relación de los penalistas italianos partidarios de dicha teoría, así como de los críticos, puede verse ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I (arts. 1-84), 2.ª ed., Milano, Giuffrè, 1995, p. 339.

Hay que señalar, no obstante, que dicha teoría ha tenido muy poco eco entre los civilistas españoles, con la excepción notable de PANTALEÓN, quien ha sido pionero en la importación al Derecho civil español de la teoría de la imputación objetiva elaborada en el seno del Derecho civil alemán. De este autor puede verse, en este sentido, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

En cuanto a la doctrina administrativista de nuestro país, ha sido BELADIEZ la primera en importar la teoría de la imputación objetiva para aplicarla a la responsabilidad patrimonial de la Administración, aplicación que ha llevado a cabo de modo sumamente interesante en su obra *Responsabilidad...*, *op. cit. Infra*, en el capítulo cuarto, se resumirán brevemente las aportaciones de PANTALEÓN y de BELADIEZ.

<sup>66</sup> En este sentido, ante el ejemplo de quien, como consecuencia de haber sido lesionado, debe aplazar un viaje que tenía proyectado, toma el avión unos días después de lo previsto inicialmente y muere porque dicho avión se estrella, LARENZ afirmará que «La relación causal entre el primer accidente [las lesiones sufridas] y la muerte por accidente de avión no admite discusión, si el primer accidente no

no ya las normas jurídicas. Que un hecho sea o no causa de un resultado no depende, pues, de consideraciones jurídicas (variables, por tanto, a lo largo del tiempo, en las diferentes sociedades), sino sólo de exigencias lógico-científicas. En este sentido, cuando las leyes naturales demuestren que una determinada conducta es causa de un determinado resultado, este resultado estará siempre unido a aquella conducta por una relación de causalidad (ya se realice la conducta bajo la vigencia del Derecho babilónico, romano, medieval o actual), puesto que la causalidad se determina con independencia del contexto jurídico en que se inserte la conducta; no depende, en definitiva, de juicios valorativos. En terminología kelseniana, un determinado comportamiento *es* o *no es* causa de un resultado, no pudiendo trasladarse la cuestión al plano del *deber ser*.

Es por ello que la moderna teoría de la imputación objetiva acepta sin reparos la teoría de la equivalencia de las con-

---

hubiese acaecido, el herido hubiese realizado antes su viaje, y no hubiera utilizado después el avión en cuyo accidente hayó la muerte. La relación de causa a efecto no se limita a los miembros inmediatos de una cadena causal, sino que continúa a través de un número ilimitado de miembros intermedios. Como causal para el efecto producido (en el sentido del concepto de la causalidad natural) ha de ser también señalado aquello que en el curso total de los hechos no puede ser omitido sin que aquéllos hubiesen ocurrido de otra forma y esencialmente el efecto último no hubiera tenido lugar [LARENZ sigue aquí la teoría de la equivalencia de las condiciones, concretamente a través de la fórmula de la *conditio sine qua non*]. [...] En las normas sobre la indemnización de daños [...] se alcanza al menos a establecer la *responsabilidad por los daños* que otro haya sufrido a consecuencia de un acaecimiento generador de responsabilidad. Esta responsabilidad no puede ser extendida ilimitadamente. El concepto natural de causa no contiene ciertamente dicha limitación de las consecuencias, tal como lo exige la idea de responsabilidad. De ahí que hayan fracasado todos los intentos para derivar esa limitación del mismo concepto causal. También es equivocado el intento de crear un concepto jurídico especial de la causa. La causalidad es una categoría fundamental de nuestro pensamiento (junto a otras); y no puede ser empleada sin hacer distinciones en todos los ámbitos de la vida, pero allí donde la apliquemos su significación será siempre la misma. En nuestro ejemplo no falta la relación causal entre la primera lesión y la muerte en accidente de avión, sino la *imputabilidad de esta relación causal* desde el punto de vista de la responsabilidad» —el subrayado corresponde al propio LARENZ— [LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, tomo I (trad. de SANTOS BRIZ, Jaime), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 198-199]. En el mismo sentido se manifiesta LARENZ en la p. 565 del tomo II de esta misma obra.

diciones<sup>67</sup> como construcción explicativa de la relación de causalidad<sup>68</sup>. Esta teoría, como se sabe, propugna que toda condición de un resultado es causa del mismo, es decir, considera equivalentes<sup>69</sup>, de igual valor, a todas las condiciones del resultado, sin efectuar ninguna distinción entre ellas (de forma que, en el ejemplo habitual en Derecho penal, la concepción del asesino por parte de su madre es causa de la muerte cometida por éste; en un ejemplo más próximo a nuestro objeto de estudio, el hecho de que la Administración recete a un paciente unos potentes barbitúricos es causa del suicidio del hijo de dicho paciente por ingerencia de una dosis letal de aquellos barbitúricos).

La doctrina partidaria de la teoría de la imputación objetiva, para reconocer cuándo se está ante una condición, suele emplear la fórmula hipotética de la *condicio sine qua non*, según la cual es condición de un resultado toda aquella que, suprimida mentalmente, comporte la desaparición de dicho resultado<sup>70</sup>.

De esta forma, deben desecharse todas aquellas teorías que mantienen una concepción más restringida —normativa— de la causalidad y que seleccionan de entre las distintas condiciones del resultado aquella reputada «más eficaz», «adecuada», «próxima», «decisiva», etc. Estas teorías son las defendidas por la doctrina y jurisprudencia administrativistas de nuestro país bajo la imprecisa (equivocada, en realidad) denominación común de «teoría de la causalidad adecuada»<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> También llamada teoría de la condición (*Bedingungstheorie*).

<sup>68</sup> Como se aprecia, la teoría de la imputación objetiva conlleva una determinada concepción de la causalidad.

<sup>69</sup> De ahí recibe su nombre esta teoría.

<sup>70</sup> Veremos *infra*, en el capítulo cuarto, que son muchos los inconvenientes que dicha fórmula de la *condicio sine qua non* plantea, especialmente en los casos de cursos causales alternativos e hipotéticos, y cuáles han sido las alternativas que se han propuesto —sobre todo, la fórmula de ENGISCH de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica—.

<sup>71</sup> No hay que confundir, como casi siempre hacen la doctrina y jurisprudencia administrativistas de nuestro país, las teorías individualizadoras de la causalidad con la de la adecuación (o teoría de la causalidad adecuada).

Las primeras constituyeron el primer camino seguido por la doctrina para delimitar el concepto de causa y evitar así los indeseados efectos de la tan amplia teoría de la equivalencia de las condiciones, y se encuentran ya superadas. Son teorías individualizadoras de la causalidad aquellas que, partiendo de la distinción entre los conceptos de causa y condición, señalan que no toda condición es causa del resul-

Naturalmente, este planteamiento actualmente dominante entre los civilistas alemanes y los penalistas de ese país y del nuestro no llega a la consecuencia absurda de hacer responder a

---

tado e individualizan (de ahí el nombre recibido por estas teorías), de entre todas las condiciones concurrentes, aquella que posee una mayor eficacia causal y que por ello puede ser considerada causa del resultado. Buscan, en definitiva, cuál es la «causa eficiente».

Las distintas teorías individualizadoras, partiendo de este origen común, discrepan en el momento de ofrecer el criterio que eleva a una condición a la categoría de causa (de «causa eficiente»). Así, para algunos es causa eficiente «la condición más eficaz», para otros «la última condición», para otros «el factor decisivo», etc.

No deben confundirse, como digo, estas teorías de la causalidad *eficiente* con la de la causalidad *adecuada*. En efecto, la teoría de adecuación, a diferencia de las acabadas de examinar, no persigue seleccionar de entre todas las condiciones del resultado aquella que ha sido más eficaz o decisiva, sino que analiza cada condición en sí misma y con independencia de su peso relativo en el conjunto de condiciones existentes. No lleva a cabo, pues, una comparación entre las diferentes condiciones, ni efectúa una jerarquización de dichas condiciones en función de su influencia causal, a diferencia de las teorías individualizadoras.

La teoría de la adecuación considera que sólo es causa aquella condición que para el espectador objetivo y prudente, situado en el momento de la acción y dotado de todos los conocimientos de que disponía el autor al actuar, además de los que hubiera tenido el observador, aparezca como adecuada para producir el resultado. No será adecuada, pues, la condición, cuando parezca muy improbable que produzca el resultado. (He seguido, para la distinción entre las teorías individualizadas de la causalidad y la de la adecuación, así como para la descripción de cada una de ellas, a MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 227-229).

Esta teoría de la adecuación (o de la condición adecuada), sigue contando con un amplio apoyo doctrinal sobre todo entre los civilistas (alemanes) partidarios de la teoría de la imputación objetiva, pero no como teoría de la causalidad (que es como fue formulada inicialmente, y como sigue aceptando la doctrina y jurisprudencia administrativistas de nuestro país), sino como teoría de la imputación objetiva (mejor dicho, como criterio de imputación); así, se considera que esta teoría es útil, no para proporcionar el concepto de causa (concepto que suministra perfectamente la teoría de la equivalencia de las condiciones), sino para seleccionar, desde un prisma jurídico-valorativo, las conductas a las que cabe atribuir el resultado.

Que la teoría de la adecuación es en realidad una teoría de la imputación lo sostiene la generalidad de la doctrina partidaria de la teoría de la imputación objetiva. Un ejemplo destacable en esta dirección, entre los penalistas, lo constituye ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 360-361. Otro ejemplo destacable, aunque entre los civilistas, es el de LARENZ, para quien «La denominada teoría de la adecuación expresa cuál es la necesaria delimitación de las consecuencias imputables, aunque bajo el falso ropaje de una teoría de la causalidad» (LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, p. 200).

*Infra*, en el epígrafe 3.2.2 del capítulo cuarto, veremos que es posible e incluso necesario utilizar algunos de los elementos de la teoría de la adecuación para delimitar convenientemente la imputación de segundo nivel o imputación del daño a la Administración.

un sujeto por todas las consecuencias que, desde una perspectiva puramente fáctica, pueda desencadenar su conducta. Ni siquiera llega a sostener que la existencia de relación de causalidad (en el sentido fáctico que le otorga) entre un comportamiento y un resultado sea suficiente para que dicho resultado sea atribuible *jurídicamente* a dicho comportamiento. Para que ello ocurra es preciso que, además de la relación de causalidad en sentido fáctico <sup>72</sup>, concurren una serie de requisitos *normativos* (jurídicos) que permitan, a partir de una determinada concepción de la justicia (la vigente en la sociedad en la que se lleva a cabo el comportamiento, en el momento en que éste se produce), afirmar que un determinado resultado <sup>73</sup> es *obra* de un determinado sujeto. Hay que distinguir, pues, la mera relación de causalidad del juicio de atribubilidad de resultados a conductas. Hay que distinguir, en definitiva, la causalidad de la *imputación* del resultado (del daño) a un determinado comportamiento <sup>74</sup>.

Y ello porque mientras la causalidad opera —como hemos visto— en el marco de los hechos, la atribución de resultados (la imputación del daño) pertenece al mundo del Derecho. Efectivamente, decidir que un determinado resultado es atribuible al comportamiento de un sujeto presupone una previa valoración jurídica, normativa, consistente en un juicio comparativo por parte del ordenamiento jurídico de la relevancia de las distintas causas en juego y que se pone de manifiesto al seleccionar, de entre estas distintas causas del resultado, aquella (o aquellas) a la(s) que se imputará la consecuencia, el resultado, en función de los valores dominantes en la sociedad de que se trate en cada momento histórico (en función, en definitiva, de la concepción que de la justicia se tenga en cada período) <sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Ténganse en cuenta las matizaciones que en el capítulo cuarto se efectuarán en relación con la virtualidad causal de la omisión.

<sup>73</sup> Resultado que en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y de la responsabilidad extracontractual, en general, será siempre un daño —mejor dicho, una lesión—. Esto debe tenerse presente en todo momento.

<sup>74</sup> Esta distinción, precisamente, es en la que se basa la teoría de la imputación objetiva y la que le da su nombre: se trata de una teoría sobre la *imputación* objetiva del resultado a una conducta determinada.

<sup>75</sup> De ahí que se trate de un juicio contingente, relativo, circunscrito a cada puntual concepción de la justicia (y, por derivación, al fundamento, funciones y extensión que se atribuyan al sistema de responsabilidad —patrimonial de la Administra-



Para la teoría de la imputación objetiva esta operación normativa de selección debe realizarse en un segundo momento, posterior e independiente del de determinación de la causalidad<sup>76</sup>, en la fase de imputación objetiva (en sentido estricto<sup>77</sup>), y servirá para limitar los indeseados efectos (indeseados para el ordenamiento jurídico, para la sociedad) de la tan amplia causalidad (el ordenamiento no puede permitir que se atribuya a la concepción por parte de la madre del asesino el resultado de muerte cometido por su hijo, ni que se impute a la conducta de la Administración —consistente en prescribir unos barbitúricos a un paciente que los necesita— el suicidio cometido por el hijo de éste al tomarse una dosis excesiva de dichas pastillas).

Esta operación de selección valorativo-normativa de las causas a las que se atribuirán los resultados producidos se lleva a cabo a través de los títulos de imputación, los cuales constituyen la sistematización técnica de los valores jurídicos que deben guiar el proceso de selección. Estos títulos, en definitiva, son los que permiten al operador jurídico llegar a una solución *justa* (acorde con la con-

---

ción, en nuestro caso— en cada momento y lugar), que por tanto variará cuando varíe el contexto jurídico en que se produzca dicho juicio.

Así, en el ejemplo que se ha puesto sobre los barbitúricos, parece claro que hoy en día la muerte no puede serle imputada a la Administración (más adelante veremos con base en qué concretos títulos de imputación se llega a esta conclusión); pero, quizá, en un futuro, el fundamento, funciones y extensión de la responsabilidad patrimonial sean otros y resulte a todas luces obvio que la muerte le deba ser atribuida a la Administración sanitaria en un caso semejante. Y ello a diferencia de lo que ocurre con la relación de causalidad, la cual, al no depender de valoraciones humanas (normativas), sino de la realidad de las cosas, permanece inmutable a lo largo del tiempo.

<sup>76</sup> Para la teoría de la imputación objetiva la causalidad pasará a convertirse en un requisito necesario, pero, debido a su amplitud, no suficiente, al que deberá sumarse, como veremos, el de la imputación objetiva en sentido estricto. Ténganse en cuenta, repito, las matizaciones que en el capítulo cuarto se efectuarán en relación con la causalidad en los supuestos de omisión administrativa.

<sup>77</sup> La teoría de la imputación objetiva propone que el examen de si un determinado resultado es o no imputable a una determinada conducta se realice en dos fases sucesivas. En la primera fase se analizará si concurre o no relación de causalidad entre la conducta y el resultado (con base en criterios puramente naturalísticos). En la segunda se examinará, con base en los títulos de imputación, si es posible atribuir jurídicamente el resultado a la conducta que lo ha causado naturalísticamente. Aquí se denominará a esta segunda fase, «fase de imputación objetiva en sentido estricto».

cepción que la sociedad de que se trate tenga de la justicia en el momento en que deba producirse la selección), son la articulación técnica de la justicia en los casos concretos.

Sintetizando lo acabado de decir, no cabe distinguir, como hace la doctrina administrativa de nuestro país, dos tipos de causalidad (una fáctica y una jurídica), sino que es preciso mantener la causalidad en el plano empírico, fáctico, de las leyes de la naturaleza, y considerarla un requisito necesario, aunque no suficiente, de la atribución del resultado producido a un determinado comportamiento. Para que dicha atribución se produzca (para que pueda *imputarse* el resultado, el daño, a un comportamiento) es preciso, además, efectuar, en un segundo momento, una valoración jurídica del comportamiento, a la luz de los títulos de imputación, que permita considerar que el resultado examinado (y que está unido a dicho comportamiento por una relación de causa a efecto) es obra del comportamiento de que se trate. Es preciso, pues, que junto a la relación de causalidad exista la posibilidad de imputar objetivamente el resultado a la conducta. Así, en el ejemplo propuesto, es evidente que la receta de los barbitúricos realizada por la Administración es causa de la muerte del hijo del paciente a quien le habían sido recetados, ya que, de no haberse llevado a cabo dicha prescripción, la víctima no hubiera tenido a su alcance los medicamentos con los que efectivamente se suicidó (como también son causantes de dicha muerte el propio padre, al comprar los barbitúricos que le había recetado la Administración sanitaria, el farmacéutico que se los vendió, e, incluso, el laboratorio que los produjo). Y, sin embargo, no cabe imputar jurídicamente este resultado de muerte ni a la conducta de la Administración, ni a la del padre, ni a la del farmacéutico, ni a la del laboratorio, ya que ello iría contra la concepción de la justicia que nuestra actual sociedad maneja y que está contenida, articulada, en los concretos títulos de imputación del resultado que se desprenden del ordenamiento jurídico vigente.

Como es fácil advertir, la cuestión clave radica en la búsqueda y formulación de estos concretos títulos de imputación del resultado (del daño) a la conducta. La teoría de la imputación objetiva, como veremos, no agota su utilidad en la distinción apuntada entre causalidad e imputabilidad del resultado, sino

que, además (y sobre todo), suministra una serie de criterios o títulos de imputación que más adelante (en el capítulo cuarto) trataré de aplicar, con las debidas modulaciones, al Derecho administrativo de la responsabilidad extracontractual. Ahora sólo avanzar que los penalistas partidarios de la citada teoría coinciden, en general, en aceptar que para que se produzca la imputación de un resultado a una conducta es preciso que dicha conducta haya creado un riesgo jurídicamente relevante que a su vez se haya realizado, materializado en aquel resultado <sup>78</sup>.

Poniendo en relación lo dicho hasta ahora sobre la relación de causalidad y la teoría de la imputación objetiva con lo señalado anteriormente sobre el concepto de imputación y la distinción propuesta entre imputación de la conducta (o imputación de primer nivel) e imputación del resultado (o imputación de segundo nivel) <sup>79</sup>, entiendo que la teoría de la imputación objetiva (con la concepción de la causalidad que presupone y que ya conocemos) debe ser utilizada para explicar este segundo nivel de imputación. Ello, por otra parte, sólo puede ser así si se tiene en cuenta que la teoría de la imputación objetiva es una teoría de la imputación del *resultado* a la conducta, y no ya de la imputación de la conducta a un sujeto jurídico.

Tras lo señalado en este epígrafe se comprende el título dado al presente capítulo: la doctrina y jurisprudencia administrativistas de nuestro país dotan a la relación de causalidad de un alcance que no le corresponde (posee, como se ha visto, un alcance puramente fáctico, y no ya normativo); abordan, bajo la denominación de «causalidad», verdaderos problemas de imputación, de imputación de segundo nivel. Por ello, se trata de una «mal llamada» relación de causalidad <sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> En Alemania, p. ej., ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 363. En España, p. ej., MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva...*, op. cit., p. 38.

<sup>79</sup> Véase, *supra*, el epígrafe 2.2 de este mismo capítulo.

<sup>80</sup> El lector atento podrá haber pensado que la teoría de la imputación objetiva se limita a llamar «imputación» a lo que muchos autores denominan «causalidad jurídica», realizando un cambio meramente terminológico y no ya de fondo. Ello, sin embargo, no es así. Y no sólo porque la teoría de la imputación objetiva, como se ha mencionado ya y veremos luego, vaya más allá de la mera reformulación ter-

### 2.3.3. *Se trata de una construcción poco congruente con sus propios postulados*

La construcción que la doctrina administrativista española ha realizado de la relación de causalidad es, a mi juicio, en tercer lugar, poco congruente con sus propios postulados. Hemos visto antes<sup>81</sup> que la doctrina de nuestro país concede a la cuestión de la imputación de segundo nivel (imputación del daño a la conducta —conducta ésta a su vez imputable a la Administración—) una doble ubicación sistemática, sin que ello parezca justificado. Efectivamente, por un lado, estudia la relación existente entre el comportamiento imputable a la Administración y el daño sufrido por la víctima en el seno de lo que denomina relación de causalidad, manejando, a estos efectos, un concepto normativo de causalidad y no uno puramente fáctico, como ya nos consta. Para mantener la coherencia con dicha concepción normativa de la causalidad, la citada doctrina debería, en mi opinión, incluir en esta misma sede el estudio de los concretos títulos de imputación del daño a la conducta.

---

minológica y suministre también concretos títulos de imputación, sino porque incluso la puntualización terminológica que lleva a cabo supone un cambio de tipo auténticamente sustantivo.

En efecto, aludir al fenómeno de atribución de resultados descrito mediante el término «imputación» y no ya mediante el de «causalidad» (aunque se le añada a este último el adjetivo «jurídica») comporta enfatizar el carácter puramente normativo-valorativo del mismo. Cuando se emplea el concepto «causalidad» se intenta (ya sea de forma consciente o inconsciente) absolutizar, dotar de inmutabilidad, de necesidad científica al fenómeno aludido: así, cuando se dice que entre un determinado resultado y un acontecimiento previo existe relación de causalidad (aunque sólo sea «jurídica»), se pretende que dicha relación sea inamovible, constatable científicamente, no variable a lo largo del tiempo y no sometida a la discusión jurídico-valorativa. Así lo demuestra la jurisprudencia contencioso-administrativa de nuestro país, que casi siempre que desestima la reclamación de responsabilidad administrativa lo hace por la vía de negar la existencia de relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público, como si fuera una realidad desprendida de la naturaleza de las cosas, y encubriendo, en realidad, verdaderas decisiones valorativo-normativas.

En cambio, al manejar el término «imputación» se reconoce abiertamente que la atribución de un resultado a un determinado comportamiento es contingente, relativa, dependiente de concretas valoraciones jurídico-axiológicas. Y, con ello, se pasa la discusión al terreno al que verdaderamente pertenece, el del *deber ser*.

<sup>81</sup> Véase, *supra*, el epígrafe 2.1 de este mismo capítulo.

No obstante, la doctrina administrativista de nuestro país estudia los concretos títulos de imputación del daño a la Administración (es decir, el concreto alcance de la cláusula «funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos»), no ya en el marco de la relación de causalidad, sino en el del presupuesto de la responsabilidad que de forma confusa denomina «imputación». Limitando —como también nos consta ya— el ámbito de la relación de causalidad al análisis de si es preferible la teoría de la condición o, por el contrario, la de la adecuación, y al examen de la jurisprudencia relativa a las causas que pueden llegar a «romper el nexo causal» (fuerza mayor, culpa de la víctima, hecho de tercero).

### **3. Recapitulación y plan a seguir**

Antes de continuar es preciso efectuar una breve recapitulación de las ideas que he ido defendiendo hasta el momento en relación con los conceptos de imputación y causalidad, así como exponer sucintamente el plan que se seguirá en los próximos capítulos.

Propongo, como punto de partida, tomar en consideración las modernas construcciones doctrinales relativas a la causalidad y la imputación que se han impuesto en el seno del Derecho civil alemán de la responsabilidad extracontractual y del Derecho penal alemán y español, para, después, y tras las oportunas modulaciones, aplicarlas al sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración (en general, y de la sanitaria, en particular).

El resultado debe ser una reformulación de los conceptos de causalidad e imputación que permita dotarles de una mayor precisión técnica, precisión técnica necesaria para superar la incertidumbre que, en la actualidad, acompaña inexorablemente a toda reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante las Administraciones de nuestro país.

Se persigue, con ello, suministrar el marco teórico adecuado que posibilite reconducir el debate doctrinal hacia el tema verda-

deramente crucial en el marco de una responsabilidad administrativa de tipo objetivo: la concreción de los títulos de imputación (de primer y de segundo nivel).

La redefinición conceptual propuesta pasa, en primer lugar <sup>82</sup>, por distinguir dos clases o niveles de imputación. La primera, que he denominado imputación de primer nivel, consiste en la atribución *de la conducta* (activa u omisiva) de la concreta persona física (identificada o no —este último es el caso de la llamada «culpa anónima»—) a la *Administración pública*. Esta atribución, de indudable naturaleza normativa, se lleva a cabo a través de determinados títulos de imputación de primer nivel. En el capítulo tercero se examinarán tanto este primer nivel de imputación como los títulos de imputación de primer nivel en que el mismo se concreta, todo ello en aplicación a la Administración sanitaria.

La segunda, a la que he llamado imputación de segundo nivel, consiste en la atribución *del daño* (del resultado) sufrido por la víctima a la *conducta* a su vez imputable (imputación de primer nivel) a la Administración. Consiste, en definitiva (teniendo en cuenta que previamente a la imputación de segundo nivel, para que finalmente nazca el deber de indemnizar de la Administración, debe concurrir la de primer nivel, ya que se trata de dos presupuestos acumulativos de la responsabilidad), en la atribución del daño a la *Administración*. Para explicar este segundo nivel de imputación debe acudir, a mi juicio, a la moderna teoría de la imputación objetiva, la cual distingue dos fases sucesivas mentalmente para que esta atribución del daño al comportamiento se produzca: en primer lugar, debe mediar una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y el comportamiento enjuiciado. Esta relación de causalidad, como pertenece al mundo de los hechos, y no ya al del Derecho, debe ser constatada con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, y, en concreto, mediante la fórmula hipotética de la *condicio sine qua non* (o, eventualmente, en los casos en que el uso de ésta se revela problemático, la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica,

---

<sup>82</sup> Esta redefinición, en segundo lugar, pasa por reformular, en el sentido expuesto en el siguiente párrafo, el concepto de relación de causalidad manejado por la doctrina administrativa española dominante.

como veremos). Debe, pues, desecharse toda concepción normativa de la causalidad. En segundo lugar, es necesario que el daño vinculado causalmente a la conducta pueda ser imputado objetivamente al sujeto de que se trate, es decir, que pueda considerarse a aquél como obra de éste. Esta segunda fase (que he denominado fase de imputación objetiva en sentido estricto), a diferencia de la primera (la de la relación de causalidad), pertenece al ámbito de lo normativo, de lo jurídico, y es la que permite restringir los amplísimos efectos de la teoría de la equivalencia de las condiciones e introducir un juicio valorativo que, a la luz de la concepción de la justicia en cada momento dominante (y, en concreto, de la amplitud que se quiera conceder al sistema de responsabilidad patrimonial), posibilite que sólo se atribuyan a un sujeto los resultados que la sociedad considera que deben serle atribuidos. Esta imputación objetiva en sentido estricto se lleva a cabo a través de títulos de imputación de segundo nivel, distintos de los de primer nivel, pero que en última instancia también provienen, en lo referente a la responsabilidad de la Administración española, del artículo 106.2 CE. Será en el capítulo cuarto donde se estudien, en su aplicación a la Administración sanitaria, los problemas que plantean la causalidad, la fase de imputación objetiva en sentido estricto y los títulos de imputación de segundo nivel.

En forma esquemática, para que nazca la responsabilidad de la Administración (en general, y de la sanitaria, en particular), es preciso que concurren los siguientes requisitos:

1. Existencia de una lesión, entendida ésta (siguiendo a la doctrina dominante) como un daño antijurídico (que es aquel que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley), efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

2. Primer nivel de imputación: imputación de la conducta de la concreta persona física (identificada o, en el caso de la denominada «culpa anónima», no) a la Administración.

3. Segundo nivel de imputación: imputación del daño a la Administración. Ello se producirá cuando exista una relación de causalidad entre la conducta y el daño y, además, éste sea imputable objetivamente (en sentido estricto) a la Administración.





## CAPÍTULO II

# LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPALES ENTES PRESTADORES DE ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD A QUE QUEDAN SOMETIDOS

## Diversidad de formas organizativas y uniformidad de la responsabilidad frente a los ciudadanos

### 1. Introducción

En el capítulo precedente hemos visto que, para que nazca la responsabilidad de la Administración, es preciso, en primer lugar, que exista una víctima que haya sufrido un daño que pueda ser reputado lesión. En segundo lugar, que concurra una acción u omisión producida por una persona física (identificada o no) que sea imputable a la Administración. Y, en tercer lugar, que medie una determinada relación entre aquel daño y esta conducta, relación que justifique imputar el daño a la conducta, que permita entender que el daño en cuestión es obra de la conducta enjuiciada y no ya producto de la pura casualidad.

Comenzaremos deteniéndonos en el segundo de los presupuestos acabados de enunciar, el de la atribución de la conducta llevada a cabo por una concreta persona física a la Administración pública, y lo aplicaremos al ámbito que nos interesa en este trabajo, el de la Administración sanitaria. A ello se dedicará el capítulo tercero.

Pero antes de adentrarnos en la problemática relativa a la atribución de conductas a la Administración y en los concretos títulos de imputación que la fundamentan, resulta ineludible llevar a cabo una doble tarea: en primer lugar, delimitar positiva y negativamente el concepto de Administración sanitaria. ¿Qué entes la integran y cuáles no?, ¿son Administraciones públicas todos los entes que prestan asistencia sanitaria de carácter público?<sup>83</sup>. En segundo

---

<sup>83</sup> Debe advertirse que no me adentraré en ningún momento en el clásico y espinoso debate relativo al concepto de Administración pública, debate que acompaña a la ciencia del Derecho administrativo desde sus mismos orígenes y que constituye

lugar, identificar el régimen de responsabilidad al que quedarán sometidos los entes que merezcan la calificación de Administración sanitaria, es decir, la normativa que les resultará aplicable en materia de responsabilidad; esta delimitación de la normativa aplicable debe ser efectuada de forma previa al examen de los títulos de imputación porque, como es obvio, dichos títulos de imputación deben ser extraídos, precisamente, de esta normativa.

Esta doble tarea se realizará del siguiente modo: se analizarán los principales<sup>84</sup> entes prestadores de asistencia sanitaria pública (INSALUD, Servicios autonómicos de Salud, entidades instrumentales de la Administración sanitaria, contratistas públicos) y, al mismo tiempo que se estudie su naturaleza jurídica, se examinará el régimen de responsabilidad al que están sometidos.

Como es sabido, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, reestructura el sistema sanitario público español e instaura un sistema sanitario integrado (o integral) denominado «Sistema Nacional de Salud» y que tiene su origen histórico en el «National Health Service» británico de 1948. Con esta reforma se pretende otorgar mayor eficacia al derecho a la protección de la salud contenido en el artículo 43 CE y, al mismo tiempo, respetar la distribución constitucional de competencias en materia sanitaria. Para garantizar las competencias autonómicas reconocidas constitucionalmente, la integración institucional de las estructuras públicas al servicio de la salud se ha llevado a cabo a un nivel territorial inferior al del Estado: el de las Comunidades Autónomas<sup>85</sup>. La LGS establece, en este sentido, que

---

probablemente su esencia y su justificación última. En el presente trabajo se pretende únicamente acotar la naturaleza jurídica de los distintos entes prestadores de asistencia sanitaria pública (partiendo, para ello, fundamentalmente, del Derecho positivo) con carácter puramente instrumental, a los solos efectos de determinar el régimen de responsabilidad extracontractual a que quedan sometidos.

<sup>84</sup> Y no ya todos. No se contemplarán, p. ej., los consorcios, entes de carácter asociativo dotados de personalidad jurídica propia que agrupan a varias Administraciones públicas y, eventualmente, además, a entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con aquéllas. El consorcio ha tenido, hasta la fecha, poco predicamento como forma de gestión de la sanidad pública; cabe encontrar algún ejemplo en el sector sanitario público catalán.

<sup>85</sup> NAVARRO MUNUERA, Andrés, *Sistemes sanitaris integrats en els estats políticament descentralitzats*, Barcelona, Generalitat de Catalunya/Institut d'Estudis Autonòmics, 1992, pp. 7-9.

cada Comunidad Autónoma instituirá su respectivo «Servicio de Salud», que será el que verdaderamente asuma la dirección, financiación y organización de la sanidad pública en el ámbito territorial autonómico<sup>86</sup>.

Este modelo ideal de descentralización territorial del sistema integrado de salud queda, sin embargo, aplazado, en cuanto a su efectiva implantación, para las Comunidades Autónomas carentes de competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Ello es así en virtud de la DA 6.<sup>a</sup> de la misma LGS, que subordina la integración de los centros sanitarios de la Seguridad Social en el Servicio de Salud respectivo al hecho de que la Comunidad Autónoma de que se trate haya asumido estatutariamente competencias en materia de Seguridad Social. Por otra parte, y coherentemente con lo acabado de exponer, la DT 3.<sup>a</sup> de la LGS dispone que el INSALUD «continuará subsistiendo y ejerciendo las funciones que tiene atribuidas, en tanto no se haya culminado el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia».

Continúa existiendo, pues (al menos provisionalmente, mientras no se produzcan las transferencias exigidas por la LGS a las Comunidades Autónomas que las requieran), junto a las Comunidades Autónomas que por tener competencias en materia de sanidad y Seguridad Social han visto plenamente implantado el modelo descentralizado previsto por la LGS<sup>87</sup>, una parte

---

<sup>86</sup> Para compensar esta falta de integración organizativo-institucional sanitaria única a nivel de todo el Estado, la LGS ha diseñado algunos mecanismos que permitan garantizar la unidad del sistema sanitario en todo el territorio nacional y el mantenimiento de un nivel mínimo de uniformidad en las condiciones de protección de la salud de todos los españoles, en cumplimiento del principio constitucional de igualdad. Estos mecanismos son la competencia normativa estatal en cuanto a las bases de la salud (fruto de cuyo ejercicio es la propia LGS) y la planificación o programación sanitaria.

<sup>87</sup> Se trata de las Comunidades Autónomas de Andalucía (art. 20.4 de su Estatuto de Autonomía), Canarias [art. 34.B).3. de su Estatuto de Autonomía en relación con la transferencia de competencias operada por la Ley orgánica 11/1982, de 10 de agosto, en su art. 1.a)], Cataluña (art. 17.4 de su Estatuto de Autonomía), la Comunidad Valenciana (art. 38.4 de su Estatuto de Autonomía), Galicia (art. 33.4 de su Estatuto de Autonomía), Navarra (art. 53.2 de la Ley orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra) y el País Vasco (art. 18.4 de su Estatuto de Autonomía). Todas estas Comunidades Autónomas han recibido Decretos estatales de traspaso de las funciones y servicios del INSALUD.

del territorio nacional en que la sanidad es gestionada al menos parcialmente por la Administración estatal (territorio INSA-LUD)<sup>88, 89</sup>.

El INSALUD y los Servicios de Salud de las distintas Comunidades Autónomas son, pues, los entes a quienes primariamente se encomienda la gestión de la sanidad pública española. Por ello, en primer lugar se plantea la cuestión de cuál es la naturaleza jurídica del INSALUD y de los Servicios de Salud de las distintas Comunidades Autónomas. ¿Son verdaderas Administraciones públicas?, ¿cuál es su régimen de responsabilidad?

---

<sup>88</sup> Este territorio INSALUD abarca las Comunidades Autónomas de Aragón, Cantabria, Castilla-León, Castilla-La Mancha, la Comunidad de Madrid, Extremadura, las Islas Baleares, La Rioja, el Principado de Asturias y la Región de Murcia. En estas Comunidades Autónomas no se ha producido la integración de los centros de la Seguridad Social en el Servicio de Salud de la respectiva Comunidad (además, como se verá más adelante, no todas estas Comunidades han constituido su Servicio de Salud), sino que siguen siendo gestionados por el INSALUD; en ellas se produce, en cambio, una coordinación de las redes de la Seguridad Social y la del Servicio de Salud de la Comunidad, coordinación que se lleva a cabo mediante las Comisiones de Coordinación para la Asistencia Sanitaria previstas en la propia LGS.

Debe señalarse, no obstante, que todas las Comunidades enunciadas en el párrafo anterior han recibido, recientemente, la competencia necesaria en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. En efecto, las Leyes orgánicas 5/1996 (de 30 de diciembre), 3/1997 (de 3 de julio), 1/1998 (de 15 de junio), 5/1998 (de 7 de julio), 11/1998 (de 30 de diciembre), 2/1999, 3/1999, 4/1999, 5/1999 (estas cuatro últimas de 8 de enero) y 12/1999 (de 6 de mayo) han modificado los Estatutos de Autonomía de (respectivamente) Aragón, Castilla-La Mancha, la Región de Murcia, la Comunidad de Madrid, Cantabria, La Rioja, las Islas Baleares, Castilla-León, el Principado de Asturias y Extremadura, atribuyéndoles (en una fórmula que se repite en todas ellas) la competencia de ejecución en materia de «Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el número 17 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución», y reservando al Estado «la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto». Habiendo recibido, pues, la competencia estatutaria requerida, dichas Comunidades sólo necesitan que el Gobierno central dicte el preceptivo Decreto de traspaso para poder gestionar los centros sanitarios de la Seguridad Social.

A medida que se vayan aprobando dichos Decretos de traspaso, se irá reduciendo, correlativamente, el territorio INSALUD.

<sup>89</sup> Para el juego de la DA 6.<sup>a</sup> y la DT 3.<sup>a</sup> de la LGS puede verse ARIÑO ORTIZ, Gaspar; SALA ARQUER, José Manuel, «La gestión de los servicios sanitarios mediante formas personificadas: especial referencia a empresas públicas y sociedades», en AA.VV., *La Gestión de los Servicios Sanitarios: Modelos Alternativos*, Pamplona, Gobierno de Navarra/Departamento de Salud, 1995, pp. 61-62.

No termina ahí, sin embargo, la delimitación del concepto de «Administración sanitaria», ya que, como veremos, tanto el INSALUD como los Servicios de Salud autonómicos se sirven de muy diversos entes para gestionar los servicios sanitarios. ¿Pueden tales entes ser calificados de Administración pública a los efectos que ahora nos interesan?, ¿es su régimen de responsabilidad de Derecho público o privado?

## 2. INSALUD

### 2.1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ENTIDADES GESTORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA INCIDENCIA DE LA LOFAGE

El INSALUD, según su norma de creación, el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre<sup>90</sup>, y la normativa que lo ha ido regulando con posterioridad<sup>91</sup>, es una entidad gestora de la Seguridad Social. La naturaleza jurídica de las entidades gestoras de la Seguridad Social es difícil de precisar y ha recibido poca dedicación doctrinal, ya que, como recuerda SANTAMARÍA, los administrativistas han olvidado casi por completo este tipo de entes, remitiendo su estudio a los laboristas, quienes a su vez, en general, no prestan gran atención a los aspectos organizativos de la Seguridad Social<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Apartado 1.2 del artículo 1 de la citada norma (el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, deroga expresamente la totalidad del apartado 1 de dicho art. 1, pero, en su art. 57, sigue calificando al INSALUD de entidad gestora de la Seguridad Social).

Este mismo D-Ley, en su DF 1.ª, declara extinguido el ente que hasta ese momento venía gestionando la sanidad pública española: el Instituto Nacional de Previsión.

<sup>91</sup> Artículo 1.1 del RD 1855/1979, de 30 de julio, de estructura y competencias del INSALUD; artículo 1 del RD 1140/1996, de 24 de mayo, de reestructuración del INSALUD (este Real Decreto ha sido derogado expresamente por el que se menciona a continuación); artículo 10.1 del RD 1893/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo. Estos dos últimos preceptos añaden que el INSALUD está adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo a través de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria, a cuyo titular (que tiene el rango de Subsecretario) corresponde la superior dirección de dicho organismo.

<sup>92</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho administrativo I*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, p. 1212.

La Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 excluyó de su aplicación, en su artículo 5, a las entidades gestoras de la Seguridad Social; por su parte, el D-Ley 36/1978 distingue entre «entidades gestoras de la Seguridad Social» y «organismos autónomos»<sup>93</sup>; la Ley General Presupuestaria, por último, regula en sedes distintas las entidades gestoras de la Seguridad Social y los organismos autónomos<sup>94</sup>. Este conjunto normativo, al venir otorgando a las entidades gestoras de la Seguridad Social un tratamiento singularizado, distinto del concedido a los organismos autónomos, ha podido suscitar alguna incertidumbre sobre el carácter de Administración pública de dichos entes. No obstante, la generalidad de la doctrina que se ha ocupado de la naturaleza jurídica de estas entidades gestoras coincide en afirmar que se trata de verdaderas Administraciones públicas, pertenecientes a la llamada «Administración institucional» e incluibles, materialmente, dentro de la categoría de los organismos autónomos<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Así, mientras en el apartado primero de su artículo 1 califica al INSALUD de entidad gestora de la Seguridad Social, en el apartado segundo de este mismo precepto califica de organismo autónomo a la Administración Institucional de la Sanidad Nacional. Cabe destacar que este organismo autónomo se ha integrado en el INSALUD a través del RD 187/1987, de 23 de enero.

<sup>94</sup> El Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, contempla a dichas entidades gestoras en su artículo 5 y a los organismos autónomos en su artículo 4.

<sup>95</sup> Así, GARRIDO FALLA señala que «el progresivo sometimiento al régimen administrativo en cuanto al funcionamiento y estructuración de las entidades gestoras conduce inexorablemente a que queden encuadradas dentro de la denominada Administración Institucional del Estado. Su carácter de entes instrumentales es, por lo demás, absolutamente obvio» (GARRIDO FALLA, Fernando, «Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas», en PÉREZ MORENO, Alfonso (Coord.), *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, Madrid, Instituto García Oviedo/Civitas, 1994, p. 43).

Por su parte, SANTAMARÍA, quien, como se sabe, prefiere hablar de «personificaciones instrumentales» que de «Administración institucional», sostiene que existe una similitud sustancial entre organismos autónomos y entidades gestoras de la Seguridad Social, y que éstas son fruto de «un puro voluntarismo legal, [y] no [de] una diferencia de naturaleza» respecto de aquéllos. Para este autor (que distingue entre ambos tipos de entes sólo porque así lo hace la legislación vigente, y no por razones sustantivas), organismos autónomos y entidades gestoras de la Seguridad Social forman parte de la categoría por él denominada «entes públicos de gestión», que engloba aquellas «entidades de carácter fundacional o institucional creadas para la ejecución de un servicio público y bajo una forma de personificación jurídico-pública» y que cabe incluir entre las que llama «personificaciones instrumen-

Opino que la entrada en vigor del artículo 2.2 LRJPAC y, después, de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, han disipado toda sombra de duda.

El artículo 2.2 LRJPAC califica de Administración pública a toda entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculada o dependiente de cualquiera de las Administraciones públicas territoriales, y el INSALUD (en general, las entidades gestoras de la Seguridad Social) es una de ellas. En efecto, el artículo 59 LGSS afirma que «las entidades gestoras tienen la naturaleza de entidades de Derecho público y capacidad jurídica para el cumplimiento de los fines que les están encomendados», mientras que el artículo 10.1 del RD 1893/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, establece que el INSALUD «está adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria, que asume la Presidencia Ejecutiva». Estas dos últimas normas ponen de manifiesto que el INSALUD cumple los requisitos exigidos por el citado artículo 2.2 LRJPAC para que se le considere Administración pública: es una entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia<sup>96</sup> y situada en

tales» (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos...*, op. cit., pp. 1202, 1210 y 1214).

Para JUANES las entidades gestoras de la Seguridad Social son entes estatales autónomos que forman parte de la Administración institucional y que «representan un fenómeno de personificación instrumental de naturaleza fundacional, sin diferencias materiales con los organismos autónomos» (JUANES FRAGA, Enrique, «La gestión de la Seguridad Social», en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Dir.), *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 163 y 164).

ALONSO OLEA y TORTUERO consideran que las entidades gestoras de la Seguridad Social son «entidades estatales autónomas, gestoras de la Seguridad Social», y «En tal sentido son, desde luego, “Administraciones públicas”» —el entrecomillado incluido en el texto corresponde a los autores citados— (ALONSO OLEA, Manuel; TORTUERO PLAZA, José Luis, *Instituciones de Seguridad Social*, 14.ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 373).

CUETO, por su parte, cree que las entidades gestoras de la Seguridad Social son en realidad (desde el punto de vista de su naturaleza jurídica) organismos autónomos, y que la distinción entre unas y otros obedece únicamente a razones presupuestarias (CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, op. cit., pp. 206-207).

<sup>96</sup> Considero que el artículo 59 LGSS reproducido, al reconocer al INSALUD capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, le está dotando de personali-

relación de instrumentalidad<sup>97</sup> respecto de una Administración territorial, la General del Estado —concretamente, respecto del Ministerio de Sanidad y Consumo—.

Por su parte, la LOFAGE<sup>98</sup>, en su DA 6.ª, al equiparar, en cuanto a la aplicación de dicha Ley —y con algunas excepciones—, las entidades gestoras de la Seguridad Social a los organismos autónomos, confirma la naturaleza administrativa del INSALUD<sup>99</sup>.

dad jurídica propia, diferenciada de la del Ministerio al que se adscribe. Antes de la entrada en vigor de dicho precepto, SANTAMARÍA entendía que el hecho de que el D-Ley 36/1978 no confiriera expresamente personalidad jurídica al INSS, al INSALUD y al INSERSO sólo podía obedecer a que dicha norma considerara como algo obvio la condición de personas jurídicas de dichas entidades (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos...*, op. cit., pp. 1213-1214).

También con anterioridad a dicho artículo 59 LGSS consideraba ALMANSA que las entidades gestoras de la Seguridad Social, en general, y el INSALUD, en particular, poseían personalidad jurídica propia (ALMANSA PASTOR, José M., *Derecho de la Seguridad Social*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989, pp. 177 y 179).

Tras la entrada en vigor de la LOFAGE resulta indiscutible que dichas entidades tienen personalidad jurídica propia, como se verá en la nota núm. 99.

<sup>97</sup> La relación de instrumentalidad, que se desprende del transcrito artículo 10.1 RD 1893/1996, así como del artículo 9.1 («La Secretaría General de Asistencia Sanitaria, cuyo titular tiene rango de Subsecretario, es el órgano del Ministerio de Sanidad y Consumo que asume la superior dirección y control del Instituto Nacional de Salud») y otras normas del mismo Reglamento y del RD 1855/1979, de 30 de julio, ha sido constatada por la mayoría de los autores citados en la nota núm. 95, y a ellos me remito. La entrada en vigor de la LOFAGE apoya definitivamente esta posición, como veremos a continuación.

Debe señalarse, como ha apuntado FONT, que la LRJPAC, contra lo que hubiera sido deseable, no ha concretado ni regulado el contenido de la relación de dependencia entre entes públicos, ni ha dispuesto en qué debe consistir, pese a concederle, en su artículo 2.2, una función esencial; la LRJPAC, en este sentido, no concreta los poderes de dirección y control (poderes de nombramiento y revocación, de aprobación de actos, de impartición de directrices, etc.) que ostenta la Administración matriz sobre el ente dependiente como consecuencia de la relación de instrumentalidad —de dependencia— [FONT I LLOVET, Tomàs, Intervención sobre las entidades públicas empresariales recogida en PAREJO ALFONSO, Luciano (ed.), *Estudios sobre la Administración General del Estado. Seminario sobre el proyecto de Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)*, Madrid, Universidad Carlos III, 1996, p. 232].

<sup>98</sup> Es importante destacar que la LOFAGE, además de contener la DA que se cita en el texto, deroga expresamente, en su Disposición Derogatoria, la LEEA y los artículos 4 y 6 [apartados 1.b) y 5] de la LGP. Ello contribuye a aclarar los puntos oscuros que pudieran existir durante la vigencia de dichas normas.

<sup>99</sup> Esta equiparación comporta, en efecto, que las entidades gestoras de la Seguridad Social cumplan indudablemente los requisitos exigidos por el artículo 2.2



De lo dicho se desprende que el INSALUD es una Administración institucional; que es, en definitiva, una Administración sanitaria, y, por tanto, un posible centro de imputación de conductas y daños producidos en el marco de la asistencia sanitaria pública.

## 2.2. SU RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Un segundo aspecto a examinar en relación con el INSALUD es el del régimen jurídico de responsabilidad a que está sometido. Para ello debemos partir del citado artículo 2.2 LRJPAC, el cual no se limita a suministrar los requisitos exigidos para que pueda considerarse a un ente como integrante de la Administración institucional, sino que, además —y sobre todo<sup>100</sup>—, precisa en qué casos les serán de aplicación a dichos entes las disposiciones contenidas en la propia LRJPAC<sup>101</sup>. Dicho precepto establece que las entidades que forman parte de la Administración institucional «sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometién-

---

LRJPAC para que se las considere Administración institucional: así, en primer lugar, les será aplicable el artículo 42 LOFAGE, según el cual «Los Organismos públicos tienen personalidad jurídica pública diferenciada». De esta forma, queda zanjada la cuestión de si las entidades gestoras de la Seguridad Social tienen o no personalidad jurídica propia (y, al calificarse a dicha personalidad jurídica como «pública», se recuerda, de paso, que se trata de entes de Derecho público).

En segundo lugar, también se les aplicarán los artículos 41 y 44.1 LOFAGE, los cuales, al establecer, respectivamente, que «Son Organismos públicos los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado», y que «Los Organismos públicos se ajustarán al principio de instrumentalidad», ponen de manifiesto su carácter instrumental, típico de los entes que conforman la Administración institucional.

<sup>100</sup> No hay que olvidar que la tipificación que realiza este artículo 2 LRJPAC de las distintas Administraciones públicas persigue como objetivo primordial delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de dicha Ley, y no ya ofrecer un concepto de Administración pública válido para todos los sectores del Derecho administrativo.

<sup>101</sup> Téngase en cuenta lo que se dirá, *infra*, en la nota núm. 121 y en el texto (al final del epígrafe dedicado a los Servicios de Salud), cuando se aborde la cuestión del régimen de responsabilidad a que están sometidos los Servicios de Salud autonómicos con naturaleza jurídica de entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado. El argumento adicional que allí se manejará (relativo al alcance del inciso segundo del art. 2.2 LRJPAC) es perfectamente aplicable al INSALUD y a su régimen de responsabilidad.

dose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación».

No parece que cuando el INSALUD realiza la actividad material de prestación de asistencia sanitaria esté ejerciendo potestades administrativas en el sentido del artículo 2.2 LRJPAC. Por su parte, la norma que lo crea, el citado D-Ley 36/1978, nada dice sobre el régimen jurídico que le resulta aplicable, aunque presupone en todo momento que estará sometido al Derecho administrativo. En cualquier caso, el artículo 45 LOFAGE señala que «Los Organismos autónomos<sup>102</sup> se rigen por el Derecho administrativo». Derecho administrativo que, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, está contenido en el Título X de la LRJPAC. Por tanto, el régimen de responsabilidad del INSALUD será el de Derecho administrativo de tipo objetivo contenido en la LRJPAC en desarrollo del artículo 106.2 CE<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Y, por tanto, debido a la equiparación que ya conocemos y que lleva a cabo la propia LOFAGE (en su DA 6.<sup>a</sup>), las entidades gestoras de la Seguridad Social.

<sup>103</sup> Que un ente quedara sujeto al régimen de responsabilidad de la LRJPAC no era, sin embargo, por sí solo, hasta la reciente aprobación de la Ley 4/1999, suficiente para demostrar que respondería *objetivamente* por los daños que pudiera ocasionar, pues esta misma Ley, en su artículo 144, parecía (sólo parecía: téngase en cuenta lo que a continuación se dirá sobre la interpretación que de dicho precepto efectuó un importante sector doctrinal) someter al Derecho privado —caracterizado por ser un régimen de responsabilidad por culpa— los daños que las Administraciones públicas causasen cuando actuaran en relaciones de Derecho privado. Era necesario, por tanto, comprobar que la actuación del ente no se produjera en relaciones de Derecho privado.

Pues bien, la prestación de asistencia sanitaria por parte del INSALUD (que es el aspecto de la actividad de este ente que nos interesa en el presente trabajo) no ha podido ser nunca considerada «actuación en relaciones de Derecho privado» a los efectos del originario artículo 144 LRJPAC, porque se trata de actividad propia del «giro o tráfico administrativo». Se trata de actividad no sometida, pues, a dicho artículo 144. Por ello, los daños que dicha asistencia sanitaria haya podido ocasionar no han quedado nunca sujetos al régimen de responsabilidad de Derecho privado (basado en la culpa), sino al de Derecho público de tipo objetivo.

La matización efectuada en la presente nota resulta superflua (si no lo era ya; téngase en cuenta que para un determinado sector doctrinal, encabezado por LEGUINA y MARTÍN REBOLLO, el originario art. 144 LRJPAC unificó no sólo el procedimiento y la jurisdicción competente, sino también el régimen *sustantivo* de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas) tras la aprobación de la Ley 4/1999, que modifica —en los términos que luego veremos— el artículo 144 LRJPAC y unifica el régimen material aplicable a la actuación de las Administraciones públicas, que quedarán sometidas *siempre* a la responsabilidad de tipo obje-

### 3. Servicios de Salud autonómicos

#### 3.1. ENUMERACIÓN, REGULACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CREADOS HASTA EL MOMENTO

En cuanto a los Servicios de Salud de las distintas Comunidades Autónomas, su calificación de Administración es más sencilla porque no son considerados entidades gestoras de la Seguridad Social por la normativa que los instituye. Hay que distinguir dos grandes tipos de Servicios autonómicos de Salud, en función de su naturaleza jurídica<sup>104</sup>:

a) Organismos autónomos administrativos: tienen la consideración de organismos autónomos administrativos los Servicios de Salud de Andalucía<sup>105</sup>, Aragón<sup>106</sup>, Baleares<sup>107</sup>, Cana-

---

tivo propia del Derecho administrativo, tanto cuando actúen en relaciones de Derecho público, como cuando lo hagan en relaciones de Derecho privado.

<sup>104</sup> Debe advertirse que no todas las Comunidades Autónomas han creado Servicios autonómicos de Salud. Carecen de él Cantabria, Castilla-La Mancha y Extremadura.

Mención aparte merece el caso de la Comunidad Valenciana. La Ley valenciana 8/1987, de 4 de diciembre, creó el Servicio Valenciano de Salud y lo configuró, en su artículo 1, como un organismo autónomo de carácter administrativo. Sin embargo, el artículo 46 de la Ley valenciana 6/1993, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales para 1994, lo ha suprimido, y ha atribuido sus funciones a la *Conselleria* a la que estaba adscrito, la Consejería de Sanidad y Consumo. La Comunidad Valenciana, al suprimir su Servicio de Salud y encomendar las funciones que éste (como organismo autónomo administrativo) venía realizando a la Consejería de Sanidad y Consumo, ha atribuido la gestión de la sanidad pública autonómica a una Administración pública inequívoca, la Administración general de dicha Comunidad Autónoma, que es una Administración territorial de las incluidas en el apartado primero del artículo 2 LRJPAC y que por tanto está sometida, indudablemente, al régimen de responsabilidad de Derecho público contenido en dicha Ley estatal.

<sup>105</sup> Artículo 64.1 de la Ley andaluza 2/1998, de 15 de junio, de Sanidad.

<sup>106</sup> Artículo 1.1 de la Ley aragonesa 2/1989, de 21 de abril, de creación y funcionamiento del Servicio Aragonés de Salud (Ley que ha sido recientemente modificada por la Ley aragonesa 8/1999, de 9 de abril).

<sup>107</sup> Según el artículo 5 de la Ley balear 4/1992, de 15 de julio, de creación del Servicio Balear de Salud, «El Servicio Balear de Salud es un ente público de carácter autónomo dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene plena capacidad para actuar para el cumplimiento de sus fines, y que se rige por los preceptos de esta Ley, sus disposiciones complementarias y de desarrollo y normas concordantes» (apartado primero), que «Queda adscrito a la Consellería de Sanidad y Seguridad Social del Gobierno Balear» (apartado segundo).

rias <sup>108</sup>, Castilla-León <sup>109</sup>, Galicia <sup>110</sup>, La Rioja <sup>111</sup>, Madrid <sup>112</sup> y Navarra <sup>113</sup>.

Para CUETO, el Servicio Balear de Salud tiene naturaleza de entidad de Derecho público sometida a Derecho privado, y no ya de organismo autónomo (CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, op. cit., p. 214, nota núm. 345).

Discrepo de esta autora y entiendo que dicho Servicio posee la naturaleza jurídica de un organismo autónomo, aunque no se le califique literalmente como tal. Efectivamente, la Exposición de Motivos de la citada Ley balear afirma que el Servicio Balear de Salud es una entidad sujeta a la Ley 3/1989, de 29 de marzo, de Entidades Autónomas y Empresas Públicas y Vinculadas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Y esta Ley, que regula la Administración institucional de dicha Comunidad Autónoma (como se afirma en su Exposición de Motivos), y que en ningún momento utiliza la fórmula «organismos autónomos», distingue, en su artículo 1, dos grandes tipos de entes que quedan dentro de su ámbito de aplicación: por un lado, las llamadas «Entidades Autónomas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares», de que son «aquellas entidades de Derecho Público creadas por Ley del Parlamento, con personalidad jurídica propia», y que «deben ser, bien de tipo administrativo, bien de tipo comercial, industrial, financiero o análogo». No hay duda, a mi juicio, que el legislador balear está aquí haciendo referencia, aunque bajo otra denominación, a los entes que tradicionalmente se vienen conociendo como «organismos autónomos»; por otro lado, las que denomina «empresas públicas de la Comunidad Autónoma», y dentro de las que se incluyen las «Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia sometidas a la Comunidad Autónoma, pero que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado». Pues bien, opino que la Ley 4/1992, del Servicio Balear de Salud, cuando califica a éste de «ente público de carácter autónomo», lo está incluyendo dentro de la primera categoría de entes integrantes de la Administración institucional balear (la que es equiparable a los organismos autónomos), ya que en ningún momento dice dicha Ley que el citado Servicio de Salud deba ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado.

<sup>108</sup> Artículo 50.1 de la Ley canaria 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

<sup>109</sup> El artículo 38.2 de la Ley castellano-leonesa 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario, establece que «La Gerencia Regional de Salud es un Ente Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, adscrito a la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines».

CUETO considera que dicha entidad debe ser calificada de ente de Derecho público sometido al Derecho privado (CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, op. cit., p. 214, nota núm. 345).

Al igual que ocurría en relación con el Servicio Balear de Salud, discrepo de la opinión de dicha autora, y entiendo que la Gerencia Regional de Salud posee la naturaleza de organismo autónomo. La Ley castellano-leonesa 7/1986, de 23 de diciembre, de la Hacienda de la Comunidad Autónoma, distingue, en su artículo 16.3, tres tipos distintos de entes integrantes de la que llama «Administración Institucional»: los «Organismos Autónomos», los «Entes Públicos de Derecho Privado» y las «Empresas Públicas». Más adelante, en su artículo 21, dicha Ley 7/1986 señala que «Los Entes Públicos de Derecho Privado, habrán de ser calificados como

b) Entidades de Derecho público sometidas a Derecho privado<sup>114</sup>: lo son los Servicios de Salud de Asturias<sup>115</sup>, Cataluña<sup>116</sup>, Murcia<sup>117</sup> y el País Vasco<sup>118</sup>.

tales, de manera expresa, en la Ley que establezca su creación». La Ley 1/1993, de Ordenación del Sistema Sanitario Castellano-leonés, no cumple dicha exigencia, ya que se limita a afirmar que la Gerencia Regional de Salud es un Ente Público Institucional, sin añadir la necesaria referencia a su sumisión al Derecho privado. Al proceder de esta forma, esta Ley se diferencia de otras Leyes de la misma Comunidad que sí han constituido inequívocamente verdaderos entes de Derecho público sometidos al Derecho privado [p. ej., la Ley 7/1996, de 3 de diciembre, en cuyo artículo 1 se establece que «Se crea el Ente Regional de la Energía de Castilla y León, como Ente público *de Derecho privado*, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, según lo previsto en el artículo 16.3 de la Ley 7/1986»; o la Ley 21/1994, de 15 de diciembre, cuyo artículo 1 dispone que «Se crea la Agencia de Desarrollo Económico de Castilla y León como Ente público *de Derecho privado* de los previstos en el art. 16.3.b) de la Ley 7/1986»]. Además, en ningún lugar de la citada Ley 1/1993 se establece la sumisión de la Gerencia Regional de Salud al Derecho privado.

<sup>110</sup> Artículo 1 de la Ley gallega 1/1989, de 2 de enero, de creación del Servicio Gallego de Salud.

<sup>111</sup> Artículo 9 de la Ley riojana 4/1991, de 25 de marzo, de creación del Servicio Riojano de Salud.

<sup>112</sup> Artículo 1 de la Ley madrileña 9/1984, de 30 de mayo, de creación de los Servicios Regionales de Salud y Bienestar Social y del Instituto Regional de Estudios de Salud y Bienestar Social.

<sup>113</sup> Artículo 45.1 de la Ley foral navarra 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud.

<sup>114</sup> No está de más recordar que la LOFAGE, como se desprende de su DT 3.ª, ha pasado a denominar «Entidades públicas empresariales» a los entes que venían siendo conocidos [a nivel legal, en el art. 6.1.b) de la LGP] como entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado. Naturalmente, esta equiparación no alcanza a la Administración de las Comunidades Autónomas, puesto que la LOFAGE es una Ley que limita su aplicación a la Administración General del Estado.

<sup>115</sup> Artículos 5.1 y 35.2 de la Ley asturiana 1/1992, de 2 de julio, de creación del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

<sup>116</sup> Artículo 4.1 de la Ley catalana 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña (en la redacción que le ha dado la Ley catalana 11/1995, de 29 de septiembre).

<sup>117</sup> El artículo 1 de la Ley murciana 2/1990, de 5 de abril, de creación del Servicio de Salud de la Región de Murcia, establecía que «Se crea el Servicio de Salud de la Región de Murcia, con carácter de organismo autónomo público administrativo, dotado de personalidad jurídica». No obstante, la Ley murciana 4/1994, de 26 de julio, de Sanidad, deroga expresamente la Ley 2/1990 en su totalidad y dota a dicho Servicio de Salud de nueva denominación y distinta naturaleza jurídica.

Así, en su artículo 21.1, dispone que «El Servicio Murciano de Salud se configura como un ente de Derecho público de los previstos en el artículo 6.1.a) de la

(Nota 118 en pág. siguiente)

Todos los Servicios de Salud autonómicos, ya adopten la forma jurídica de organismo autónomo o la de ente de Derecho público sometido al Derecho privado, forman parte de la Administración institucional de la Comunidad Autónoma respectiva. Ello es así porque muchas de las Leyes que los instituyen así lo disponen expresamente y porque, en cualquier caso, todos ellos cumplen los requisitos exigidos por la LRJPAC<sup>119</sup> para ser considerados como tales y que ya conocemos<sup>120</sup>. Por lo tanto, también los Servicios de Salud de las distintas Comunidades Autónomas pueden ser considerados Administración sanitaria y, con ello, posibles centros de imputación de conductas y daños derivados de la asistencia sanitaria pública.

### 3.2. SU RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

#### LA NECESIDAD DE UN ÚNICO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL PARA TODOS LOS ENTES PÚBLICOS

En cuanto al régimen de responsabilidad al que deberán someterse los distintos Servicios de Salud, también aquí hay que

---

Ley 3/1990, de 5 de abril, de Hacienda de la Región de Murcia, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene capacidad de obrar, pública y privada, para el cumplimiento de sus fines». A su vez, los entes previstos en dicho artículo 6.1.a) de la Ley murciana 3/1990 son «Las entidades de derecho público, dotadas de personalidad jurídica propia, que por Ley hayan de ajustar su actuación al derecho privado».

<sup>118</sup> El Servicio de Salud del País Vasco, como el murciano, ha cambiado recientemente de naturaleza jurídica. Hasta 1997 fue un organismo autónomo de carácter administrativo. Así se desprendía del artículo 1.2 de la Ley vasca 10/1983, de 19 de mayo, de creación del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza. Sin embargo, la Ley vasca 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, que deroga expresamente la Ley de 1983 acabada de citar, configura al Servicio Vasco de Salud, en su artículo 20, como un ente de Derecho público sometido al Derecho privado.

<sup>119</sup> Ley aplicable a todas las Administraciones públicas; también, pues, a las autonómicas.

<sup>120</sup> Las Leyes autonómicas citadas que han ido creando los distintos Servicios de Salud establecen que se trata de entes de Derecho público, con personalidad jurídica propia y unidos por una relación de instrumentalidad a la Administración territorial matriz (que es la Consejería o Departamento de Sanidad respectiva).

Dicha relación de instrumentalidad —que caracteriza a todos y cada uno de los distintos Servicios de Salud— se deduce de su adscripción a la Consejería de Sanidad respectiva, del genérico control y dirección que ésta ejerce sobre aquéllos, y de muchos otros extremos contenidos y regulados por las Leyes autonómicas citadas

partir del artículo 2.2 LRJPAC <sup>121</sup>. Teniendo en cuenta que, como se ha dicho ya en relación con el INSALUD, no parece que la

---

(así, p. ej., el hecho de que los cargos de mayor responsabilidad de los distintos Servicios de Salud sean nombrados por la Administración territorial matriz, que los fines perseguidos por los distintos Servicios sean los mismos que los de dicha Administración territorial, el régimen patrimonial y de financiación, etc.).

<sup>121</sup> Pero, ¿del artículo 2.2 en su conjunto o sólo de su primer inciso? Como se sabe, el artículo 2.2 LRJPAC es el precepto que define cuándo será de aplicación la LRJPAC a entes que no quepa incluir en el artículo 2.1 de esta misma Ley por no poder ser considerados Administración territorial. Dicho artículo 2.2 contiene dos partes o incisos. En el primero enumera los requisitos que debe reunir un ente para que pueda ser considerado Administración pública a efectos de la Ley (Administración institucional, según la generalidad de la doctrina). En el segundo señala que los entes que cumplan dichos requisitos «sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación».

El problema que se plantea es el de si este segundo inciso está contemplando también el ámbito de aplicación de la parte de la LRJPAC dedicada a regular la responsabilidad de las Administraciones públicas, o si sólo se refiere a aquellos aspectos de dicha Ley concernientes a la «actividad» administrativa en sentido estricto.

Lo habitual en la doctrina es entender lo primero e interpretar el artículo 2.2 como un todo que globalmente delimita el ámbito de aplicación subjetivo de toda la LRJPAC (también, pues, de su régimen de responsabilidad), y no ya sólo de aquellos aspectos referentes a la actividad administrativa *stricto sensu* (así, p. ej., MONTORO CHINER, María Jesús, «La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común», en *Autonomías. Revista catalana de Derecho público*, núm. 16, julio de 1993, pp. 41-42). La consecuencia que de ello se deriva es que un ente determinado que no quepa calificar de Administración territorial sólo se someterá al régimen de responsabilidad contenido en la LRJPAC cuando, además de reunir las características necesarias para poder ser considerado integrante de la Administración institucional, ejerza potestades administrativas; cuando no ejerza dichas potestades, sólo quedará sujeto a dicho régimen de responsabilidad cuando a él remita su norma de creación. Este planteamiento presupone interpretar el concepto «actividad» empleado por el segundo inciso del artículo 2.2 en un sentido amplio, comprensivo también del régimen de responsabilidad.

Tengo mis dudas ante este planteamiento y creo que no cabe descartar una interpretación distinta, que parta de una interpretación literal del término «actividad» y que entienda que el segundo inciso del precepto no hace referencia al régimen de responsabilidad.

Esta distinta interpretación comporta que la sumisión de la Administración institucional al régimen de responsabilidad contenido en la LRJPAC no dependa del hecho de que dicha Administración ejercite potestades administrativas o, en su defecto, de que su norma de creación remita a dicho régimen de responsabilidad, sino, solamente, de que efectivamente se trate de un ente perteneciente a la Administración institucional (lo que ocurrirá cuando reúna las características exigidas por el primer inciso del artículo 2.2).

prestación material de asistencia sanitaria pueda ser considerada actividad desarrollada en ejercicio de potestades administrativas en el sentido de este artículo 2.2 LRJPAC, habrá que acudir a la normativa de creación de los distintos Servicios de Salud para saber si éstos, al llevar a cabo dicha actividad, quedan o no sometidos a la LRJPAC y a su régimen de responsabilidad. Parece oportuno distinguir entre los Servicios de Salud configurados como organismos autónomos de carácter administrativo y los que lo son como entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado.

Las distintas Leyes autonómicas que otorgan a sus respectivos Servicios de Salud la naturaleza jurídica de organismo autónomo de carácter administrativo no hacen expresa referencia a cuál será su régimen de responsabilidad. Se limitan a prever, en el mejor de los casos, el régimen jurídico de la actuación de dichos entes, la impugnación de sus actos, su financiación, su personal y su patrimonio, pero nunca su régimen de responsabi-

---

Así, la aplicación del régimen de responsabilidad previsto en la LRJPAC a un ente que no pueda ser catalogado de Administración territorial (según el artículo 2.1 LRJPAC) no dependerá de que dicho ente cumpla los requisitos previstos en los dos incisos del artículo 2.2 LRJPAC, sino sólo los del primero.

Según esta interpretación, pues, el inciso final del artículo 2.2 LRJPAC no delimita el ámbito de aplicación de *toda* la LRJPAC, sino sólo el de su parte dedicada a la actividad administrativa *stricto sensu*, quedando la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración fuera de él.

En favor de esta postura puede alegarse que cuando el legislador ha querido someter íntegramente (también, pues, en materia de responsabilidad, y no ya sólo en lo relativo a la actividad en sentido estricto) a un determinado ente al Derecho privado, así lo ha hecho, de forma inequívoca, mediante el empleo de formulaciones nada ambiguas y distintas de las del inciso final del artículo 2.2 LRJPAC: así, p. ej., el artículo 6.2 LGP dispone que «Las Sociedades estatales *se regirán* por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral»; y, más recientemente, la DA 12.<sup>a</sup> LOFAGE establece que «Las sociedades mercantiles estatales *se regirán íntegramente*, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado».

Sobre esta segunda interpretación y las razones materiales que la justifican (relacionadas con la finalidad de evitar que la Administración institucional quede sometida a regímenes de responsabilidad de Derecho privado) volveré más adelante, en el texto.

Teniendo en cuenta, no obstante, que se trata de una interpretación que difiere de la realizada por la doctrina mayoritaria, la formulo únicamente como hipótesis a valorar y como argumento adicional en favor de la sumisión de la Administración institucional al régimen de responsabilidad contenido en la LRJPAC.

Partiré, pues, en la exposición que sigue, del planteamiento tradicional, lo que nos permitirá, de paso, examinar de nuevo la normativa autonómica de creación de los distintos Servicios de Salud y de regulación de la Administración institucional.



lidad. Tampoco especifican si dichos organismos quedarán sometidos, en general, al Derecho administrativo o al Derecho privado. De esta inconcreción no puede deducirse, sin embargo, que estos entes sean objeto de un régimen de responsabilidad de Derecho privado. Todo lo contrario, el solo hecho de que los legisladores autonómicos hayan calificado a sus Servicios de Salud de organismos autónomos (además, de carácter administrativo) pone de manifiesto su voluntad de conceder a dichos entes el mismo tratamiento que el Derecho administrativo viene dando tradicionalmente, en el marco de la normativa estatal, a esta figura organizativa. Y este tratamiento consiste en someter a los organismos autónomos al Derecho administrativo<sup>122</sup>, como actualmente señala de forma tajante, para la Administración del Estado, el artículo 45 LOFAGE.

Además, todas estas Comunidades Autónomas han dictado Leyes que regulan de forma más o menos detallada su Administración institucional respectiva<sup>123</sup> y que someten a sus organismos autónomos tácitamente al Derecho administrativo<sup>124</sup>; en

---

<sup>122</sup> Como recuerda S. MARTÍN-RETORTILLO, «Ésta [la LEEA] los configuró [a los organismos autónomos] como Administraciones públicas que, en régimen de descentralización, venían a ejercer funciones administrativas sometidas en su organización y en su actuación al Derecho administrativo» (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, «Reflexiones sobre la "huida" del Derecho administrativo», en *RAP*, núm. 140, mayo-agosto de 1996, p. 31).

<sup>123</sup> En Andalucía, la Ley 5/1983, de 19 de julio, de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (arts. 4-6); en Aragón, la Ley 11/1996, de 30 de diciembre, de la Administración de la Comunidad (arts. 61 y ss.); en Canarias, la Ley 7/1984, de 11 de diciembre, de Hacienda Pública de la Comunidad (arts. 4-7); en Castilla-León, la Ley 7/1986, de 23 de diciembre, de la Hacienda de la Comunidad Autónoma (arts. 16-24); en Galicia, la Ley 11/1992, de 7 de octubre, de Régimen Financiero y Presupuestario (arts. 11 y 12); en las Islas Baleares, la Ley 3/1989, de 29 de marzo, de Entidades Autónomas y Empresas Públicas y Vinculadas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; en La Rioja, la Ley 3/1995, de 8 de marzo, de Régimen Jurídico del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma (arts. 88-91); en Madrid, la Ley 1/1984, de 19 de enero, de regulación de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid; y en Navarra, la Ley 8/1988, de 26 de diciembre, de la Hacienda de Navarra (arts. 3-5).

<sup>124</sup> Baste citar, como ejemplo de sometimiento tácito al Derecho administrativo de los organismos autónomos, a las Leyes balear y castellano-leonesa que disciplinan la Administración institucional.

La Ley balear 3/1989, de 29 de marzo, de Entidades Autónomas y Empresas Públicas y Vinculadas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, presupone en todo momento, y por eso no lo afirma expresamente, que los organismos autóno-

alguna ocasión, incluso, estas Leyes llegan a declarar expresamente la sumisión de dichos entes al régimen de responsabilidad de Derecho administrativo<sup>125</sup>.

Los Servicios de Salud con naturaleza jurídica de organismo autónomo quedan, pues, sujetos al régimen de responsabilidad de tipo objetivo<sup>126</sup> contenido en la LRJPAC<sup>127</sup>.

---

mos (a los que denomina «entidades autónomas») son objeto del Derecho administrativo, del mismo modo que también presupone —y tampoco dice expresamente— que las sociedades mercantiles de participación mayoritaria autonómica se someterán al Derecho privado. La Ley sólo especifica el tipo de régimen al que se someterá la Administración institucional en el caso más complejo y en el que dicha precisión es necesaria: el de las entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado, las cuales, según el artículo 16 de la Ley, deberán «someterse al Derecho mercantil, civil o laboral, sin perjuicio de las materias a que se aplica la presente Ley, de las exceptuadas por la Ley de creación o por el decreto de desarrollo y, en general, las de actividades referentes a las relaciones de tutela con la Administración». En ningún lugar de la Ley, por lo demás, se dice que los organismos autónomos deban someterse al Derecho privado.

Consideraciones semejantes son extensibles a la Ley castellano-leonesa 7/1986, de 23 de diciembre, de la Hacienda de la Comunidad Autónoma (véase al respecto su art. 20). Esta Ley, sin embargo, añade un argumento más a los ofrecidos: su artículo 16.4, que establece que «las entidades institucionales se regirán por su Ley de creación, las disposiciones de esta Ley, las demás que sean de aplicación y, *en el caso de los entes públicos de Derecho privado y de las empresas públicas, por el orden jurídico privado fundamentalmente*», interpretado *a sensu contrario*, permite entender que los organismos autónomos no se regirán por el Derecho privado, sino por el Derecho público.

<sup>125</sup> Así ocurre en la Ley madrileña 1/1984, de 19 de enero, de regulación de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, en su artículo 29: «El régimen de responsabilidad de los Organismos Autónomos de la Comunidad de Madrid y de las autoridades y funcionarios que presten sus servicios en los mismos, se exigirá en los mismos términos y casos que para la Administración de la Comunidad y de acuerdo con las disposiciones generales del Estado en la materia».

<sup>126</sup> Vale aquí lo que se ha dicho, *supra*, en la nota núm. 103 en relación con el INSALUD: la actividad de prestación de asistencia sanitaria desarrollada por los Servicios de Salud no puede ser considerada «actuación en relaciones de Derecho privado» a los efectos del artículo 144 LRJPAC; y, aunque lo fuera, ello no cambiaría nada, porque dicho artículo 144, tras ser reformado por la Ley 4/1999, establece que también la actividad en relaciones de Derecho privado de las Administraciones públicas queda sometida a la responsabilidad de tipo objetivo propia del Derecho administrativo.

<sup>127</sup> Ténganse en cuenta, a mayor abundamiento, los argumentos que a continuación se ofrecerán para justificar la sumisión de los entes de Derecho público sujetos al Derecho privado al régimen de responsabilidad objetiva contenido en la LRJPAC, ya que son extensibles, con algunos matices, a los organismos autónomos.

Más problemática resulta *a priori* defender la responsabilidad de Derecho administrativo de los Servicios de Salud que son configurados por sus Leyes de creación como entes de Derecho público sometidos al Derecho privado, ya que se trata de organismos que, como su propia denominación indica, actúan fundamentalmente en régimen de Derecho privado.

La razón que en general suele aducirse para justificar la creación de este tipo de entes es que con ellos se pretende conseguir mayores cotas de eficiencia en la gestión del servicio de que se trate. Esta mayor eficiencia deriva (se argumenta) de su sometimiento a las flexibles reglas del Derecho privado (civil, mercantil y laboral) y no ya a las rígidas del Derecho administrativo.

Opino que precisamente este objetivo de la eficiencia constituye, sin embargo, no sólo el fundamento, sino, al mismo tiempo, el límite al sometimiento de dichos entes al Derecho privado: sólo se someterán al Derecho privado en la medida en que sea necesario en pos de la eficiencia en la gestión, y no más allá. Así, se regirán por el Derecho privado su contratación o su personal, pero no aquellos aspectos de los que no dependa una mayor eficiencia en la gestión del servicio. Entre estos últimos aspectos se encuentra, a mi modo de ver, el régimen de responsabilidad. Optar por un régimen de Derecho público o privado de responsabilidad no alterará la eficiencia *en* la gestión del servicio, sino únicamente las garantías de aquellos que sufran daños como *consecuencia* de dicha gestión. El de «eficiencia» es un concepto complejo que resume, tras ponderarla y valorarla, la relación existente entre un fin u objetivo determinado y los medios empleados para conseguirlo. Así, es más eficiente que otro el ente que con menos medios alcanza los mismos objetivos, o que con los mismos medios alcanza unos objetivos superiores. En el ejemplo de la asistencia sanitaria es más eficiente que otro el ente que, con menos medios (recursos materiales y personales), alcanza un mismo número de prestaciones sanitarias satisfactorias (este es el objetivo de la asistencia sanitaria), o que, a igualdad de medios, consigue un número mayor. El régimen de responsabilidad por el que se opte sólo entrará en juego en un momento posterior a dicha gestión, ya que, por definición, trata de paliar las consecuencias negativas (los daños que se

deriven) de dicha gestión más o menos eficiente. En este sentido, no cabe decir que un ente prestador de asistencia sanitaria sea más eficiente que otro porque, produciendo un mismo número de daños que éste, se vea obligado a indemnizar en menos supuestos (porque su responsabilidad sea de tipo subjetivo y no ya objetivo). Lo que cabrá decir, en estos casos, es que dicho ente otorga una menor garantía a las posibles víctimas de su asistencia sanitaria.

Subyacente al argumento acabado de ofrecer se encuentra un presupuesto previo que buena parte de la doctrina administrativista española defiende: el régimen de responsabilidad de todo *ente público* debe ser el propio del Derecho público, sin que quepa diferenciar a estos efectos entre distintos tipos de entes públicos, ya que lo contrario supondría una merma injustificada de las garantías de los particulares, que no pueden ver alterado el régimen de responsabilidad de que han de ser objeto por el solo hecho de que la Administración, instrumentalmente, en aras de una mayor eficiencia en la gestión, opte por una concreta fórmula organizativa u otra<sup>128</sup>. La clave radica, pues, en el concepto de ente público. Y no cabe duda que las entidades que estamos contemplando son verdaderos entes públicos. De hecho, así se deduce literalmente de su misma denominación («*entes de Derecho público* sometidos al Derecho privado»); y, como se ha visto más arriba, se trata de verdaderas Administraciones públicas, integrantes de la llamada Administración institucional y encuadrables en el artículo 2.2 LRJPAC.

Efectivamente, el hecho de que los entes de Derecho público sometidos al Derecho privado sean Administraciones públicas

---

<sup>128</sup> Resulta ineludible citar aquí a MARTÍN REBOLLO, quien defiende la sumisión de los entes con forma de personificación pública al régimen de responsabilidad objetiva de la LRJPAC en todo caso —incluso cuando se rijan por el Derecho privado— en los siguientes términos: «para que la responsabilidad cumpla adecuadamente su papel profiláctico y garantizador su regulación no debe depender de las formas organizativas o de personificación que adopten instrumentalmente las Administraciones Públicas, porque, además, el instituto de la responsabilidad forma parte, a mi juicio, del núcleo básico garantizador de los ciudadanos, que no es disponible y que debe ser el mismo cuando de la actividad de *entes públicos* se trata» (MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 53; la cursiva corresponde al propio autor).

es, a mi modo de ver, definitivo. Es importante recordar, en este sentido, que el artículo 106.2 CE, tal como viene siendo interpretado por la doctrina dominante <sup>129</sup>, extiende su aplicación, indiferenciadamente, a *todas* las Administraciones públicas; también, pues, a este tipo de entes públicos.

Un argumento adicional <sup>130</sup> permite entender que los entes que estamos examinando no sólo caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 106.2 CE, sino que, además, están sujetos a la regulación de la institución de la responsabilidad patrimonial llevada a cabo por la LRJPAC: el artículo 2.2 de esta Ley, al especificar que sólo en el ejercicio de potestades administrativas deberán dichos entes someterse a dicha norma, remitiendo en el resto a la norma de creación del ente, se refiere en todo momento exclusivamente a la «actividad» de estos organismos integrantes de la Administración institucional; y el régimen de responsabilidad no forma parte, en puridad, de la actividad de un ente, sino que entra en juego, precisamente, una vez que se ha producido dicha actividad, en el caso de que ésta haya ocasionado daños. De ello se deduce que el inciso final del artículo 2.2 LRJPAC no afecta al ámbito de aplicación subjetivo de la parte de esta Ley dedicada a la responsabilidad de la Administración pública. Y que, por tanto, los entes de Derecho público sometidos al Derecho privado quedan sujetos al régimen de responsabilidad de la LRJPAC en todo caso.

Si ello es así, y dichos entes se rigen por el Título X de la LRJPAC, su responsabilidad será *siempre* de tipo objetivo, tanto cuando actúen en relaciones de Derecho público como cuando lo hagan en relaciones de Derecho privado. En efecto, tras la redac-

---

<sup>129</sup> Como ya sabemos, se interpreta el concepto «servicios públicos» en un sentido orgánico, como sinónimo de la específica actividad desarrollada por las Administraciones públicas (de todo el «giro o tráfico administrativo»), sin distinguir a estos efectos entre las distintas Administraciones existentes.

<sup>130</sup> Al que ya se ha hecho referencia, *supra*, en la nota núm. 121. Téngase en cuenta lo allí dicho. Este argumento, basado en una interpretación literal del término «actividad» empleado por el artículo 2.2 LRJPAC, encuentra su justificación última en las razones materiales enunciadas en los párrafos anteriores que aconsejan someter enteramente a toda Administración pública a la responsabilidad de Derecho público contenida en el artículo 106.2 CE y desarrollada por la LRJPAC.

ción que la Ley 4/1999 ha dado al artículo 144 LRJPAC, no es posible ya sostener (como se hizo, pacíficamente, bajo la vigencia del art. 41 LRJAE; y, más problemáticamente, bajo la del originario art. 144 LRJPAC) que la actuación en relaciones de Derecho privado de las Administraciones públicas quede sometida al régimen de responsabilidad —de tipo subjetivo— contenido en el Código civil<sup>131</sup>.

Por todo lo expuesto, sólo cabe defender que la responsabilidad de los entes de Derecho público sometidos al Derecho privado, en general, y la de los Servicios autonómicos de Salud que adoptan dicha naturaleza jurídica, en particular, sea una responsabilidad de Derecho público: la responsabilidad administrativa objetiva<sup>132</sup> contenida en la LRJPAC<sup>133</sup>. Así lo reconocen además, expresamente, dos de las cuatro Leyes autonómicas que otorgan a sus respectivos Servicios de Salud la naturaleza jurídica que estamos examinando: la Ley catalana 15/1990, de 15 de julio, de Ordenación Sanitaria, en sus artículos 4.2 y 60<sup>134</sup>; y la

---

<sup>131</sup> La Ley 4/1999 sólo ha modificado el inciso final de dicho artículo 144 LRJPAC. El originario artículo 144 contenía, en dicho inciso final, una remisión a los artículos 142 y 143 de la misma LRJPAC (que regulan sólo los aspectos procesales —no ya los sustantivos— de la responsabilidad administrativa). La Ley de reforma ha ampliado dicha remisión, que pasa a referirse a los artículos 139 y ss. de la LRJPAC, de modo que no quepa ya entender (como recuerda la Exposición de Motivos de la Ley de reforma) que la unificación efectuada entre la actividad de la Administración realizada en relaciones de Derecho público y la realizada en relaciones de Derecho privado se limite al régimen procesal de la responsabilidad (procedimiento administrativo de reclamación y jurisdicción competente) y no alcance al régimen material.

Con esta reforma se pone fin a la importante y conocida polémica doctrinal relativa a la interpretación que debía hacerse del originario artículo 144 LRJPAC.

<sup>132</sup> Por lo que se ha señalado en el párrafo y nota precedentes y *supra*, en las notas núms. 103 y 126.

<sup>133</sup> También CUETO considera que la responsabilidad de los Servicios de Salud debe ser siempre la contenida en la LRJPAC, tanto cuando adopten la fórmula jurídica de organismo autónomo como la de ente de Derecho público sometido al Derecho privado (CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, *op. cit.*, p. 214). En el mismo sentido, VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y límites*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 99.

<sup>134</sup> El segundo apartado del artículo 4, introducido por la Ley 11/1995, dispone que «No obstante lo dispuesto por el apartado 1 [según el cual, en lo referente a las relaciones jurídicas externas, el Servicio Catalán de la Salud se sujeta, en términos generales, al Derecho privado], el Servicio Catalán de la Salud se somete al derecho

Ley vasca 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, en su artículo 21.3<sup>135, 136</sup>.

---

público en las siguientes materias: [...] d) El régimen de impugnación de actos y de responsabilidad del Servicio, que se rige por los artículos 59 y 60 de la presente Ley».

A su vez, el artículo 60, en su apartado primero [la Ley 11/1995 le ha añadido un segundo apartado, en el que se atribuye al Director del Servicio Catalán de la Salud la competencia para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial a que se refiere la LRJPAC], establece que «El régimen de responsabilidad del Servicio Catalán de la Salud y de las autoridades y funcionarios que prestan en él sus servicios se exigirá en los mismos términos y supuestos que para la Administración de la Generalidad y de acuerdo con las disposiciones generales de aplicación en la materia».

<sup>135</sup> Este precepto establece que «El ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud se sujetará al Derecho público, agotando, en su caso, sus actos la vía administrativa, cuando ejerza potestades administrativas por atribución directa o delegación, así como en cuanto a su régimen de patrimonio y en materia de responsabilidad patrimonial ante terceros por el funcionamiento de sus servicios».

<sup>136</sup> En cuanto al Principado de Asturias y a la Región de Murcia, las Leyes creadoras de sus respectivos Servicios de Salud nada dicen sobre el régimen de responsabilidad a que éstos deberán sujetarse. Es más, según la normativa que de forma general regula, en ambas Comunidades Autónomas, la Administración institucional, parece que dicho régimen de responsabilidad haya de ser el de Derecho privado.

Así, el Decreto Legislativo asturiano 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Económico y Presupuestario del Principado de Asturias, señala, en su artículo 4.2.b), que las entidades públicas de dicha Comunidad [entre las que cabe incluir al Servicio Asturiano de Salud] «se rigen por el derecho privado, excepto en la formación de voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos que les sean de aplicación contenidos en esta Ley». Y dicha Ley no se refiere en ningún momento al régimen de responsabilidad patrimonial de dichos entes.

Por su parte, la Ley murciana 3/1990, de 5 de abril, de Hacienda de la Comunidad Autónoma, afirma, en su artículo 6.2, que «Las empresas públicas de la Región de Murcia [entre las que hay que incluir, por expreso mandato del primer apartado del precepto, a las entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado] se regirán por las normas de derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en que les sea de aplicación la presente Ley», no conteniendo dicha Ley ninguna previsión en materia de responsabilidad patrimonial.

A pesar de la dicción literal de ambas normas, entiendo que, en virtud de los argumentos antes expuestos en el texto, el régimen de responsabilidad de los Servicios de Salud asturiano y murciano debe ser el de Derecho público.

#### 4. Fundaciones, sociedades mercantiles y otros entes con personalidad jurídico-privada tras los cuales se encuentra una Administración pública

##### 4.1. LA PROLIFERACIÓN DE ESTE TIPO DE ENTES EN EL MARCO DE LA SANIDAD PÚBLICA <sup>137</sup>

La sanidad pública, sin embargo, no sólo es gestionada directamente por las Administraciones instrumentales vistas (INSALUD y Servicios de Salud autonómicos) a través de sus propios órganos. Dichas Administraciones acuden, cada vez con mayor frecuencia, tanto a la gestión indirecta prevista ya en la LGS, como a nuevas fórmulas de gestión directa caracterizadas por la creación de entes dotados de personalidad jurídica propia <sup>138</sup>. A la gestión indirecta de la sanidad pública se hará referencia más adelante, cuando se aborde el estudio de los contratistas públicos. Ahora se examinará brevemente la reciente problemática derivada de las nuevas fórmulas de gestión directa.

La búsqueda de una mayor eficiencia en la gestión de la sanidad pública está llevando, en los últimos años, a que el INSA-LUD y los Servicios de Salud autonómicos constituyan, para realizar dicha gestión, entes dotados de personalidad jurídica de Derecho privado <sup>139, 140</sup>.

---

<sup>137</sup> Puede verse, sobre este tema, el artículo elaborado por José Luis BERMEJO LATRE y yo mismo titulado «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública» (en *REDA*, núm. 104, octubre-diciembre de 1999). En su epígrafe II, cuya redacción me ha correspondido, se aborda el estudio de la evolución de las fundaciones sanitarias de iniciativa pública, desde el Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, hasta el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, efectuándose una comparación entre las fundaciones de *Derecho privado* creadas por el INSALUD (que son, como veremos, las que nos interesan en el presente capítulo) y las fundaciones *públicas* sanitarias introducidas y reguladas por dicho artículo 111.

<sup>138</sup> Sobre el carácter directo o indirecto de estas nuevas formas de gestión véase, *infra*, la nota núm. 150.

<sup>139</sup> También constituyen entes dotados de personalidad jurídica de Derecho público (organismos autónomos, entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado y, como veremos más adelante —en el texto y en la nota núm. 145—,



Ha sido primero la normativa autonómica la que paulatinamente ha ido permitiendo, en distintas Comunidades Autónomas, que los respectivos Servicios de Salud creen todo tipo de

---

fundaciones *públicas* sanitarias). No se abordará, sin embargo, el estudio de las personificaciones de Derecho público, porque, al ser verdaderas Administraciones públicas, les son extensibles las consideraciones efectuadas en los epígrafes dedicados al INSALUD y a los Servicios de Salud, sin que planteen mayores problemas: son Administraciones sanitarias (concretamente, Administraciones institucionales) y su régimen de responsabilidad es de Derecho público.

Su única peculiaridad es que se encuentran en relación inmediata de instrumentalidad respecto de otra Administración institucional (el INSALUD o los Servicios de Salud), y no ya respecto de una Administración territorial; respecto a la territorial su instrumentalidad es sólo mediata.

Ejemplos de entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado son, en Andalucía, el Hospital de la Costa del Sol o la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias; y en Cataluña, el Instituto de Diagnóstico por la Imagen o las empresas públicas Gestión de Servicios Sanitarios, Instituto de Asistencia Sanitaria y Gestión y Prestación de Servicios de Salud.

<sup>140</sup> La creación de entes con personalidad jurídica de Derecho privado para que gestionen los hospitales y otros centros prestadores de servicios sanitarios públicos forma parte de una profunda reforma global de la sanidad pública española reclamada y diseñada, desde hace ya algunos años, por buena parte de los economistas de la salud de nuestro país.

Punto de referencia obligado de esta reforma y de las concretas medidas en que debe proyectarse lo constituye el llamado «Informe Abril» de julio de 1991 (Informe de la Comisión de Evaluación y Análisis del Sistema Nacional de Salud, cuyo Presidente fue ABRIL MARTORELL, y que tiene su origen en una proposición no de Ley de 13 de febrero de 1990). Conviene no olvidar, sin embargo, en lo referente a las formas de gestión, que para este Informe la fórmula idónea es la de los entes *públicos* sometidos al Derecho privado.

Esta propuesta de reforma de la sanidad consiste, a grandes rasgos, en instaurar un verdadero mercado de la sanidad («mercado interno») que, a partir de la separación de las funciones de financiación, compra y provisión de los servicios sanitarios y de la consiguiente competencia entre los distintos proveedores, otorgue mayor protagonismo al usuario y, en último término, redunde en una mayor eficiencia del sistema.

Los partidarios de esta reforma global de la sanidad sostienen que para que ésta pueda llevarse a cabo con éxito resulta imprescindible modificar las formas organizativas y de gestión: hay que dotar de mayor autonomía a los centros sanitarios dependientes de las Administraciones públicas, y ello sólo se conseguirá someténdolos al Derecho privado y a técnicas gerenciales.

Exponentes significativos de esta dirección reformista son LÓPEZ I CASASNOVAS, Guillem, en —entre otras obras— «El informe “Abril” de reforma de la asistencia sanitaria», en *Papeles de Economía Española*, núm. 41, 1991, pp. 99-105; y BAREA TEJEIRO, José, en «La gestión de la sanidad: un bien privado financiado públicamente», en *Papeles de Economía Española*, núm. 69, 1996, pp. 52-63 (debe advertirse, sin embargo, que este último autor se manifiesta partidario de que los hospita-

entes, tanto de Derecho público como privado, para llevar a cabo la gestión de la sanidad pública <sup>141</sup>.

En el territorio INSALUD el proceso se ha iniciado con posterioridad, siendo el D-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD <sup>142</sup>, primero, y, después, la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud (que ha sustituido a dicho D-Ley), las normas que han atribuido dicha potestad a la Administración sanitaria estatal <sup>143</sup>.

---

los públicos sean configurados como entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado o, alternativamente, en el caso de que no se les quiera dotar de personalidad jurídica propia, de que funcionen como servicios descentralizados sometidos en su actividad al ordenamiento jurídico privado —*op. cit.*, p. 61—).

Los administrativistas, por su parte, suelen poner más reparos a la gestión de la sanidad pública mediante sociedades mercantiles, al menos mientras este sector de la actividad económica siga escapando a las reglas de mercado. En este sentido se manifiestan CUETO (CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, *op. cit.*, p. 218), ARIÑO y SALA ARQUER (ARIÑO ORTIZ, Gaspar; SALA ARQUER, José Manuel, «La gestión de los servicios sanitarios...», *op. cit.*, pp. 56-58).

Estos dos últimos autores, en la obra acabada de citar, se muestran plenamente partidarios de introducir elementos de competencia en la sanidad española y configurar así un mercado de la sanidad en el que queden separadas las funciones de financiación, compra y provisión de los servicios sanitarios; una vez instaurado dicho mercado de la sanidad será recomendable que los centros asistenciales adopten la forma de sociedad mercantil para gozar así de mayor autonomía en la gestión y poder competir con mayores garantías.

Describen las principales reformas propuestas, desde la perspectiva del Derecho administrativo, BEATO ESPEJO, Manuel, «Nuevo modelo económico en la prestación de servicios sanitarios: privatización en la gestión y técnicas gerenciales, fomento de la libre elección por el usuario y ejercicio libre de la actividad empresarial», en *RAP*, núm. 131, mayo-agosto de 1993, pp. 367-405; y (centrándose fundamentalmente en las formas de gestión, y mostrando cierto escepticismo ante las supuestas virtudes del Derecho privado) BORRAJO INIESTA, Ignacio, «La huida hacia fórmulas de gestión de Derecho Privado en la prestación de Servicios Sanitarios: la supuesta crisis del Derecho Administrativo», en AA.VV., *La Gestión de los Servicios Sanitarios...*, *op. cit.*, pp. 95-119.

<sup>141</sup> Paradigmática en este sentido resulta la Ley catalana 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña (art. 7.2).

<sup>142</sup> Convalidado por el Congreso de los Diputados el 27 de junio de 1996. Como ya se ha explicado en el epígrafe II de MIR PUIGPELAT, Oriol; BERMEJO LATRE, José Luis, «Algunas notas...», *op. cit.*, resulta necesario tener en cuenta la corrección de errores de dicho D-Ley, publicada en el *BOE* de 20 de junio de 1996 (núm. 149).

<sup>143</sup> Sobre el alcance y contenido del D-Ley y la Ley 15/1997, las novedades que ésta presenta respecto de aquél, y los problemas que uno y otra plantean, puede

En desarrollo de esta última Ley, el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha introducido y regulado, para el territorio INSALUD<sup>144</sup>, las que denomina «fundaciones públicas sanitarias»; con esta nueva figura, el legislador matiza el carácter privatizador de la normativa estatal de 1996 y 1997 y propicia, en cierto modo, un *retorno al Derecho administrativo*<sup>145</sup>.

---

verse el epígrafe II de MIR PUIGPELAT, Oriol; BERMEJO LATRE, José Luis, «Algunas notas...», *op. cit.*

<sup>144</sup> El legislador estatal, con este precepto, introduce la figura de la fundación pública sanitaria en todo el Sistema Nacional de Salud, pero sólo la regula para el territorio INSALUD, remitiendo, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que decidan crear las distintas Comunidades Autónomas, a la respectiva normativa autonómica. Se respeta, así, la competencia autonómica en materia de organización sanitaria.

<sup>145</sup> Como he tenido ocasión de señalar en el epígrafe II de MIR PUIGPELAT, Oriol; BERMEJO LATRE, José Luis, «Algunas notas...», *op. cit.*, dicho precepto supone, en efecto, un freno a la *huida* del Derecho administrativo provocada por el D-Ley 10/1996 y la Ley 15/1997 en el marco de las formas de gestión de la sanidad pública. Y supone, por tanto, como digo, un *retorno* al Derecho administrativo.

El D-Ley de 1996, primero, y la Ley 15/1997, después, han permitido a la Administración sanitaria la creación de entes de Derecho privado para la gestión de la sanidad pública, como ya sabemos. Como veremos *infra*, en el texto y en la nota núm. 147, el INSALUD ha elegido, como modelo, el de la fundación, y ha constituido ya más de una para la gestión de algunos hospitales. Se trata de auténticas fundaciones de Derecho *privado*, sometidas a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

El artículo 111 de la citada Ley de acompañamiento da un giro a esta tendencia privatizante e introduce un nuevo tipo de fundación de iniciativa pública, la fundación pública sanitaria, que no es, en realidad (a pesar de su denominación), una fundación, sino un ente público (aunque seguiré denominándolas «fundaciones» porque así lo hace la Ley).

Efectivamente, en este precepto se señala que dichas fundaciones (a las que denomina, en expresión ya muy significativa acerca de su naturaleza jurídica, «fundaciones públicas sanitarias») son *organismos públicos* (apartado 2) que se registrarán, supletoriamente (en lo no previsto en el propio artículo 111), por lo dispuesto para las *entidades públicas empresariales* en la LOFAGE (apartado 11).

Esta remisión a la LOFAGE supone reconocer personalidad jurídico-pública (el artículo 42.1 de dicha Ley establece que «Los Organismos públicos tienen *personalidad jurídica pública* diferenciada») y carácter instrumental, respecto de la Administración General del Estado, a este tipo de entes (en el artículo 1.2, esta Ley afirma que «Los Organismos públicos son las Entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones *instrumentales* diferenciadas y *dependientes* de ésta»).

Amparándose en esta normativa habilitante, las distintas Administraciones sanitarias han creado entes de Derecho privado para la gestión de la sanidad pública. La experiencia

Las fundaciones públicas sanitarias, adscritas por el artículo 111 de la Ley de acompañamiento al INSALUD (apartado 2), reúnen, por tanto, los requisitos exigidos por el artículo 2.2 LRJPAC para ser consideradas Administraciones públicas a efectos de dicha Ley, y que ya conocemos: personalidad jurídica diferenciada de Derecho público y relación de instrumentalidad respecto de otra Administración pública. Son, por tanto, verdaderos *entes públicos*, verdaderas Administraciones públicas.

Ello comporta que su *régimen de responsabilidad extracontractual* sea el propio del Derecho público contenido en el Título X de la LRJPAC, y no ya el de Derecho privado recogido en el Código civil. Pues, como he tratado de demostrar al ocuparme de los Servicios de Salud autonómicos, aquél debe ser el régimen de responsabilidad extracontractual de todos los entes públicos, sin excepción. A lo dicho en el apartado tercero de este capítulo me remito.

La naturaleza pública de estas fundaciones, así como su régimen de responsabilidad (también público), es, pues, claro. Resulta, en cambio, muy difícil, debido a la ambigüedad de la Ley de acompañamiento, precisar más su naturaleza jurídica: ¿son dichas fundaciones un tipo específico de entidad pública empresarial o constituyen un *tertium genus*, un tercer tipo de organismo público, distinto de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales? A mi modo de ver, el artículo 111 opta por la segunda opción, pues no dice en ningún momento que dichas fundaciones sean entidades públicas empresariales; y, además, las equipara a los organismos autónomos (y no ya a las entidades públicas empresariales) al establecer las fuentes de las que podrán provenir sus recursos económicos (apartado 9).

En cualquier caso, esta última cuestión, dudosa, no tiene ninguna relevancia a efectos del régimen de responsabilidad a que quedan sometidas estas «fundaciones». Como tampoco la tienen otras muchas cuestiones sin duda interesantes que suscita la nueva regulación del artículo 111, y de las que me he ocupado en el epígrafe II del artículo citado *supra*, en esta misma nota (normativa aplicable, régimen de personal, contratación, régimen económico y patrimonial, potestad constitutiva del Gobierno, etc.).

Todo lo dicho pone de manifiesto que las fundaciones públicas sanitarias previstas en la Ley 50/1998 no forman parte, debido a su naturaleza jurídico-pública, del fenómeno organizativo que estamos analizando en este apartado cuarto del capítulo segundo: la creación de entes dotados de personalidad jurídica de *Derecho privado* para la gestión de la sanidad pública. Por ello, nada de lo que se dirá a continuación irá referido a este tipo de fundaciones, a las que es de entera aplicación (con las matizaciones efectuadas *supra*, en la nota núm. 139) lo que se ha señalado al abordar el estudio de los Servicios de Salud autonómicos que adoptan la forma jurídica de entes de Derecho público sometidos al Derecho privado.

Sí nos interesan en este apartado cuarto, en cambio, las fundaciones dotadas de personalidad jurídico-privada creadas por las Administraciones públicas para llevar a cabo la gestión de la sanidad (luego tomaremos como ejemplo dos de ellas). Como veremos *infra*, en la nota núm. 147, la Ley 50/1998 no impedirá (tampoco lo pretende) que existan fundaciones de este tipo, es decir, fundaciones de iniciativa pública, pero de naturaleza jurídica *privada*.

reciente pone de relieve que así como los Servicios de Salud autonómicos han preferido constituir sociedades mercantiles<sup>146</sup>, el INSALUD se ha decantado por la fundación privada<sup>147</sup>.

---

Cuando, por tanto, en este apartado del trabajo, aluda a las fundaciones gestoras de la sanidad pública, me referiré a las que tengan naturaleza jurídica de Derecho privado, que son las constituidas al amparo de la normativa estatal y autonómica sobre fundaciones privadas.

<sup>146</sup> Dos ejemplos significativos son los siguientes: en Cataluña, la sociedad «Sistema de Emergencias Médicas, S.A.»; y, en el País Vasco, la sociedad «Alta Tecnología Sanitaria, S.A.».

La sociedad catalana tiene su origen en el Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de 14 de diciembre de 1992 (publicado por Resolución de 21 de diciembre de 1992 del Departamento de Sanidad y Seguridad Social en el *DOG*C de fecha 30 de diciembre de ese mismo año), que autoriza al Servicio Catalán de la Salud su creación.

Este Acuerdo dispone que el objeto de la citada sociedad consistirá en «la atención de las emergencias médicas mediante la realización de actuaciones de toda clase consistentes en la gestión y control de los recursos personales, materiales y económicos disponibles, con el fin de garantizar en todo momento la atención pre-hospitalaria, el transporte asistido y el ingreso en el centro adecuado, en cada caso, de enfermos críticos» (apartado 2.º del Acuerdo).

El mismo Acuerdo aprueba los Estatutos de dicha sociedad y señala que el capital social, de 100 millones de pesetas, será totalmente suscrito y desembolsado por el Servicio Catalán de la Salud (apartados 3.º y 4.º del Acuerdo). Todo ello pone de manifiesto el inequívoco carácter público de dicha sociedad.

Consideraciones análogas son extensibles a la sociedad vasca, la cual tiene su origen en el Decreto 159/1992, de 9 de junio (publicado en el *BOPV* de 16 y 19 de junio de 1992), por el que se autoriza su creación.

Su objeto social es «la gestión, administración y explotación de servicios de diagnóstico y tratamiento sanitario que conlleven la aplicación de alta tecnología», así como «la docencia e investigación en el régimen y condiciones que se determinen en el marco de la política sanitaria global del País Vasco» (artículo 4 del Decreto).

El mismo Decreto no deja lugar a dudas sobre el carácter público de dicha sociedad cuando dispone, en el artículo 1, que su único socio será el Servicio Vasco de Salud, y, en el artículo 6, que su capital social (de 25 millones de pesetas) será suscrito en su integridad por el citado Servicio de Salud. Además, el artículo 2 señala que el Servicio Vasco de Salud, así como, en su caso, el Departamento de Hacienda y Finanzas del País Vasco, ejercerá sobre esta sociedad la tutela administrativa.

<sup>147</sup> No deben confundirse estas fundaciones *privadas* de iniciativa pública con las *fundaciones públicas sanitarias* previstas en el artículo 111 de la Ley 50/1998 y que ya conocemos. Mientras las segundas son entidades de Derecho público, las primeras son verdaderas fundaciones (aunque *sui generis*, por supuesto, porque su fundador las acompañará y guiará a lo largo de su existencia), dotadas de personalidad jurídica de Derecho privado y sometidas a la Ley 30/1994, de Fundaciones. Entre uno y otro tipo de ente existen diferencias muy importantes, también a efectos de responsabilidad, como se verá. Para una comparación entre

Los entes creados coinciden en poseer personalidad jurídica de Derecho privado y en tener tras de sí a una Administración pública inequívoca (el INSALUD o los Servicios de Salud autonómicos), que es la que los constituye, les confiere su patrimonio inicial, se convierte en su fundador (en el caso de las fundaciones privadas) o único accionista (en el caso de las sociedades mercantiles) y dirige su actividad (jurídicamente, a través la sumisión de dichas entidades —prevista en sus Estatutos— a las directrices de la Administración que las ha constituido; y fácticamente, a través de la presencia de miembros de la Administración constituyente en sus órganos directivos —el Patronato, en las fundaciones privadas, y el Consejo de Administración, en las sociedades mercantiles—)<sup>148</sup>. Esta tan estrecha vinculación a la

---

ambos tipos de fundaciones de iniciativa pública remito de nuevo al epígrafe II del artículo citado *supra*, en la nota núm. 137.

La posibilidad de que las Administraciones públicas constituyan fundaciones de Derecho *privado* ha sido admitida por la citada Ley 30/1994, en los apartados 1 y 4 de su artículo 6. Esta Ley exceptúa únicamente el caso en que las normas reguladoras de la Administración pública de que se trate establezcan lo contrario. Teniendo en cuenta que la normativa reguladora del INSALUD nada establece al respecto y que la Ley 15/1997 no sólo no prohíbe, sino que incluso favorece la constitución de fundaciones privadas para la gestión de los centros sanitarios, no cabe duda que la práctica reciente llevada a cabo por el INSALUD (de la que inmediatamente veremos dos ejemplos) goza de pleno respaldo legislativo.

En el futuro, sin embargo, tras la aprobación del ya citado artículo 111 de la Ley 50/1998, es de esperar que el INSALUD (junto con el Gobierno) abandone la figura de la fundación *privada* de iniciativa pública y se decante por la fundación pública sanitaria como forma personificada de gestión de sus centros sanitarios. Ello, no obstante, es sólo una conjetura, que no tiene por qué cumplirse, puesto que la citada Ley 50/1998 no ha derogado ni la Ley 15/1997 ni el artículo 6 (apartados 1 y 4) de la 30/1994, y el INSALUD (junto con el Gobierno), por tanto, sigue estando habilitado para constituir fundaciones privadas (y, en general, cualquier entidad de Derecho público o de Derecho privado admitida por nuestro ordenamiento).

Tras estas advertencias, resulta necesario hacer referencia a alguna de las fundaciones *privadas* creada por el INSALUD. Un buen ejemplo de constitución de este tipo de entes se encuentra en el Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado el día 22 de noviembre de 1996 y publicado mediante Resolución de 21 de enero de 1997 de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria en el *BOE* de 6 de febrero de 1997. Dicho Acuerdo autorizó al INSALUD a constituir dos fundaciones (privadas) distintas para la prestación de servicios sanitarios, a la vez que aprobó sus Estatutos respectivos. Se trata de la «Fundación Hospital Manacor» y de la «Fundación Hospital Alcorcón».

<sup>148</sup> El examen de los Estatutos de la «Fundación Hospital Manacor» y de la «Fundación Hospital Alcorcón», y del Acuerdo del Gobierno que autoriza su creación,

Administración sanitaria, unida a la circunstancia de que las entidades que estamos contemplando desarrollan una actividad que cabe tildar de administrativa<sup>149</sup>, demuestra que, pese a poseer una personalidad jurídica de Derecho privado (y tener, por tanto, naturaleza privada), *carecen de autonomía* respecto de la Administración pública<sup>150</sup>.

---

permite corroborar lo acabado de afirmar: su fundador es el INSALUD (él es quien las constituye, tras la autorización del Consejo de Ministros, como se desprende del apartado cuarto del Acuerdo); su actividad queda sujeta a las directrices y criterios de coordinación y planificación emanados del INSALUD y el Ministerio de Sanidad y Consumo (artículo 5 de los respectivos Estatutos); su Patronato, órgano de gobierno superior de cada fundación, está compuesto por el Presidente ejecutivo del INSALUD (que ostenta la presidencia del Patronato) y por un máximo de seis (en la «Fundación Hospital Manacor») y ocho (en la «Fundación Hospital Alcorcón») personas nombradas y separadas libremente por dicho Presidente ejecutivo del INSALUD (artículo 10 de los respectivos Estatutos); su dotación patrimonial inicial proviene del INSALUD [artículo 18.1.a) de los respectivos Estatutos]; su presupuesto y otros documentos de tipo contable quedan integrados en los Presupuestos Generales del Estado (art. 18.2 de los respectivos Estatutos); se subrogan en todos los gastos e ingresos que sean imputables al Presupuesto del INSALUD (artículo 19.3 de los respectivos Estatutos).

<sup>149</sup> Por cuanto consiste en la prestación de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

<sup>150</sup> Esta falta de autonomía permite, por de pronto, encuadrar el fenómeno que estamos considerando dentro de las fórmulas de gestión *directa*, y no ya *indirecta*, de los servicios públicos.

Efectivamente, el dato formal de la interposición de una persona jurídica distinta de la Administración encargada primariamente de la prestación del servicio no es suficiente, por sí solo, para calificar de *indirecta* a la gestión de dicho servicio.

Sólo cabrá reputar *indirecta* la gestión cuando, además del dato formal de la distinta personalidad jurídica, exista una diferencia material entre el ente que gestiona el servicio y la Administración titular de dicho servicio. Y no existe esta diferencia material cuando, como en los supuestos que estamos analizando, la Administración es la única responsable del nacimiento del ente, la que le dota de patrimonio y la que controla su actuación.

En estos supuestos es preferible hablar de gestión *directa* porque es la Administración quien en el fondo gestiona el servicio, constituyendo la personalidad interpuesta una organización puramente instrumental que no cabe separar de la Administración matriz.

El dato esencial, a mi juicio, es el de la gestión del servicio con *medios propios* o con medios *ajenos*; en el primer caso estaremos ante gestión *directa*, y en el segundo ante gestión *indirecta*.

La Ley 15/1997 parece entender lo contrario, ya que, en el primer párrafo de su artículo único, señala que la gestión «podrá llevarse a cabo directamente o *indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades*». No obstante, la propia Ley admite que tanto en los supuestos en que el servicio lo gestiona la Adminis-

#### 4.2. NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL A QUE QUEDAN SOMETIDOS. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ

Dos problemas fundamentales plantean estas nuevas formas organizativas de gestión de la sanidad pública en relación con

---

tración a través de órganos sin personalidad diferenciada como en aquellos en que constituye un ente dotado de personalidad propia, se trata de gestión realizada con medios propios, en contraposición a la realizada con medios ajenos a la Administración; ello es así porque, en su último apartado, el artículo único de la Ley afirma que «la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas».

La posición aquí defendida encuentra un sólido apoyo normativo en el artículo 85.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, según el cual «La gestión *directa* adoptará alguna de las siguientes formas: [...] c) Sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local». Así pues, en el caso de que el 100 por 100 del capital social (o de la dotación fundacional, en el caso de las fundaciones) pertenezca a una Administración pública, cabrá considerar que el servicio es gestionado con medios propios y que, por tanto, la gestión es directa.

En defensa de lo aquí sostenido cabe traer a colación la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA. Este autor sostenía, ya en 1955 (en su artículo «La actividad industrial y mercantil de los Municipios», en *RAP*, núm. 17, mayo-agosto de 1955, pp. 130-133), que la gestión de la actividad industrial y mercantil de los municipios realizada a través de entes dotados de personalidad jurídico-pública o jurídico-privada propia debe ser calificada de directa cuando el control interno de dichos entes corresponda al municipio (el autor habla en estos casos de «gestión directa diferenciada mediante personificación»). Por ello, para este autor, en el caso concreto de las sociedades mercantiles, habrá gestión directa no sólo cuando su único accionista sea el municipio, sino también cuando, existiendo además accionistas particulares, sea el municipio quien posea el control interno de la sociedad, ya sea porque goce de participación mayoritaria, ya sea porque, teniendo una participación minoritaria, se haya reservado dicho control «mediante sindicaciones, votos plurales, pactos sociales, etc.»; en estos casos, en palabras del propio autor, «estamos en presencia de una gestión directa indiscutible, puesto que a través de la gestión de la Empresa el Municipio manifiesta su propia personal voluntad, que es, como tal, indivisible» (*op. cit.*, p. 133). Más recientemente, junto a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, reitera que «la gestión directa [de los servicios públicos es la] realizada por los propios medios administrativos, incluyendo entre éstos los entes instrumentales» (*Curso de Derecho Administrativo*, I, 8.ª ed., Madrid, Civitas, 1997, p. 715).

Con independencia de la cuestión de cómo articular el tan amplio concepto de gestión directa manejado por GARCÍA DE ENTERRÍA en 1955 (que engloba no sólo los supuestos de participación única de la Administración en la sociedad mercantil, sino también los de participación mayoritaria e, incluso, los de participación



nuestro objeto de estudio. En primer lugar, si se trata de Administraciones públicas. En segundo lugar, a qué régimen de responsabilidad deben someterse.

La respuesta a la primera cuestión parece clara: no son Administraciones públicas. Hemos visto antes que el artículo 2.2 LRJPAC exige, para que un determinado ente pueda ser considerado Administración institucional, que posea una personalidad jurídico-pública diferenciada (que se trate de un ente de Derecho público con personalidad jurídica propia) y que se encuentre en relación de instrumentalidad con una Administración pública. Los entes que estamos examinando se encuentran en relación de instrumentalidad respecto a la Administración (son creados precisamente para gestionar servicios cuya titularidad corresponde al INSALUD o a los Servicios autonómicos de Salud), y tienen también una personalidad jurídica diferenciada; carecen, sin embargo, de carácter público, ya que su personalidad es de Derecho privado. Son, en definitiva, entes privados y no ya públicos<sup>151</sup>.

---

minoritaria en que la Administración mantenga el control interno de la sociedad) con la legislación actualmente vigente (concretamente, con el apartado cuarto del artículo 83 LBRL, que incluye entre las distintas formas de gestión *indirecta* a las «Sociedad[es] mercantil[es] y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo *parcialmente* pertenezca a la Entidad local»), resulta claro, por todo lo expuesto, que la constitución de entes dotados de personalidad jurídico-privada cuyo patrimonio inicial (capital social o dotación fundacional) provenga *exclusivamente* de la Administración pública es un supuesto de gestión directa de los servicios públicos. Y las sociedades mercantiles y fundaciones privadas constituidas hasta la fecha para la prestación de asistencia sanitaria pública han recibido su patrimonio inicial íntegramente de las Administraciones sanitarias que las han creado (determinados Servicios de Salud autonómicos e INSALUD, respectivamente).

En cualquier caso, la problemática relativa a la calificación de la gestión como directa o indirecta se mueve en un plano terminológico y no tiene mayores consecuencias, a diferencia de la cuestión que inmediatamente se abordará en el texto.

<sup>151</sup> Que los entes dotados de personalidad jurídica de Derecho privado carecen de la condición de Administración pública es un lugar común en la doctrina. Así, p. ej., PAREJO ALFONSO, Luciano, «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *La nueva Ley...*, op. cit., p. 37; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», op. cit., p. 51.

A la misma conclusión lleva también, en el ámbito estatal, la LOFAGE. Esta Ley, al afirmar, por un lado, en su artículo 1, que resulta de aplicación a la Administración General del Estado y a los Organismos públicos a ella vinculados o dependientes, y, por otro lado, al incluir, en su Título III, dentro del concepto de Organismos públicos, únicamente a los organismos autónomos y a las entidades públicas empresariales (que son las que hasta ahora venían siendo llamadas «Entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado»), excluye del concepto de Administración pública a los entes dotados de personalidad jurídico-privada<sup>152</sup>. Y es que, en general, ninguna norma de nuestro ordenamiento califica de Administración pública a este tipo de entes<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Este tipo de entes sólo son contemplados en la DA 12.ª de la Ley, en los términos que veremos luego. Ahora sólo señalar que esta DA no se refiere genéricamente a todo ente de Derecho privado, sino exclusivamente a las «sociedades mercantiles estatales» (quedando fuera, pues, p. ej., las fundaciones privadas), lo que pone de relieve el escaso interés que una Ley que, como la LOFAGE, regule la Administración pública, siente por este tipo de entes.

<sup>153</sup> No lo hace la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 1 incluye en su ámbito de aplicación únicamente a los organismos autónomos y a «las restantes entidades de *derecho público* con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas» (siempre y cuando cumplan determinados requisitos adicionales), excluyendo, implícitamente, a las entidades de Derecho privado.

Éstas sólo son contempladas, parcialmente (sólo se hace referencia a las «sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de derecho público»), en la DA 6.ª de la citada LCAP, la cual afirma que se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, excepto cuando lo impida la naturaleza de la operación a realizar.

A su vez, la derogada Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, consideraba Administración pública, a los efectos de delimitar su ámbito de aplicación, a las «Corporaciones e Instituciones *públicas* sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad local» [artículo 1.2.c)].

La nueva LJCA, en su artículo 1.2.d), emplea una terminología más moderna, semejante a la usada por la LRJPAC, y entiende por Administración Pública «Las Entidades de *Derecho público* que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales».

Éstos son sólo algunos ejemplos normativos relevantes que niegan a los entes de Derecho privado la calidad de Administración pública. No constituye una excepción la LGP, la cual, como se sabe, incluye a las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por la Administración del Estado, sus organismos autónomos y demás entidades estatales de Derecho público dentro de la categoría de las «sociedades estatales» [art. 6.1.a)] por puras razones presupuestarias y contables.

En cuanto a su régimen jurídico de responsabilidad, la respuesta también parece clara: son entes sometidos globalmente al Derecho privado<sup>154</sup>, y también en lo concerniente a su régimen

---

<sup>154</sup> No cabe duda que las *sociedades mercantiles* de titularidad pública se rigen por el Derecho privado, es decir, por el Derecho civil, mercantil y laboral.

Así se desprende, por un lado, implícitamente, de la normativa mercantil reguladora de las sociedades mercantiles (Ley de Sociedades Anónimas, Ley de Sociedades Limitadas y Código de Comercio), que no excluye su aplicación a las sociedades de carácter público.

Por otro lado, así lo prevén, expresamente, entre otros, el artículo 6.2 LGP (y las muchas Leyes autonómicas que, al regular su Hacienda pública respectiva, transcriben casi literalmente este precepto de la LGP) y la DA 12.ª LOFAGE. Esta DA señala que «Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública».

Sólo apuntar, en relación con esta DA, que las materias exceptuadas de la sumisión al Derecho privado son las contenidas en la LGP y en la LCAP (cuya DA 6.ª, como hemos visto antes, exige a las sociedades mercantiles participadas que ajusten su actividad contractual, en la medida de lo posible, a los principios de publicidad y concurrencia), y que el último inciso de la transcrita DA de la LOFAGE responde a la lógica correlación que debe existir en todo momento entre prerrogativas públicas y controles de Derecho administrativo (cuando desaparecen los controles, y se permite acudir a las flexibles reglas del Derecho privado, deben también desaparecer las prerrogativas de poder público).

También las *fundaciones privadas* de iniciativa pública están sometidas al Derecho privado, a pesar de que no exista ningún precepto que, como los citados de la LGP y de la LOFAGE, lo afirme expresamente. Ello es así porque la normativa específicamente reguladora de las fundaciones [normativa que puede ser calificada de Derecho privado y que está constituida por la Ley estatal 30/1994, de Fundaciones, y las distintas Leyes autonómicas reguladoras de las fundaciones de competencia autonómica, así como por los Reglamentos estatales (RD 316/1996, de 23 de febrero, de Fundaciones de Competencia Estatal, y el RD 384/1996, de 1 de marzo, del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal) y autonómicos que desarrollan a una y otras] permite, como hemos visto antes, que las fundaciones privadas sean creadas tanto por particulares como por poderes públicos, y en ningún momento excluye de su ámbito de aplicación a las del segundo tipo.

No hay que olvidar que las fundaciones privadas (tanto las creadas por poderes públicos como por particulares), debido al interés público que persiguen y que las caracteriza, son objeto de una constante y muy intensa fiscalización por parte de la Administración pública, a la que la normativa reguladora de las fundaciones atribuye amplísimas facultades de intervención.

Así, a la Administración (al Protectorado) corresponde, p. ej., autorizar las operaciones de enajenación y gravamen sobre bienes de la fundación que posean un determinado valor, controlar el buen funcionamiento de la fundación a través del examen de su presupuesto y contabilidad, demandar a los Patronos ante la jurisdicción en caso de negligencia, asumir las funciones del Patronato en el supuesto de interven-

de responsabilidad<sup>155</sup>. Como acabamos de ver, los entes con personalidad jurídica de Derecho privado, al no cumplir los requisitos exigidos por el artículo 2.2 LRJPAC para ser reputados Administración pública, quedan fuera del ámbito de aplicación de la LRJPAC. Por tanto, no les resulta aplicable el régimen de responsabilidad de Derecho público contenido en dicha Ley, sino el de Derecho privado recogido en los artículos 1.902 y ss. CC basado en la idea de culpa<sup>156</sup>.

Sin embargo, como es obvio, con ello no queda zanjada la cuestión. Porque no parece admisible que la Administración

---

ción temporal de la fundación, etc. Esta intervención administrativa se vehiculiza a través de actos administrativos dictados tras el preceptivo procedimiento administrativo (véase a este respecto la DA 2.<sup>a</sup> del RD 316/1996, de Fundaciones), lo que supone la entrada del Derecho administrativo en la vida de las fundaciones.

Esta incidencia del Derecho administrativo, sin embargo, en nada modifica el carácter privado de la personalidad jurídica de las fundaciones privadas y del régimen al que quedan, en general, sometidas.

En este sentido, los Estatutos de las fundaciones privadas creadas hasta la fecha por el INSALUD para la prestación de la asistencia sanitaria antes aludidas (cuya completa referencia puede encontrarse *supra*, en la nota núm. 147) remiten expresamente, en muchas ocasiones, y con ligeros matices, al Derecho privado. Así, p. ej., su contratación se someterá a las normas de Derecho privado (aunque deberá ajustarse, a partir de una cierta magnitud, a los principios de publicidad y concurrencia —art. 18.4—); el personal de las fundaciones, que deberá ser contratado con arreglo a los principios de mérito, capacidad y publicidad, se regirá por el Derecho laboral (art. 20).

<sup>155</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 52; SOSA WAGNER, FRANCISCO, *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 66-67 (en cuanto a las sociedades mercantiles locales de capital íntegramente público).

<sup>156</sup> Se podría plantear la cuestión de si, aun no siéndoles de aplicación la LRJPAC, sí lo fuera, directamente, el artículo 106.2 CE, el cual, para buena parte de la doctrina, contempla un régimen de responsabilidad de tipo objetivo. No obstante, con independencia de si dicho precepto constitucional permite verdaderamente, por sí solo, fundamentar una reclamación de responsabilidad (de su tenor literal parece deducirse la necesidad de que exista una Ley que regule dicha responsabilidad), y con independencia de si el mismo impone necesariamente una responsabilidad de tipo objetivo (también aquí parece negativa la respuesta, contra lo que se suele sostener), y teniendo en cuenta la interpretación orgánica de que viene siendo objeto por parte de la doctrina dominante, parece improbable que pueda entenderse que el citado artículo maneja un concepto de Administración pública distinto —más amplio— que la LRJPAC, que permita incluir en él a las sociedades mercantiles y otros entes jurídico-privados de iniciativa y dependencia públicas; sobre todo cuando, como hemos visto, no existe en el ordenamiento jurídico español ninguna norma que emplee un concepto tan amplio de Administración pública.

pública encargada de prestar el servicio público<sup>157</sup> de asistencia sanitaria (el INSALUD y los Servicios autonómicos de Salud) quede exonerada de responsabilidad por el mero hecho de crear una persona jurídico-privada interpuesta que sólo formalmente se distingue de ella; no parece admisible, en definitiva, que el ejercicio de la potestad organizatoria de la Administración, justificado únicamente por razones instrumentales, de eficiencia, acabe acreando una mengua de las garantías de los administrados<sup>158</sup>, los cuales dejarán de beneficiarse de un régimen de responsabilidad de tipo objetivo y pasarán a someterse al subjetivo propio del Derecho privado, con las especiales dificultades que presenta en el ámbito médico<sup>159</sup>. El mandato constitucional contenido en el artículo 106.2 CE queda, en fin, burlado, si se permite a la Administración eludirlo a través del simple mecanismo de constituir entes absolutamente dependientes de ella, pero que carecen de la consideración de Administraciones públicas por el solo hecho —formal— de poseer una personalidad jurídica de Derecho privado.

---

<sup>157</sup> La Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, aplicable en todo el territorio nacional, exige que la forma de gestión de los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud garantice y preserve en todo caso la condición de servicio público de dicha gestión.

El Gobierno central, al redactar los Estatutos de las fundaciones que ha ido constituyendo para la prestación de la asistencia sanitaria, ha introducido cláusulas que tienden a preservar y garantizar la condición de servicio público de la actividad desarrollada por dichos entes.

Así, el artículo 7 de los respectivos Estatutos de las fundaciones «Hospital Manacor» y «Hospital Alcorcón» señala que «Tendrá la condición de beneficiario el colectivo indeterminado de personas que requieran asistencia sanitaria», mientras que su artículo 18.1.a) establece que «Los ingresos procedentes de la facturación de sus servicios [...] no podrán exceder del coste real del servicio».

<sup>158</sup> Ello enlaza con una cuestión de indudable importancia y enorme trascendencia que no puede ser abordada aquí, y que es apuntada, entre otros, por PAREJO (PAREJO ALFONSO, Luciano, «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales...», *op. cit.*, pp. 37-38): la del alcance y régimen jurídico de la potestad de organización de la Administración. ¿Es libre la Administración para crear todo tipo de organizaciones, incluso de personalidad jurídico-privada, que sometan su actividad al Derecho privado, eludiendo así el estatuto jurídico previsto por la Constitución y las Leyes para las Administraciones públicas? Estamos, una vez más, ante el fenómeno de la *huida del Derecho administrativo*.

<sup>159</sup> Dificultades tanto de tipo técnico (la complejidad creciente de la medicina dificulta a menudo enormemente delimitar en qué casos se vulnera la *lex artis* y en cuáles no) como probatorio (suele resultar muy difícil, en el ámbito médico, probar la vulneración de la diligencia exigible).

Dos soluciones se presentan *a priori* útiles para superar esta situación insatisfactoria. La primera consiste en considerar que la personalidad jurídico-privada de los entes que estamos analizando es sólo aparente (formal), y que en realidad (materialmente) se trata de verdaderas entidades públicas, de verdaderas Administraciones públicas, dotadas de una personalidad jurídica de Derecho público. Siendo, pues, materialmente, Administraciones públicas, los entes con personalidad jurídico-privada creados por el INSALUD y los Servicios de Salud deberán responder según las reglas de Derecho público. Esta primera solución se fundamentaría en el carácter público de dichos entes, puesto de manifiesto por muy diversas circunstancias: los fondos que manejan son públicos, sus órganos de gobierno están compuestos por personas al servicio de las Administraciones públicas, llevan a cabo actividad de servicio público...

Esta primera solución, no obstante, debe ser descartada porque ofrece inconvenientes materiales y procesales importantes. Aunque es indudable el carácter público de estas entidades, el dato de la personalidad jurídica de Derecho privado no puede ser obviado sin más y ser considerado un mero elemento formal sin ninguna trascendencia jurídica. Al contrario, el legislador, al habilitar expresamente a las Administraciones sanitarias para que constituyan entes de Derecho privado que gestionen la asistencia sanitaria, es consciente de lo que hace: admite voluntariamente (e incluso fomenta) la posibilidad de que entes que carecen de la condición de Administración pública presten la asistencia sanitaria, con todas las consecuencias que ello comporta y que se desprenden de la normativa reguladora de este tipo de entidades. Entre estas consecuencias se encuentra la sumisión de estas entidades al régimen de responsabilidad de Derecho privado contenido en el Código civil. Esta opción del legislador puede ser criticada, pero es, en cualquier caso, inequívoca. Por otro lado, la diferencia entre las entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado y los entes de Derecho privado que ahora estamos contemplando es sustancial y no puede ser olvidada: mientras aquéllas son verdaderas Administraciones públicas, y como tales su sumisión al Derecho privado

es puramente *instrumental*<sup>160</sup>, éstas no lo son, y su sujeción al Derecho privado es *consustancial* a su naturaleza. En efecto, los entes de Derecho privado no se rigen por las normas jurídico-privadas excepcionalmente, con la finalidad de alcanzar determinados objetivos, sino que lo hacen de manera desinteresada, porque es su ordenamiento natural. Por ello, se someten a él íntegra (también, pues, en cuanto a su régimen de responsabilidad) e incondicionadamente (no persiguen, con ello, alcanzar una mayor eficiencia).

Junto a estas razones de tipo material existen otras de carácter procesal que aconsejan también prescindir de la primera solución propuesta. Considerar que las entidades de Derecho privado que estamos viendo (sociedades mercantiles y fundaciones de naturaleza privada, pero de iniciativa y dependencia públicas) son, materialmente, Administraciones públicas, y que por ello quedan sometidas al régimen de responsabilidad de la LRJPAC, comporta tener que instaurar los procedimientos administrativos de reclamación de responsabilidad previstos en la citada Ley (en los arts. 142 y 143) y atribuir la competencia para enjuiciar los actos administrativos que pongan fin a dichos procedimientos a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y todo ello, como es fácil apreciar, es una fuente inagotable de problemas: ¿Qué órgano de la sociedad mercantil o fundación actuará como instructor del procedimiento?, ¿cuál resolverá?, ¿cómo se articulará el silencio desestimatorio?, ¿es posible someter a una sociedad mercantil o a una fundación a la jurisdicción contencioso-administrativa? Éstas son sólo algunas de las muchas incógnitas que habría que despejar en caso de aceptar la solución propuesta en primer lugar.

Por todas estas razones, resulta preferible una segunda solución. Se trata de distinguir la responsabilidad de la entidad de

---

<sup>160</sup> Se trata de una sumisión instrumental porque sólo se produce en la medida en que sea necesaria para alcanzar mayores grados de eficiencia en la gestión. Como hemos visto antes, al ocuparnos de los entes de Derecho público sometidos al Derecho privado, en los aspectos que ninguna incidencia tienen sobre la eficiencia en la gestión dichos entes se rigen por el Derecho administrativo, ya que éste es el conjunto normativo regulador de las Administraciones públicas. Entre estos aspectos ajenos a la eficiencia en la gestión se encuentra el régimen de responsabilidad.

Derecho privado que lleva a cabo la prestación del servicio, de la de la Administración sanitaria que la ha creado y que la controla y dirige. La responsabilidad de la entidad de Derecho privado es de Derecho privado (por tanto, de tipo subjetivo), a diferencia de la solución propuesta anteriormente, con lo que se superan los inconvenientes de tipo material que se desprendían de la sujeción de esta clase de entes a un régimen de responsabilidad de Derecho público. En cuanto a la Administración sanitaria subyacente, le serán imputables los daños que haya ocasionado la entidad de Derecho privado creada por ella; así, según esta segunda solución, la Administración de la que depende el ente jurídico-privado no queda exonerada de responsabilidad, sino que debe responder (cuando concurren los requisitos para ello, naturalmente). Y responderá, además, como toda Administración pública, de forma objetiva, sometida al régimen de responsabilidad contenido en la LRJPAC. Con ello, además de mantener las garantías de las posibles víctimas de la asistencia sanitaria pública y de evitar que se defraude el mandato contenido en el artículo 106.2 CE, se superan, de paso, los inconvenientes de tipo procesal derivados de la solución antes sugerida, ya que estaremos en presencia de una verdadera Administración pública (tanto formal como materialmente) cuyo sometimiento a procedimientos administrativos y a la jurisdicción contencioso-administrativa no plantea problema alguno.

Esta segunda solución no es sino una aplicación analógica al Derecho administrativo de la responsabilidad de la construcción jurisprudencial gráficamente denominada como «doctrina del levantamiento del velo» y surgida en el marco del Derecho mercantil de sociedades. Esta construcción, de gran arraigo en otros ordenamientos (especialmente el norteamericano), pretende, en palabras de S. MARTÍN-RETORTILLO, «prescindir y superar la forma externa de la personalidad jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar la unidad patrimonial que se cobija bajo su manto»<sup>161</sup>. En efecto, la Administración sanitaria (INSALUD y Servicios autonómicos de Salud) y las entida-

---

<sup>161</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, «Las Empresas Públicas: reflexiones del momento presente», en *RAP*, núm. 126, septiembre-diciembre de 1991, p. 128, en nota.



des de Derecho privado que aquélla crea para la prestación de la sanidad pública conforman una «unidad patrimonial» que relega a un segundo plano el dato formal de la personalidad jurídica diferenciada y exige poder *imputar* a dicha Administración las conductas lesivas realizadas por los agentes al servicio de estas entidades <sup>162</sup>.

La circunstancia que fundamenta esta imputación es la *dirección* que la Administración sanitaria ejerce sobre este tipo de entidades jurídico-privadas, dirección que permite entender que la actividad desarrollada por éstas es, en el fondo, actividad realizada por aquélla: estas personas jurídico-privadas son meros instrumentos en manos de la Administración sanitaria, carecen de la autonomía propia que justifique la exoneración de responsabilidad de esta Administración.

Luego, al abordar los títulos de *imputación de primer nivel* <sup>163</sup>, veremos con mayor detenimiento que la solución propuesta consiste en imputar a la Administración sanitaria las *conductas* (y los daños de ellas derivados, cuando concurren los requisitos necesarios para que el daño pueda ser imputado objetivamente a la conducta, es decir, cuando sea posible la imputación de segundo nivel) realizadas por las personas físicas al servicio de las entidades de Derecho privado que estamos contemplando. El título de imputación de primer nivel que fundamenta esta atribución es la dirección que sobre estas entidades ejerce la Administración sanitaria que se encuentra tras ellas.

Resumiendo lo dicho en relación con las entidades jurídico-privadas creadas por la Administración sanitaria (INSALUD y Servicios autonómicos de Salud) para la prestación de asistencia sanitaria, se trata de organizaciones que *no* son Administración pública (no son Administración sanitaria) y que quedan sometidas al régi-

---

<sup>162</sup> Muchos son los administrativistas que se muestran favorables a superar el dato formal de la personalidad de los entes instrumentales, a «levantar el velo», en definitiva, y hacer responder a la Administración matriz por los daños que aquéllos ocasionan. Algunos de ellos son MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, «Las Empresas Públicas...», *op. cit.*, p. 128, en nota; BORRAJO IÑIESTA, Ignacio, «La huida...», *op. cit.*, p. 111.

<sup>163</sup> Concretamente, el de la dirección ejercida por la Administración. Véase, *infra*, el epígrafe 1.2. del capítulo tercero.

men de responsabilidad de Derecho privado. Sin embargo, por las razones señaladas, su actividad puede ser imputada a la Administración sanitaria subyacente, que deberá responder por los daños que aquéllas, a través de las personas físicas a sus servicio, causen.

## 5. Contratistas de la Administración sanitaria

### 5.1. LA GESTIÓN INDIRECTA DE LA SANIDAD PÚBLICA

Como es sabido, no siempre la Administración sanitaria gestiona el servicio público de asistencia sanitaria de un modo directo (prestando el servicio a través de sus propios órganos o de entes dotados de personalidad jurídica propia<sup>164</sup>), sino que a menudo lo hace sólo de forma indirecta, atribuyendo la gestión directa de dicho servicio, a través de contrato administrativo, a particulares, que devienen contratistas de la Administración y que son quienes de forma inmediata se encargarán de la prestación de asistencia sanitaria.

La LGS contempló ya esta posibilidad, y las diferentes Leyes autonómicas reguladoras de los distintos Servicios de Salud han hecho lo propio. Recientemente, la Ley 15/1997 ha reiterado la facultad de las Administraciones sanitarias de prestar los servicios sanitarios con medios ajenos, esto es, de forma indirecta, al señalar que «la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad».

No es este el lugar adecuado para abordar las distintas modalidades de gestión indirecta (convenios singulares y conciertos) previstas en la LGS, su naturaleza jurídica y el régimen jurídico a que, en general, se someten<sup>165</sup>. Sólo decir que si bien la doc-

<sup>164</sup> Téngase en cuenta el concepto de gestión directa que manejo y la defensa que de él hago *supra*, en la nota núm. 150.

<sup>165</sup> Para ello pueden consultarse, entre otros, MENÉNDEZ REXACH, Ángel, «Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al con

trina acepta pacíficamente el carácter contractual del «concierto sanitario» previsto en el artículo 90 LGS, se divide, en cambio, al calificar jurídicamente al «convenio singular» contemplado en el artículo 67 de esta misma Ley. Así, p. ej., mientras para VILLAR ROJAS y CUETO este convenio singular tiene naturaleza contractual y constituye una modalidad del concierto sanitario <sup>166</sup>, MENÉNDEZ REXACH sostiene que se trata de una resolución administrativa necesitada de aceptación <sup>167</sup>. Este último autor añade, sin embargo, que pese a la distinta naturaleza jurídica existente entre convenios singulares y conciertos sanitarios, cabe entender que los primeros constituyen una suerte de «concierto total» o general, no limitado a determinados servicios, de modo que entre unos y otros no habría una diferencia sustancial <sup>168</sup>.

Así, parece que para todos los autores las semejanzas entre ambas figuras son mayores que sus divergencias, y ello, a mi modo de ver, justifica que, al menos en lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual, queden sometidas a un mismo régimen, el propio de los contratistas públicos. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, como recuerda CUETO, el convenio singular es poco frecuente en la práctica, siendo mucho más habitual el concierto previsto en el artículo 90 de la Ley, el cual, como hemos visto, nadie duda en calificar de verdadero contrato administrativo. No debe olvidarse, además, que los preceptos de la LGS que regulan esta confusa figura del convenio singular carecen de carácter básico, a diferencia de lo que ocurre

---

cierto sanitario», en AA.VV., *La Gestión de los Servicios Sanitarios...*, op. cit., pp. 73-93; VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, op. cit., pp. 103-107; CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, op. cit., pp. 304-315; ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, «Iniciativa privada y gestión de la sanidad pública», en *Tribuna Social*, núm. 30, junio de 1993, pp. 7-14 (especialmente, pp. 11-12); MERCADER UGUINA, Jesús R., «Las “nuevas” formas de gestión pública de la sanidad. Notas sobre el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión en el INSALUD», en *Relaciones Laborales*, tomo II de 1996, pp. 953-955.

<sup>166</sup> VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, op. cit., pp. 105-106; CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, op. cit., p. 310.

<sup>167</sup> MENÉNDEZ REXACH, Ángel, «Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios...», op. cit., p. 90.

<sup>168</sup> MENÉNDEZ REXACH, Ángel, «Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios...», op. cit., p. 91.

con los que disciplinan la forma de gestión indirecta que la propia Ley denomina concierto sanitario<sup>169</sup>. En lo que sigue analizaré los aspectos relevantes desde la perspectiva de la responsabilidad, partiendo de la base de que tanto a los centros vinculados a la Administración sanitaria a través de convenio singular como a los que lo están en virtud de concierto sanitario les es de aplicación el régimen de responsabilidad propio de los contratistas públicos.

## 5.2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL CONTRATISTA Y DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

El debate en torno a la responsabilidad extracontractual por los daños causados en ejecución de los contratos administrativos se centra en tres cuestiones principales que vienen siendo objeto de particular atención doctrinal: la delimitación de los supuestos en que responde la Administración de aquellos en que responde el contratista, el tipo de responsabilidad (objetiva o subjetiva) del contratista y la jurisdicción competente<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> Así se desprende del artículo 2 LGS.

<sup>170</sup> La vertiente procesal de la responsabilidad de los contratistas de la Administración excede del objeto del presente trabajo, centrado en aspectos materiales de la responsabilidad administrativa. Por ello, no será abordada.

Sólo apuntar que los artículos 123 LEF y 134 del Reglamento de Contratos del Estado establecían claramente la necesidad de que la víctima acudiera a la Administración contratante para que ésta, tras el pertinente procedimiento administrativo, dictara resolución (acto administrativo inequívoco) pronunciándose sobre la existencia de responsabilidad y sobre el sujeto responsable, pudiendo interponer el particular o el contratista recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución. Se instauraba, pues, un verdadero procedimiento administrativo, y se atribuía la competencia jurisdiccional exclusivamente al orden contencioso-administrativo. Sólo los tribunales del orden civil se opusieron a dicha conclusión, y, con distintos argumentos, se declararon competentes.

Pero la entrada en vigor del artículo 1.3 RRP, primero, y del artículo 98 LCAP, después, ha alterado sustancialmente la situación anterior y ha dividido a la doctrina; para PANTALEÓN y MARTÍN REBOLLO, p. ej., el artículo 98 LCAP atribuye la competencia exclusiva para conocer de las reclamaciones contra los contratistas públicos a los tribunales civiles [PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas...», *op. cit.*, p. 410; MARTÍN REBOLLO, Luis (Ed.), *Leyes Administrativas*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 530 (nota al art. 98 LCAP)], mientras que para BELADIEZ —quien, pese a admitir que la interpretación literal del citado artículo es la acabada de señalar, la rechaza porque conduce a

La primera de las cuestiones es, de las tres, la que mayores discrepancias doctrinales y jurisprudenciales suscita. La doctrina la estudia bajo el ambiguo concepto de «imputación» a que antes me he referido. A mi modo de ver, y en coherencia con el esquema que propongo, la determinación de cuándo responderá la Administración y cuándo el contratista por los daños causados por éste al ejecutar el contrato es una cuestión que debe ser encuadrada en la problemática que he denominado «imputación de primer nivel»; ello es así porque se trata de averiguar si las *conductas* realizadas por los contratistas y sus empleados pueden ser atribuidas a la Administración contratante o no, y no ya de si el *daño* sufrido por la víctima puede ser imputado a la conducta realizada por el contratista o sus empleados. Más adelante, al estudiar la imputación de primer nivel y sus concretos títulos, volveré sobre esta problemática (¿cuándo debe responder la Administración y cuándo el contratista por los daños producidos en la ejecución de los contratos administrativos?) y fundamentaré mi adscripción al sector doctrinal mayoritario.

---

un injusto peregrinaje jurisdiccional— dicho precepto no deroga el artículo 123 LEF, sino que lo complementa, estableciendo un sistema de doble jurisdicción que permite a la víctima optar entre reclamar contra la Administración o contra el contratista tanto ante el orden civil como ante el contencioso-administrativo indistintamente (BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 231-241). En cualquier caso, ambas interpretaciones coinciden en atribuir competencia (con una extensión mayor o menor) a los tribunales civiles en materia de responsabilidad de los contratistas públicos.

Recientemente, la Ley 4/1999, de modificación de la LRJPAC, ha cambiado de forma esencial el estado de cosas descrito en el concreto ámbito que aquí nos interesa: la asistencia sanitaria pública. En efecto, la DA 12.<sup>a</sup> que dicha Ley ha añadido a la LRJPAC (y que ha sido transcrita *supra*, en la nota núm. 23 —allá me remito—) establece que la responsabilidad patrimonial de los *centros sanitarios concertados* seguirá la tramitación prevista en esta Ley (esto es, el procedimiento administrativo de reclamación previsto en los artículos 142 y 143 LRJPAC), correspondiendo su control jurisdiccional al orden contencioso-administrativo exclusivamente.

Esta DA, por tanto, al atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia exclusiva para conocer de las reclamaciones de indemnización dirigidas contra los centros sanitarios concertados (y negar, de este modo, la competencia de los tribunales civiles), constituye una importante excepción al régimen general establecido en los artículos 98 LCAP y 1.3 RRP. Se trata de una norma especial, aplicable únicamente en materia de responsabilidad de los centros concertados por los daños derivados de la prestación de asistencia sanitaria.

Ahora sólo introduciré el tema describiendo brevemente los conocidos términos de la discusión doctrinal existente en este punto, discusión doctrinal que ha dividido también a la jurisprudencia y que se prolonga ya desde hace más de veinte años.

Para el sector doctrinal mayoritario tanto el artículo 121.2 LEF<sup>171</sup> como, ahora, el artículo 98 LCAP<sup>172</sup>, establecen que sólo el contratista deberá responder por los daños causados en la ejecución de los contratos públicos, regla únicamente exceptuada en el caso de que el daño tenga su origen en una orden o cláusula impuesta por la Administración al contratista de ineludible cumplimiento para éste, o en un vicio del proyecto, ya que en este supuesto será la Administración quien deba responder<sup>173</sup>.

<sup>171</sup> Según este precepto, «En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste».

<sup>172</sup> De él nos interesan aquí sólo sus dos primeros apartados, ya que los dos últimos regulan los aspectos procesales de la responsabilidad de los contratistas.

El apartado primero del artículo 98 dispone que «Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato», mientras que el segundo señala que «Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación».

<sup>173</sup> Entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 388; BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros», en *REDA*, núm. 18, 1978, pp. 402-404; el mismo autor, más recientemente, en «La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros», en *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, enero-junio de 1994, pp. 209 y 220-235; el mismo autor, finalmente, en «Concesionarios y contratistas», en MARTÍN REBOLLO, Luis (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, *op. cit.*, pp. 117-118 y 120-121; LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, p. 325; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 70-77. Este autor parte del planteamiento de la doctrina mayoritaria, pero añade que, teniendo en cuenta que la Administración «mantiene sus poderes de dirección, vigilancia y control respecto a la prestación del servicio público concedido o la ejecución de la obra pública contratada», esta Administración, además, debe «responder de los daños que sean (también) consecuencia de la falta de ejercicio o del ejercicio negligente de los citados poderes de dirección, vigilancia y control» (*op. cit.*, p. 75); MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad de las Administraciones públicas», en AA.VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*, I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988,

Pero para otro sector doctrinal la Administración responde siempre, de forma objetiva y directa, por los daños que cause el funcionamiento de los servicios públicos, con independencia de quién los preste. Cuando el servicio esté contratado, sin embargo, la Administración, en virtud de los preceptos citados, gozará de acción de regreso contra el contratista que haya causado el daño, excepto en el caso de que dicho daño tenga su origen en una orden o cláusula impuesta por ella al contratista, de ineludible cumplimiento, o en un vicio del proyecto<sup>174, 175</sup>.

---

p. 89. Este autor, sin embargo, pese a entender que la tesis del sector minoritario (y que inmediatamente veremos) «no parece deducirse [...] de la lectura del artículo 123 de la LEF», considera que «no es en absoluto desdeñable». Además, el autor se cuestiona si la Administración mantiene los poderes de vigilancia, control y dirección respecto del servicio concedido o la obra contratada; en caso afirmativo cabe plantearse, según este autor —que sigue aquí a PANTALEÓN—, la existencia de responsabilidad por omisión de dicha Administración (*op. cit.*, pp. 90-91); el mismo autor, también, en «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 49-50; REBOLLO PUIG, Manuel, «Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro», en *Poder Judicial*, núm. 20, diciembre de 1990, pp. 23-51. En lo que ahora interesa, sobre todo pp. 40-51. Debe indicarse, sin embargo, que para este autor (en un sentido análogo a PANTALEÓN y MARTÍN REBOLLO) la Administración no sólo responderá cuando haya impuesto al contratista una orden o cláusula de obligado cumplimiento, sino también cuando, contando con poderes que le permitan dirigir la faceta de la actividad del contratista que ha ocasionado el daño, no haya empleado «la diligencia exigible para prevenir y evitar [dicho] daño» (*op. cit.*, p. 46); JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, «Responsabilidad administrativa por culpa “in vigilando” o “in omittendo”», en AA.VV., *Gobierno y Administración...*, I, *op. cit.*, p. 901. Desde la óptica de la asistencia sanitaria, CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, *op. cit.*, pp. 318-319.

<sup>174</sup> El punto de referencia obligado de esta corriente doctrinal es GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, en «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», en *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, mayo-diciembre de 1976, pp. 247-248 (en estas páginas resume el autor su tesis). Le han seguido, entre otros, ARIÑO ORTIZ, Gaspar, «El servicio público como alternativa», en *REDA*, núm. 23, octubre-diciembre de 1979, p. 552; RUIZ OJEDA, Alberto; GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, Joaquín, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial (Doctrina, jurisprudencia y concordancias)*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 370-375; VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, *op. cit.*, pp. 110-115. Parece adscribirse a esta línea doctrinal GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos», en BERMEJO VERA, José (Dir.), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 964-969.

<sup>175</sup> Una posición ciertamente original y coherente con sus propios planteamientos es la defendida por BELADIEZ. Esta autora propone superar la rigidez de las dos

Ambas tesis han sido acogidas en distintas ocasiones por el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo<sup>176</sup>.

Existe consenso doctrinal, sin embargo, sobre la segunda de las cuestiones antes señaladas, el régimen de responsabilidad extracontractual al que quedan sometidos los contratistas públicos. Aquí la doctrina coincide en señalar que la responsabilidad de los contratistas es la de tipo objetivo contenida en la LEF, y no ya la basada en la culpa recogida en el Código civil<sup>177</sup>. En mi

---

posturas tradicionalmente enfrentadas y acudir a la teoría de la imputación objetiva para averiguar quién debe responder, si el contratista o la Administración contratante, en el caso de que la ejecución de un contrato administrativo acabe derivando en la lesión de un particular. De este modo, el daño será imputable a aquel de los dos (Administración contratante o contratista; o, eventualmente, a ambos) que haya creado un riesgo jurídicamente relevante que además se haya realizado en el resultado lesivo.

<sup>176</sup> A favor de la tesis sostenida por la doctrina mayoritaria cabe citar las siguientes SSTs: STS (Sala 4.ª) de 28 de mayo de 1980 (Ar. 2844; esta STS es interesante porque, pese a confirmar la Sentencia apelada, discrepa, en su Considerando 5.º, de la fundamentación que ésta había efectuado para justificar la responsabilidad de la Administración. Esta Sentencia apelada, dictada el 18 de marzo de 1976 por la Audiencia Territorial de Oviedo, constituye un referente obligado para el sector doctrinal minoritario y fue comentada en su momento por BOCANEGRA en el artículo publicado en 1978 en la *REDA* y que ha sido citado), STS (Sala 1.ª) de 31 de octubre de 1984 (Ar. 5159) y STS (Sala 3.ª) de 25 de enero de 1992 (Ar. 1343).

A favor de la tesis sostenida por el sector doctrinal minoritario se suelen citar las siguientes SSTs: STS (Sala 4.ª) de 1 de abril de 1985 (Ar. 1784), STS (Sala 4.ª) de 13 de febrero de 1987 (Ar. 2975), STS (Sala 3.ª) de 19 de mayo de 1987 (Ar. 3615), STS (Sala 4.ª) de 20 de octubre de 1987 (Ar. 8676), STS (Sala 3.ª) de 10 de abril de 1989 (Ar. 2931), STS (Sala 3.ª) de 9 de mayo de 1989 (Ar. 4487; esta importante STS fue comentada en su momento por REBOLLO PUIG en el artículo que de él se ha citado más arriba), STS (Sala 3.ª) de 26 de septiembre de 1991 (Ar. 6869), STS (Sala 3.ª) de 23 de febrero de 1995 (Ar. 1280), STS (Sala 3.ª) de 9 de mayo de 1995 (Ar. 4210).

Una lectura atenta de las SSTs de este segundo grupo, sin embargo, revela que sólo la de 9 de mayo de 1989 (cuyo ponente es, precisamente, GONZÁLEZ NAVARRO, máximo baluarte del sector minoritario) declara expresamente que la Administración responderá siempre por los daños que ocasionen los contratistas públicos. En las otras simplemente se condena a la Administración, sin mayores fundamentaciones, y, a lo sumo, se recuerda que ésta podrá después repetir contra el contratista; además, muchas de las Sentencias citadas están, a mi modo de ver, decisivamente condicionadas por el hecho de que la víctima no pudiera demandar, en su momento, al contratista, figurando como única demandada la Administración contratante. Es muy posible que dichas SSTs hubieran tenido un contenido distinto de haberse dirigido la acción también contra el contratista.

<sup>177</sup> BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «Responsabilidad de contratistas...», *op. cit.*, pp. 398 (en el texto y en la nota núm. 3) y 404-406; el mismo autor, más recientemente,



opinión, este acuerdo doctrinal relativiza en gran medida la discrepancia existente sobre cuándo responderá la Administración y cuándo el contratista, al menos desde la perspectiva de la víctima, ya que ésta siempre (tanto si quien debe responder es la Administración como el contratista) se verá amparada por el más beneficioso régimen de la responsabilidad objetiva.

A la conclusión de que la responsabilidad de los contratistas públicos es de tipo objetivo puede llegarse a través de diferentes

---

en «La responsabilidad civil de los concesionarios...», *op. cit.*, pp. 209 y 217-220; el mismo autor, también, en «Concesionarios...», *op. cit.*, p. 117; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, en «Responsabilidad de la Administración...», *op. cit.*, pp. 241-242; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad de las Administraciones...», *op. cit.*, p. 89; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 60 y 65.

Debe señalarse, sin embargo, que existe algún autor que se aparta de la opinión mayoritaria. Así, p. ej., REBOLLO PUIG, pese a admitir que la responsabilidad objetiva del contratista es la tesis más extendida y la que «parece haberse consolidado en nuestro Derecho» (y cita los arts. 128.1.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y 72.3 de la derogada Ley de Contratos del Estado. Para este autor, la responsabilidad objetiva de los contratistas se deduce con mayor claridad de dichos preceptos que de los de la LEF), considera «mucho más razonable» la conclusión a la que llega GARCÍA DE ENTERRÍA en sus *Principios*: que el contratista, cuando no ejercite auténticos poderes públicos en nombre de la Administración contratante, responda subjetivamente, con arreglo al Código civil (REBOLLO PUIG, Manuel, «Servicios públicos concedidos...», *op. cit.*, pp. 27-29).

Mención especial merece el caso de GARCÍA DE ENTERRÍA. Este autor, en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.* (pp. 197 y 201-203), como se acaba de decir, se manifestó en contra de someter a los concesionarios al régimen de responsabilidad objetiva de la LEF cuando no ejercitaran «verdaderos poderes públicos en nombre de la Administración concedente» (esto último sólo ocurriría, en ejemplos del propio autor, en el caso de expropiación forzosa, imposición de servidumbres, ventas forzosas, etc.), ya que sus relaciones con terceros son «relaciones patrimoniales entre particulares, dado el inequívoco carácter privado del concesionario y de su empresa». Para este autor, el Código civil seguía siendo, tras la entrada en vigor de la LEF, el conjunto normativo regulador de la responsabilidad extracontractual en que pudiera incurrir el concesionario de servicios públicos en ejercicio de la concesión (salvo, como se ha dicho, en los supuestos en que el concesionario ejercitara poderes públicos). Así pues, el contratista quedaba, para este autor, sometido al régimen de responsabilidad basado en la culpa propio del Derecho civil. Sin embargo, parece que con el paso del tiempo GARCÍA DE ENTERRÍA ha cambiado de opinión: actualmente, junto a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, además de afirmar que la responsabilidad de los concesionarios se califica de administrativa y que la Administración es competente «para resolver sobre su procedencia según las reglas aplicables a ésta [a la Administración]», se adhiere a una STS (de 11 de noviembre de 1986) que declara el carácter objetivo de la responsabilidad de un concesionario (*Curso...*, II, *op. cit.*, p. 388; la cursiva es mía).

argumentos. En primer lugar, se desprende de una interpretación literal y sistemática de la normativa administrativa que regula su régimen de responsabilidad. En lo referente a los *concesionarios* de servicios públicos<sup>178</sup>, el artículo 121.2 LEF, aún vigente en la medida en que no ha sido derogado por la LCAP, dispone que «En los servicios públicos concedidos correrá *la indemnización* a cargo del concesionario...»; no hay duda de que «la indemnización» a la que se refiere es la prevista en el primer apartado de este mismo artículo 121, y, como sabemos, dicho primer apartado ha sido siempre interpretado en el sentido de que configura una responsabilidad administrativa de tipo objetivo, ya que establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran como «consecuencia del funcionamiento *normal o anormal* de los servicios públicos». En lo concerniente a los contratistas de obras públicas y, en general, a *todos los contratistas públicos*, el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, y el artículo 98 LCAP<sup>179</sup> emplean una fórmula que tampoco permite dudar sobre el carácter objetivo de la responsabilidad que contemplan. Efectivamente, ambas normas, al señalar que el contratista deberá «indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato [“de las obras”, en el caso del RGCE]», no limitan el nacimiento de responsabilidad a los

---

<sup>178</sup> Para ciertos autores el artículo 121.2 LEF, pese a referirse literalmente sólo a los concesionarios, es aplicable también al resto de contratistas de la Administración. Esta conclusión se basa en el sentido amplio que se otorga generalmente a la expresión «funcionamiento de los servicios públicos», equivalente al giro o tráfico administrativo: como el apartado primero del artículo 121 LEF se refiere al «funcionamiento de los servicios públicos», y esta expresión debe ser interpretada en sentido amplio, debe entenderse que el apartado segundo del precepto, al aludir a los «servicios públicos concedidos», abarca «todos aquellos casos en que la Administración contrata a personas de Derecho privado para la realización de actividades que forman parte de su giro o tráfico ordinario» (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 66 —de este autor es la frase entrecomillada—).

<sup>179</sup> El primero de ambos preceptos, como es sabido, extendió a los contratistas de obras públicas el régimen de responsabilidad previsto para los concesionarios en la LEF y para todos los contratistas de servicios públicos en la anterior Ley de Contratos del Estado (art. 72.3); y, recientemente, el artículo 98 LCAP (más arriba transcrito) lo ha ampliado expresamente a todos los contratistas públicos.

supuestos en que el daño sea causado dolosa o imprudentemente; el acento se pone no ya en el elemento subjetivo de la culpa (que puede concurrir o no), sino en el objetivo del daño, que deberá ser indemnizado por el contratista siempre que derive de la ejecución del contrato que tenga encomendado y con independencia de si en su producción han intervenido dolo o culpa<sup>180</sup>. De la normativa examinada se desprende, pues, que la voluntad del legislador es excluir a los contratistas públicos del régimen de responsabilidad basado en la culpa contenido en el artículo 1.902 CC y someterles a una responsabilidad de tipo objetivo.

En segundo lugar, la responsabilidad objetiva de los contratistas obedece a una razón de fondo difícil de soslayar: el contratista, como veremos a continuación, es un particular, una persona física o jurídica de Derecho privado que goza de autonomía respecto de la Administración pública (contratante); en ello se diferencia de las entidades de Derecho privado creadas por la Administración con fines instrumentales y que hemos analizado en el epígrafe precedente. Esta autonomía del contratista impide que toda su actividad pueda ser imputada a la Administración, a diferencia de lo que ocurría con las entidades jurídico-privadas de iniciativa y dependencia públicas<sup>181</sup>. Esta exoneración de responsabilidad de la Administración contratante conduciría (de no haber intervenido el legislador) a que las víctimas de daños ocasionados por los contratistas públicos tuvieran que conformarse con una responsabilidad basada en la culpa, ya que, según las reglas del Código civil, las personas de naturaleza privada (como los contratistas) quedan sometidas a una responsabilidad de tipo subjetivo. Ello sería manifiestamente injusto, ya que los servicios públicos gestionados indirectamente a través de la técnica

---

<sup>180</sup> Análogas consideraciones cabe efectuar respecto del artículo 72.3 de la anterior Ley de Contratos del Estado, cuyo texto articulado fue aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril. Según este precepto, todo contratista gestor de un servicio público (y no ya sólo el concesionario) venía obligado a «Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio».

<sup>181</sup> Al abordar los concretos títulos de imputación de primer nivel se fundamentará mejor esta afirmación, así como, en general, mi adscripción al sector doctrinal mayoritario que sostiene que no siempre deberá responder la Administración por los daños que ocasione el contratista.

contractual<sup>182</sup> siguen siendo de titularidad pública, de titularidad de la Administración contratante<sup>183</sup>. Y no es admisible que las garantías de los usuarios de servicios públicos de titularidad pública (entre las que se encuentra el régimen de responsabilidad) dependan del modo en que la Administración decida gestionarlos<sup>184</sup>; por ello, sólo cabe aplaudir la intervención del legislador en este punto, que ha excepcionado la aplicación a los contratistas públicos del régimen de responsabilidad de Derecho privado y les ha sometido a uno de tipo objetivo, en beneficio de las posibles víctimas.

Nótese que este segundo argumento, de carácter material, a favor de la responsabilidad objetiva de los contratistas públicos, no puede ser utilizado por el sector doctrinal que defiende que la Administración debe responder siempre por los daños que los contratistas ocasionen. Sencillamente, porque, según su construcción, las víctimas quedarán en todo caso amparadas por un régimen de responsabilidad objetiva, el propio de la Administración contratante, no haciendo falta, por tanto, que los contratistas respondan objetivamente; la responsabilidad objetiva de éstos, pues, no buscará beneficiar a las víctimas, sino únicamente a la Administración que ha pagado la indemnización y que a continuación se dirige contra el contratista vía acción de regreso. Ello hace, a mi modo de ver, que la responsabilidad objetiva de los contratistas, en el marco del esquema defendido por la doctrina minoritaria, esté mucho menos justificada.

Lo dicho hasta ahora puede ser aplicado a los contratistas de la Administración *sanitaria* a quienes ésta encomienda la presta-

---

<sup>182</sup> Como también las obras públicas cuya realización se encomienda a contratistas. Si en el texto me centro en los servicios públicos es porque la asistencia sanitaria (que constituye el objeto del presente trabajo) es uno de ellos.

<sup>183</sup> Que los servicios públicos gestionados mediante contrato administrativo son de titularidad de la Administración contratante se desprende claramente del artículo 156 de la vigente LCAP y, con anterioridad, del artículo 197 de la derogada Ley de Contratos del Estado.

<sup>184</sup> BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «Responsabilidad de contratistas...», *op. cit.*, pp. 405-406; el mismo autor, más recientemente, en «La responsabilidad civil de los concesionarios...», *op. cit.*, pp. 217-220. Este autor, en el último artículo citado, añade que esta necesidad de que a toda actividad de titularidad administrativa se le anude un régimen de responsabilidad de tipo objetivo deriva del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE.

ción de asistencia sanitaria: a la Administración sanitaria sólo se le imputarán las conductas lesivas realizadas por el contratista cuando éstas deriven de órdenes o cláusulas impuestas por ella<sup>185</sup>; en el resto de casos la responsabilidad la asumirá el contratista, quien responderá de forma objetiva.

En este segundo capítulo estamos examinando qué entes prestadores de asistencia sanitaria pública merecen la calificación de Administración pública y a qué régimen de responsabilidad quedan sometidos. Acabamos de describir el régimen de responsabilidad de los contratistas públicos que prestan asistencia sanitaria pública. Ahora debe, pues, dilucidarse si pueden ser considerados Administración pública, Administración sanitaria.

La respuesta parece clara: no son Administración pública. El contratista es un particular (persona física o jurídica) que carece de *naturaleza* pública (su personalidad jurídica es de Derecho privado) y que sólo está unido a la Administración pública por un vínculo contractual puntual que deriva de la necesidad de la Administración de acudir a la colaboración privada para llevar a cabo determinadas actividades; cuando el contratista es una persona jurídica, no es Administración, y sus empleados (incluso el propio contratista, cuando es una persona física) no forman parte de la organización administrativa. Como dijo GARCÍA DE ENTERRÍA en su momento: «El concesionario [y, por extensión, todos los contratistas] se encuentra como regla en una situación de derecho civil, por la razón simple de que es una persona de derecho civil»; por ello, «los actos del concesionario no son actos administrativos, [ni] sus contratos administrativos, [ni] sus agentes administrativos, [ni] sus fondos, en fin, fondos públicos»<sup>186</sup>. Además, el contratista que tiene la condición de persona jurídica no es (normal-

---

<sup>185</sup> No aludo a los daños que tengan su origen en vicios del proyecto elaborado por la Administración porque este título de atribución de responsabilidad a la Administración opera sólo en el marco del contrato de obra pública y en el de suministro, y el que nos interesa en este trabajo es el de gestión de servicios públicos (mejor dicho, las distintas modalidades contractuales de gestión de servicios públicos), ya que nos ocupamos de la responsabilidad dimanante de la gestión del servicio público de asistencia sanitaria.

<sup>186</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, op. cit., p. 203.

mente <sup>187</sup>) de *iniciativa* y *global dependencia* públicas, ya que no es creado, ni dotado patrimonialmente, ni dirigido globalmente por Administración alguna. Ello le diferencia de las entidades de Derecho privado creadas instrumentalmente por las Administraciones públicas titulares del servicio y que hemos analizado en el epígrafe anterior, las cuales, pese a carecer también de la condición de Administración, son de iniciativa y dependencia públicas <sup>188</sup>. Más adelante, al analizar los concretos títulos de imputación de primer nivel, veremos las consecuencias que cabe extraer del carácter no administrativo de los contratistas públicos y del hecho de que no sean de iniciativa y global dependencia públicas.

## 6. Recapitulación

Este segundo capítulo ha sido dedicado a examinar qué entes prestadores de asistencia sanitaria pública son Adminis-

---

<sup>187</sup> Aunque no sea lo habitual, puede ocurrir que un contratista haya sido creado instrumentalmente por una Administración (distinta, en cualquier caso, de la Administración titular del servicio contratado; véase lo que al respecto se dirá en la nota siguiente), que dirige su actividad. Es lo que sucede, p. ej., cuando el centro concertado (un hospital) es una sociedad mercantil de propiedad municipal.

<sup>188</sup> Incluso si es de iniciativa y global dependencia públicas, posee siempre, frente a la Administración contratante, autonomía de actuación, a diferencia de los entes examinados en el apartado anterior.

Así, en el ejemplo puesto en la nota anterior (y que se produce ocasionalmente en el marco de la sanidad pública), la sociedad mercantil de propiedad municipal (el hospital concertado) es creada y dirigida por el municipio, pero no por la Administración titular del servicio público de asistencia sanitaria con la que contrata (el INSALUD o algún Servicio de Salud); frente a esta última, la sociedad mercantil posee total autonomía de gestión, lo que debe conllevar que no toda su actividad sea imputada a aquélla, sino sólo la que derive de una orden o cláusula de obligado cumplimiento (a diferencia de lo que ocurriría si esta sociedad mercantil no fuera de titularidad del municipio, sino de la Administración titular del servicio, esto es, del INSALUD o del Servicio de Salud).

Valga la matización realizada en la presente nota y en la anterior para lo que resta de trabajo.

tración pública, Administración sanitaria, y cuáles no, así como el régimen de responsabilidad a que unos y otros quedan sometidos.

Esquemáticamente, las conclusiones a que se ha llegado son las siguientes <sup>189</sup>:

1. Todo ente que quepa calificar de Administración pública está sujeto al régimen de responsabilidad de tipo objetivo contenido en la LRJPAC. Son Administraciones públicas (sanitarias) y, por tanto, responderán con arreglo a la LRJPAC, el INSALUD, los Servicios de Salud autonómicos (tanto los que han sido configurados como organismos autónomos como los que lo han sido como entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado) y los entes dotados de personalidad jurídica propia de *Derecho público* (organismos autónomos, entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado y las fundaciones públicas sanitarias de la Ley 50/1998) creados instrumentalmente por el INSALUD y los distintos Servicios de Salud autonómicos para la prestación de asistencia sanitaria.

2. Los entes de *Derecho privado* (es decir, dotados de personalidad jurídica de Derecho privado) creados instrumentalmente por las citadas Administraciones sanitarias para la prestación de asistencia sanitaria (fundamentalmente, fundaciones *privadas*, en el ámbito INSALUD, y sociedades mercantiles, en el de algunas Comunidades Autónomas) no son Administración pública y, por tanto, su régimen de responsabilidad es el de Derecho privado basado en la culpa. Sin embargo, al ser la Administración sanitaria quien los crea, dota de patrimonio y dirige permanentemente su actividad, al ser, en definitiva, de *iniciativa y dependencia públicas*, toda la actividad desarrollada por este tipo de entes es imputable a la Administración pública, a la Administración matriz que se encuentra tras de ellos.

3. Los contratistas de la Administración sanitaria no son Administración pública ni son de iniciativa y global dependencia públicas (respecto de la Administración contratante <sup>190</sup>). Al

---

<sup>189</sup> Téngase en cuenta que las cuestiones relacionadas con la imputación de primer nivel serán objeto de estudio detenido en el capítulo próximo.

<sup>190</sup> Téngase presente lo dicho *supra*, en las notas núms. 187 y 188.

gozar de autonomía respecto de la Administración contratante, su actividad no es normalmente imputable a esta última; dicha imputación se producirá sólo en los casos en que la conducta del contratista responda a una orden o cláusula impuesta por la Administración contratante. Y, pese a no ser Administración pública, están sometidos a una responsabilidad de tipo objetivo, como se desprende de forma inequívoca de la normativa vigente. Esta exclusión del régimen de responsabilidad de Derecho privado basado en la culpa está plenamente justificada desde una perspectiva material.

La idea-fuerza que se encuentra en la base de estas conclusiones, y que ha guiado toda la argumentación desarrollada en el presente capítulo, es la siguiente: la gran *diversidad* de formas de gestión reinante en la sanidad pública española no debe traducirse en una diversidad de regímenes de responsabilidad extracontractual frente a los usuarios de dicho servicio público; debe existir, en cambio, *uniformidad* de regímenes<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> Ello explica que a lo largo del presente capítulo haya venido defendiendo la responsabilidad de tipo *objetivo* por los daños causados por la sanidad pública. He tratado de demostrar, en efecto, que los distintos entes del Sistema Nacional de Salud calificables de Administración pública quedan siempre sometidos a la responsabilidad (objetiva) de la LRJPAC, tanto cuando ajusten su actividad al Derecho público como al Derecho privado; que toda la actividad de los entes de Derecho privado creados instrumentalmente por aquellas Administraciones públicas para la prestación de asistencia sanitaria debe ser imputada a estas Administraciones, quedando, pues, también sujeta a la responsabilidad (objetiva) de la LRJPAC; y, en fin, que parte de la actividad de los contratistas públicos debe ser imputada a la Administración sanitaria (que responderá objetivamente, según la LRJPAC), respondiendo los propios contratistas, en el resto de supuestos, de forma objetiva.

Lo que ha animado la defensa de la responsabilidad objetiva en las páginas precedentes es, como digo, la voluntad de mantener un régimen de responsabilidad unitario frente a los usuarios de la sanidad pública: porque no creo admisible que el régimen de responsabilidad previsto para las Administraciones públicas por el legislador (en la LRJPAC), régimen de responsabilidad de tipo objetivo, pueda ser alterado por la propia Administración en virtud de su potestad de autoorganización. La Administración, sencillamente, no está legitimada para tomar una decisión semejante. Sólo el legislador puede hacerlo. No se puede admitir que la forma de gestión de un servicio público como el sanitario, elegida instrumentalmente por la Administración, comporte un cambio en las garantías que rodean a la prestación del servicio; entre estas garantías ocupa un puesto destacado el régimen de responsabilidad: si la Ley impone una responsabilidad de tipo objetivo, la Administración no puede esquivarlo y someterlo a una de tipo subjetivo. Ello supondría, además, una



---

discriminación de aquellos usuarios sometidos a un servicio gestionado por una personificación de Derecho privado, respecto de aquellos otros usuarios favorecidos por una responsabilidad de tipo objetivo.

Nótese bien que sólo por esta razón de mantenimiento de la uniformidad de régimen he defendido la responsabilidad de tipo objetivo: como en la actualidad la normativa somete a las Administraciones públicas a una responsabilidad de tipo objetivo, este régimen unitario debe ser de tipo objetivo. Pero si se modifica la normativa, y pasa a prever una responsabilidad administrativa más limitada, el régimen de responsabilidad de los distintos entes prestadores de asistencia sanitaria pública deberá cambiar y pasar a ser más limitado; deberá seguir siendo un régimen unitario, pero no ya de responsabilidad objetiva, sino más limitada. De hecho, como he señalado en la Introducción, opino que no les faltan argumentos a quienes, *de lege ferenda*, proponen limitar la responsabilidad patrimonial de la Administración (sanitaria o no) española, matizando su carácter objetivo.



# IMPUTACIÓN DE PRIMER NIVEL: IMPUTACIÓN DE CONDUCTAS A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

## 1. Títulos de imputación de primer nivel, en general

### 1.1. FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA Y NORMATIVA DE LOS DOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE PRIMER NIVEL BÁSICOS

Sabemos ya qué entes prestadores de asistencia sanitaria pública merecen la calificación de Administración sanitaria y cuáles no. Sabemos también a qué régimen de responsabilidad quedan sometidos unos y otros. Estamos, pues, en condiciones de abordar la cuestión de cuándo una determinada conducta puede ser imputada a dicha Administración sanitaria. Estamos ya en condiciones, en definitiva, de analizar los títulos de imputación de primer nivel.

Debe partirse, en esta tarea, de una constatación absolutamente obvia: no toda conducta realizada por cualquier persona física es atribuible a la Administración pública, y menos aún a la Administración sanitaria. Para que dicha atribución se produzca es necesario que exista una relación entre la conducta y la Administración pública de tal clase que permita entender que la conducta examinada *es* de la Administración, que es una manifestación de la actuación administrativa, ya sea en relaciones de Derecho público (en cuyo caso la conducta deberá ser manifestación del «funcionamiento de los servicios públicos») como de Derecho privado. Debe tratarse, en definitiva, de una conducta que la Administración asuma como propia y que constituya la puesta en práctica de las competencias que ésta tenga atribuidas, puesta en práctica que ineludiblemente corresponde a personas físicas porque, como se ha visto en el capítulo primero, sólo éstas —y nunca las personas jurídicas— pueden intervenir en la realidad a través de acciones u omisiones. Es preciso, pues, que se pueda considerar que la Administración es *autora* de la conducta enjuiciada.

La determinación del tipo de relación que debe mediar entre conducta y Administración para que se produzca dicha atribución corresponde a los títulos de imputación de primer nivel (por oposición a los de segundo nivel que, como ya nos consta, son los que permiten atribuir un daño a una conducta), los cuales deben ser extraídos del ordenamiento jurídico vigente <sup>192</sup>.

La normativa a considerar se reduce, básicamente, en este primer estadio de análisis, a los artículos 106.2 CE, 139.1 y 144 LRJPAC.

Como ya sabemos, los dos primeros preceptos coinciden en exigir, para que nazca la responsabilidad administrativa, que la lesión derive del «funcionamiento [...] de los servicios públicos». La doctrina y jurisprudencia dominantes vienen considerando, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA <sup>193</sup>, que por «funcionamiento de los servicios públicos» debe entenderse, a efectos de responsabilidad de la Administración, toda la actividad típicamente administrativa, y no ya sólo el concreto sector, de tipo prestacional, denominado habitualmente «actividad de servicio público» <sup>194</sup>. Se efectúa, pues, una interpretación subjetiva del

---

<sup>192</sup> Concretamente, del artículo 106.2 CE y la LRJPAC, ya que, como hemos visto antes, son la normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Debe tenerse también en consideración, como veremos, el Código penal.

<sup>193</sup> Quien formuló esta interpretación, sobre el artículo 121.1 LEF (en este punto idéntico al actual art. 139.1 LRJPAC), ya en 1956, en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 200: «La expresión "servicios públicos" hay que entenderla en sentido orgánico y no funcional y equipararla así, pura y simplemente, a actividad de la Administración».

<sup>194</sup> La jurisprudencia contencioso-administrativa (como ya sabemos), así como la de conflictos, interpretan la citada expresión en este amplio sentido propuesto por la doctrina administrativista mayoritaria.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con la civil, la cual, con la finalidad de justificar, al amparo del ahora derogado artículo 41 LRJAE, su propia competencia en materia de responsabilidad de la Administración, ha interpretado habitualmente el concepto de «servicios públicos» en un sentido más restringido, como equivalente a la actividad desarrollada por la Administración en ejercicio de sus facultades soberanas (como actividad revestida de *imperium*).

Cabe citar, en este sentido, entre otras, las siguientes SSTs: SSTs (Sala Primera) de 5 de marzo de 1977 (Ar. 859), 24 de febrero de 1983 (Ar. 1071), 9 de marzo de 1983 (Ar. 1429), 12 de febrero de 1987 (Ar. 706), 16 de marzo de 1987 (Ar. 10213/1988), 7 de abril de 1989 (Ar. 2997), 30 de enero de 1990 (Ar. 74), 23 de noviembre de 1990 (Ar. 9042), 30 de julio de 1991 (Ar. 5435), 14 de mayo de

término «servicios públicos», puesto que es definido no en función de un concreto contenido material, sino de un sujeto determinado: la Administración pública<sup>195</sup>.

Así, según esta interpretación, ambos preceptos establecen que la Administración responderá de toda lesión que derive de la actividad administrativa típica, que derive del giro o tráfico administrativo.

A su vez, el artículo 144 LRJPAC, heredero del artículo 41 LRJAE, dispone que la Administración responderá por los daños que cause su actuación en relaciones de Derecho privado.

Toda la actuación administrativa, por tanto, ya sea de Derecho público (arts. 106.2 CE y 139.1 LRJPAC) o de Derecho privado (art. 144 LRJPAC), es susceptible de generar la res-

---

1992 (Ar. 4123), 15 de marzo de 1993 (Ar. 2276), 17 de mayo de 1994 (Ar. 3588), 27 de febrero de 1995 (Ar. 4077), 22 de abril de 1995 (Ar. 3492), 3 de septiembre de 1996 (Ar. 6501), 18 de febrero de 1997 (Ar. 1240), 26 de mayo de 1997 (Ar. 4115) y 12 de junio de 1997 (Ar. 4769).

Para este orden jurisdiccional, la asistencia sanitaria prestada por la Administración pública no constituye actividad realizada en ejercicio de sus facultades soberanas, sino actividad desarrollada como entidad privada, y de ahí que los daños que de ella se deriven escapen del régimen de responsabilidad de Derecho público y puedan ser enjuiciados por el orden civil (en virtud de lo dispuesto por el derogado artículo 41 LRJAE).

La entrada en vigor de la LRJPAC, no obstante, ha cambiado las cosas. Parece que la Sala Primera, en el momento en que comience a conocer de hechos litigiosos acontecidos bajo la vigencia de la LRJPAC, dejará de acudir al referido argumento para fundamentar su competencia en materia de responsabilidad administrativa. La Sala de lo Civil del TS, en efecto, ha admitido ya, en alguna ocasión, que la LRJPAC, a través de sus artículos 142.6 y 144, ha unificado la jurisdicción competente en esta materia, y que, por tanto, el orden contencioso-administrativo será el único competente tanto cuando la Administración actúe en relaciones de Derecho público como de Derecho privado. A esta conclusión llega, p. ej., la STS (Sala Primera) de 24 de septiembre de 1996 (Ar. 6640). Debe advertirse, no obstante, que la Sala Primera del TS considera que la LRJPAC ha dejado subsistente el segundo de los argumentos que dicha Sala ha venido tradicionalmente manejando para justificar su competencia en materia de responsabilidad administrativa: la no divisibilidad de la continenencia de la causa.

<sup>195</sup> Hemos visto antes que ésta, pese a ser la posición dominante, no es la única existente, mereciendo ser destacada la sugerente y reciente aportación de BELADIEZ, quien propone, sin abandonar la interpretación subjetiva del concepto, añadir otra de tipo objetivo-funcional. Véase lo dicho sobre este punto *supra*, en la nota núm. 32. En cuanto a la bibliografía seleccionada representativa de la posición dominante, véase la citada *supra*, en la nota núm. 31.

ponsabilidad de la Administración pública. Pero ¿cuándo estaremos en presencia de actividad administrativa?, o, con mayor precisión, ¿cuándo podrá considerarse que una conducta de una concreta persona física constituye, da lugar a actividad administrativa? A esta pregunta no responden ni el artículo 106.2 CE ni el artículo 139.1 LRJPAC, que sólo permiten extraer los títulos de imputación de segundo nivel (atribución del daño a la conducta), pero no los del primero. De ahí no cabe deducir, por supuesto, que ambos preceptos no exijan, para que nazca la responsabilidad administrativa, que exista una conducta realizada por una persona física que sea atribuible a la Administración pública. Al contrario, lo que ocurre es que dichos preceptos *presuponen* dicha exigencia y, con ello, los concretos criterios (los títulos de imputación de primer nivel) que permitirán imputar la conducta llevada a cabo por una persona física a la Administración. En este sentido, ambos preceptos parten de la base de que la actividad administrativa susceptible de generar responsabilidad de la Administración se concreta, consiste en una conducta realizada por una persona física que puede —y debe— ser atribuida a la Administración debido a la vinculación existente entre ésta y aquélla. ¿Cuáles son, pues, los concretos títulos de imputación de primer nivel que dichos preceptos presuponen?

Para que pueda afirmarse la existencia de una relación entre la conducta de la concreta persona física y la Administración de tal entidad que permita atribuir aquélla a ésta es preciso, como digo, que pueda considerarse a dicha conducta actuación administrativa, ya sea de Derecho público o de Derecho privado. Y para que ello ocurra es necesario que concurran, acumulativamente, dos circunstancias distintas: en primer lugar, que la persona física de que se trate esté *integrada en la organización administrativa*. En segundo lugar, que actúe *en el ejercicio o con ocasión de sus funciones*, o, en la formulación preferida por la doctrina y jurisprudencia administrativistas de nuestro país, que actúe en el desempeño o ejercicio de su cargo.

Ambas circunstancias operan como criterios de determinación de la atribución de una conducta realizada por una persona física a la Administración, de modo que constituyen verdaderos

títulos de imputación de primer nivel. Se trata, además, de títulos de imputación *acumulativos*, que deben concurrir conjuntamente para que la conducta realizada por la persona física sea imputable a la Administración, pues sólo cuando la persona física esté integrada en la organización administrativa y, *además*, no actúe absolutamente al margen del servicio, podrá decirse que dicha conducta constituye una manifestación de la actuación administrativa. Efectivamente, no puede ser imputada a la Administración una actuación que materialmente pueda ser calificada de administrativa cuando su autor no tenga ningún tipo de vinculación orgánica con la Administración <sup>196</sup> ni, viceversa, una actuación llevada a cabo por una persona física integrada en la organización administrativa, pero que nada tiene que ver con la actividad que la Administración le ha asignado <sup>197</sup>. Esta necesidad de que ambos títulos concurren conjuntamente para que resulten operativos y permitan atribuir a la Administración una determinada conducta pone de manifiesto que uno y otro conforman una unidad inescindible.

Una confirmación parcial de la posición acabada de exponer nos la ofrece el tercero de los preceptos citados, el artículo 144 LRJPAC. Este precepto, seguramente porque regula la responsabilidad de la Administración cuando actúe en relaciones de Derecho privado, tiene un alcance y un tenor similares al artículo 1.903.4 CC <sup>198</sup>. El artículo 144 establece que «Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho Privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre». Este precepto, al exigir por dos veces que la persona física de que se trate se encuentre al servicio de la Administración <sup>199</sup> para que nazca la responsabilidad administrativa, está recogiendo el primero de los títulos de

---

<sup>196</sup> En un ejemplo extremo, que un ciudadano, haciéndose pasar por agente de la autoridad, obligue al propietario de un local a cerrarlo por carecer de la debida licencia.

<sup>197</sup> Por ejemplo, que un funcionario mate a su esposa tras una discusión familiar.

<sup>198</sup> Más adelante se hará referencia al artículo 1.903.4 CC.

<sup>199</sup> Que tenga, en definitiva, la consideración de «personal».

imputación de primer nivel antes señalados (inserción en la organización administrativa)<sup>200</sup>.

El artículo 144 constituye, sin embargo, una confirmación sólo parcial, por dos razones. En primer lugar, porque sólo se refiere a la responsabilidad de la Administración por su actuación en relaciones de Derecho privado. Esta limitación es, no obstante, sólo aparente, puesto que el mero hecho de que la Administración actúe en relaciones de Derecho público no justifica subordinar la atribución de conductas a la Administración a criterios distintos del de la inserción en la organización administrativa. Este criterio, como se verá, es similar al recogido en general en el Código civil para determinar cuándo debe atribuirse al empresario (persona física o jurídica) la conducta de una persona física, no ofreciendo el Derecho administrativo especialidad alguna que exija escoger uno distinto; y puesto que, como ya sabemos, tras la aprobación de la Ley 4/1999, de modificación de la LRJPAC, el artículo 144 ha pasado a unificar no sólo el régimen procesal de la responsabilidad administrativa aplicable tanto cuando la Administración actúe en relaciones de Derecho público como de Derecho privado, sino también el material, de forma que no hay ya diferencia alguna entre unó y otro tipo de actividad a efectos de responsabilidad (tampoco, por tanto, en lo referente a los títulos de imputación de primer nivel)<sup>201</sup>.

En segundo lugar, el actual artículo 144 LRJPAC da una respuesta sólo parcial al problema de la imputación de primer nivel porque no contempla el otro título que debe tenerse en cuenta para que se produzca la atribución de conductas a la Administración y que ya se ha mencionado (que la persona física actúe en el ejercicio o con ocasión de sus funciones)<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Obsérvese, por lo demás, que dicho precepto avala la distinción defendida en el presente trabajo entre imputación de primer y de segundo nivel, ya que afirma que la actuación (las conductas) del personal al servicio de la Administración será considerada «actos propios de la Administración».

<sup>201</sup> Sobre el alcance de la modificación introducida en el artículo 144 LRJPAC véanse, *supra*, las notas núms. 103 y 131.

<sup>202</sup> En esto se diferencia el artículo 144 LRJPAC de los artículos 121 CP y 1.903.4 CC, los cuales, como veremos, sí contienen este segundo título de imputación.



Un segundo fundamento normativo de la posición aquí sostenida lo suministra el artículo 145 LRJPAC. Este precepto, en su apartado primero, dispone que «Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio». Con independencia de la polémica doctrinal que ha suscitado la interpretación de esta norma (en relación con lo dispuesto en el apartado primero del artículo 146 LRJPAC)<sup>203</sup>, no cabe duda que vincula la atribución de conductas realizadas por personas físicas a la Administración y, con ello, el nacimiento de responsabilidad de la Administración (ya que remite al Capítulo I del Título X, y dicho Capítulo regula la responsabilidad patrimonial de la Administración pública), al hecho de que dichas personas físicas tengan la condición de autoridad o personal *a su servicio*. Nuevamente, pues, se recoge el título de imputación de la inserción en la organización administrativa<sup>204</sup>. Y nuevamente se omite toda referencia al segundo gran título de imputación<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Polémica que, como se sabe, consiste en si, tras la entrada en vigor de la LRJPAC, subsiste el derecho de la víctima (antes contenido en el art. 43 LRJAE, expresamente derogado por la LRJPAC) de optar entre demandar únicamente al funcionario o agente causante del daño, demandar simultáneamente a dicho agente o funcionario y a la Administración, o demandar únicamente a la Administración; o si, por el contrario, con la nueva LRJPAC la víctima sólo puede dirigirse contra la Administración. Esta polémica resulta irrelevante a los efectos que ahora nos interesan. Tan sólo apuntar que la Ley 4/1999 ha zanjado dicha polémica, ya que ha reformulado el primer apartado del artículo 146, que deja de contemplar la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración y pasa a hacer referencia únicamente (junto a la responsabilidad penal) a la responsabilidad civil *derivada de delito*; con ello, ha desaparecido el mencionado derecho de opción de la víctima (como se afirma expresamente, por otro lado, en la Exposición de Motivos de dicha Ley 4/1999), que sólo podrá, en adelante, dirigirse contra la Administración y no ya contra el concreto agente causante del daño.

<sup>204</sup> La misma vinculación se establece, coherentemente, en el segundo apartado del artículo 145, cuando se regula la acción de regreso de la Administración pública.

<sup>205</sup> Este segundo título de imputación sí lo contiene el artículo 146.1 LRJPAC en su versión propuesta por LÓPEZ MENUDO. Los días 23 y 24 de febrero de 1997 se celebraron en Sevilla unas Jornadas de Estudio dedicadas a la reforma de la LRJPAC. PAREJO, PÉREZ MORENO y LÓPEZ MENUDO confeccionaron unas Propuestas de reforma de la LRJPAC como texto-base sobre el cual se pronunciarían los distintos participantes en las Jornadas en sus intervenciones.

Avala también la tesis defendida el artículo 121 del vigente Código penal<sup>206</sup>. Este precepto, al establecer que las Administraciones públicas «responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones», está recogiendo los dos títulos de imputación referidos, y no ya sólo el primero<sup>207</sup>.

A su vez, el artículo 48 del Código Penal Militar<sup>208</sup>, que regula el más concreto supuesto de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de delitos cometidos por los militares, contempla también ambos títulos de imputación cuando dispone que «El Estado es responsable civil subsidiario

---

LÓPEZ MENUDO, a quien correspondió la elaboración de la parte dedicada a la responsabilidad patrimonial, propuso redactar el artículo 146.1 como sigue: «Las Autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones Públicas responderán civilmente, conforme a la legislación correspondiente, *cuando actúen fuera del ejercicio de sus cargos o funciones*». (La cursiva es mía). En realidad, aquí el citado título de imputación está configurado como un título de no-imputación a la Administración: a la Administración no se le imputarán las conductas realizadas por su personal al margen de sus cargos o funciones.

<sup>206</sup> Aprobado por la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. El nuevo Código penal, en el artículo señalado, regula específicamente la responsabilidad subsidiaria de la Administración por los daños derivados de delitos cometidos por el personal a su servicio.

En ello se diferencia de su predecesor, que omitía toda regulación específica de dicho tipo de responsabilidad administrativa. La jurisprudencia, para suplir tal vacío normativo, acudió al artículo 22 del anterior Código penal y extendió a la Administración pública la responsabilidad civil derivada de delito en él prevista. El artículo 22 disponía, en su apartado primero, que «La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior será también extensiva a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio».

<sup>207</sup> Al analizar el régimen de responsabilidad de la Administración pública debe tenerse muy en cuenta lo que dispone el Código penal (y, como inmediatamente veremos, el Código Penal Militar) en materia de responsabilidad civil de la Administración derivada de delito, ya que, como sostiene la moderna doctrina civilista, no existe ninguna diferencia de naturaleza entre la responsabilidad extracontractual derivada de delito y la no derivada de delito. Por ello, está plenamente justificado traer a colación el artículo 121 CP (y el art. 48 CPM) para fundamentar normativamente los títulos de imputación señalados.

<sup>208</sup> Aprobado por la Ley orgánica 13/1985, de 9 de diciembre. Téngase en cuenta lo señalado en la nota anterior.

por los delitos que hubiesen cometido los militares en ocasión de ejecutar un acto de servicio, apreciado como tal en la sentencia».

Por último, desde la perspectiva del Derecho positivo, debe hacerse mención del artículo 1.903.4 CC<sup>209</sup>. Como se sabe, este precepto regula la responsabilidad del empresario por los daños cometidos por sus dependientes. Es, junto con el artículo 1.902 CC, el precepto de mayor relevancia en el Derecho de daños español, como demuestra la frecuencia con que la jurisprudencia lo aplica. A diferencia de los artículos examinados hasta ahora (144 y 145 LRJPAC, 121 CP y 48 CPM), el 1.903.4 CC no es directamente aplicable a la Administración pública, puesto que queda desplazado por la normativa específica que disciplina la responsabilidad administrativa. Sin embargo, pese a ello, resulta de sumo interés en lo que ahora nos interesa, ya que el supuesto de hecho que contempla es similar (aunque no idéntico, son muchas y muy importantes las diferencias existentes) al de la normativa específica que regula la responsabilidad de la Administración. En efecto, el artículo 1.903.4 CC hace referencia a la responsabilidad extracontractual en que puede incurrir todo empresario —también, pues, el que tenga la condición de persona jurídica— por los daños que cause el personal de que se sirva para llevar a cabo su actividad; y la normativa que se ocupa específicamente de la responsabilidad administrativa también está previendo la responsabilidad de una persona jurídica, la Administración pública, por los daños que provoquen las personas físicas que dicha organización utiliza para realizar sus objeti-

<sup>209</sup> Lo que a continuación se diga sobre el artículo 1.903.4 CC debe entenderse extensible al artículo 22 (antes transcrito) del recientemente derogado Código penal, ya que este último precepto recogía la responsabilidad civil derivada de los empresarios por los delitos y faltas cometidos por sus dependientes en términos semejantes a la no derivada de delito.

Como diferencias más destacables entre uno y otro precepto cabía señalar que el artículo 22 del anterior Código penal establecía una responsabilidad subsidiaria y objetiva del empresario, mientras que la del 1.903.4 CC es directa y subjetiva (debe advertirse, no obstante, por un lado, que buena parte de la doctrina penalista entendió que el artículo 22 del ya derogado Código penal contemplaba una responsabilidad basada en la culpa, culpa que el precepto presumía *iuris et de iure*; y, por otro lado, que una parte importante de la moderna doctrina civilista española considera que el artículo 1.903.4 CC recoge una responsabilidad objetiva del empresario).

Sin embargo, en lo que ahora nos interesa, el artículo 22 contemplaba los mismos títulos de imputación que el artículo 1.903.4 CC.

vos. Parece, pues, que el artículo 1.903.4 CC y la normativa reguladora de la Administración pública contemplan realidades al menos parcialmente coincidentes. Así lo ha entendido, por otra parte, la Sala de lo Civil del TS, que en muchas ocasiones ha condenado a la Administración con base en el artículo 1.903.4 CC<sup>210</sup>. No es este, obviamente, el lugar apropiado para comparar la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes con la de la Administración pública, así como sus respectivos fundamentos, tan distintos. Únicamente se quiere poner de manifiesto que las semejanzas existentes entre uno y otro tipo de responsabilidad aconsejan tomar en consideración los títulos de imputación contenidos en el artículo 1.903.4 CC, así como, sobre todo, la interpretación que de ellos han efectuado la doctrina y jurisprudencia civilistas<sup>211</sup>.

<sup>210</sup> A título de ejemplo pueden citarse las SSTS (Sala Primera) de 17 de marzo de 1980 (Ar. 1118) y de 10 de noviembre de 1990 (Ar. 8538).

La Administración sanitaria, concretamente, ha sido condenada *ex* artículo 1.903.4 CC por la Sala de lo Civil del TS en, entre otras, las SSTS de 20 de febrero de 1981 (Ar. 564), 16 de marzo de 1987 (Ar. 10213/1988), 5 de mayo de 1988 (Ar. 4016), 7 de junio de 1988 (Ar. 4825), 21 de septiembre de 1988 (Ar. 6847), 27 de enero de 1989 (Ar. 135), 30 de julio de 1991 (Ar. 5435), 21 de septiembre de 1993 (Ar. 6650), 25 de noviembre de 1993 (Ar. 9134), 12 de junio de 1997 (Ar. 4769), 21 de julio de 1997 (Ar. 5523) y 22 de julio de 1997 (Ar. 221/1998).

Resultan ilustrativos algunos pasajes de las SSTS de 21 de septiembre de 1988 y de 27 de enero de 1989. En la primera (FJ 3.º), ante la alegación del Abogado del Estado de que a la Administración del Estado no le es aplicable la responsabilidad que para los demás empresarios sanciona el artículo 1.903.4 CC, el TS afirma que «Hubo [...] una conducta culposa evidente en los autores materiales del daño, una clara “culpa in operando”, suficiente para imponer al amparo del artículo 1.903, núm. 4, del Código Civil y constante Jurisprudencia de esta Sala, la condigna responsabilidad civil por “culpa in vigilando” o “in eligendo” a la entidad, ya sea pública o ya sea privada, de quienes aquellos causantes materiales del daño dependían». En la segunda de las SSTS, el TS, frente a la objeción de que el artículo 1.903.4 CC ha sido aplicado indebidamente, argumenta que «la demandada [el INSALUD] que lo es como persona particular privada fuera de su actividad pública respondiendo a semejanza como empresa privada en su función de procurar la salud de un enfermo que ante el evento de hacer efectiva su responsabilidad, como se dice a virtud de semejanza haya necesariamente y sin más trascendencia que ubicarla en dicho precepto [el 1.903.4 CC] que por tanto no cabe argüir haya sido aplicado indebidamente».

<sup>211</sup> También debe tenerse muy en cuenta, por lo dicho con anterioridad, la interpretación que la Sala Segunda del TS y la doctrina penalista efectuaron del ya derogado artículo 22 del Código penal.

Para un primer análisis del artículo 1.903.4 CC pueden consultarse ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. II, 10.ª ed., Barcelona,

El artículo 1.903.4 CC señala que «Lo son igualmente [responsables] los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones». La doctrina y jurisprudencia civilistas coinciden en extraer de este precepto dos requisitos para que nazca la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes: que exista una relación de dependencia entre el causante material del daño y el empresario, y que dicho causante material del daño haya actuado en el ejercicio o con ocasión de sus funciones. Reconduciendo ambos requisitos al esquema que propongo, se trata de dos títulos de imputación de primer nivel que, cuando concurren conjuntamente, permitirán que la conducta realizada por la persona física sea atribuida al empresario del que dependa. El artículo 1.903.4 CC parece contener, pues, los mismos títulos de imputación que la normativa específicamente aplicable a la Administración anteriormente examinada<sup>212</sup>.

---

José María Bosch Editor, 1997, pp. 515-518; LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*, vol. II, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, 1995, pp. 521-523 y 525-528; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.ª ed., Madrid, Tecnos, 1995, pp. 625-626.

Para un examen más detallado pueden verse ROCA TRÍAS, Encarna, *Derecho de Daños. Textos y materiales*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 93-96 y 101-105 (así como las pp. 112-115 y 117-119, donde se transcriben los Fundamentos Jurídicos clave de destacables SSTS en esta materia); DEL MOLINO Y NÚÑEZ, María del Carmen, «La responsabilidad civil del empresario por el hecho de otro: en la vía civil y penal. Consideración especial del titular o director de un taller de reparaciones de automóvil y del de un garaje», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1991, pp. 709 y ss.); DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 351-403.

Dos estudios completísimos del artículo 1.903.4 CC, con análisis exhaustivo de la jurisprudencia en la materia, son el de ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente*, Pamplona, Aranzadi, 1995, y el de BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.

<sup>212</sup> Al analizar con mayor detalle el título de imputación de la inserción en la organización administrativa veremos, sin embargo, que no coincide exactamente con el requisito de la relación de dependencia que la doctrina y jurisprudencia civilistas han extraído del artículo 1.903.4 CC.

A estos fundamentos normativos cabe añadir que la posición aquí defendida coincide a grandes rasgos con la de la doctrina administrativista dominante de nuestro país<sup>213</sup>. Por un lado, esta doctrina considera que cuando el daño ha sido ocasionado por una persona física<sup>214</sup>, es preciso que ésta pertenezca a la organización administrativa para que el daño sea imputable a la Administración<sup>215</sup>. Por otro lado, esta integración en la organización administrativa, aun siendo necesaria, no es suficiente; para que se produzca la imputación a la Administración es preciso, además, que el funcionario o agente haya actuado en el ejercicio de su cargo<sup>216</sup>.

En Italia también se manejan ambos títulos de imputación. Como señala GRECO, son imputables a la Administración los actos realizados por sus agentes en el ejercicio o con ocasión de sus atribuciones propias (la jurisprudencia de ese país maneja el

---

<sup>213</sup> Debe advertirse, naturalmente, que la coincidencia es sólo parcial, ya que nadie, en lo que me consta, ha calificado ambos criterios como títulos de imputación de conductas a la Administración (títulos de imputación de primer nivel), sino que son considerados dos requisitos más de entre el conglomerado de presupuestos que dan pie a la llamada —a mi juicio, confusamente llamada— «imputación».

<sup>214</sup> Lo que en mi opinión ocurrirá siempre, ya que, como he dicho más arriba, las personas jurídicas, en general, y la Administración, en particular, sólo pueden actuar a través de personas físicas. Lo que sucede es que estas personas físicas no siempre son identificables. Cuando ello ocurre se suele hablar de que el daño se debe a «culpa anónima». Los autores citados, cuando admiten la posibilidad de que un daño no sea ocasionado por una persona física, están pensando, seguramente, en estos supuestos de culpa anónima.

<sup>215</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 387; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 48; PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual...*, vol. I, *op. cit.*, p. 548; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, I...*, *op. cit.*, pp. 699-700.

<sup>216</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 218. El mismo autor, más recientemente, en el mismo sentido, junto a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *Curso...*, II, *op. cit.*, pp. 389-390; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 48; PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual...*, vol. I, *op. cit.*, p. 548; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, I...*, *op. cit.*, pp. 702-703 (aunque este autor se muestra, en este punto, crítico con la doctrina dominante).

criterio de la «ocasionalidad necesaria»<sup>217</sup>), entendiéndose por agente «cualquier sujeto inserto en el ámbito de la organización pública, sea establemente, sea a precario, sea profesionalmente, sea a título honorario»<sup>218</sup>.

Antes de examinar ambos títulos de imputación con mayor detalle en el marco de la responsabilidad de la Administración sanitaria, es preciso señalar, a nivel general, que la cuestión que estamos abordando está íntimamente relacionada con la conocida categoría francesa de la *faute personnelle*. Con esta noción se pretende, en el fondo, ofrecer una respuesta a la problemática de la imputación de primer nivel, y no ya a la del segundo. Busca, en efecto, individualizar los casos en que la conducta del funcionario o agente al servicio de la Administración puede ser separada de la actividad administrativa, casos en que se excluye la atribución —la imputación— de la conducta a la Administración y, con ello, la responsabilidad administrativa. A mi juicio, más concretamente, la *faute personnelle* presupone la inserción del funcionario o agente en la organización administrativa (presupone, en definitiva, la concurrencia del primer título de imputación de primer nivel), y se limita a ofrecer los criterios que permitan determinar en qué casos la actuación llevada a cabo por ese funcionario o agente no guarda relación suficiente con el servicio para que pueda atribuírsele a éste. Se trata, pues, de una categoría que concreta el segundo título de imputación de primer nivel: la actuación en ejercicio del cargo. Más adelante, cuando se aborde el estudio de este título de imputación, dedicaremos algunas páginas a la *faute personnelle*.

---

<sup>217</sup> El criterio de la «ocasionalidad necesaria» manejado por la doctrina más reciente de la Corte de Casación italiana es, en mi opinión, efectivamente, un título de imputación de primer nivel. Como veremos luego, al analizar el segundo título de imputación de primer nivel, el criterio de la ocasionalidad necesaria también ha tenido acogida en España.

<sup>218</sup> GRECO, Guido, «La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti», en MAZZAROLLI, L.; PERICU, G.; ROMANO, A.; ROVERSI MONACO, F. A.; SOCA, F. G. (Coord.), *Diritto Amministrativo*, vol. II, Bologna, Monduzzi Editore, 1993, pp. 1404-1405.

## 1.2. INDIVIDUALIZACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE UN TERCER TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE PRIMER NIVEL: LA SUMISIÓN AL PODER DE DIRECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Aquí terminan las consideraciones generales relacionadas con los dos títulos de imputación de primer nivel enunciados. Un examen más detenido de ambos exige tratarlos por separado. Pero antes de acometer esta tarea surge un interrogante esencial: ¿son los vistos los únicos títulos de imputación de primer nivel que cabe deducir del ordenamiento jurídico vigente? En mi opinión la respuesta debe ser negativa.

Efectivamente, del ordenamiento jurídico-administrativo español no parece desprenderse que a la Administración pública, en general, y a la sanitaria, en particular, se le puedan imputar únicamente aquellas conductas realizadas por personas físicas integradas en la organización administrativa y que sean llevadas a cabo por ellas en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Al contrario, la normativa prevé que determinadas conductas realizadas por personas *ajenas* a la organización administrativa sean imputadas a la Administración pública. Es lo que ocurre con los contratistas públicos<sup>219</sup>. Los contratistas son personas físicas o jurídicas de Derecho privado, son meros particulares que actúan como tales. Por ello, carecen de la condición de Administración pública, y ni ellos ni sus empleados están integrados en la organización administrativa<sup>220</sup>; por tanto, las conductas que realizan (por sí solos o a través de sus dependientes) nunca podrán ser imputadas a la Administración contratante en virtud de los dos títulos de imputación que hasta el momento hemos extraído. Y por ello, en general, las conductas lesivas producidas por los

<sup>219</sup> Téngase en cuenta lo dicho en el capítulo precedente al ocuparnos de los contratistas de la Administración sanitaria y de su régimen de responsabilidad.

<sup>220</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 220, nota núm. 281.

La no integración de los contratistas públicos en la organización administrativa es uno de los argumentos que la doctrina mayoritaria viene manejando para fundamentar la no atribución de responsabilidad a la Administración contratante por los daños causados por aquéllos en la ejecución de los contratos administrativos. Así, p. ej., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 388; BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «La responsabilidad civil de los concesionarios...», *op. cit.*, p. 222.



contratistas y sus dependientes no se imputan a la Administración, deviniendo el contratista el único responsable. No obstante, en algunas ocasiones, su actividad sí es imputable a la Administración. Así se desprende de los artículos 121.2 LEF y 98.2 LCAP. Ambos preceptos, al establecer que la Administración contratante será quien responda por los daños causados por los contratistas públicos como consecuencia de una orden o cláusula impuesta por dicha Administración, o de un vicio del proyecto por ésta elaborado, están fijando *un nuevo título de imputación de primer nivel*: las conductas lesivas realizadas por el contratista y sus dependientes en cumplimiento de las órdenes o cláusulas impuestas por la Administración, o en ejecución del proyecto viciado elaborado por ésta, no le son imputables a aquél, sino a ésta (la Administración contratante). Este título de imputación excepciona así la regla general derivada de los dos títulos de imputación vistos con anterioridad, según la cual las conductas generadoras de daños realizadas por el contratista y sus dependientes le son imputables únicamente a él, y no ya a la Administración contratante.

Considero que este nuevo título de imputación está perfectamente justificado, ya que atribuye a la Administración conductas que le pertenecen, cuya verdadera autoría le corresponde; el contratista, cuando cumple órdenes o cláusulas que le vienen impuestas o se limita a ejecutar un proyecto defectuoso que no ha elaborado, es un mero instrumento en manos de la Administración. En estos supuestos, en palabras de BOCANEGRA, «se puede entender perfectamente que el daño procede directamente de ella en el ámbito de su giro o tráfico»<sup>221</sup>.

Algo semejante ocurre, a mi modo de ver, con los entes de Derecho privado creados instrumentalmente por las Administraciones públicas para la consecución de sus fines. Al igual que los contratistas, este tipo de entes carece de la condición de Admi-

<sup>221</sup> BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «La responsabilidad civil de los concesionarios...», *op. cit.*, pp. 222-223. Si traigo a colación esta cita es porque entiendo que contiene, sustancialmente, la idea que trato de poner de manifiesto. No puedo dejar de señalar, sin embargo, que, según mi esquema, lo que «se puede entender perfectamente que [...] procede directamente de ella [de la Administración contratante] en el ámbito de su giro o tráfico» no es sólo el daño, sino incluso la propia conducta del contratista.

nistración pública<sup>222</sup>, de modo que sus empleados no se encuentran insertos en la organización administrativa y no cabe, por ello, que su actividad sea imputada a la Administración pública en virtud de los dos títulos de imputación que hemos contemplado inicialmente. No obstante, estos entes, pese a poseer una personalidad jurídica de Derecho privado y someter en general su actividad al Derecho privado, son constituidos por una Administración pública inequívoca, que es quien les dota de patrimonio, designa a los miembros de sus órganos rectores y ejerce sobre ellos una constante dirección; estos entes, en definitiva, pese a tener una naturaleza jurídico-privada, son de iniciativa y dependencia públicas. Esta dirección constante pone de manifiesto la inexistencia de autonomía real del ente instrumental y justifica, en mi opinión, que las conductas realizadas por éste, al menos a efectos de responsabilidad extracontractual, sean imputadas a aquélla. La actuación del ente instrumental de Derecho privado es, en realidad, actuación de la Administración subyacente.

Nos encontramos, pues, ante un nuevo título de imputación de primer nivel. A diferencia de lo que ocurre, sin embargo, con los contratistas públicos, no hay una norma equivalente a los artículos 121.2 LEF y 98.2 LCAP que recoja de forma explícita y a nivel general el título de imputación que estamos contemplando y que señale que la Administración matriz responderá por los daños causados por los entes de Derecho privado de ella dependientes. Las normas estatales y autonómicas que regulan este tipo de entes se limitan a remitir genéricamente al Derecho privado, sin especificar qué ocurrirá cuando éstos causen daños a particulares. No obstante, opino que este título de imputación se deduce del ordenamiento jurídico en su conjunto, en general, y del Derecho mercantil de sociedades, en particular: la imputación que propongo es fruto de una aplicación analógica de la doctrina mercantil del levantamiento del velo que tanto predicamento tiene en la jurisprudencia del TS y entre los privatistas españoles y extranjeros. A mi modo de ver, la doctrina del levantamiento del velo incide fundamentalmente en lo que vengo denominando imputación de primer nivel, ya que establece que en determinados supuestos la conducta

<sup>222</sup> Véase, *supra*, el apartado 4 del capítulo segundo.

(con las consecuencias que de ella deriven) de una sociedad filial deberá ser atribuida, imputada a la sociedad matriz que ejerce la auténtica dirección sobre aquélla. A las razones que en Derecho mercantil justifican la práctica del levantamiento del velo deben sumarse las propias del Derecho administrativo de la responsabilidad extracontractual y que ya conocemos<sup>223</sup>.

La imputación a la Administración de conductas llevadas a cabo por contratistas públicos y por entidades de Derecho privado de iniciativa y dependencia públicas tiene, a mi modo de ver, *la misma naturaleza*. En ambos casos el título de imputación es el mismo, puesto que en ambos casos la circunstancia que justifica la atribución a la Administración de la conducta del sujeto no integrado en la organización administrativa es la misma: el hecho de que la conducta se produzca bajo la *dirección* de la Administración.

Así, la sumisión al poder de dirección de la Administración es la que fundamenta que a ésta se le imputen las conductas realizadas por los contratistas y las entidades jurídico-privadas de iniciativa y dependencia públicas. La especial relación existente entre la conducta y la Administración, y que explica su imputación, es fruto de la dirección ejercida por ésta sobre aquélla. Esta dirección debe ser entendida como *imposición* de la actuación a realizar y no ya como sinónimo de directriz u orientación. Es preciso que la concreta conducta lesiva haya sido impuesta por la Administración para que se produzca la imputación con base en este título.

El poder de dirección de la Administración sobre las entidades de Derecho privado de iniciativa y dependencia públicas es constante, permanente, afecta a toda su actividad. De ahí que toda su actividad deba ser imputada a la Administración matriz a efectos de responsabilidad.

Sin embargo, el poder de dirección (en el sentido que hemos dado a este concepto) que la Administración tiene sobre los contratistas públicos es mucho menor. Fuera de los supuestos en que

---

<sup>223</sup> Véase, *supra*, el apartado 4 del capítulo segundo, donde, con motivo del examen del régimen de responsabilidad de los entes de Derecho privado creados por la Administración sanitaria, se han analizado con mayor detalle las razones que fundamentan la imputación que ahora nos ocupa.

aquella le impone una orden, cláusula o proyecto, el contratista goza de gran libertad para ejecutar el contrato. De ahí que sólo se imputen a la Administración las conductas que imponga al contratista a través de una orden, cláusula o proyecto, y que por ello escapen de su esfera de libertad. El resto de su actividad, en cambio, sólo es imputado al contratista, ya que no ha venido impuesto por la Administración, no ha sido fruto del poder de dirección de ésta. El título de imputación es, pues, tanto en el caso de los contratistas como de los entes de Derecho privado de iniciativa y dependencia públicas, el mismo, variando únicamente la frecuencia con que se manifiesta.

Sintetizando lo dicho hasta ahora, existen tres grandes títulos de imputación de primer nivel: la inserción en la organización administrativa, la actuación en ejercicio o con ocasión de las funciones y el sometimiento al poder de dirección de la Administración. No debe olvidarse que los dos primeros conforman una unidad, complementándose mutuamente, y que deben concurrir conjuntamente para que permitan imputar una conducta a la Administración. Debe también remarcarse que el binomio inserción en la organización administrativa/actuación en ejercicio o con ocasión de las funciones constituye el título de imputación de primer nivel *básico*, ya que es el que servirá normalmente para atribuir conductas a la Administración. Precisamente por ello, a continuación únicamente se profundizará en el estudio (describiéndose su proyección en el ámbito sanitario público) de estos dos títulos de imputación, dejándose el examen detallado del tercero para otra ocasión.

## 2. Títulos de imputación de primer nivel básicos, en particular

### 2.1. LA INSERCIÓN EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

#### 2.1.1. *Delimitación positiva y negativa. La inserción en la organización administrativa y la relación de dependencia del artículo 1.903.4 CC*

¿Qué alcance y contenido debe darse al primero de los títulos de imputación de primer nivel, el de la inserción en la organiza-

ción administrativa? Coincido, en este punto, plenamente con la doctrina administrativa española dominante, que considera que la Administración debe responder por los daños que cause toda persona física que se encuentre *por cualquier título* inserta en la organización administrativa, sin que sea preciso que dicha inserción obedezca a un vínculo de tipo funcional. Nuevamente constituye GARCÍA DE ENTERRÍA el obligado punto de referencia. Este autor sostenía ya en 1956 que, a efectos de responsabilidad, el de «“funcionario” no es [...] un concepto formalmente determinado por la aplicación de la legislación funcional, sino materialmente, por el simple hecho de ejercitar funciones públicas integradas en la organización administrativa, comprendiendo, por tanto, a autoridades, funcionarios *stricto sensu*, empleados o contratados, e incluso al mero gestor oficioso o de facto»<sup>224</sup>.

De lo que se trata, en definitiva, es de que la persona física que lleve a cabo la actuación que pretende ser imputada a la Administración esté vinculada por cualquier título a la organización que conocemos por Administración pública. La persona física debe ocupar un puesto<sup>225</sup> en dicha organización que comporte un ejercicio real de funciones públicas (de funciones administrativas, propias de la organización en que se integra), pues cuando ello ocurra<sup>226</sup> cabrá considerar su conducta una

---

<sup>224</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 219-220. Más recientemente, en el mismo sentido, junto a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *Curso...*, II, *op. cit.*, pp. 388-389; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 48.

A conclusiones semejantes se llega en Italia. Así, según GRECO (repito aquí una cita ya transcrita más arriba), tiene la condición de agente, a efectos de responsabilidad, «cualquier sujeto inserto en el ámbito de la organización pública, sea establemente, sea a precario, sea profesionalmente, sea a título honorario» (GRECO, Guido, «La responsabilità civile dell'amministrazione...», *op. cit.*, p. 1404).

<sup>225</sup> Ya sea de forma permanente (p. ej., los funcionarios públicos en sentido estricto), temporal (p. ej., el personal contratado por la Administración para un período de tiempo determinado) u ocasional (p. ej., quien colabora en las labores de extinción de un concreto incendio).

<sup>226</sup> Y, además, concurra el segundo de los títulos de imputación de primer nivel: que la actuación se produzca en ejercicio o con ocasión de las funciones atribuidas a la persona física de que se trate.

manifestación de la actividad administrativa. Es irrelevante, a estos efectos, que su vinculación con la organización administrativa sea o no de tipo funcionarial, ya que esta es una cuestión de índole interna que no puede afectar a los terceros que son objeto de la actividad administrativa<sup>227</sup>.

La LRJPAC recoge este concepto tan amplio de funcionario a efectos de responsabilidad cuando en sus artículos 144, 145 y 146 atribuye a la Administración las conductas lesivas llevadas a cabo por «las autoridades» y el «personal» a su servicio, y no ya sólo las cometidas por los funcionarios en sentido estricto. A su vez, el artículo 121 CP hace responder subsidiariamente a la Administración pública por los delitos que cometan «autoridad[es], agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos»<sup>228</sup>.

Es importante señalar que no toda vinculación entre una persona física y la Administración constituye la realización del título de imputación que estamos contemplando. Es preciso que la vinculación persiga como finalidad que la concreta persona física actúe en nombre de la Administración, que incida en la realidad a través de acciones y omisiones que la Administración, como toda persona jurídica, no puede acometer. En efecto, hemos visto con anterioridad que las personas jurídicas, en general, y la Administración, en particular, no pueden llevar a cabo acciones y omisiones que transformen la realidad, y que para ello requieren de personas físicas. Pues bien, sólo las personas físicas vinculadas a la Administración con esta finalidad (elegidas, pues, instrumentalmente), esto es, que actúen como *agentes* de la Administración, estarán integradas en su organización a los efectos del título de imputación que nos ocupa. En palabras de la

---

<sup>227</sup> En último término, no puede hacerse depender el tipo de responsabilidad que la actividad en todo caso administrativa desencadene de la concreta fórmula de selección de personal que cada Administración elija.

<sup>228</sup> Nótese que el artículo 121 CP, al referirse, en una línea similar a la normativa administrativa vigente, a las autoridades, agentes, contratados de la Administración y funcionarios públicos, difiere del artículo 22 del anterior Código penal, que aludía a los «empleados o dependientes». Para poder calibrar el alcance de esta modificación téngase en cuenta lo que más adelante se dirá sobre la relación de dependencia exigida por el artículo 1.903.4 CC para que nazca la responsabilidad del empresario.

LRJPAC, es preciso que la persona física se encuentre *al servicio* de la Administración para que se encuentre inserta en su organización.

Así pues, no se imputan a la Administración las conductas realizadas por personas físicas que están vinculadas a ella con una finalidad distinta. Es el caso de algunos de los supuestos de personas unidas a la Administración por una relación de sujeción especial. Concretamente, de aquellas personas que no actúan *para* la Administración, a su servicio, sino que constituyen precisamente el objeto de la actuación administrativa: enfermos mentales internados en centros públicos, presos, alumnos menores de edad de centros de la enseñanza pública, p. ej. Estas personas, por diversas razones, se encuentran bajo la autoridad y custodia de la Administración, la cual, a través de sus agentes (médicos, funcionarios de prisiones, maestros), debe garantizar que no sufrirán daños y, al mismo tiempo (y esto es lo que aquí nos interesa), que no los producirán a terceros. En estos supuestos se suele hacer responder a la Administración de los daños que dichas personas sometidas a custodia causen <sup>229</sup>. Pero, a mi

---

<sup>229</sup> Paradigmática en este sentido resulta la famosa STS (Sala 4.ª) de 12 de marzo de 1975 (Ar. 1798) —caso conocido como de «los novios de Granada»—, que obligó a la Administración a responder por los daños causados por un enfermo mental que saltó desde una ventana del Hospital Provincial de Granada sobre una pareja que pasaba por debajo, matando al novio y lesionando gravemente a la novia.

Refiriéndose a ella, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ afirman que «el fenómeno de la imputación a la Administración se extiende, también, a los daños causados a terceros por personas que, aún sin ser funcionarios o agentes de la misma, ni siquiera en los amplios términos que acabamos de ver, se encuentran situados bajo su autoridad o custodia, en el seno, pues, de la organización en que el servicio se presta» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, op. cit., p. 389).

En mi opinión, por las razones que doy en el texto, las personas que se encuentran bajo la autoridad o custodia de la Administración no forman parte de la organización administrativa, y sólo se puede sostener lo contrario si se maneja un concepto amplio de inserción en la organización administrativa, no válido a efectos de responsabilidad.

Coincido plenamente, por tanto, con SÁNCHEZ MORÓN cuando, al comentar esta STS, afirma que «se deba estimar exagerada y peligrosa la afirmación contenida en la Sentencia a que nos referimos de que “el perturbado al hallarse internado en el hospital (aunque no fuese en calidad de enfermo mental, sino para tratamiento médico) no constituía un agente extraño al funcionamiento del centro, sino un usuario interno que como tal se integraba en su organización y disciplina”. Es exagerada

modo de ver, esta responsabilidad no deriva del hecho que se le impute a la Administración la conducta realizada por las citadas personas. No se le imputa esta conducta porque los custodiados, pese a estar unidos a la Administración por una estrecha relación, no forman parte de la organización administrativa (en el sentido que le estamos dando a este concepto a efectos de responsabilidad). La conducta que verdaderamente se le imputa a la Administración (y de la que deriva su responsabilidad) es la desarrollada (de forma negligente o no) por los agentes a su servicio encargados de vigilar a los custodiados y que no han conseguido evitar el daño<sup>230, 231</sup>.

---

porque los usuarios [de los servicios públicos] no son agentes de la Administración ni, con mayor razón aún, se integran en su organización» (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Sobre los límites de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 650-651).

<sup>230</sup> Ello no ofrece duda cuando quien resulta dañado por la actuación de la persona custodiada es la propia persona custodiada, lo que acontece, p. ej., en los casos en que enfermos mentales burlan la vigilancia a que están sometidos y se suicidan.

Resulta interesante citar la STS (Sala Civil) de 22 de julio de 1997 (Ar. 221/1998), en la que el TS condena al INSALUD por el suicidio cometido por un paciente aquejado de fuertes depresiones que había intentado ya en numerosas ocasiones atentar contra su propia vida. Dicho paciente salió de la Unidad de Psiquiatría del Hospital público en que estaba internado sin que ningún celador se lo impidiera, subió a la planta undécima del edificio, saltó por la ventana y se mató. El TS tiene en cuenta la conducta del personal hospitalario que vigilaba al paciente para declarar la responsabilidad del INSALUD: según el TS, los hechos acaecidos evidencian «una total negligencia de los encargados del repetido servicio de vigilancia, entre cuya conducta y el resultado luego producido (suicidio del aludido paciente) existió una patente relación de causalidad, todo lo cual determina la responsabilidad de la entidad recurrente por culpa “in eligendo” o “in vigilando” [...], al ser plenamente previsible el luctuoso resultado producido, dadas las numerosas ocasiones, constatadas en su historial médico, en que el infortunado paciente había tratado de atentar contra su propia vida» (FJ 4.º).

Como se aprecia, la conducta que el TS imputa a la Administración sanitaria (y que permite declarar su responsabilidad) no es el salto por la ventana realizado por el paciente, sino la omisión del personal del hospital, que no vigiló al paciente e impidió que saliera de la Unidad en la que estaba internado.

No creo que el TS hubiera buscado una fundamentación distinta a la responsabilidad administrativa, pasando a considerar que la conducta a imputar a la Administración fuera la desarrollada por el enfermo psíquico si éste, al saltar por la ventana, hubiera caído sobre alguien, lesionándolo (en cuyo caso nos encontraríamos ante un supuesto análogo al de la STS de «los novios de Granada», recogido en la nota anterior).

Estas mismas consideraciones pueden ser efectuadas respecto de la STS (Sala 1.ª) de 9 de marzo de 1998 (Ar. 1270), que resuelve de la misma forma y con una

(Nota 231 en pág. siguiente)



A pesar del tan amplio alcance otorgado a este primer título de imputación, su exigencia permite excluir la atribución a la Administración de conductas que al menos aparentemente cabría tachar de administrativas, pero que proceden de sujetos que no se encuentran al servicio de la Administración. Ello ocurre, p. ej., en relación con la actividad de los profesionales libres que ejercen privadamente funciones públicas (notarios, p. ej.) y con la actividad de los contratistas de la Administración<sup>232, 233</sup>. En este tipo de supuestos es precisamente la no integración en la organización administrativa del sujeto que lleva a cabo la actividad el elemento que impide atribuir a la Administración dicha actividad; es el elemento, en definitiva, que permite excluir la responsabilidad de la Administración.

Para averiguar si la concreta persona física que ha realizado la conducta que trata de ser imputada a la Administración forma parte de la organización administrativa, resulta de especial utilidad examinar tanto las *plantillas* de los distintos Cuerpos funcionariales como las *relaciones de puestos de trabajo* de las diferentes Administraciones públicas. Dichas plantillas (cuya elaboración viene ordenada por el art. 27.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964<sup>234</sup>) contienen una relación circunstanciada de todos los funcionarios que integran el Cuerpo respectivo, cualquiera que sea su situación, excepto los jubilados. Identifican, por tanto, a todos los funcionarios públicos. Si la persona física en cuestión figura en dicha plantilla, formará

---

argumentación semejante un caso prácticamente idéntico al que ha dado lugar a esta STS de 1997.

<sup>231</sup> Las referidas consideraciones son extensibles, en general, a todos los usuarios de los servicios públicos, que no forman parte de la organización administrativa porque, en lugar de encontrarse al servicio de la Administración, se sirven, precisamente, de ella.

<sup>232</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 388.

<sup>233</sup> Sin embargo, como hemos visto ya, determinadas conductas de los contratistas sí son imputables a la Administración pública, aunque no en virtud del título de imputación que estamos viendo, sino del de la sumisión al poder de dirección de la Administración.

<sup>234</sup> Cuyo texto articulado fue aprobado por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero. Este precepto no ha sido expresamente derogado por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública, y debe ser considerado vigente.

parte de la organización administrativa. Pero si no figura en ella, no por ello deberá negarse la imputación de primer nivel, pues dichas plantillas relacionan sólo a los funcionarios *stricto sensu* y, como hemos visto, el título de imputación de la inserción en la organización administrativa es mucho más amplio.

También útil será, como se acaba de decir, examinar las relaciones de puestos de trabajo de las distintas Administraciones públicas. Las Administraciones públicas, por imperativo del artículo 15 (y art. 16, para las Administraciones autonómicas y locales) LMRFP, deben confeccionar relaciones de los puestos de trabajo existentes en su organización. En estas relaciones figuran todos los puestos de trabajo de las distintas Administraciones públicas; no sólo, pues, los de los funcionarios *stricto sensu*, sino también los del personal eventual y laboral. Estas relaciones, además (y sobre todo), definen las características esenciales de cada puesto de trabajo<sup>235</sup>. Si la concreta persona física ocupa alguno de estos puestos de trabajo, formará parte de la organización administrativa. Si, en cambio, no ocupa ninguno, no por ello deberá negarse automáticamente la imputación de primer nivel (debido, de nuevo, a la amplitud concedida a este primer título de imputación).

De especial interés resulta comparar el título de imputación que estamos analizando con el primero de los presupuestos que la doctrina y jurisprudencia civilistas extraen del artículo 1.903.4 CC para que nazca la responsabilidad del empresario: la relación de dependencia<sup>236</sup>. Este precepto, como sabemos, establece que el empresario responde por los daños que provoquen sus *dependientes*. De esta previsión normativa vienen deduciendo doctrina y jurisprudencia que para que nazca la responsabilidad empresarial por hecho ajeno debe mediar una relación de dependencia. La relación de dependencia es, así, un título de imputación de

<sup>235</sup> ALDOMÀ I BUIXADÉ, Josep, *Les Relacions de Llocs de Treball de les Administracions Públiques*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 58. El hecho de que estas relaciones de puestos de trabajo definan exactamente cuáles son las funciones de cada puesto de trabajo las convierte, como veremos, en instrumentos muy importantes en lo que se refiere a la concreción del segundo título de imputación de primer nivel, el de la actuación en ejercicio o con ocasión de las funciones.

<sup>236</sup> Jurisprudencia y doctrina extraen también este requisito del artículo 22 del ya derogado Código penal.

primer nivel que, cuando concorra junto al otro título de imputación de primer nivel contemplado en el artículo 1.903.4 CC (la actuación en el ejercicio o con ocasión de las funciones), servirá de base para atribuir al empresario la conducta de la concreta persona física causante del daño.

El concepto de relación de dependencia a efectos de responsabilidad extracontractual del empresario ha sido y sigue siendo objeto de una marcada evolución, no sólo en España, sino también en Derecho comparado. Esta evolución que corre paralela a la del fundamento mismo de la responsabilidad del empresario (de la presunción de culpa *in vigilando* o *in eligendo* a la responsabilidad por riesgo de empresa), tiende a extender el ámbito del concepto de dependencia y a ampliar, correlativamente, la responsabilidad del empresario. Así, de un concepto tradicional de dependencia dotado de un alcance muy limitado, entendido como estricta subordinación jerárquica, laboral, al control y dirección técnica del empresario, se ha pasado a una noción mucho más amplia y flexible, funcional, que pone el acento en el sometimiento a la *autoridad final*, global, del empresario, y en la que lo relevante no es ya que el empresario ejercite realmente sus prerrogativas de dirección y control, sino que disponga de ellas potencialmente<sup>237</sup>. Este nuevo y más amplio concepto de

---

<sup>237</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La Responsabilidad Civil del Empresario...*, op. cit., pp. 295-303. En palabras de este autor, «actualmente el criterio de la subordinación jerárquica o dependencia estrictamente laboral viene siendo reemplazado —en muchos sectores de la moderna actividad empresarial— por el criterio del control empresarial o poder organizativo del empresario sobre la actividad de sus dependientes o auxiliares. En otras palabras, ya no se hace necesaria la existencia de una relación jurídica estable y definida en virtud de la cual el principal ejerce una autoridad efectiva y real sobre los medios o mecanismos técnicos que debe emplear su dependiente —muchas veces no puede ni es conveniente que lo haga— sino que se exige sólo la posibilidad o facultad potencial de intervenir, de alguna forma, en el resultado final de la obra o encargo encomendado. Por ello es cada día más aceptado que existe la subordinación necesaria para que surja una responsabilidad vicaria toda vez que el principal se ha reservado un derecho de control superior sobre la organización general de la prestación contratada con el agente directo del daño o con la empresa de la cual esté dependiente laboralmente. [...] ahora adquiere relevancia jurídica el hecho de si el empresario o principal conserva una autoridad final o global sobre la actividad del agente directo del daño» (op. cit., p. 301); BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario...*, op. cit., pp. 212-219. Según este autor, «lo que hoy se postula es la dependencia jurídica, entendida no ya como la necesaria sujeción a las órdenes técnicas, y menos aún como la subor-

dependencia, más acorde con la realidad de la empresa moderna, permite imputar al empresario las conductas de aquellos de sus trabajadores que, debido a su especialización y alta cualificación (médicos cirujanos o anestelistas, p. ej.), no pueden ser objeto de dirección técnica por parte de aquél<sup>238</sup>.

La relación de dependencia del artículo 1.903.4 CC es interpretada, pues, de un modo cada vez más laxo<sup>239</sup>; en este sentido,

---

dinación económica del trabajador, sino como el aspecto pasivo de los poderes del empresario, “poderes destinados a la organización general de la empresa y a la ordenación de las prestaciones laborales (poder de dirección) y a la represión de las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa (poder disciplinario)”» (*op. cit.*, p. 215; el entrecomillado corresponde a una cita de MONTOYA MELGAR).

<sup>238</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La Responsabilidad Civil del Empresario...*, *op. cit.*, p. 303; BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario...*, *op. cit.*, pp. 213-215.

Cuando por dependencia se entendía la subordinación a la dirección técnica del empresario, no era posible atribuirle la responsabilidad por los daños que ocasionaran aquellos de sus trabajadores que, por su elevada cualificación, no quedaban sometidos en el ejercicio de su actividad a la dirección técnica de aquél; es lo que ocurría, p. ej., con el personal médico: el ejercicio de su profesión no es dirigido técnicamente por el empresario que lo emplea, sino que se rige por los conocimientos adquiridos y por la *lex artis*. Ahora, en cambio, con el nuevo concepto de dependencia, lo importante no es ya que el trabajador ejecute las instrucciones técnicas del empresario, sino que quede sometido a su genérico poder de organización, de modo que también se le imputarán a éste (y responderá de) las conductas de los empleados más cualificados.

<sup>239</sup> La jurisprudencia del TS, en especial la de su Sala Segunda, ha ampliado la noción de dependencia aún más y la ha extendido más allá de lo que permite el lenguaje cuando entiende que existe tal dependencia por el solo hecho de que una persona dé su *autorización* a otra para que realice una determinada actividad.

Ello ha ocurrido, sobre todo, en el supuesto de cesión gratuita de vehículo a motor a un tercero: cuando este tercero, mientras conducía el vehículo, ha causado un daño, se plantea la cuestión de si el titular del vehículo debe responder *ex* artículo 1.903.4 CC o, en su caso, *ex* artículo 22 del anterior Código penal; el TS, ante estos supuestos, ha considerado, en muchas ocasiones, que la mera autorización del titular del vehículo permite entender que existe relación de dependencia entre él y el conductor, y ha condenado, en consecuencia, a dicho titular.

La doctrina se muestra muy crítica con esta tendencia jurisprudencial, ya que entiende que el concepto de dependencia no admite una interpretación tan amplia.

Para una enumeración exhaustiva y un análisis crítico de las SSTs que llevan al extremo el concepto de dependencia puede verse BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario...*, *op. cit.*, pp. 217-219, 232-234, 243-244 y 247-257.

Para este autor, lo que ocurre es que el TS se ve obligado a desvirtuar el alcance de los artículos 1.903.4 CC y 22 del anterior Código penal porque no dispone de la normativa adecuada, que establezca la responsabilidad de quien cede el uso de su

existe consenso doctrinal en que dicha dependencia puede ser constante o intermitente, proceder de un consentimiento tácito entre el empresario y el causante material del daño<sup>240</sup>, y derivar no sólo de un contrato laboral, sino también de otras figuras contractuales e incluso nacer al margen de todo contrato<sup>241</sup>.

Esta tendencia a ampliar la configuración de la relación de dependencia es paralela a la que ha conducido a interpretar el título de imputación de la inserción en la organización administrativa en los tan generosos términos que ya conocemos. En ambos casos se busca facilitar al máximo la constatación de que existe una relación suficiente entre el causante material del daño y el sujeto llamado a responder para así poder imputar a este último la conducta de aquél y, por ende, obligarle a indemnizar a la víctima. Sin embargo, a mi modo de ver, la relación de dependencia y la inserción en la organización administrativa son títulos de imputación de primer nivel cualitativamente distintos.

En efecto, así como el criterio de la inserción en la organización administrativa o, en general, la inserción en la organización empresarial, posee una naturaleza orgánica, no ocurre lo mismo con el de la relación de dependencia, que es de tipo funcional. Como acabamos de ver, la dependencia, tanto en su formulación tradicional como en la más reciente, consiste en la subordinación de la concreta persona física al control y dirección del empresario (control y dirección que ya no es técnico,

---

vehículo a motor; la solución, sin embargo, para BARCELÓ, no pasa por extender ilimitadamente el concepto de dependencia, sino por la correspondiente reforma legislativa, que prevea expresamente este tipo de supuestos.

El nuevo Código penal responde a este deseo e incorpora en su artículo 120.5 la responsabilidad civil subsidiaria de aquellos que autorizan a terceros el uso de vehículos de su titularidad. El precepto, sin embargo, reduce su aplicación a los casos en que el conductor del vehículo cometa un delito o falta.

<sup>240</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La Responsabilidad Civil del Empresario...*, op. cit., p. 303.

<sup>241</sup> BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario...*, op. cit., p. 196. Este autor señala como contratos de los que puede derivar —aunque no necesariamente; dependerá de los concretos términos del contrato— la relación de dependencia a efectos del artículo 1.903.4 CC el de trabajo, el de arrendamiento de obra, el de mandato y el de distribución. Lo esencial, en cualquier caso, para BARCELÓ, es que a través del contrato una de las partes adquiera facultades de impartir órdenes e instrucciones a la otra.

sino global, final). Ello supone que la vinculación de la persona física al empresario se define funcionalmente, y no ya orgánicamente: para averiguar si existe o no dependencia es preciso analizar la concreta actividad de la persona física y los poderes y facultades que sobre esta actividad ostente el empresario; en caso de que dicha actividad esté globalmente sometida al control y dirección del empresario, habrá dependencia, y en caso contrario no. Por contra, el criterio de la inserción en la organización empresarial (en lo que a nosotros nos interesa, inserción en la organización administrativa) prescinde del análisis de la concreta actividad desempeñada por la persona física y de las facultades que sobre dicha actividad correspondan al empresario (en nuestro caso, a la Administración), siendo determinante, en cambio, el dato formal de la pertenencia del agente a la organización.

### 2.1.2. *La inserción en la organización administrativa sanitaria*

Aplicando lo dicho hasta ahora a la Administración sanitaria, sólo le serán imputables en virtud del título de imputación que estamos examinando las conductas realizadas por personas físicas que estén integradas en su organización. Teniendo en cuenta el sentido tan amplio concedido a esta expresión, bastará con que la persona cuya conducta pretenda ser imputada a la Administración sanitaria esté a su servicio; que ocupe, en virtud de cualquier título (funcionario o no), un puesto que comporte un ejercicio real de funciones públicas, que en este caso consistirán en la realización de actividades de algún modo vinculadas a la prestación de asistencia sanitaria pública. En este sentido, no sólo se imputa a la Administración sanitaria la actividad de su personal sanitario, es decir, la actividad que estrictamente cabe considerar de asistencia sanitaria, sino también toda aquella actividad que de una forma instrumental resulta necesaria para la prestación de dicha asistencia sanitaria (p. ej., el mantenimiento de los ascensores de un hospital público).

Un análisis más detallado del título de imputación que estamos examinando, en su aplicación a la Administración sanitaria, exige estudiar, aunque sea someramente, los dos elementos que

lo integran. El primero de ellos es la denominada «Administración sanitaria». El segundo es el personal a su servicio<sup>242</sup>.

Al concepto de Administración sanitaria se ha dedicado el capítulo segundo. A lo dicho allí me remito, recordando sólo que las principales Administraciones sanitarias son el INSALUD, los Servicios Autonómicos de Salud y los entes de Derecho público (sometidos al Derecho público o privado) que uno y otros puedan constituir para la gestión de la sanidad pública. Únicamente el personal al servicio de dichas Administraciones sanitarias tendrá la consideración de persona física inserta en la organización administrativa sanitaria.

En cuanto a la segunda perspectiva, no es este, creo yo, el lugar adecuado para examinar con detenimiento la prolija regulación del personal de la sanidad pública y la problemática que suscita<sup>243</sup>. Debe señalarse, no obstante, que el personal al servicio de la sanidad pública está vinculado a la Administración sanitaria a través de tres grandes tipos de relaciones jurídicas: la funcionarial (en sentido estricto), la estatutaria y la laboral. El personal que goza de la plena condición funcionarial se rige por la LMRFP, y por la normativa que la desarrolla a nivel estatal y autonómico (art. 85 LGS). El personal laboral, por su parte, se rige por el Estatuto de los Trabajadores y el resto de normas del Derecho laboral. La peculiaridad de la sanidad pública la constituye, sin duda, la existencia de un tercer tipo de relación entre trabajador y Administra-

---

<sup>242</sup> Efectivamente, el título de imputación que estamos contemplando puede —y debe— ser contemplado desde dos perspectivas distintas. La primera es la que se centra en la Administración pública —sanitaria— que constituye la organización administrativa dentro de la cual se inserta la concreta persona física: una persona física sólo estará integrada en la organización administrativa —sanitaria— cuando esté integrada en una Administración pública —sanitaria—. La segunda focaliza su atención en la concreta persona física cuya actividad se pretende atribuir a aquella Administración sanitaria.

<sup>243</sup> Ni la doctrina ni la jurisprudencia se muestran unánimes acerca de la naturaleza jurídica del llamado «personal estatutario», el régimen supletorio que le es aplicable y la jurisdicción competente para enjuiciar las cuestiones que se susciten en relación con dicho personal. Puede verse, en este sentido, GARCÍA PIQUERAS, Manuel, «Consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la relación estatutaria del personal de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social», en *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 39, 1996, pp. 71-94, y la bibliografía allí citada; y CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, op. cit., pp. 386-393.

ción, y que se conoce como «estatutaria». El personal estatutario al servicio de la Administración sanitaria se rige por tres «Estatutos» distintos (de ahí su nombre), que han sido objeto de sucesivas modificaciones parciales<sup>244</sup>: el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, aprobado por el Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre; el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica, aprobado por Orden de 26 de abril de 1973 (también conocido como «Estatuto de personal sanitario no facultativo de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social»); y el Estatuto de Personal no Sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden de 5 de julio de 1971.

Los tres Estatutos regulan, respectivamente, como su nombre indica, la relación de servicio que une al personal sanitario facultativo, al sanitario no facultativo y al no sanitario a la Administración sanitaria.

Los artículos 1-2 del primero de los Estatutos citados incluyen dentro de su ámbito de aplicación al personal médico de la Seguridad Social, que es el que se encarga de la medicina general, la medicina de urgencia y de las distintas especialidades médicas y quirúrgicas; en sus artículos 20 a 24, dicho Estatuto, al tiempo que enumera sus funciones, efectúa una clasificación de los distintos médicos al servicio de la sanidad pública: Médico general (art. 20), Pediatra-Puericultor (artículo 21), Médico del Servicio de Urgencia (artículo 22), Médico Especialista<sup>245</sup> (artículo 23) y Médico ayudante (artículo 24).

---

<sup>244</sup> Estos tres Estatutos, junto con la LMRFP, constituyen la normativa básica en materia de personal al servicio de las distintas Administraciones sanitarias (como se sabe, las bases en esta materia corresponden al Estado, en virtud de los apartados 16 y 18 del artículo 149.1 CE) y son, por tanto, de aplicación en todo el territorio nacional, mientras no se apruebe el Estatuto-Marco previsto por el artículo 84.1 LGS y que debe regular globalmente a todo el personal del Sistema Nacional de Salud.

En 1987 se elaboró un Anteproyecto de Estatuto-Marco que fue publicado por el INSALUD; sin embargo, no prosperó. Es importante recordar que este Estatuto-Marco deberá ser aprobado por Ley del Parlamento central, y no ya por Reglamento, pues así lo ha impuesto la STC 99/1987, de 11 de junio, en contra del citado artículo 84.1 LGS, que habilita expresamente al Gobierno central para ello.

<sup>245</sup> Son muchas las distintas especialidades médicas existentes. Una completa relación de las distintas especialidades médicas está recogida en el Anexo del RD 127/1984, de 11 de enero, regulador de la obtención de títulos de especialidades.



El segundo de los citados Estatutos contempla, en su artículo 2 (en la redacción dada por la Orden de 11 de diciembre de 1984), la relación del personal sanitario no facultativo al servicio de la Administración sanitaria: Diplomados en Enfermería, Enfermeras, Ayudantes Técnicos Sanitarios, Practicantes-Ayudantes Técnicos Sanitarios, Matronas, Fisioterapeutas, Terapeutas ocupacionales, Técnicos Especialistas y Auxiliares de Clínica.

Por último, el tercero de los mencionados Estatutos, en su artículo 5, clasifica en cuatro grupos al personal no sanitario al servicio de la Administración sanitaria: Personal técnico, de Servicios Especiales, de Oficio y Subalterno<sup>246</sup>.

A continuación lo transcribo porque nos dará una idea precisa de los distintos médicos especialistas que actúan al servicio de la Administración sanitaria, y que realizan conductas imputables a ésta: «Apartado 1.º Especialidades que requieren básicamente formación hospitalaria: Alergología, Análisis Clínicos, Anatomía Patológica, Anestesiología y Reanimación, Angiología y Cirugía Vasculard, Aparato Digestivo, Bioquímica Clínica, Cardiología, Cirugía Cardiovascular, Cirugía General y del Aparato Digestivo, Cirugía Maxilofacial, Cirugía Pediátrica, Cirugía Torácica, Cirugía Plástica y Reparadora, Dermatología Médico-Quirúrgica y Venereología, Endocrinología y Nutrición, Farmacología Clínica, Geriátria, Hematología y Hemoterapia, Inmunología, Medicina Intensiva, Medicina Interna, Medicina Nuclear, Microbiología y Parasitología, Nefrología, Neumología, Neurocirugía, Neurofisiología Clínica, Neurología, Obstetricia y Ginecología, Oftalmología, Oncología Médica, Oncología Radioterápica, Otorrinolaringología, Pediatría y sus áreas específicas, Psiquiatría, Radiodiagnóstico, Rehabilitación, Reumatología, Traumatología y Cirugía Ortopédica, Urología.

Apartado 2.º Especialidades que no requieren básicamente formación hospitalaria: Medicina Familiar y Comunitaria, Medicina Preventiva y Salud Pública.

Apartado 3.º Especialidades que no requieren formación hospitalaria: Estomatología, Hidrología, Medicina Espacial, Medicina de la Educación Física y el Deporte, Medicina Legal y Forense, Medicina del Trabajo».

<sup>246</sup> En el artículo 2 el Estatuto excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los «profesionales libres que presten su colaboración y servicios a las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social» (quienes se regirán por el contrato celebrado y por las disposiciones reguladoras de su respectiva profesión) y al «personal contratado al servicio de las Instituciones Sanitarias y retribuido con cargo a los planes económicos de las mismas» (quienes se regirán por el contrato que se haya formalizado).

A su vez, los artículos 6 a 14 de dicho Estatuto especifican, aunque sin ánimo exhaustivo (y con un cierto anacronismo, por cierto), las distintas modalidades de personal no sanitario al servicio de la Administración sanitaria: ingenieros técnicos industriales, maestros industriales (artículo 11), gobernantas, telefonistas, auxiliares de asistencia (artículo 12), mecánicos, electricistas, calefactores, fontaneros, albañiles, carpinteros, jardineros, pintores, conductores, peluqueros, cocineros y cocineras, costureras (artículo 13), jefes de personal subalterno, celadores, fogoneros, planchadoras, lavanderas, pinches y limpiadoras (artículo 14).

Todo este personal<sup>247</sup> (funcionario, estatutario y laboral) está integrado en la organización administrativa sanitaria, ya que se encuentra al servicio de la Administración sanitaria. Por ello, las conductas que realiza le son imputables a ésta. Siempre y cuando, naturalmente, se trate de conductas realizadas en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, en el marco del servicio. A analizar este segundo título de imputación vamos.

## 2.2. LA ACTUACIÓN EN EJERCICIO O CON OCASIÓN DE LAS FUNCIONES

La verificación de la concurrencia del primero de los títulos de imputación, la inserción de la concreta persona física en la organización administrativa, no es suficiente para que pueda atribuirse a la Administración la conducta examinada. En efecto, a la Administración pública no se le pueden imputar (y, por tanto, no responderá de) todas las conductas realizadas por las personas físicas que forman parte de su organización, sino únicamente aquellas que la persona física haya llevado a cabo en el ejercicio o con ocasión de sus funciones. Es preciso que entre la *función* asignada al agente y la *conducta* lesiva por él realizada exista una determinada relación. Este segundo requisito, segundo título de imputación, posee una naturaleza cualitativamente distinta del anterior. No se refiere a la relación orgánica que vincula a la persona física con la Administración, sino que se centra en la naturaleza de la conducta desarrollada por aquélla.

Como hemos visto con anterioridad, este segundo presupuesto de la imputación de primer nivel no se encuentra expresamente recogido en la LRJPAC, a diferencia de lo que sucede con el de la integración en la organización administrativa. Sin

---

<sup>247</sup> Aunque no sólo él: como se ha dicho más arriba, también formarán parte de la organización administrativa (sanitaria) aquellas personas que sólo ocasionalmente actúen al servicio de la Administración. Así, p. ej., el médico del sector privado que ayuda voluntariamente al personal de un hospital público a atender a las víctimas de un gravísimo accidente ferroviario que ha desbordado la capacidad de dicho hospital.

embargo, sí lo está en los artículos 121 CP<sup>248</sup> y 48 CPM, como antes lo estaba en el artículo 22 del derogado Código penal, y —aunque no resulte directamente aplicable a la Administración— también está contenido en el artículo 1.903.4 CC.

Sabemos, por otro lado, que la doctrina y jurisprudencia administrativistas de nuestro y de otros países<sup>249</sup> reconocen también la necesidad de este requisito. Como dijo ya en su momento GARCÍA DE ENTERRÍA, «es evidente que [la extensión de la responsabilidad de la Administración] no puede ser indefinida, de forma que alcance a cubrir los daños derivados de actos puramente personales del funcionario»<sup>250</sup>.

No cabe imputar a la Administración, por tanto, las conductas de las personas físicas a su servicio que puedan ser consideradas actos puramente personales, privados, de las mismas: no se pueden atribuir a la Administración, p. ej., las lesiones que un médico del INSALUD pueda causar a su esposa por razones personales, ya que en ningún caso puede entenderse que se trata de una conducta manifestación del funcionamiento de los servicios públicos, de la actividad administrativa.

Pero, ¿qué concreto contenido y alcance debe recibir este título de imputación?, ¿dónde trazar la línea divisoria entre la

---

<sup>248</sup> Debe advertirse ya de antemano que el artículo 121 del vigente Código penal no ha sido todavía —en el momento en que ha sido redactado el presente trabajo— objeto de aplicación jurisprudencial, ya que los litigios de que ha conocido el TS en esta materia con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código penal parten de hechos acontecidos con anterioridad al mismo y deben, por tanto, ser resueltos con base en el artículo 22 del viejo Código penal. Ello es así porque, como viene sosteniendo invariablemente la Sala Segunda del TS (en, p. ej., las SSTs de 24 y 28 de octubre de 1997 —Ar. 7290 y 8111, respectivamente—), el artículo 121 Código penal no tiene aplicación retroactiva.

<sup>249</sup> Como ya he señalado con anterioridad, en Francia, la problemática relativa al título de imputación que nos ocupa es, en el fondo, a mi modo de ver, la que trata de ser resuelta a través de la categoría de la *faute personnelle*. A ella se dedicará el epígrafe 2.2.1 del presente capítulo.

Por lo que respecta a Italia, sabemos que su Corte de Casación se vale del criterio de la ocasionalidad necesaria a la hora de delimitar el alcance del título de imputación que estamos estudiando, de forma semejante —como veremos— al TS español.

<sup>250</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, op. cit., p. 218. Téngase en cuenta la doctrina citada *supra*, en la nota núm. 216.

actividad que puede considerarse realizada en ejercicio o con ocasión de las funciones y la que no?, ¿cabe imputar a la Administración sanitaria, p. ej., las agresiones sexuales que los médicos de la sanidad pública puedan cometer sobre sus pacientes al prestarles asistencia sanitaria; y la incorrecta aplicación de anestesia general por un médico interno residente no autorizado para efectuar este tipo de actuaciones sanitarias?<sup>251</sup> Es ésta sin duda una cuestión sumamente delicada y compleja, de gran trascendencia, ligada al fundamento que deba tener la responsabilidad administrativa, y que parece poco proclive a ser definida de forma apriorística, debiendo jugar aquí la jurisprudencia un papel determinante<sup>252</sup>.

Quizá por ello, la doctrina administrativista de nuestro país ha profundizado poco en el estudio de este importante presupuesto de la responsabilidad administrativa, y se ha limitado, la mayoría de las veces, a formularlo genéricamente y remitir, para su concreción, a la jurisprudencia y al Consejo de Estado<sup>253</sup>. No obstante, esta misma doctrina, al delimitar *negativamente* el título de imputación que nos ocupa<sup>254</sup>, ofrece alguna pista sobre la extensión que el

<sup>251</sup> Se trata de dos ejemplos extraídos de la realidad, y sobre los que el TS se ha posicionado en pronunciamientos que analizaremos más adelante.

<sup>252</sup> Es por ello que en el presente epígrafe se llevará a cabo un examen de la jurisprudencia más exhaustivo que en el resto del trabajo.

<sup>253</sup> Los distintos autores emplean formulaciones diversas pero dotadas de un significado similar. GARCÍA DE ENTERRÍA exigió, ya en 1956, que la acción del funcionario «se haya manifestado en el desempeño o ejercicio del cargo» (*Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, op. cit.*, p. 219); más recientemente, en un sentido idéntico, el mismo autor, junto a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, exige que «la conducta del agente se manifest[er] en el desempeño o ejercicio del cargo que éste ostenta en la organización administrativa» (*Curso...*, II, *op. cit.*, p. 389); MARTÍN REBOLLO, que el funcionario obre «en el ejercicio de su cargo» («La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 48); PAREJO, JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA, que el personal «actúe desempeñando las funciones o tareas que en la misma [la organización administrativa] tenga encomendadas» (*Manual...*, vol. I, *op. cit.*, p. 548).

<sup>254</sup> Obsérvese, tras cotejar las formulaciones negativas que a continuación se transcriben con las positivas recogidas en la nota anterior, que unas y otras no son equivalentes sino asimétricas, teniendo las negativas un alcance distinto de las positivas. Las formulaciones negativas elegidas, al incorporar los adverbios «absolutamente» y «claramente», introducen un matiz importante a la formulación positiva que les sirve de base, ampliando la responsabilidad de la Administración e impidiendo que ésta pueda exonerarse alegando que el agente ha actuado sólo parcialmente en el ejercicio de sus funciones.

mismo debe recibir. Así, para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ queda excluida la responsabilidad de la Administración cuando «la actividad dañosa [sea] realizada por el funcionario o agente *absolutamente al margen de las funciones del cargo*»<sup>255</sup>; para PAREJO, JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA, por su parte, «sólo si el agente opera *claramente al margen de sus funciones* queda [la] imputación excluida»<sup>256</sup>. Los adverbios subrayados ponen de manifiesto que la doctrina administrativista española interpreta de forma muy amplia el citado requisito.

En cuanto a la jurisprudencia contencioso-administrativa, a pesar del destacado papel que le corresponde en la delimitación del concepto en estudio, lo cierto es que se ha ocupado de él en muy pocas ocasiones. Y cuando lo ha hecho, se ha mostrado, al igual que la doctrina, muy generosa en la determinación de cuándo una conducta ha sido realizada en el ejercicio o con ocasión de las funciones atribuidas. Paradigmática en esta materia resulta la STS de 20 de mayo de 1986 (Ar. 3264), en la que el TS excluye la responsabilidad de la Administración porque el concreto agente causante del daño actuó «*sin relación alguna con el ejercicio de su función*»<sup>257</sup>.

Para evitar esta asimetría, y confeccionar una formulación positiva del mismo alcance que las negativas que a continuación se verán (con las que, lo adelanto ya, estoy plenamente de acuerdo), propondré adoptar la definición civilista del título de imputación que estamos examinando: que la persona física actúe en el ejercicio o con ocasión de sus funciones.

<sup>255</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 390. (La cursiva es mía).

<sup>256</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual...*, vol. I, *op. cit.*, p. 548. (La cursiva es mía).

<sup>257</sup> FJ 1.º (La cursiva es mía). El mismo tenor tiene la STS contencioso-administrativa de 15 de mayo de 1990 (Ar. 3817), que cita literalmente el pasaje transcrito de la de 20 de mayo de 1986.

En ambas SSTS se trataba de daños causados por agentes de la autoridad en un bar y una discoteca (respectivamente), con armas de fuego. Ambas SSTS se inscriben, pues, en el concreto tema de la responsabilidad administrativa por actos de las fuerzas y cuerpos de seguridad, que plantea toda una problemática propia relacionada con el título de imputación de primer nivel que nos ocupa y sobre el que a continuación se efectuarán algunas consideraciones. Téngase en cuenta, pues, lo que ahora se dirá.

Nótese ya, sin embargo, que en las dos SSTS acabadas de citar, el TS no dice que a la Administración *únicamente* dejarán de imputársele las conductas realizadas por agentes a su servicio que no tengan «relación alguna con el ejercicio de su fun-

Existe, sin embargo, un concreto sector de la responsabilidad de la Administración que ha propiciado que la doctrina y jurisprudencia administrativistas de nuestro país hayan analizado con mayor detenimiento el título de imputación que estamos viendo: la responsabilidad de la Administración por los daños causados por las fuerzas y cuerpos de seguridad, especialmente en uso de las armas de fuego reglamentarias. Le dedicaremos, a continuación, un epígrafe específico. Después centraremos nuestro estudio en la imputabilidad a la Administración sanitaria.

Pero antes parece oportuno recordar los rasgos esenciales de la importante categoría francesa de la *faute personnelle*, puesto que persigue, como ya sabemos, ofrecer una respuesta a la problemática que aquí estamos abordando.

### 2.2.1. *La perspectiva francesa: la faute personnelle*

Es sabido que el Derecho francés de la responsabilidad administrativa se articula fundamentalmente, y desde sus orígenes, sobre la distinción entre culpa —o falta— personal (*faute personnelle*) y culpa —o falta— de servicio (*faute de service*). Esta distinción<sup>258</sup> permite, ante todo, conocer cuándo responderá el funcionario y cuándo la Administración (o ambos) por los daños que hayan sido causados a la víctima<sup>259</sup>.

---

ción», sino, simplemente, que dichas conductas no le serán imputadas, sin que ello excluya que otras conductas, aun relacionadas de alguna forma con el ejercicio de la función, tampoco le sean atribuidas.

La Sala Tercera del TS no ha podido, sin embargo, posicionarse ante supuestos límite, en los que el agente actúa sólo parcialmente en el ejercicio de su función y no ya sin relación alguna con ella. Esta falta de sentencias contencioso-administrativas en los casos más problemáticos impide considerar que las ya recaídas (entre las que ocupan un puesto destacado las citadas) configuren un cuerpo jurisprudencial coherente y acabado.

<sup>258</sup> Que tiene su origen en el célebre *arrêt Pelletier* del Tribunal de Conflictos francés de 30 de julio de 1873.

<sup>259</sup> Aunque también cumple otras dos funciones colaterales de gran relevancia: determina en qué supuestos será competente el juez ordinario y en cuáles lo será el administrativo, y cuándo será de aplicación el régimen específico de responsabilidad de Derecho administrativo y cuándo las normas de Derecho privado contenidas esencialmente en los artículos 1.382 y ss. del Código civil francés [MOREAU, Jacques, «L'esperienza della Francia», en SORACE, Domenico (Coord.), *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 86, 95].

En la base de la distinción se encuentra el principio, presente en todos los modernos sistemas de responsabilidad administrativa, de que la Administración no está obligada a responder de todos los daños que los agentes y funcionarios a su servicio causen a los particulares. Concretamente, en Francia, se entiende que la Administración sólo responderá ante la víctima cuando se esté en presencia de una *faute de service*. Cuando ésta no exista, y sólo concorra una *faute personnelle*, el daño —y la conducta que se encuentra en su origen— será atribuido exclusivamente a la concreta persona física (funcionario o agente de la Administración) que lo haya causado.

¿Cuándo hay una u otra?, ¿cuál es el criterio diferenciador? CHAPUS considera que una y otra se distinguen por su inherencia o no al ejercicio de las funciones administrativas. Así, serán *fautes de service* aquellas faltas no separables (*détachables*) del ejercicio de las funciones, siendo faltas personales las que sí lo sean<sup>260</sup>. Tanto este autor como MOREAU creen que una distinción más precisa entre unas y otras debe derivar del concepto de falta personal. La cuestión consiste, pues, en definir lo que deba entenderse por falta personal. Y aquí surgen los problemas, ya que existen diversos tipos de *fautes personnelles*.

MOREAU opina que la definición más acertada de falta personal es la que suministró a finales del siglo pasado LAFERRIÈRE, cuando afirmó que se trata de aquella que revela al «hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias», y no ya al «administrador... más o menos sujeto a error»<sup>261</sup>. Para MOREAU no es posible mejorar esta definición, ya que la falta personal

---

<sup>260</sup> CHAPUS, René, *Droit Administratif Général, Tome 1*, 10.<sup>a</sup> ed., Paris, Montchrestien, 1996, p. 1260. Ello confirma lo que aquí sostengo: que la noción de *faute personnelle* concreta el título de imputación de primer nivel de la actuación en ejercicio del cargo.

<sup>261</sup> MOREAU, Jacques, «L'esperienza...», *op. cit.*, p. 91. El texto entrecomillado corresponde a LAFERRIÈRE. También CHAPUS cree que nada mejor que citar a LAFERRIÈRE (CHAPUS, René, *Droit Administratif Général, Tome 1, op. cit.*, p. 1.260). MORAND-DEVILLER considera que no es posible ofrecer una definición precisa de la falta personal, y que la de LAFERRIÈRE es demasiado general y subjetiva (MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de Droit Administratif*, 4.<sup>a</sup> ed., Paris, Montchrestien, 1995, p. 687).

posee un contenido heterogéneo. Sólo cree posible, este autor, confeccionar un catálogo de los distintos grupos de casos incluidos por la jurisprudencia en dicha categoría. Y a este respecto cabe distinguir tres grupos de casos <sup>262</sup>: *a*) actos del agente público que están *materialmente* separados de las funciones desarrolladas. Se incluyen aquí los comportamientos dañosos que pertenecen a la vida privada del funcionario o agente, que no tienen ninguna relación con la circunstancia de que su autor sea un agente público. En este primer grupo de casos es irrelevante la calidad de funcionario de su autor, ya que el comportamiento dañoso hubiera tenido el mismo contenido y alcance de haber carecido aquél de dicha calidad. Se trata, p. ej., de delitos pasionales; *b*) actos del funcionario público separados *psicológicamente* del ejercicio de las funciones. Aquí, a diferencia del grupo de casos anterior, el evento es causado por el funcionario durante el horario de servicio, e incluso, eventualmente, en las dependencias del servicio. Lo que ahora determina la separabilidad de la falta es, en cambio, la intención del sujeto causante del daño: venganza, maldad, ánimo de dañar, o bien satisfacer intereses personales propios o ajenos (de algún ciudadano singular); *c*) culpas profesionales caracterizadas. Se trata de los casos en que el comportamiento del funcionario, en el ejercicio de sus propias competencias, está lejos de la diligencia media. Resulta clara la inclusión en esta categoría de los delitos dolosos, pero no tanto la de los supuestos en que existe culpa grave del agente.

Para CHAPUS <sup>263</sup>, por su parte, quien también realiza una enumeración casuística a la luz de la jurisprudencia, existen tres tipos de faltas personales, teniendo todas ellas en común su separabilidad del ejercicio de las funciones administrativas. El primero de ellos agrupa todas aquellas faltas cometidas en el *ejercicio mismo* de las funciones, pero que pueden separarse intelectualmente de dicho ejercicio debido a su *particular gravedad*. Esta gravedad es precisamente la que revela la existen-

<sup>262</sup> La siguiente clasificación proviene de MOREAU, Jacques, «L'esperienza...», *op. cit.*, pp. 91-93.

<sup>263</sup> Lo que sigue ha sido extraído de CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, Tome 1, *op. cit.*, pp. 1261-1266.



cia de un comportamiento personalizado de un hombre. Dentro de este primer grupo cabe incluir tres supuestos distintos: la falta motivada por preocupaciones de orden privado del agente, durante su servicio (es el caso de que exista maldad, o voluntad de dañar, o que el agente persiga de forma excesiva sus intereses privados); la falta debida a excesos de comportamiento del agente (exceso en la consumición de bebidas alcohólicas, exceso de lenguaje —calumnias, injurias, expresiones obscenas—, violencia física); y la falta que, ni motivada por preocupaciones de orden privado del agente, y en la que tampoco ha habido un exceso de comportamiento de dicho agente, debe reputarse personal debido a su indiscutible gravedad.

El segundo tipo de falta personal, según CHAPUS, está representado por las faltas que, no estando desprovistas de todo vínculo con las funciones ejercidas, son materialmente separables de ellas y por ello se considera que son cometidas fuera del ejercicio de las mismas. Según la jurisprudencia, existen dos clases de falta dentro de este segundo tipo de falta personal. La primera es la cometida *con ocasión* del cumplimiento del servicio (el ejemplo típico, resuelto en muchos *arrêts*, es el del chófer militar que utiliza el vehículo que el ejército le ha confiado para el ejercicio de sus funciones y que aquél destina a finalidades personales. Si causa un daño, éste será considerado fruto de una falta personal). La segunda variante, menos común, es la cometida *fuera* del servicio (y no ya con ocasión del mismo), pero *gracias a los medios* que el servicio ha puesto a disposición del agente (un ejemplo resuelto por el *Conseil d'État* es el de un policía que manipula en su casa el arma reglamentaria que el servicio le ha suministrado y mata accidentalmente a otro policía que estaba con él). Todas estas faltas integrantes del segundo tipo de falta personal tienen esta naturaleza más por las circunstancias en que han sido cometidas que por sí mismas; de haber sido cometidas dentro del ejercicio de las funciones, hubieran sido consideradas (salvo alguna excepción) faltas de servicio.

El tercer y último tipo de falta personal, según el autor citado, es la que está *desprovista de todo vínculo* con el servicio. Se trata de la falta puramente personal, y es la más fácil de diag-

notificar. Un ejemplo podría ser el del policía que utiliza su arma por un motivo pasional<sup>264</sup>.

Ante la duda, debe primar la calificación de falta de servicio sobre la de falta personal, ya que, como afirma MORAND-DEVILLER, aquélla es la regla y ésta la excepción, como demuestra la propia jurisprudencia, que sólo esporádicamente califica algún supuesto como constitutivo de falta personal<sup>265</sup>. En este sentido, se aprecia en la jurisprudencia una tendencia a ampliar al máximo posible el concepto de falta de servicio, en una clara voluntad de favorecer a las víctimas, que encontrarán en dicho caso a un deudor solvente<sup>266</sup>.

¿La calificación de un supuesto concreto como constitutivo de una falta personal impide, excluye calificarlo al mismo tiempo como constitutivo de una falta de servicio? El Tribunal de Conflictos, en el *arrêt Pelletier* de 1873 pareció negar tal posibilidad, estableciendo el principio de la antinomia de las calificaciones: o existía *faute personnelle* o *faute de service*. El *Conseil d'État*, sin embargo, en el *arrêt Anguet* de 3 de febrero de 1911, provocó una primera fisura en dicho principio al admitir la posibilidad de que un mismo resultado lesivo pudiera ser consecuencia de una falta personal y de una falta de servicio (supuestos de cúmulo de faltas)<sup>267</sup>. En el *arrêt Lemonnier* de 26 de julio de 1918, el *Conseil d'État* dio un paso más y admitió, incluso, que una misma

<sup>264</sup> Una tercera reconstrucción de la jurisprudencia hasta el momento vertida sobre el concepto y las clases de la *faute personnelle* puede encontrarse en MORAND-DEVILLER, quien suministra una útil tabla en la que se recogen los *arrêts* más importantes en la materia. MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, pp. 687-688.

<sup>265</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, pp. 686-687. A favor de optar por la calificación de *faute de service* ante los casos límites se encuentra también CHAPUS (CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, *Tome 1*, *op. cit.*, p. 1260).

A continuación veremos que esta jurisprudencia francesa, pese a decantarse sólo excepcionalmente por la calificación de *faute personnelle*, confiere a dicha categoría un alcance demasiado amplio, considerando con demasiada facilidad que el agente administrativo ha actuado al margen de sus funciones y excluyendo la responsabilidad administrativa.

<sup>266</sup> MOREAU, Jacques, «L'esperienza...», *op. cit.*, p. 88; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, pp. 686.

<sup>267</sup> MOREAU, Jacques, «L'esperienza...», *op. cit.*, pp. 86-87. Un ejemplo significativo, suministrado por MOREAU (*op. cit.*, p. 89), es el del accidente ocasionado

conducta pudiera ser reputada, al mismo tiempo, falta personal y de servicio (cúmulo de calificaciones) <sup>268</sup>. En ambos casos (cúmulo de faltas y cúmulo de calificaciones) se deriva una importante consecuencia procesal para la víctima: dispondrá de la opción de dirigirse o contra el agente que ha incurrido en falta personal (ante la jurisdicción ordinaria) o contra la Administración que ha propiciado la falta de servicio (ante la jurisdicción administrativa), pudiendo reclamar en uno u otro caso la totalidad de la indemnización correspondiente a los perjuicios sufridos <sup>269</sup>.

Pese a su indudable interés, no parece que la jurisprudencia francesa en materia de *faute personnelle* (que he expuesto en la sistematización realizada por MOREAU y CHAPUS) sea enteramente trasladable al Derecho administrativo español de la responsabilidad extracontractual.

---

por un agente administrativo que, ebrio, conduce un vehículo militar que tiene los frenos en mal estado.

<sup>268</sup> La jurisprudencia ha admitido este cúmulo de calificaciones en aquellos supuestos en que, pese a existir una falta personal del agente, la misma —en reiterada expresión judicial— «no se encuentra desprovista de toda relación con el servicio»; de las tres grandes clases de faltas personales enunciadas por MOREAU, ello sólo podrá ocurrir (dependiendo de las circunstancias del caso) en relación con las dos últimas —actos separados psicológicamente del ejercicio de las funciones y culpas profesionales caracterizadas— (MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, 3.ª ed., París, PUF, 1996, p. 57).

Este mismo autor señala que la expresión «cúmulo de responsabilidades», frecuentemente usada para designar esta jurisprudencia sentada en el *arrêt Lemonnier*, es ambigua, porque la víctima, en su virtud, no va a ser indemnizada dos veces por el perjuicio sufrido; por ello, prefiere calificarla de «cúmulo de calificaciones» (MOREAU, Jacques, «L'esperienza...», *op. cit.*, p. 87).

<sup>269</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, p. 699; MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 54. Lo más frecuente, en estos casos, ante la mayor solvencia de la Administración, es que la víctima se dirija contra ella.

Cuando haya cúmulo de *culpas* y o bien la Administración, o bien el agente a su servicio, haya tenido que satisfacer a la víctima el total de la indemnización, podrá dirigirse contra el otro sujeto responsable (el agente o la Administración, respectivamente) para recuperar la parte de indemnización que no le correspondía soportar. En los supuestos de cúmulo de *culpas*, el importe de la indemnización es, pues, repartido entre el agente y la Administración, ya que ambos han concurrido en la producción del resultado lesivo. En el caso de cúmulo de *calificaciones*, en cambio, la Administración que haya tenido que indemnizar a la víctima podrá recuperar del agente la totalidad de lo satisfecho —y no ya sólo una parte— (MOREAU, Jacques, «L'esperienza...», *op. cit.*, pp. 96-97).

Y no lo es porque, por un lado, como hemos visto, lleva a exonerar de responsabilidad a la Administración en el caso de que el agente administrativo cometa un *delito* en el ejercicio de sus funciones (en general, cuando su conducta sea de particular gravedad); y, como es sabido, la normativa española (concretamente, los artículos 121 CP, 48 CPM y 145 LRJPAC) establece que la Administración responderá incluso en caso de delito cometido por sus funcionarios o agentes (siempre y cuando dicho delito sea cometido en ejercicio o con ocasión de sus funciones; y sin perjuicio, obviamente, de la acción de regreso que pueda corresponder a la Administración contra el funcionario o agente). Más adelante veremos por qué esta imputación a la Administración de las conductas delictivas desarrolladas por sus agentes en ejercicio o con ocasión de sus funciones está plenamente justificada.

La construcción francesa no es enteramente trasladable a nuestro ordenamiento, en segundo lugar, porque, como también hemos visto, tiende a excluir la imputación a la Administración de aquellas conductas realizadas por sus agentes no ya en estricto ejercicio de sus funciones, sino *con ocasión* de las mismas. Y nuestro legislador y jurisprudencia, como luego tendremos ocasión de comprobar, se han decantado —acertadamente, en mi opinión— por la posición contraria.

Sucede, en definitiva, que la jurisprudencia francesa restringe demasiado el abanico de conductas imputables a la Administración; incluye, en este sentido, demasiados supuestos dentro de la categoría de *faute personnelle détachable*.

Pasemos ahora a analizar con mayor detalle el alcance que la doctrina y jurisprudencia de nuestro país conceden al título de imputación que nos ocupa.

### 2.2.2. *Excurso: la actuación en ejercicio o con ocasión de las funciones de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad*

Como ya he dicho antes, ha sido al ocuparse de la responsabilidad de la Administración por los daños causados por las fuerzas y cuerpos de seguridad cuando la doctrina y jurisprudencia

administrativista española ha estudiado con mayor detenimiento el título de imputación que nos ocupa<sup>270, 271</sup>.

A mi modo de ver, dos son, básicamente, las razones que explican la mayor atención que los administrativistas han dedicado a este concreto supuesto de responsabilidad. En primer lugar, el hecho de que la normativa reguladora de las fuerzas y cuerpos de seguridad venga estableciendo que sus miembros se encuentran «en servicio permanente» o en «total dedicación»<sup>272</sup>. En segundo lugar, que dichos funcionarios provoquen daños utilizando sus armas reglamentarias, instrumentos altamente peligrosos suministrados por la propia organización administrativa.

Que los agentes del orden público se hallen en servicio permanente o en total dedicación puede llevar a pensar, en una interpretación precipitada, que nunca podrán cometer actos

---

<sup>270</sup> Pueden verse, en esta materia, BARCELONA LLOP, Javier, «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales», en *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, enero-junio de 1994, pp. 333-390; NAVARRO MUNUERA, Andrés, «La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público», en *REDA*, núm. 60, octubre-diciembre de 1988, pp. 603-610; SOTO NIETO, Francisco, «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en AA.VV., *Gobierno y Administración...*, II, *op. cit.*, pp. 1805-1837. Un resumen de esta problemática se encuentra en MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 53-55.

<sup>271</sup> Debe señalarse que, sin embargo, tampoco aquí es muy abundante la jurisprudencia contencioso-administrativa recaída. En esta materia (como, en general, en toda la relativa al título de imputación que estamos viendo) ha sido la Sala de lo Penal del TS la que en mayor número de ocasiones se ha pronunciado.

En efecto, como en la mayoría de los supuestos en que un agente de la autoridad causa daños a un particular en uso de un arma de fuego se plantea, ante todo, la responsabilidad penal del funcionario, corresponde al mismo orden penal la fijación de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de delito, al amparo del artículo 22 del derogado Código penal y, actualmente, del artículo 121 del vigente.

<sup>272</sup> La derogada Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía, disponía, en su artículo 4.4, que «los Cuerpos de Seguridad del Estado se consideran en servicio permanente». Por su parte, la vigente Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que deroga a la anterior, establece, en su artículo 5.4, que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad «Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana».

extraños al ejercicio de sus funciones y que, por tanto, todas las conductas que realicen serán imputadas a la Administración de la que formen parte. Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia lo han entendido así, siendo perfectamente posible que un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad realice actos ajenos a sus funciones, actos puramente privados, que no serán atribuidos a la Administración<sup>273, 274</sup>. En efecto, la normativa citada

---

<sup>273</sup> BARCELONA LLOP, Javier, «Responsabilidad...», *op. cit.*, p. 367; SOTO NIETO, Francisco, «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado...», *op. cit.*, p. 1824; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 54; implícitamente, también, NAVARRO MUNUERA, Andrés, «La ampliación...», *op. cit.* (en todo su artículo).

<sup>274</sup> En cuanto a la jurisprudencia, es obligado citar, de nuevo, las SSTS contencioso-administrativas de 20 de mayo de 1986 y de 15 de mayo de 1990. Esta última STS hace suya la jurisprudencia penal en la materia (y que cito en esta misma nota).

Constituye una excepción a esta postura de la Sala de lo contencioso-administrativo del TS la STS de 25 de abril de 1986 (Ar. 2964), en la que el Tribunal, ante las lesiones producidas por un agente de la Guardia Civil que disparó a la víctima en un bar, de noche, afirma que «el servicio falló en este caso, porque el agresor, como miembro de una Institución que impone a sus componentes un estado de servicio permanente, no puede ser considerado en ningún momento como “un simple ciudadano”» (FJ 3.º).

Pero ha sido la Sala Segunda la que en mayor número de ocasiones se ha pronunciado al respecto. Baste citar, aquí, las SSTS (Sala 2.ª) de 11 de junio de 1981 (Ar. 2645), 23 de septiembre de 1982 (Ar. 4955), 18 de enero de 1984 (Ar. 34), 11 de diciembre de 1984 (Ar. 6263), 28 de mayo de 1985 (Ar. 2550; debe destacarse, de esta STS que en ella —Considerando 6.º— el TS afirma que elevará exposición al Gobierno, al amparo del artículo 2 del derogado Código penal, para que reforme el artículo 22 de dicho Código, de modo que quepa incluir en él supuestos como el enjuiciado en ella), 30 de mayo de 1988 (Ar. 4105; parte de esta STS, cuyo Ponente es SOTO NIETO —quien vierte en ella las reflexiones teóricas por él efectuadas en el artículo citado más arriba—, es recogida textualmente en la STS de la Sala Tercera de 15 de mayo de 1990, que ya conocemos), 28 de mayo de 1992 (Ar. 4398), 2 de noviembre de 1992 (Ar. 8868), 19 de mayo de 1994 (Ar. 3936) y 6 de julio de 1994 (Ar. 6281).

En todas ellas la Sala de lo Penal del TS estima que la permanencia en el servicio o la total dedicación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad no permiten imputar automáticamente a la Administración pública todo daño que puedan causar, sino que ello sólo se producirá cuando actúen en defensa de las misiones que su normativa reguladora les asigna, lo que no ocurre en ninguno de los casos enjuiciados por las referidas sentencias, las cuales, consecuentemente, absuelven a la Administración de responsabilidad extracontractual derivada de delito.

Como señala la STS de 11 de junio de 1981 (Considerando 5.º), «ese supuesto servicio permanente ha de entenderse como larvado, latente, expectante y en suma inexistente, en tanto en cuanto una situación conflictiva de las previstas en la ya

impone a dichos funcionarios la obligación de intervenir siempre que la defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana lo requiera. Pero dicha obligación se impone, precisamente, sólo en la medida en que actúen con esta *finalidad*, es decir, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana; sólo entonces cabrá considerar a su actuación como ejecutada en ejercicio de sus funciones propias. Cuando persigan una finalidad distinta, su actuación será puramente privada y no podrá ser atribuida a la Administración. La normativa señalada dispone que deberán actuar en todo momento, cuando así lo requieran las circunstancias, pero no que toda su actividad deba ser considerada como realizada en el desempeño de su cargo.

Que, en segundo lugar, los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad causen daños a terceros al disparar las armas de fuego reglamentarias, ha llevado al TS a hacer responder a la Administración por el *riesgo* que ha creado al autorizarles a portar dichas armas incluso cuando se encuentren francos del servicio ordinario. Así lo hizo la STS contencioso-administrativa de 27 de

---

calendada Ley [la 55/1978, de la Policía] no le obligue a intervenir»; o, como afirma la de 28 de mayo de 1992 (FJ 7.º), «el funcionario policial reencuentra su relación vinculante con el Estado cuando obligatoriamente ha de intervenir en cumplimiento de sus deberes, si de mantener o de restaurar el orden público se trata, si de velar por la seguridad de las personas o de las propiedades se trata, si de aprehender a presuntos delincuentes, auxiliar a víctimas o recuperar los objetos del delito se trata, aunque todo ello acontezca en situación de “francos de servicio”. Mas cuando la conducta del sujeto surge o se desarrolla delictivamente sin los anteriores presupuestos, claro es que entonces sigue rota la dependencia y la subsidiariedad [...] Ni siquiera “el servicio permanente” como indicativo de total dedicación, puede inferir en este supuesto de ahora, si esta situación de permanencia, larvada, escondida o adormecida, no se hace realidad en la forma antes dicha y para los fines antes explicados».

Junto a estas SSTS penales que excluyen la responsabilidad civil de la Administración por falta de concurrencia del título de imputación que nos ocupa, existe un segundo bloque de SSTS de la misma Sala que coinciden con la doctrina mantenida en las anteriormente citadas, pero condenan a la Administración porque, de los hechos probados, se deduce que el agente de la autoridad sí actuó «en el desempeño de sus obligaciones o servicio».

Pueden citarse, al respecto, las SSTS (Sala Segunda) de 2 de febrero de 1988 (Ar. 842), 4 de marzo de 1988 (Ar. 1561), 19 de octubre de 1992 (Ar. 8341) y 14 de febrero de 1997 (Ar. 1357). Especial interés tiene la STS de 4 de marzo de 1988, ya que distingue, en el relato fáctico sobre el que se pronuncia, dos fases o momentos: una primera fase, en la que el agente de la autoridad actúa al margen de sus funciones, y una segunda fase, en la que pasa a obrar en el ejercicio de las mismas.

mayo de 1987 (Ar. 3488)<sup>275</sup>. Esta Sentencia, pese a reconocer, en aplicación de la doctrina del TS relativa al requisito de la actuación de los agentes del orden público en el ejercicio de sus funciones, que, en el supuesto enjuiciado, el funcionario de policía que causó

<sup>275</sup> Esta Sentencia fue comentada, en su momento, por NAVARRO MUNUERA (en «La ampliación...», *op. cit.*).

Cabe entender, en mi opinión, que dicha Sentencia tiene un cierto antecedente en la STS contencioso-administrativa de 25 de abril de 1986, ya citada, en la que el TS acude al criterio del riesgo (aunque no sólo: como hemos visto antes, esta Sentencia también parece dar importancia al hecho de que los agentes de la autoridad se encuentren en servicio permanente) para fundamentar la responsabilidad de la Administración por los daños causados con su arma reglamentaria por un agente de la Guardia Civil que deambulaba borracho, de noche, por distintos bares.

En esta última Sentencia, en efecto, el TS señala (FJ 3.º) que falló el servicio «porque previamente falló la disciplina, tan inherente a este Cuerpo, de carácter militar, dando lugar con ello a que este guardia se permitiera recorrer el día de autos diversos bares de la localidad, a altas horas de la noche, hasta encontrarse en estado de embriaguez en el lugar de los hechos enjuiciados, lo que implica un alto riesgo para los demás, al estar en posesión de un arma de fuego reglamentaria». (La cursiva es mía).

Con esta argumentación, el TS se opone a lo sostenido por la Administración en la vía administrativa; la Administración, amparándose en el Dictamen del Consejo de Estado, había denegado la indemnización por entender que el agente causante del daño había actuado al margen de sus funciones, como un simple particular.

También la Sala de lo Penal del TS ha acudido al criterio del riesgo creado por la Administración al permitir que los agentes de la autoridad porten armas en todo momento para fundamentar la atribución de responsabilidad a aquella por los daños que éstos causen en uso de las armas reglamentarias.

Así lo hizo, p. ej., en la STS de 21 de diciembre de 1993 (Ar. 9589). En ella (FJ 4.º), frente a la alegación del Abogado del Estado de que el agente había actuado al margen de sus obligaciones o servicios, el TS afirma que «siendo una obligación de los miembros de la Guardia Civil, en tanto personal de las fuerzas de seguridad del Estado, *portar armas en todo momento* y estar permanentemente de servicio (Ley 2/1986), es claro que el texto de la ley no puede apoyar la pretensión de la Administración. Esta obligación importa la *creación de un peligro*, ciertamente permitido, pero cuyos excesos por parte del funcionario no pueden ser desconectados del ámbito de responsabilidad de la Administración. En efecto, es indudable que en la medida en la que *la Administración crea un riesgo prácticamente incontrolable*, pues lo pone en manos de personas que pueden actuar más allá de los límites del peligro permitido, sin estar sometidos a ninguna medida de seguridad por parte del Estado, *es indudable que también debe responder por tales excesos, implícitos en el riesgo creado*. Consecuentemente, *una limitación a los daños causados por los agentes en actos de servicio carecería de todo fundamento, pues el riesgo creado va mucho más allá y el principio es que se debe responder por el peligro que se crea*». (La cursiva es mía).

Esta Sentencia, que parece aplicar a la responsabilidad de la Administración la teoría de la imputación objetiva (su Ponente, BACIGALUPO ZAPATER, es un firme partidario de dicha teoría), tiene un alcance y significado similares a la contencioso-administrativa que comentamos en el texto, como veremos.



el daño actuó al margen de sus funciones<sup>276</sup>, establece que la Administración debe responder. La razón de esta responsabilidad se encuentra, según la Sentencia (FF.JJ. 5.º y 6.º), en el hecho de que la organización administrativa, al permitir que los agentes de la policía porten armas aun cuando estén fuera de servicio, está creando un riesgo elevadísimo que, en caso de concretarse en el resultado lesivo (lo que ocurre en el caso enjuiciado, en el que un policía mata a un particular al dispararle con su arma reglamentaria), debe asumir. Esta doctrina jurisprudencial no contradice la constante jurisprudencia contencioso-administrativa y, sobre todo, penal, referente a la interpretación y alcance que deba darse al título de imputación que nos ocupa, el de la actuación en el ejercicio de las funciones propias; en efecto, la Sentencia comentada afirma que, en el caso concreto, el policía causante del daño no ha actuado en el ejercicio de sus funciones, e incluso cita, en apoyo de esta aseveración, la STS de la Sala de lo Contencioso de 20 de mayo de 1986. La novedad de esta doctrina (y en ello sí contradice al resto de la jurisprudencia) radica en que no estima necesario que el policía haya actuado en el ejercicio de sus funciones para que la Administración se vea obligada a responder, cuando dicha Administración, al organizar sus servicios, opte por una solución altamente peligrosa —cual es la de permitir a los policías portar armas en todo momento—, y dicho riesgo se haya realizado en el resultado lesivo —como sucede cuando un policía mata a alguien con su arma reglamentaria—<sup>277</sup>.

---

Más adelante tendremos la oportunidad de constatar que mientras la Sala de lo contencioso-administrativo del TS no ha dado continuidad a esta doctrina del riesgo ciertamente tan expansiva, la de lo Penal sí.

<sup>276</sup> Según la Sentencia (FJ 4.º), «A la vista de estos hechos declarados probados por la jurisdicción penal, puede concluirse que, efectivamente, la finalidad de la intervención del Policía Nacional permaneció constantemente ajena a la misión y funciones que el artículo segundo de la Ley de la Policía de 4 de diciembre de 1978 encomienda a los Cuerpos de la Seguridad del Estado, ya que desde el inicio del incidente lo que aquél pretendía era obtener algo de droga para su consumo propio, siendo los acontecimientos posteriores mera consecuencia de la actuación originada por dicho motivo inicial, sin que en ningún momento se llegara por parte del Policía a realizar una conducta objetiva de prestación de un servicio de orden público».

<sup>277</sup> Como dice NAVARRO MUNUERA, la Sentencia tiene como consecuencia que la Administración responda siempre que un policía cause un daño en uso de su arma reglamentaria, actúe o no en ejercicio de sus funciones («La ampliación...», *op. cit.*, pp. 609-610).

Con ello, el TS encuentra un nuevo criterio de atribución de responsabilidad a la Administración, el del riesgo creado por la organización administrativa. ¿Constituye este criterio un nuevo título de imputación de primer nivel, distinto y compatible con los vistos hasta ahora?, ¿o bien es un título de imputación de segundo nivel? Una respuesta afirmativa a la primera pregunta comportaría admitir que la Administración no sólo responderá cuando quien cause el daño sea un agente integrado en la organización administrativa que haya actuado en el ejercicio de sus funciones propias, sino también cuando dicha organización haya creado un riesgo que se realice en el resultado lesivo. A mi modo de ver, sin embargo, el TS no está aquí construyendo un nuevo título de imputación de primer nivel, sencillamente porque la problemática que aborda no es una problemática de imputación de primer, sino de segundo nivel. Por ello, el TS utiliza el criterio del riesgo como un *título de imputación de segundo nivel*. En efecto, la conducta que el TS está aquí imputando a la Administración (y de la que, en último término, derivará la responsabilidad administrativa) no es ya la del agente de policía que ha disparado el arma reglamentaria y ha matado a la víctima (conducta que el propio TS admite que es realizada al margen de sus funciones), sino la de la(s) concreta(s) persona(s) física(s) que ha(n) decidido permitir a los agentes de la autoridad portar armas en todo momento y, con ello, ha(n) creado el riesgo que finalmente se ha realizado en la muerte de la víctima<sup>278</sup>. Y dicha conducta autorizatoria es imputada a la Administración conforme a los títulos de imputación que hemos visto hasta ahora, sin ninguna novedad: la persona que ha autorizado el uso de las armas reglamentarias a los policías se halla inserta en la organización administrativa, y ha actuado, al tomar esta decisión, en ejercicio de sus funciones propias. De ello se

---

<sup>278</sup> Desde la óptica de la Sentencia, el riesgo que según el TS fundamenta la atribución de responsabilidad a la Administración no lo crea el policía que dispara el arma, sino la concreta persona física que ha dispuesto que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad puedan portar armas dentro y fuera del servicio. Este riesgo consiste en que los policías hagan un uso incorrecto de sus armas reglamentarias y causen lesiones a terceros. Por ello, la conducta del policía, consistente en disparar incorrectamente el arma, representa, precisamente, la realización de aquel riesgo creado por la persona que le autorizó a portarla. Así, la Administración no responde por el disparo efectuado por el policía, sino por haber creado el riesgo de que éste pudiera hacerlo.

deduce que, en mi opinión, la Sentencia objeto de estudio no introduce ninguna novedad en lo referente a la imputación de primer nivel.

Por lo demás, cuando elabora esta doctrina del riesgo, el TS está afrontando una problemática de imputación de segundo nivel: el TS no se plantea si la *conducta* del policía es imputable a la Administración, sino si puede serlo el *daño* ocasionado por ella. Como se ha dicho, el TS parte de la base, da por sentado que entre la conducta autorizatoria y la Administración existe una relación suficiente que permite entender que se está ante una *conducta* de la Administración. Lo que intenta demostrar el TS es que entre dicha conducta autorizatoria y el resultado lesivo (el daño) existe el vínculo necesario para poder imputar éste a aquélla, de modo que quepa entender que también el *daño* es de la Administración. Para ello acude al criterio del riesgo<sup>279</sup>. Efectivamente, la Sentencia afirma que la Administración, al permitir que sus agentes porten armas en todo momento, está creando un riesgo que debe asumir en caso de que se realice en el resultado lesivo y un agente lesione a alguien en uso de su arma. Esta conclusión, que podremos valorar en mejores condiciones cuando hayamos estudiado la imputación de segundo nivel, resulta, cuando menos, discutible. No parece, en efecto, indiscutible (aunque el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa permite, ciertamente, sostener lo

---

<sup>279</sup> Lo cual es, en mi opinión, totalmente correcto. En efecto, como se verá con mayor detenimiento *infra*, en el capítulo cuarto, considero que la imputación de segundo nivel pivota sobre la noción de riesgo. Los concretos títulos de imputación de segundo nivel deben ser extraídos de dicha categoría. Así, opino que sólo cuando la Administración haya creado un riesgo relevante a efectos de responsabilidad, y sea precisamente este riesgo el que se realice en el resultado lesivo, cabrá imputarle el daño y hacerla responder. La cuestión clave pasa a ser cuándo un riesgo creado por la Administración merece ser considerado relevante a efectos de responsabilidad patrimonial. Y es aquí donde la argumentación del TS, por las razones que se mencionan inmediatamente en el texto, deviene discutible.

En cualquier caso, más que discutir la valoración que el TS realiza del riesgo creado por la organización policial al autorizar que sus miembros porten armas en todo momento, lo que me interesa subrayar es que la problemática planteada forma parte de la que he denominado imputación de segundo nivel, y no ya de la de primer nivel; y que, consiguientemente, no cabe calificar al criterio del riesgo como un cuarto título de imputación de primer nivel (junto a los de inserción en la organización administrativa, actuación en ejercicio de las funciones y sumisión al poder de dirección de la Administración, que ya conocemos).

contrario) atribuir a la Administración (y que por tanto ésta deba responder de) un daño que no ha sido causado materialmente por uno de sus agentes en el ejercicio de sus funciones, y que sólo está unido a la Administración por la circunstancia remota de constituir el efecto de un riesgo creado por una persona física (la que ha autorizado el uso de las armas a los policías) inserta en la organización que sí ha actuado en el ejercicio de sus funciones; y menos cuando dicho riesgo, pese a no ser insignificante (ya que ciertamente no resulta inimaginable que los agentes del orden hagan un uso incorrecto de sus armas reglamentarias), es similar al que se genera en supuestos en que nunca se ha planteado el desencadenamiento de la responsabilidad administrativa, como, p. ej., la concesión de licencias de armas a particulares<sup>280</sup>. Además, el riesgo creado al autorizar a los agentes de la autoridad el portar las armas ininterrumpidamente obedece a una finalidad socialmente útil: facilitar la defensa de la Ley y la seguridad ciudadana en todo momento y lugar<sup>281</sup>. Seguramente movido por consideraciones de esta índole, la Sala de lo contencioso-administrativo del TS no ha dado continuidad a la doctrina sentada en la STS de 27 de mayo de 1987, ya que no ha vuelto a hacer responder a la Administración por los daños ocasionados con motivo del empleo de las

---

<sup>280</sup> Cuando la Administración concede una licencia de armas a un particular, y éste causa un daño, no se plantea la cuestión de si la Administración debe indemnizar a la víctima, salvo cuando la licencia haya sido otorgada a una persona cuyas características (enfermedad mental, etc.) la hagan inidónea para la tenencia de armas.

El supuesto de la concesión de licencia de armas es ciertamente muy similar al que constituye el objeto de la Sentencia comentada: cuando un policía causa lesiones a un tercero en uso de su arma reglamentaria, pero al margen de su condición de agente de la autoridad, al margen de sus funciones, actúa como un particular, particular al que la Administración ha concedido una licencia de armas (y la propia arma; esta diferencia no es, sin embargo, relevante).

<sup>281</sup> Este último argumento, sin embargo, puede ser utilizado para defender la posición contraria, la sostenida por el TS en la Sentencia de referencia: precisamente porque la colectividad *se beneficia de este riesgo* creado por la Administración, es justo que esta misma colectividad sea la que indemnice, a través del instituto de la responsabilidad administrativa, a las posibles víctimas del peligroso sistema organizativo instaurado por la Administración (la colectividad es quien soporta, en último término, la indemnización, cuando quien responde es la Administración, ya que ésta recibe sus recursos de los impuestos satisfechos por los contribuyentes). No existe esta utilidad social, en cambio, cuando la Administración concede una licencia de armas a un particular.

armas de fuego reglamentarias por parte de policías que han actuado fuera del ejercicio de sus funciones; así, en la STS contencioso-administrativa de 15 de julio de 1990, el TS exonera de responsabilidad a la Administración, pese a que un miembro de la policía causó daños con su pistola reglamentaria, porque éste actuó al margen de sus atribuciones propias<sup>282</sup>.

<sup>282</sup> La Sala de lo Penal del TS, en cambio, sí ha dado continuidad a la doctrina del riesgo. Tras la STS de 21 de diciembre de 1993, que ya conocemos, la Sala Segunda ha vuelto a utilizar el criterio del riesgo para hacer responder a la Administración por los daños causados con su arma reglamentaria por un policía que ha actuado al margen de sus funciones en —entre otras— las siguientes Sentencias: SSTS de 6 de mayo de 1994 (Ar. 3618), 17 de julio de 1995 (Ar. 5606), 28 de octubre de 1995 (Ar. 7914), 29 de febrero de 1996 (Ar. 925), 18 de marzo de 1996 (Ar. 1918), 28 de octubre de 1996 (Ar. 9680) y 2 de octubre de 1997 (Ar. 7598).

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la mayoría de estas Sentencias no acuden únicamente al criterio del riesgo para fundamentar el nacimiento de la responsabilidad administrativa, sino que constatan, además, la concurrencia de culpa *in eligendo* o *in vigilando* de la Administración.

Además, en muchas de ellas el concreto agente causante del daño viene sufriendo trastornos psicológicos con anterioridad a los hechos o ha participado ya en altercados violentos reveladores de su peligrosidad, pese a lo cual la Administración no ha dispuesto su separación del servicio activo ni le ha retirado el arma reglamentaria. En estas Sentencias, en las que el concreto agente ha dado muestras de su especial peligrosidad con anterioridad a los hechos enjuiciados, sin que la Administración haya tomado ninguna medida para evitar el daño, sí está plenamente justificada, en mi opinión, la atribución de responsabilidad a la Administración, ya que a ésta le ha sido perfectamente previsible que dicho agente haga un mal uso de su arma reglamentaria (el *riesgo* de que el agente haga un mal uso de la misma es en estos supuestos muy elevado). En estos supuestos, la responsabilidad de la Administración es similar a la que deriva de la concesión de licencia de armas a personas que no reúnen las características necesarias para ello.

Hay que advertir, finalmente, que la doctrina jurisprudencial del riesgo derivado de la autorización a portar permanentemente el arma reglamentaria parece encontrar su límite en el domicilio del agente: la STS de la Sala Segunda de 8 de mayo de 1996 (Ar. 3802), tras adherirse a la doctrina del riesgo que ya conocemos, señala (FJ 4.º) que «La mera disponibilidad de un arma de fuego dentro del domicilio no genera un riesgo especialmente relevante, que pueda hacer responsable de su uso a quien autoriza o acuerda dicha disponibilidad, ni cabe considerar en el caso actual su utilización por el acusado en el curso de la disputa que sostenía con su esposa, como una concreción del riesgo derivado de la forma de organización del servicio público de seguridad».

En cualquier caso, esta misma Sala ha dictado otras Sentencias en que prescinde de dicho criterio del riesgo y en las que, pese a que el daño ha sido causado con el arma reglamentaria, exonera de responsabilidad a la Administración porque el agente causante del daño ha obrado al margen de sus funciones. Cabe citar, en este sentido, las SSTS de 19 de mayo de 1994 (Ar. 3936) y 6 de julio de 1994 (Ar. 6281). En esta última Sentencia el policía causó los daños con un arma de su titularidad y no con la

El breve análisis de la doctrina y jurisprudencia que se ha ocupado de la responsabilidad de la Administración por los daños causados por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad nos permite constatar tres extremos interesantes en relación con el título de imputación de la actuación en el ejercicio o con ocasión de las funciones. En primer lugar, que el TS, respaldado por la doctrina, vincula la constatación de la concurrencia de dicho título de imputación al hecho de que la concreta persona física causante del daño, inserta en la organización administrativa, haya obrado persiguiendo las *finalidades* que el ordenamiento atribuye al servicio administrativo de que forma parte. Así, en el supuesto específico de las fuerzas y cuerpos de seguridad, se entiende que los policías han actuado en ejercicio de sus funciones cuando han obrado en defensa de la Ley y la seguridad ciudadana<sup>283</sup>, y no en otro caso. Además, y esto es muy importante, el TS, para comprobar si en el caso concreto el agente ha actuado en persecución de dichas finalidades (y, con ello, si ha actuado en ejercicio de sus funciones), atiende sobre todo a elementos objetivos<sup>284</sup> y, eventualmente, a la intención subjetiva del agente<sup>285</sup>, pero rara vez, en

---

reglamentaria; sin embargo, la propia Sentencia señala expresamente (FJ 2.º *in fine*) que aun en el caso de que se hubiera empleado el arma reglamentaria, no hubiera nacido la responsabilidad administrativa (el uso del arma reglamentaria, se dice, «tampoco hubiera influido en la determinación de la pretendida responsabilidad»).

<sup>283</sup> Esta finalidad genérica, prevista por el artículo 5.4 de la Ley orgánica 2/1986, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se concreta, según el TS (Sala Segunda) en las siguientes finalidades más específicas: «mantener o [...] restaurar el orden público [...], velar por la seguridad de las personas o de las propiedades [...], aprehender a presuntos delincuentes, auxiliar a víctimas o recuperar los objetos del delito» (STS de 28 de mayo de 1992 —FJ 7.º—; muchas otras Sentencias contienen idéntica o similar fórmula).

<sup>284</sup> Se tiene en cuenta, p. ej., si el policía vestía de paisano, se identificó como tal, pidió la documentación a la víctima, intentó conducirla a comisaría, y, sobre todo, si del conjunto de circunstancias fácticas que rodearon la actuación del agente se deduce que actuó para prevenir o evitar algún delito o cualquier otra infracción de la Ley o alteración de la seguridad ciudadana.

<sup>285</sup> A menudo, el TS se vale de los elementos objetivos del relato fáctico (p. ej., si el agente se identificó como policía) para averiguar cuál fue la concreta motivación del agente (si éste pretendía actuar como agente del orden público, en realización de las misiones que como tal tiene encomendadas, o bien como un simple particular) al actuar.

Así, p. ej., en la STS (Sala 2.ª) de 18 de enero de 1984, se afirma (Considerando 2.º) que «en los supuestos fácticos se pone de manifiesto que el condenado, policía

cambio, a la apreciación de los hechos efectuada por la víctima<sup>286</sup>.

nacional, cuando realizó los hechos constitutivos del delito de homicidio se encontraba en “un bar tipo barra americana”, servido por camareras, vestido de paisano, para alternar y tomar copas, y que *el móvil de la infracción penal fue debido a “hipervalorar” ciertas actitudes de la camarera y dueño del establecimiento como actos de desprecio a su persona y a su condición de policía [...]* y en este sentido no es susceptible de tenerse en cuenta el razonamiento que, sobre este particular, hace la sentencia dictada por la Audiencia para declarar la responsabilidad civil subsidiaria por el hecho de que reclamase al vendedor ambulante, que penetró en el bar, el permiso para la venta que se proponía realizar sobre discos, cassettes y publicaciones de dudosa moral a lo que le mostró la tarjeta profesional, pues *esta actuación fue meramente circunstancial y surgió después de lo que él había tomado como humillación y producido el sordo “resentimiento”*». (La cursiva es mía).

Considera también determinante la intención del agente, aunque esta vez para entender que éste actuó en el ejercicio de sus funciones y, por tanto, condenar a la Administración, la STS (Sala 2.ª) de 2 de febrero de 1988, en la que (FJ 7.º) se dice que «Del factum de la sentencia recurrida, aparece que el procesado [...] *creyendo infundadamente que la víctima y su amigo [...] podían atacarle o realizar cualquier hecho delictivo, se dirigió a los mismos, es obvio que el mismo actuó no como particular, sino en el ejercicio de sus funciones, como Inspector del Cuerpo Superior de Policía, al intuir subjetivamente, aunque se equivocase en tal apreciación, y posteriormente se excediese en el cumplimiento de su obligación, de la posible comisión de un delito que intentaba, desde su óptica errónea, garantizar la seguridad ciudadana, aunque en aquel supuesto ésta no estuviese amenazada*». (La cursiva es mía).

<sup>286</sup> En efecto, el TS no concede mucha importancia ni a la apariencia de actuación en el ejercicio de las funciones creada frente a la víctima ni a la apreciación que ésta efectúa de los hechos, centrándose, en cambio, en examinar si objetivamente ha habido una actuación en ejercicio real de las funciones propias (o, utilizando la expresión empleada en la STS de 27 de mayo de 1987, si el policía ha llegado a «realizar una conducta objetiva de prestación de un servicio de orden público»).

Resulta ilustrativa de este aserto la segunda de las SSTS citadas en la nota anterior. En ella, el TS llega a la convicción de que el agente causante del daño actuó en el ejercicio de sus funciones (condenando, consiguientemente, a la Administración) basándose, fundamentalmente, en la intención de dicho agente, y prescindiendo, en cambio, tanto de la apariencia por él creada como de la apreciación que de los hechos efectuó la víctima (el agente no vestía de uniforme ni se identificó como tal, no creando, por tanto, apariencia alguna de ser un policía actuando en ejercicio de sus funciones).

Esta posición del TS ha sido objeto de crítica por parte de NAVARRO MUNUERA. Este autor considera que el principio de garantía patrimonial de los ciudadanos, que preside toda la institución de la responsabilidad extracontractual de la Administración, exige «que el dato fundamental a tener en cuenta para que pueda operar la imputación del hecho dañoso a la Administración, y, en consecuencia, la responsabilidad de ésta, [venga] constituido por el revestimiento o apariencia de autoridad pública con que actúa en la causación del daño el agente administrativo, aquí, el funcionario policial, desde la perspectiva del sujeto dañado» (NAVARRO MUNUERA, Andrés, «La ampliación...», *op. cit.*, pp. 606-607 y 610).

Relacionado con esta vinculación que el TS lleva a cabo entre actuación en ejercicio de la función y persecución de las finalidades atribuidas al servicio administrativo se encuentra el hecho de que dicho Tribunal exija, en numerosas ocasiones, que la conducta desarrollada por el agente proporcione alguna *utilidad o beneficio* a la Administración de la que forme parte para que se entienda realizado el título de imputación que nos ocupa<sup>287</sup>. En efecto, el agente reportará utilidad a la Administración cuando, con su actuación, persiga las finalidades que dicha Administración tenga encomendadas.

Se desprende, en segundo lugar, que la jurisprudencia interpreta de forma muy amplia este título de imputación, es decir,

---

Coherentemente, NAVARRO MUNUERA, en este artículo, considera que la STS que comenta (la de 27 de mayo de 1987, que ya nos es familiar) debería haber condenado a la Administración, no por el riesgo creado al permitir que los agentes de la autoridad porten armas incluso estando fuera de servicio, sino porque el policia causante del daño, en el caso concreto, actuó, desde la perspectiva de la víctima, en el ejercicio de sus funciones.

Con ello, este autor parece adherirse a la teoría francesa de la apariencia, manejada por la jurisprudencia de ese país en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en la versión que centra la atención en la perspectiva del sujeto dañado.

Sin perjuicio de que esta sea una cuestión que, por su complejidad, merezca un análisis más profundo y detenido, considero que tanto la teoría de la apariencia como, especialmente, la versión que postula que debe tomarse en cuenta la percepción de la víctima (y no ya adoptarse una perspectiva objetiva), son poco satisfactorias, al menos en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración española. La normativa española reguladora de la responsabilidad administrativa subordina el nacimiento de esta responsabilidad al hecho de que el daño sea fruto de un funcionamiento del servicio público real y efectivo, y no ya meramente aparente (la normativa exige, para que surja el derecho a indemnización, que la lesión «sea consecuencia del funcionamiento» de los servicios públicos, no bastando, por tanto, que la lesión *parezca* ser consecuencia de dicho funcionamiento). Dificultades aún mayores presenta, en mi opinión, subordinar la imputación a la apreciación que la víctima efectúe de la actuación del agente. Adoptar la perspectiva de la víctima tiene sentido cuando exista una previa relación entre ella y el agente causante del daño y quepa, por tanto, proteger la buena fe del perjudicado, pero no cuando —como ocurre en la mayoría de supuestos de responsabilidad extracontractual— dicha relación previa es inexistente.

<sup>287</sup> Así lo han hecho, entre otras, las SSTS (Sala 2.ª) de 11 de diciembre de 1984, 28 de mayo de 1985 y 2 de febrero de 1988.

En Derecho civil se considera muy importante averiguar si el dependiente ha actuado en beneficio de su principal para saber si la conducta de aquél se ha producido en ejercicio o con ocasión de sus funciones y, en caso positivo, poder hacer responder al empresario *ex* artículo 1.903.4 CC.



que fácilmente entiende que una conducta ha sido realizada en ejercicio de las funciones propias. En efecto, las Sentencias analizadas ponen de manifiesto que sólo en los casos en que no hay ninguna vinculación entre la actuación del agente y el servicio de policía se considera que dicha actuación es realizada al margen de las funciones propias, que dicha actuación es una conducta puramente personal del agente. Así, en la mayoría de supuestos en que la jurisprudencia estima que el policía actuó al margen de sus atribuciones, éste ha causado el daño vistiendo de paisano, encontrándose franco del servicio ordinario, de noche, en algún local de ocio (bar o discoteca), y como consecuencia de alguna discusión de tipo personal.

Cuando, en cambio, exista alguna vinculación entre la actuación del agente y el servicio de policía —lo que ocurrirá, como nos consta, siempre que el agente persiga alguna finalidad propia de dicho servicio—, deberá considerarse a su actividad como realizada en ejercicio de sus funciones, aunque en su desempeño haya desobedecido las órdenes dictadas por sus superiores y haya cometido, incluso, un delito no amparado por la causa de justificación de actuación en cumplimiento de un deber o en el *ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*<sup>288</sup>. En estos supuestos, el agente incurre en una extralimitación de sus funciones que, sin embargo, no es suficiente para excluir la imputación de su conducta a la Administración. Un buen ejemplo de

---

<sup>288</sup> Una lectura atenta de la jurisprudencia penal recaída en esta materia pone de relieve que, contra lo que parecería, en principio, lógico, el TS concede un alcance distinto a esta causa de justificación (contenida en el artículo 8.11 del derogado Código penal y en el artículo 20.7 del vigente) y al título de imputación de la actuación en el ejercicio de las funciones.

En efecto, son muchas las Sentencias en que el TS, pese a entender, primero, al examinar la responsabilidad penal del concreto policía causante del daño, que éste no queda exonerado en virtud de la causa de justificación descrita, y considerar, por tanto, que no cabe entender que su actuación haya sido realizada en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de su cargo, afirma, después, que la Administración debe responder (extracontractualmente) porque el policía ha actuado en el ejercicio de sus funciones.

No es éste el lugar apropiado para emprender la sugerente tarea de comparar el alcance de la citada causa de justificación con el del título de imputación que nos ocupa. Sólo decir que, en mi opinión, la posición del TS parece estar plenamente justificada por el hecho de que la mencionada causa de justificación exija, a diferencia del título de imputación examinado, que el ejercicio del cargo sea «legítimo».

extralimitación no exoneratoria de la Administración lo encontramos en la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 10 de julio de 1995 (Ar. 5430): un policía mata dolosamente a la persona que debía detener, en el marco de una operación preparada al efecto. Para el TS, el agente, aunque extralimitándose, actuó en el ejercicio de sus funciones<sup>289</sup>. En esta misma Sentencia el TS afirma (en su FJ único) que «El gravamen para el Estado sólo cesa cuando patentemente estas últimas [las fuerzas y cuerpos de seguridad] realizan una actividad penalmente sancionable, pero *totalmente en desconexión* con el marco de las funciones que para el Estado o ente público tienen asignadas y realizan». De esta jurisprudencia se deduce, pues, que una cosa es la actuación al margen de las funciones, y otra bien distinta la realización *incorrecta* de las funciones propias; sólo la primera, y no la segunda, excluye la imputación de la conducta a la Administración. Así, toda conducta realizada por un agente administrativo en el marco de sus funciones propias será imputada a la Administración, por muy incorrecta que sea dicha realización y aunque en su ejecución el agente se aparte voluntariamente de las órdenes recibidas al efecto. Lo que excluye, en definitiva, la imputación a la Administración, no es el ejercicio incorrecto de su función, que el agente realice *mal* sus funciones, sino que no las realice en absoluto; cuando las realice, por muy mal que lo haga (incluso dolosamente), la conducta será atribuida a la Administración porque habrá sido ejecutada en ejercicio de las funciones propias. Por ello, resulta esencial distinguir entre el ejercicio incorrecto de la función y el no ejercicio de la función.

Finalmente, en tercer lugar, pese a esta interpretación tan amplia del título de imputación que nos ocupa, la mera circunstancia de que la lesión sea producida mediante el empleo del

---

<sup>289</sup> La Sala Segunda del TS llega a la misma conclusión en otras Sentencias que enjuician supuestos de hecho análogos, en los que el agente de policía realiza un cumplimiento incorrecto de sus funciones. Cabe citar, entre otras, las SSTS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 9 de marzo de 1993 (Ar. 2163; en el marco de una específica operación policial, un guardia civil que va a detener a un presunto narcotraficante le mata por considerar, erróneamente, que éste le iba a atacar), 12 de mayo de 1994 (Ar. 5313; unos guardias civiles, para disolver una manifestación, lanzan imprudentemente botes de humo en un local cerrado, causando la muerte de uno de sus ocupantes) y 11 de julio de 1994 (Ar. 5887; un policía mata a la persona que debía detener).

arma reglamentaria, esto es, mediante un instrumento altamente peligroso que el agente inserto en la organización administrativa ha podido utilizar debido a las funciones que tiene atribuidas, no conlleva, para el TS, que la conducta sea realizada en ejercicio de las funciones propias. En efecto, incluso en la STS de 27 de mayo de 1987, que ya conocemos, el TS niega que quepa considerar que el policía ha actuado en ejercicio de sus funciones por el solo hecho de causar los daños con su arma reglamentaria, y se ve en la necesidad de idear la doctrina del riesgo para poder imputar el daño a la Administración, tras constatar que, en el caso concreto, el policía había actuado al margen de sus funciones, pese a emplear su arma reglamentaria. Así, no es suficiente que el agente cause el daño valiéndose de un instrumento al que ha tenido acceso como consecuencia de su cargo para que se entienda realizado el título de imputación que estamos contemplando<sup>290</sup>.

2.2.3. *La actuación en el ejercicio o con ocasión de las funciones en el marco de la sanidad pública. La responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes como punto de referencia. El criterio de la ocasionalidad necesaria. Casuística jurisprudencial*

Aplicando lo visto en el epígrafe precedente, en relación con las fuerzas y cuerpos de seguridad, a la responsabilidad de la Administración sanitaria, concreto sector de la responsabilidad administrativa que nos interesa en este trabajo, se puede afirmar, por un lado, que para que la conducta realizada por una persona física integrada en la organización administrativa sanitaria se produzca en el ejercicio de sus funciones, es preciso que se trate de una conducta llevada a cabo en el marco de los fines que el ordenamiento atribuye a la Administración sanitaria. Aunque son muchos y muy variados los fines que el ordenamiento jurídico asigna a la Administración sanitaria española, todos pueden

---

<sup>290</sup> A la conclusión contraria parece que llegó la Audiencia de Bilbao en la Sentencia de 13 de junio de 1988, revocada por la STS de 15 de mayo de 1990, como se desprende del FJ 2.º de esta última Sentencia.

ser reconducidos a uno genérico, que los aglutina y cuya realización constituye la razón de ser de esta concreta Administración pública: la prestación de asistencia sanitaria a la población<sup>291</sup>.

Por otro lado, que es preciso acudir a una interpretación amplia del título de imputación que nos ocupa, también en su aplicación a la Administración sanitaria. Así, le serán imputadas las conductas realizadas por su personal que constituyan un ejercicio *incorrecto* de las funciones que éste tenga atribuidas. Por esta vía se imputarán a la Administración sanitaria, p. ej., las conductas lesivas de la *lex artis* desarrolladas por cirujanos y anestesiistas<sup>292</sup>. Y, desde una perspectiva más general, únicamente dejarán de atribuirse a la Administración sanitaria aquellas conductas que, según la expresión extraída de la jurisprudencia vertida en materia de fuerzas y cuerpos de seguridad, se hallen «totalmente en desconexión con el marco de las funciones» asignadas al personal al servicio de dicha Administración sanitaria.

Finalmente, y en un sentido negativo, puede también afirmarse que no actúa necesariamente en ejercicio de sus funciones el agente inserto en la organización administrativa sanitaria que causa un daño utilizando un instrumento al que ha tenido acceso como consecuencia de su cargo en dicha organización, por muy peligroso que sea el instrumento empleado<sup>293</sup>.

---

<sup>291</sup> Dentro de este fin genérico deben incardinarse muchos otros cometidos asignados a la Administración sanitaria (y a su personal) que aparentemente quedan lejos de la prestación de asistencia sanitaria, pero que, en realidad, son necesarios para la realización de ésta: preparación de comidas para los pacientes, limpieza, mantenimiento y vigilancia de los hospitales, etc.

<sup>292</sup> No cabe afirmar, en este sentido, que el médico que se aparta de la *lex artis* esté actuando al margen de sus funciones; el médico que así proceda está actuando —aunque incorrectamente— en el ejercicio de sus funciones. Y no cabrá, por tanto, negar la concurrencia del primer nivel de imputación: la conducta del médico negligente es una manifestación del funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria, concretamente, de su funcionamiento *anormal*. Y ello, aun en el caso extremo de que la actuación del médico sea calificada de temeraria o incluso dolosa.

<sup>293</sup> Cabe imaginar, p. ej., que un conductor de ambulancias públicas se apropie de una de ellas con alguna finalidad particular, fuera del horario laboral, y provoque un accidente de circulación. Estaremos ante un daño causado por un miembro de la organización administrativa sanitaria en empleo de un instrumento peligroso (un vehículo a motor sin duda lo es) al que ha tenido acceso gracias a su cargo. Téngase en cuenta lo que se dirá más adelante sobre la jurisprudencia recaída en materia de

La doctrina y jurisprudencia (contencioso-administrativa y, sobre todo, penal) que se ha ocupado de la responsabilidad administrativa por actos de las fuerzas y cuerpos de seguridad, único sector de la responsabilidad extracontractual de la Administración que ha propiciado una cierta profundización en el análisis de cuándo una conducta realizada por un agente de la Administración es llevada a cabo en el ejercicio de sus funciones, no permite ir mucho más lejos en la concreción de este importante título de imputación de primer nivel. Los supuestos de hecho que han dado lugar a las Sentencias examinadas son poco problemáticos y generan pocas dudas sobre su calificación jurídica. Pero la realidad cotidiana demuestra que la frontera entre la actuación en el marco de las funciones propias y la llevada a cabo fuera de él es mucho más borrosa de lo que pueda sugerir la lectura de la jurisprudencia antecitada.

Por ello, parece conveniente ensanchar la perspectiva de análisis, no limitarnos a la doctrina y jurisprudencia que se ha ocupado de la responsabilidad de la Administración y acudir, de nuevo, a la interpretación que se viene realizando del artículo 1.903.4 CC y del alcance que deba recibir la expresión «en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones» en él contenida<sup>294</sup>.

---

circulación de vehículos a motor de la empresa, jurisprudencia que es perfectamente aplicable a los daños causados por ambulancias públicas.

Cabe imaginar otros supuestos distintos de daños causados por agentes insertos en la organización sanitaria valiéndose de instrumentos peligrosos a los que han tenido acceso como consecuencia de su cargo; piénsese, p. ej., en un médico de la sanidad pública que utiliza los medios (p. ej., un aparato de rayos-X) que se encuentran a su disposición en el centro público en que presta sus servicios para tratar a sus clientes particulares, vinculados al médico por una relación privada.

<sup>294</sup> Deben también examinarse los supuestos en que se aplicó el artículo 22 del antiguo Código penal a entes distintos de la Administración (ya hemos visto cómo ha interpretado la Sala Segunda del TS dicho precepto al aplicarlo a la Administración pública, concretamente, en materia policial). De hecho, la jurisdicción que, con diferencia, ha abordado en mayor número de ocasiones el análisis del título de imputación que estamos examinando, ha sido la penal, de modo que el precepto más manejado por la jurisprudencia en esta materia ha sido el artículo 22 del derogado Código penal. Conviene recordar, a estos efectos, que dicho precepto exigía que el empleado o dependiente actuara «en el desempeño de sus obligaciones o servicio».

El examen de la doctrina y jurisprudencia que se ha venido ocupando de la responsabilidad extracontractual del empresario por los actos de sus dependientes pone de relieve que el requisito de que el empleado cause el daño actuando en el ejercicio de sus funciones ha sido y sigue siendo objeto de una progresiva ampliación, que tiene como consecuencia que cada vez se haga responder al empresario en un mayor número de supuestos. Así, se ha pasado de una perspectiva tradicional, basada en la idea de culpa, según la cual el empresario sólo respondía de los daños que él hubiera ordenado, autorizado, dirigido o ratificado expresamente, a una perspectiva mucho más amplia, vinculada al riesgo de empresa como fundamento de la responsabilidad empresarial, que se vale del criterio de la ocasionalidad necesaria para determinar qué conductas realizadas por sus dependientes pueden ser imputadas al empresario y cuáles no<sup>295</sup>. Según este nuevo enfoque, el empresario no sólo responde por los daños causados por sus dependientes en el ejercicio habitual de sus funciones, sino también por los producidos *con ocasión* de dichas funciones, dándose así plena operatividad a la dicción literal del artículo 1.903.4 CC, que recoge el criterio de la ocasionalidad desde hace ya más de un siglo.

Como recuerda ZELAYA, la doctrina de la ocasionalidad necesaria comporta que el empresario responda cuando la función o trabajo encomendado al dependiente haya constituido el marco circunstancial, coyuntural y externo que ha permitido o activado la operatividad de la conducta lesiva desarrollada por el dependiente; consiguientemente, bastará que el acto lesivo haya sido realizado durante la jornada laboral, en el lugar de trabajo, con los instrumentos inherentes a la función o como consecuencia de un móvil proporcionado por la función; el empresario quedará

---

<sup>295</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La Responsabilidad Civil del Empresario...*, op. cit., pp. 442-444. Según este autor, el enfoque tradicional exigía una verdadera «coparticipación voluntaria» del empresario en el hecho lesivo, que el daño fuera realizado bajo el control y dirección del empresario, mientras que el moderno, por el contrario, extiende la responsabilidad de éste a todos los daños que sean consecuencia de los riesgos típicos de su actividad empresarial, riesgos estadísticamente inevitables e inherentes a la actividad de la empresa y que el empresario puede calcular y, en consecuencia, distribuir socialmente a través del mercado (sistema de precios) o del seguro.

exonerado de responsabilidad únicamente en el supuesto de que el acto del dependiente sea total y absolutamente ajeno a la función, lo que ocurrirá cuando ésta ni siquiera haya suministrado la oportunidad de realizarlo<sup>296</sup>.

La función encomendada al agente, pues, debe haber generado la ocasión necesaria para que éste desarrolle su actividad lesiva. Para valorar si ello ha sucedido, es decir, si entre la función asignada y la conducta lesiva desplegada ha existido una relación tal que permite entender que la primera ha suministrado la ocasión necesaria para la comisión de la segunda, resulta útil acudir a determinados parámetros proporcionados por la doctrina<sup>297</sup> (algunos de los cuales acaban de ser mencionados): el tiempo y lugar de realización de la conducta (dentro o fuera de la jornada laboral o del lugar de trabajo, respectivamente), la utilización de los instrumentos de trabajo, la motivación del agente (que el agente actúe con la intención de beneficiar al empresario o, en cambio, movido por una finalidad puramente personal) o la habitualidad de conductas como la realizada por el agente en trabajos similares al desarrollado por él. Ninguno de estos parámetros es por sí solo suficiente para determinar con certeza la existencia o no de una conducta realizada con ocasión de las funciones atribuidas. Debe, por tanto, efectuarse un análisis global de todos ellos, teniendo en cuenta, en todo momento, que ni siquiera la concurrencia de varios de ellos resulta suficiente, y que, en cualquier caso, deben ponderarse todas las circunstancias que rodean al supuesto de hecho. Por ello, se entiende que estamos ante una tarea eminentemente jurisprudencial, que no admite mayores concreciones dogmáticas. Más adelante examinaremos algunos grupos de casos a la luz de la jurisprudencia reciente. Sin embargo, existen supuestos que no ofrecen duda. Así, cuando la conducta sea realizada fuera de la jornada laboral y del lugar de trabajo, sin empleo de los instrumentos de trabajo, con una finalidad puramente personal, y se trate de una conducta poco fre-

---

<sup>296</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La Responsabilidad Civil del Empresario...*, op. cit., p. 445 (en nota).

<sup>297</sup> Los siguientes parámetros han sido extraídos de ZELAYA (*La Responsabilidad Civil del Empresario...*, op. cit., p. 453) y BARCELÓ (*Responsabilidad extracontractual del empresario...*, op. cit., pp. 314-316).

cuente entre aquellos que tengan atribuidas funciones similares, estaremos, indudablemente, ante una actuación no desarrollada ni en ejercicio ni con ocasión de las funciones propias, no pudiendo ser imputada, por tanto, al empresario. Es lo que ocurre, p. ej., cuando un médico del INSALUD hurta una cartera en un cine, asesina con su arma y en su casa a su esposa o atropella con su coche a un peatón estando de vacaciones.

La jurisprudencia del TS en materia de responsabilidad extracontractual del empresario (derivada de delito o no), por su parte, ha sufrido una clara evolución en este punto, acogiendo hoy día el criterio de la ocasionalidad. De una situación inicial muy restrictiva en la que exigía, para poder imputar una conducta al empresario, que el daño fuera causado en el estricto ejercicio de las funciones asignadas al agente<sup>298</sup>, el TS ha pasado (no sin algunas excepciones) a una concepción mucho más amplia del requisito en estudio, reputando suficiente que el agente haya actuado con ocasión de sus funciones para que se produzca la citada imputación<sup>299</sup>. Esta posición actual del TS queda reflejada en una expresión muy frecuente en la jurisprudencia penal: el empresario responderá cuando «el hecho puni-

---

<sup>298</sup> Esta interpretación restrictiva es muy habitual en la jurisprudencia de los años 50 y 60. El TS, en las Sentencias de este período, excluye con gran facilidad la responsabilidad del empresario por entender que su dependiente actuó al margen de sus funciones; el TS considera que ha habido una extralimitación exonerativa siempre que el dependiente ha realizado una función distinta de las que el empresario le ha encomendado expresa o tácitamente, por muy vinculada que dicha función esté con las que le correspondan.

Así, incurrir en extralimitación exonerativa del empresario, según el TS, p. ej., el dependiente contratado como ayudante de carga que, en ausencia del conductor, conduce el camión (SSTS —Sala 2.ª— de 7 de mayo de 1957 —Ar. 1675—, 13 de abril de 1959 —Ar. 1317— y 17 de marzo de 1964 —Ar. 1558—), o el dependiente encargado de vigilar un vehículo averiado y que lo conduce para colocarlo en un lugar soleado y resguardarse del frío (STS —Sala 2.ª— de 11 de marzo de 1961 —Ar. 840—).

<sup>299</sup> ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La Responsabilidad Civil del Empresario...*, op. cit., p. 471; BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario...*, op. cit., pp. 312-313.

Al amparo de esta concepción más amplia, el TS ha rectificado su jurisprudencia restrictiva y, p. ej. (siguiendo con el ejemplo ofrecido en la nota anterior), ha hecho responder al empresario por los daños causados con un vehículo de la empresa por un dependiente no autorizado a conducirlo (así, en las SSTS —Sala 2.ª— de 2 de julio de 1971 —Ar. 3424— y 10 de febrero de 1972 —Ar. 846—).



ble se hubiere realizado por el reo en servicio de su principal o con ocasión próxima del mismo servicio»<sup>300</sup>.

A mi modo de ver, resulta perfectamente posible extender a la responsabilidad administrativa esta tan amplia configuración del título de imputación que nos ocupa, basada en el criterio de la ocasionalidad necesaria. La normativa reguladora de la responsabilidad administrativa no excluye esta posibilidad ni obliga a adoptar un título de imputación de primer nivel más restringido, que prescinda del criterio de la ocasionalidad necesaria y circunscriba el nacimiento de dicha responsabilidad al hecho de que el agente haya actuado en ejercicio estricto de sus funciones. Cuando una conducta es realizada por un agente al servicio de la Administración con ocasión de sus funciones, es difícil negar que nos encontremos ante actividad administrativa, que es el único límite impuesto por la normativa que de forma genérica disciplina la responsabilidad de la Administración. Cuando el servicio administrativo, la Administración, haya suministrado la ocasión necesaria al agente para que realice la conducta lesiva, dicha conducta le debe ser imputada.

Así lo reconoce, incluso, una norma con rango de Ley que regula un concreto sector de la responsabilidad administrativa, el artículo 48 CPM. Este precepto, que prevé la responsabilidad de la Administración por los daños causados por los militares, recoge el criterio de la ocasionalidad cuando señala que «El Estado es responsable civil subsidiario por los delitos que hubiesen cometido los militares *en ocasión* de ejecutar un acto de servicio, apreciado como tal en la sentencia».

También el TS, por su parte, ha extendido el criterio de la ocasionalidad a la responsabilidad administrativa. Así lo ha hecho cuando ha tenido que aplicar el citado artículo 48 CPM. En este sentido, la Sala de lo Militar del TS, al interpretar dicho precepto, ha afirmado que «el artículo 48 del Código Penal Mili-

---

<sup>300</sup> Así, entre otras, literalmente, en las SSTs (Sala 2.ª) de 10 de febrero de 1972 (Ar. 846; Considerando 2.º), 17 de abril de 1973 (Ar. 1766; Considerando 1.º) y 18 de diciembre de 1981 (Ar. 5033; Considerando 5.º); y con pequeñas variaciones en la redacción, pero con idéntico significado, las SSTs (Sala 2.ª) de 16 de octubre de 1973 (Ar. 3846; Considerando 4.º), 13 de noviembre de 1974 (Ar. 4323; Considerando 3.º) y 8 de noviembre de 1982 (Ar. 7087; Considerando 1.º).

tar incluye no sólo los supuestos de comisión del delito en la ejecución de un acto de servicio, sino también cuando, en ocasión de tal acto, y aunque no haya sido una consecuencia directa de la función concreta encomendada, se produce un hecho delictivo»<sup>301</sup>. Pero el TS también ha manejado el citado criterio en otros supuestos de responsabilidad administrativa en que ninguna norma lo imponía. Cabe destacar, en este sentido, dos resoluciones de especial interés para nosotros porque abordan sendos supuestos de responsabilidad de la Administración sanitaria: el ATS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 25 de junio de 1997 (Ar. 5834) y la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 28 de diciembre de 1990 (Ar. 10102).

Este Auto declara la responsabilidad subsidiaria del INSA-LUD por los distintos delitos de agresión sexual cometidos por un médico sobre sus pacientes. El INSALUD, en su recurso, alegó que el médico había actuado al margen de sus obligaciones profesionales, señalando que el servicio únicamente había constituido la ocasión o el lugar donde dicho médico desplegó su actividad delictiva. El TS, por su parte, considera que «como igualmente se deriva de los hechos probados, la actuación del acusado no se ejecuta al margen de su obligación profesional, sino *con ocasión* de la misma», siendo ello suficiente, a juicio del TS, para imputar dicha actuación a la Administración y hacerla responder subsidiariamente *ex* artículo 22 del anterior Código penal<sup>302</sup>.

---

<sup>301</sup> STS (Sala 5.<sup>a</sup>) de 16 de octubre de 1996 (Ar. 7868; FJ 8.<sup>o</sup>). También, en la STS (Sala 5.<sup>a</sup>) de 11 de julio de 1997 (Ar. 6062; FJ 3.<sup>o</sup>). En ambas Sentencias, el TS acude al criterio de la ocasionalidad para hacer responder a la Administración por los daños causados, respectivamente, por un soldado que dispara a otro mientras desempeña el servicio de centinela, y por un soldado que, encontrándose prestando un servicio de seguridad, toma un vehículo militar sin autorización de sus superiores y provoca un accidente de circulación.

<sup>302</sup> FJ único. (La cursiva es mía).

Un caso análogo al del Auto comentado es el resuelto por la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 31 de enero de 1997 (Ar. 396). En ella, el TS condena a la Administración como responsable civil subsidiaria por los delitos cometidos por un maestro de escuela que, en el recinto escolar y durante las horas de permanencia de sus alumnos en el centro educativo, violó a uno de ellos y corrompió a otros diez. El TS sostiene que «Las citadas circunstancias de lugar y tiempo y las mencionadas condiciones del sujeto activo (maestro) y sujeto pasivo (alumnos) no permiten duda alguna acerca de que [...] el autor de tales delitos se encontraba actuando en el ejercicio de las funciones de su cargo cuando iba realizando los actos ilícitos por los que fue condenado» (FJ 5.<sup>o</sup>).

A una conclusión semejante llega también la Sentencia de 28 de diciembre de 1990 apuntada, en la que el TS condena subsidiariamente a la Diputación Provincial de León por los daños ocasionados por un médico interno residente al aplicar anestesia general a una paciente sin estar autorizado para ello ni por el Reglamento Interno del Hospital en el que prestaba sus servicios ni por la Comisión Nacional de la Especialidad de Anestesia y Reanimación. El TS, pese a admitir que el autor del daño se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, considera que «El dato decisivo para fundar la responsabilidad subsidiaria reconocida en antedicha norma [el artículo 22 del antiguo Código penal] radica en que el ilícito penal atribuido al subordinado o dependiente haya adquirido cuerpo *con ocasión* del servicio o cumplimiento de las obligaciones comisionadas por el principal» (FJ 8.º; la cursiva es mía).

De lo dicho se desprende que a la Administración (sanitaria y no sanitaria) no sólo le serán imputadas las conductas realizadas por sus agentes en el ejercicio de sus funciones respectivas, sino también las efectuadas con ocasión de las mismas. Por ello, la correcta definición del título de imputación de primer nivel que nos ocupa es la siguiente: que el agente haya actuado en

---

De ello parece deducirse que, para el TS, el maestro actuó en el ejercicio de sus funciones al cometer los delitos enunciados, y no ya sólo con ocasión de las mismas; se trataría, pues, de un ejercicio incorrecto (delictivo) de la función que no excluiría, por tanto, la responsabilidad administrativa. Sin embargo, en mi opinión, el TS debería haber dado a este caso la misma solución que al Auto comentado en el texto, y entender que el maestro no actuó en ejercicio (incorrecto) de sus funciones, sino únicamente con ocasión de las mismas. En efecto, la función de un maestro no es abusar sexualmente de sus alumnos, como tampoco lo es del médico abusar de sus pacientes. Su función es, en cambio, educar y, en su caso, vigilar a sus alumnos.

Sí hubiera habido, en cambio, ejercicio (incorrecto) de sus funciones, si el maestro, p. ej., hubiera empleado una metodología educativa lesiva de la dignidad de sus alumnos, o se hubiera mostrado negligente en su vigilancia. Lo que ha ocurrido en el caso concreto es que el maestro se ha valido de su condición para cometer los actos delictivos, aprovechando la *ocasión* que le ha proporcionado el servicio administrativo educativo.

Ninguna consecuencia práctica tiene, sin embargo, la crítica que dirijo a la Sentencia comentada, ya que, como se está viendo en el texto, la Administración debe responder no sólo cuando sus agentes causen daños en el ejercicio de sus funciones, sino también cuando los provoquen con ocasión de las mismas.

ejercicio o con ocasión de sus funciones. Una vez afirmado esto, ¿cómo concretar el alcance de este título de imputación?, ¿cuándo debe entenderse que una conducta es realizada en ejercicio o con ocasión de las funciones y cuándo no? Como ya se ha dicho, la respuesta a estos interrogantes la debe ofrecer la jurisprudencia, cuya doctrina puede ser clasificada en distintos grupos de casos.

Un primer grupo de casos lo constituye el uso por parte del dependiente de vehículos a motor de titularidad del empresario<sup>303</sup>. Cabe aquí distinguir distintos supuestos. Cuando el concreto uso del vehículo a motor por el dependiente es autorizado expresa o tácitamente por el empresario, el TS le hace responder en todo caso (aunque la autorización sea para un uso estrictamente personal del dependiente) por los daños que aquél pueda ocasionar<sup>304</sup>. A mi modo de ver, esta tendencia jurisprudencial es desmesurada, ya que no tiene en cuenta la finalidad con que el dependiente utiliza el vehículo ni la motivación que mueve al empresario a conceder la autorización; opino que cuando el empresario autoriza al dependiente el uso de un vehículo para una finalidad puramente personal, que nada tiene que ver con el ejercicio de las funciones de éste en el seno de la empresa, ni aquél actúa como empresario, ni éste conduce el vehículo como dependiente, de modo que no puede decirse que el eventual accidente de circulación que se produzca sea cometido en ejercicio o con ocasión de las funciones<sup>305</sup>.

<sup>303</sup> Pueden verse, al respecto, las pp. 483 a 521 de la obra citada de ZELAYA, y las pp. 318 a 322 de la de BARCELÓ.

<sup>304</sup> A modo de ejemplo puede citarse la STS (Sala 2.ª) de 23 de febrero de 1977 (Ar. 658). En ella, el TS declara la responsabilidad civil del empresario por los daños provocados por un dependiente con un vehículo de la empresa; aunque el daño fue causado fuera de la jornada laboral del dependiente, en día festivo, mientras satisfacía necesidades de tipo puramente personal, sin ninguna relación con sus funciones en el seno de la empresa, el TS condena al empresario porque había autorizado a dicho dependiente a conducir el vehículo incluso en días festivos, es decir, para satisfacer fines puramente personales.

<sup>305</sup> Cuando la autorización no persigue que el conductor realice algún servicio para la empresa, la cesión del vehículo en nada se distingue de la que pueda efectuarse entre dos sujetos no unidos por una relación de dependencia, por lo que no está justificado acudir a la vía del artículo 1.903.4 CC (o del Código penal) para imponer la responsabilidad civil al cedente.

La posición del TS en este punto, sin embargo, es coherente con la que mantiene, en general, en materia de cesión de vehículos a motor, en relación con la cual

Cuando, en cambio, el empresario no haya autorizado el *concreto* uso del vehículo a motor por parte del dependiente, la postura de la jurisprudencia no es unívoca, debiendo analizarse separadamente distintos supuestos. Cuando, en primer lugar, el dependiente, autorizado únicamente a conducir el vehículo para la realización de la actividad empresarial, utilice el vehículo inconscientemente para satisfacer finalidades totalmente personales, el TS, no sin excepciones, entiende que no ha habido actuación en ejercicio o con ocasión de las funciones y, consiguientemente, exonera de responsabilidad al empresario por los daños que aquél pueda ocasionar<sup>306, 307</sup>. A idéntica solución llega mayoritariamente el TS cuando, en segundo lugar, el depen-

---

ha venido llevando a cabo una interpretación amplísima del antiguo artículo 22 del Código penal y del artículo 1.903.4 CC, considerando (como hemos visto *supra*, en la nota núm. 239) que la mera cesión de un vehículo es suficiente para entender que concurre la nota de dependencia entre el conductor y el cedente exigida por dicho precepto; esta forzada postura del TS se explica por el gran número de accidentes de circulación existentes en nuestro país (que revela la gran peligrosidad de los vehículos a motor), la frecuente insolvencia del autor material del daño (por lo que se busca que quien indemnice sea la compañía aseguradora del propietario del vehículo) y la falta de regulación de este tipo de supuestos.

Ahora, con el apartado 5.º del artículo 120 del nuevo Código penal, el TS no necesitará seguir forzando la letra de la Ley para resolver con justicia estos supuestos, al menos cuando del uso del vehículo a motor se derive un delito o falta.

<sup>306</sup> Ejemplificativamente cabe citar la STS (Sala 2.ª) de 20 de abril de 1972 (Ar. 1745) y la STS (Sala 1.ª) de 2 de julio de 1990 (Ar. 5766).

En la primera, un dependiente, vulnerando las instrucciones del empresario, coge el vehículo de la empresa para trasladarse con su novia y unos amigos a una ciudad cercana, para su propia diversión, y durante el trayecto provoca un accidente. El TS absuelve al empresario por entender que no concurre el título de imputación que estamos examinando.

En la segunda Sentencia (advirtiéndose que proviene de la Sala de lo Civil del TS, lo cual no es frecuente en este título de imputación), un dependiente toma el tractor del empresario para dirigirse, de noche, con unos amigos, a un bar cercano, y sufre un accidente que cuesta la vida a uno de sus ocupantes. El TS absuelve al empresario por entender que éste sólo había autorizado al dependiente a utilizar el tractor para las funciones agrícolas propias de un vehículo de tal naturaleza; para el TS existe, pues, una actividad totalmente ajena a la función encomendada que no puede ser imputada al empresario y que comporta su exoneración de responsabilidad.

<sup>307</sup> Para BARCELÓ, esta solución jurisprudencial es equivocada, y nada impediría considerar que el dependiente que utiliza inconscientemente un vehículo de la empresa para fines personales está actuando con ocasión de sus funciones, ya que ha podido acceder al vehículo, precisamente, gracias a éstas (BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario...*, *op. cit.*, pp. 320-321).

diente que conduce el vehículo para la realización de la actividad empresarial permite que un tercero, ajeno a la empresa, le acompañe en el trayecto: en estos casos, si el vehículo sufre un accidente, y el pasajero invitado resulta dañado, el TS excluye la responsabilidad del empresario frente a éste cuando dicho empresario no ha autorizado ni expresa ni tácitamente este transporte benévolo de pasajeros. La solución es diversa cuando el pasajero invitado es otro dependiente del empresario y no ya un tercero ajeno a la empresa, pues aquí el TS se inclina por declarar la responsabilidad civil del empresario<sup>308</sup>.

Debe advertirse que no parece que la jurisprudencia vertida por el TS en materia de daños provocados por dependientes en uso de vehículos a motor de la empresa, cuyos rasgos esenciales acaban de ser examinados, pueda ser extrapolada a otros supuestos de causación de daños por dependientes en utilización de distintos instrumentos peligrosos de la empresa a los que tienen acceso debido a las funciones propias de su cargo en el seno de ésta (como, p. ej., armas, explosivos o, en el ámbito médico, peligrosos aparatos de diagnóstico y tratamiento o sustancias tóxicas). Ello es así porque el tema de la conducción de vehículos a motor tiene, por distintas razones, una singularidad propia, que ha llevado al TS a confeccionar criterios válidos exclusivamente para este concreto ámbito de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, lo dicho en esta materia nos es útil, ya que la Administración, en general, y la Administración sanitaria, en particular, se valen de vehículos a motor para la realización de sus funciones. La Administración sanitaria, concretamente, utiliza ambulancias para el cumplimiento de sus fines, ambulancias que también provocan accidentes de circulación y cuyo

---

<sup>308</sup> Resulta ilustrativa de esta postura del TS la STS (Sala 2.ª) de 14 de junio de 1967 (Ar. 2657). Un dependiente, mientras conduce un tractor en ejercicio de sus funciones para la empresa, ocasiona un accidente. En el tractor viajaban varios ocupantes, que resultaron heridos; de ellos, uno era compañero de trabajo del conductor, y viajaba en el tractor por expresa orden del empresario; los otros eran terceros ajenos a la empresa. El TS declara la responsabilidad del empresario únicamente respecto del ocupante dependiente de la empresa. Le exonera, en cambio, respecto de los terceros, pues entiende que el conductor del tractor, al permitirles que viajaran en el vehículo, se extralimitó en sus funciones, consistentes en transportar teja, y no ya a terceras personas.

régimen de responsabilidad debe quedar sometido a los criterios jurisprudenciales expuestos.

Un segundo grupo de casos gira en torno al exceso de celo en que pueden incurrir los dependientes en el cumplimiento de sus funciones<sup>309</sup>. En este grupo de casos se incluyen supuestos muy variados, que tienen en común el hecho de que el dependiente cometa la acción lesiva movido por la intención de cumplir del mejor modo posible las funciones que tiene asignadas. Aunque tampoco aquí falten excepciones, el TS maneja, en general, para resolver este tipo de supuestos, un criterio amplio, que le lleva a imputar la conducta lesiva al empresario y declarar su responsabilidad civil. A mi modo de ver, cabe distinguir, en lo que ahora nos interesa, dos grandes subgrupos de casos. El primero se caracteriza por agrupar aquellos supuestos en que el dependiente, actuando en ejercicio de sus funciones, ha realizado un cumplimiento incorrecto de las mismas. En el segundo, en cambio, el dependiente no actúa en ejercicio (incorrecto) de sus funciones, sino de otras distintas, pero conectadas con las que tiene atribuidas; es decir, que actúa con ocasión de sus funciones.

Dentro del primer subgrupo cabe encuadrar la jurisprudencia que imputa al empresario las acciones desproporcionadas de sus dependientes encargados de llevar a cabo labores de vigilancia. Se trata de casos en que el vigilante, en un exceso de celo en su actuación, y a menudo como consecuencia de una errónea apreciación de las circunstancias fácticas, reacciona desproporcionadamente ante la amenaza externa. Existe, entonces, un ejercicio de las funciones propias (el vigilante actúa para repeler la agresión, que es para lo que ha sido contratado), ejercicio que es realizado incorrectamente. Al haber ejercicio de las funciones propias, y realizarse, pues, el título de imputación que nos ocupa, el TS atribuye la conducta al empresario y le hace responder. A título de ejemplo cabe citar la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 6 de junio de 1990 (Ar. 6245), que declara la responsabilidad del empresario por el homicidio causado por uno de sus vigilantes mientras

---

<sup>309</sup> Pueden verse, al respecto, las pp. 521 a 540 de la obra citada de ZELAYA.

intentaba evitar que unos jóvenes causaran daños a la propiedad (una pista de autos de choque) de aquél. O la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 12 de julio de 1993 (Ar. 5910), que decreta la responsabilidad del titular de una finca por el homicidio cometido por el vigilante de la misma al querer evitar que la víctima practicara la caza furtiva en ella.

Dentro del segundo subgrupo resulta posible incluir, p. ej., a la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 13 de noviembre de 1974 (Ar. 4323). Según se desprende de los hechos que declara probados, un peón de la construcción que pretendía aprovechar al máximo los últimos minutos de la jornada matutina pidió al compañero encargado de accionar el montacargas que le pasara una mezcla que necesitaba para su trabajo. Ante la negativa de éste (era ya tarde), aquél decidió accionar el montacargas por su cuenta, y, al hacerlo sin la debida atención, provocó la muerte de otro compañero. El TS declara la responsabilidad del empresario, a pesar de que al peón causante del daño no le correspondiera el día de autos estar a cargo del montacargas. Como puede apreciarse, la Sentencia imputa al empresario una conducta lesiva desarrollada por el dependiente en ejercicio de funciones distintas de las que tenía atribuidas (al peón no le correspondía accionar el montacargas), lo que revela una amplia interpretación jurisprudencial del título de imputación examinado<sup>310</sup>.

La jurisprudencia vertida en el marco de este segundo grupo de casos caracterizados por el exceso de celo del dependiente es también aplicable a la responsabilidad de la Administración, sanitaria y no sanitaria. De hecho, así lo viene haciendo el propio TS: al analizar la jurisprudencia recaída en materia de responsabilidad por daños causados por las fuerzas y cuerpos de seguridad, hemos constatado ya que el TS imputa con normalidad a la Administración las conductas lesivas realizadas por los policías en el ejercicio incorrecto de sus funciones como conse-

---

<sup>310</sup> Una segunda Sentencia inscrita en este segundo subgrupo de casos de exceso de celo y situada en esta línea de generosa interpretación jurisprudencial es la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 28 de diciembre de 1990, que ya conocemos, y sobre la que se volverá inmediatamente, en el texto.



cuencia de un exceso de celo<sup>311</sup>; y, poco después, al examinar la STS (Sala 2.ª) de 28 de diciembre de 1990, que también contempla un supuesto de exceso de celo (esta vez, de un médico), hemos comprobado que dicho Tribunal extiende a la Administración el criterio de la ocasionalidad. Los supuestos imaginables de exceso de celo por parte de un agente integrado en la organización administrativa sanitaria son múltiples: cirujanos que operen a sus pacientes a toda velocidad, para así reducir las largas listas de espera de la sanidad española; médicos que, prescindiendo de efectuar las pruebas y análisis habituales, realicen diagnósticos precipitados, para de este modo poder atender a un mayor número de pacientes y reducir los costes de la sanidad pública; jóvenes médicos que, no hallándose todavía autorizados para practicar determinadas actuaciones médicas, no obstante, las realicen (este es el supuesto de la citada STS —Sala 2.ª— de 28 de diciembre de 1990) para evitar así la sobrecarga de trabajo de los médicos autorizados a practicarlas, etc. Estaremos, en general, ante un supuesto de exceso de celo sujeto a la jurisprudencia analizada, siempre que un médico u otro tipo de agente al servicio de la Administración sanitaria asuma funciones que no le corresponden o cumpla incorrectamente las que tenga atribuidas, buscando con ello proteger en mayor medida los intereses de la Administración. En todos estos supuestos, si aplicamos la jurisprudencia examinada, la conducta del agente será, en general, imputada a la Administración.

Un tercer grupo de casos abordado por la jurisprudencia en relación con el título de imputación que nos ocupa es el de hurtos, fraudes, estafas y otros engaños cometidos por los dependientes en perjuicio de los clientes del empresario<sup>312</sup>. Los supuestos incluidos en este grupo de casos tienen en común que en ellos el dependiente actúa con una finalidad puramente personal, contrapuesta totalmente a la del empresario: el hurto o

---

<sup>311</sup> La problemática que plantea la responsabilidad de la Administración por los daños causados por agentes de la autoridad en un ejercicio incorrecto de su función, es análoga, en lo que ahora nos interesa, a la de la responsabilidad del empresario por actos de sus dependientes encargados de labores de vigilancia.

<sup>312</sup> Pueden verse, al respecto, las pp. 540 a 551 de la obra citada de ZELAYA, y las pp. 322 a 329 de la de BARCELÓ.

engaño beneficia económicamente sólo al dependiente, y no ya al empresario. En este concreto sector es detectable también una evolución jurisprudencial tendente a ampliar progresivamente la responsabilidad empresarial. De una posición inicial restrictiva, en la que el TS excluía la atribución de la conducta lesiva al empresario, se ha ido pasando a una postura más amplia, que considera suficiente que el dependiente haya actuado con ocasión de sus funciones al cometer el hurto o engaño para llevar a cabo dicha imputación. Para el TS, en este sentido, basta que el dependiente sea la persona encargada por el empresario para llevar a cabo las operaciones que han dado lugar al hurto o la estafa. Cuando ello ocurre, y el dependiente se haya valido de su cargo en la empresa para cometer el ilícito, el TS considera que el empresario ha sido quien ha generado la ocasión necesaria para que el dependiente realice su actuación lesiva. El TS, pues, en esta jurisprudencia más reciente, concede especial importancia al hecho de que exista una apariencia de actuación en ejercicio de las funciones, apariencia favorecida por el empresario y en la que la víctima, de buena fe, ha confiado<sup>313</sup>.

Una Sentencia ilustrativa de esta postura jurisprudencial, citada en las resoluciones más recientes, es la STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 21 de noviembre de 1991 (Ar. 8442). En ella, el TS condena a una entidad bancaria por el delito de apropiación indebida cometido por el director de una de sus sucursales. Dicho director, para mayor comodidad de unos clientes titulares de una gasolinera, se ofreció a retirar, fuera de su jornada laboral, los fondos que había en ésta; una vez retirados, sin embargo, no los ingresaba en la cuenta de aquéllos, sino que los incorporaba a su patrimonio personal, apropiándose indebidamente de ellos. Más recientemente, el TS ha seguido esta misma línea, p. ej., en las SSTS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 13 de octubre de 1994 (Ar. 7892; en ella, el TS condena a una empresa constructora por la apropiación inde-

---

<sup>313</sup> Nótese que, en estos supuestos, el dependiente no actúa en ejercicio (correcto o incorrecto) de sus funciones, sino que se aprovecha de ellas, actuando, pues, con ocasión de las mismas. En efecto, el empresario no ha contratado al dependiente para que hurte o estafe a sus clientes (de ser así, el empresario no respondería por hecho ajeno, sino por hecho propio, como coautor), sino para que desempeñe su encargo en beneficio de la empresa. Por ello, lo que existe es una *apariencia* de actuación en el ejercicio de las funciones propias.

bida cometida por uno de sus empleados), 26 de abril de 1996 (Ar. 2999; en ella, el TS, con apoyo en la STS —Sala 2.<sup>a</sup>— de 21 de noviembre de 1991 acabada de citar, declara la responsabilidad civil de una caja de ahorros por la apropiación indebida cometida por el director de una de sus sucursales) y 4 de marzo de 1997 (Ar. 1826; en ella, el TS, apoyándose también en la citada STS —Sala 2.<sup>a</sup>— de 21 de noviembre de 1991, condena a la ONCE por la estafa cometida por unos empleados suyos).

Al igual que ocurre con la jurisprudencia emanada en relación con los dos grupos de casos anteriores, la recaída en materia de hurtos, robos, apropiaciones indebidas, estafas y otros engaños es plenamente aplicable a la Administración pública, en general, y a la sanitaria, en particular. Así se desprende, incluso, de resoluciones del propio TS, como, p. ej., las SSTS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 8 de junio de 1995 (Ar. 4563) y 4 de mayo de 1994 (Ar. 3655). En la primera, el TS condena a la Administración por el robo cometido por un cartero que viola la correspondencia, se apropia de tarjetas de crédito remitidas por los bancos a sus clientes, conoce sus números secretos y extrae el dinero de sus respectivas cuentas corrientes. El TS fundamenta su condena a la Administración en el hecho de que «la condición de funcionario de Correos, y concretamente su calidad de encargado del reparto de la correspondencia, son las que, aprovechadas por el acusado, le permiten realizar la parte esencial de los hechos imputados» (FJ 2.<sup>o</sup>). Por su parte, la segunda STS declara la responsabilidad de la Administración por la apropiación indebida cometida por un empleado de un hospital psiquiátrico público encargado de la gestión administrativa y económica de los pacientes ingresados.

Junto a las Sentencias dictadas por el TS en relación con estos tres grandes grupos de casos, resulta de interés considerar alguna resolución aislada de este Tribunal para delimitar con mayor exactitud el alcance que el mismo concede al título de imputación que estamos examinando. Son interesantes, en este sentido, las SSTS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 24 de abril de 1978 (Ar. 1482) y 23 de abril de 1996 (Ar. 2922). En la primera, el TS imputa al titular de un bar la conducta de una de sus camareras consistente en arrojar un vaso a la cara de un cliente tras una fuerte discu-

sión. El TS basa la atribución de responsabilidad al empresario en la circunstancia de que «la inculpada realizó el hecho delictivo con ocasión del servicio que desempeñaba». En la segunda Sentencia, el TS condena al empresario titular de un barco pesquero por el puñetazo propinado por uno de los marineros al capitán como consecuencia de la sanción que éste le había impuesto por llevar a cabo con poca dedicación su trabajo. Para el TS, «el condenado realizó el hecho delictivo en el ámbito de su relación laboral, con ocasión y motivo del servicio que prestaba para la entidad de la cual era empleado» (FJ 2.º). Ambas SSTs, cuyos supuestos de hecho son perfectamente imaginables en el seno de la Administración sanitaria<sup>314</sup> (puede suceder que un médico —o cualquier otro agente al servicio de esta Administración— agreda a un paciente, o a otro médico), ilustran la amplitud que el TS otorga al título de imputación de la actuación en ejercicio o con ocasión de las funciones propias.

De todo lo dicho hasta ahora en relación con el título de imputación examinado en el presente epígrafe se deduce que el mismo debe ser objeto de una interpretación amplia que permita atribuir a la Administración sanitaria todas aquellas conductas que, según la conciencia jurídica de nuestros días, son manifestación de la actividad administrativa. Esta interpretación amplia da lugar a la formulación del título de imputación que ya hemos visto antes: a la Administración sanitaria se le imputarán aquellas conductas que los agentes integrados en su organización *realicen en el ejercicio o con ocasión de sus funciones*, de las funciones que tengan atribuidas.

De esta formulación se desprende que el presente título de imputación presenta dos modalidades de realización: a la Administración le serán atribuidas tanto aquellas conductas realizadas por sus agentes *en el ejercicio* de sus funciones como las que lleven a cabo *con ocasión* de las mismas.

La primera modalidad, la actuación en ejercicio de las funciones, tiene un alcance menor que la segunda. Para saber si el

---

<sup>314</sup> Aunque excedan del objeto de estudio del presente trabajo, centrado fundamentalmente en la actividad típica de la Administración sanitaria, la prestación de asistencia sanitaria.

agente ha actuado en ejercicio de las funciones que tiene asignadas sólo hay que cotejar la conducta que ha llevado a cabo con las estrictas misiones que integran las funciones de su cargo. Para conocer cuáles son estas misiones no sólo habrá que tener en cuenta el concreto instrumento jurídico que vincula al agente con la Administración y las obligaciones que en general incumben a los agentes que ocupen cargos similares en el seno de la organización administrativa, sino también las específicas tareas que la Administración le haya encomendado, expresa o tácitamente, de un modo informal. Esencial, en cualquier caso, para conocer las concretas funciones atribuidas al puesto de trabajo ocupado por el agente (ya tenga la condición de funcionario en sentido estricto o de personal laboral) en el seno de la organización administrativa, resulta la *relación de puestos de trabajo*; como se ha señalado más arriba, en ella no sólo se enumeran exhaustivamente los distintos puestos de trabajo existentes en las diferentes Administraciones públicas, sino que, además, se describen cuáles son las concretas funciones atribuidas a cada uno de ellos.

Por otro lado, como hemos visto, también actúa en ejercicio de sus funciones el agente que las lleva a cabo *incorrectamente*: el ejercicio incorrecto (incluso delictivo) de la función es, pues, ejercicio de la función, y como tal debe ser imputado a la Administración.

La segunda modalidad, la actuación con ocasión de las funciones, es mucho más amplia, y permite imputar a la Administración conductas no realizadas en el ejercicio de las funciones propias pero de algún modo conectadas con las mismas. Saber cuándo una conducta es realizada con ocasión de las funciones, debiendo, por ello, ser imputada a la Administración, es más complejo que determinar si se ha actuado en ejercicio de las atribuciones, ya que no es posible tomar como referencia unas concretas y —más o menos— tasadas misiones inherentes a un cargo. Saber si el agente ha actuado con ocasión de sus funciones o si, en cambio, su actividad es puramente personal, privada, exige considerar los parámetros más arriba enumerados (tiempo y lugar de comisión de la conducta, etc.), siendo la jurisprudencia (cuya posición hemos visto a través de algunos grupos de casos y sentencias aisladas) quien debe tener la última palabra.



## IMPUTACIÓN DE SEGUNDO NIVEL: IMPUTACIÓN DEL DAÑO A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

### 1. Introducción

En el capítulo precedente hemos examinado cuándo y bajo qué condiciones una conducta puede ser imputada, atribuida, a la Administración pública, en general, y a la Administración sanitaria, en particular. Hemos examinado, en definitiva, cuándo nos encontraremos ante actividad administrativa (actividad de la Administración) a efectos de responsabilidad.

En el presente capítulo nos ocuparemos de la que he llamado imputación de segundo nivel. Analizaremos, de este modo, cuándo y bajo qué condiciones puede un daño ser atribuido a una determinada conducta. Como según el esquema aquí propuesto, el análisis de todo supuesto en que se plantee la responsabilidad de la Administración pública debe partir, en primer lugar, de la constatación de la existencia de una lesión con todos sus requisitos, y debe continuar, en segundo lugar, con la verificación de que la conducta enjuiciada (presumiblemente causante de la lesión) es imputable a la Administración pública (imputación de primer nivel), cuando llegue el momento de examinar si aquella lesión es imputable a esta conducta (imputación de segundo nivel), ya sabremos que dicha conducta es a su vez atribuible a la Administración, de modo que podremos decir, para evitar circunloquios, que en la última fase de análisis de lo que se trata es de averiguar si el daño es imputable *a la Administración*. Por ello, en lo que sigue, no especificaré que estamos examinando cuándo y bajo qué condiciones puede imputarse un daño a una conducta *a su vez imputable a la Administración pública* en virtud de los títulos de imputación de primer nivel anteriormente desarrollados, sino que, directamente, me referiré a cuándo un daño puede serle imputado a la Administración<sup>315</sup>.

---

<sup>315</sup> Una última advertencia terminológica: para ser preciso debería hacer referencia siempre a la imputación de una *lesión* a la Administración, ya que ésta es

Como hemos visto en el capítulo primero<sup>316</sup>, al exponer y tratar de fundamentar la redefinición de los conceptos de causalidad e imputación aquí propuesta, para que proceda la imputación de segundo nivel o imputación del daño y, por tanto, pueda atribuirse un daño a una determinada conducta, es preciso, en primer lugar, que exista relación de causalidad entre la conducta y el daño y, en segundo lugar, que dicho daño pueda ser imputado objetivamente (en sentido estricto) a la conducta que lo ha causado. Se trata de dos fases de análisis sucesivas que conviene separar con claridad porque mientras la causalidad posee una naturaleza puramente fáctica, la imputación tiene un carácter eminentemente normativo, valorativo. Comenzaremos estudiando el nexo causal y a continuación nos adentraremos en la problemática de la imputación *stricto sensu*, siempre en relación con la responsabilidad de la Administración sanitaria.

Pero antes creo necesario describir las aportaciones de PANTALEÓN y BELADIEZ, dos autores que han introducido la teoría alemana de la imputación objetiva en ámbitos del ordenamiento jurídico español distintos del penal. Lo han hecho, respectivamente, en el Derecho civil de la responsabilidad extracontractual y en el Derecho administrativo de la responsabilidad patrimonial. Ambos autores han asumido la distinción, que aquí se secunda, entre causalidad e imputación del daño (en sentido estricto), la primera fáctica, la segunda normativa. Y han centrado sus esfuerzos, fundamentalmente, en la imputación del daño, adaptando los criterios o títulos de imputación elaborados por la doctrina civilista alemana (en el caso de PANTALEÓN) y la doctrina penalista española (en el caso de BELADIEZ) a las peculiaridades de la responsabilidad extracontractual de los particulares y de la Administración<sup>317</sup>. La expo-

---

más concreta que el concepto de daño y reúne las características exigidas por la normativa para que nos encontremos ante un resultado lesivo indemnizable. Sin embargo, hecha esta advertencia, me referiré indistintamente a la imputación de «lesión» o de «daño». Muchas veces, incluso, en este capítulo, utilizaré sólo el término «imputación» para aludir a la imputación del daño o lesión.

<sup>316</sup> A lo dicho allá me remito, para evitar repeticiones innecesarias. De especial importancia para comprender lo que se dirá en el presente capítulo resulta, sobre todo, el epígrafe 3.3.2 de aquel capítulo. Alguna repetición, sin embargo, será necesaria.

<sup>317</sup> Como partidarios de la teoría de la imputación objetiva, ambos autores sostienen que, para que pueda atribuirse el resultado lesivo a una determinada con-



sición de sus aportaciones nos servirá de inmejorable introducción a los problemas que se plantean en sede de imputación de segundo nivel.

### 1.1. LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

PANTALEÓN, hace ya algunos años, importó la teoría de la imputación objetiva al Derecho civil español<sup>318</sup>. Este autor, como aquí se defiende, considera que no deben confundirse los planos de la causalidad y de la imputación, y que deben concurrir ambos para que nazca la responsabilidad extracontractual. La causalidad viene definida perfectamente por la teoría de la equivalencia de las condiciones. A continuación, describe los criterios de imputación objetiva elaborados por la doctrina civilista alemana, ilustrándolos con muchos ejemplos extraídos fundamentalmente de la jurisprudencia civil alemana y española<sup>319</sup>. Estos criterios son los siguientes:

1. Criterio del riesgo general de la vida (*allgemeines Lebensrisiko*). Según este criterio, no debe producirse la imputación de un resultado cuando sea la realización de un riesgo habi-

---

ducta, y nazca la responsabilidad extracontractual, es preciso que exista relación de causalidad entre conducta y resultado y que, además, la conducta cumpla una serie de criterios normativos o títulos de imputación (los que he denominado títulos de imputación de segundo nivel). Como veremos a continuación, ambos autores se ocupan sobre todo del segundo aspecto (títulos de imputación de segundo nivel).

<sup>318</sup> En dos artículos distintos: de forma más extensa, en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.* Y resumidamente, en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Artículo 1.902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.), *Comentario del Código Civil*, 2.ª ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1985-1988. Lo que a continuación se diga puede encontrarse en ambos artículos. No los citaré cada vez para no cansar al lector.

<sup>319</sup> El esquema propuesto por PANTALEÓN no recoge todos los matices de la doctrina civilista alemana en esta materia, porque tampoco lo pretende; como el mismo autor advierte, se trata de una introducción divulgativa a toda una problemática que en Alemania viene siendo tratada desde hace ya muchos años. Para una visión introductoria, aunque, como siempre, muy lúcida, de la cuestión, puede verse LARENZ, Karl, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, pp. 435-457. Para un examen más detallado véase LANGE, HERMANN, *Schadensersatz*, *op. cit.*, pp. 57-103.

tualmente ligado al natural existir del perjudicado. Así, no deberá responder quien con su conducta no aumente el riesgo general de la vida del perjudicado de sufrir un daño como el acaecido. Ejemplo: *A* causa leves lesiones a *B*; *B* coge un taxi para ir al hospital, y sufre entonces un accidente de tráfico. Según este primer criterio, *A* no debe responder de las lesiones derivadas del accidente de tráfico de *B*, porque con su conducta no ha aumentado el riesgo de *B* de sufrir un accidente de este tipo, riesgo que es un riesgo general de la vida.

2. Criterio de la prohibición de regreso (*Regreßverbot*). Según él, no se imputará el resultado a quien haya puesto en marcha el concreto curso causal que ha desembocado en aquél, cuando con posterioridad intervenga la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero. Excepto en el caso de que la conducta del tercero se haya visto decisivamente favorecida por la conducta inicial del responsable, o de que sea una de aquellas que la norma de cuidado infringida por el responsable tenía por finalidad evitar. Sólo parece necesario ilustrar con un ejemplo la segunda excepción a la operatividad de este criterio: en el caso del atraco a una sucursal del Banco Hispano Americano de Barcelona, la conducta dolosa de los atracadores (consistente en robar las cajas de seguridad del banco) no impide imputar los daños al banco, puesto que las normas de seguridad omitidas por el mismo tenían por finalidad evitar, precisamente, conductas dolosas como la producida (las normas de seguridad dirigidas a los bancos persiguen evitar los robos).

3. Criterio de la provocación (*Herausforderung*). Este criterio permite resolver dos grupos de casos. El primero agrupa aquellos supuestos en que alguien experimenta daños (o los causa a terceros) al perseguir a quien, habiendo causado un daño, huía de la escena del hecho dañoso. Aquellos daños deberán ser imputados al perseguido, que ha provocado la persecución, cuando pueda considerarse que dicha persecución no es irrazonable. El segundo grupo acoge aquellos casos en que alguien sufre daños (o los causa a terceros) al intentar salvar su vida, su integridad o sus bienes, o los de otro, de una situación de peligro cierto creada culpablemente por el posible responsable. Este posible responsable deberá responder de aquellos

daños, excepto en el caso de que el salvamento deba ser considerado altamente irrazonable.

4. Criterio del incremento del riesgo (*Risikoerhöhung*). Según él, no cabe imputar un resultado a una conducta, si dicha conducta no ha incrementado el riesgo de que aquél se produzca. No hay incremento del riesgo cuando, suprimida mentalmente la conducta examinada (o introducida mentalmente la acción debida, en los casos de omisión), el resultado siga produciéndose, con seguridad o con probabilidad rayana en la certeza.

5. Criterio del fin de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad (*Schutzzweck der Haftungsbegründenden Norm*). Este criterio impide imputar al responsable aquellos daños que escapen de la finalidad de la norma por él vulnerada y sobre la que pretenda fundamentarse su responsabilidad. Ello ocurre, p. ej., en el caso del empresario que, vulnerando la normativa sobre descanso dominical, hace trabajar a sus empleados en domingo, cerca de un polvorín que imprevisiblemente explota: la norma vulnerada por el empresario tiene por finalidad evitar la explotación de los trabajadores, no evitar que mueran durante la jornada laboral.

6. Finalmente, el criterio tradicional de la adecuación (*Adäquanz*). Según él, no cabe imputar un resultado a una conducta, cuando la producción de dicho resultado hubiera sido considerada extraordinariamente improbable por un observador experimentado situado, *ex ante*, en la misma posición del dañante y dotado de los especiales conocimientos de éste. Este criterio sigue mostrándose útil, según PANTALEÓN, en los supuestos de cursos causales completamente irregulares o anormales.

Este esquema propuesto por PANTALEÓN no se ha impuesto —al menos de momento— en la doctrina civilista española, y ha recibido la crítica expresa de BELADIEZ, quien considera que el manejo de los criterios descritos conduce a una «grave inseguridad»<sup>320</sup>. El propio PANTALEÓN admite las limitaciones de su propuesta cuando afirma que «los criterios de imputación objetiva

---

<sup>320</sup> BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad...*, op. cit., p. 102, en nota.

no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino tópicos de impreciso halo, en cuanto condensan juicios de valor, a veces contradictorios, y siempre difíciles de aprehender»<sup>321</sup>.

En mi opinión, la insatisfactoriedad e inseguridad que puede producir este esquema es fruto de la fuente de la que emana; en efecto, es forzoso reconocer que la teoría de la imputación objetiva no ha alcanzado entre los civilistas alemanes el mismo nivel de perfección técnica que entre los penalistas de éste y de nuestro país. No porque los criterios de imputación propuestos (que son, en esencia, los recogidos por PANTALEÓN) sean erróneos, que no lo son, sino porque no están articulados en torno a una idea común que permita calificar al conjunto de sistema y evite la sensación de inseguridad que la mera yuxtaposición de criterios (aplicables muchas veces, aparentemente, a los mismos supuestos, conduciendo a soluciones contradictorias) produce.

Debe decirse, no obstante, en favor de la doctrina civilista alemana, que tampoco se limita a yuxtaponer los criterios expuestos, sino que prioriza a unos sobre otros. Así, de los seis criterios enunciados, sólo dos son utilizados con vocación de generalidad<sup>322</sup>. Se trata de los criterios de la adecuación y del fin de protección de la norma. El criterio de la adecuación (o teoría de la adecuación) es el que fue empleado en primer lugar. Pero ha sido objeto de muchas críticas. Se le recrimina que es poco apropiado como criterio de imputación, ya que pretende resolver una cuestión esencialmente valorativa, como es la de cuándo debe imputarse un daño a un sujeto, mediante un juicio puramente cuantitativo (la frecuencia estadística de producción de un resultado como el acaecido)<sup>323</sup>. Por eso, un sector importante de la doctrina civilista de ese país viene proponiendo, desde hace ya varias décadas, sustituir el criterio de la adecuación por el de la finalidad de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad. Otro sector, en cambio (en el que destaca LARENZ<sup>324</sup>),

<sup>321</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1591.

<sup>322</sup> El propio PANTALEÓN así lo señala en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1591.

<sup>323</sup> LARENZ, Karl, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, p. 440.

<sup>324</sup> LARENZ utiliza la adecuación como criterio de imputación fundamental. Reconoce, no obstante, que debe ser complementada (o, incluso, sustituida, como

creo posible y necesario combinar ambos criterios, el de la adecuación y el del fin de protección de la norma, para así delimitar correctamente los supuestos en que debe imputarse el daño de aquéllos en que no<sup>325</sup>.

Como se ha dicho, los criterios de imputación del daño (de imputación objetiva en sentido estricto) expuestos son perfectamente válidos, y sólo requieren, para ser totalmente operativos, ser insertados en un esquema general que los articule y relacione. Este esquema lo suministra, a mi modo de ver, la doctrina penalista, y ya lo conocemos: para que pueda imputarse un resultado a una conducta que lo ha causado, es preciso que dicha conducta haya creado un riesgo jurídicamente relevante que a su vez se haya realizado en el resultado.

Dentro de este esquema, la doctrina penalista inserta muchos de los referidos criterios: el criterio de la adecuación y el de la prohibición de regreso son incluidos con frecuencia (y tras ciertas matizaciones) en la fase de creación de un riesgo jurídicamente relevante<sup>326</sup>, mientras que el del incremento del riesgo y el del fin de protección de la norma acostumbran a serlo en la segunda fase, la de realización del riesgo en el resultado<sup>327</sup>.

---

p. ej., en los supuestos de responsabilidad por riesgo), en algunas ocasiones, con el criterio del fin de protección de la norma, cuando resulte necesario negar la imputación a pesar de existir adecuación. Pero advierte que no debe sobrevalorarse este segundo criterio, que en muchas ocasiones no debe operar. Este autor descarta expresamente la validez del criterio del riesgo general de la vida, y se muestra partidario del criterio de la provocación en los casos en que intervengan la víctima o terceros (LARENZ, Karl, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, pp. 435-457).

<sup>325</sup> Para una breve pero completa referencia a las distintas posturas existentes en la doctrina (y en la jurisprudencia) civilista alemana en relación con el criterio del fin de protección de la norma, puede verse LANGE, HERMANN, *Schadensersatz*, *op. cit.*, pp. 78-79.

<sup>326</sup> Así lo hacen, p. ej., en lo referente al criterio de la adecuación, ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 367; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva...*, *op. cit.*, pp. 79-124; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 233.

Y, en lo referente a la prohibición de regreso (matizada y reconducida al principio de confianza, como criterio determinante de la ausencia de imprudencia y, por ende, de ausencia de creación de un riesgo jurídicamente relevante), ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 1006-1007.

<sup>327</sup> En cuanto al criterio del incremento del riesgo (que no es aceptado pacíficamente), sobre todo, ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 379-384.

De todos estos criterios parecen de especial utilidad para nuestro objeto de estudio (la imputación de daños a la Administración sanitaria) el de la adecuación (debidamente matizado, como veremos) y el del incremento del riesgo<sup>328</sup>.

## 1.2. LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

BELADIEZ ha propuesto recientemente aplicar la teoría de la imputación objetiva a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública española<sup>329</sup>. Para ello, a diferencia de PANTALEÓN, ha optado por el desarrollo que de la misma han realizado los penalistas. Esta autora parte, pues, del esquema que aquí se acepta y que ya ha sido enunciado: la Administración sólo deberá responder cuando, existiendo relación de causalidad entre su funcionamiento y el resultado, haya creado un riesgo jurídicamente relevante que además se realice en dicho resultado lesivo.

A partir de aquí, sin embargo, BELADIEZ se separa completamente de los planteamientos propios del Derecho penal (y que,

---

El criterio del fin de protección de la norma es examinado en la fase de realización del riesgo en el resultado, p. ej., por MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva...*, op. cit., pp. 259-311.

ROXIN, por su parte, concede al criterio del fin de protección dos ubicaciones distintas, en función de la norma a cuyo fin de protección se alude: el fin de protección de la norma de *diligencia* infringida es estudiado por este autor en el marco de la realización del riesgo en el resultado; el fin de protección del *tipo penal*, por su parte, recibe de ROXIN un tratamiento autónomo, y constituye una tercera fase (posterior a los de creación de un riesgo jurídicamente relevante y de realización del mismo en el resultado) necesaria para que se produzca la imputación objetiva del resultado (ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 377-378, 385-386 y 386-402).

<sup>328</sup> El criterio del incremento del riesgo, pese a su indudable interés, no será desarrollado en el presente trabajo. Su estudio, en el marco de la problemática más amplia en que se inserta, la de los comportamientos alternativos conformes a Derecho, se deja para otra ocasión. Sólo apuntar que dicho criterio opera en la fase de realización del riesgo en el resultado.

<sup>329</sup> BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 92-134. Lo que a continuación se dirá proviene de las páginas acabadas de citar. He tenido la oportunidad de efectuar una recensión de este libro, libro imprescindible para todos aquellos que estén interesados en el tema de la responsabilidad extracontractual por el funcionamiento de los servicios públicos; dicha recensión ha sido publicada en REDA, núm. 101, enero-marzo de 1999.

como se ha visto, no difieren en muchos puntos de forma sustancial de los planteamientos civilistas), y elabora una original y sugestiva concreción de los requisitos de la creación del riesgo jurídicamente relevante y su realización en el resultado. La originalidad reside, sobre todo, en su concepción de cuándo deberá entenderse que ha sido creado un riesgo jurídicamente relevante.

Según BELADIEZ, para que pueda considerarse que la Administración ha creado un riesgo jurídicamente relevante, es preciso que con su actuación haya creado un riesgo general, inherente al servicio y que no se encuentre socialmente admitido.

Para que el riesgo sea general es preciso que incida sobre todas las personas o bienes a los que el servicio pueda afectar, o sobre grupos de personas o bienes perfectamente identificables. No será, en cambio, general, el riesgo que sólo puedan padecer excepcionalmente determinadas personas o bienes. En ejemplos de la propia autora<sup>330</sup>, es general el riesgo de los pacientes de los hospitales públicos de contraer una infección hospitalaria; o el de los motoristas, de resbalar, cuando llueve, con la pintura que señala las carreteras. No es, en cambio, general, el riesgo de sufrir una grave crisis nerviosa como consecuencia de los ruidos producidos por obras en la vía pública, ya que sólo afecta a personas predispuestas a ello.

El riesgo, además, tiene que ser inherente al servicio. Ello explica, en primer lugar, que no sean imputables a la Administración los daños ocasionados por fuerza mayor, y que sí lo sean los supuestos de caso fortuito. Y, en segundo lugar, que falte también la imputación en aquellos supuestos caracterizados por la incidencia en el nexo causal de causas extrañas que han contribuido a potenciar el resultado lesivo. Son riesgos inherentes al funcionamiento de un servicio público aquellos que son propios y exclusivos del funcionamiento de ese servicio, lo que sucede siempre que la realización del riesgo determina la producción del resultado lesivo. Por ello, no son riesgos inherentes al servicio aquellos cuya realización depende de la intervención de terceras personas ajenas al mismo. Esto es lo que sucede, según la

---

<sup>330</sup> Todos los ejemplos que se pongan en esta síntesis provienen de la propia autora.

autora, en los típicos casos de cursos causales anómalos: si, p. ej., la ejecución de una obra pública causa lesiones a un peatón, que requiere ser intervenido quirúrgicamente y recibe una transfusión de sangre contaminada con el virus del SIDA, no puede imputarse dicho contagio al contratista, ya que un riesgo inherente a las obras públicas es el de causar lesiones a terceros durante su ejecución, pero no el de que los hospitales puedan contagiar enfermedades.

Pero no sólo los terceros pueden crear un riesgo distinto del que genera el funcionamiento del servicio. También puede crearlo la víctima, con su conducta dolosa o imprudente, o, incluso, con su propia situación. Esto último es muy frecuente en el ámbito sanitario: aquí coexisten dos riesgos, el creado por el estado de salud del paciente, y el creado por el centro o personal sanitario. Pues bien, sólo cuando el daño sufrido por el paciente sea la realización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el centro o personal sanitario, le podrá ser imputado a éstos; no, en cambio, cuando el daño sea la realización del riesgo que entraña el estado de salud del paciente.

La necesidad de que el riesgo sea inherente al servicio explica, en tercer lugar, que a la Administración le sean imputados los daños causados por su personal mediando dolo o culpa. Porque uno de los riesgos inherentes a toda actividad o servicio es el de que el personal encargado de llevarla a cabo rebase la frontera de la diligencia y cause daños. En estos casos el daño es imputable no sólo al titular del servicio, sino también al agente que ha causado el daño materialmente, y por eso puede el primero repetir contra el segundo.

El riesgo, finalmente, siempre según BELADIEZ, no tiene que estar socialmente admitido. Un riesgo está socialmente admitido cuando, por razones de utilidad social, debe soportarse el daño que eventualmente produzca. Eso es lo que ocurre, p. ej., cuando un peatón sufre un daño al tropezar con un bordillo, o cuando una verbena popular impide dormir a los vecinos. El problema radica en dónde trazar la frontera entre los riesgos socialmente admitidos y los que no lo están. Para BELADIEZ, el criterio es el sacrificio especial de la víctima. Cuando la víctima experimente un sacrifi-



cio especial, deberá ser indemnizada, y no nos encontraremos ante un riesgo socialmente admitido. El criterio del sacrificio especial tiene su fundamento en el principio de igualdad ante las cargas públicas. Existe sacrificio especial, p. ej., cuando las obras realizadas en una plaza se alargan más del tiempo previsto, ocasionando perjuicios a los comerciantes en ella establecidos, que, de este modo, deben ser indemnizados. Para que un riesgo esté socialmente admitido es preciso, en cualquier caso, que no derive de una actividad ilícita. Es ilícita, en este contexto, una actividad prohibida o una actividad permitida pero ejecutada imprudentemente. Junto al criterio del sacrificio especial, sin embargo, existen otros criterios delimitadores del riesgo socialmente admitido.

Si concurren los requisitos examinados, la Administración habrá creado un riesgo jurídicamente relevante. Pero para que le pueda ser imputado el daño es preciso que sea precisamente ese riesgo jurídicamente creado por ella, y no otro, el que se realice en el resultado lesivo. Falta la realización del riesgo en el resultado en los supuestos de desviaciones del curso causal. En estos casos, el riesgo que se realiza en el resultado es un riesgo jurídicamente relevante, pero distinto del creado por el sujeto que ha iniciado el proceso causal. Ello sucede, p. ej., cuando un servicio público causa graves lesiones a un usuario, y éste, camino del hospital, muere por un accidente de la ambulancia que lo trasladaba. Aquí el riesgo jurídicamente relevante que se realiza en el resultado no es el creado por el servicio público inicial, sino el creado por la ambulancia. Pero también falta la realización del riesgo en el resultado cuando el propio sujeto que crea un riesgo jurídicamente relevante, crea, además, otros riesgos jurídicamente irrelevantes, siendo uno de estos últimos el que se realiza en el resultado lesivo. Esto último sucede en el siguiente ejemplo: un conductor adelanta a otro imprudentemente, que muere como consecuencia de un infarto provocado por el susto. Aquí el conductor temerario crea dos riesgos: el de provocar una colisión y el de provocar un infarto al adelantado. Como en el resultado lesivo se realiza este segundo riesgo, que es jurídicamente irrelevante (por carecer de la nota de generalidad), y no el primero (que sí era jurídicamente relevante), el conductor no deberá responder de la muerte del conductor adelantado.

Sistemáticamente, BELADIEZ entiende que la necesidad de que el daño sea objetivamente imputable a la Administración se deduce del artículo 141 LRJPAC, cuando señala que sólo serán indemnizables los daños que las víctimas no tengan el deber jurídico de soportar. Así, las víctimas no tienen el deber jurídico de soportar los daños que sean objetivamente imputables a la Administración pública y que la ley no obligue expresamente a padecer. La imputación objetiva es, pues, para esta autora, un requisito de la antijuricidad del daño.

LEGUINA, al prologar el libro de BELADIEZ en que ésta formula la tesis expuesta, acoge favorablemente el esquema y los criterios de imputación por ella formulados, aunque advierte que subsisten algunas dificultades y que no será siempre fácil saber si el daño ha de ser o no imputable a la Administración<sup>331</sup>.

Coincido totalmente con el punto de partida de BELADIEZ. Ante la insatisfacción que le produce constatar que la doctrina administrativista española aborda en una sede equivocada, la relación de causalidad, que posee una naturaleza fáctica, el estudio de una cuestión eminentemente normativa, como es la de cuándo deberán imputarse a la Administración los daños que su funcionamiento pueda ocasionar, cree necesario importar la teoría de la imputación objetiva para, tras someterla a algunos ajustes, aplicarla a la responsabilidad de la Administración pública española.

Lo que me parece más discutible es que sea necesario apartarse tanto de la teoría de la imputación objetiva ya elaborada para adaptarla convenientemente a la responsabilidad patrimonial de la Administración española. BELADIEZ, con su construcción, no se limita a efectuar algunas modificaciones a dicha teoría y a los concretos criterios por ella suministrados, sino que

---

<sup>331</sup> En dicho prólogo, este autor señala que «es preciso reconocer que el sendero recorrido por la autora de este libro es más transitado y más seguro [que la concepción dominante entre los administrativistas españoles basado en la relación de causalidad], lo que es tanto como decir que, por lo general, son más claros y más idóneos los nuevos criterios técnico-jurídicos que nos propone para llevar a cabo aquella labor de acotamiento, tan necesaria como difícil dentro del inevitable casuismo que impregna la entera institución» (LEGUINA VILLA, Jesús, «Prólogo», en BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 26).

prácticamente la reformula de nuevo. De hecho, lo único que mantiene de dicha teoría es (aparte de la denominación) la distinción entre las categorías de causalidad y de imputación (la primera, fáctica; la segunda, normativa), así como el esquema que aquí se comparte y que propone exigir, para que se produzca la imputación del daño, que se haya creado un riesgo jurídicamente relevante que a su vez se realice en el resultado lesivo (esquema que, como se ha visto, sólo se encuentra extendido entre los penalistas, y no ya entre los civilistas partidarios de la teoría de la imputación objetiva).

En mi opinión, la utilidad de la teoría de la imputación objetiva no se agota en ambos extremos, sino que va más allá, en el suministro de los concretos criterios normativos que han de fundamentar la existencia o inexistencia de imputación. La aplicación de estos concretos criterios a la responsabilidad de la Administración pública española es lo que intentaré efectuar en el epígrafe tercero, cuando me ocupe de la fase de imputación objetiva en sentido estricto. Pero antes creo necesario analizar con cierto detalle la relación de causalidad, que no ha recibido, pese a su importancia, la atención que merece<sup>332</sup>.

## 2. La relación de causalidad

Para poder vincular un determinado resultado (un daño) a una determinada conducta es necesario que exista relación de causalidad entre ambos<sup>333</sup>. En el caso de la responsabilidad administrativa, ello se desprende, al más alto nivel normativo, del artículo 106.2 CE, cuando exige, para que nazca el derecho a

---

<sup>332</sup> BELADIEZ y PANTALEÓN han puesto de manifiesto la verdadera naturaleza (puramente fáctica) de la causalidad. PANTALEÓN, además, ha abordado algunos de los puntos clave de la causalidad, como los problemas que plantea la fórmula de la *condicio sine qua non*, la existencia de la fórmula alternativa de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza, o la virtualidad causal de la omisión. No obstante, ambos autores se han ocupado, principalmente, como ya se ha señalado, de la que he denominado fase de imputación objetiva en sentido estricto.

<sup>333</sup> Luego veremos que esta afirmación encuentra una importante excepción en la omisión.

indemnización, «que la lesión sea *consecuencia* del funcionamiento de los servicios públicos».

La causalidad o nexo causal, como ya sabemos, posee una naturaleza fáctica, ajena a cualquier consideración axiológico-normativa. No cabe, pues, tratar de elaborar conceptos *jurídicos* de causalidad, con los que tratar de limitar los nocivos efectos (nocivos desde la perspectiva del Derecho) de la causalidad naturalística. Para limitar los amplísimos efectos de la causalidad, y reconducir sus conclusiones a soluciones justas adaptadas a la sensibilidad jurídica de cada momento histórico, ya está la imputabilidad, de la que luego nos ocuparemos. La causalidad se mueve en el plano del *ser*, existe con independencia de las concretas valoraciones humanas, y sólo podemos captarla acudiendo a los resultados alcanzados por las ciencias naturales.

La práctica unanimidad de la doctrina civilista y penalista alemana, así como la penalista española, se muestra partidaria de la teoría de la equivalencia de las condiciones como teoría explicativa de la causalidad<sup>334</sup>. Dicha teoría (también conocida como «teoría de la condición») fue ideada en 1858 por GLASER, y, poco después, fundamentada y trasladada a las sentencias del *Reichsgericht* (Tribunal Supremo del Reich alemán) por el magistrado VON BURI. Según la teoría de la equivalencia, todas las condiciones de un resultado son causa del mismo. Todas las condiciones, por tanto, son consideradas equivalentes, y de ahí el nombre recibido por esta teoría. No efectúa, pues, ninguna distinción entre las diferentes condiciones influyentes en la producción de un resultado, distinguiéndose, con ello, por un lado, de la teoría de la *causalidad* adecuada y, por otro, de las hoy abandonadas teorías individualizadoras de la causalidad, que perseguían seleccionar de entre todas las condiciones aquella que, por su supuesta mayor eficacia «causal», mereciera la calificación de causa en sentido jurídico<sup>335</sup>.

La cuestión se traslada, pues, a la determinación de cuándo un determinado factor debe ser reputado *condición* de un resul-

<sup>334</sup> Por poner un solo ejemplo de cada sector, baste citar a LANGE, HERMANN, *Schadensersatz*, *op. cit.*, pp. 55-57; ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 349; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 219.

<sup>335</sup> Véase, *supra*, la nota núm. 71.

tado. Tradicionalmente se ha acudido, para ello, a la conocida fórmula heurística de carácter hipotético de la *condicio sine qua non*. Según ella, es condición del resultado toda aquella circunstancia que, suprimida mentalmente, comporte la desaparición del resultado en su concreta configuración<sup>336</sup>.

La fórmula de la *condicio sine qua non* ha sido y es duramente criticada por amplios sectores doctrinales<sup>337</sup>. Contra ella se dirigen, fundamentalmente, las siguientes críticas:

1. Falla en los supuestos de causalidad alternativa y de causalidad hipotética. Existe causalidad alternativa (también llamada «cumulativa») cuando el resultado es fruto de dos o más condiciones que han resultado por sí solas suficientes para producirlo exactamente de la misma forma. En el ejemplo típico manejado por los penalistas, ello sucede cuando *A* y *B*, actuando independientemente el uno del otro, ponen veneno en el café de *C*, siendo cada una de las dosis suficiente para provocar por sí misma la muerte de *C* exactamente del mismo modo. En un ejemplo extraído de la doctrina civilista, ello también ocurre cuando dos incendios de distinto origen (uno provocado por imprudencia y el otro por caso fortuito) se unen y queman la propiedad de la víctima. O, en un ejemplo que se ha producido en el seno de la asistencia sanitaria pública, cuando la unidad de sangre contaminada con el virus del SIDA transfundida a un paciente proviene de dos —o más— donantes seropositivos distintos. En este tipo de casos la fórmula de la *condicio sine qua non* lleva a resultados absurdos: si suprimimos mentalmente alguna de las dos condiciones, el resultado no desaparece, sino que subsiste, en su misma configuración. Lo que lleva a la con-

<sup>336</sup> Será, pues, causal, aquel factor cuya desaparición comporte que el resultado se produzca en un momento distinto (anterior o posterior) o en forma diferente. Esta concreción del resultado a efectos de la fórmula de la *condicio sine qua non* es coherente con la concreción exigida al resultado por la teoría de la equivalencia *concretante*. De hecho, la primera es consecuencia de la segunda. Luego se volverá sobre la teoría de la equivalencia *concretante*, y se verá que también es aceptada por los detractores de la *condicio sine qua non*.

<sup>337</sup> Especialmente en el ámbito de la doctrina penal, donde, según, p. ej., GÓMEZ BENÍTEZ y MARTÍNEZ ESCAMILLA, ha pasado a convertirse en una fórmula minoritaria (GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, p. 27, notas núms. 31 y 32; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva...*, op. cit., p. 168, nota núm. 13).

clusión absurda de que ni *A* ni *B*, en el primer ejemplo, ni ninguno de los dos incendios, en el segundo, ni la sangre contaminada de cada uno de los donantes seropositivos, en el tercero, han sido causa del resultado.

Lo mismo sucede en el caso de la causalidad hipotética. Hay causalidad hipotética cuando, junto a la condición que ha producido el resultado, existe una segunda condición latente o de reserva que hubiera producido exactamente el mismo resultado de no haber tenido lugar la primera. Ejemplos de causalidad hipotética son el del padre que, al presenciar la ejecución del asesino de su hijo, consigue apartar al verdugo en el momento decisivo y aprieta el botón para así vengar personalmente la muerte del hijo. O el del soldado que efectúa un fusilamiento ilegal durante la guerra y alega que, de haberse negado, otro lo hubiera llevado a cabo exactamente de la misma forma y en el mismo momento. O, en el marco de la sanidad pública, en el caso de que un cirujano en prácticas realice una incisión sobre un órgano equivocado, por expresa orden del experimentado cirujano que se encuentra a su lado, y que éste también hubiera realizado de haberse negado el primero a efectuarla. En estos casos, la supresión mental de la condición examinada no comporta la desaparición del resultado, que se hubiera producido en el mismo momento y de la misma forma en virtud de la condición de reserva. Y es evidentemente absurdo concluir que ni el padre, en el primer caso; ni el soldado, en el segundo; ni el cirujano en prácticas, en el tercero, han sido causa de la muerte de las víctimas.

2. Y, sobre todo, se afirma que la *condicio sine qua non* es inútil, pues no aporta nada a la averiguación de la causalidad, presuponiéndola. Si no se conoce la virtualidad causal de una determinada condición, no sirve de nada su supresión mental. Se suele poner aquí el ejemplo del célebre caso «Contergan», en el que se planteaba si la ingestión del sedante de dicho nombre (que contenía talidomida) durante el embarazo había sido la causa de las malformaciones experimentadas por distintos fetos<sup>338</sup>. Si no se

<sup>338</sup> Este caso, por cierto, es perfectamente imaginable en el marco de la sanidad pública. Pensemos en la posibilidad de que un médico al servicio de la Administración sanitaria recetara a un paciente uno de estos sedantes.

sabe de antemano que la talidomida es causante de malformaciones en los fetos, no sirve de nada preguntarse si no se hubieran producido dichas malformaciones de no haber ingerido las madres el citado sedante.

Algunos autores han intentado defender a la *condicio sine qua non* de las críticas descritas, sobre todo de las que señalan que dicha fórmula induce a error en los supuestos de causalidad hipotética y alternativa.

Para superar los problemas en la causalidad hipotética se ha propuesto eliminar las causas hipotéticas del juicio mental en que consiste la *condicio sine qua non*. De este modo, sólo será causal de un resultado aquel factor cuya supresión, *teniendo en cuenta únicamente las restantes circunstancias del caso efectivamente concurrentes* (excluyendo, por tanto, las hipotéticas, que no han llegado a producirse), comporte la desaparición del resultado. Con ello se llega a la solución correcta. Pero se contradice abiertamente el carácter hipotético de la *condicio sine qua non*, cuya esencia consiste en cuestionarse, precisamente, qué hubiera sucedido de haber sido las cosas distintas a como han sido efectivamente. Por tanto, si se modifica la fórmula en el sentido apuntado, se está renunciando, en el fondo, a la propia fórmula<sup>339</sup>. Ante esta objeción propone MIR PUIG, para mantener la vigencia de la *condicio sine qua non* en los supuestos de causalidad hipotética, tener en cuenta no el concreto factor ocurrido efectivamente, sino un factor *de la misma clase*<sup>340</sup>. Así, en el ejemplo del padre que desplaza al verdugo, no debe preguntarse qué hubiera sucedido si el concreto autor —el padre— no hubiera apretado el botón, sino qué hubiera pasado si no se hubiera apretado el botón en ese mismo momento. Según este autor, pertenecen a la misma clase todos aquellos factores capaces de producir el mismo resultado, desde una perspectiva *ex ante*.

También se ha intentado salvar la eficacia de la *condicio sine qua non* en los casos de causalidad alternativa, mediante una

<sup>339</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 351.

<sup>340</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 221.

versión corregida de dicha fórmula, según la cual: cuando varios factores puedan ser suprimidos mentalmente de forma alternativa, pero no cumulativa, sin que desaparezca el resultado, cada uno de ellos es causal respecto del resultado. ROXIN considera que dicha formulación corregida permite resolver correctamente los supuestos de verdadera causalidad alternativa, aquellos en que cada uno de los factores resulta eficaz para producir el resultado. Pero entiende que, en cambio, también obliga a considerar causales a aquellos factores que no hayan sido eficaces en la producción del resultado (p. ej., cuando el veneno introducido por *A* ha provocado la muerte antes de que pudiera operar el veneno de *B*; aquí el factor introducido por *B* es totalmente ineficaz y, sin embargo, según ROXIN, será considerado causa del resultado si se aplica la fórmula corregida de la *condicio sine qua non*). Por ello, ROXIN considera que esta fórmula corregida no es mejor que la originaria porque sólo sustituye un defecto por otro<sup>341</sup>. Discrepo, sin embargo, de la objeción a la fórmula corregida señalada por este autor. La fórmula corregida de la *condicio sine qua non* no conduce al equivocado resultado descrito. Sencillamente porque los casos que según ROXIN conducen al fracaso de esta fórmula, quedan fuera del ámbito de la misma y deben regirse por la fórmula general, no corregida, de la *condicio sine qua non*. En efecto, la fórmula corregida sólo es de aplicación cuando puedan suprimirse mentalmente de forma alternativa los distintos factores examinados sin que desaparezca el resultado en su concreta configuración, es decir, cuando los distintos factores han tenido eficacia causal en la producción del resultado y nos encontremos ante un supuesto de verdadera causalidad alternativa. Cuando, como en el supuesto planteado por este autor, ello no suceda (porque uno de los factores no haya llegado a ser en absoluto eficaz), no será de aplicación (no entrará en juego) la fórmula corregida y la fórmula habitual de la *condicio sine qua non* ofrecerá la solución correcta (negando el carácter causal al factor ineficaz y reconociéndoselo al eficaz). En cualquier caso, como recuerda MIR PUIG, han de ser muy pocos, en la práctica, los supuestos de verdadera causalidad alternativa, ya que normalmente la concurrencia de distintos factores en la producción

---

<sup>341</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 355.



de un resultado comporta una variación (temporal o en la forma concreta de aparición) respecto del resultado al que se habría llegado de haber faltado alguno de dichos factores. Así, p. ej., en el caso de que distintas personas asesten respectivas puñaladas mortales a la víctima, la concurrencia de todas ellas habrá adelantado, por regla general, la muerte<sup>342</sup>.

De lo que ya no puede defenderse a la *condicio sine qua non* es de la acusación de que presupone el conocimiento de la existencia de relación de causalidad. Por eso, son muchos los autores (sobre todo penalistas) que proponen sustituir dicha fórmula hipotética por la denominada fórmula de la *condición ajustada a las leyes de la naturaleza*<sup>343</sup>. Según esta fórmula, que proviene de ENGISCH<sup>344</sup>, para averiguar si existe relación causal entre un determinado factor y el resultado, ambos deberán estar unidos con arreglo a las leyes de la naturaleza. Esta fórmula, por tanto, remite a las ciencias naturales, y otorga al perito y al experimento científico un puesto central en la determinación de la relación causal. Y prescinde de todo juicio hipotético sobre lo que habría ocurrido de haber faltado el factor examinado.

En mi opinión, la discusión acerca de cuál de las dos fórmulas enfrentadas en la concreción de la teoría de la equivalencia de las condiciones debe prevalecer, si la *condicio sine qua non* o la de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza, debe desembocar en una solución ecléctica<sup>345</sup>. Ambas fórmulas son útiles y pueden ser utilizadas conjuntamente, complementándose la una a la otra. Así, es obvio que si, como parece indubitado y se ha repetido a lo largo del presente trabajo, la causalidad es una categoría fáctica, naturalística, que pertenece al mundo del *ser*; y su conocimiento sólo es posible gracias a las ciencias natu-

---

<sup>342</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 224-225.

<sup>343</sup> Entre otros muchos, ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 351; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 382-385; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados...*, *op. cit.*, p. 128; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva...*, *op. cit.*, p. 168, nota núm. 13.

<sup>344</sup> Por primera vez, en ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931, p. 21.

<sup>345</sup> Apuestan por vías eclécticas, p. ej., MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 222-226; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad...*, *op. cit.*, pp. 26-28.

rales, es necesario que las disciplinas jurídicas remitan a dichas ciencias naturales (y a quien las domina: el científico, el perito) para determinar su existencia o inexistencia en el caso concreto. Parece, pues, innegable la validez de la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza. Sin embargo, no puede negarse a la fórmula de la *condicio sine qua non* una sencillez y utilidad que la hacen idónea en los supuestos en que la virtualidad causal de los diferentes factores concurrentes, aisladamente considerados, no plantea problemas y puede extraerse de la experiencia sin tener que remitir al método científico o al peritaje. De este modo, parece aconsejable que los operadores jurídicos, cuando no tengan dudas sobre la aislada virtualidad causal de los distintos factores intervinientes, manejen la fórmula de la *condicio sine qua non*, con las modificaciones más arriba señaladas en los supuestos de causalidad hipotética y alternativa. Cuando el método de la supresión mental ofrece una solución rápida y evidente, bastará. Pero cuando ofrezca dudas (como, p. ej., en el caso «Contergan»), deberá hacerse caso a la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza, prescindir de juicios hipotéticos, y someter el caso concreto a las ciencias naturales, a través del experto<sup>346</sup>. Porque, como dice LARENZ, la

---

<sup>346</sup> Lo que será muy habitual en los pleitos sobre responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Efectivamente, en los daños producidos por la asistencia sanitaria, por la actuación médica, intervienen múltiples factores con posible incidencia causal. Con frecuencia resulta muy difícil probar la virtualidad causal de los distintos factores posiblemente causantes del resultado. La intervención del perito en este ámbito será, pues, a menudo, imprescindible.

Esta intervención del perito será, sin embargo, no pocas veces, inútil: en muchas ocasiones faltarán los datos fácticos necesarios para poder emitir un dictamen seguro [es una realidad que los centros sanitarios —públicos y privados— a menudo dificultan a las víctimas el acceso a las diferentes fuentes de información necesarias para esclarecer los hechos —informes médicos, historia clínica del paciente, protocolos, etc.—; esta práctica ha motivado que muchas víctimas opten por la vía penal para reclamar indemnización, con la única finalidad de obtener —gracias a las potestades instructoras del juez penal— dicha información], y en muchas otras, pese a constar los datos fácticos, será imposible determinar la relación de causalidad debido a limitaciones científico-técnicas [esto es lo que ocurrió en el caso «Contergan», ya citado; y también, en parte, en el célebre caso de la «colza»; e incluso en los supuestos de sangre contaminada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana, si se hace caso de aquellos científicos que, discrepando de la opinión totalmente mayoritaria, continúan negando la existencia de relación causal entre dicho virus y el SIDA —sobre esto último véase *infra*, la nota núm. 456—].

*condicio sine qua non* es sólo una *Faustregel*, una regla empírica, y no un método infalible<sup>347</sup>.

El examen de la jurisprudencia confirma que la determinación del nexo causal es, en el ámbito médico-sanitario, particularmente difícil. Sirvan de ejemplo dos SSTS recientes que llegan a soluciones contrarias ante hechos sustancialmente idénticos: la STS (Sala 1.ª) de 6 de mayo de 1998 (Ar. 2934) considera que existe relación de causalidad entre el oxígeno suministrado al recién nacido mientras permaneció en la incubadora y la enfermedad ocular (fibroplasia retrolental) que el mismo desarrolló después y que le provocó gravísimos problemas de visión; el Tribunal, en el fallo, condena a la Administración sanitaria a satisfacer una indemnización de nada menos que 60 millones de pesetas. La STS (Sala 3.ª) de 10 de febrero de 1998 (Ar. 1452), en cambio, tras un minucioso examen de los informes periciales obrantes en autos y, en general, de las últimas aportaciones de la ciencia médica, considera no probada la existencia de relación de causalidad entre el oxígeno suministrado al recién nacido en la incubadora y la fibroplasia retrolental posteriormente desarrollada, desestimando la reclamación de indemnización.

No es este, en cualquier caso, el lugar adecuado para desarrollar el complejo problema de la *prueba* de la relación de causalidad en el marco de la sanidad pública. Sólo quiero efectuar dos observaciones. La primera, que ante esta dificultad probatoria propia de la asistencia sanitaria, y ante la desigual posición de las partes implicadas (víctima y Administración) en el momento de esclarecer los hechos (la víctima, lastrada con la carga de la prueba, se ve dificultada, al menos, por la frecuente actitud obstaculizadora de la Administración a que se ha hecho referencia; por sus propios desconocimientos; y por los perentorios plazos de prescripción de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial —un año—), parece aconsejable admitir las presunciones en este concreto ámbito de la responsabilidad administrativa. De hecho, la jurisprudencia española basa, con mucha frecuencia, en presunciones, sus condenas a la Administración sanitaria [y la alemana, al menos en caso de infecciones, como nos recuerda DEUTSCH, Erwin, «Zivilrechtliche Haftungsprobleme von AIDS», en SCHÜNEMANN, Bernd; PFEIFFER, Gerd (Dir.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 278].

La segunda observación, relacionada con la anterior, es que el *grado de certeza* del nexo causal que se debe exigir en el marco de la responsabilidad civil extracontractual (de la Administración y de los particulares) para condenar al demandado no puede ser el mismo que en el marco de la responsabilidad penal para condenar al reo. El juez, en este sentido, debe conformarse con una prueba de la causalidad menos concluyente cuando se ventile la responsabilidad extracontractual.

Ello se debe a las diferentes consecuencias que uno y otro tipo de responsabilidad acarrear: la condena, en el marco de la responsabilidad extracontractual, comporta sólo la obligación de entregar una determinada cantidad de dinero, mientras que la condena penal conlleva (normalmente) la privación de libertad; la absolución, a su vez, comporta, en el caso de la responsabilidad extracontractual, que sea la víctima quien acabe soportando el daño (la absolución civil, por tanto, supone una especie de *condena de la víctima*), mientras que la absolución penal no perjudica a la víctima (más allá de su eventual deseo de venganza o de «que se haga justicia»).

Por estas razones parece, pues, aconsejable que sea más fácil condenar en el marco de la responsabilidad extracontractual que en el de la penal.

(Nota 347 en pág. siguiente)

Una cuestión distinta e importante es la del grado de concreción que debe exigirse al resultado en el momento de comprobar si existe relación de causalidad entre él y el factor examinado. Aquí se muestra la doctrina ampliamente partidaria de tomar en consideración el resultado en su forma más concreta, «incluyendo todos los eslabones intermedios que han conducido al mismo»<sup>348</sup>. Se impone, pues, la teoría de la equivalencia *concreta*. Por ello, en ejemplos de ROXIN perfectamente trasladables al ámbito de la sanidad pública, quien mata a un moribundo es causa de su muerte (incluso si no acorta su vida); e incluso el médico que sólo retrasa la muerte inevitable de un paciente, ha sido causa de la misma<sup>349</sup>. En estos ejemplos, la intervención del sujeto ha condicionado la forma *concreta* de producción del resultado, siendo, por tanto, causa del mismo. El grado de concreción del resultado, sin embargo, tiene un límite<sup>350</sup>: no serán causales aquellos factores irrelevantes para el modo, el tiempo y lugar de producción del resultado exigido por la normativa para que se desencadene responsabilidad; resultado que en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración española debe ser una lesión indemnizable (es decir, un daño efectivo,

---

Esta idea se encuentra extendida en la doctrina norteamericana. DERSHOWITZ, p. ej., señala en favor de permitir en los litigios civiles un grado de certeza (de *standard of proof* habla este autor) menor que en los penales, que en los primeros el riesgo de error a cada lado es igual, no prefiriéndose un tipo de error sobre el otro, a diferencia de lo que ocurre en los litigios penales, donde se prefiere el tipo de error consistente en absolver a un culpable que el tipo de error que comporta la condena (a prisión o —este autor es norteamericano, no se olvide— a pena de muerte) de un inocente (DERSHOWITZ, Alan M., *Reasonable doubts: The O. J. Simpson case and the criminal justice system*, New York, Simon & Schuster, 1996, pp. 40-41).

<sup>347</sup> LARENZ, Karl, *Lehrbuch...*, op. cit., p. 433.

<sup>348</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 352.

<sup>349</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 352.

En el epígrafe 3.2.1 del presente capítulo veremos por qué en este segundo ejemplo, pese a existir relación de causalidad, debe excluirse la imputación del daño y, con ello, la responsabilidad del médico.

<sup>350</sup> ROXIN, porque se refiere al Derecho penal, articulado sobre resultados típicos, señala que «una modificación del suceso solamente no es causal si es irrelevante para el modo y forma, así como para el tiempo y lugar de realización de un elemento del tipo». Y pone como ejemplo el caso de quien ha pintado un jarrón que luego otro rompe: quien lo ha pintado no ha sido causante de los daños, porque «para el único resultado de daños requerido legalmente [...] la pintura del objeto no es relevante de ningún modo imaginable —excepto si dicha pintura ha aumentado la fragilidad del jarrón—» (ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 353).

evaluable económicamente e individualizado en una persona o grupo de personas). De este modo, no serán causales los factores que hayan producido aquellos elementos no esenciales del resultado, no exigidos por la normativa para que nazca la responsabilidad. Así, p. ej., no será causa del resultado quien haya cortado el pelo a un paciente que muera después en el quirófano de un hospital público, porque resulta sin duda irrelevante (a la luz de la normativa vigente en materia de responsabilidad administrativa) que la víctima haya muerto con el pelo corto o largo. La normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial no exige tal grado de concreción del resultado.

De la concepción puramente naturalística de la causalidad aquí defendida (y que es mayoritaria entre los civilistas alemanes y los penalistas alemanes y españoles, no se olvide) se deriva, por un lado, que el carácter anómalo, inusual o imprevisible de un nexo condicional no tiene influencia alguna sobre la causalidad, que existirá sin ningún género de dudas. La imprevisibilidad de un resultado es, en efecto, absolutamente irrelevante en el marco de la causalidad<sup>351</sup>. Así, p. ej., si un médico receta a un paciente unas pastillas, y éste, al salir de la consulta y dirigirse a la farmacia a comprarlas, es atropellado, deberá considerarse al médico causante de la muerte del paciente. E incluso los padres del médico, por haberlo concebido, y sus abuelos, bisabuelos, etc. Y es que la causalidad, en su correcta articulación a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones, conduce a un *regressus ad infinitum*. *Regressus ad infinitum* que no debe ser limitado proponiendo conceptos de causalidad distintos (como se intentó antes de la teoría de la imputación objetiva, y sigue intentándose en la jurisprudencia y doctrina administrativistas españolas), sino en sede de imputación.

De dicha concepción se deriva, por otro lado, que un nexo causal existe o no existe, pero no se puede interrumpir<sup>352</sup>. La expresión «interrupción del nexo causal», tan extendida en la ciencia y la jurisprudencia administrativistas de nuestro país, es,

---

<sup>351</sup> Ello no significa, naturalmente, que la imprevisibilidad no permita excluir la imputación. Pero no adelantemos lo que luego estudiaremos.

<sup>352</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 355, 1007.

pues, incorrecta, y está haciendo referencia, en realidad, a la interrupción (a la exclusión, mejor) de la imputación. Existe causalidad, pues, aunque tras el factor examinado se produzca una acción dolosa de un tercero (en una variación del ejemplo del párrafo precedente, que el paciente, al entrar en la farmacia, sea asesinado por un enemigo), en contra de lo que inicialmente sostuvo la teoría de la prohibición de regreso (*Regreßverbot*)<sup>353</sup>. Y, con mayor razón, existirá también causalidad cuando el hecho del tercero (o de la víctima) sea imprudente (eso es lo que ocurre en el ejemplo del paciente que va a la farmacia en el caso de que el atropello sea imprudente; o, en una segunda variación de dicho ejemplo, en el caso de que el farmacéutico le entregue unas pastillas caducadas).

No hay, en cambio, causalidad, en los supuestos de «causalidad» adelantada<sup>354</sup>. Ello sucede cuando un factor puesto en marcha e idóneo *ex ante* para producir el resultado, es adelantado por un segundo factor, que impide que el primero devenga operativo. En estos supuestos, el primer factor no está unido causalmente al resultado (el segundo, evidentemente, sí). Ejemplo: un médico receta un medicamento contraindicado a un paciente, que comienza a tomarlo unos días después. El paciente, sin embargo, antes de que empiece a surtir efecto el medicamento, sufre un accidente automovilístico mortal. Aquí, el médico no es causa del resultado.

Aunque sea obvio, no está de más señalar que tampoco será causal aquel factor que intervenga una vez producido el resultado. Así, p. ej., no será causa de la muerte el intento de reanimación de un paciente ya muerto mediante el empleo de descargas eléctricas de excesivo voltaje (y que hubieran producido la muerte al paciente de haber vivido todavía). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el factor producido con posterioridad, pese a no ser causa del resultado ya consumado, sí lo será res-

<sup>353</sup> Otra cosa es, de nuevo, que la intervención dolosa (o imprudente) de un tercero pueda excluir la imputación.

<sup>354</sup> El empleo del término «causalidad» ha sido aquí entrecomillado porque en este tipo de supuestos, como se acaba de decir y se explica a continuación, no existe en realidad relación de causalidad. Sin embargo, hecha esta advertencia, parece aconsejable mantener la expresión «causalidad adelantada» porque está muy extendida.

pecto del eventual segundo resultado que pueda generar (y que normalmente consistirá en un agravamiento del resultado previo). Esto último será, en la práctica, muy habitual, ya que (salvo en el caso de muerte —y aun aquí también podrían encontrarse excepciones—) los resultados lesivos casi siempre pueden ser incrementados.

Sí existe causalidad, en cambio, en los casos (numerosísimos) en que resulta determinante la psique humana (ello sucede, p. ej., en el caso ya aludido del médico que receta unas pastillas a un paciente; el médico, aquí, está apelando a la psique del paciente). No faltan quienes lo niegan, alegando que la *libertad* de la voluntad humana se opone a la *necesidad* de las leyes causales. Sin embargo, como señala ROXIN, «El que entre los factores condicionantes hubiera coparticipado la voluntad presuntamente libre del agente no excluye (como tampoco la excluye en otros casos la concurrencia de diversas circunstancias) la causalidad»<sup>355</sup>. Que el agente, en virtud de su libertad de decisión, podría haber actuado de otro modo, por tanto, no sirve para negar la relación de causalidad existente entre la influencia psíquica externa por él recibida, su comportamiento y el resultado derivado de este comportamiento.

Se ha dejado deliberadamente para el último momento una cuestión importante en materia de causalidad: ¿qué virtualidad causal tiene la *omisión*?, ¿puede una omisión, un no hacer, generar un resultado positivo? A pesar de que existan voces discrepantes<sup>356</sup>, es hoy dominante la opinión de que la omisión no puede ser nunca causa (en el sentido naturalístico por el que nos decantamos) de un resultado<sup>357</sup>. En palabras de MIR PUIG, «resulta imposible sostener que un resultado *positivo* pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la natura-

<sup>355</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 357.

<sup>356</sup> P. ej., DEUTSCH, Erwin, *Haftungsrecht...*, op. cit., pp. 136-137. O, entre nosotros, BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 96 y 134).

<sup>357</sup> P. ej., LARENZ, Karl, *Lehrbuch...*, op. cit., p. 457; LANGE, HERMANN, *Schadensersatz*, op. cit., p. 103; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Artículo 1.902», op. cit., p. 1984; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 318; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado...*, op. cit., p. 852.

leza, por un puro *no hacer (ex nihilo nihil fit)*»<sup>358</sup>. O, en las de JESCHECK, «La causalidad, como categoría del ser, requiere una fuente real de energía que sea capaz de conllevar un despliegue de fuerzas, y ello falta precisamente en la omisión (“*ex nihilo nihil fit*”)»<sup>359</sup>.

Ello no significa, naturalmente, que una omisión (en nuestro caso, una omisión administrativa) no pueda generar responsabilidad extracontactual del omitente. Pero ello se tratará de una cuestión de imputación, no de causalidad<sup>360</sup>. Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el *deber jurídico de evitar el resultado lesivo*, poseyendo la acción —debida— omitida *capacidad para evitarlo*<sup>361</sup>. En el momento de comprobar

<sup>358</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 318 (con referencias doctrinales en la nota núm. 51). (El subrayado en cursiva corresponde al propio autor).

<sup>359</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 852 (con referencias de la doctrina alemana en la nota núm. 23).

<sup>360</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Artículo 1.902», *op. cit.*, p. 1984.

Lo que confirma, como nos recuerda MIR PUIG, la necesidad de distinguir entre relación de causalidad —de carácter naturalístico— e imputación objetiva en sentido estricto —de carácter normativo—: en los casos en que la conducta examinada, a la que se pretende atribuir responsabilidad, es una acción, es necesario que medie relación de causalidad entre ella y el resultado, relación de causalidad que, sin embargo, no es suficiente para que se le atribuya el resultado y nazca la responsabilidad. Pues bien, cuando la conducta es, en cambio, una omisión, la relación de causalidad no es sólo insuficiente, sino, incluso, innecesaria (MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 319).

<sup>361</sup> En Derecho penal se distinguen, como es sabido, dos grandes clases de omisión: la omisión pura y la comisión por omisión.

La omisión pura existe en aquellos supuestos en que el sujeto sólo estaba obligado a realizar una determinada actividad, y no ya a evitar un determinado resultado; como el sujeto no ha realizado la actividad exigida, se le sanciona penalmente, sin que tenga ninguna relevancia que el resultado haya llegado a producirse o no. Se sanciona, pues, la mera inactividad, no equiparándose la inacción a la comisión positiva del resultado. El ejemplo paradigmático es el del artículo 195 del vigente Código penal (omisión del deber de socorro): castiga a quien no socorra a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, pudiendo hacerlo sin riesgo propio ni de terceros; este precepto no considera que el omitente haya «matado» a quien se encuentra en peligro (de hecho, ni siquiera exige que quien se encuentra en peligro acabe muriendo o sufriendo algún tipo de lesión), simplemente le sanciona por no haber actuado.

En la comisión por omisión, en cambio, sí se exige un resultado, y se equipara la inacción del sujeto a su comisión positiva. Así, cuando se entienda que existe comisión por omisión, se considerará que el sujeto ha *producido* el resultado lesivo; se entiende, sencillamente, que ha existido comisión *por* omisión. Será como si el



esta última cuestión (la capacidad evitadora de la acción omitida) se examina si existe relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado producido<sup>362</sup>. Pero obsérvese bien: no es una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, sino entre la acción (que, a diferencia de la omisión, sí tiene eficacia causal) no realizada y el resultado; y, además, es una causalidad meramente hipotética, entre una acción imaginada que no ha llegado a producirse y un resultado efectivamente acontecido. Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administra-

---

sujeito hubiera causado activamente el resultado. Tal equiparación sólo puede producirse cuando se considere que el sujeto no sólo estaba obligado a actuar, sino, incluso, a *evitar el resultado lesivo*. Y tal deber de evitar el resultado lesivo sólo existirá cuando el sujeto posea un especial deber de protección de la víctima: cuando, en definitiva, ocupe una *posición de garante* de la víctima. Es la posición en la que se encuentra, p. ej., la madre respecto de su hijo recién nacido: si la madre deja de alimentarlo, y el niño muere, ella no le habrá matado activamente, pero se entenderá que sí lo ha hecho omisivamente. Se entenderá que lo ha matado, que ha sido ella quien ha producido el resultado. Y la pena será mucho más elevada que en el caso de la omisión pura: será la misma que en el caso de la comisión activa del resultado.

Pues bien, teniendo en cuenta que para que nazca la responsabilidad administrativa es imprescindible que se produzca un resultado (una lesión indemnizable), opino que la responsabilidad de la Administración, en los casos de omisión, tiene siempre la naturaleza y estructura de la comisión por omisión y no ya la de la omisión pura. En efecto, nunca nacerá la responsabilidad administrativa por su sola inactividad, sino que es preciso, además, que de dicha inactividad se haya derivado un resultado (lesivo).

Por lo tanto, la Administración sólo responderá cuando estuviera obligada, no ya sólo a actuar, sino incluso a evitar el resultado. Lo que sólo ocurrirá cuando se encontrara en posición de garante respecto de la víctima. Además, es preciso que la acción omitida (debida) hubiera podido evitar el resultado.

ENTRENA, recientemente, ha acudido también a la construcción penalista de la comisión por omisión para explicar la responsabilidad de la Administración por omisión. Este autor, sin embargo, circunscribe la comisión por omisión (y los requisitos que la misma conlleva) a los supuestos de inactividad *material* de la Administración, entendiendo que la inactividad *formal* debe quedar equiparada a la omisión pura (ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 372-373).

<sup>362</sup> Pudiéndose utilizar también aquí una fórmula simétrica a la de la *condicio sine qua non*: habrá relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado cuando, al *añadir* mentalmente dicha acción, desaparezca el resultado. En este sentido, LARENZ, Karl, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, p. 458. La fórmula aquí empleada no es, pues, la de la «condición *sin* la cual no», sino la de la «condición *con* la cual no».

ción en *posición de garante* de la víctima)<sup>363</sup>, y la concreción del grado de capacidad evitadora<sup>364</sup> del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado a la omisión<sup>365</sup>.

### 3. Fase de imputación objetiva en sentido estricto

Acabamos de examinar el presupuesto previo necesario para que pueda atribuirse un daño a la Administración en los supuestos de conductas positivas (acciones) de las personas físicas a su servicio: la relación de causalidad entre dicha conducta y el

---

<sup>363</sup> En la determinación de cuándo existe posición de garante o no del sujeto responsable no tiene ninguna incidencia que la responsabilidad se configure como objetiva o basada en la culpa. Aquella determinación constituye una cuestión previa: sólo cuando se haya verificado que el sujeto estaba obligado a evitar el resultado entrará en juego la circunstancia de que la responsabilidad sea objetiva o no.

El vigente Código penal suministra, a diferencia del anterior, los criterios definidores de la posición de garante en el marco de la responsabilidad penal. Según su artículo 11, «se equiparará la omisión a la acción [esto es, habrá posición de garante]: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

Este precepto ha sido muy criticado por parte de la doctrina penalista, que entiende que extiende demasiado la comisión por omisión (al mismo tiempo que olvida algunos supuestos de posición de garante). Pero puede ser útil para la responsabilidad extracontractual, en general, y para la responsabilidad patrimonial de la Administración, en particular, que poseen mayor amplitud que la responsabilidad penal.

<sup>364</sup> Como la acción debida ha sido omitida, no puede saberse con total certeza qué hubiera ocurrido de haberse llegado a realizar, no puede saberse con total certeza si se hubiera o no evitado el resultado. Se plantea, entonces, la cuestión de qué grado de capacidad evitadora del resultado debe exigirse a la acción omitida. MIR PUIG señala que la doctrina penalista dominante exige que la realización de la acción debida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, mientras que otro sector doctrinal se contenta con que dicha acción hubiera aumentado con seguridad las posibilidades de evitación del resultado (MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 319). Como puede apreciarse, la primera postura es mucho más beneficiosa para el demandado que la segunda.

<sup>365</sup> No voy a adentrarme, en las páginas que siguen, en la interesante y compleja problemática específica que plantea el estudio de ambos grupos de cuestiones. Su tratamiento justifica, por sí solo, un trabajo monográfico. Por ello, en lo que sigue, centraré la exposición, fundamentalmente, en la responsabilidad de la Administración por *comisión* (aunque será inevitable hacer referencia a algunos casos de responsabilidad por omisión, tan frecuentes en el ámbito de la asistencia sanitaria).

resultado lesivo. Hemos visto que, dada la amplitud que debe darse a la causalidad (que es una categoría naturalística), servirá en muy pocos casos para excluir la responsabilidad administrativa. No basta con ella para producir una distribución justa de los daños. Por ello, es preciso acudir a una segunda fase de análisis, aquí denominada fase de imputación objetiva en sentido estricto, en la que, desde una perspectiva puramente valorativa, se fijen los criterios que permitan una justa distribución de los daños.

Los criterios o títulos de imputación deben extraerse de la normativa vigente, que en el caso de la responsabilidad de la Administración pública (sanitaria o no) viene constituida fundamentalmente por el artículo 106.2 CE y el Título X de la LRJPAC. Esta normativa, a diferencia de lo que ocurre en materia de responsabilidad extracontractual de los particulares (salvo algunas excepciones), y de la mayor parte de la normativa extranjera reguladora de la responsabilidad administrativa, establece, como ya sabemos, una responsabilidad de tipo objetivo, ajena a toda idea de culpa. En efecto, la Administración debe indemnizar no sólo cuando el daño sea consecuencia de un funcionamiento anormal, sino también cuando derive del funcionamiento normal, excepto en los casos de fuerza mayor. ¿Significa esto que la Administración debe indemnizar siempre que exista relación de causalidad entre su funcionamiento y una lesión indemnizable, salvo en los absolutamente inusuales supuestos de fuerza mayor?, ¿es irrelevante el grado de previsibilidad del daño?, ¿da igual que de entre todo el cúmulo de factores causales que han conducido al resultado, el imputable a la Administración sea el menos importante, desde una perspectiva valorativa?

Obviamente no. Responsabilidad objetiva no significa responsabilidad ilimitada, únicamente vinculada al dato amplísimo de la causalidad. Así lo han entendido la doctrina y la jurisprudencia administrativistas de nuestro país, que precisamente por ello rechazan la teoría de la equivalencia de las condiciones y buscan fórmulas alternativas —mucho más restrictivas— de causalidad.

La cuestión, como ya sabemos, no consiste, sin embargo, en limitar los efectos de la teoría de la equivalencia con nuevas teorías de la causalidad, sino mediante el concepto de imputación, de imputación objetiva.

A continuación trataré de adaptar a la responsabilidad de la Administración española, en general, y, sobre todo, a la de la Administración sanitaria, en particular, la teoría de la imputación objetiva y los concretos criterios o títulos de imputación que viene suministrando. Debe advertirse, no obstante, que no es ésta una tarea fácil. El ámbito en el que mayor desarrollo ha experimentado la teoría de la imputación objetiva, el Derecho penal, posee un fundamento y una función completamente distintos de los del Derecho administrativo de la responsabilidad; se articula, además, como un sistema típico, y no ya en torno a una cláusula general; y, sobre todo, está esencialmente vinculado a la idea de culpa, a diferencia de la responsabilidad administrativa española. Además, existen notables divergencias entre los distintos autores partidarios de la teoría de la imputación objetiva, divergencias que, sin embargo, obedecen la mayoría de las veces a razones sistemáticas ligadas a las respectivas concepciones de la teoría del delito, y que no dificultan en absoluto el traslado a otras ramas del ordenamiento. Es una tarea difícil, pero, en cualquier caso, no imposible; y, sin duda alguna, imprescindible, si queremos que la responsabilidad de la Administración deje de ser un juego de azar.

### 3.1. CONSIDERACIONES GENERALES

A todo resultado lesivo concurre una pluralidad de causas<sup>366</sup>. Se impone entonces una tarea normativa, valorativa: ponderar las distintas causas intervinientes a la luz de la concepción de justicia imperante para así decidir a cuál de ellas debe atribuirse el protagonismo en la producción del resultado lesivo. Porque, si bien desde una perspectiva puramente naturalística, es evidente que no puede efectuarse distinción entre las distintas causas intervinientes, no cabe duda que desde una perspectiva jurídica no todas tienen igual relevancia, y que se impone una jerarquización de todas ellas<sup>367</sup>. La tarea de la fase de imputación objetiva

---

<sup>366</sup> Entendiendo el concepto de causa como se ha hecho con anterioridad, es decir, considerándola una categoría puramente naturalística, a determinar según la teoría de la equivalencia de las condiciones.

<sup>367</sup> Que no todas las causas de un resultado lesivo tienen la misma relevancia jurídica a efectos de responsabilidad extracontractual lo demuestra, por ejemplo,

en sentido estricto es, precisamente, suministrar los criterios que permitan guiar correctamente este proceso de ponderación entre causas, a efectos de determinar la posible responsabilidad extracontractual de (en lo que aquí nos interesa) la Administración pública. De lo que se trata, en definitiva, con esta labor, es de determinar de cuál(es) de las distintas causas en juego *es obra* el resultado, a cuál(es) de ellas debe atribuirse la responsabilidad de la producción del resultado.

El criterio fundamental, del que deben partir los otros, más específicos, es, en mi opinión, el riesgo. Riesgo en su sentido más amplio, como posibilidad de producción de un resultado lesivo. Sólo aquellas conductas que constituyan un riesgo, que sean susceptibles de producir resultados lesivos, deberán ser tenidas en cuenta a efectos de responsabilidad. La Administración pública (a través de sus agentes) crea riesgos constantemente, riesgos de diferente intensidad, y que con mucha frecuencia se convierten en resultados lesivos. ¿Debe indemnizar todos los riesgos que se acaben concretando en daños, debido a que su responsabilidad es objetiva? No, a mi juicio. Pues no sólo la Administración crea riesgos; también otros sujetos jurídicos los crean, a menudo de mayor intensidad que los creados por la Administración.

Para que la Administración deba responder es preciso que cree un riesgo *jurídicamente relevante*. O, mejor dicho: es preciso que cree un riesgo *relevante a efectos de responsabilidad*. Y lo creará cuando el funcionamiento del servicio público merezca una valoración *negativa* desde la perspectiva de la responsabilidad. Ello no ocurrirá sólo cuando el servicio haya funcionado anormalmente, en vulneración de las normas que lo disciplinan, sino también cuando el servicio haya funcionado de forma normal. Pero no siempre que el servicio haya funcionado de forma normal. El riesgo creado por el funcionamiento

---

que en los procesos judiciales dirigidos a dirimirla ni siquiera se cuestiona la responsabilidad de la mayor parte de sujetos cocausantes del daño: a ningún demandante se le ha ocurrido nunca demandar a los abuelos, bisabuelos, etc., del sujeto que materialmente le ha producido el daño, por el solo hecho de ser sus antecesores y haber permitido su nacimiento. Sólo se seleccionan, pues, de forma intuitiva, las causas con mayor relevancia para el Derecho, a efectos de responsabilidad.

normal debe tener una cierta entidad, cuantitativa y cualitativa, para que merezca una valoración negativa.

Tendrá entidad *cuantitativa* cuando no sea un riesgo insignificante, cuando parezca *ex ante adecuado* para producir un resultado lesivo. Sólo entonces podrá decirse, en puridad, que nos encontramos ante una conducta (ante actividad administrativa) peligrosa.

Además, como se ha dicho, esta conducta peligrosa, cuantitativamente significativa, tiene que serlo también *cualitativamente*. De lo contrario nos encontraremos ante un *riesgo permitido*. Y aquí es donde entra en juego la circunstancia de que la responsabilidad administrativa sea de tipo objetivo, y donde deben introducirse importantes modificaciones respecto del enfoque penal. Si fuera una responsabilidad de tipo subjetivo (basada en la idea de culpa), como ocurre, p. ej., en Derecho penal, sería necesario que la conducta administrativa rebasara el nivel de diligencia exigido y pudiera ser calificada de imprudente (sería necesario que existiera un funcionamiento anormal del servicio público). En los regímenes de responsabilidad regidos por la idea de la culpa, en definitiva, el elemento crucial para la determinación de la imputación objetiva del resultado es la infracción de la norma de cuidado. Al ser de tipo objetivo, en cambio, la situación es totalmente distinta: resulta indiferente que se respete o no el nivel de diligencia que separa la conducta prudente de la imprudente. ¿Cuál es, entonces, el punto de referencia, el criterio que permite separar los supuestos en que el daño causado por la Administración le es imputable de aquellos en que no? En mi opinión (y adelanto aquí la tesis central del presente capítulo, a la que se dedicará una parte importante del mismo), la clave radica en la corrección o incorrección de la actuación administrativa. No sólo las conductas imprudentes son incorrectas, fallidas. También pueden serlo las que respeten el nivel de diligencia. Pienso, pues, que sólo el *funcionamiento erróneo, fallido*, de los servicios públicos, puede merecer una valoración negativa a efectos de responsabilidad, y desencadenar la responsabilidad administrativa. Así, sólo el funcionamiento fallido de los servicios públicos, ya sea imprudente o no imprudente (ya sea normal o anormal), determinará el nacimiento de la responsabilidad de la Administración.

No es suficiente, sin embargo, con que se haya producido un funcionamiento fallido del servicio. Es preciso, además, que la víctima no haya consentido la posible existencia del funcionamiento fallido y el resultado lesivo que de él pudiera derivarse. Hace falta, pues, que no nos encontremos ante un *riesgo consentido*.

Cuando concurren estas notas, el riesgo creado por la Administración pública podrá ser considerado relevante a efectos de responsabilidad. Para que nazca la responsabilidad administrativa, sin embargo, hará falta un requisito adicional: que sea precisamente este riesgo relevante a efectos de responsabilidad, y no otro, el que se realice en el resultado lesivo. En el epígrafe 3.2 se fundamentarán y desarrollarán los criterios que permiten calificar a un riesgo creado de relevante a efectos de responsabilidad. En el epígrafe 3.3 nos adentraremos en la necesidad de realización de dicho riesgo en el resultado.

En la consideración de todos estos criterios o títulos de imputación debe tenerse muy en cuenta el *sector* de actividad administrativa respecto del cual se plantee la responsabilidad patrimonial. Aquí estamos centrando nuestra atención en la actividad de la *Administración sanitaria*.

No debe olvidarse en ningún momento que la Administración sanitaria tiene por objeto, precisamente, combatir los riesgos propios de la imperfecta condición humana. Se trata, por ello, de un tipo de actividad esencialmente ligada a riesgos y daños.

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

Tal conjunción de riesgos elevados conduce forzosamente a un número muy alto de *daños*, de daños que además son, con

mucha frecuencia, de gran importancia, porque recaen sobre personas, sobre material especialmente sensible.

Por todo ello, puede decirse que el funcionamiento normal de la sanidad pública (como la privada) se encuentra inescindiblemente unida a riesgos y daños. La lucha contra estos riesgos y daños se encuentra condicionada, al menos, por tres *limitaciones* evidentes: la presupuestaria, la humana y la científico-técnica. La limitación presupuestaria es obvia. No existen recursos suficientes para poner a disposición de todos los ciudadanos los últimos avances médicos, ni para contratar al personal suficiente ni construir los centros necesarios para atender a los eventuales pacientes de forma inmediata. El factor humano es también decisivo: todo médico, incluso el más capacitado, comete errores, son inherentes a la condición humana; y todo paciente goza de un período de vida limitado, que la naturaleza humana no permite rebasar. Finalmente, son notorias las limitaciones científico-técnicas. La medicina, a pesar de su constante desarrollo, no puede todavía combatir gran parte de los problemas de salud del ser humano.

Entremos ya a analizar los concretos títulos de imputación de segundo nivel enunciados.

### 3.2. LA CREACIÓN DE UN RIESGO RELEVANTE A EFECTOS DE RESPONSABILIDAD

#### 3.2.1. *No disminución del riesgo*

Se ha dicho que para que un daño pueda ser imputado a la Administración es preciso que ésta haya creado, con su actuación, un riesgo relevante a efectos de responsabilidad. Ello no sucederá, obviamente, cuando el funcionamiento administrativo no sólo no cree un riesgo, sino que lo *disminuya*. Existe disminución del riesgo cuando «el autor [en nuestro caso, la Administración, a través de alguno de sus agentes] modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción»<sup>368</sup>.

<sup>368</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 365.



Suele ponerse como ejemplo el de quien, al ver que una piedra se dirige a la cabeza de otro, logra desviarla a otra parte del cuerpo para la que resulta menos peligrosa.

ROXIN ofrece un segundo ejemplo perfectamente aplicable a nuestro objeto de estudio, la responsabilidad de la Administración sanitaria: el médico que sólo puede aplazar la muerte inevitable del paciente<sup>369</sup>. Al estudiar la relación de causalidad se ha hecho referencia a este mismo ejemplo para constatar que en él el médico ha sido causa del resultado de muerte del paciente, puesto que con su actuación ha influido en el resultado (debido a su actuación, la muerte del paciente se ha producido en un momento distinto de aquel en que hubiera tenido lugar sin dicha actuación). Sin embargo, parece obvio que no se le puede imputar el resultado de muerte, porque ha conseguido reducir el riesgo de muerte y mejorar así la situación del paciente: sin su actuación, el riesgo de muerte hubiera sido mayor, como lo demuestra el hecho de que dicha muerte se hubiera producido sin lugar a dudas con anterioridad al momento en que (gracias al médico) se ha producido. Este ejemplo (y, en general, todos los que quepa incluir en este primer criterio) pone de relieve que causalidad y riesgo no van necesariamente unidos: una conducta puede ser causal de un resultado y, sin embargo, no crear un riesgo, sino reducirlo. Naturalmente, es preciso que la muerte del paciente fuera verdaderamente inevitable. Porque, de ser evitable, el médico, con su actuación, no habrá disminuido el riesgo, sino que lo habrá aumentado<sup>370</sup>.

---

La aceptación del criterio de la disminución del riesgo como elemento excluyente de la imputación objetiva se encuentra bastante extendida entre los penalistas. Así, p. ej., ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 365-366 (y los autores citados en la nota núm. 66); JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 389; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 232.

<sup>369</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 365.

<sup>370</sup> Como ocurre en el siguiente ejemplo: en el servicio de urgencias de un hospital público es ingresado un sujeto que ha recibido un balazo en un órgano no vital. Este sujeto, si no existiera la medicina actual, moriría, su riesgo de muerte sería elevadísimo. Pero es un hecho que la medicina actual permite evitar la muerte en este tipo de casos; ello debe ser tenido en cuenta en el momento de calibrar el riesgo de muerte del sujeto. Por tanto, puede decirse que el riesgo de muerte del sujeto, al ser ingresado en el servicio de urgencias del hospital, es mínimo. Si entonces es intervenido quirúrgicamente por un cirujano absolutamente negli-

El presente criterio tiene un especial campo de aplicación en el sector de actividad administrativa que constituye nuestro objeto de estudio, la asistencia sanitaria. Pues aquí, como ya se ha dicho, la *finalidad* de toda intervención es la de disminuir riesgos ya existentes, los riesgos inherentes al precario estado de salud de los pacientes. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el presente criterio no entra en juego cuando se constate la mera intención de disminuir un riesgo preexistente, sino sólo cuando se compruebe que dicho riesgo preexistente ha sido *efectivamente* disminuido<sup>371</sup>. Por ello, en la mayoría de supuestos de auténtica disminución de riesgo, nadie se planteará siquiera la posible existencia de responsabilidad administrativa. En efecto, es dudoso que los parientes de un paciente cuya muerte inevitable haya sido sólo aplazada por el servicio público de asistencia sanitaria, decidan reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración. Continuando con este ejemplo, lo habitual será que se cuestione la responsabilidad administrativa no cuando se posponga la muerte, sino cuando se adelante. Es decir, no cuando haya disminución, sino creación de riesgo. Veamos qué ocurre cuando la Administración crea algún riesgo.

### 3.2.2. *Creación de un riesgo no insignificante. El pensamiento de la adecuación*

Se ha señalado antes que para que un riesgo creado por la Administración pública merezca una valoración negativa y sea considerado relevante a efectos de responsabilidad, debe tener una cierta entidad cuantitativa. En efecto, la Administración, al igual que el resto de sujetos, crea riesgos constantemente, y no parece que el carácter objetivo de su responsabilidad exija que deban imputársele todos los daños de alguna forma relacionados con dichos riesgos. La mera relación de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado no puede ser suficiente. Los riesgos

---

gente, que es incapaz de controlar la herida, su riesgo de muerte se incrementará de forma notable. Podrá decirse, entonces, que el cirujano no ha disminuido el riesgo, sino que lo ha aumentado.

<sup>371</sup> De lo contrario se llegaría a la consecuencia absurda de no poder imputar nunca un daño a la Administración sanitaria, ni aun en los casos de actuaciones sanitarias temerariamente imprudentes.

*insignificantes* que pueda crear no pueden ser calificados de relevantes a efectos de responsabilidad. Sólo cuando el riesgo creado tiene una cierta entidad cuantitativa puede decirse con propiedad que ha existido un riesgo, que el funcionamiento del servicio público ha sido peligroso.

La doctrina penalista suele poner un ilustrativo ejemplo: A envía a B al bosque en medio de una tormenta con la esperanza de que le alcance un rayo y lo mate, lo que efectivamente sucede. Aquí no puede negarse que A ha creado un riesgo, como tampoco puede negarse que se trata de un riesgo mínimo, insignificante, que no puede ser tomado en consideración ni por el Derecho penal, para fundamentar la existencia de delito doloso de A, ni por el Derecho civil, para fundamentar su responsabilidad extracontractual. Cabe imaginar supuestos análogos en el ámbito de la sanidad pública: un paciente entra en un hospital a recoger unas radiografías y la persona de la recepción le indica que debe subir a la segunda planta; al subir por las escaleras, que se encuentran en perfecto estado de conservación, tropieza y cae. O, en el ejemplo ya enunciado en sede de causalidad, un médico receta a un paciente unas pastillas, y éste, al ir a comprarlas, es atropellado. Ante ejemplos de este tipo, resulta obvio que no puede nacer la responsabilidad administrativa; pero la exclusión de la responsabilidad no viene fundamentada, como normalmente se sostendría, en la ausencia de causalidad (que sí la hay: sin la intervención del agente administrativo en cada caso involucrado no se hubiera producido el resultado), sino en la circunstancia de que la Administración no ha creado un riesgo cuantitativamente relevante. En el presente epígrafe me ocuparé con cierto detalle de este aspecto cuantitativo del riesgo creado por la Administración. Pero debe tenerse presente en todo momento que el requisito de la entidad cuantitativa del riesgo sólo permitirá excluir la responsabilidad administrativa en casos que, como los acabados de enunciar, son muy claros, y ante los que las víctimas rara vez reclaman indemnización; los casos más problemáticos, donde surgen las dudas interpretativas, se producen cuando la Administración crea un riesgo cuantitativamente relevante, y se discute si el riesgo, además, posee la entidad *cualitativa* necesaria para fundamentar la responsabilidad adminis-

trativa. La cuestión de la entidad cualitativa del riesgo será abordada en el próximo epígrafe.

El criterio definidor del grado de riesgo necesario para que exista un riesgo no insignificante (un riesgo cuantitativamente relevante) lo suministra la teoría de la adecuación<sup>372</sup>.

La teoría de la adecuación, fundada por un médico, VON KRIES, a finales del siglo pasado, nació como una teoría de la causalidad, con la finalidad de limitar los indeseados efectos de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Como ya sabemos, entre los civilistas alemanes y los penalistas alemanes y españoles se ha impuesto la convicción de que en realidad es una teoría de la imputación, y no ya de la causalidad<sup>373</sup>. Ya sea como teoría de la causalidad, ya sea (como es más correcto) como teoría de la imputación, lo cierto es que el pensamiento de la adecuación cuenta con muchos adeptos en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas. Así, en el ámbito de la responsabilidad *administrativa*, es la fórmula manejada mayoritariamente por la doctrina alemana, francesa y, como hemos visto, española<sup>374</sup>.

Esta teoría centra sus esfuerzos en determinar cuándo una determinada conducta es *adecuada* para producir un determinado resultado, y de ahí recibe su nombre. Se trata de una teoría que pretende resolver por sí sola el problema de la imputación. Por ello, abarca las dos fases sucesivas que en Derecho penal se

<sup>372</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva...*, *op. cit.*, pp. 79-80 (con referencias a otros autores en la nota núm. 62); MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 233; ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 367.

<sup>373</sup> P. ej., JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 388; ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 361; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 229; LARENZ, Karl, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, p. 435 (véase la nota núm. 31 para la bibliografía civilista).

<sup>374</sup> En Alemania, p. ej., MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10.ª ed., München, C. H. Beck, 1995, p. 622.

En Francia, MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 79 y 105; CHAPUS, René, *Droit Administratif Général, Tome 1*, *op. cit.*, p. 1134; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, p. 720.

Para la doctrina española, véase *supra*, el epígrafe 1.2 del capítulo primero, y la bibliografía allí citada (concretamente, en la nota núm. 49). Téngase en cuenta la confusión reinante en España entre teoría de la causalidad adecuada y teorías individualizadoras de la causalidad (sobre esta confusión véase, *supra*, la nota núm. 71).

estiman necesarias para que pueda producirse la imputación objetiva del resultado: la creación de un riesgo jurídicamente relevante y su realización en el resultado. En efecto, cuando realiza el juicio de adecuación, esta teoría toma como punto de referencia el resultado *concretamente* producido, el curso causal efectivamente acaecido. De este modo, está juzgando la adecuación de la conducta examinada para producir un resultado como el constatado, y, con ello, implícitamente, si el riesgo creado se ha realizado en el resultado lesivo. Se trata, así, de una teoría especialmente útil para negar la imputación en los infrecuentes supuestos de cursos causales anómalos o inusuales. Pero no es capaz de excluirla en muchos otros supuestos, aquellos en que la conducta no parece inadecuada para producir el resultado lesivo acaecido y sin embargo deba negarse la imputación (p. ej., porque se haya disminuido el riesgo). Por eso, se trata de una teoría abandonada por la actual doctrina penalista partidaria de la imputación objetiva, que prefiere, porque es mucho más preciso, el esquema ya señalado de la creación de un riesgo jurídicamente relevante que se realice en el resultado. Sin embargo, esta misma doctrina penalista cree útil utilizar algunos elementos de dicha teoría para poder determinar cuándo un riesgo tendrá la *entidad cuantitativa* para ser considerado no insignificante a los efectos de responsabilidad. Se toma, en realidad, prácticamente toda la teoría de la adecuación, menos un elemento esencial de la misma: el juicio de adecuación no se refiere al resultado concretamente acaecido, sino al resultado *típico*, que en el caso de la responsabilidad administrativa es una lesión indemnizable<sup>375</sup>. Veamos con mayor detalle en qué consiste la teoría de la adecuación, y qué se toma de ella y de qué se prescinde<sup>376</sup>.

---

<sup>375</sup> Lo que se quiere decir se entenderá mejor tras leer lo que más adelante (en el punto 3 y en la nota núm. 386) se dirá sobre el problema de la determinación del resultado en el marco de la teoría de la adecuación.

<sup>376</sup> Debe tenerse presente, en todo momento, que de lo que se trata en el marco del criterio de imputación que estamos analizando es de examinar cuándo un determinado riesgo podrá ser calificado de no insignificante, es decir, cuándo poseerá la entidad cuantitativa suficiente para poder justificar la atribución del daño a la Administración. Estamos examinando, en definitiva, cuándo podrá decirse que el funcionamiento del servicio público ha sido peligroso.

Tres han sido y son las grandes cuestiones debatidas en torno a la teoría de la adecuación<sup>377</sup>: la formación de las bases del juicio de adecuación, el grado de tendencia necesario para poder afirmar que la conducta es adecuada y la determinación del resultado.

1. Formación de las bases del juicio de adecuación. Este primer problema hace referencia a qué condiciones del resultado deben ser tenidas en cuenta a la hora de juzgar la adecuación de una conducta, es decir, qué información debe ser considerada en el momento de efectuar dicho juicio. Cuanta mayor información sobre lo acaecido incorporemos a las bases del juicio, más fácil será afirmar la adecuación de la conducta. Así, en el ejemplo típico de quien provoca a otro una leve herida que acaba desencadenando su muerte debido a que la víctima era hemofílica, será mucho más fácil considerar que la conducta inicial era adecuada para producir el resultado si se tiene en cuenta el dato de la hemofilia de la víctima. La formulación sobre las bases del juicio de adecuación mayoritariamente aceptada en la actualidad proviene de TRAEGER. Según ella, deberán incluirse en dichas bases aquellas circunstancias conocidas o reconocibles por un hombre prudente en el momento de la acción (es decir, *ex ante*), más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor con base en sus conocimientos especiales o en el azar. Este juicio recibe el —criticado— nombre de «prognosis posterior objetiva».

Se remite, pues, a un hombre prudente, o, lo que es lo mismo, a un «observador objetivo [...que...] disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico»<sup>378</sup>, o a un «observador experimentado»<sup>379</sup>. Y no ya a un observador óptimo, que hubiera podido prever prácticamente cualquier acontecimiento o curso causal<sup>380</sup>. El juicio, a

<sup>377</sup> Se sigue, en la exposición de estos tres grandes problemas, a MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva...*, *op. cit.*, pp. 79-120. Una exposición detallada y clásica de los mismos es la efectuada por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados...*, *op. cit.*, pp. 28-49.

<sup>378</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 360.

<sup>379</sup> LARENZ, Karl, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, p. 456.

<sup>380</sup> LARENZ se muestra crítico con la Sala civil del Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*), que suele tomar como punto de referencia el observa-

su vez, deberá ser realizado desde un punto de vista *ex ante*, y no ya *ex post*. Pues bien, este juicio o pronóstico posterior objetiva propio de la teoría de la adecuación debe ser utilizado, en el marco del criterio de imputación aquí examinado, para determinar si la conducta enjuiciada ha creado o no un riesgo no insignificante<sup>381</sup>.

Teniendo en cuenta que el concreto sector que nos interesa es el de la sanidad pública, el «hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico» (el «hombre prudente» u «observador experimentado») desde cuya perspectiva deba efectuarse el referido juicio de adecuación será un profesional experimentado de la asistencia sanitaria.

2. El grado de tendencia. Se trata de la cuestión más controvertida en relación con la teoría de la adecuación. El problema aquí no es otro que el de delimitar en qué medida tiene que incrementar la conducta las posibilidades de producción del resultado para ser considerada adecuada. Las diferentes posturas pueden ser reconducidas a tres, en función de su relación con los conceptos de posibilidad y probabilidad:

a) Es suficiente con la simple *posibilidad* de producción del resultado para que la conducta sea adecuada. Esta postura permite negar la adecuación de la conducta en muy pocos casos, pues pocas veces podrá considerarse completamente imposible que una conducta ocasione un determinado resultado.

b) Es necesario que exista la *probabilidad* de producción del resultado. Teniendo en cuenta, como nos recuerda MARTÍNEZ ESCAMILLA, que comúnmente suele decirse que la producción de un evento es «probable» cuando es más factible que ocurra que que no ocurra (es decir, cuando haya más de un 50 por 100 de posibilidades de que acontezca), la presente postura negará con demasiada frecuencia el carácter adecuado de una conducta. En efecto, como señala esta autora, no puede decirse que sea inadecuada para producir el resultado de muerte una conducta con-

---

dor óptimo y, consiguientemente, casi nunca niega la adecuación de las conductas que examina (LARENZ, Karl, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, pp. 437 y 439-440).

<sup>381</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 367; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 233.

sistente en prescribir un fármaco que en un 30 por 100 de los casos produce la muerte<sup>382</sup>. Es insostenible, en un ejemplo como el acabado de poner, afirmar que la conducta examinada no es peligrosa.

c) Ante la inviabilidad, por su radicalidad, de las dos posturas precedentes, la mayor parte de la doctrina ha acudido a soluciones intermedias. Se acude, así, al concepto de posibilidad o al de probabilidad, pero matizándolo. Se exige, así, una «posibilidad próxima», «notable», «seria», «relevante», o «un grado no demasiado alto de probabilidad», «una mínima probabilidad», etc. También se acude a formulaciones negativas: «que [la] condición [...] ha[ya] aumentado la posibilidad del resultado de modo no irrelevante»; cuando el comportamiento «aumenta de manera no insignificante las posibilidades de [...] producción [del resultado]»; «no ha de ser del todo improbable que la acción produzca el resultado»...

Parece aconsejable optar por alguna de estas formulaciones intermedias también en lo que a nosotros nos interesa (se impone, pues, aprovechar los resultados de la teoría de la adecuación también en lo relativo al grado de tendencia). Aunque se debe ser consciente, en cualquier caso, que ninguna ofrecerá una solución exacta y que corresponde al juez, en última instancia, decidir si la conducta ha sido o no adecuada. Un *test* pragmático (aunque de gran utilidad) es el de preguntarse si, al realizarse la conducta, cabía contar con la causación de un resultado lesivo.

3. La determinación del resultado. El tercer y último gran problema relacionado con esta teoría es el del grado de concreción que se debe exigir al resultado en el momento de formular el juicio de adecuación. ¿Se debe tener en cuenta el resultado en su configuración más concreta, es decir, tal y como se ha producido en el caso concreto?, ¿o bien debe tenerse en cuenta el resultado típico, es decir, el generalmente previsto por la normativa que regula el sector de responsabilidad de que se trate (en el caso de la responsabilidad patrimonial, una lesión indemnizable)? Lo que se quiere decir se entenderá con un ejemplo: un

---

<sup>382</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva...*, op. cit., pp. 96-97.



médico receta a un paciente un medicamento contraindicado, éste lo ingiere y debe ser ingresado en un hospital, donde muere como consecuencia de un incendio. Para valorar la adecuación de la conducta del médico, podemos elegir o el resultado concretamente acontecido —muerte como consecuencia de un incendio—, o el resultado lesivo típico —lesión indemnizable—. Si elegimos el primer resultado, deberemos negar necesariamente la adecuación de la conducta del médico: prescribir un medicamento contraindicado no constituye, evidentemente, una conducta adecuada para producir una muerte por quemaduras o asfixia. Pero si elegimos el segundo resultado (más general), habrá que calificar a la conducta de adecuada: prescribir un medicamento contraindicado constituye una conducta perfectamente adecuada para producir una lesión indemnizable (un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizable, que no se tenga el deber jurídico de soportar). De este modo, puede decirse que cuanto más se generalice el resultado, más fácil será afirmar la adecuación de la conducta.

Ante esta disyuntiva, los defensores de la teoría de la adecuación se han decantado de forma prácticamente unánime por tener en cuenta el resultado concretamente producido en el caso examinado<sup>383</sup>. Sin embargo, como señala MARTÍNEZ ESCAMILLA, parece más correcto efectuar el juicio de adecuación en relación con el resultado general, típico<sup>384</sup>. En efecto, cuando se está examinando si la conducta enjuiciada ha generado un riesgo no insignificante, si se trata de una conducta peligrosa, que ha creado un riesgo relevante a efectos de responsabilidad; en definitiva, si nos encontramos ante una conducta que merezca ser valorada negativamente, no debe tenerse en cuenta el resultado concretamente acaecido, ni el concreto curso causal que ha llevado a él, sino el resultado típico —existencia de una lesión indemnizable—. El resultado concreto ya será tenido en cuenta después, cuando se analice el requisito de la realización del

---

<sup>383</sup> Así lo recuerda GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados...*, op. cit., pp. 48-49 (véase la doctrina citada en la nota núm. 127, partidaria de la determinación concreta del resultado).

<sup>384</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva...*, op. cit., pp. 119-120.

riesgo en el resultado. Volviendo al ejemplo puesto, no hay duda de que la conducta del médico que prescribe un medicamento contraindicado constituye una conducta peligrosa, que genera un riesgo no insignificante de lesión indemnizable, y que debe ser por tanto valorada negativamente desde la perspectiva de la responsabilidad. Ello no significa, repito, que el médico (la Administración), en el ejemplo visto, deba responder por la muerte ocurrida, pues faltará el requisito, que más adelante estudiaremos, de la realización del riesgo en el resultado<sup>385</sup>.

Por ello, porque se prescinde de este elemento esencial de la teoría de la adecuación (se toma un grado de concreción del resultado *menor* que el defendido por la teoría de la adecuación), debe decirse que en el marco del criterio de imputación que estamos analizando (el del riesgo no insignificante) no se está utilizando la teoría de la adecuación, sino sólo algunos de sus elementos (concretamente, la prognosis posterior objetiva y el grado de tendencia)<sup>386</sup>.

---

<sup>385</sup> Luego veremos que para que pueda imputarse un resultado no basta con que se haya creado un riesgo relevante a efectos de responsabilidad (que no haya habido disminución del riesgo, que se haya creado un riesgo no insignificante, que no se trate de un riesgo permitido y que no esté consentido), sino que se requiere, además, que sea precisamente el riesgo relevante creado, y no otro, el que se realice en el concreto resultado lesivo. Habrá realización del riesgo en el resultado cuando dicho resultado concreto sea el reflejo del desvalor de la conducta previamente constatado.

<sup>386</sup> Por lo que debo discrepar de MARTÍNEZ ESCAMILLA, quien parece entender que se sigue aplicando la teoría de la adecuación aun cuando se prescinda del elemento esencial del grado de concreción del resultado, y se tenga en cuenta, al efectuar el juicio de adecuación, no el resultado concretamente acaecido, sino el resultado típico.

En este sentido, dudo que los partidarios de la teoría de la adecuación en su configuración tradicional (que atiende al resultado más concreto), y que siguen siendo muchos —sobre todo fuera del Derecho penal—, acepten que pueda seguir hablándose de «teoría de la adecuación» tras un cambio tan sustancial.

Porque, como se ha dicho con anterioridad, para sus defensores (que no siempre la conciben como una teoría de la causalidad: en Alemania, como se ha visto, los civilistas defienden a la teoría de la adecuación como una teoría de la imputación, no de la causalidad), la teoría de la adecuación ofrece una solución *global* al problema de cuándo un daño debe ser atribuido a una conducta, solución global que no se produce si se tiene en cuenta el resultado típico y no el resultado concreto; en efecto, la modulación de la teoría de la adecuación efectuada por MARTÍNEZ ESCAMILLA sólo tiene sentido si (como ella, como buena penalista, hace) paralelamente se acepta el esquema penal que distingue dos fases en el juicio de imputación, la de

Después de todo lo visto, estamos ya en condiciones de definir cuándo el funcionamiento del servicio público habrá creado un riesgo no insignificante: estaremos ante un riesgo no insignificante (existirá un funcionamiento peligroso del servicio público) cuando para el observador prudente (que, en el ámbito médico, será un profesional experimentado), situado en el momento de la acción y dotado de los especiales conocimientos del agente administrativo al actuar, no parezca totalmente improbable que el funcionamiento del servicio produzca una lesión indemnizable.

Cuando ello no ocurra, y parezca totalmente improbable que el funcionamiento del servicio pueda producir un resultado lesivo (cuando *ex ante* no se cuente con un resultado lesivo), deberá negarse la imputación objetiva del resultado. Ello ocurrirá en muchos supuestos: p. ej., en el caso ya enunciado del médico que receta unas pastillas a un paciente que resulta atropellado al salir del hospital y dirigirse a la farmacia a comprarlas. O cuando el paciente tropiece al subir las escaleras del hospital en búsqueda de sus radiografías. O cuando un médico recete a un paciente unas pastillas perfectamente indicadas, y éste se ahogue al intentar tragarlas. Como puede apreciarse, son supuestos claros, en que nadie —o casi nadie— dudará de la irresponsabilidad de la Administración.

Sin embargo, habrá también muchos supuestos, mucho más problemáticos, en que el funcionamiento del servicio habrá creado un riesgo no insignificante de producir un resultado lesivo. De hecho, ello será la regla general en sectores de la actividad administrativa, como, p. ej. —y señaladamente—, la sanitaria, caracterizados por la normalidad con que el servicio genera riesgos no despreciables (en el ámbito de la sanidad pública se llevan a cabo actuaciones muy peligrosas constantemente: anestesias, intervenciones quirúrgicas, tratamientos peli-

---

creación de un riesgo jurídicamente relevante y la de su realización en el resultado. Si no se conoce o no se acepta este esquema penal, y se maneja la teoría de la adecuación modificada en el sentido expuesto en lugar de su versión tradicional, no se podrá excluir la imputación ni aun en los casos tan llamativos (y para los que nació precisamente la teoría de la adecuación) de cursos causales anómalos o inusuales.

grosos, etc.). Cuando ello suceda, no bastará el criterio cuantitativo del riesgo insignificante para excluir la imputación del daño causado a la Administración, y habrá que cuestionarse si el riesgo creado era o no permitido, es decir, si el riesgo, además de tener entidad cuantitativa, también la ha tenido cualitativa. Veamos cuándo ocurrirá esto.

### 3.2.3. *Creación de un riesgo no permitido*

#### 3.2.3.1. Funcionamiento fallido del servicio público: error imprudente y error no imprudente. El estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica

Se ha dicho ya que para que una conducta pueda ser valorada negativamente a efectos de responsabilidad, no es suficiente con el mero dato cuantitativo de que haya generado un riesgo no insignificante, sino que es preciso, además, que concurra un elemento cualitativo: se debe tratar de un riesgo no permitido.

En esta fase de análisis es donde cobra esencial importancia que el sistema de responsabilidad de que se trate se articule en torno a la idea de culpa o no.

Cuando la responsabilidad es subjetiva (basada en la idea de culpa), el elemento cualitativo determinante de la existencia o no de imputación del resultado es la culpa. La culpa es la que determina qué conductas merecerán ser valoradas negativamente a efectos de responsabilidad y cuáles no. Es la que delimita, en definitiva, el riesgo permitido. El grado de riesgo permitido en cada caso dependerá de la utilidad social de la conducta: allí donde se considere no útil socialmente una conducta se fijará el nivel de diligencia exigible que trazará la frontera entre los riesgos permitidos y los no permitidos. El riesgo permitido no es el mismo para cada sector de actividad. Existen muchas actividades que, debido a su utilidad social, a las ventajas que conllevan, tienen asignado un nivel de riesgo permitido muy alto; esto es, se trata de actividades muy peligrosas que, no obstante, son toleradas, permitidas, en las que el deber de diligencia es fijado a un nivel muy elevado de riesgo: la persona que las lleve a cabo podrá generar riesgos muy altos sin que por ello rebase el nivel

de diligencia exigido y sin que, por tanto, deba indemnizar los daños que produzca su actuación peligrosa. Es lo que ocurre, p. ej., en el tráfico viario, en relación con los daños en los bienes<sup>387</sup>. Conducir un vehículo, incluso respetando todas las reglas del tráfico viario, es una actividad muy peligrosa (las estadísticas así lo corroboran), pero que proporciona una gran utilidad social. Esta utilidad social es la que justifica que se considere irrelevante a efectos de responsabilidad la conducción de vehículos respetuosa de las reglas de tráfico: quien conduzca un vehículo de forma prudente —sin culpa—, esto es, respetando escrupulosamente las reglas del tráfico, no deberá indemnizar los daños en los bienes que dicha conducción (que, aunque menos que la conducción imprudente, es muy peligrosa) pueda producir. La frontera entre dicho riesgo permitido y el no permitido lo fija, como se aprecia, la idea de culpa: los daños en los bienes que sean fruto de una conducción imprudente, culposa, deberán ser indemnizados. Lo mismo ocurre en el ámbito médico privado. Es innegable que una intervención quirúrgica, una anestesia, un tratamiento agresivo, p. ej., son actividades muy peligrosas. Son, sin embargo, admitidas (no generando responsabilidad penal ni extracontractual), debido a su utilidad social (en mi opinión, mucho mayor que la del tráfico viario), siempre y cuando respeten el deber de diligencia exigido, que aquí viene fijado por la denominada *lex artis*. La culpa, en definitiva, es el elemento cualitativo esencial en el marco de la responsabilidad subjetiva.

La situación, en cambio, es totalmente distinta cuando la responsabilidad, como sucede en el caso de la Administración pública (también la sanitaria), es objetiva, prescinde de la idea de culpa. En estos supuestos, en los que la presencia de culpa no es necesaria, podría pensarse que el mero dato de la peligrosidad intrínseca de la conducta (del funcionamiento administrativo, en nuestro caso), peligrosidad constatada a través del criterio del riesgo no insignificante antes examinado, es suficiente para cali-

---

<sup>387</sup> No ya en relación con los daños a las *personas* que la conducción de vehículos a motor pueda producir, pues éstos se encuentran, actualmente, sometidos a una responsabilidad de tipo objetivo (ROCA TRÍAS, Encarna, *Derecho de Daños...*, *op. cit.*, p. 248).

ficar a dicha conducta de relevante a efectos de responsabilidad y, en caso de que sea esa peligrosidad y no otra la que se realice en el resultado, imputar el daño a su autor (la Administración, en nuestro caso).

Sin embargo, ello es, en mi opinión, inadmisibile. Debe partirse de la base de que la responsabilidad extracontractual, en todos los ámbitos (también, pues, cuando la responsabilidad es objetiva), debe ser la excepción, no la regla. El ordenamiento jurídico no puede permitir e incluso (como sucede en relación con la Administración, sobre todo la sanitaria) obligar a un agente a realizar una actividad peligrosa, y luego exigirle que indemnice todos los daños que el desarrollo de la misma pueda causalmente ocasionar. Ello constituye, en mi opinión, una contradicción flagrante. En efecto, permitir u obligar una determinada actividad presupone una previa valoración *positiva* de la misma. Y establecer que esa misma actividad generará responsabilidad extracontractual cuando cause cualquier daño representa valorarla *negativamente*<sup>388</sup>. En definitiva, contradictorio.

Es preciso, por tanto, dejar un margen a toda actividad peligrosa no prohibida exento del deber indemnizatorio. Todo aquel sujeto sometido a una responsabilidad extracontractual de tipo objetivo debe contar, pues, con un margen de maniobra en el desarrollo de su actividad, con una parcela de conductas no valorada negativamente desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual. Si esto parece necesario cuando la actividad realizada por el sujeto sometido a una responsabilidad de tipo objetivo es meramente *tolerada* por el ordenamiento, con mayor razón lo será cuando dicho sujeto se vea *obligado* a desarrollar la actividad no prohibida de que se trate. Esto último, como se ha

---

<sup>388</sup> Cuando a lo largo del presente trabajo se dice que una actividad generadora de responsabilidad extracontractual es una actividad valorada negativamente por el ordenamiento, no se quiere decir, obviamente, que se trate de una actividad que el ordenamiento *prohíba* o que tuviera que prohibir. Se quiere decir tan sólo que está valorada negativamente porque a su realización se vincula la obligación de indemnizar. Porque qué duda cabe que tener que indemnizar un determinado daño es una carga, un mal (aunque, naturalmente, no sancionador), y su imposición a una determinada persona en lugar de a la víctima presupone una valoración negativa de la conducta de aquélla.

dicho en el párrafo precedente, es lo que sucede, precisamente, con la Administración pública, en general, y, muy especialmente, con la Administración sanitaria, en particular. Efectivamente, la Administración sanitaria no puede elegir entre llevar a cabo sus actuaciones peligrosas sobre los pacientes o no hacerlo. El ordenamiento le obliga a ello. Y esta obligatoriedad, como es lógico, llega hasta el personal sanitario, que puede ser objeto de responsabilidad disciplinaria e incluso penal en caso de incumplimiento. Esta obligatoriedad a que está sometida la Administración sanitaria y su personal en la realización de la actividad peligrosa que constituye su objeto es coherente con otro extremo muy importante que no hay que olvidar: la actividad sanitaria peligrosa desarrollada por la Administración es una actividad *beneficiosa*, y no sólo para la sociedad en su conjunto (este es un rasgo común de todas las actividades peligrosas no prohibidas: son actividades útiles socialmente), sino, especialmente, para las propias víctimas, los pacientes, que son auténticos beneficiarios de la misma.

¿Cuál es, pues, el elemento cualitativo que ha de servir para reconducir la responsabilidad objetiva a sus justos límites? El concepto clave, en mi opinión, es el de *error*. Sólo cuando nos encontremos ante una conducta (peligrosa)<sup>389</sup> *fallida* del sujeto sometido a responsabilidad objetiva podrá<sup>390</sup> nacer este tipo de responsabilidad. En el caso de la Administración pública (y sanitaria), por tanto, sólo cuando el funcionamiento del servicio público haya sido fallido podrá existir responsabilidad patrimonial.

Se trata, naturalmente, de un error tanto imprudente como *no imprudente*. En efecto, cuando la responsabilidad es objetiva, no puede hacerse depender su nacimiento de la concurrencia de imprudencia, como ya se ha visto. Debe admitirse, enton-

---

<sup>389</sup> No se olvide en ningún momento que hasta esta fase de análisis (criterio del riesgo no permitido) sólo llegan aquellas conductas generadoras de un riesgo no insignificante de provocar un daño, es decir, las conductas peligrosas. En lo que sigue ya no se especificará cada vez esta necesidad, sino que se dará por supuesta.

<sup>390</sup> Digo «podrá» porque con este requisito no basta aún para que nazca la responsabilidad extracontractual. Es preciso, para que ello suceda, que concurren todos y cada uno de los requisitos que se estudiarán a continuación: que el riesgo no esté consentido y que se realice el riesgo en el resultado).

ces, la responsabilidad sin culpa. La pregunta que surge inmediatamente es la de si puede existir la categoría del error *no imprudente* (¿no es todo error, en realidad —por definición—, imprudente?). Y la respuesta, a mi juicio, es que sí: existe la categoría del error no imprudente (de modo que no todo error es imprudente).

Efectivamente, es perfectamente posible que existan errores no imprudentes. De hecho, ocurren constantemente. Piénsese, p. ej., en una fábrica de vehículos. Cada X vehículos fabricados aparece siempre, sin excepción, alguno que presenta algún defecto susceptible de provocar algún accidente. El defecto se ha producido a pesar de que en la fase de fabricación del vehículo, así como de sus componentes, se han respetado todas y cada una de los cientos de normas técnicas que sirven para constatar la negligencia o diligencia del proceso de fabricación. No estamos, pues, ante un error imprudente, sino no imprudente. En efecto, nadie dudará en considerar que la fábrica de vehículos se ha equivocado, que ha producido un vehículo fallido, que ha cometido, en definitiva, un error (ni siquiera la propia fábrica, que no dudará en reparar gratuitamente el defecto o, si no es posible, en entregar un nuevo vehículo).

Puede hablarse de errores no imprudentes porque la imprudencia no abarca todo el abanico posible de conductas equivocadas, no comienza en la actuación no fallida. En este sentido, la imprudencia permite un margen de error, margen de error que de producirse no permitirá hablar de conducta imprudente, sino de conducta diligente, pero equivocada.

La existencia de errores no imprudentes se debe, principalmente, al *factor humano*. El ser humano no es infalible. Incluso los mayores especialistas en cada materia cometen errores, errores no imprudentes. Allá donde el factor humano es decisivo es donde prolifera esta clase de errores. Y un sector de actividad en el que deviene esencial el factor humano es el de la asistencia sanitaria. Por eso, la sanidad pública, nuestro objeto de estudio, es un marco idóneo para que se produzcan errores no imprudentes. El Código Deontológico español reconoce a los médicos la libertad de terapia y tratamiento. Ello significa que los facultati-



vos, ya sean del sector público o del privado, disponen de un amplio margen de maniobra en la práctica de la medicina, en el desarrollo de conductas sanitarias peligrosas eventualmente causantes de daños. Este margen de maniobra está delimitado por la *lex artis*, que es, como ya se ha dicho, la que permite determinar si una conducta médica ha sido o no imprudente<sup>391</sup>. Dentro de este margen de maniobra pueden producirse, como de hecho se producen con frecuencia, errores médicos, errores no imprudentes. Todo médico, incluso el más experimentado, se equivoca, sin rebasar por ello la frontera de la imprudencia. El error puede producirse en cualquiera de las fases de que consta la actividad médico-quirúrgica<sup>392</sup>:

a) Fase de anamnesis. En esta fase, que no constituye un momento autónomo de la actividad del médico, sino que está vinculada a la fase siguiente, la de diagnosis, el facultativo se informa acerca del paciente. Para ello, debe examinar el estado del paciente (practicando los análisis y pruebas —radiografías, ecografías...— preceptivos, etc.) y consultar su historial clínico. Ya en este momento se pueden producir errores no imprudentes. Imagínese, en un ejemplo frecuente en la práctica, que, previamente a una operación quirúrgica, en el análisis previo preceptivo, no se detecte (porque no se haya buscado) una sustancia muy poco habitual estadísticamente que, combinada con el narcótico utilizado en las anestias, produzca la muerte del paciente. La *lex artis*, en esta primera fase, no obliga a realizar exhaustivamente todos los análisis posibles, no obliga a comprobar la existencia de una sustancia como la poseída por el paciente de nuestro caso. No hay, pues, conducta imprudente. No hay, por tanto, funcionamiento anormal del servicio, sino funcionamiento normal *fallido*<sup>393</sup>.

<sup>391</sup> Entiéndase lo acabado de decir en sentido convencional, porque técnicamente la vulneración de la *lex artis* no comporta necesariamente la existencia de imprudencia, al menos en sentido jurídico-penal, como recuerda JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 44-45 (y la bibliografía citada en la nota núm. 61).

<sup>392</sup> En la enumeración y definición de estas fases se ha seguido a JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible...*, op. cit., pp. 52-63.

<sup>393</sup> Como ejemplo de error no imprudente en la fase de anamnesis puede citarse el supuesto de hecho de la STS (Sala 1.ª) de 14 de noviembre de 1994: la víctima fue ingresada en un hospital del INSALUD como consecuencia de un traumatismo

b) Fase de diagnosis. Ésta es la fase central de la actividad típica del médico, en la que éste emite un juicio sobre la enfermedad (en general, problema físico o psíquico) del paciente y su gravedad. También aquí se pueden producir muchos errores no imprudentes. De hecho, en esta fase será muy frecuente —prácticamente la regla general— este tipo de errores, puesto que, como señala JORGE BARREIRO, dada la inexactitud de la medicina como ciencia, y la consiguiente dificultad en el momento de efectuar todo diagnóstico, es muy difícil que se produzca un error imprudente<sup>394</sup>. Habrá error no imprudente, p. ej., cuando el médico diagnostique una enfermedad equivocada, por parecer los síntomas evidentes. De nuevo aquí hay funcionamiento normal fallido del servicio<sup>395</sup>.

---

craneal; los síntomas que presentaba indicaban una lesión de un alcance mucho menor que la que realmente sufría y que le acabaría produciendo la muerte. El TS, en la Sentencia, absuelve al INSALUD porque considera que, ante los síntomas del paciente (que ni siquiera se quejaba de dolor de cabeza), no parecía necesario practicar una exploración por TAC, no habiéndose vulnerado la *lex artis*. Existe, sin embargo, un claro funcionamiento fallido (aunque no imprudente) del servicio, durante la fase de anamnesis: si se hubiera practicado la exploración por TAC (que, como admite el propio TS, resulta aconsejable en todos los traumatismos craneales), se hubiera advertido el verdadero alcance de la lesión craneal del paciente.

Un segundo ejemplo de error (aunque esta vez *imprudente*) en la fase de anamnesis lo encontramos en el caso que ha dado lugar a la STS (Sala 3.ª) de 9 de marzo de 1998 (Ar. 2656): la víctima acudió al servicio de urgencias de un hospital del INSALUD porque le había entrado una esquirla metálica en un ojo, que le dificultaba la visión; ni en esa primera visita ni en las que siguieron en los meses posteriores consiguieron los médicos del INSALUD explicar la creciente dolencia y pérdida de visión de la víctima. Fue en una consulta privada donde, tras doce meses, y con la práctica de una simple radiografía, se detectó que la esquirla seguía alojada en el ojo, y que era la causa de los problemas oculares que la víctima venía arrastrando desde hacía un año. Era ya, sin embargo, demasiado tarde, y hubo que extraer el globo ocular a la víctima. Existe, en este caso, un error de diagnóstico, pero que trae su causa de un error previo, en la fase de anamnesis: los facultativos del INSALUD, al no realizar una radiografía del ojo de la víctima, no se informaron convenientemente acerca de su estado, y ello les impidió efectuar un diagnóstico correcto. En este caso, sin embargo, el error es imprudente. Así lo señaló el TS, que condenó a la Administración a indemnizar por el daño causado por el funcionamiento *anormal* del servicio público.

<sup>394</sup> JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible...*, op. cit., p. 55.

<sup>395</sup> Un ejemplo paradigmático de error no imprudente en el diagnóstico se encuentra en la STS (Sala 1.ª) de 9 de junio de 1997 (Ar. 4734): una niña sufre hemiplejía izquierda como consecuencia de una meningitis tardíamente diagnosticada. El TS considera que no hay imprudencia en la actuación de los distintos facultativos que no fueron capaces de emitir un diagnóstico correcto ante los primeros

c) Fase de pronosis. En esta fase, que tampoco constituye un momento autónomo respecto de la de diagnosis, el médico determina el tratamiento a seguir. Un ejemplo de error no imprudente, en esta fase, es el del médico que, en ejercicio de su libertad de elección de tratamiento, elige un tratamiento normal-

---

síntomas de la enfermedad, porque «no todas, ni siempre, las enfermedades pueden ser diagnosticadas desde un primer momento, y que cierto número de ellas ofrecen en su inicio una muy parecida sintomatología, así como que es bien difícil predecir, en innumerables casos, el desarrollo evolutivo de las mismas y las consecuencias a presentar» (FJ 4.º). Al faltar el elemento culpabilístico, el TS declara la irresponsabilidad de la Administración demandada. En mi opinión, sin embargo, debería haberse condenado a la Administración, ya que, como estamos viendo, su responsabilidad es objetiva y, en el caso que nos ocupa, el servicio funcionó de forma normal, pero fallida, creando un riesgo no permitido que finalmente se realizó en el resultado lesivo (téngase en cuenta, en cualquier caso, lo que todavía se dirá en este epígrafe en relación con el requisito del riesgo permitido).

Existe también error en el diagnóstico en el caso resuelto por la STS (Sala 3.ª) de 20 de diciembre de 1997 (Ar. 1238/1998): al recurrente, en 1972, se le diagnosticó un infarto subendocárdico, y ello motivó que el INSS lo declarara en situación de incapacidad laboral permanente total; esta declaración de incapacidad supuso su baja en la empresa en la que venía trabajando. En 1989, un examen médico señaló que el recurrente presentaba una exploración cardiológica normal, sin datos clínicos que sugirieran una enfermedad coronaria previa. Se constató, pues, que el diagnóstico efectuado años antes había sido erróneo. El INSS, a raíz de ello, rectificó la declaración de incapacidad previamente realizada. El TS, en la Sentencia, declara la responsabilidad solidaria del INSALUD y del INSS por los daños ocasionados al recurrente (materiales: salarios dejados de percibir, etc.; y morales: sufrimiento y cambio en los modos de vida derivados de la supuesta enfermedad) como consecuencia de dicho erróneo diagnóstico y de la subsiguiente declaración de incapacidad. Los pocos datos suministrados por la STS acerca de las circunstancias que motivaron el equivocado diagnóstico impiden saber si se trató de un error en el diagnóstico imprudente o no imprudente.

Un tercer ejemplo de error en la fase de diagnosis se encuentra en la STS (Sala 1.ª) de 8 de abril de 1996 (Ar. 2988): la víctima acudió por su propio pie al servicio de urgencias de un hospital del INSALUD aquejado de fiebre y malestar general. Allí, ante los síntomas que presentaba, y tras efectuarle algunas pruebas, le diagnosticaron un simple síndrome febril. Al día siguiente, un segundo médico fue a visitarle a su casa, repitiendo el diagnóstico de síndrome febril. Murió al día siguiente. En la autopsia se constató que la muerte había sido debida a miocarditis intersticial y neumonía lobulillar. El TS exonera de responsabilidad al INSALUD por entender que no hubo negligencia en la actuación de los facultativos, ya que los síntomas que presentaba la víctima no permitían efectuar un diagnóstico distinto ni aconsejaban la práctica de pruebas adicionales. No existió, por tanto, culpa. Pero sí error (aunque no imprudente), pues no hay duda de que el diagnóstico fue equivocado. Este caso pone de relieve la íntima relación existente entre las fases de diagnosis y anamnesis: el diagnóstico fue equivocado, pero porque no se practicaron las pruebas que hubieran permitido detectar la patología de la víctima.

mente adecuado —aunque no en el caso concreto— para curar la enfermedad correctamente diagnosticada<sup>396</sup>.

d) Fase de ejecución de la actividad médico-quirúrgica. Aquí es donde se lleva a cabo el tratamiento elegido. Debido al alto grado de pericia y concentración que a menudo exige la ejecución de determinados tratamientos (piénsese, p. ej., en una intervención quirúrgica complicada, como un trasplante de corazón), y a las muchas complicaciones imprevisibles que pueden surgir durante la misma, esta fase es especialmente propicia para la producción de errores no imprudentes. Es lo que ocurre, p. ej., en el supuesto de hecho de la conocida STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 14 de junio de 1991 (Ar. 5115)<sup>397</sup>. Según se desprende de la misma, una paciente ingresó en un hospital público presentando aneurismas gigantes en ambas carótidas. Ante la imposibilidad de reducir simultáneamente ambos aneurismas, el cirujano optó por reducir primero el del lado derecho. Según la *lex artis*, era indiferente reducir primero un aneurisma que el otro. Pero complica-

---

<sup>396</sup> Un ejemplo de error no imprudente en la fase de prognosis lo suministra la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 25 de enero de 1997 (Ar. 155): la víctima, que padecía asma bronquial, acudió a los servicios médicos de guardia de un centro del INSALUD aquejada de un fuerte dolor abdominal. Allí le fue recetado un medicamento, «buscapina compositum», cuyo suministro le produjo una reacción de hipersensibilidad generalizada inmediata, provocadora de un shock anafiláctico que, finalmente, ocasionó su muerte. El prospecto del medicamento no indicaba, cuando ocurrieron los hechos, contraindicación alguna en personas aquejadas de asma bronquial. Un año después de lo sucedido, el prospecto del medicamento pasó a advertir sobre la posible reacción alérgica al medicamento de las personas con asma bronquial. El TS absuelve al INSALUD porque considera que, al no estar el medicamento contraindicado en caso de asma cuando sucedieron los hechos, no hubo negligencia por parte del médico que lo recetó. No hay, por tanto, funcionamiento anormal del servicio sanitario; pero resulta indudable que dicho servicio funcionó de forma fallida: el médico, al recetar el referido medicamento, y no otro, sencillamente, se equivocó. El error se produjo en la fase de prognosis y no en la de anamnesis porque no obedeció a una falta de información sobre el estado de salud de la paciente: aunque se hubiera sabido que la misma padecía asma, se hubiera seguido recetando el medicamento, puesto que no constaba su contraindicación.

<sup>397</sup> Esta STS ha suscitado gran interés en la doctrina, como demuestra la profusión de autores que la han comentado. Algunos de ellos son citados *infra*, en la nota núm. 400.

Según CUETO, se trata de la única STS que declara la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento *normal* del servicio público de asistencia sanitaria (CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, op. cit., p. 357). En ello radica, sin duda, el interés de esta STS.

ciones posteriores causaron graves daños a la paciente, daños que no se hubieran producido si el cirujano hubiera reducido primero el aneurisma del lado izquierdo en lugar del del derecho. Pues bien, en mi opinión aquí nos encontramos ante un paradigma de error no imprudente producido en la fase de ejecución de la actividad médico-quirúrgica. Y, como la responsabilidad de la Administración sanitaria es objetiva, y parecen concurrir los restantes requisitos aún no examinados necesarios para que se produzca la imputación objetiva del resultado<sup>398</sup>, coincido con el TS y entiendo que en este caso debe nacer la responsabilidad administrativa<sup>399, 400</sup>.

---

<sup>398</sup> Parece que no hubo consentimiento del paciente (véase lo que al respecto se dirá *infra*, en la nota núm. 400, al resumir la postura de VILLAR ROJAS ante esta STS), y que el riesgo creado al reducir antes el aneurisma derecho que el izquierdo se realizó en el resultado.

<sup>399</sup> Discrepo, naturalmente, del hecho de que el TS basara la responsabilidad administrativa en la existencia de relación de causalidad. Pues, según la concepción aquí defendida, la causalidad sólo puede ser entendida en sentido naturalístico, y, debido a su amplitud, debe ser limitada por la denominada fase de imputación objetiva en sentido estricto.

<sup>400</sup> Discrepo entonces de BELADIEZ, quien, aludiendo a esta STS, considera que el TS llegó a una solución incorrecta. Para esta autora, falta en este caso la imputación objetiva, por no haberse realizado en el resultado producido un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público sanitario, sino el riesgo inherente al gravísimo estado de salud de la paciente (BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 111-112, nota núm. 19).

Coincido, en cambio, con PANTALEÓN, para quien esta STS es un ejemplo de aplicación correcta de la responsabilidad objetiva de la Administración [aunque la critica precisamente por ello, porque para este autor no tiene ningún sentido que la responsabilidad de la Administración pública sea siempre —especialmente en el ámbito sanitario— objetiva (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.)].

CUETO considera totalmente acertada esta STS (CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, *op. cit.*, pp. 358-359).

Para MARTÍN REBOLLO, esta STS «no hace sino llevar a sus últimas consecuencias lo que en sede doctrinal se ha defendido: la inclusión en el sistema de responsabilidad pública de todos los supuestos de imputación por el “funcionamiento normal de los servicios públicos”. Este autor, sin embargo, considera —a mi juicio, acertadamente— que esta STS «invita a reflexionar [...] sobre los propios límites de ese sistema» (MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 42-43).

Un planteamiento distinto es el de VILLAR ROJAS. Para este autor, la STS es incorrecta porque no tiene en cuenta la circunstancia de que el marido de la víctima, tras ser informado acerca del alto riesgo de la operación, prestara (presumiblemente) su consentimiento a la misma. Esta prestación de consentimiento, según

Ésta es, a mi modo de ver, la única solución correcta *de lege lata*; cuestión totalmente distinta es que también lo sea *de lege ferenda*: Sentencias como ésta, que llevan a sus lógicas consecuencias el amplísimo régimen de responsabilidad administrativa previsto por la normativa española vigente, ponen de relieve el verdadero alcance de dicho régimen, un alcance probablemente desmesurado <sup>401</sup>.

---

este autor, obliga al paciente a soportar los daños derivados de un acto médico correcto (VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, *op. cit.*, p. 136).

Debo discrepar de este último autor. Coincido con VILLAR ROJAS en lo referente a otorgar al consentimiento un papel destacado en el marco de la responsabilidad administrativa y, sobre todo, de la sanitaria. Como se verá con más detalle *infra*, en el epígrafe 3.2.4, opino que el consentimiento puede convertir en irrelevante a efectos de responsabilidad (y excluir la imputación del daño y, consiguientemente, la responsabilidad administrativa) a un determinado riesgo no insignificante y no permitido creado por el servicio público. Pero debe tratarse de un consentimiento *referido al funcionamiento fallido del servicio*, pues sólo entonces podrá afirmarse que el riesgo creado por el servicio ha sido consentido; es decir, sólo habrá consentimiento exonerante cuando la víctima (o los terceros legitimados) consienta la posibilidad de que el servicio funcione de forma fallida (en el caso de la STS examinada, el marido debería haber señalado que consentía la producción de un error del tipo del ocurrido), lo que no se producirá casi nunca. En efecto, será muy raro que la víctima, cuando autorice ser sometida a un tratamiento determinado, consienta expresamente la posibilidad de que el servicio funcione erróneamente (aun sin culpa) y renuncie de este modo a reclamar la indemnización a que *a priori* tendría derecho. Dudo, en este sentido, que el marido de nuestra STS consintiera un error como el finalmente producido. Lo normal será que la víctima consienta únicamente la práctica de un acto médico impecable, no fallido, en el que no se produzcan errores ni imprudentes ni no imprudentes.

<sup>401</sup> Un segundo ejemplo de error no imprudente producido en la fase de ejecución de la actividad médico-quirúrgica lo encontramos en la STS (Sala 1.ª) de 16 de diciembre de 1997 (Ar. 8690): la paciente, de 68 años de edad, fue sometida a una delicada operación de hernia discal. La paciente, como consecuencia de dicha operación, perdió la movilidad en el pie derecho de forma irreversible y pasó a necesitar aparato ortopédico y bastón para poder caminar. Sufren secuelas negativas de este tipo entre un 10 y un 5 por 100 de los pacientes que presentan un cuadro patológico como el de la paciente y se someten a dicha intervención. Según el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el TS, la intervención quirúrgica fue llevada a cabo según la *lex artis*. No hubo, por tanto, error imprudente, sino no imprudente.

Naturalmente, esta STS, dictada por la Sala de lo Civil, exonera de responsabilidad a la Administración; pues, como es sabido, la Sala Primera exige casi invariablemente la presencia de imprudencia en el acto médico para declarar la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. No le basta, sin embargo, al TS, en el presente caso, para declarar la irresponsabilidad de la Administración, con probar la ausencia de negligencia; debe, además, superar un escollo adicional:

e) Fase postoperatoria. Ésta es la última fase de la actividad médico-quirúrgica, en la que debe efectuarse un control, vigilancia y seguimiento del paciente. También aquí pueden producirse errores no imprudentes que pongan de manifiesto la existencia de un funcionamiento fallido del servicio público de asistencia sanitaria.

Se acaba de ver que el factor humano es un elemento esencial en la producción de errores no imprudentes, sobre todo en el ámbito sanitario. De hecho, como se ha visto antes de adentrarnos en los concretos títulos de imputación, una de las limitaciones inherentes a la actividad sanitaria de la Administración pública es la de estar sometida al factor humano, la de estar sometida, en definitiva, al error (imprudente o no). En ese mismo lugar se ha visto también que una segunda limitación de la actividad sanitaria es la presupuestaria. Pues bien, no hay duda de que las *limitaciones presupuestarias* son también una fuente importante de errores no imprudentes.

En efecto, cuando se contempla la asistencia sanitaria pública no ya desde la perspectiva individual del facultativo, sino desde la global de la organización, se detectan muchos errores no imprudentes motivados por restricciones presupuestarias. Estos errores pueden producirse a lo largo de las distintas fases

---

demostrar que en el caso concreto hubo consentimiento informado de la víctima. La cuestión del consentimiento constituye, en efecto, el núcleo central de esta STS. Por ello, volveremos a examinarla cuando nos ocupemos del consentimiento, en el epígrafe 3.2.4.

Valorando esta STS a la luz de lo que he sostenido con motivo de la STS de los aneurismas gigantes, creo que se trata de una resolución equivocada, que olvida que la responsabilidad de la Administración (también de la sanitaria) es objetiva y que no requiere de la presencia de culpa para su nacimiento. Estamos, como digo, ante un caso claro de error no imprudente, que pone de manifiesto la existencia de un funcionamiento fallido de los servicios públicos, y que merece ser indemnizado (porque, además del requisito ahora en estudio, la creación de un riesgo no permitido, falta —como veremos luego— el consentimiento de la víctima, y, además, el riesgo creado se ha realizado en el resultado lesivo).

Las mismas consideraciones son extensibles a la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 15 de octubre de 1996 (Ar. 7112), en la que la Sala de lo Civil resuelve del mismo modo (sin que, en cambio, se planteen problemas de consentimiento) un supuesto análogo: exonera de responsabilidad a la Administración por no quedar acreditado que la intervención quirúrgica de hernia discal que provocó gravísimas secuelas a la paciente fuera ejecutada de forma contraria a la *lex artis*.

de la actividad médico-quirúrgica descritas. Así, puede ocurrir que, p. ej., en la fase anamnesis, un médico concienzudo no pueda llevar a cabo un análisis sanguíneo tan exhaustivo como quisiera porque el centro en el que trabaje no disponga de los medios necesarios; en el caso de que el paciente sufra luego un daño y se demuestre que el mismo se debe a la incompatibilidad del tratamiento elegido con una anomalía del paciente que no pudo ser detectada por el médico, al analizar la sangre, por falta de recursos, no podrá decirse que dicho médico ha cometido un error, pero sí, en cambio, que ha habido un funcionamiento normal fallido del servicio público. Se trata, sin duda, de un funcionamiento normal, porque se han respetado las reglas establecidas para el desarrollo del servicio, y dichas reglas, en este supuesto concreto, no pueden tacharse de imprudentes, pues —pongamos por caso— la sustancia existente en el organismo del paciente que las restricciones presupuestarias no han permitido detectar, es tan infrecuente que no se exige su búsqueda ni aun disponiendo de los medios para efectuarla. Pero se trata, al mismo tiempo, también sin duda, de un funcionamiento fallido del servicio, pues si se hubiera buscado la sustancia se hubiera evitado el resultado lesivo<sup>402</sup>.

---

<sup>402</sup> Un caso en el que el daño tuvo su origen tanto en limitaciones de tipo presupuestario como de tipo humano es el resuelto por la STS (Sala 1.ª) de 3 de septiembre de 1996 (Ar. 6501): un paciente que presentaba traumatismo craneo-encefálico grave tuvo que ser ingresado en el servicio de otorrinolaringología en lugar de en el de neurocirugía (donde hubiera correspondido) porque este último tenía reducida su capacidad a la mitad como consecuencia de las vacaciones de verano de parte de su personal. Quienes atendieron al paciente, no especializados, lógicamente, en este tipo de traumatismos, no pudieron adoptar las medidas necesarias para evitar su muerte. El TS condena al INSALUD por haber reducido la capacidad del servicio de neurocirugía en una época inconveniente, verano, que es cuando se produce un aumento de los accidentes de tráfico. Se observa, en este caso, que las limitaciones presupuestarias (incapacidad para mantener el mismo número de especialistas en neurocirugía durante todo el año) condujeron a un error (seguramante no imprudente) humano (los médicos del servicio de otorrinolaringología no supieron evitar la muerte del paciente).

Limitaciones de tipo presupuestario también se encuentran en el origen del funcionamiento fallido del servicio en el supuesto de hecho de la STS (Sala 1.ª) de 6 de marzo de 1995 (Ar. 1782): un niño murió como consecuencia de una pedrada en la cabeza porque, al ser atendido en el hospital, no se le pudo efectuar el electroencefalograma que hubiera permitido advertir el alcance de la lesión. El electroencefalograma no pudo ser realizado porque el especialista del hospital que los efectuaba se encontraba de vacaciones. El TS condena al INSALUD por no haber habilitado la



Hay muchos ejemplos imaginables de errores no imprudentes motivados por las limitaciones presupuestarias existentes en la sanidad pública (piénsese, p. ej., en los muchos errores que pueden producirse en la fase de ejecución de tratamientos peligrosos —intervenciones quirúrgicas, señaladamente— por falta de medios o por el mal estado de los mismos<sup>403</sup>). No corresponde aquí efectuar un examen minucioso de los supuestos existentes. Sólo parece oportuno señalar que un caso aparentemente muy claro de error motivado por razones presupuestarias, el de los daños experimentados por los pacientes como consecuencia de las *listas de espera*<sup>404</sup>, no siempre lo es. Efectivamente, cuando un paciente sufra daños por no ser atendido inmediatamente y tener que aguardar durante un tiempo en una lista de espera, dichos daños no serán, en realidad, consecuencia de la lista de espera en sí (no serán consecuencia de la falta de recursos presupuestarios para atender inmediatamente a todos los pacientes), sino de un error de diagnóstico —imprudente o no— del médico que le atendió inicialmente, cuando dicho médico consideró que el problema de salud del paciente, por su escasa gravedad, podía esperar<sup>405</sup>. Porque, como es sabido, las —largas— listas de espera de la sanidad pública no operan automáticamente, sino de

---

existencia de un sustituto que practicara electroencefalogramas en ausencia del especialista habitualmente encargado de ello.

<sup>403</sup> Un buen ejemplo de daño derivado del mal estado de los medios con que cuenta la sanidad pública se encuentra en la STS (Sala 1.ª) de 26 de septiembre de 1997 (Ar. 6458): durante una intervención quirúrgica, se desprendió un tornillo de uno de los instrumentos empleados y quedó almacenado en el cuerpo de la paciente. El TS, ante las circunstancias fácticas, constata que no ha habido imprudencia del cirujano (el tornillo era minúsculo, pertenecía a un separador quirúrgico utilizado sólo de forma estática, para facilitar campo de visión al cirujano, y su falta no pudo ser apreciada al final de la operación, durante el recuento de material), pero condena al INSALUD por no mantener en buen estado el material quirúrgico utilizado (el instrumento al que pertenecía el tornillo ya había llegado al final de su vida útil).

Nos encontramos, en este caso, con una actuación no imprudente del facultativo, pero evidentemente errónea, fallida (es fallida, sin duda, una operación que deja restos del material en el organismo del paciente), y que tiene su origen en las limitaciones presupuestarias de la sanidad pública.

<sup>404</sup> Sobre las listas de espera y su tratamiento a efectos de responsabilidad puede verse VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, op. cit., pp. 52-54.

<sup>405</sup> Naturalmente, este error de diagnóstico no siempre tendrá su origen en el factor humano, sino que también podrá tenerlo en la falta de medios (esto es, en el factor presupuestario).

forma selectiva, cuando el estado de salud del paciente no va a resentirse por el paso del tiempo.

En todos los supuestos de errores no imprudentes de la Administración (sanitaria) que hemos examinado, ya deriven de factores humanos, ya deriven de limitaciones presupuestarias, el servicio público ha creado un *riesgo no permitido*, valorado negativamente a efectos de responsabilidad, que, en caso de que venga acompañado de los requisitos adicionales que luego estudiaremos (riesgo no consentido y realización del riesgo en el resultado), debe desencadenar la responsabilidad administrativa. Los daños derivados de esta clase de errores son indemnizables porque, nos guste o no, la responsabilidad de la Administración pública española (también de la sanitaria) es, al menos *de lege lata*, objetiva. Las interpretaciones que intenten exonerar a la Administración cuando el servicio público comete este tipo de errores, estarán, en mi opinión, veladamente, convirtiendo a la responsabilidad administrativa en una responsabilidad culposa.

Aunque resulte evidente, debe recordarse que, naturalmente, la Administración deberá responder también cuando el servicio haya funcionado de forma *anormal*, es decir, cuando haya existido dolo o culpa. Así se desprende del artículo 139 LRJPAC y de la propia lógica del esquema aquí defendido: según mi planteamiento, existe riesgo no permitido siempre que la Administración comete un error, imprudente o no.

Una cuestión mucho más importante y discutible es la de *dónde fijar el límite al concepto de error no imprudente*. Pues de ello dependerá, obviamente, el alcance que se otorgue a la responsabilidad de la Administración. Se trata de una cuestión compleja, que justifica por sí sola, a mi modo de ver, un trabajo monográfico. Una formulación de cierta precisión de dicho concepto requeriría un análisis exhaustivo de los distintos sectores de la actividad administrativa, que permitiera extraer, a partir de supuestos prácticos, las notas comunes al funcionamiento fallido del servicio público. Esta empresa no va a ser abordada aquí.

Aquí sólo se aludirá al que en mi opinión es el límite máximo del concepto: *el estado de la ciencia y de la técnica*.

En efecto, si, como se ha visto antes, parece necesario conceder un margen de maniobra a los sujetos sometidos a una responsabilidad objetiva, un margen de actividad exenta de responsabilidad extracontractual, resulta obligado excluir del concepto de error, como mínimo, a todas aquellas conductas desarrolladas al más alto nivel científico-técnico.

Por tanto, opino que la Administración pública no llevará a cabo un funcionamiento fallido del servicio público, no incurrirá, en definitiva, en error, cuando en su actuación respete el más alto nivel científico-técnico. Cuando ello suceda, nos encontraremos, pues, ante un riesgo permitido, que excluye la valoración negativa de la conducta a efectos de responsabilidad y, con ello, la imputación del resultado. De este modo, todos aquellos daños imprevisibles o inevitables según el estado de la ciencia y de la técnica que pueda causar la Administración, no serán indemnizables.

El propio lenguaje impide hablar de error, de actuación fallida, cuando era imposible evitar el daño de acuerdo con los conocimientos en el momento existentes. En estos casos, el daño no es obra del sujeto que lo ha causado, sino que es fruto de la casualidad, del azar, de la —mala— suerte.

Existen importantes argumentos normativos en favor de la exclusión de la responsabilidad —objetiva— en estos supuestos. Cabe considerar, en primer lugar, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Esta Ley, como se sabe, somete a un régimen de responsabilidad objetiva los daños que puedan causar los productos defectuosos<sup>406</sup>. Así, esta Ley en ningún momento exige culpa para que nazca la responsabilidad del fabricante o importador, y, en su artículo 5, obliga al perjudicado a probar únicamente la existencia del defecto, del daño, y de la relación de causalidad entre ambos. Pues bien, esta misma Ley, en su artículo 6.1.e), señala que «El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: [...] Que el estado de los conocimientos

---

<sup>406</sup> En cumplimiento de lo establecido en la Directiva del Consejo de la Unión Europea (entonces todavía Comunidad Económica Europea) 85/374, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto». Es decir, que excluye la responsabilidad objetiva cuando el defecto del producto (causante, después, del daño) era indetectable según el estado de la ciencia y de la técnica<sup>407</sup>.

En segundo lugar, y sobre todo, debe tenerse en cuenta la reciente reforma de la LRJPAC operada por la Ley 4/1999. Esta Ley, en efecto, ha añadido al primer apartado del hasta ahora vigente artículo 141 LRJPAC el siguiente párrafo: «No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos»<sup>408</sup>.

---

<sup>407</sup> De gran interés y utilidad también para nuestro objeto de estudio resultan las consideraciones que desde la perspectiva del Derecho mercantil y civil se vienen efectuando sobre esta cláusula de exoneración del fabricante o importador. Puede verse, al respecto, SOLÉ I FELIU, Josep, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 536-552, y la bibliografía (sobre todo alemana) allí citada en sus diferentes notas.

<sup>408</sup> Efectúo algunas consideraciones acerca del nuevo artículo 141 LRJPAC en el epígrafe III de mi artículo titulado «La reforma del sistema de responsabilidad...», *op. cit.*

Parece oportuno señalar que, en España, ya con anterioridad a la reciente modificación del artículo 141.1 LRJPAC (esto es, sin el expreso apoyo normativo actual), con frecuencia se ha considerado explícitamente que el estado de los conocimientos técnico-científicos representa uno de los límites de la responsabilidad de la Administración. Así lo ha venido entendiendo, p. ej., la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña, en muchos de sus Dictámenes. Lo ha hecho en —entre muchos otros— los Dictámenes 123/1995, de 29 de junio; 234/1995, de 20 de noviembre, y 259/1995, de 18 de diciembre.

También así lo ha entendido el TS, en la primera Sentencia que ha tenido en cuenta el artículo 141.1 LRJPAC modificado por la Ley 4/1999, la STS (Sala 3.ª) de 31 de mayo de 1999 (Ar. 6154), cuyo Ponente ha sido GONZÁLEZ NAVARRO. Según esta STS, el legislador de 1999, al introducir en el artículo 141.1 LRJPAC la exención de la Administración por los daños imprevisibles o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, no ha hecho más que positivizar una regla que ya se encontraba latente en nuestro Derecho. En palabras del Tribunal, «No es que pretendamos que este nuevo texto [el nuevo artículo 141.1 LRJPAC] deba aplicarse con efecto retroactivo —esto debe quedar claro— sino simplemente constatar que lo que hace es positivizar [...] un principio que estaba ya latente [...] en la regulación anterior» (FJ 5.º B).

Este nuevo precepto, como se puede apreciar, impedirá que pueda nacer la responsabilidad administrativa cuando el servicio público haya funcionado de forma *inmejorable*, esto es, con arreglo al más alto nivel científico-técnico. Este precepto, por tanto, corrobora a nivel normativo la tesis aquí expuesta.

Debido a su inclusión en la LRJPAC, el nuevo artículo 141 es de aplicación a todas las Administraciones públicas. Se aplicará también, por tanto, a la Administración sanitaria. Ello significa que de las limitaciones inherentes a la sanidad pública antes señaladas, la consistente en la impotencia de la ciencia y técnica médicas para remediar todos los problemas de salud humanos no tendrá ninguna incidencia en la responsabilidad administrativa (a diferencia de lo que sucede, como hemos visto, con la limitación del factor humano y la presupuestaria).

El problema, ahora, pasa a ser cuándo podrá decirse que un determinado daño era inevitable o imprevisible según el estado de la ciencia o de la técnica. ¿Cómo se determina el estado de la ciencia y de la técnica?, ¿deberán tenerse en cuenta los resultados científicos y técnicos obtenidos en cualquier hospital, universidad, laboratorio o centro de investigación del mundo, con independencia de la difusión que sus responsables hayan dado a sus descubrimientos? Parece que no. Es necesaria la *difusión* de los conocimientos para que pueda decirse que forman parte del estado de la ciencia o de la técnica. Pero ¿qué difusión deben recibir?, ¿es suficiente con que la información aparezca en una publicación de ámbito local? Parece que tampoco. La difusión debe ser tal que la información pueda llegar a todo especialista medio del sector. Esta difusión puede producirse a través de cualquier medio, siendo la

---

Esta STS, por lo demás, confirma lo que aquí se sostiene: que la introducción del límite del estado de los conocimientos científico-técnicos no supone que la responsabilidad de la Administración deje de ser objetiva y se convierta en una responsabilidad por culpa.

Esta STS, por último, es importante porque señala con particular insistencia que la *carga de la prueba* de la imprevisibilidad o inevitabilidad del daño según el estado de los conocimientos científico-técnicos del momento corresponde a la Administración, y no a la víctima (de hecho, el TS acaba condenado a la Administración —sanitaria, por cierto— porque ésta se ha limitado a alegar la incapacidad de la ciencia y de la técnica para prever y evitar el daño en el momento en que ocurrieron los hechos, sin aportar una mínima prueba de dicho aserto). Se volverá, sobre esta STS, *infra*, en la nota núm. 460.

revista especializada el vehículo idóneo. Sólo entonces podrá decirse que un determinado avance técnico-científico en materia sanitaria forma parte del estado de la ciencia y de la técnica. Como señala SOLÉ, «lo verdaderamente importante es que los conocimientos, sea cual sea la fuente de la que procedan o el soporte en el que se hallen, hayan accedido al circuito de la información en el específico sector de que se trate [...] los resultados obtenidos a lo largo de investigaciones científicas y técnicas en centros de investigación, universidades o escuelas técnicas, formarán parte del estado de los conocimientos científicos y técnicos en la medida en que entren dentro del circuito de información internacional y sean accesibles al especialista medio del sector»<sup>409</sup>.

Y, yendo más allá: ¿qué *grado de consenso* debe existir en la comunidad científica acerca de la validez (veracidad, corrección) del avance o descubrimiento para que el mismo forme parte del estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica del momento?, ¿es necesario que toda la comunidad científica reconozca unánimemente que se trata de un verdadero avance o descubrimiento, o basta que exista sólo un consenso generalizado, no ya unánime, al respecto? A mi modo de ver, que existan científicos que pongan en duda que la tesis, investigación o invención en cuestión sea correcta y constituya un verdadero avance o descubrimiento no impide que la misma forme parte del estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica. Para que ello se produzca es suficiente, en mi opinión, un acuerdo generalizado en la comunidad científica<sup>410, 411</sup>.

---

<sup>409</sup> SOLÉ I FELIU, Josep, *El concepto de defecto del producto...*, op. cit., pp. 545-546; y, en general, pp. 543-546. Este mismo autor advierte que con esta referencia a la accesibilidad de todo especialista medio a la información no se está aludiendo a la necesidad de culpa, a la diligencia exigible contenida en el artículo 1.902 CC.

<sup>410</sup> El caso del SIDA es ilustrativo: como veremos luego, aún hoy en día hay científicos (alguno de reconocido prestigio) que, en contra de la opinión generalizada en la comunidad científica, niegan abiertamente que el VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana) sea la causa de dicha enfermedad. A pesar de estas opiniones discrepantes, nadie dudará (ni los propios científicos que se oponen a la tesis mayoritaria) que la relación causa-efecto entre el VIH y el SIDA forma parte del estado de los conocimientos de la ciencia médica.

<sup>411</sup> Parece útil, para saber cuándo existirá acuerdo generalizado en la comunidad científica sobre un determinado punto, acudir a la expresión «opinión dominante» (*herrschende Meinung*) empleada con tanta frecuencia en el discurso jurídico, y con

Un determinado grado de difusión y de consenso científico, por tanto, será necesario para que un resultado científico o técnico forme parte del estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica del momento.

Es forzoso reconocer, sin embargo, que este nuevo límite a la responsabilidad administrativa introducido por la Ley de reforma de la LRJPAC y que aquí se está defendiendo, servirá sólo en pocas ocasiones para excluir la responsabilidad de la Administración, sanitaria y no sanitaria, porque el parámetro que toma como punto de referencia, el estado de la ciencia o la técnica en el momento de la producción del daño, es, ciertamente, muy amplio.

El estado actual de la ciencia y de la técnica permite evitar la mayor parte de los daños que normalmente se producen y que tratan de ser imputados a la Administración. Y ello también en el ámbito sanitario, que es donde parece que el referido límite ha de tener mayor aplicación teniendo en cuenta la fragilidad y finitud del ser humano y la no infalibilidad de la medicina. En efecto, muchos de los daños causados por la asistencia sanitaria que parecen ser inevitables, lo son sólo por la falta de conocimientos de los médicos o por la falta de recursos<sup>412</sup>. Piénsese,

---

la que se alude a la existencia de un consenso pacífico, aunque no unánime, en la doctrina jurídica y la jurisprudencia. Sobre la «opinión dominante» en el mundo del Derecho y su complejo proceso de formación véase PUIGPELAT MARTÍ, Francesca, *Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1994.

<sup>412</sup> Es posible —aunque no siempre ocurra— que el médico que lleve a cabo la actuación de que se trate sea un profesional extremadamente celoso y competente, muy experimentado, que esté completamente al día en lo referente a las últimas técnicas médicas, que lea periódicamente las revistas especializadas españolas y extranjeras de mayor difusión.

Pero es también muy posible —será, en realidad, los más habitual— que este prototipo de profesional, si trabaja en un centro público, no tenga a su alcance los medios materiales de última generación que la ciencia y la técnica médicas han desarrollado y ponen a disposición de todo aquel que pueda pagarlos. Porque es un hecho que los poderes públicos cuentan con unos recursos económicos limitados, y que prestar los servicios públicos al nivel científico-técnico más alto en cada momento resulta inasumible para cualquier Administración pública. Por ello, lo más habitual será que el estándar de prestación de la actividad administrativa no alcance el nivel óptimo que el estado de la ciencia y la técnica permitirían. El funcionamiento *normal* de los servicios públicos es, pues, en la práctica, un funcionamiento condicionado por restricciones presupuestarias y que queda lejos del nivel que el desarrollo científico-técnico permitiría alcanzar.

p. ej., en todos aquellos supuestos en que la muerte del paciente acaece porque no se había detectado previamente que era alérgico a algún componente del tratamiento realizado, o de la anestesia aplicada<sup>413</sup>; el estado de la ciencia y de la técnica hubieran permitido, casi siempre, detectar la alergia del paciente y evitar la consiguiente muerte<sup>414</sup>. Sólo cuando se trate de una alergia desconocida o indetectable podrá alegarse el desconocimiento científico-técnico<sup>415</sup>.

---

De hecho, como recuerda VILLAR ROJAS, no existe un derecho subjetivo de los usuarios de la sanidad pública a una medicina tecnológicamente avanzada (VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, *op. cit.*, pp. 78-79).

<sup>413</sup> Son frecuentes las reacciones alérgicas a la anestesia aplicada con ocasión de una operación quirúrgica. Así ocurrió, p. ej., en el caso resuelto por la STS (Sala 1.ª) de 9 de junio de 1998 (Ar. 3713): una paciente del Servicio Andaluz de Salud, con motivo de una operación dirigida a mejorar su audición, experimentó una reacción alérgica a la anestesia practicada, sufrió un shock anafiláctico, entró en coma irreversible y, posteriormente, murió.

<sup>414</sup> En la STS citada en la nota anterior, el TS condena al Servicio Andaluz de Salud a pagar 17 millones de pesetas en concepto de indemnización porque considera que «[no] const[an] en forma conveniente que los factores de riesgo concurrentes en la persona ya fallecida ni el estado de los productos utilizados, fueran controlados convenientemente» (FJ 8.º).

<sup>415</sup> O piénsese en un factor de riesgo aparentemente ineliminable, los virus (o bacterias) intrahospitalarios. El riesgo de contraer una infección en un hospital es muy elevado. Según el informe EPINE (Estudio de Prevalencia de la Infección Nosocomial en España), la tasa de infecciones en los hospitales españoles fue, en 1997, del 6,9 por 100 (en 1990 era del 8,4 por 100). Y, según el informe Ayliffe, existe un mínimo de infecciones intrahospitalarias, situado en torno al 7 por 100, que resulta muy difícil de reducir, porque para ello se requerirían unas inversiones desproporcionadas.

El riesgo de contagio varía según los departamentos del hospital; así, en la UCI, donde los pacientes están muy graves y poseen pocas defensas, la tasa de infección se sitúa en el 30 por 100.

Normalmente, estas infecciones son neutralizadas mediante un tratamiento sencillo y de escasa duración (antibióticos), pero no siempre: un 1 por 100 de los pacientes que ingresan en un hospital muere como consecuencia de una infección intrahospitalaria —debe tenerse en cuenta, por supuesto, que muchos de los que mueren por esta razón son pacientes muy mayores y muy debilitados— (toda la información acabada de reproducir, en relación con los virus intrahospitalarios, ha sido extraída de *El País*, domingo 6 de diciembre de 1998, p. 33).

Como puede deducirse de lo acabado de señalar, la ciencia y la técnica permitirían acabar con los virus (y bacterias) intrahospitalarios, y si no se hace es por razones económicas (ello con la excepción, naturalmente, de aquellos virus desconocidos por la medicina que puedan existir en los hospitales; respecto de éstos sí que podrá operar el límite apuntado del estado de los conocimientos técnico-científi-



O piénsese en el gravísimo problema, y extendido en toda Europa, de la transmisión transfusional y por tratamientos con hemoderivados de enfermedades como el SIDA o la hepatitis C en hospitales públicos: la cláusula del estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica sólo permite excluir la responsabilidad administrativa respecto de aquellos contagios producidos en un momento inicial, cuando no se conocían ni siquiera las vías de transmisión de dichas enfermedades. En efecto, los contagios producidos después de que la ciencia médica descubriera sus vías de transmisión (aunque desconociera, todavía, su virus causante) ya no quedan amparados por la cláusula de exoneración de responsabilidad introducida en el nuevo artículo 141 LRJPAC<sup>416</sup>.

Parece indudable, pues, que si los recursos de la sanidad pública fueran ilimitados, y permitieran adquirir las últimas tecnologías y practicar todas las pruebas y análisis imaginables, y si el personal tuviera los máximos conocimientos científicos y técnicos posibles (y los supiera aplicar), se reducirían considerablemente los daños en los centros sanitarios<sup>417</sup>.

---

cos). Por eso, cuando la Administración sanitaria decide no invertir el dinero suficiente para combatir los virus intrahospitalarios, y tolera que subsistan en los centros sanitarios públicos, está creando un riesgo que no está permitido, un riesgo relevante a efectos de responsabilidad, que en el caso de que no se encuentre consentido y, además, se realice en el resultado lesivo, hará nacer la responsabilidad administrativa.

Así lo ha entendido, recientemente, la Sala de lo Civil del TS, en las Sentencias de 26 de mayo y 1 y 21 de julio de 1997 (Ar. 4114, 5471 y 5523, respectivamente). El supuesto de hecho de las tres SSTS es semejante: un paciente es objeto de intervención quirúrgica (en la primera STS, el paciente fue intervenido de la pierna; en la segunda, de la rodilla; y, en la tercera, del tobillo), y las heridas que la misma le ocasiona son objeto de una infección intrahospitalaria, infección que acaba comportando gravísimas secuelas, en el primer caso, y la necesaria amputación de la pierna, en los dos últimos. En las tres Sentencias, el TS (que aplica, en las dos últimas resoluciones, el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) declara la responsabilidad del INSALUD por no haber garantizado, a través de los preceptivos controles, el nivel de higiene y asepsia exigible a los servicios sanitarios.

<sup>416</sup> Véase lo que al respecto se dirá, extensamente, *infra*, en el próximo epígrafe, dedicado a la responsabilidad de la Administración por el contagio del SIDA.

<sup>417</sup> Se reducirían, en efecto, los daños, pero, paradójicamente, surgiría un problema nuevo: la *medicina defensiva*.

Además, cuando el daño sea verdaderamente inevitable según los conocimientos científico-técnicos, el médico, con mucha frecuencia, a través de su actuación, habrá disminuido el riesgo, en lugar de crearlo, y no se tendrá que acudir al criterio que estamos ahora examinando, el del riesgo permitido, para excluir la imputación del daño a la Administración. Es lo que sucederá, p. ej., en enfermedades actualmente incurables como el SIDA o el cáncer terminal: aquí la medicina sólo puede, de momento, alargar la vida de los afectados, lo que constituye un supuesto de disminución del riesgo preexistente, como ya sabemos<sup>418</sup>.

Para completar el estudio y comprender el verdadero alcance del título de imputación del riesgo no permitido y de su límite, el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica, me parece útil y necesario acudir a un ejemplo real en el que dicho límite está llamado, al menos en teoría, a jugar un papel importante: el contagio del SIDA en los hospitales públicos.

---

Como se sabe, la medicina defensiva consiste, en general, en llevar a cabo una asistencia sanitaria conservadora, y, en particular, en agotar la realización de todas las pruebas posibles, aunque sean habitualmente innecesarias, recabar todo tipo de informes y dictámenes de otros especialistas y negarse a efectuar tratamientos y operaciones médicas arriesgadas, todo ello con la finalidad de limitar al máximo posible el riesgo de error en el diagnóstico y en el tratamiento y evitar así el nacimiento de responsabilidad extracontractual.

La práctica de la medicina defensiva es muy negativa para los pacientes, los titulares de los centros hospitalarios e, incluso, el progreso de la medicina.

Perjudica, en primer lugar, al paciente, porque le obliga a someterse a multitud de pruebas a menudo caras, molestas e innecesarias y, sobre todo, porque le impide ser objeto de tratamientos y operaciones arriesgadas que podrían curarle.

También perjudica, en segundo lugar, a los titulares de la asistencia sanitaria, que han de asumir los mayores costes económicos que la proliferación de pruebas, dictámenes, informes, etc., comporta. En el caso de la Administración sanitaria, estos mayores costes los soportan los contribuyentes.

En tercer lugar, obstaculiza el progreso de la medicina, que es frenado por el miedo de los médicos a tener que satisfacer indemnizaciones.

Una concepción similar de la medicina defensiva y de sus negativas consecuencias se encuentra en MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Responsabilidad de los médicos...», *op. cit.*, p. 191.

PEMÁN considera que la jurisprudencia civil sigue sometiendo la responsabilidad extracontractual de los médicos al principio de culpa, entre otras razones, para evitar la práctica de la medicina defensiva (PEMÁN GAVÍN, Juan, «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 314-315).

<sup>418</sup> Véase, *supra*, el epígrafe 3.2.1 de este capítulo.

### 3.2.3.2. Estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica y responsabilidad de la Administración por la transmisión del SIDA en centros públicos<sup>419</sup>

El gravísimo problema de la transmisión del SIDA en centros públicos, con motivo de transfusiones sanguíneas y tratamientos con hemoderivados, constituye un magnífico ejemplo de la relación existente entre asistencia sanitaria pública, estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica, y responsabilidad objetiva de la Administración<sup>420</sup>.

Como es sabido, durante los años ochenta, miles de personas, en todo el mundo, adquirieron dicha enfermedad en centros sanitarios públicos, al recibir sangre o productos hemoderivados infectados con el virus que la produce, el VIH<sup>421</sup>. La Administración sanitaria ha solido alegar, en su defensa, que dicho contagio era inevitable o imprevisible según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica. ¿Es ello cierto?, ¿el contagio del SIDA en

---

<sup>419</sup> He efectuado ya algunas consideraciones sobre este tema en el epígrafe III de mi artículo titulado «La reforma del sistema de responsabilidad...», *op. cit.*

<sup>420</sup> Sólo desde esta perspectiva me interesa, en este trabajo, el contagio del SIDA en los centros sanitarios públicos. No abordaré, por tanto, el estudio de otras cuestiones sin duda importantes (y complejas) relacionadas con el SIDA y la responsabilidad de la Administración: el régimen y la naturaleza jurídica de las ayudas previstas por el legislador en favor de los infectados en centros sanitarios públicos (D-Ley 9/1993, de 28 de mayo), la prescripción de la acción de reclamación de responsabilidad (¿en qué momento debe fijarse el *dies a quo?*), la prueba de la relación de causalidad entre la actividad administrativa y el contagio, o la valoración del daño.

<sup>421</sup> Han sido muchas, en efecto, las personas contaminadas en centros sanitarios de todo el mundo. Sólo en los Estados Unidos, a finales de 1994 se habían constatado 7.223 casos acumulados de SIDA derivado de transfusiones o hemoderivados [información extraída de un documento titulado «The relationship between the Human Immunodeficiency Virus and the Acquired Immunodeficiency Syndrome», que el National Institute of Allergy and Infectious Diseases norteamericano (NIAID) ha introducido, para su pública consulta, en su página *web*. Dicho documento es de gran utilidad para conocer la evolución de la investigación científica en materia de SIDA. Me referiré a él con la siguiente cita: NIAID, «The relationship between the Human Immunodeficiency Virus and the Acquired Immunodeficiency Syndrome», <http://www.niaid.nih.gov/publications/hiv aids/all.htm>].

Sobre el problema específico de la responsabilidad administrativa por el contagio de dicha enfermedad en hospitales públicos véanse MUGA MUÑOZ, José Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el contagio del SIDA», en *RAP*, núm. 136, enero-abril de 1995; y CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración...*, *op. cit.*, pp. 234-249.

centros sanitarios públicos ha sido siempre inevitable o imprevisible según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica, o sólo lo fue en un momento inicial?, ¿a partir de qué momento devino evitable o previsible el contagio del SIDA según el estado de la ciencia o la técnica? La respuesta a estos interrogantes sólo puede ofrecerse (y no de manera rotunda) tras un examen cronológico mínimamente detallado de la evolución de la ciencia y de la técnica en relación con la enfermedad del SIDA.

- A) El descubrimiento del SIDA, de sus vías de transmisión y del virus que lo provoca. Los primeros tests serológicos de detección del VIH

El SIDA fue descubierto en 1981. En ese año, distintos equipos científicos (dirigidos, respectivamente, por GOTTLIEB, FRIEDMAN-KIEN, SIEGEL y MASUR), independientemente unos de otros, diagnosticaron esta nueva enfermedad en grupos de jóvenes hombres homosexuales<sup>422</sup>. Se diagnosticó la enfermedad, pero se desconocían, todavía, las causas que la producían.

En 1982, el Centers for Disease Control de Atlanta (CDC) asignó a esta enfermedad la denominación con la que actualmente se la conoce («AIDS», en inglés)<sup>423</sup> y apuntó la posibilidad de que fuera causada por un microorganismo infeccioso transmitido de la misma forma que el virus de la hepatitis B: por contacto sexual, por inoculación de sangre o productos hemoderivados, y de madre a hijo<sup>424</sup>. El CDC, en este sentido, recomendó al personal sanitario que tuviera, con los pacientes enfermos de SIDA, las mismas precauciones que con los enfermos de hepatitis B, evitando en lo posible el contacto con la sangre de dichos pacientes<sup>425</sup>. El hecho de

---

<sup>422</sup> GALLO, Robert; MONTAGNIER, Luc, «The chronology of AIDS research», en *Nature*, vol. 326, 2 de abril de 1987, p. 435.

<sup>423</sup> El término aparece publicado, por primera vez, en CENTERS FOR DISEASE CONTROL, «Update on acquired immune deficiency syndrome (AIDS) -United States», en *MMWR*, vol. 31, núm. 37, 24 de septiembre de 1982.

<sup>424</sup> NIAID, «The relationship between the Human Immunodeficiency Virus and the Acquired Immunodeficiency Syndrome», <http://www.niaid.nih.gov/publications/hiv aids/all.htm>.

<sup>425</sup> CENTERS FOR DISEASE CONTROL, «Acquired immune deficiency syndrome (AIDS): precautions for clinical and laboratory staffs», en *MMWR*, vol. 31, núm. 43, 5 de noviembre de 1982.

que empezaran a detectarse casos de SIDA entre hemofílicos no pertenecientes a los grupos de riesgo hasta ese momento identificados (básicamente, homosexuales, consumidores de drogas y haitianos de reciente entrada en los Estados Unidos), sugería, según el CDC, la transmisión de la nueva enfermedad a través de la sangre y los productos hemoderivados<sup>426</sup>. En 1982, por tanto, seguía desconociéndose cuál era la causa del SIDA, pero se apuntaban ya cuáles eran, con toda probabilidad, las vías de transmisión de esta enfermedad. Entre estas vías de transmisión destacaban la sangre y los productos hemoderivados<sup>427</sup>.

El 7 de enero de 1983, el banco de sangre Irwin Memorial de San Francisco incluyó en sus cuestionarios destinados a los donantes preguntas dirigidas a evitar la donación de sangre por parte de personas pertenecientes a un grupo de riesgo del SIDA; y el 14 de ese mismo mes, la National Hemophilia Foundation norteamericana pidió a los bancos de sangre y plasma que excluyeran a los donantes pertenecientes a grupos de riesgo del SIDA<sup>428</sup>. En

---

<sup>426</sup> CENTERS FOR DISEASE CONTROL, «Pneumocystis carinii pneumonia among persons with hemophilia A», en *MMWR*, vol. 31, núm. 27, 16 de julio de 1982. Otros casos adicionales de SIDA entre hemofílicos que habían recibido tratamiento con hemoderivados fueron recogidos y estudiados en CENTERS FOR DISEASE CONTROL, «Update on acquired immune deficiency syndrome (AIDS) among patients with hemophilia A», en *MMWR*, vol. 31, núm. 48, 10 de diciembre de 1982.

<sup>427</sup> PETRICCIANI, John C., «Licensed tests for antibody to Human T-Lymphotropic Virus Type III», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985, p. 726.

Las autoridades norteamericanas creyeron firmemente, desde un principio, que una de las vías de transmisión de la enfermedad eran la sangre y los productos hemoderivados. Así lo demuestran, entre otras, las siguientes circunstancias: ya en julio de 1982, el CDC, la Food and Drug Administration (FDA) y la National Hemophilia Foundation se reunieron para planear la evaluación del riesgo de los productos hemoderivados para los hemofílicos; el CDC, en agosto de ese mismo año, pidió a los bancos de sangre que no aceptaran donantes pertenecientes a los grupos de riesgo en aquel momento identificados; el CDC, el 4 de diciembre de 1982, presentó el informe del comité asesor de productos sanguíneos (*Blood Products Advisory Committee*), que ofrecía pruebas de la transmisión del SIDA a través de la sangre y los productos hemoderivados (esta información ha sido extraída de la cronología sobre el SIDA elaborada por la prestigiosa Universidad de California San Francisco, y que puede encontrarse en la página *web* de dicha universidad; me referiré a dicha cronología con la siguiente cita: UNIVERSITY OF CALIFORNIA SAN FRANCISCO, *Chronology of AIDS in San Francisco*, <http://www.library.ucsf.edu/sc/ahp/chron.html>).

<sup>428</sup> UNIVERSITY OF CALIFORNIA SAN FRANCISCO, *Chronology of AIDS in San Francisco*, <http://www.library.ucsf.edu/sc/ahp/chron.html>.

marzo de 1983, el Public Health Service estadounidense recomendó a los miembros de grupos de riesgo del SIDA que se abstuvieran de donar plasma y/o sangre, e instó a los bancos de sangre para que informaran a los potenciales donantes de dicha recomendación<sup>429</sup>. Por aquellas fechas, los principales bancos de sangre norteamericanos (American Red Cross, American Association of Blood Banks y Council of Community Blood Centers) comenzaron a efectuar controles, suministrando a cada donante información escrita sobre el SIDA y una petición de no donación en caso de pertenencia a alguno de los distintos grupos de riesgo de la enfermedad<sup>430</sup>.

---

<sup>429</sup> Recomendación publicada en CENTERS FOR DISEASE CONTROL, «Prevention of acquired immune deficiency syndrome (AIDS): report of inter-agency recommendations», en *MMWR*, vol. 32, núm. 8, 4 de marzo de 1983. Como justificación de esta recomendación se alegó que los datos disponibles sugerían que el SIDA era provocado por un agente infeccioso, transmitido (como en el caso del virus de la hepatitis B) sexualmente y de forma parenteral; y que la transmisión de SIDA a través de la sangre y los productos hemoderivados venía apoyada por la existencia de hemofílicos y consumidores de drogas por vía intravenosa (que comparten jeringuillas contaminadas) aquejados de dicha enfermedad.

<sup>430</sup> CURRAN, James W.; BARKER, Lewellys F., «The acquired immunodeficiency syndrome associated with transfusions: the evolving perspective», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 100, núm. 2, febrero de 1984, p. 299.

Los bancos de sangre, por razones obvias, relativizaron durante bastante tiempo el peligro de transmisión del SIDA a través de la sangre. Tómense, como ejemplo de esta actitud, las reacciones de algunos de sus principales representantes ante un artículo de CURRAN (director de la actividad en materia de SIDA desarrollada por el CDC), aparecido en el número de 12 de enero de 1984 de la *New England Journal of Medicine*, en el que creía probar que una sola unidad de sangre contaminada podría bastar para la transmisión del SIDA: BOVÉ, jefe del banco de sangre de la Yale University School of Medicine, pese a aceptar que el SIDA pudiera transmitirse por la sangre, enfatizó que el número de casos de transmisión por esta vía era, sin embargo, muy reducido, y que los nuevos controles sobre los donantes (que, como se ha dicho, empezaron a practicarse en 1983) reducirían todavía más su incidencia. SANDLER, de los servicios de sangre de American Red Cross, señaló, a su vez, que sólo aquellas personas que necesitaran una gran cantidad de sangre y productos hemoderivados podrían encontrarse en situación de riesgo de contraer SIDA. En un sentido parecido, WOODS, del Council of Community Blood Centers, apuntó que su organización venía procediendo, desde hacía aproximadamente un año, sobre la hipótesis de que el agente causante del SIDA era transmisible por sangre, pero poco infeccioso. CLARK, finalmente, de la American Association of Blood Banks, consideró que la posibilidad de que el SIDA se transmitiera por sangre, pese a ser válida como hipótesis de trabajo, no quedaba científicamente probada por el estudio de CURRAN; y creía que los controles sobre los donantes introducidos en marzo de 1983 serían, mientras no se supiera más

En España, en el número correspondiente a la semana 38 de 1983, el *Boletín Epidemiológico Semanal*, editado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, señaló que todos los datos conocidos hasta el momento tendían a poner de manifiesto que el SIDA tenía las mismas vías de transmisión que la hepatitis B, «siendo las más probables la sexual o más raramente la parenteral, a través de jeringuillas o sangre contaminada, recomendándose la utilización racional de sangre o sus derivados y un estricto cumplimiento de las normas aplicables en donantes y equipos de plasmaféresis»<sup>431</sup>.

En febrero de 1983, GALLO sostuvo, en unas jornadas científicas sobre el SIDA, que dicha enfermedad era causada, probablemente, por un retrovirus, presumiblemente una variante de los recientemente descubiertos HTLV-I o HTLV-II<sup>432</sup>.

En mayo de 1983, MONTAGNIER y su equipo consiguieron aislar e identificar el que poco después sería considerado el (retro)virus causante de la enfermedad del SIDA. Lo denominaron LAV (*lymphadenopathy-associated virus*)<sup>433</sup>.

En mayo de 1984, GALLO y su equipo aislaron un retrovirus, al que denominaron HTLV-III, sólo detectable (así lo constataba

---

sobre el SIDA, suficientes (GOLDSMITH, Marsha F., «Reactions and counter-reactions to transfusion-associated-AIDS», en *JAMA*, vol. 251, núm. 2, 13 de enero de 1984, pp. 177-179).

Téngase en cuenta, sin embargo, que todos estos representantes de importantes bancos de sangre admitían el riesgo de transmisión del SIDA a través de la sangre. Así lo demuestra, por lo demás, el hecho (ya señalado) de que dichos bancos de sangre decidieran efectuar controles para evitar donantes enfermos de SIDA. Resulta muy significativo, en mi opinión, que BOVÉ, pese a sus reticencias, terminara su comentario del estudio de CURRAN insistiendo en la importancia de que los médicos fueran prudentes y practicaran transfusiones sanguíneas sólo cuando fuera absolutamente necesario (GOLDSMITH, Marsha F., «Reactions and counter-reactions...», *op. cit.*, p. 178).

<sup>431</sup> MUGA MUÑOZ, José Luis, «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 288-289.

<sup>432</sup> Este científico aventuró esta hipótesis en la Cold Spring Harbor Workshop on AIDS (GALLO, Robert; MONTAGNIER, Luc, «The chronology...», *op. cit.*, p. 435). Debe señalarse que a finales de 1982 la mayor parte de los científicos que trabajaban sobre el SIDA estaban convencidos de que dicha enfermedad era causada por un agente infeccioso (University of California San Francisco, *Chronology of AIDS...*, *op. cit.*).

<sup>433</sup> GALLO, Robert; MONTAGNIER, Luc, «The chronology...», *op. cit.*, p. 435.

el estudio, tras analizar a personas sanas y a personas enfermas de SIDA), con pocas excepciones, en pacientes enfermos de SIDA<sup>434</sup>.

En agosto de ese mismo año, 1984, un tercer grupo de investigadores, liderado por LEVY, aisló un retrovirus que denominó ARV (*AIDS-associated retrovirus*), y presente en porcentajes muy altos en enfermos de SIDA<sup>435</sup>.

En enero de 1985, los equipos de WAIN-HOBSON, RATNER y SÁNCHEZ-PESCADOR establecieron, independientemente, las secuencias nucleótidas de los virus LAV, HTLV-III y ARV, concluyendo que los tres virus pertenecían a la misma familia retroviral y que eran muy similares entre sí<sup>436</sup>. En 1986, el Comité Internacional de Taxonomía Viral dio a los tres virus su actual nombre: virus de inmunodeficiencia humana (VIH)<sup>437</sup>.

La causa del SIDA, el VIH (con los distintos nombres que inicialmente recibió), fue descubierta, por tanto, durante el período 1983-1984, en los trabajos, principalmente, de MONTAGNIER y GALLO<sup>438</sup>.

<sup>434</sup> NIAID, «The relationship between the Human Immunodeficiency Virus...», *op. cit.*; GALLO, Robert; MONTAGNIER, Luc, «The chronology...», *op. cit.*, p. 436. En este mes de mayo de 1984, aparecieron en el vol. 224 de la revista *Science* (pp. 497-508) cuatro estudios de GALLO y sus colaboradores que vinculaban la enfermedad del SIDA a este retrovirus por ellos aislado. El propio GALLO explicó el proceso que le llevó a él y a sus colaboradores al descubrimiento del virus en GALLO, Robert C.; WONG-STAAAL, Flossie, «A Human T-Lymphotropic Retrovirus (HTLV-III) as the cause of the acquired immunodeficiency syndrome», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985.

<sup>435</sup> NIAID, «The relationship between the Human Immunodeficiency Virus...», *op. cit.*; GALLO, Robert; MONTAGNIER, Luc, «The chronology...», *op. cit.*, p. 436. LEVY y sus colaboradores explicaron el desarrollo de sus investigaciones en LEVY, Jay A. (y otros), «Infection by the retrovirus associated with the acquired immunodeficiency syndrome», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985.

<sup>436</sup> NIAID, «The relationship between the Human Immunodeficiency Virus...», *op. cit.*; GALLO, Robert; MONTAGNIER, Luc, «The chronology...», *op. cit.*, p. 436.

<sup>437</sup> NIAID, «The relationship between the Human Immunodeficiency Virus...», *op. cit.*

<sup>438</sup> Como se recordará, se desató una importante polémica acerca de cuál de los dos grupos de investigación había descubierto primero el virus del SIDA, si el francés (dirigido por MONTAGNIER) o el americano (dirigido por GALLO). Ambos grupos llegaron finalmente a un acuerdo, en 1987, que firmaron en la Casa Blanca, en presencia de REAGAN y CHIRAC. Dicho acuerdo incluyó una relación cronológica de las



En 1984 se consiguió elaborar test serológicos para la detección de anticuerpos del virus del SIDA en la sangre<sup>439</sup> y se reconoció la eficacia de la técnica del calentamiento para evitar la seropositividad de los productos hemoderivados suministrados a los hemofílicos<sup>440</sup>.

El 2 de marzo de 1985, la FDA norteamericana autorizó el test de detección del SIDA desarrollado por los laboratorios

---

aportaciones de ambos grupos de investigación en la materia, y que fue publicado por *Nature* (en un artículo que he citado en notas anteriores).

CHERMANN, en febrero de 1984, afirmó públicamente, en los Estados Unidos, que los franceses habían descubierto el virus causante del SIDA. A su vez, el 24 de abril de 1984, HECKLER anunció al mundo entero que GALLO y su equipo habían descubierto el virus del SIDA; cuando se efectuó dicho anuncio, GALLO todavía no había publicado sus resultados (UNIVERSITY OF CALIFORNIA SAN FRANCISCO, *Chronology of AIDS...*, *op. cit.*).

<sup>439</sup> NIAID, «The relationship between the Human Immunodeficiency Virus...», *op. cit.* El 26 de marzo de 1984, el Gobierno norteamericano asignó 1,1 millones de dólares a siete instituciones (incluyendo los bancos de sangre Irwin Memorial y Stanford) para que desarrollaran un test de detección de anticuerpos del SIDA (UNIVERSITY OF CALIFORNIA SAN FRANCISCO, *Chronology of AIDS...*, *op. cit.*).

El ensayo que inicialmente se utilizó para detectar anticuerpos del virus del SIDA fue el denominado ELISA (*enzyme-linked immunosorbent assay*), complementado con el ensayo Western blot, que sirve para confirmar los resultados de aquél y evitar resultados positivos falsos [BLATTNER, William A. (y otros), «Epidemiology of Human T-Lymphotropic Virus type III and the risk of the acquired immunodeficiency syndrome», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985, p. 665].

El Department of Health and Human Services norteamericano decidió transferir al sector privado la tecnología desarrollada en 1984 por el National Cancer Institute (donde trabajaba GALLO) en materia de detección del virus del SIDA, para que así se pudieran producir y distribuir en el mercado test comerciales de detección de anticuerpos. Fueron elegidas cinco compañías (Abbot Laboratories, Electro-Nucleonics, Inc.; Litton-Bionetics, Inc.; Dupont de Nemours and Company, Inc.; y Traveler/Genentech Diagnostics), debido a su capacidad de producción en masa, distribución y perfeccionamiento de los test (PETRICCIANI, John C., «Licensed tests...», *op. cit.*, p. 727).

<sup>440</sup> En octubre de 1984, la National Hemophilia Foundation y el CDC recomendaron calentar los productos hemoderivados para eliminar el virus del SIDA [CENTERS FOR DISEASE CONTROL, «Update: acquired immunodeficiency syndrome (AIDS) in persons with hemophilia», en *MMWR*, vol. 33, núm. 42, 26 de octubre de 1984]. Como recuerda DEUTSCH, los productos hemoderivados calentados existían en el mercado ya en 1981. En ese momento se pretendía, con la técnica del calentamiento, evitar la infección de la hepatitis B; pero, al mismo tiempo, dichos productos calentados excluían la infección del SIDA (DEUTSCH, Erwin, «Zivilrechtliche Haftungsprobleme von AIDS», *op. cit.*, p. 281).

Abbot con fines comerciales<sup>441</sup>. En ese mismo mes, el banco de sangre Irwin Memorial de San Francisco se convirtió en el primero de los Estados Unidos en utilizar un test de detección del virus del SIDA<sup>442</sup>.

Los días 14 a 17 de abril de 1985 se celebró en Atlanta la primera Conferencia Internacional sobre el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida<sup>443</sup>. En ella, MONTAGNIER<sup>444</sup>, GALLO<sup>445</sup> y LEVY<sup>446</sup> expusieron sus investigaciones sobre el virus causante del SIDA; se constató la fiabilidad de los test serológicos de detección de anticuerpos del SIDA ya existentes, en aquel momento, en el mercado, y la necesidad de su utilización para efectuar el cribado de la sangre y el plasma donados y evitar así la transmisión transfusional y por uso de productos hemoderivados del VIH<sup>447</sup>; y se confirmaron los buenos resultados de la técnica del calentamiento en los productos hemoderivados<sup>448</sup>.

Detengamos aquí nuestra cronología, porque la evolución posterior de la ciencia en materia de SIDA no afecta, por las

<sup>441</sup> UNIVERSITY OF CALIFORNIA SAN FRANCISCO, *Chronology of AIDS...*, *op. cit.* Test de otras compañías (Electro-Nucleonics, Inc. y Litton-Bionetics, Inc.) fueron autorizados inmediatamente después; en poco más de un mes, ya se habían distribuido, sólo en los Estados Unidos, más de 3 millones de test (HECKLER, Margaret M., «The challenge of the acquired immunodeficiency syndrome», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985, p. 655).

<sup>442</sup> UNIVERSITY OF CALIFORNIA SAN FRANCISCO, *Chronology of AIDS...*, *op. cit.*

<sup>443</sup> En ella participaron más de 3.200 personas de 50 países. Las principales aportaciones a dicha Conferencia fueron recogidas en el número de noviembre de 1985 (vol. 103, núm. 5) de la revista *Annals of Internal Medicine*.

<sup>444</sup> MONTAGNIER, Luc, «Lymphadenopathy-Associated Virus: from molecular biology to pathogenicity», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985.

<sup>445</sup> GALLO, Robert C.; WONG-STAAAL, Flossie, «A Human T-Lymphotropic Retrovirus (HTLV-III) as the cause...», *op. cit.*

<sup>446</sup> LEVY, Jay A. (y otros), «Infection by the retrovirus...», *op. cit.*

<sup>447</sup> CURRAN, James W., «The epidemiology and prevention of the acquired immunodeficiency syndrome», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985, p. 659; HECKLER, Margaret M., «The challenge...», *op. cit.*, p. 656. La sensibilidad y especificidad de los test en aquel momento existentes fueron examinadas por PETRICCIANI, John C., «Licensed tests...», *op. cit.*, pp. 727-728.

<sup>448</sup> LEVINE, Peter H., «The acquired immunodeficiency syndrome in persons with hemophilia», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985, pp. 724-725; HECKLER, Margaret M., «The challenge...», *op. cit.*, p. 656.

razones que veremos, a la responsabilidad de la Administración sanitaria por transfusiones de sangre y tratamientos con hemoderivados.

B) La responsabilidad de la Administración sanitaria en los diferentes estadios de conocimiento científico del SIDA

La cronología expuesta nos permite distinguir los seis grandes estadios relevantes a efectos de responsabilidad de la Administración que ha atravesado la ciencia médica en materia de SIDA.

— Estadio primero: desconocimiento de la enfermedad del SIDA.

— Estadio segundo: descubrimiento de la enfermedad del SIDA e ignorancia de su causa y vías de transmisión.

— Estadio tercero: establecimiento de las vías de transmisión del SIDA y desconocimiento de su causa.

— Estadio cuarto: descubrimiento de la causa principal del SIDA.

— Estadio quinto: constatación de la eficacia de la técnica del calentamiento para evitar la seropositividad en los productos hemoderivados.

— Estadio sexto: elaboración de los primeros test serológicos de detección de anticuerpos del virus causante del SIDA.

El paso del estadio primero al segundo se produce en 1981, año en que, como hemos visto, se descubre el SIDA. El estadio tercero, a su vez, comienza a finales de 1982-principios de 1983, que es cuando la comunidad científica, con base sobre todo en estudios de tipo epidemiológico, determina las vías de transmisión de la enfermedad (entre las que se encuentran —en lo que aquí nos interesa— la sangre y los productos hemoderivados). Como inmediatamente veremos, el momento clave en la responsabilidad de la Administración española por contagio de SIDA se sitúa, precisamente, en este estadio tercero. Por ello, se impone dar una mayor concreción a su fecha de inicio. Aunque

la elección de una fecha concreta es una decisión difícil y en parte arbitraria (los acuerdos en la comunidad científica se forjan en períodos más o menos prolongados de tiempo), creo que puede fijarse, como fecha de referencia, el día 4 de marzo de 1983. Como ya sabemos, en ese día apareció publicada la recomendación que el Public Health Service norteamericano (máxima autoridad sanitaria de los Estados Unidos, país pionero en la investigación del SIDA) dirigió a los miembros de los grupos de riesgo del SIDA, pidiéndoles que se abstuvieran de donar sangre y plasma. Esta recomendación, dictada de acuerdo con la opinión dominante en la comunidad científica del momento, constituyó el reconocimiento, al máximo nivel institucional (norteamericano), de la transmisión del SIDA a través de la sangre y los productos hemoderivados, y corroboró las recomendaciones que en los meses anteriores habían dirigido instituciones públicas (como, señaladamente, el CDC) y privadas (como la National Hemophilia Foundation) tanto a los bancos de sangre como a los potenciales donantes.

En marzo de 1983, en efecto, pese a desconocerse todavía cuál era la causa del SIDA, se consideraba ya que dicha causa no podía ser otra que un microorganismo infeccioso, transmitido de enfermo a enfermo por contacto sexual o por inoculación de sangre o productos hemoderivados. Así lo reconocieron, por otra parte, los propios bancos de sangre norteamericanos, que en esa fecha comenzaron a tomar medidas para evitar la donación de sangre y plasma de personas pertenecientes a grupos de riesgo del SIDA; y así lo señaló, en España, pocos meses después, el Ministerio de Sanidad y Consumo, en el *Boletín Epidemiológico Nacional*<sup>449</sup>.

Tampoco resulta sencillo determinar el momento exacto de inicio del estadio cuarto, o, lo que es lo mismo, en qué momento concreto se descubrió el virus del SIDA. El primero en aislarlo fue, como se ha dicho, MONTAGNIER, en mayo de 1983. Pero la prueba de la relación existente entre este nuevo retrovirus y el SIDA no se produjo hasta más tarde. La fecha que suele tomarse como referencia es el 24 de abril de 1984, cuando HECKLER

---

<sup>449</sup> Véase lo dicho, *supra*, en el epígrafe A).

anunció a los medios de comunicación que GALLO y sus colaboradores habían descubierto el virus del SIDA.

El paso al estadio quinto se produce en octubre de 1984, momento en que la National Hemophilia Foundation y el CDC norteamericanos recomiendan la práctica de la técnica del calentamiento para evitar la seropositividad en los productos hemoderivados.

En 1984, paralelamente al descubrimiento del virus, se desarrollaron mecanismos para detectar los anticuerpos que el organismo humano genera para hacerle frente. Fue, sin embargo, en marzo de 1985, cuando salieron al mercado los primeros test serológicos comerciales de detección de anticuerpos del VIH. En marzo de 1985, por tanto, debe fijarse el inicio del sexto estadio en la evolución del conocimiento científico en materia de SIDA.

¿Cómo reaccionaron las Administraciones sanitarias españolas ante los sucesivos pasos de la ciencia en el conocimiento de esta nueva enfermedad?

En España, la primera reacción normativa se produjo en materia de productos hemoderivados: la Resolución de 6 de septiembre de 1985, de la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad y Consumo, impuso a los fabricantes e importadores de productos hemoderivados la obligación de realizar la prueba de detección de anticuerpos del VIH. Se protegía, con ello, a los hemofílicos, pero no a los pacientes de la sanidad pública que hubieran de recibir transfusiones sanguíneas.

Hubo que esperar hasta el 18 de febrero de 1987 para que (por medio de Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo) se estableciera en todo el territorio nacional la obligatoriedad de practicar las pruebas de detección del VIH en la sangre donada para transfusiones sanguíneas. Hasta esa fecha, sólo en el ámbito de algunas Comunidades Autónomas se había impuesto dicha obligatoriedad: en el País Vasco (por Orden de 10 de septiembre de 1985), Navarra (por Decreto Foral de 23 de octubre de 1985), Aragón (por Orden de 3 de diciembre de 1985) y Cataluña (por Orden de 10 de enero de 1986)<sup>450</sup>.

---

<sup>450</sup> Las referencias de esta normativa autonómica pueden encontrarse en MUGA MUÑOZ, José Luis, «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 289.

¿Cuál es la responsabilidad de la Administración sanitaria española en los distintos estadios de la evolución científica en materia de SIDA descritos?, ¿a partir de qué concreto estadio dejó de ser inevitable o imprevisible según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica el contagio del SIDA en las transfusiones sanguíneas y en los tratamientos con hemoderivados realizados en el marco de la sanidad pública?

Como ya he adelantado antes, creo que el momento clave se produce cuando la comunidad científica identificó *las vías de transmisión* de esta enfermedad. En efecto, cuando, tras múltiples estudios epidemiológicos, se puso de relieve que una de las vías de transmisión del SIDA es el contacto con sangre o productos hemoderivados infectados (por un microorganismo que, por entonces, todavía no había sido identificado), dejó de ser posible alegar que el contagio por transfusiones sanguíneas o tratamientos con hemoderivados era imprevisible o inevitable según el estado de los conocimientos de la técnica. Cada vez que, en dicho estadio de conocimiento científico, se realizaba una transfusión de sangre o se aplicaba un tratamiento con hemoderivados a un hemofílico, se sabía perfectamente que existía un riesgo de que aquella o éstos estuvieran contaminados y se contagiara la fatal enfermedad al paciente. Si, a pesar de ello, se practicaba la transfusión o se aplicaba el hemoderivado, y luego se constataba que el paciente había adquirido la enfermedad, no cabía ya alegar (a diferencia de lo que había ocurrido en los dos estadios de conocimiento científico anteriores) que no se había podido contar con ello, que la ciencia no permitía explicar lo sucedido.

Al descubrir que la enfermedad se transmitía por sangre y hemoderivados, la ciencia suministró los conocimientos suficientes para prever e incluso evitar (aunque a través de un mecanismo ciertamente drástico e insatisfactorio desde una perspectiva de política sanitaria global: la no práctica de transfusiones sanguíneas y tratamientos con hemoderivados) el contagio del SIDA en los centros públicos. En aquel momento, el riesgo de que la sangre o los hemoderivados utilizados por la sanidad pública estuvieran contaminados (riesgo que era conocido y que no podía ser elimi-

nado <sup>451</sup>) exigía buscar soluciones terapéuticas *alternativas* a las transfusiones sanguíneas o a los hemoderivados, que debían reservarse a casos de auténtica necesidad <sup>452</sup>; y, en los casos de auténtica necesidad, sólo debía procederse a la transfusión o al tratamiento con hemoderivados tras haber informado al paciente del riesgo de contagio del SIDA y haber obtenido, de él o del resto de personas legitimadas, su consentimiento <sup>453, 454</sup>.

---

<sup>451</sup> En ese estadio de conocimiento, como se ha dicho, todavía no se había identificado el virus causante del SIDA, ni, consiguientemente, existían test para detectarlo en la sangre o en los hemoderivados, ni se conocía aún la eficacia de la técnica del calentamiento para evitar la transmisión de la enfermedad a través de estos últimos. Se conocía, por tanto, el riesgo de que la sangre y los hemoderivados estuvieran contaminados y transmitieran la enfermedad del SIDA, pero se carecía de los conocimientos científico-técnicos para garantizar su inocuidad. La ciencia, en definitiva, permitía evitar *el contagio* (a través de un mecanismo que, como he dicho, es radical y a menudo insatisfactorio: no practicar transfusiones ni tratamientos con hemoderivados), pero no la *infección de la sangre y los hemoderivados* suministrados a la sanidad pública.

Como hemos visto con anterioridad, el único mecanismo existente, durante este tercer estadio del conocimiento científico, para minimizar (que no eliminar) el riesgo de entrada de sangre y hemoderivados infectados en las reservas de la sanidad pública, era la exclusión de aquellos donantes a quienes hubiera sido diagnosticado el SIDA, que presentaran síntomas de dicha enfermedad, o que pertenecieran a los grupos de riesgo de la misma. Se trataba, en realidad, de un mecanismo preventivo basado, sobre todo, en la buena voluntad de los donantes (muchos de los cuales ni siquiera sabían que tenían el virus, debido al largo período de latencia del mismo), que no permitía garantizar (como tristemente demuestran los muchos casos transfusionales de SIDA ocurridos tras la instauración de estos primeros mecanismos de control) la inocuidad de la sangre y los hemoderivados suministrados a los pacientes.

Un mecanismo preventivo adicional era la donación de sangre con destinatario predeterminado: el donante que se creía sano donaba sangre para un receptor predeterminado (un familiar, un amigo, o, incluso —pensando en una futura necesidad—, para él mismo —este último supuesto es el de la llamada «autodonación»—), para evitar así que el receptor recibiera sangre contaminada de terceros. Este tipo de donación sanguínea, sin embargo, encontró una fuerte oposición de los bancos de sangre, reacios a asumir los mucho mayores costes de almacenamiento que la misma significaba (GOLDSMITH, Marsha F., «Reactions and counter-reactions...», *op. cit.*, p. 178).

<sup>452</sup> Esto es, no se olvide, lo que propuso, en 1983, el informe del *Boletín Epidemiológico Semanal*, antes citado, e incluso representantes de bancos de sangre, como BOVÉ.

<sup>453</sup> Sobre el consentimiento y los requisitos que debe reunir para que excluya la responsabilidad administrativa véase, *infra*, el epígrafe 3.2.4.

<sup>454</sup> El paciente, al ser informado del riesgo de contraer una enfermedad de la entidad del SIDA, quizá preferiría recibir la sangre de una persona conocida, con pocas probabilidades de ser portadora del VIH.

Fue, por tanto, al iniciarse el estadio tercero de la evolución médica relativa al SIDA, cuando el contagio de dicha enfermedad como consecuencia de transfusiones de sangre y tratamientos con hemoderivados desarrollados en el ámbito de la sanidad pública dejó de ser inevitable o imprevisible según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica. El aislamiento, en el estadio cuarto, del virus del SIDA, poco añadió, desde esta perspectiva, a lo ya constatado en el estadio anterior (lo importante, a los efectos que aquí nos interesan, son las vías de transmisión de la enfermedad —no ya el concreto retrovirus que la causa—, y éstas ya habían sido descritas en el estadio tercero). A su vez, los descubrimientos científico-técnicos producidos en los estadios posteriores (estadios quinto y sexto) sólo permiten, en mi opinión, calificar la existencia de culpa, de anormalidad en el funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria: al disponerse de test de detección de anticuerpos del VIH, y al conocerse la eficacia de la técnica del calentamiento para evitar la seropositividad de los productos hemoderivados, el contagio del SIDA como consecuencia de la falta de realización de aquellos test o de la utilización de hemoderivados no calentados constituye, sin duda, un funcionamiento anormal del servicio público de asistencia sanitaria. Pero, como ya sabemos, la Administración sanitaria española no responde sólo por los daños causados por su funcionamiento anormal, sino también por los derivados de su funcionamiento normal.

El punto de inflexión, por tanto —repito—, se sitúa en el estadio tercero, y no en los posteriores<sup>455</sup>. El inicio de este estadio tercero debe fijarse, como he tratado de justificar más arriba, en el 4 de marzo de 1983, fecha en que el Public Health Service norteamericano hizo pública la recomendación que ya conocemos. Efectivamente, en aquel momento, la opinión dominante entre los científicos que se estaban ocupando del SIDA era que la causa del mismo era un agente infeccioso transmitido, entre otras vías, por la sangre

---

<sup>455</sup> Por eso, discrepo de MUGA cuando sostiene que el punto de inflexión debe situarse en 1985, porque fue entonces cuando se elaboraron los test comerciales de detección del virus (MUGA MUÑOZ, José Luis, «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 289). Como ya he dicho, la ciencia permitió prever (e incluso evitar) el contagio del SIDA *antes* de que suministrara los test de detección, en el momento en que identificó sus vías de transmisión.



y los productos hemoderivados. Tal conclusión venía apoyada por múltiples estudios epidemiológicos, que ponían de relieve que muchos de los afectados por la enfermedad (consumidores de drogas por vía intravenosa, receptores de transfusiones sanguíneas, hemofílicos tratados con hemoderivados) sólo tenían en común el haber recibido sangre o hemoderivados ajenos. Que la sangre y los hemoderivados son vías de transmisión del SIDA es una conclusión que, ya en marzo de 1983, formaba parte, en mi opinión, del estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica, puesto que reunía los dos principales requisitos para ello (y que ya conocemos): el grado de consenso necesario en la comunidad científica<sup>456</sup>, y una suficiente difusión<sup>457</sup>.

---

<sup>456</sup> Según MUGA, que la sangre y sus derivados fueran una de las vías de transmisión del SIDA era, en 1983, una «mera hipótesis aún sin confirmar», confirmación que se produjo dos años después, en el ya referido congreso internacional sobre el SIDA celebrado en Atlanta en abril de 1985 (MUGA MUÑOZ, José Luis, «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 289). No comparto estas afirmaciones: una lectura de las principales aportaciones al congreso de Atlanta (que están recogidas, como ya he señalado antes, en el número de noviembre de 1985 de la revista *Annals of Internal Medicine*) pone de relieve que las vías de transmisión del SIDA habían sido establecidas mucho tiempo antes; en Atlanta las ponencias se centraron en muchas cuestiones distintas (relacionadas, en muchos casos, con el VIH, sus características, su período de latencia en el cuerpo humano, su forma de actuación sobre el sistema inmunológico...), y en todas ellas se presupuso el conocimiento de las vías de transmisión.

Naturalmente, en 1983 (como en 1985 e incluso hoy en día) había científicos que se mostraban escépticos ante la afirmación generalizada de que la sangre y los hemoderivados son vías de transmisión del SIDA. Esto no debe sorprender. Estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica no puede significar acuerdo *unánime* entre todos los miembros de la comunidad científica, sino acuerdo *generalizado*. De lo contrario, incluso hoy día habría que seguir negando que la sangre y los hemoderivados transmitan la enfermedad del SIDA; en efecto, hoy día subsisten científicos (algunos de reconocido prestigio internacional) que, contra la opinión dominante, dudan que el VIH sea la causa del SIDA (otros dudan que el VIH sea la *única* causa). Si, por tanto, estado de la ciencia significara acuerdo unánime, habría que considerar, hoy día, que la relación causa-efecto entre el VIH y el SIDA no está acreditada y que, por tanto, no forma parte de los conocimientos de la ciencia actual; ello, como es obvio, sería absurdo: imagínese que un juez negara la indemnización a una víctima de una transfusión de sangre contaminada con el VIH por considerar que, en 1999, sigue habiendo científicos que niegan la relación causal entre la infección de dicho virus y el desarrollo de la enfermedad del SIDA; la crítica a una sentencia de este tipo sería unánime.

[El científico que con mayor repercusión ha criticado la relación causal entre el VIH y el SIDA es DUESBERG. Sus argumentos tratan de ser refutados, uno a uno, en

Por ello, coincido con todas aquellas resoluciones judiciales que (aunque con fundamentaciones jurídicas a veces discutibles) han negado que cupiera alegar el desconocimiento científico-técnico para excluir la responsabilidad de la Administración sanitaria en los contagios del SIDA producidos en los años 1983 y siguientes<sup>458</sup>.

---

NIAID, «The relationship between the Human Immunodeficiency Virus...», *op. cit.*; otros científicos que, en mayor o menor medida, discrepan de la postura dominante, son GOTTLIEB, ELENI PAPADOPOULOS-ELEPOULOS, ROOT-BERNSTEIN, SCHMIDT, THOMAS, CUNNINGHAM, STROHMAN, JONAS y KUGLER].

<sup>457</sup> Muchos de los estudios que por aquellas fechas constataron la transmisión del SIDA en sangre y hemoderivados fueron publicados en medios perfectamente accesibles al especialista medio del sector, y gozaron, por tanto, de suficiente difusión. Es lo que ocurre, p. ej., con los informes del CDC o la citada recomendación del Public Health Service norteamericano, que aparecieron publicados en la revista *MMWR*, de difusión mundial (esta revista se recibe, p. ej., en la biblioteca de la Facultad de Medicina de la Universidad de Barcelona).

<sup>458</sup> Es lo que sucede, p. ej., en la STS (Sala 1.ª) de 18 de febrero de 1997 (Ar. 1240), que resuelve de forma ejemplar un caso verdaderamente límite: un paciente fue contagiado con el VIH (y con el virus de la hepatitis C) en el mes de marzo de 1983, al ser objeto de tratamiento con hemoderivados como consecuencia de una hemartrosis. El TS, tras admitir que en aquella fecha todavía no se conocía el VIH ni existían mecanismos para detectarlo en la sangre, declara la responsabilidad de la Administración porque: ya se conocían las vías de transmisión del SIDA, y ello obligaba, por un lado, a realizar transfusiones y tratamientos con hemoderivados sólo cuando no hubiera método terapéutico alternativo y existiera peligro de muerte o de graves e irreparables consecuencias para el paciente; y, por otro lado, a informar al paciente acerca de los riesgos de una transfusión o tratamiento con hemoderivados; como en el caso concreto no se acreditó ni la falta de métodos terapéuticos alternativos, ni la existencia de grave riesgo para el paciente, ni que se le hubiera informado sobre el peligro de contagio del SIDA, el TS acaba declarando la responsabilidad de la Administración sanitaria (en este caso, el Instituto Catalán de la Salud).

Otra resolución judicial que, aunque con una fundamentación jurídica —a mi modo de ver— más discutible, da una solución correcta a un caso producido durante los primeros años de la enfermedad, es la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 9 de diciembre de 1992 (Ar. 6357), que declara la responsabilidad del Instituto Catalán de la Salud por la transmisión del virus del SIDA a un paciente tratado con hemoderivados el 21 de noviembre de 1984. Esta STSJ fue comentada en su momento por DEL SAZ (DEL SAZ, Silvia, «La responsabilidad de la Administración por el contagio del virus del SIDA», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1993-1, pp. 208-212).

En muchas de las resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha, no obstante, el contagio se produjo en estadios posteriores de la evolución científico-técnica en materia de SIDA, esto es, cuando no sólo se conocían ya las vías de transmisión de dicha enfermedad y (como ocurre en el caso de la STSJ acabada de citar) su virus causante, sino incluso los test para su detección y la eficacia de la técnica del

La nueva cláusula introducida por la Ley 4/1999 en el artículo 141.1 LRJPAC, relativa al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica, sólo permite, por tanto, excluir la responsabilidad de la Administración sanitaria española en aquellos contagios del VIH derivados de transfusiones sanguíneas y tratamientos con hemoderivados producidos durante los dos primeros estadios evolutivos de la enfermedad del SIDA, esto es, hasta marzo de 1983<sup>459</sup>. Sólo durante estos dos primeros estadios,

---

calentamiento para evitar la seropositividad de los hemoderivados. La imposibilidad de alegar en estos estadios posteriores el desconocimiento científico-técnico es ya indiscutible. Así lo ha entendido, normalmente, la jurisprudencia.

Una completa referencia de algunas de las resoluciones judiciales dictadas en la materia puede encontrarse en MUGA MUÑOZ, José Luis, «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 290-294.

<sup>459</sup> De este modo, en los contagios producidos en los años (estadios evolutivos) posteriores no podrá argüirse el desconocimiento técnico-científico para excluir la responsabilidad administrativa. Tampoco en supuestos como el de la STS (Sala 3.ª) de 28 de octubre de 1998 (Ar. 8928): un paciente sometido a diálisis y en muy mal estado de salud murió como consecuencia de la transmisión transfusional, en agosto de 1988, del virus de la hepatitis B (el supuesto, sin embargo, es perfectamente imaginable con el virus del SIDA) en un hospital público. La sangre objeto de la transfusión había sido cribada, sin que se detectara el citado virus. El INSALUD alega, en su defensa, que existe el llamado período «ventana» de la infección por el virus, donde el donante puede ser portador del virus y éste no llegarse a detectar, y que ello supone un riesgo extraño a la actuación de la entidad e inevitable para la ciencia médica.

A mi modo de ver, no existe aquí inevitabilidad o imprevisibilidad científico-técnica: el período ventana es el tiempo que transcurre desde que una persona es infectada por el VIH hasta que genera los anticuerpos para hacerle frente. Su duración oscila entre las tres y las doce semanas (MUGA MUÑOZ, José Luis, «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 286-287, en nota). Durante dicho período, los test que normalmente se utilizan para efectuar el cribado de la sangre no pueden detectar la infección del VIH, porque se trata de test que no detectan el virus directamente, sino los anticuerpos que el organismo genera contra éste. Si, por tanto, una persona dona sangre durante el período ventana (es decir, poco después de haber sido infectada por el VIH, y antes de generar los anticuerpos), el cribado de la sangre será inútil y no podrá detectar que la misma está contaminada. El estado actual de la ciencia médica permite, sin embargo, evitar este peligro perfectamente. ¿Cómo? Cabe concebir, por de pronto, dos vías: la primera, y más obvia, es la utilización de test que detecten no ya los anticuerpos del virus, sino el VIH directamente. La segunda consiste en lo siguiente: 1) someter la sangre donada a un test convencional de anticuerpos; 2) mantener la sangre almacenada, sin utilizarla, durante el tiempo correspondiente al período ventana; 3) cuando haya transcurrido el tiempo correspondiente al período ventana, someter al donante a un análisis de sangre (con un test convencional de anticuerpos), para comprobar que no haya generado anticuerpos desde que donó la sangre; 4) si el resultado de este segundo análisis de sangre sigue siendo negativo, podrá ya utilizarse sin peligro alguno la sangre almacenada.

pues, pudo sostenerse que el riesgo de contagio del SIDA creado por la Administración al suministrar sangre y hemoderivados a sus pacientes era un riesgo *permitido*<sup>460</sup>.

---

La Administración, al no tomar estas medidas que el estado de la ciencia pone a su disposición (y que representarían un coste económico mayor —nos encontramos de nuevo con las limitaciones presupuestarias de la sanidad pública—), y utilizar la sangre donada sin eliminar el peligro inherente al período ventana, está creando un riesgo de contagio del VIH no insignificante y no permitido, y que, en caso de que se verifique (produciéndose el contagio), sin que medie consentimiento de la víctima, merece ser indemnizado. Por eso, me parece correcto el pronunciamiento del TS ante el caso enunciado, obligando al INSALUD a indemnizar.

<sup>460</sup> Consideraciones semejantes a las efectuadas, respecto del SIDA, en este epígrafe, son extensibles a otra enfermedad que también se transmite a través de la sangre y los hemoderivados, y cuyo virus causante ha sido, como en el caso del VIH, descubierto hace poco tiempo: la hepatitis C. En efecto, la evolución de la ciencia médica en relación con dicha enfermedad ha seguido vías paralelas a la del SIDA, variando sólo la fecha de producción de los diferentes descubrimientos médicos: se descubrió, primero, la enfermedad (que fue denominada, mientras no se descubrió el virus que la causaba, hepatitis no-A-no-B, por exclusión respecto de otros tipos de hepatitis); luego, sus vías de transmisión (a finales de los años 70-principios de los 80 se sabía ya que esta enfermedad se transmitía por la sangre y los hemoderivados, aunque todavía no se había podido aislar su virus causante); luego (a finales de los años 80) se consiguió descubrir y aislar el virus causante; y, a continuación, se desarrollaron los test para detectarlo en la sangre.

Así, debe sostenerse, en relación con la hepatitis C, que se trata de una enfermedad cuyo contagio dejó de ser inevitable e imprevisible según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica ya a principios de los años 80, cuando se descubrieron sus vías de transmisión (y aunque se ignorara, todavía, cuál era el virus que la causaba y cómo detectarlo en la sangre).

Así lo entiende, correctamente, la ya citada STS (Sala 1.ª) de 18 de febrero de 1997 (Ar. 1240), ante un supuesto de contagio de la hepatitis C (y del SIDA) producido en marzo de 1983, como consecuencia de tratamientos con hemoderivados realizados en un hospital público. Véase, para conocer la argumentación utilizada por el TS para condenar a la Administración, *supra*, la nota núm. 458.

En cambio, llega a una solución, en mi opinión, incorrecta, la STS (Sala 4.ª) de 22 de diciembre de 1997 (Ar. 737/1998). Esta STS, ante un supuesto de transmisión transfusional de la hepatitis C producido en 1985, deniega el derecho a indemnización porque, en aquel momento, no se conocía todavía el virus causante de dicha enfermedad.

Al extremo opuesto llega la ya citada STS (Sala 3.ª) de 31 de mayo de 1999 (Ar. 6154), que condena a la Administración sanitaria por el contagio transfusional de la hepatitis C en *diciembre de 1975*. Parece realmente discutible que en aquella fecha existiera ya un consenso generalizado en la comunidad científica sobre la transmisión por vía sanguínea de dicha enfermedad; así lo han entendido, al menos, los dos magistrados que formulan voto particular a dicha STS. En cualquier caso, parece determinante, en esta STS, que la Administración no haya aportado una mínima prueba de la inevitabilidad e imprevisibilidad científico-técnica del contagio de la enfermedad en el momento de producción de los hechos.

Ello confirma lo que se ha señalado antes de detenernos en el estudio de la responsabilidad de la Administración en materia de SIDA: que el límite a la responsabilidad objetiva de la Administración relativo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica, pese a estar perfectamente justificado y ser necesario, es un límite muy laxo, que sólo en muy pocos casos servirá para negar el deber indemnizatorio de la Administración.

Ilustrado con el ejemplo del contagio del SIDA en centros públicos el verdadero alcance de la nueva cláusula limitativa introducida en el artículo 141.1 LRJPAC y, con ello, el verdadero alcance del título de imputación del riesgo no permitido, estamos ya en condiciones de avanzar en el esquema aquí propuesto y pasar a analizar el siguiente criterio o título de imputación de segundo nivel: la creación de un riesgo no consentido.

Pero antes parece oportuno efectuar una breve recapitulación de lo expuesto en relación con el criterio del riesgo no permitido: que la Administración haya creado, con su actuación, un riesgo cuantitativamente no insignificante de producción de un resultado lesivo, no es suficiente para que el funcionamiento del servicio público merezca ser valorado negativamente y sea considerado relevante a efectos de responsabilidad. Hace falta, además, que dicho riesgo tenga una determinada entidad cualitativa, es decir, que no se trate de un riesgo permitido. Como la responsabilidad de la Administración es objetiva, no es suficiente la existencia de culpa. El criterio tiene que ser entonces el error, el funcionamiento fallido del servicio público. Siempre que exista error, imprudente o no, nos encontraremos ante un riesgo no permitido desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial. El límite al concepto de error lo marca el estado de los conocimientos técnico-científicos.

No basta, sin embargo, con que el funcionamiento del servicio público sea fallido para que el mismo sea desvalorado, valorado negativamente a efectos de responsabilidad. Para ello es preciso, además, que dicho funcionamiento haya creado un riesgo no consentido. Veamos qué se quiere decir con esto.

### 3.2.4. *Riesgo no consentido: el consentimiento excluyente de la responsabilidad administrativa*

Si en Derecho penal, donde los ataques a los bienes jurídicos son tan graves, se admite unánimemente que el consentimiento de la víctima excluye normalmente la responsabilidad penal<sup>461</sup>, con mayor razón deberá servir para excluir la responsabilidad civil extracontractual de los particulares o de la Administración pública. Porque en el ámbito de la responsabilidad extracontractual lo que se pretende es dar satisfacción a la víctima y no preservar un determinado sistema de valores a través de la prohibición de conductas que, aun consentidas por la víctima, son desvaloradas por la sociedad y por tanto calificadas de atentatorias contra el orden público. En el Derecho de la responsabilidad extracontractual, por tanto, la medida del desvalor de la acción lesiva lo proporciona en gran parte la víctima. Su consentimiento, pues, excluirá la valoración negativa de la conducta ajena.

Que el consentimiento de la víctima debe excluir la responsabilidad extracontractual parece, además, una consecuencia evidente del principio general que impide ir contra los propios actos. En efecto, no parece justo que quien inicialmente ha consentido una determinada acción, asumiendo los riesgos que la misma conlleva, pueda exigir después que le sean indemnizados los daños que la misma le haya podido ocasionar. Y menos aún cuando dicha actividad no es llevada a cabo en beneficio ajeno, sino de la propia víctima, y ha sido ésta quien ha solicitado su realización.

Esto último es lo que ocurre normalmente en el marco de la asistencia sanitaria. Aquí es el propio paciente quien suele solicitar la realización de la actividad peligrosa que ha de salvarle la vida o reportarle una mejoría física o psíquica. Efectivamente, el

---

<sup>461</sup> La doctrina penalista se encuentra, en cambio, dividida, al ubicar sistemáticamente el consentimiento (ubicación sistemática que, naturalmente, deriva de la concesión de una mayor o menor importancia al consentimiento).

Así, para el sector mayoritario (p. ej., señaladamente, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 514), el consentimiento constituye en relación con determinados tipos una causa de justificación, y respecto de otros llega incluso a excluir la tipicidad de la conducta. Para un sector minoritario, liderado por ROXIN, el consentimiento *siempre* excluye la tipicidad (ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 517-526).

paciente es el primer interesado en la realización de una actividad que pueda beneficiarle. Por tanto, el consentimiento no es prestado a una actividad que beneficie a quien la lleva a cabo<sup>462</sup>.

Centrándonos en nuestro objeto de estudio, no estaremos, pues, ante un funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria valorado negativamente a efectos de responsabilidad, cuando, a pesar de haber creado un riesgo cuantitativamente no insignificante y cualitativamente no permitido, dicho funcionamiento haya sido consentido por el paciente. Así, cuando el paciente consienta el riesgo creado por el funcionamiento del servicio, dicho riesgo no será considerado relevante a efectos de responsabilidad, y no cabrá, por tanto, imputar el daño a la Administración ni, consiguientemente, exigirle responsabilidad.

Naturalmente, el riesgo creado por la Administración sólo dejará de ser valorado negativamente en la medida en que no exceda del consentimiento prestado por el paciente. Es decir, que la valoración del riesgo creado dependerá del *alcance del consentimiento* en cada caso prestado. Pueden distinguirse distintos supuestos según el alcance del consentimiento del paciente.

Lo más frecuente será que el paciente sólo consienta una actuación médica realizada sin error alguno, ni imprudente ni no impru-

---

<sup>462</sup> Aunque ello suela ser así en términos generales, puede suceder que el médico resulte claramente beneficiado por una determinada actuación (e incluso es posible que dicha expectativa sea una de las motivaciones principales del médico para llevarla a cabo).

Piénsese en el caso de un cirujano que quiera poner en práctica una técnica revolucionaria para curar una enfermedad hasta el momento incurable; la realización de esta actuación, en caso de éxito, le reportará fama mundial (es lo que ocurrió, p. ej., con el cirujano que efectuó el primer trasplante de corazón). Pero también beneficiará al paciente.

En cualquier caso, las motivaciones que puedan mover tanto al médico, a sugerir la realización de la actuación, como, incluso (y esto es más importante), al paciente, a prestar su consentimiento, son irrelevantes para que quede excluida la responsabilidad extracontractual (así, es indiferente que el paciente, conociendo la existencia de una técnica menos peligrosa para curar su enfermedad, decida no obstante someterse a la sugerida por el médico porque, simplemente, quiera ayudarle a promocionarse profesionalmente). Lo verdaderamente importante es que el consentimiento reúna los requisitos para ser considerado eficaz, a los que luego se hará referencia.

dente. Cuando ello suceda, si posteriormente esta actuación médica deviene errónea (de forma imprudente o no imprudente) y causa un daño, no podrá decirse que el funcionamiento del servicio público ha sido consentido, ya que se habrá rebasado el consentimiento prestado por el paciente, y habrá que valorarlo negativamente a efectos de responsabilidad. El riesgo creado, entonces, no estará consentido, y será relevante a efectos de responsabilidad, desencadenando la responsabilidad administrativa en caso de que se haya realizado en el resultado lesivo. En este primer tipo de consentimiento, el paciente, en realidad, sólo está consintiendo una actuación médica inmejorable desde el punto de vista de la ciencia y de la técnica. Por eso, con este consentimiento, el paciente sólo está aceptando (y renunciando a que le sean indemnizados) los daños inevitables según el estado técnico-científico. De este modo, este primer tipo de consentimiento no añade nada al título de imputación del riesgo permitido antes examinado, no permite limitar adicionalmente la responsabilidad de la Administración <sup>463</sup>.

---

<sup>463</sup> En efecto, cuando el paciente presta un consentimiento con un alcance tan limitado, sólo está asumiendo el riesgo permitido. Como hemos visto antes, el riesgo permitido cubre sólo los daños inevitables según el estado técnico-científico.

Este tipo de consentimiento es el que se produce, en mi opinión, en la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 16 de diciembre de 1997 (Ar. 8690), a la que hemos hecho referencia con anterioridad, en la nota núm. 401. La parte demandante alegó, en dicho litigio, que nadie había informado a la víctima sobre los elevadísimos riesgos que presentaba la intervención a que fue sometida (existía entre un 10 y un 5 por 100 de posibilidades de que sucediera lo que ocurrió), y que, por tanto, el consentimiento que ella prestó no había sido *informado*. El TS, frente a ello, señala que en los litigios sobre responsabilidad médica es la víctima quien soporta la carga de demostrar no sólo la existencia de daño, culpa y relación de causalidad, sino también la falta de información suficiente. El TS entiende, después, que la víctima no ha conseguido demostrar que la información recibida fuera insuficiente, y desestima la reclamación de indemnización. El TS, a mi modo de ver, está exigiendo a la víctima una prueba diabólica: sin duda lo es el tener que probar una omisión, un silencio del médico. Es muchísimo más fácil que sea el médico quien acredite que informó completamente al paciente (es mucho más sencillo, en definitiva, probar una acción que una omisión).

En cualquier caso, dudo mucho que la víctima de la operación de hernia discal (que era una operación voluntaria, no imprescindible) se hubiera sometido a la misma si le hubieran comunicado que existía entre un 10 y un 5 por 100 de posibilidades de que perdiera la total movilidad de un pie. Por eso, pienso que estamos ante una STS equivocada, que atribuye al consentimiento de la víctima un alcance que en realidad no tuvo. Este caso es similar, desde la perspectiva del consentimiento, al de los aneurismas gigantes, y que ya conocemos; véase, por tanto, lo que he dicho *supra*, en la nota núm. 400.



Pero puede ocurrir —aunque sea mucho menos frecuente— que el paciente preste un consentimiento más amplio, y asuma el error médico. Puede suceder, en este sentido, que el paciente, pese a las reticencias y advertencias del médico, le exija que le aplique un tratamiento particularmente agresivo o le someta a una intervención quirúrgica especialmente peligrosa<sup>464</sup>. Si el médico hace caso del paciente<sup>465</sup> y, ante las reiteradas peticiones de éste, le aplica el tratamiento agresivo o le somete a la peligrosa operación, incurrirá en una actuación imprudente y, por tanto, rebasará el riesgo permitido. Pero, al contar con el consen-

---

<sup>464</sup> Un ejemplo extraído de la realidad es el de la STS (Sala 1.ª) de 26 de enero de 1998 (Ar. 550): el recurrente presentaba importantísimos daños en una pierna tras ser atropellado por un tractor. Fue objeto de una primera intervención quirúrgica, muy delicada, que no consiguió devolverle la total movilidad en la pierna. El paciente insistió en ser objeto de una segunda intervención, pese a las advertencias de los médicos, que pusieron de manifiesto el alto riesgo de la misma y del postoperatorio subsiguiente. Los médicos, ante la insistencia del paciente, llevaron a cabo la operación. Complicaciones del postoperatorio exigieron la amputación de la pierna. El TS, correctamente, en mi opinión, niega el derecho a indemnización de la víctima.

Las convicciones morales de determinados pacientes pueden abocar a situaciones análogas. Imaginemos la siguiente: un testigo de Jehová tiene que ser intervenido quirúrgicamente con urgencia, pero sólo se someterá a ella si se le garantiza que no le será transfundida sangre durante la operación. No cambia de opinión ante las reiteradas advertencias del cirujano sobre el elevadísimo riesgo que la intervención conllevará.

Puede suceder, también, que el paciente prefiera someterse a un tratamiento nuevo mucho más peligroso que los tradicionales, pero que, en caso de éxito, presente ventajas respecto a éstos. Pongamos un ejemplo: a una famosa actriz se le detecta un tumor cancerígeno maligno en una zona comprometida de la cara; la técnica tradicional permitiría extirpar el tumor sin ningún riesgo para la vida de la actriz, pero con el grave inconveniente de que provocaría cicatrices que arruinarían su carrera. Existe, en cambio, una técnica nueva poco experimentada que presenta alta mortalidad pero a cambio no deja cicatriz alguna. La actriz suplica al cirujano que le aplique esta nueva técnica, a pesar de que éste se oponga porque no está familiarizado con ella y porque comporta un alto grado de mortalidad.

<sup>465</sup> En realidad, está obligado a ello. Pues no debe olvidarse en ningún momento que el artículo 10.6 LGS confiere a todo paciente el derecho a elegir libremente entre las opciones que le exponga el responsable médico de su caso, con tres únicas excepciones: cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso corresponderá el derecho a elegir a los familiares o allegados; cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

El paciente, según el artículo 10.9 LGS, tiene asimismo el derecho a negarse al tratamiento (excepto en los casos previstos en el art. 10.6, y que acaban de ser enumerados), en cuyo caso deberá solicitar el alta voluntaria por escrito.

timiento del paciente, deberá negarse la valoración negativa del funcionamiento del servicio y declararse la irrelevancia del riesgo creado a efectos de responsabilidad, excluyendo la responsabilidad administrativa. Aquí sí permite el consentimiento del paciente limitar la responsabilidad de la Administración. Aquí sí puede decirse que el riesgo creado ha sido consentido<sup>466</sup>.

Con independencia del alcance que tenga el consentimiento, tiene que cumplir una serie de requisitos para ser *eficaz*, y sobre los que no es posible extenderse aquí<sup>467</sup>. Sólo se efectuarán dos observaciones generales.

La primera, que en el ámbito sanitario el artículo 10.6 LGS exige que se preste consentimiento *por escrito* del paciente previamente a la realización de toda intervención quirúrgica<sup>468</sup>. La doctrina, en este sentido, viene entendiendo que dicho precepto, al manejar el término «intervención», está refiriéndose únicamente a

---

<sup>466</sup> Otro caso en el que parece que existió consentimiento exonerativo de responsabilidad administrativa es el resuelto por la STS (Sala 1.ª) de 27 de junio de 1997 (Ar. 5758): una mujer decidió someterse a una ligadura de trompas para evitar futuros embarazos, pese a haber sido advertida sobre el no despreciable riesgo de fracaso de la operación (se le advirtió, en efecto, que entre una y tres de cada mil operaciones de ligadura de trompas no consiguen impedir futuros embarazos). Al poco tiempo, la mujer quedó embarazada, sin que en la realización de la operación hubiera existido culpa alguna. El TS, correctamente, en mi opinión, niega la responsabilidad del INSALUD por considerar que la mujer, al conocer el riesgo inherente a la operación, y pese a ello exigir que se le practicara, asumió el riesgo de fracaso de la misma y el daño subsiguiente.

<sup>467</sup> A pesar de la gran trascendencia que indudablemente posee el tema de los requisitos del consentimiento en el ámbito médico, no han sido muchos los autores de nuestro país que lo han estudiado. Entre ellos se encuentra VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, op. cit., pp. 160-166 (véase, además, la doctrina allí citada).

<sup>468</sup> El propio precepto prevé tres excepciones a esta regla general. Han sido enunciadas *supra*, en la nota núm. 465. En la STS (Sala 1.ª) de 24 de mayo de 1995 (Ar. 4262), el TS condena al INSALUD por una ligadura de trompas practicada, durante un parto con anestesia general, con el único consentimiento del marido, para evitar el grave peligro que para la vida de la paciente podía significar un futuro embarazo. El TS considera que la actuación del cirujano vulneró la *lex artis* al prescindir del consentimiento de la paciente en un caso en que no concurrió ninguna de las excepciones contenidas en el referido artículo 10.6 LGS (no existía, concretamente, ni peligro actual de muerte ni de lesiones irreversibles). Según el TS, «el aludido consentimiento es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar íntimo, ni siquiera por el cónyuge del interesado, a no ser la concurrencia de las repetidas circunstancias [las excepciones del art. 10.6; FJ 8.º]».

la intervención *quirúrgica*, y no ya a todo acto médico<sup>469</sup>. Esta misma doctrina considera que el consentimiento debe exigirse previamente a la realización de *todos* los actos médicos (si bien no siempre en forma escrita, como se ha dicho; fuera de las intervenciones quirúrgicas —y de los supuestos de utilización de los actos médicos para fines docentes o de investigación, en los que el artículo 10.4 LGS también exige que el consentimiento cumpla el requisito formal de la escritura— el consentimiento puede ser prestado verbalmente e incluso tácitamente)<sup>470</sup>.

La segunda, que es imprescindible que se trate de un consentimiento *informado*. También esto viene regulado por la LGS, cuyo artículo 10.5 establece que todo paciente tiene derecho «A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento». Es muy importante que esta información sea completa, es decir, que aluda a todos los riesgos (y no ya sólo a los más frecuentes) inherentes a la enfermedad y a sus distintos tratamientos posibles. Ha de ser, además, una información comprensible para el paciente, libre de tecnicismos. Sólo cuando el consentimiento pueda ser calificado de informado podrá afirmarse que ha existido realmente, y que el paciente no ha incurrido en error al calibrar la actuación permitida<sup>471</sup>.

### 3.3. REALIZACIÓN DEL RIESGO EN EL RESULTADO. FUERZA MAYOR, INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA Y DE TERCEROS

En el largo epígrafe precedente (3.2) se ha señalado que sólo merecerá ser desvalorado a efectos de responsabilidad patrimo-

---

<sup>469</sup> VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, *op. cit.*, p. 162.

<sup>470</sup> VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, *op. cit.*, pp. 162-163. Este mismo autor pone de relieve las dificultades de prueba que derivan de la utilización de formas no escritas de prestación del consentimiento.

<sup>471</sup> Lo cual, lamentablemente, no ocurrirá siempre, al menos en el marco de la sanidad pública, donde con mucha frecuencia los pacientes se ven obligados a prestar el consentimiento escrito cuando ya se encuentran en la camilla, a las puertas del quirófano, sin conocer realmente cuál es el alcance del riesgo a que se exponen.

nial aquel funcionamiento de los servicios públicos que haya creado (y no ya disminuido) un riesgo no insignificante, no permitido y no consentido de producción de un resultado lesivo. Sólo cuando el funcionamiento del servicio público cree un riesgo de tales características podrá afirmarse que nos encontramos ante un riesgo relevante a efectos de responsabilidad patrimonial, ante un riesgo capaz de generar la responsabilidad administrativa.

Pero no basta con que la Administración haya creado un riesgo de este tipo para que nazca su responsabilidad. Para ello es preciso, además, que sea precisamente *ese riesgo*, y no otro, el que se realice en el resultado lesivo. En efecto, el resultado lesivo debe reflejar el desvalor del funcionamiento del servicio a efectos de responsabilidad. No puede imputarse un daño a la Administración cuando ésta haya creado un riesgo relevante a efectos de responsabilidad, pero dicho riesgo no haya llegado a materializarse en aquel daño. Es necesario, pues, que entre el riesgo negativamente valorado creado por la Administración y el resultado lesivo exista una correspondencia, una relación: una *relación de riesgo*.

Falta esta relación de riesgo cuando en el resultado lesivo se ha materializado, realizado, un riesgo distinto del relevante a efectos de responsabilidad creado por la Administración pública. Ello sucederá, principalmente, en los supuestos de fuerza mayor e intervención relevante de terceros o de la víctima en la producción del resultado lesivo. Se trata, en estos casos, de lo que la doctrina y jurisprudencia administrativistas de nuestro país denominan —imprecisamente, a mi modo de ver— «interrupción del nexo causal»<sup>472</sup>.

Tanto el artículo 106.2 CE como el artículo 139.1 LRJPAC establecen que no existirá responsabilidad de la Administración cuando el daño sea fruto de fuerza mayor. La fuerza mayor, como sostiene la doctrina administrativista española más autorizada, se caracteriza por dos notas: su inevitabilidad y su exterior-

---

<sup>472</sup> En efecto, en sede de causalidad se ha señalado ya que la relación de causalidad existe o no existe, pero no puede interrumpirse. Con mayor propiedad podría hablarse de interrupción de la *imputación*.

ridad al servicio administrativo<sup>473</sup>. La fuerza mayor engloba supuestos extraordinarios, acontecimientos verdaderamente insólitos, como, p. ej., terremotos, inundaciones excepcionales, etc. Por ello, sólo en muy pocas ocasiones servirá para excluir la responsabilidad administrativa.

Mucho más frecuente en la práctica es la intervención de terceros o de la propia víctima en la producción del resultado lesivo. Como ponen de manifiesto los distintos autores que se han ocupado de esta cuestión, la jurisprudencia contencioso-administrativa española ha experimentado una destacable evolución en lo concerniente a la relevancia de la intervención de terceros o de la víctima en el evento lesivo. Inicialmente, la jurisprudencia exigía, para

---

<sup>473</sup> Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 392.

Este concepto de fuerza mayor, caracterizado por ambas notas, tiene su plasmación en el artículo 144 LCAP. Dicho precepto, que es una de las pocas normas de Derecho administrativo (y aun de Derecho civil) que definen el concepto de fuerza mayor (no lo hacen ni en el artículo 106.2 CE ni la LRJPAC; tampoco lo hace el Código civil), establece, en su apartado segundo, que «Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público». Para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, dicha enumeración no tiene carácter exhaustivo, pudiendo extenderse el concepto de fuerza mayor a otros eventos caracterizados por la nota de exterioridad (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, I, *op. cit.*, p. 740). A mi modo de ver, sin embargo, el tenor literal del precepto, por un lado (que en modo alguno sugiere que se trate de una enumeración meramente ejemplificativa), y la circunstancia de que el mismo no haya tomado de su predecesor (el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado) la cláusula general final que remitía a «cualquier otro [evento] de efectos análogos a los anteriores, por otro, permiten mantener que el vigente artículo 144 LCAP enumera exhaustivamente los supuestos de fuerza mayor. La extensión analógica sólo es admitida, en el apartado 2.c) de dicho precepto, respecto de los «fenómenos naturales de efectos catastróficos [...] semejantes» a los en él enumerados.

A falta de específicas normas de rango legal que definan el concepto de fuerza mayor a efectos de responsabilidad patrimonial de la Administración, parece que la norma transcrita, aunque tenga como finalidad inmediata la de establecer los supuestos en que el contratista tendrá derecho a ser indemnizado por los daños que pueda sufrir durante la ejecución del contrato de obras, debe asumir dicha función, porque no parece razonable (mientras el legislador no lo imponga) mantener conceptos de fuerza mayor distintos en los diferentes ámbitos del Derecho administrativo.

declarar la responsabilidad administrativa, una «relación de causalidad exclusiva», lo que le permitía exonerar sistemáticamente a la Administración cuando en el evento lesivo habían coparticipado terceros o la propia víctima<sup>474</sup>. Posteriormente, esta misma jurisprudencia ha llegado en algunas ocasiones a la conclusión contraria, y ha negado que la intervención de la víctima y, sobre todo, de terceros, permita excluir e incluso limitar la responsabilidad administrativa<sup>475</sup>. Existe, finalmente, una tercera línea jurisprudencial, intermedia, que afirma que la intervención de la víctima o de un tercero puede, o bien «romper el nexo causal» (y excluir la responsabilidad administrativa; esto sólo sucederá cuando la intervención ajena sea la realmente determinante del daño); o bien limitar la responsabilidad de la Administración, conduciendo a una modulación de la indemnización por ella debida; o bien, finalmente, no modificarla<sup>476</sup>. La doctrina administrativista de nuestro país se decanta claramente por esta última solución jurisprudencial<sup>477</sup>.

Salvando importantes diferencias terminológicas y sistemáticas<sup>478</sup>, coincido en lo sustancial con esta última postura

---

<sup>474</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, pp. 397-398.

<sup>475</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 63-64.

<sup>476</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 64-65.

<sup>477</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 64-65 (véase la doctrina citada en la nota núm. 51); GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, pp. 398-404. Considera que la actuación de terceros puede llegar a romper la relación de causalidad SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Sobre los límites de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 651.

La asunción de esta postura plantea entonces un problema de tipo procesal: ¿cómo articular procesalmente la modulación de la indemnización? La doctrina (p. ej., los autores acabados de citar, en las páginas referidas) se decanta por la siguiente solución: cuando haya habido intervención de la víctima, la solución es sencilla, y consiste en reducir proporcionalmente la cuantía de la indemnización; cuando la intervención es de terceros, la Administración deberá satisfacer a la víctima la totalidad de la indemnización, gozando de la acción de regreso para, en un momento posterior, poder recuperar del tercero la parte de la indemnización satisfecha que no le corresponde soportar (la obligación de la Administración es configurada, en definitiva, como *solidaria*).

<sup>478</sup> En mi opinión, y en coherencia con el esquema aquí defendido, esta cuestión no puede ser abordada en sede de causalidad, sino de imputación; concretamente, en la fase aquí estudiada, la de realización del riesgo en el resultado.

jurisprudencial y la doctrina que la apoya y fundamenta. En efecto, no tiene sentido ninguna de las dos posturas jurisprudenciales extremas: ni cabe afirmar que toda intervención de la víctima o de un tercero rompe inexorablemente el «nexo causal»<sup>479</sup>, ni que ninguna intervención ajena puede llegar a romperlo o al menos a modular la indemnización. Así, lo primero conduciría, en una interpretación coherente, a negar siempre la responsabilidad administrativa: siempre, en todo evento dañoso, existe, al menos, intervención de la víctima, que es una de las causas del resultado (la víctima, con su sola presencia, al ser objeto de la lesión, es causa evidente e indiscutible de la lesión —si no hubiera existido la persona de la víctima, o no se hubiera encontrado en el lugar de los hechos en el momento en que éstos ocurrieron, no se hubiera producido el resultado—). Y lo segundo llevaría a obligar a la Administración a responder por daños que no le pertenecen, que no son obra de su funcionamiento, sino de conductas de terceros o de la víctima.

Por ello, se impone la solución intermedia: la intervención del tercero o de la víctima, según su intensidad, puede no alterar en absoluto la responsabilidad de la Administración, o modularla, o llegar a excluirla. Para determinar cuál de estos tres efectos debe producir la intervención ajena, debe examinarse, respectivamente, si el daño es imputable exclusivamente a la Administración (en cuyo caso la intervención ajena no alterará en absoluto su responsabilidad), o si lo es, simultáneamente, a la Administración y al tercero o la víctima (aquí deberá producirse la modulación), o si, finalmente, sólo puede ser imputado al tercero o la víctima (aquí deberá excluirse la responsabilidad administrativa). Se trata, en definitiva, de examinar si el daño acontecido puede ser imputado al tercero o a la víctima. Es un análisis paralelo al realizado para dilucidar si el daño puede ser imputado a la Administración.

Para averiguar si el daño es imputable al tercero o a la víctima debe seguirse, sustancialmente, el esquema aquí elaborado para la imputación de daños a la Administración. Existirá, nor-

---

<sup>479</sup> En lo que sigue me referiré a la rotura o interrupción de la *imputación*, expresión más correcta, según ha quedado dicho.

malmente, sin embargo, una diferencia muy importante: el tercero o la víctima estarán generalmente sometidos a un régimen de responsabilidad por culpa, y no ya a un régimen de tipo objetivo, a diferencia de la Administración. Por eso, cuando la intervención del tercero o de la víctima no haya sido ni dolosa ni imprudente, no podrá imputársele el daño, y dicha intervención será irrelevante, no permitirá interrumpir, en general, la imputación del daño a la Administración. Esto es lo que sucede, p. ej., siempre que la única intervención de la víctima consiste en el solo hecho de ser víctima, de ser mera causa del resultado. Aquí no cabrá excluir ni modular la responsabilidad de la Administración con base en una pretendida intervención de la víctima.

En cambio, cuando la intervención del tercero o de la víctima sea dolosa o imprudente, sí podrá tener relevancia sobre la responsabilidad administrativa, y reducirla o llegar a excluirla <sup>480</sup>. De lo que se trata entonces es de tomar la actuación del tercero o de la víctima, así como el funcionamiento del servicio público, y, a la vista del daño efectivamente producido, decidir si el mismo es resultado (obra) de la primera, del segundo, o de ambos. Si ambos riesgos, el creado por la actuación del tercero o la víctima, y el creado por el funcionamiento del servicio público, se han realizado en el resultado lesivo, deberá repartirse la indemniza-

---

<sup>480</sup> Siempre que, naturalmente, la función de la Administración no consista, precisamente, en evitar la conducta dolosa o imprudente de la víctima o del tercero. Esto último es lo que ocurre en aquellos casos en que la institución sanitaria, por falta de vigilancia, no consigue evitar el suicidio (naturalmente doloso) de un paciente ingresado por tendencias suicidas [en este sentido, condenando a la Administración, se muestran, ante casos de este tipo, las SSTs (Sala 1.ª) de 22 de julio de 1997 (Ar. 221/1998) y 9 de marzo de 1998 (Ar. 1270), comentadas (desde la perspectiva de la imputación de primer nivel) *supra*, en la nota núm. 230]. O, también, en el caso resuelto por la STS (Sala 1.ª) de 3 de junio de 1996 (Ar. 4718): un paciente fue ingresado por una crisis nerviosa de etiología alcohólica, con pérdida parcial de la conciencia. Ante la falta de vigilancia, consiguió escapar del hospital y murió ahogado en un río. El TS considera que el estado mental del paciente aconsejaba someterlo a una vigilancia especial, y condena a la Administración, sin conceder ninguna relevancia al hecho de que la muerte fuera fruto de la propia actuación de la víctima.

En todos estos casos, el riesgo creado por la omisión administrativa (al no someter a especial vigilancia a un sujeto que la requiere) es el que finalmente se realiza en el resultado lesivo. Existe, por tanto, relación de riesgo, y la Administración debe indemnizar.



ción proporcionalmente. Es lo que sucede en muchos casos de negligente actuación de la víctima: p. ej., cuando la Administración sanitaria, a partir de un diagnóstico equivocado, somete a un paciente a un determinado tratamiento, y dicho paciente, a pesar de sufrir fuertes dolores y advertir cualquier otro dato revelador de la inidoneidad del tratamiento prescrito (bultos, manchas, hinchazones, etc.), no acude al centro sanitario para que se revise si el diagnóstico y el tratamiento son los adecuados, produciéndose daños que hubieran podido ser evitados si el paciente hubiera actuado tras los primeros síntomas.

Pero si sólo el riesgo creado por la conducta ajena a la Administración, y no ya el creado por su funcionamiento, se ha realizado en el resultado lesivo, deberá excluirse la responsabilidad administrativa. Es lo que ocurre, p. ej., cuando un médico receta a un paciente un potente barbitúrico contraindicado, y dicho paciente lo deja al alcance de su hijo, que comete suicidio al tomarse el frasco entero. Aquí la Administración sanitaria, al recetar el barbitúrico contraindicado, es causa del resultado lesivo (si el médico no hubiera recetado los barbitúricos al paciente, el hijo de éste no hubiera podido ingerirlos para quitarse la vida) y ha creado, con ello, un riesgo relevante —a efectos de responsabilidad— de causar graves lesiones a su paciente. Pero el riesgo que se ha realizado en el resultado no es éste (el paciente a quien se habían recetado contraindicadamente los barbitúricos no los ha tomado), sino el creado por la propia víctima al decidir quitarse la vida.

En general, puede afirmarse que el riesgo creado por la Administración sólo se habrá realizado en el resultado lesivo, cuando dicho concreto resultado lesivo sea aquel que se ha tenido en cuenta previamente para llegar a la conclusión de que el funcionamiento del servicio público merece ser valorado negativamente y ser considerado relevante a efectos de responsabilidad. Debe haber, en efecto, una correspondencia entre el desvalor de la conducta (del funcionamiento del servicio) y el concreto resultado finalmente producido. El riesgo realizado en el concreto resultado lesivo debe ser el que ha sido valorado negativamente a efectos de responsabilidad con anterioridad. Así, en el ejemplo de los barbitúricos al que se acaba de hacer

referencia, el resultado hipotético tenido en cuenta para considerar que la actuación del médico ha creado un riesgo relevante a efectos de responsabilidad, ha sido la muerte o las graves lesiones del paciente como consecuencia de su ingerencia de los barbitúricos contraindicados; no se ha tenido en cuenta, en cambio, la posibilidad de que sucediera lo que finalmente ha ocurrido, que el hijo del paciente se suicide empleando los referidos barbitúricos <sup>481</sup>. El resultado imaginado, y que permite calificar al funcionamiento del servicio público de relevante a efectos de responsabilidad, debe ser el que finalmente se produzca <sup>482</sup>. Cuando el resultado producido sea otro distinto, no podrá decirse que el riesgo creado por la Administración se haya realizado en el resultado lesivo, y deberá negarse

---

<sup>481</sup> En este ejemplo, puede decirse que el médico, al recetar los barbitúricos, ha creado distintos riesgos: entre ellos, el riesgo de que el paciente tome el barbitúrico y muera o sufra graves lesiones, y el riesgo de que no los tome, los deje en un lugar visible, y su hijo los tome para suicidarse. Pues bien, sólo el primer riesgo ha permitido considerar que la actuación del médico es relevante a efectos de responsabilidad, sólo dicho riesgo ha sido tomado en consideración para fundar la valoración del funcionamiento del servicio público. El segundo riesgo, debido a su extraordinariedad, no ha sido, en cambio, considerado, y constituye un riesgo irrelevante a efectos de responsabilidad.

<sup>482</sup> Ello es lo que ocurre, pese a lo que podría parecer, en el caso resuelto por la STS (Sala 1.ª) de 27 de enero de 1997 (Ar. 21): un hospital público perdió la historia clínica de un paciente en la que constaba que el mismo estaba infectado por el virus del SIDA; la historia clínica llegó a manos de terceros que chantajearon al paciente con difundir (y difundieron) su condición de seropositivo. Podría pensarse, en este caso, que el daño sufrido por la víctima es imputable únicamente a los terceros que le chantajearon y difundieron su condición de seropositivo. Esta interpretación sería, sin embargo, en mi opinión, equivocada: si la Administración sanitaria está obligada a custodiar las historias clínicas, especialmente cuando éstas contengan datos comprometedores, es para evitar, precisamente, resultados como el producido en el caso expuesto. Efectivamente, la Administración, al perder la historia clínica, creó un riesgo no insignificante, no permitido y sin duda no consentido de que se produjera un resultado como el acaecido. Por ello, cuando los terceros se apoderan de la historia clínica y la difunden y chantajean a la víctima, se está realizando el riesgo que previamente ha sido tomado en consideración para valorar negativamente a efectos de responsabilidad el funcionamiento del servicio público. Existe, pues, correlación entre el riesgo creado por la Administración y el resultado producido. La intervención de terceros, en este sentido, no interrumpe la imputación, sino que constituye, precisamente, la realización del riesgo desvalorado creado por la Administración. Por todo ello, considero correcto el fallo del TS en este caso, que condena a la Administración sanitaria a indemnizar a la víctima.

la responsabilidad administrativa. Esto último es lo que ocurre en los casos de cursos causales anómalos o inusuales, en los que, por tanto, debe negarse la responsabilidad administrativa<sup>483</sup>.

---

<sup>483</sup> Así, en el ejemplo al que se ha hecho referencia *supra*, en el epígrafe 3.2.2 del presente capítulo, deberá excluirse la responsabilidad administrativa: en efecto, a la pregunta de si prescribir un medicamento contraindicado constituye la creación de un riesgo relevante a efectos de responsabilidad, hemos tenido que responder forzosamente que sí. El riesgo que aquí se tiene en cuenta para responder afirmativamente es el de que el medicamento provoque daños al paciente.

Sin embargo, si el paciente, como consecuencia de las lesiones provocadas por dicho medicamento, debe ser ingresado en un hospital, y allí muere en un incendio, no podrá imputarse la muerte a la Administración a la que pertenece el médico que ha recetado el medicamento, porque el riesgo que finalmente se ha realizado en el resultado (muerte en incendio) no es el que ha servido inicialmente para considerar que el servicio público ha creado un riesgo desaprobado relevante a efectos de responsabilidad.

No existe, pues, correspondencia entre el concreto resultado producido y la valoración inicial del funcionamiento del servicio. El riesgo relevante a efectos de responsabilidad creado por la Administración no se ha realizado en el resultado lesivo (sólo se ha realizado en las lesiones iniciales del paciente, que motivaron su hospitalización: sólo ellas deberán ser imputadas a la Administración, pero no la posterior muerte en el incendio).



## **EPÍLOGO: ¿HACIA UNA REFORMA DEL SISTEMA VIGENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN?**

No quisiera concluir el presente trabajo sin antes efectuar una breve valoración global del sistema español de responsabilidad extracontractual de la Administración; una valoración desde una perspectiva distinta de la adoptada hasta ahora: una perspectiva crítica, *de lege ferenda*.

Como vengo sosteniendo, la responsabilidad extracontractual gira en torno a tres elementos fundamentales: el daño indemnizable, la imputación de primer nivel y la imputación de segundo nivel. De los tres, el que recibe un tratamiento menos satisfactorio por parte de la normativa española de la responsabilidad administrativa es la imputación de segundo nivel o imputación del daño.

En efecto, el ordenamiento español resuelve con gran parquedad un problema tan complejo y lleno de matices como es el de qué daños se atribuyen a la Administración y cuáles no: el artículo 139.1 LRJPAC, al desarrollar el artículo 106.2 CE, se limita a señalar que la Administración responderá de todos aquellos daños que sean consecuencia tanto del funcionamiento normal como anormal del funcionamiento de los servicios públicos. Con ello, se instaura una responsabilidad administrativa de tipo objetivo global, genérica. La imputación de daños a la Administración es resuelta, así, de una forma sencilla, demasiado sencilla.

La cuestión de qué daños merecen ser atribuidos a la Administración y cuáles no merece, a mi modo de ver, un tratamiento normativo más detallado, que tenga en cuenta la diversidad de situaciones ante las que se encuentra la Administración pública. No parece, en este sentido, que una misma cláusula general (la contenida en el art. 139.1 LRJPAC) pueda dar adecuada respuesta a todo el abanico de actuaciones administrativas susceptibles de causar daños a los particulares: actividad de tipo empresarial, actividad de asistencia sanitaria,

actividad de policía, actividad jurídica (emanación de actos administrativos y de Reglamentos)...

En el presente trabajo hemos visto cómo debe articularse esta cláusula general de responsabilidad objetiva en el concreto sector de la asistencia sanitaria pública. Hemos visto que, pese a que la responsabilidad objetiva no es ilimitada, y no se vincula únicamente al dato naturalístico de la causalidad (sino que, además, exige que se haya creado un riesgo no insignificante, no permitido, no consentido, que se realice en el resultado lesivo), es una responsabilidad amplísima. Una responsabilidad probablemente demasiado amplia para un sector como el de la asistencia sanitaria, y que quizá debería restringirse a otros ámbitos, como, señaladamente, la actividad empresarial de las Administraciones públicas. El lector atento, que se haya detenido a examinar los supuestos de hecho de las resoluciones judiciales citadas en las notas del capítulo cuarto, y haya visto la solución que a los mismos debe darse en virtud del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, habrá llegado, con gran probabilidad, a esta misma conclusión.

En este trabajo me he mantenido en todo momento al margen de este debate, debate relativo al alcance que *ha de tener* la responsabilidad de la Administración española, y que es un debate *de lege ferenda*. Me he limitado, en cambio, a exponer cuál es el alcance que *tiene* la responsabilidad de la Administración en nuestro Derecho vigente, ofreciendo una reformulación de las nociones de imputación y causalidad. La exploración del alcance real del sistema era necesaria para poder enjuiciarlo con conocimiento de causa. Finalizado ya este estadio de análisis, se impone afrontar aquel debate: ¿qué alcance debe darse a la imputación de segundo nivel?, ¿cabe seguir manteniendo una responsabilidad administrativa de tipo objetivo global, como se desprende de la normativa española desde los años cincuenta, o resulta preferible limitar —tras la necesaria modificación de la normativa vigente— dicha responsabilidad, circunscribiendo la responsabilidad objetiva a determinados ámbitos de la actividad administrativa?, ¿por qué España debe diferenciarse del resto de países de su entorno cultural, previendo una responsabilidad administrativa objetiva global?, ¿cuál es el tipo de responsabili-

dad idóneo para cada uno de los distintos ámbitos de la intervención administrativa?

La respuesta a estos interrogantes exige conocer cuál ha sido el origen y el alcance de la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa en el marco más general de la responsabilidad extracontractual. Exige, también, profundizar en el análisis del fundamento y las funciones de la responsabilidad civil, en general, y de la responsabilidad de la Administración, en particular. Exige, finalmente, examinar los sistemas de responsabilidad de Derecho comparado más importantes, manejar y aplicar al Derecho de daños administrativo los instrumentos que el análisis económico del Derecho ha suministrado al *tort law* (para poder calibrar las implicaciones económicas de un tipo de responsabilidad u otro y la incidencia del seguro de responsabilidad civil), y conocer y tener siempre presentes las particularidades de la actuación de la Administración, sujeto cualitativamente distinto del resto de intervinientes en el tráfico jurídico.

Es urgente que nuestra doctrina y nuestro legislador afronten dichos interrogantes, y les den una respuesta acorde a las exigencias de la sociedad española actual, una sociedad mucho más compleja y moderna que la que dio lugar, a mediados de los años cincuenta, al poco matizado y demasiado genérico sistema de responsabilidad patrimonial que ha llegado, en sus rasgos esenciales, hasta la LRJPAC.

En mi opinión, pues, debe repensarse el sistema de responsabilidad de nuestra Administración. Debe efectuarse una regulación mucho más detallada, que, junto a una cláusula general residual, enuncie una serie de cláusulas específicas que tengan en cuenta las particularidades de los distintos ámbitos de la actividad administrativa —jurídica y material—. Además, deben concretarse, a nivel normativo, los estándares de prestación de los distintos servicios, cuyo incumplimiento genere la responsabilidad administrativa. Esta reformulación del sistema corresponde, naturalmente, al poder legislativo, y no ya a los jueces, porque así lo exigen el principio democrático, de igualdad y de seguridad jurídica.

Abordaré todas estas cuestiones, para tratar de dar respuesta a los interrogantes enunciados, en una próxima investigación, ya

iniciada. El objetivo último de esta futura investigación es el mismo que el del trabajo que está a punto de finalizar: tratar de aportar alguna certidumbre a un ámbito crucial del Derecho administrativo español caracterizado, en la actualidad, precisamente, por su incertidumbre.



## JURISPRUDENCIA CITADA \*

### 1. Imputación de conductas a la Administración pública

#### 1.1. INSERCIÓN EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

- STS (Sala 4.<sup>a</sup>) de 12 de marzo de 1975 (Ar. 1798): Enfermo mental internado en hospital público que causa daños a terceros.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 22 de julio de 1997 (Ar. 221/1998): Paciente ingresado en hospital público por intento de suicidio que se suicida.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 9 de marzo de 1998 (Ar. 1270): Paciente ingresado en hospital público por intento de suicidio que consigue llegar al tejado del mismo y suicidarse.

#### 1.2. ACTUACIÓN EN EJERCICIO O CON OCASIÓN DE LAS FUNCIONES

##### 1.2.1. *Fuerzas y cuerpos de seguridad* \*\*

- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 11 de junio de 1981 (Ar. 2645).
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 23 de septiembre de 1982 (Ar. 4955).
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 18 de enero de 1984 (Ar. 34).
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 11 de diciembre de 1984 (Ar. 6263).
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 28 de mayo de 1985 (Ar. 2550).
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de abril de 1986 (Ar. 2964): Servicio permanente y responsabilidad de la Administración por el riesgo creado.
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de mayo de 1986 (Ar. 3264).
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de mayo de 1987 (Ar. 3488): Responsabilidad de la Administración por el riesgo creado.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 2 de febrero de 1988 (Ar. 842).
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 4 de marzo de 1988 (Ar. 1561).
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 30 de mayo de 1988 (Ar. 4105).
- STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 15 de mayo de 1990 (Ar. 3817).
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 28 de mayo de 1992 (Ar. 4398).

---

\* A continuación se adjunta sólo una selección de la jurisprudencia citada a lo largo del trabajo.

\*\* En la mayoría de las SSTs relativas a este concreto sector de la responsabilidad administrativa que han sido recogidas en el presente trabajo, el supuesto de hecho reúne los siguientes elementos: un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad causa daños a un tercero, mientras se encuentra franco de servicio, en algún lugar de ocio, y mediante un arma de fuego (generalmente la reglamentaria).

- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 19 de octubre de 1992 (Ar. 8341).
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 2 de noviembre de 1992 (Ar. 8868).
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 9 de marzo de 1993 (Ar. 2163): Daños causados por un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad en ejercicio incorrecto de su función.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 21 de diciembre de 1993 (Ar. 9589): Responsabilidad de la Administración por el riesgo creado.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 6 de mayo de 1994 (Ar. 3618): Responsabilidad de la Administración por el riesgo creado.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 12 de mayo de 1994 (Ar. 5313): Daños causados por un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad en ejercicio incorrecto de su función.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 19 de mayo de 1994 (Ar. 3936) .
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 6 de julio de 1994 (Ar. 6281) .
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 11 de julio de 1994 (Ar. 5887): Daños causados por un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad en ejercicio incorrecto de su función.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 10 de julio de 1995 (Ar. 5430): Daños causados por un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad en ejercicio incorrecto de su función.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 17 de julio de 1995 (Ar. 5606): Responsabilidad de la Administración por el riesgo creado.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 28 de octubre de 1995 (Ar. 7914): Responsabilidad de la Administración por el riesgo creado.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 29 de febrero de 1996 (Ar. 925): Responsabilidad de la Administración por el riesgo creado.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 18 de marzo de 1996 (Ar. 1918): Responsabilidad de la Administración por el riesgo creado.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 8 de mayo de 1996 (Ar. 3802): El domicilio del agente como límite a la responsabilidad de la Administración por el riesgo creado.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 28 de octubre de 1996 (Ar. 9680): Responsabilidad de la Administración por el riesgo creado.
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 14 de febrero de 1997 (Ar. 1357).
- STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 2 de octubre de 1997 (Ar. 7598): Responsabilidad de la Administración por el riesgo creado.

### 1.2.2. *Administración militar*

- STS (Sala 5.<sup>a</sup>) de 16 de octubre de 1996 (Ar. 7868): El artículo 48 CPM exige hacer responder a la Administración por los daños que causen los militares tanto en ejercicio como con ocasión de sus funciones. Soldado que dispara a otro mientras desempeña el servicio de centinela.
- STS (Sala 5.<sup>a</sup>) de 11 de julio de 1997 (Ar. 6062): Según el artículo 48 CPM, la Administración responde por los daños que causen los milita-

res tanto en ejercicio como con ocasión de sus funciones. Soldado que toma un vehículo militar sin autorización y provoca un accidente.

### 1.2.3. *Asistencia sanitaria*

STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 28 de diciembre de 1990 (Ar. 10102): Exceso de celo en el ejercicio de las funciones. La Administración sanitaria debe responder por los daños que cause el personal a su servicio tanto en ejercicio como con ocasión de sus funciones. Médico interno residente que aplica anestesia general a un paciente, sin estar autorizado para ello, causándole graves daños.

STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 4 de mayo de 1994 (Ar. 3655): Responsabilidad en caso de hurtos, estafas y otros engaños. La Administración debe responder por la apropiación indebida cometida por un empleado de un hospital psiquiátrico público encargado de la gestión administrativa y económica de los pacientes ingresados.

ATS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 25 de junio de 1997 (Ar. 5834): La Administración sanitaria debe responder por los daños que cause el personal a su servicio con ocasión de sus funciones. Médico que abusa sexualmente de sus pacientes.

### 1.2.4. *Otros ámbitos administrativos*

STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 8 de junio de 1995 (Ar. 4563): Responsabilidad en caso de hurtos, estafas y otros engaños. La Administración debe responder por los delitos (violación de correspondencia, etc.) cometidos por un cartero en el ejercicio de sus funciones.

STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 31 de enero de 1997 (Ar. 396): Responsabilidad de la Administración por los daños causados por su personal en el ejercicio de sus funciones. Maestro de escuela que viola y corrompe a alumnos en el recinto escolar y durante las horas de permanencia de éstos en el centro educativo.

## 2. **Recepción y aplicación de la teoría de la imputación objetiva**

STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 20 de mayo de 1981 (Ar. 2247).

STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 18 de febrero de 1997 (Ar. 1131).

STS (Sala 2.<sup>a</sup>) de 15 de abril de 1997 (Ar. 2986).

## 3. **Imputación del daño a la Administración pública**

STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 14 de junio de 1991 (Ar. 5115): Riesgo no permitido. Error no imprudente en la fase de ejecución de la actividad médico-

- quirúrgica. Responsabilidad por el funcionamiento normal del servicio público. Existe relación de causalidad entre la conducta del cirujano, que decide reducir el aneurisma de un lado antes que el del otro, y las lesiones sufridas por el paciente.
- STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 9 de diciembre de 1992 (Ar. 6357): Riesgo no permitido. Estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica y SIDA. Responsabilidad de la Administración por el contagio del VIH como consecuencia de tratamientos con hemoderivados realizados en 1984. Supuesto de caso fortuito y no de fuerza mayor.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 14 de noviembre de 1994: Riesgo no permitido. Error no imprudente en la fase de anamnesis. Paciente que aparenta tener una lesión craneal de menor entidad que la que realmente sufre y que le acaba provocando la muerte. No responsabilidad del INSALUD porque no ha existido culpa. No parecía necesario practicar una exploración por TAC.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 6 de marzo de 1995 (Ar. 1782): Riesgo no permitido. Daño derivado de las limitaciones presupuestarias de la sanidad pública. Niño que muere como consecuencia del impacto de una piedra porque, al ser atendido en el hospital, no se le puede practicar el electroencefalograma que hubiera permitido advertir el verdadero alcance de la lesión, al encontrarse de vacaciones el único especialista que los realiza. Responsabilidad del INSALUD por no haber habilitado la presencia de un sustituto que practique electroencefalogramas en ausencia del especialista normalmente encargado.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 24 de mayo de 1995 (Ar. 4262): Falta de consentimiento. Ligadura de trompas practicada, durante un parto bajo anestesia general, con el único consentimiento del marido, para evitar el peligro que para la vida de la madre supondría un futuro embarazo. Responsabilidad del INSALUD por no haberse obtenido el consentimiento de la mujer en un supuesto en que no había riesgo actual para su vida ni de lesiones irreversibles.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 8 de abril de 1996 (Ar. 2988): Riesgo no permitido. Error no imprudente en la fase de diagnóstico. Un paciente al que se diagnostica un simple síndrome febril muere a los dos días como consecuencia de miocarditis intersticial y neumonía lobulillar no detectadas. No responsabilidad del INSALUD al no haber culpa de los facultativos, que actuaron correctamente a la luz de los síntomas que presentaba el paciente.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 3 de junio de 1996 (Ar. 4718): Realización del riesgo en el resultado. Intervención de la víctima no exonerativa. Paciente ingresado por crisis nerviosa de etiología alcohólica, con pérdida parcial de la conciencia, que se escapa del hospital y muere ahogado en un río. La Administración debe responder por no haber sometido al paciente a una vigilancia especial, exigida por su estado mental.

- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 3 de septiembre de 1996 (Ar. 6501): Riesgo no permitido. Daño derivado de las limitaciones presupuestarias de la sanidad pública. Un paciente no puede ser atendido en el servicio de neurocirugía, que está a mitad de su capacidad con motivo de las vacaciones de verano, y debe ser ingresado en el de otorrinolaringología, donde no se puede evitar su muerte. Responsabilidad del INSALUD.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 15 de octubre de 1996 (Ar. 7112): Riesgo no permitido. Error no imprudente en la fase de ejecución de la actividad médico-quirúrgica. Una paciente es sometida a una operación de hernia discal, de la que resultan graves secuelas. Exoneración de responsabilidad de la Administración por no quedar acreditada la existencia de culpa en la realización de la intervención quirúrgica.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 25 de enero de 1997 (Ar. 155): Riesgo no permitido. Error no imprudente en la fase de pronóstico. Médico que suministra medicamento contraindicado que provoca shock anafiláctico y la muerte del paciente. La contraindicación no constaba cuando ocurrieron los hechos y, por ello, no hay culpa del médico. Al no haber negligencia, la Administración no responde.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 27 de enero de 1997 (Ar. 21): Realización del riesgo en el resultado. Intervención no exonerativa de terceros. Pérdida de la historia clínica de un paciente en la que consta que está infectado por el virus del SIDA. La historia clínica llega a manos de terceros, que chantajea al paciente con difundir (y difunden) su condición de seropositivo. Responsabilidad de la Administración por custodia negligente de la historia clínica.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 18 de febrero de 1997 (Ar. 1240): Riesgo no permitido. Estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica y SIDA. Responsabilidad de la Administración por el contagio del VIH y del virus de la hepatitis C como consecuencia de tratamientos con hemoderivados realizados en 1983. Aunque en ese momento no se conocieran ni el VIH ni el virus de la hepatitis C ni métodos para detectarlos en la sangre, se sabía ya cuáles eran las vías de transmisión del SIDA y de la hepatitis C.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 26 de mayo de 1997 (Ar. 4114): Riesgo no permitido. Infecciones intrahospitalarias. Infección de herida quirúrgica que acaba comportando gravísimas secuelas en la pierna del paciente. Responsabilidad del INSALUD.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 9 de junio de 1997 (Ar. 4734): Riesgo no permitido. Error no imprudente en el diagnóstico. Meningitis tardíamente diagnosticada que provoca hemiplejía izquierda. Exoneración de responsabilidad de la Administración.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 27 de junio de 1997 (Ar. 5758): Riesgo consentido. Ligadura de trompas que no consigue evitar futuros embarazos. La paciente había sido informada del riesgo de fracaso de la operación. Exoneración de responsabilidad administrativa.

- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 1 de julio de 1997 (Ar. 5471): Riesgo no permitido. Infecciones intrahospitalarias. Infección de herida quirúrgica que acaba comportando la amputación de la pierna. Responsabilidad del INSA-LUD.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 21 de julio de 1997 (Ar. 5523): Riesgo no permitido. Infecciones intrahospitalarias. Infección de herida quirúrgica que acaba comportando la amputación de la pierna. Responsabilidad del INSA-LUD.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 26 de septiembre de 1997 (Ar. 6458): Riesgo no permitido. Daño derivado del mal estado de los medios de la sanidad pública. Tornillo que se desprende de instrumento quirúrgico y queda depositado en el cuerpo de la paciente. No imprudencia del cirujano y responsabilidad del INSALUD.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 16 de diciembre de 1997 (Ar. 8690): Riesgo no permitido. Error no imprudente en la fase de ejecución de la actividad médico-quirúrgica. Consentimiento. Una paciente es sometida a una operación de hernia discal, de la que resultan graves secuelas. Exoneración de responsabilidad de la Administración.
- STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 20 de diciembre de 1997 (Ar. 1238/1998): Riesgo no permitido. Error en la fase de diagnóstico. A un paciente se le diagnostica un infarto subendocárdico y años más tarde se demuestra que se trató de un diagnóstico erróneo y que el paciente no ha sufrido nunca anomalía cardiológica alguna.
- STS (Sala 4.<sup>a</sup>) de 22 de diciembre de 1997 (Ar. 737/1998): Riesgo no permitido. Responsabilidad de la Administración por el contagio del virus de la hepatitis C en 1985. Supuesto de fuerza mayor y no de caso fortuito.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 26 de enero de 1998 (Ar. 550): Riesgo consentido. Intervención quirúrgica de alto riesgo llevada a cabo ante la insistencia del paciente, y que acaba provocando la amputación de la pierna afectada. No responsabilidad de la Administración.
- STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 10 de febrero de 1998 (Ar. 1452): Relación de causalidad. Teniendo en cuenta las últimas investigaciones médicas, no queda acreditada la existencia de relación de causalidad entre el oxígeno suministrado al recién nacido mientras permanece en la incubadora y la enfermedad ocular (fibroplasia retrolental) que el mismo desarrolla después y que le provoca gravísimos problemas de visión. Exoneración de responsabilidad del INSALUD.
- STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 9 de marzo de 1998 (Ar. 2656): Riesgo no permitido. Error imprudente en la fase de anamnesis. La víctima pierde finalmente un ojo como consecuencia de la presencia en él, durante doce meses, de una esquirla metálica que hubiera podido ser detectada mediante una simple radiografía.
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 6 de mayo de 1998 (Ar. 2934): Relación de causalidad.

Existe relación de causalidad entre el oxígeno suministrado al recién nacido mientras permanece en la incubadora y la enfermedad ocular (fibroplasia retroental) que el mismo desarrolla después y que le provoca gravísimos problemas de visión. El INSALUD debe satisfacer una indemnización de 60 millones de pesetas.

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 9 de junio de 1998 (Ar. 3713): Riesgo no permitido. Reacción alérgica a la anestesia aplicada con motivo de operación quirúrgica que provoca shock anafiláctico, coma irreversible y, finalmente, la muerte.

STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 28 de octubre de 1998 (Ar. 8928): Riesgo no permitido. Contagio del virus de la hepatitis B en un hospital público. La sangre transfundida había sido cribada, pero existe un período ventana durante el cual subsiste el riesgo de no detección del virus. Responsabilidad de la Administración.

STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 31 de mayo de 1999 (Ar. 6154): Riesgo no permitido. Estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica y hepatitis C. Responsabilidad de la Administración por el contagio de la hepatitis C como consecuencia de transfusión sanguínea practicada en 1975. El nuevo inciso introducido por la Ley 4/1999 al artículo 141.1 LRJPAC.





## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AA.VV., *Jornadas de estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992. Jornadas celebradas en Sevilla los días 23 y 24 de febrero de 1997*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas/Ministerio de la Presidencia, 1997.
- ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, «Iniciativa privada y gestión de la sanidad pública», en *Tribuna Social*, núm. 30, junio de 1993.
- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. II, 10.<sup>a</sup> ed., Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.
- ALDOMÀ I BUIXADÉ, Josep, *Les Relacions de Llocs de Treball de les Administracions Públiques*, Barcelona, Cedecs, 1996.
- ALMANSA PASTOR, José M., *Derecho de la Seguridad Social*, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1989.
- ALONSO OLEA, Manuel; TORTUERO PLAZA, José Luis, *Instituciones de Seguridad Social*, 14.<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 1995.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, «El servicio público como alternativa», en *REDA*, núm. 23, octubre-diciembre de 1979.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar; SALA ARQUER, José Manuel, «La gestión de los servicios sanitarios mediante formas personificadas: especial referencia a empresas públicas y sociedades», en AA.VV., *La Gestión de los Servicios Sanitarios: Modelos Alternativos*, Pamplona, Gobierno de Navarra/Departamento de Salud, 1995.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- BARCELONA LLOP, Javier, «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales», en *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, enero-junio de 1994.
- BAREA TEJEIRO, José, «La gestión de la sanidad: un bien privado financiado públicamente», en *Papeles de Economía Española*, núm. 69, 1996.
- BEATO ESPEJO, Manuel, «Nuevo modelo económico en la prestación de servicios sanitarios: privatización en la gestión y técnicas gerenciales, fomento de la libre elección por el usuario y ejercicio libre de la actividad empresarial», en *RAP*, núm. 131, mayo-agosto de 1993.
- BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1997.
- BLASCO ESTEVE, Avelino, «La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente», en *REDA*, núm. 53, enero-marzo de 1987.

- BLATTNER, William A. (y otros), «Epidemiology of Human T-Lymphotropic Virus type III and the risk of the acquired immunodeficiency syndrome», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «Concesionarios y contratistas», en MARTÍN REBOLLO, Luis (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros», en *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, enero-junio de 1994.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros», en *REDA*, núm. 18, 1978.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio, «La huida hacia fórmulas de gestión de Derecho Privado en la prestación de Servicios Sanitarios: la supuesta crisis del Derecho Administrativo», en AA.VV., *La Gestión de los Servicios Sanitarios: Modelos Alternativos*, Pamplona, Gobierno de Navarra/Departamento de Salud, 1995.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1998.
- CENTERS FOR DISEASE CONTROL, «Acquired immune deficiency syndrome (AIDS): precautions for clinical and laboratory staffs», en *MMWR*, vol. 31, núm. 43, 5 de noviembre de 1982.
- CENTERS FOR DISEASE CONTROL, «Pneumocystis carinii pneumonia among persons with hemophilia A», en *MMWR*, vol. 31, núm. 27, 16 de julio de 1982.
- CENTERS FOR DISEASE CONTROL, «Prevention of acquired immune deficiency syndrome (AIDS): report of inter-agency recommendations», en *MMWR*, vol. 32, núm. 8, 4 de marzo de 1983.
- CENTERS FOR DISEASE CONTROL, «Update: acquired immunodeficiency syndrome (AIDS) in persons with hemophilia», en *MMWR*, vol. 33, núm. 42, 26 de octubre de 1984.
- CENTERS FOR DISEASE CONTROL, «Update on acquired immune deficiency syndrome (AIDS) among patients with hemophilia A», en *MMWR*, vol. 31, núm. 48, 10 de diciembre de 1982.
- CENTERS FOR DISEASE CONTROL, «Update on acquired immune deficiency syndrome (AIDS) -United States», en *MMWR*, vol. 31, núm. 37, 24 de septiembre de 1982.
- CONDE, José, «La responsabilidad de la Administración y de los profesionales en la práctica médica», en AA.VV., *La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada*, Madrid, Fundación de Ciencias de la Salud/Ediciones Doce Calles, 1994.

- COSCULLUELA MONTANER, Luis, en *Manual de Derecho Administrativo, I*, 5.ª ed., Madrid, Civitas, 1994.
- CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- CURRAN, James W., «The epidemiology and prevention of the acquired immunodeficiency syndrome», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985.
- CURRAN, James W.; BARKER, Lewellys F., «The acquired immunodeficiency syndrome associated with transfusions: the evolving perspective», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 100, núm. 2, febrero de 1984.
- CHAPUS, René, *Droit Administratif Général, Tome 1*, 10.ª ed., Paris, Montchrestien, 1996.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 1993.
- DEL MOLINO Y NÚÑEZ, María del Carmen, «La responsabilidad civil del empresario por el hecho de otro: en la vía civil y penal. Consideración especial del titular o director de un taller de reparaciones de automóvil y del de un garaje», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1991.
- DEL SAZ, Silvia, «La responsabilidad de la Administración por el contagio del virus del SIDA», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1993-1.
- DESHOWITZ, Alan M., *Reasonable doubts: The O. J. Simpson case and the criminal justice system*, New York, Simon & Schuster, 1996.
- DEUTSCH, Erwin, *Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1976.
- DEUTSCH, Erwin, «Zivilrechtliche Haftungsprobleme von AIDS», en SCHÜNEMANN, Bernd; PFEIFFER, Gerd (Dir.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.
- ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931.
- ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo, I/1*, 12.ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, *El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional*, Madrid, Civitas, 1984.
- FONT I LLOVET, Tomàs, Intervención sobre las entidades públicas empresariales recogida en PAREJO ALFONSO, Luciano (ed.), *Estudios sobre la Administración General del Estado. Seminario sobre el proyecto de Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)*, Madrid, Universidad Carlos III, 1996.
- FORNÉS RUIZ, José, «La responsabilidad civil médica», en JORGE BARREIRO, Alberto; GRACIA GUILLÉN, Diego (Dir.), *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo/ Consejo General del Poder Judicial, 1995.

- GALLO, Robert; MONTAGNIER, Luc, «The chronology of AIDS research», en *Nature*, vol. 326, 2 de abril de 1987.
- GALLO, Robert C.; WONG-STAAAL, Flossie, «A Human T-Lymphotropic Retrovirus (HTLV-III) as the cause of the acquired immunodeficiency syndrome», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos», en BERMEJO VERA, José (Dir.), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La actividad industrial y mercantil de los Municipios», en *RAP*, núm. 17, mayo-agosto de 1955.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Civitas, 1984 (reimpresión de la edición publicada por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, en 1956).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo VIII, fascículo IV, octubre-diciembre de 1955.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, I*, 8.ª ed., Madrid, Civitas, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, II*, 5.ª ed., Madrid, Civitas, 1998.
- GARCÍA PIQUERAS, Manuel, «Consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la relación estatutaria del personal de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social», en *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 39, 1996.
- GARRIDO FALLA, Fernando, «Introducción General», en GARRIDO FALLA, Fernando (Dir.), *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981.
- GARRIDO FALLA, Fernando, «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», en *REDA*, núm. 94, abril-junio de 1997.
- GARRIDO FALLA, Fernando, «Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas», en PÉREZ MORENO, Alfonso (Coord.), *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, Madrid, Instituto García Oviedo/Civitas, 1994.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 7.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985; y 10.ª ed., Madrid, Tecnos, 1992.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990 (reimpresión de la edición publicada por Reus, Madrid, en 1966).
- GOLDSMITH, Marsha F., «Reactions and counter-reactions to transfusion-associated-AIDS», en *JAMA*, vol. 251, núm. 2, 13 de enero de 1984.

- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», en *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, mayo-diciembre de 1976.
- GRECO, Guido, «La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti», en MAZZAROLLI, L.; PERICU, G.; ROMANO, A.; ROVERSI MONACO, F. A.; SOCA, F. G. (Coord.), *Diritto Amministrativo*, vol. II, Bologna, Monduzzi Editore, 1993.
- HECKLER, Margaret M., «The challenge of the acquired immunodeficiency syndrome», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985.
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. por CANCIO MELIÁ, Manuel), Madrid, Civitas, 1996.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de la 3.ª ed. alemana a cargo de MIR PUIG, Santiago, y MUÑOZ CONDE, Francisco), Barcelona, Bosch, 1981.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, «Responsabilidad administrativa por culpa "in vigilando" o "in ommittendo"», en AA.VV., *Gobierno y Administración en la Constitución, I*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988.
- JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, Tecnos, 1990.
- JUANES FRAGA, Enrique, «La gestión de la Seguridad Social», en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Dir.), *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*, vol. II, 3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, 1995.
- LANGE, Hermann, *Schadensersatz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1979.
- LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, tomos I y II (trad. de SANTOS BRIZ, Jaime), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, Scientia Verlag Aalen, 1970.
- LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., München, C.H. Beck, 1987.
- LEGUINA VILLA, Jesús, «Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración (en torno al concepto de causalidad jurídica)», apéndice a la obra del mismo autor *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1983.

- LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1983.
- LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad del Estado y de las Entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos», apéndice a la obra del mismo autor *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1983.
- LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Tecnos, 1993.
- LEGUINA VILLA, Jesús, «Prólogo», en BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1997.
- LEVINE, Peter H., «The acquired immunodeficiency syndrome in persons with hemophilia», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985.
- LEVY, Jay A. (y otros), «Infection by the retrovirus associated with the acquired immunodeficiency syndrome», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985.
- LÓPEZ I CASASNOVAS, Guillem, «El informe "Abril" de reforma de la asistencia sanitaria», en *Papeles de Economía Española*, núm. 41, 1991.
- LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, «La responsabilidad civil de los profesionales sanitarios al servicio de las Administraciones públicas», en AA.VV., *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, Madrid, Editorial Complutense, 1992.
- MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad de las Administraciones públicas», en AA.VV., *Gobierno y Administración en la Constitución, I*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988.
- MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», en *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, enero-junio de 1994.
- MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: nota introductoria», en MARTÍN REBOLLO, Luis (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- MARTÍN REBOLLO, Luis (Ed.), *Leyes Administrativas*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- MARTÍN REBOLLO, Luis, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas», en AA.VV., *Estudios sobre*

- la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid, Civitas, 1991.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, «Las Empresas Públicas: reflexiones del momento presente», en *RAP*, núm. 126, septiembre-diciembre de 1991.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, «Reflexiones sobre la “huida” del Derecho administrativo», en *RAP*, núm. 140, mayo-agosto de 1996.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992.
- MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10.<sup>a</sup> ed., München, C. H. Beck, 1995.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel, «Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario», en AA.VV., *La Gestión de los Servicios Sanitarios: Modelos Alternativos*, Pamplona, Gobierno de Navarra/Departamento de Salud, 1995.
- MERCADER UGUINA, Jesús R., «Las “nuevas” formas de gestión pública de la sanidad. Notas sobre el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión en el INSALUD», en *Relaciones Laborales*, tomo II de 1996.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Reppertor, 1998.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1999.
- MIR PUIGPELAT, Oriol; BERMEJO LATRE, José Luis, «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», en *REDA*, núm. 104, octubre-diciembre de 1999.
- MONTAGNIER, Luc, «Lymphadenopathy-Associated Virus: from molecular biology to pathogenicity», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985.
- MONTORO CHINER, María Jesús, «La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común», en *Autonomies. Revista catalana de Derecho público*, núm. 16, julio de 1993.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de Droit Administratif*, 4.<sup>a</sup> ed., Paris, Montchrestien, 1995.
- MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, PUF, 1996.
- MUGA MUÑOZ, José Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el contagio del SIDA», en *RAP*, núm. 136, enero-abril de 1995.

- MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (Algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil)», en JORGE BARREIRO, Alberto; GRACIA GUILLÉN, Diego (Dir.), *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo/Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- NAVARRO MUNUERA, Andrés, «La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público», en *REDA*, núm. 60, octubre-diciembre de 1988.
- NAVARRO MUNUERA, Andrés, *Sistemes sanitaris integrats en els estats políticament descentralitzats*, Barcelona, Generalitat de Catalunya/Institut d'Estudis Autònoms, 1992.
- NIAID, «The relationship between the Human Immunodeficiency Virus and the Acquired Immunodeficiency Syndrome», <http://www.niaid.nih.gov/publications/hivavids/all.htm>.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, «La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial», en *REDA*, núm. 51, julio-septiembre de 1986.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», en *REDA*, núm. 4, enero-marzo de 1975.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Artículo 1.902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Rodrigo; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.), *Comentario del Código Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil, II*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, Tecnos, 1985.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», en *REDA*, núm. 91, julio-septiembre de 1996.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, I, Parte General*, 8.<sup>a</sup> ed., Madrid, Marcial Pons, 1996.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Tecnos, 1993.



- PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Ariel, 1996.
- PEMÁN GAVÍN, Juan, «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», en *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, enero-junio de 1994.
- PETRICCIANI, John C., «Licensed tests for antibody to Human T-Lymphotropic Virus Type III», en *Annals of Internal Medicine*, vol. 103, núm. 5, noviembre de 1985.
- PUIGPELAT MARTÍ, Francesca, *Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1994.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española*, 21.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1992.
- REBOLLO PUIG, Manuel, «Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro», en *Poder Judicial*, núm. 20, diciembre de 1990.
- ROCA TRÍAS, Encarna, *Derecho de Daños. Textos y materiales*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I (arts. 1-84), 2.<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 1995.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana a cargo de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMESAL, Javier), Madrid, Civitas, 1997.
- RUIZ OJEDA, Alberto; GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, Joaquín, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial (Doctrina, jurisprudencia y concordancias)*, Madrid, Civitas, 1996.
- RUIZ VADILLO, Enrique, «La responsabilidad civil y penal de los médicos (especial referencia a los anestesistas)», en *Derecho y Salud*, vol. 3, núm. 1, enero-junio de 1995.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración», en *REDA*, núm. 7, octubre-diciembre de 1975.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho administrativo I*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.
- SOLÉ I FELIU, Josep, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- SOSA WAGNER, Francisco, *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, Civitas, 1992.
- SOTO NIETO, Francisco, «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en AA.VV., *Gobierno y Administración en la Constitución, II*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988.

- UNIVERSITY OF CALIFORNIA SAN FRANCISCO, *Chronology of AIDS in San Francisco*, <http://www.library.ucsf.edu/sc/ahp/chron.html>.
- VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y límites*, Barcelona, Praxis, 1996.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

# COLECCIÓN MONOGRAFÍAS ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

LA DESVIACIÓN DE PODER (2.ª ed.)

*Carmen Chinchilla Marín*

LAS DIRECTIVAS COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN  
DEL DERECHO NACIONAL

(ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS  
EN LA APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO MERCANTIL)

*María Pilar Bello Martín-Crespo*

LA MOCIÓN DE CENSURA EN LAS ENTIDADES LOCALES

*Antonio Javier Trujillo Pérez*

(en coedición con la Diputación de Valencia)

LOS ANIMALES Y EL DERECHO

*Santiago Muñoz Machado y otros*

LA INTRODUCCIÓN DEL EURO EN ESPAÑA

LEGISLACIÓN Y COMENTARIOS

*Antonio Pérez-Tenessa*

LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN  
COMO GARANTÍA DEL PLURALISMO DEMOCRÁTICO

*M.ª Cruz Llamazares Calzadilla*

(en coedición con la Universidad Carlos III de Madrid)

EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE  
EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (3.ª ed.)

*Jesús González Pérez*

LA RESPONSABILIDAD CONTABLE Y LA GESTIÓN  
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

ANÁLISIS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS (2.ª ed.)

*Carles Rosiñol i Vidal*

DE LA ARBITRARIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN (3.ª ed.)

*Tomás R. Fernández*

LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR

*Xosé Manuel Carril Vázquez*

(en coedición con la Universidad de A Coruña y el Ilustre Colegio Oficial  
de Graduados Sociales de A Coruña)

**LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALS EN LA UNIÓN EUROPEA:  
PROBLEMAS TRIBUTARIOS**

*Alfonso M. García-Moncó*

**PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA Y POLÍTICA HIDRÁULICA  
(EL LIBRO BLANCO DEL AGUA)**

*Antonio Embid Irujo* (director)

(en coedición con la Confederación Hidrográfica del Ebro  
y la Universidad de Zaragoza)

**LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA**

ESTUDIOS DE CIENCIA ADMINISTRATIVA

*Eduardo García de Enterría*

**LA ORGANIZACIÓN Y ADMINISTRACIÓN  
DE CLUBES DEPORTIVOS**

MANUAL PRÁCTICO DE GESTIÓN. MODALIDAD FÚTBOL

*Ángel Luis Calonge Ramírez*

(en coedición con el Instituto Andaluz del Deporte)

**REFLEXIONES EN TORNO AL NUEVO IMPUESTO  
SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS**

*Enrique Fernández Herrero* (director)

*Juan Ignacio Gorospe Oviedo* (coordinador)

**LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES (4.ª ed.)**

*Francisco Sosa Wagner*

**NUEVAS FORMAS DE FINANCIACIÓN DE PROYECTOS PÚBLICOS**

*Francisco Javier Romero Álvarez* (director)

(en coedición con la Cámara de Cuentas de Andalucía)

**LAS FACULTADES DEL CONTADOR-PARTIDOR TESTAMENTARIO**

*Marta Carballo Fidalgo*

**MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES  
DE TRABAJO Y VÍAS PROCESALES DE IMPUGNACIÓN**

*Andrés Bejarano Hernández*

**EL CONTRATO DE FRANQUICIA DE EMPRESA**

*Aurora Hernando Giménez*

**LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS**

*María Elena Sánchez Jordán*

(en coedición con Caja Canarias)

**LAS FUNDACIONES: DOTACIÓN Y PATRIMONIO**

*M.ª Eugenia Serrano Chamorro*

**LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE**

*Daniel Vázquez Albert*

**MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES  
DE TRABAJO Y VÍAS PROCESALES DE IMPUGNACIÓN**

*Andrés Bejarano Hernández*

**LAS GARANTÍAS ABSTRACTAS  
EN EL TRÁFICO CIVIL Y MERCANTIL**

*Eduardo Estrada Alonso*

**LA LEY DE FIRMA ELECTRÓNICA**

*Apollonia Martínez Nadal*

**LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA UNIDAD  
DEL ORDENAMIENTO EN EL ESTADO AUTONÓMICO:  
COMPETENCIA, PREVALENCIA Y SUPLETORIEDAD**

*Julio C. Tejedor Bielsa*

**LA PROTECCIÓN DEL INVENTOR ASALARIADO**

*Fátima Lois Bastida*

**BAREMOS, SEGUROS Y DERECHO DE DAÑOS**

*Jesús Pintos Ager*

(en coedición con el Instituto Universitario de Derecho y Economía  
de la Universidad Carlos III de Madrid)

**EL JUEZ NATURAL DE LOS PARLAMENTARIOS**

*Plácido Fernández-Viagas Bartolomé*

**ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO EUROPEO**

*Reinhard Zimmermann*

(trad. de Antoni Vaquer Aloy)

**LA AUDIENCIA PREVIA. CONSIDERACIONES  
TEÓRICO-PRÁCTICAS**

(COMENTARIOS A LOS ARTS. 414 A 430  
DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL  
DE 7 DE ENERO DEL AÑO 2000)

*Víctor Fairén Guillén*

