

# EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR FUNCIONAMIENTO NORMAL CON ESPECIAL MENCIÓN AL SERVICIO SANITARIO

Javier Eugenio López Candela

Magistrado Especialista de la Audiencia Nacional,  
Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta

*El objeto del presente trabajo de investigación responde a la necesidad de analizar la noción de funcionamiento normal de los servicios públicos; noción básica en el Derecho Administrativo, pero que en el ámbito judicial y para el operador jurídico se presenta en la práctica con perfiles difusos, y no siempre suficientemente atendida por la doctrina y Jurisprudencia. Es bastante frecuente por parte de nuestros Tribunales proclamar que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro ordenamiento es objetiva, e incluye tanto el funcionamiento normal como el anormal del servicio público, para terminar fundamentando la responsabilidad en el caso concreto sólo por este último concepto. Por ello, es preciso examinar los diferentes títulos que fundamentan una responsabilidad por funcionamiento normal, y con posterioridad analizar si son extensibles a la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario, aportando las soluciones de otras ramas del ordenamiento jurídico, y atendiendo a la noción de la «lex artis» y riesgo asumido como criterios básicos, los cuales han venido a desplazar la responsabilidad objetiva de la Administración en este sector.*

javier Eugenio López Candela

## SUMARIO

---

1. INTRODUCCIÓN.
  2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO COMPARADO.
  3. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.
  4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR FUNCIONAMIENTO NORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.
  5. POSICIONES DOCTRINALES ACERCA DE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN, Y SU ALCANCE EN EL ÁMBITO SANITARIO.
  6. TOMA DE POSTURA. CONCLUSIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO NORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS CON ESPECIAL ATENCIÓN AL ÁMBITO SANITARIO.
  7. BIBLIOGRAFÍA.
-

## 1. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Constituye un tema estrella dentro del Derecho Administrativo, y a pesar de ser un tema clásico no deja de plantear cuestiones acuciantes para el operador jurídico. Sin embargo, si bien los problemas mayormente detectados se encuentran en el ámbito de las cuestiones procesales y procedimentales, sobre todo, a raíz del traspaso de competencias a favor de las Comunidades Autónomas, tal como ha ocurrido con la asistencia sanitaria, lo cierto es que los problemas denominados de parte general no son menos importantes, y menos aún puede decirse que hayan quedado resueltos en la práctica. De mi experiencia profesional puedo decir que el problema que me ha suscitado más dudas a la hora de resolverlo es el de determinar cuándo existe un funcionamiento normal de los servicios públicos que origine el deber de indemnizar de la Administración. Como sabemos en nuestro régimen jurídico la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene lugar por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, lo que halla su amparo en lo dispuesto en el art. 106.2 de la Constitución Española. Saber cuándo existe responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal en el caso concreto no es una cuestión excesivamente complicada. Sin embargo, apreciar que ha existido una responsabilidad por funcionamiento normal constituye una decisión escasamente reconocida por los Tribunales de Justicia y no muy bien tratada por la doctrina administrativa. Lo que no es de recibo es afirmar y creer en un sistema de responsabilidad objetiva y directa de las Administraciones Públicas para luego aplicar, «de facto», un sistema de responsabilidad basado en la noción de culpa, extremo éste que puede apreciarse analizando los repertorios de jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, especialmente en el ámbito sanitario.

En efecto, como sabemos, el del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en el ámbito sanitario sigue girando en torno a la

javier Eugenio López Candela

idea de infracción de la «lex artis», lo cual no puede entenderse sino como una infracción del deber de diligencia exigible al profesional sanitario. En suma, se trata de seguir determinando el régimen de responsabilidad patrimonial en torno a la idea del funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Lo que pretendo con el presente trabajo es indagar un poco más en la noción de responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos para poder aportar soluciones jurídicas válidas para cada caso concreto y determinar, de esta manera, cuándo se produce aquélla y, a continuación, estudiaremos las singularidades de este instituto jurídico en el ámbito de la responsabilidad del profesional sanitario, sobre la base de las aportaciones tanto del Derecho comparado como de la doctrina científica y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto de la Sala Primera como de la Sala Tercera.

A la conclusión a la que llegaremos y con la cual pretendo convencer al lector, y aportar con ello algo interesante al actual estado de opinión sobre la cuestión, sometiéndola a otra, de seguro más fundada, es que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones sanitarias no resulta concebible un régimen de responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos, dados los presupuestos en los que aquélla se plantea y las limitaciones con que se encuentran los intereses públicos concurrentes.

Por último, debemos indicar que esta consideración expuesta no la concibo ni contraria al mandato constitucional reconocido por el art. 106.2 de la Constitución Española ni al art. 139 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Procedimiento administrativo común, puesto que tal régimen de responsabilidad patrimonial objetiva de los servicios públicos ha de predicarse de la globalidad del sistema, y no de su reconocimiento o desconocimiento en una determinada parcela del Derecho Administrativo, como es la del ámbito de la actuación del profesional sanitario incardinado en una relación de servicio con una Administración Pública.

Finalmente me gustaría aclarar que no pretendo formular una exposición asistemática y pormenorizada de Jurisprudencia como ocurre en tantas obras de responsabilidad patrimonial; tan sólo comentaré las sentencias que me han parecido más interesantes con pretensión de abstracción del caso concreto y de realizar un examen analítico de la doctrina en ellas contenida.

El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

## 2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO COMPARADO

Una responsabilidad patrimonial concebida en términos análogos a los que se acogen en nuestro Derecho patrio no puede decirse que haya sido admitida en el Derecho comparado.

- i. Así, empezando por los *ordenamientos anglosajones*, el **Reino Unido** se ha caracterizado por admitir una responsabilidad patrimonial de la Corona únicamente en términos de responsabilidad derivada de la actuación de funcionario, y ya sabemos la enorme vigencia que ha tenido el principio conocido «*the king can do not wrong*» hasta fechas muy recientes, y que había conducido al reconocimiento de la plena irresponsabilidad patrimonial de la Corona. Fue a raíz de la «*Crown Proceedings Act*» de 1947<sup>(1)</sup> cuando se afirma la responsabilidad patrimonial del Estado. Pero lo cierto es que la doctrina reconoce dicha responsabilidad derivada de actuación culposa y por hecho de otro, como son los funcionarios autores del daño<sup>(2)</sup>. Por otro lado el Derecho anglosajón y en concreto su Jurisprudencia ha desarrollado importantes teorías como la conocida del «*res ipsa loquitur*», o del daño desproporcionado, acogidos por nuestra jurisprudencia. Mas como veremos con posterioridad se trata más bien de supuestos de presunción de culpa, o de facilitación de la carrera de la prueba de la relación de causalidad o de la culpa, pero en modo alguno ello significa que se haya acogido la tesis de admitir una responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal de los servicios públicos, esto es, sin culpa del funcionario actuante.

En cuanto al **Derecho norteamericano**, éste ha seguido unas pautas semejantes al Derecho británico, habiendo acogido los tribunales de los Estados Unidos el principio de que «*el Rey no podía causar daño*», aun cuando en esta Nación no hubo nunca Rey. Será a partir de 1946 con la «*Federal Tort Claims Act*» cuando se reconozca la responsabilidad pa-

---

1. Motivado por unos luctuosos sucesos en los que estuvieron implicados un grupo de niños que entraron en un campo minado no debidamente señalizado de Liverpool, falleciendo uno de ellos.

2. En este sentido, por todos García de Enterría, Eduardo, «*Curso de Derecho Administrativo*», vol. II, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 360.

javier Eugenio López Candela

trimonial del Estado, si bien, y a semejanza del Derecho británico, cuando exista falta imputable a un funcionario administrativo.

- II. En cuanto al **Derecho alemán** se puede decir que éste se ha limitado a establecer una responsabilidad indirecta de la Administración conforme a lo dispuesto en el artículo 839 del BGB como consecuencia derivada de la actuación culposa de un funcionario, si bien dicho principio se hallaba sujeto a importantes excepciones. Desde el punto de vista del Derecho Constitucional ya fue recogida por el artículo 131 en la Constitución de Weimar de 1919, y después pasó a la Ley Fundamental de Bonn, art. 34, el cual prevé que «*Cuando alguien, en ejercicio de la función pública que le fuere confiada, viola los deberes que la función le imponga con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el estado o el organismo a cuyo servicio se encuentre*». Por otro lado, de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de 1981, posteriormente anulada por el Tribunal Constitucional alemán, no puede decirse que se haya reconocido un sistema de responsabilidad patrimonial objetiva, salvo en materia de derechos fundamentales y de las denominadas actividades de riesgo, pese a alguna opinión en contrario <sup>(3)</sup>.
- III. El **Derecho francés** ha seguido una evolución muy particular a partir de las aportaciones del Consejo de Estado y de los tribunales ordinarios. Partiendo de un régimen de irresponsabilidad patrimonial de la Administración basado en la responsabilidad exclusiva del funcionario —el cual contaba además con el beneficio denominado de la autorización previa administrativa— se ha llegado a reconocer un régimen de responsabilidad patrimonial de la administración que tiene su origen en el arrêt Blanco de 8 de febrero de 1873. El Consejo de Estado vino reconociendo la doctrina de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de los actos de gestión frente a los actos de autoridad. Dicha doctrina cambia a partir de principios del siglo xx, para extenderla también a los actos de autoridad (arrêt Tomaso-Grecco de 1905). Se reconoce además un régimen de res-

---

3. En esta línea de aceptar una responsabilidad no objetiva se expresa, por ejemplo, GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2005, e igualmente SAINZ MORENO, Fernando: «El Tribunal constitucional alemán declara la nulidad de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado», RAP, núm. 98, 1982, pp. 381 y ss., y LEGUINA VILLA, J.: *La Responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid, Tecnos, 1983.

El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

ponsabilidad patrimonial de Administración derivada de las actuaciones por riesgo con un ámbito material muy concreto (arrêt Ville de Maconm de 21 de julio de 1939). En los demás casos la responsabilidad de la administración deriva siempre por culpa del funcionario actuante, pasando de un primer momento en que la extensión de la responsabilidad administrativa se limita a las faltas personales de carácter leve a otro posterior en el que alcanza también a las faltas graves de servicio, siendo así que la idea de «*falta*» no es sino trasunto de la idea de culpa. Mas en el ámbito sanitario no parece haber seguido una responsabilidad por riesgo<sup>(4)</sup>.

- IV. Por último, en cuanto al **Derecho italiano**, el artículo 28 de la Constitución italiana dispone que «*Los funcionarios y los empleados del Estado y otros entes públicos serán directamente responsables, según la ley penal, civil y administrativa de los actos ejecutados en violación del Derecho. En tales casos, la responsabilidad civil se extenderá al Estado y a los entes públicos*». La responsabilidad se rige por el Código Civil, dentro de un régimen de responsabilidad directa no basado en la idea de culpa personal<sup>(5)</sup>.

### 3. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Como bien se ha dicho, el Derecho español se halla en la vanguardia del Derecho comparado<sup>(6)</sup> en cuanto a la configuración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como una responsabilidad objetiva y directa que se deriva precisamente del propio texto constitucional. Pero, como sabemos, ello ha sido objeto de una evolución cuyo origen se encuentra en el siglo pa-

4. CUETO PÉREZ, M.: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 333.

5. Así lo entiende PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I*, 14.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 617.

6. En este sentido, y por todos, LEGUINA VILLA, J.: *La Responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid, Tecnos, 1983, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996. GARRIDO FALLA, F.: Comentarios al art. 106.2, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p.1.472. JIMÉNEZ LECHUGA, F.J.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el Derecho Español. Una visión de conjunto*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 218.

javier Eugenio López Candela

sado, evolución que expondremos de forma breve a los meros efectos perseguidos por el presente trabajo.

Como sabemos, bajo la vigencia del Código Civil la responsabilidad de la Administración se incardinaba en el art. 1903 de citado texto legal, y sólo procedía cuando aquélla actuase a través de agente especial; en los demás casos respondía el funcionario que se había excedido en el mandato de la Administración, que además se beneficiaba de la necesidad de obtener la previa autorización de la Administración según exigía la Ley Maura, de 5 de abril de 1904. Y ello tenía lugar fuera de los supuestos legales en los que el propio Estado admitía su responsabilidad, como era el caso de la Ley de 9 de abril de 1842 sobre indemnización por los daños causados en las guerras carlistas, la Ley de Ferrocarriles (art. 14) o la Instrucción General de Sanidad de 1904.

La Constitución republicana de 1931, con el precedente de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, consagró junto a una responsabilidad por la actuación de la Administración de Justicia en su art. 92 una responsabilidad subsidiaria del Estado y de las demás corporaciones públicas en su art. 41.3 por culpa del funcionario, que posteriormente influyó en la Ley Municipal de 1935 (art. 209), articulándose la responsabilidad subsidiaria cuando existía culpa, y directa si no existía, lo que después pasó a la Ley de régimen local de 1950 (arts. 405 y 406), así como al art. 382 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952.

Será con la Ley de Expropiación Forzosa cuando por primera vez se hable de responsabilidad por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Los redactores de dicha ley eran conscientes de que se excedían del objeto de ésta, pero entendían que el instituto expropiatorio y de responsabilidad responden a la misma necesidad de indemnizar lo que se entendía jurídicamente como una lesión en el patrimonio del administrado. Además de ello se rendía claro tributo a la concepción de la escuela francesa del servicio público, puesto que como luego lo aclararía la jurisprudencia la noción del servicio público alcanza a toda la actuación de la Administración sujeta a lo que se ha denominado el giro o tráfico administrativo.

El Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 26 de marzo de 1957 (art. 133.2) y el art. 40 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 ampliaron el objeto indemnizatorio incluyendo co-



El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

mo objeto de indemnización la lesión de todo tipo de bienes, y no sólo los que podían incluirse en el ámbito del art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Y así llegamos al art. 106.2 de la Constitución Española, el cual dispone que «*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en caso de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*». La inclusión del precepto, pues no figuraba en el Anteproyecto Constitucional, se debió a la Ponencia (BOC de 17 de abril de 1978), llegando sin modificaciones, salvo una levísima supresión de una palabra que no alteraba su contenido, a la Comisión Mixta Congreso-Senado, que la aprobó definitivamente. Y aunque no se hable de funcionamiento normal o anormal, el precepto presupone uno y otro, en primer lugar porque no distingue, y en segundo lugar porque responde a una imparable evolución normativa posteriormente desarrollada con gran perfección en el Título X de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, habiéndose ya recogido en el ámbito de las Comunidades Autónomas por el art. 12.2 de la Ley 12/1983 y en el ámbito local por el art. 54. de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, dentro de un régimen común de responsabilidad que resulta ser competencia del Estado por imperativo del art. 149.1.18.<sup>ª</sup> de la CE. Por otro lado, deben quedar claras las diferencias respecto del régimen indemnizatorio derivado del instituto expropiatorio que consagra el art. 33.3 del texto constitucional. Y también parece claro que dicho precepto ha superado en gran medida el contenido de otras constituciones modernas, como el art. 28 de la Constitución italiana ya citado o el art. 34 de la Ley Fundamental de Bonn.

#### 4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR FUNCIONAMIENTO NORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Sin perjuicio del análisis doctrinal que hagamos sobre dicho instituto, apreciando y valorando las conclusiones de la doctrina científica acerca de cuándo se produce la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal de la

javier Eugenio López Candela

Administración, conviene recoger las aportaciones de nuestra jurisprudencia como punto de partida para extraer las conclusiones que expondremos finalmente. A tal respecto afirmaremos como línea de principio que muy pocas sentencias de la Sala III puede decirse que cuenten con pretensión alguna de exponer una doctrina acabada sobre el mencionado funcionamiento normal de los servicios públicos<sup>(7)</sup>; en no pocas ocasiones se confunden gravemente diversos institutos jurídicos como el caso fortuito y la fuerza mayor, y en muchas se afirma de forma agotadora el contenido del art. 106.2 de la CE y el art. 121 de la LEF ensalzando el régimen de responsabilidad objetiva de la Administración para terminar acabando por aplicar al caso una responsabilidad por funcionamiento anormal basado en la infracción de la «lex artis», como ocurre en el caso que nos ocupa de la responsabilidad sanitaria. Ello enlaza con la idea de incertidumbre que arroja dicha jurisprudencia y a la que se ha referido el profesor NIETO por la falta de criterios legales fijos y, sobre todo, ante la necesidad de delimitar hasta dónde alcanza el deber del ciudadano de soportar un daño<sup>(8)</sup>.

Como punto de partida hemos de indicar que desde el punto de vista objetivo la Jurisprudencia del TS, Sala III, ha reiterado que la noción de servicio público no ha de entenderse en sentido estricto como equivalente a prestación ofrecida al público de forma regular y continua, sino como actividad pública, como noción general equivalente a toda actuación, gestión, actividad y tarea propia de la función administrativa (SSTS de 28 de enero de 1993, 15 de febrero de 1994 y 22 de marzo de 1995, por todas).

- I. En primer lugar hemos de afirmar, haciendo un poco de fenomenología de lo obvio, que como hemos expuesto, los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración basados en la mera existencia de relación de causalidad sin el más mínimo atisbo de culpa alguna del personal médico o dependiente del mismo han sido bastante escasas, hasta el punto de que cuando han existido y han aplicado una consecuente respon-

---

7. En igual sentido GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 284.

8. En este sentido NIETO, A.: «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», *REDA*, núm. 4, 1975, p. 95 y GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p. 327.

El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

sabilidad objetiva hasta sus últimas consecuencias han sido objeto de una fuerte contestación doctrinal<sup>(9)</sup>. No obstante, han sido reiteradas las SSTs que admiten ese régimen de responsabilidad objetiva (SSTs de 15 de julio de 1991, 23 de marzo de 1992, 2 de junio de 1994 y 28 de febrero, 4 de mayo y 3 de junio de 1995, por todas), y terminan aplicando una responsabilidad por culpa. Y es así que el número de tales sentencias consecuentes con la aplicación de la responsabilidad por funcionamiento normal en modo alguno puede considerarse como elevado, frente a la tesis de algún autor que a la hora de referirse a la Jurisprudencia de la Sala III alude a la aplicación por parte de aquélla de una responsabilidad objetiva basada en la concurrencia de «deficiencias técnicas asistenciales»<sup>(10)</sup>, aplicada más bien, en el ámbito civil, y como un supuesto, se diga lo que se quiera, como de responsabilidad por culpa (SSTs de 4 de noviembre de 1992, 3 de septiembre de 1996 y 17 de mayo y 10 de julio de 2002).

Además de que el uso del mencionado concepto —deficiencias técnicas asistenciales— es inapropiado, pues de por sí revela una responsabilidad por culpa —funcionamiento anormal— basada en la existencia de un conjunto de

9. Es el caso v.gr. del profesor PANTALEÓN PRIETO, F. en un excelente trabajo, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, 1995, pp. 65 y ss., y en el que expone su crítica a la sentencia de fecha 14 de junio de 1991 del Tribunal Supremo, además de poner de relieve que los supuestos de responsabilidad por funcionamiento normal son excepcionales. En el mismo sentido GARRIDO FALLA, F.: *Tratado...*, ob. cit., y MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España», *Documentación Administrativa*, 237-238, enero-junio de 1994, pp. 30 y ss. CUETO PÉREZ, M. en *Responsabilidad...*, ob. cit., p. 353, pone de relieve la casi inexistencia de jurisprudencia que ha admitido en el ámbito sanitario la responsabilidad por funcionamiento normal del servicio, lo que también reconoce MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Civitas, Madrid, 2000, p. 38. Igualmente línea ha seguido el Consejo de Estado en dictámenes como los de 7 de octubre de 1993 o 26 de mayo de 1994. En línea contraria defendiendo la responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España», p. 42; RIVERO YSERN, J.L.: «La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria», pp. 283 y ss.; PEMÁN GAVÍN, J.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», *Documentación administrativa*, 237-238, enero-junio de 1994, pp. 283 y ss.

10. A ella se refiere LUNA YERGA, A.: *La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 170 y 496. En la misma línea DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Responsabilidad civil por actos médicos, Problemas de prueba*, Madrid, 1999, p. 43. Discrepo en cuanto a la consideración de que ese conjunto de deficiencias manifieste una responsabilidad objetiva, tal como se defiende; antes bien, como su propio nombre indica, es un supuesto de responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio. Y las propias sentencias que aluden dichos autores, sin necesidad de grandes consideraciones, lo avalan.

javier Eugenio López Candela

errores que aun de grado leve, sumados en su conjunto han podido contribuir a la producción del resultado no querido, su aplicación ha tenido lugar en el ámbito de conocimiento de la Sala I del Tribunal Supremo, que impropia-mente se ha venido refiriendo a una responsabilidad objetiva aplicada en el ámbito contencioso-administrativo respecto a la actuación médica desarrollada en un centro dependiente de una Administración Pública. Es el caso de la STS de 20 de junio de 1997, sentencia que, además de afirmar que la responsabilidad de las Administraciones en el ámbito sanitario es objetiva, desconoce que en el ámbito contencioso-administrativo, como regla general, el caso fortuito no excluye el deber de indemnizar.

Y este abandono de hecho de la responsabilidad por funcionamiento normal de la Administración es evidente, en la medida en que no puede obviarse que la responsabilidad patrimonial de la Administración se ha fundamentado en la noción de *infracción de la «lex artis» por parte del personal sanitario*; sería elevadísimo el número de sentencias que han seguido este criterio. Y éste es el modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha «lex artis» respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el perjudicado. Por consiguiente, el criterio de la «lex artis» es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida o «lex artis». Este criterio es, por tanto, fundamental, pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha «lex artis». Y de requerirse sólo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, como sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la «lex artis» (SSTS de 28 de marzo y 21 de noviembre de 2006, 16 de mayo de 2005, 30 de marzo y 19 de julio de 2004, 27 de julio y 14 de octubre de 2002, 7 de junio, 18 de octubre y 22 de diciembre de 2001, por todas).

El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

Por otro lado, no podemos obviar que la existencia de reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido manifestando que la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria no puede significar la socialización de un riesgo convirtiendo a aquélla en responsable a modo de asegurador universal frente a cualquier evento que se produzca en el ámbito de un centro sanitario público (SSTS de 14 de marzo de 2005, 27 de julio y 21 de octubre de 2002 y 19 de junio de 2001, por todas).

Y finalmente hemos de indicar que este fenómeno ha sido admitido y reconocido por la doctrina administrativa que ha analizado la doctrina de la Sala III del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de la Administración sanitaria.

II. Como segunda consideración importante hemos de destacar las sentencias más comúnmente citadas y comentadas como defensoras de un régimen de responsabilidad objetiva que opere al margen de la «lex artis». Con todo, su número es escaso, no obstante algún autor haya considerado lo contrario<sup>(11)</sup>. Entre ellas podríamos citar, sin ánimo de hacer casuismo jurisprudencial, centrándonos en el ámbito sanitario y en primer lugar, la de 14 de junio de 1991, conocida como la de los aneurismas gigantes, en la que se fija una responsabilidad de forma objetiva pese al impecable funcionamiento del servicio médico, la cual fue duramente criticada por PANTALEÓN PRIETO. También pueden considerarse como supuestos excepcionales las SSTS de 6 de febrero de 1996 y 28 de octubre de 1998.

Por otro lado hay que citar la de 23 de marzo de 1992, dictada en el ámbito sanitario, en la que se indica de forma rotunda que *«ha lugar a declarar dicha responsabilidad aun en los casos en que se hubiera originado el daño o perjuicio con ocasión del perfecto o normal funcionamiento de repetido servicio, excepción hecha de que la causa exclusiva de éste fuera un evento de fuerza mayor o la conducta del propio perjudicado»*, y, como en este caso está justificado que

---

11. Me parece un tanto gratuita la afirmación de SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, 2005, p. 897, cuando indica que *«no es insólito encontrar sentencias semejantes (—se refiere a las que establecen una responsabilidad pese a la actividad diligente y conforme a Derecho para evitar el daño—), en materia de asistencia sanitaria (sobre todo)»*. Lo insólito es precisamente encontrar esas sentencias, que cuando se han dictado han sido fuertemente contestadas por la doctrina, además de que dicho autor reconoce en la página siguiente que la responsabilidad en materia sanitaria se liga a la imprudencia o desconocimiento de la «lex artis»...

javier Eugenio López Candela

*no existió antijuridicidad alguna que sea atribuible a éste ni revestir el carácter de fuerza mayor aquellas circunstancias denominadas “sobrevenidas” por la resolución que se impugna, pues las mismas, por sí solas, no hubieran producido para la Empresa actora la lesión patrimonial cuya reparación demanda de no haberse adoptado por la Administración la medida cautelar de referencia —que otra cosa es que se proclame aquí que no sólo fue obligada sino muy oportuna y adecuada por la trascendencia del peligro que su no adopción podría comportar—, es indudable que, de todos modos, la Administración ha de responder ante un evidente supuesto de funcionamiento normal del servicio público sanitario, en la medida en que el administrado en quien se individualiza el perjuicio que tal medida le origina, no tiene el deber de soportarlo».*

A mi modo de ver la solución adoptada por el alto Tribunal es discutible: en ese caso se indemniza a una empresa productora de hemoderivados por la pérdida de comercialización de los mismos al tenerlos que someter a las pruebas previstas en una orden ministerial dictada para prevenir el contagio del virus VIH. La naturaleza de la actividad de riesgo que realiza dicha empresa habría de justificar el sometimiento a dichas pruebas, y por tanto, el que tenga el deber jurídico de soportar el daño causado, tal como luego se recogió en las SSTS de fecha 11 de marzo y 4 de julio de 1998.

III. Y en esta línea también podríamos referirnos a una cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que, en cierto modo, le ha parecido irrelevante la diferenciación entre responsabilidad por funcionamiento normal o anormal, como lo demuestra el hecho de que anuden, «de facto», iguales efectos a la existencia de **caso fortuito** como de **fuerza mayor**, ignorando con ello la relevancia que ello tiene a los efectos prevenidos en los arts. 106.2 de la CE y 139 de la Ley 20/1992, de 26 de noviembre, en cuanto que tales preceptos excluyen el deber de indemnizar de la Administración respecto de la segunda. En esta línea se expresan las SSTS de 11, 17 y 24 de enero, 8 de marzo y 10 de mayo de 2006, 14 de febrero, 29 de junio y 12 de julio de 2005, que reiteran a siguiente doctrina:

*«Como en esa sentencia expresamos (la de 29 de junio de 2005) y recogéndolo de la previa jurisprudencia de la Sala “tanto si se considera, como hace la Sala Cuarta, un hecho externo a la Administración sanitaria como si se estima un caso fortuito por no concurrir el elemento de ajeni-*

El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

*dad al servicio, que esta Sala ha requerido para apreciar la fuerza mayor —sentencias de veintitrés de febrero, treinta de septiembre y dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y cinco; seis de febrero de mil novecientos noventa y seis; treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y seis (recurso de casación 6935/94, fundamento jurídico cuarto); veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho (recurso de apelación 4587/9; diez de octubre de mil novecientos noventa y ocho (recurso de apelación 6619/92, fundamento jurídico primero); trece de febrero de mil novecientos noventa y nueve (recurso de casación 5919/94, fundamento jurídico cuarto); dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve (recurso de casación 6361/94, fundamento jurídico quinto); y once de mayo de mil novecientos noventa y nueve (recurso de casación 9655/95, fundamento jurídico sexto)—, lo cierto es que resultaba imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus C de la hepatitis, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo tal transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquélla y ésta se realizasen para atender al restablecimiento de su salud, razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial —sentencias de esta Sala de veintidós de abril y veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro; uno de julio y veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y cinco; cinco de febrero de mil novecientos noventa y seis; dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y siete; trece de junio de mil novecientos noventa y ocho (recurso de casación 768/94, fundamento jurídico quinto); veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y nueve (recurso contencioso-Administrativo 380/1995); y tres de octubre de dos mil (recurso de casación 3905/96)— para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, y que ahora contempla expresamente el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero), al disponer que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, sin que sean indemnizables los daños que se deriven de hechos o circuns-*

javier Eugenio López Candela

*tancias 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, pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual, aunque sea objetiva o por el resultado, como declaró esta Sala, entre otras, en su sentencia de siete de febrero de mil novecientos noventa y ocho (recurso de casación 6282/93, fundamento jurídico tercero)».*

Lo cierto es que en la mayoría de estos casos producidos antes de 1990 se halla acreditada la relación de causalidad transfusión-hepatitis —y de hecho se reconoce en la mencionada doctrina—, si bien se elude la existencia de culpa al considerar que no le era exigible otro comportamiento a la Administración, por tratarse de un evento que en cierto modo no era previsible, como tampoco irresistible. A mi modo de ver ello nos aproximaría al caso fortuito, con las connotaciones y consideraciones que luego veremos, y si el art. 141 de la Ley 30/1992, tras la redacción dada por Ley 4/1999, excluye el deber de indemnizar ello es porque responde a la tesis mantenida en este trabajo: en el ámbito sanitario no puede hablarse de responsabilidad objetiva o por funcionamiento normal a la vista de los intereses públicos y privados concurrentes, que posteriormente examinaremos, pero ni puede decirse que sea irrelevante distinguir entre caso fortuito y fuerza mayor, pues el distinto alcance de uno y otro instituto es lo que fundamenta el recurso de casación que conoce el Tribunal Supremo, ni puede concluirse que de existir caso fortuito exista responsabilidad patrimonial de la Administración, precisamente por lo que expondremos en su momento en el apartado 6 de este trabajo.

Sin embargo, también ha habido algunas sentencias que han venido admitiendo la diferenciación entre caso fortuito y fuerza mayor sobre la base de las aportaciones de HAURIOU, que caracterizaba al primero por las notas del desconocimiento en cuanto al origen del evento dañoso y el carácter intrínseco al funcionamiento del servicio, frente a la fuerza mayor, caracterizada porque la causa productora del daño es conocida, así como por el carácter extrínseco o extraño de la misma a la voluntad del sujeto obligado (SSTS de 3 de noviembre de 1988, 2 de abril de 1985, 23 de mayo de 1984 y 25 de junio de 1982). También se ha venido haciendo referencia al carácter imprevisible o inevitable, y en todo caso irresistible, de la fuerza mayor. A mi modo de



El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

ver se trata de una aportación mucha más correcta desde el punto de vista dogmático que la sustentada en el ámbito civil, en la que la jurisprudencia de la Sala Primera no parece haber encontrado soluciones definitivas. Considero, en todo caso, como luego veremos, que las causas procedentes de los daños derivadas de los acontecimientos de la naturaleza son más bien propiamente características de fuerza mayor que de caso fortuito, aunque ello no eleve a regla general. En esta línea se expresan acertadamente las SSTs de 10 de marzo de 1992, o la de 3 de mayo de 1995, y especialmente la STS de 3 de octubre de 1994, aunque no se refiera al ámbito sanitario, pero que resulta ilustrativa, cuando expresa que:

*«El concepto jurídico de fuerza mayor —artículo 1105 del Código Civil— está reservado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a los acontecimientos ajenos a las previsiones típicas de cada actividad, o, como señala la Sentencia de la antigua Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 3 de noviembre 1988 “al suceso que esté fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, pero no aquellos eventos internos intrínsecos, ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos”, sin que unas fuertes lluvias en la provincia de Asturias puedan considerarse tan imprevisibles que deban, sin más, encuadrarse en el supuesto exonerante de fuerza mayor, máxime si se tiene en cuenta que la excepcionalidad del supuesto, al no estar avalado por prueba alguna, no deja de ser sino una mera alegación».*

Y por otro lado, ello es acorde con el criterio seguido en el ámbito de la contratación administrativa, tal como preveía el art. 132 del Reglamento de Contratos del Estado —posteriormente art. 144 de la LCAP— y es acogido por la STS de 8 de junio de 1993, ligándose propiamente al padecimiento derivado de acontecimientos naturales, lo que explicaría su carácter irresistible.

Sin embargo, la STS de 31 de mayo de 1999, recurso de casación 2132/1995, sí establece una clara diferenciación entre caso fortuito y fuerza mayor; considera en el caso concreto que ha existido caso fortuito y termina estableciendo la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal ligado al caso fortuito, toda vez que en un caso de contagio de hepatitis contraída en 1975 la Administración no ha acreditado la existencia de fuerza mayor o el estado de la técnica existente en ese momento.

javier Eugenio López Candela

Y así dispone a continuación: «Por eso —y sin perjuicio de lo que luego se dirá también acerca del estado de los conocimientos científicos en la materia en la fecha de la transfusión de que se trata— importa recordar —y en esto se muestran hoy coincidentes la doctrina científica y la jurisprudencia— que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes: a) En el **caso fortuito** hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: “falta de servicio que se ignora”); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974): “evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”. b) En la **fuerza mayor**, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: “Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado”. En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997) (apelación 1075/1992)».

Y posteriormente añade que: «C. Conectando al supuesto que se debate en este pleito todo lo que se acaba de decir —en particular sobre esas unidades jurídicas diferenciadas que son la fuerza mayor y el caso fortuito así como sobre esos conceptos jurídicos indeterminados introducidos por el nuevo artículo 141 LRJ-PAC— es obligado concluir que ni ha habido fuerza mayor ni cabe hablar de ausencia de antijuridicidad de la lesión ya que no se ha acreditado por quien tenía la carga procesal de hacerlo —la Administración— la imposibilidad de evitar el daño en función del estado de la ciencia en el momento en que se produjo; y el caso fortuito, aun admitiendo que exista, no es bastante para enervar la responsabilidad demandada a la Administración.

En consecuencia estando probado que el acto médico o sanitario de la transfusión ha causado la hepatitis, y no habiendo aportado la Administración prueba alguna acerca del estado de la ciencia en el momento de los hechos, de cuya valoración pueda obtenerse una convicción razonable de que los daños

El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

*derivan de hechos o circunstancias que no se pudieron prever o evitar, estamos ante un daño que se produjo con ocasión y como consecuencia de la relación del paciente con la organización sanitaria, y que, en el mejor de los casos, se originó por caso fortuito, lo que no excluye la responsabilidad de la Administración. Y como ese daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado, y como el paciente no tiene el deber de soportarlo, estamos ante un daño que es antijurídico en sentido verdadero y propio, o sea lo que la ley llama lesión, por lo que hay que declarar la responsabilidad extracontractual de la Administración y su obligación de indemnizar al lesionado.*

*Todo lo cual se halla en perfecta coherencia con la teoría directriz, matriz disciplinar o paradigma (tomando esta palabra en su sentido filosófico: teoría de teorías) de la responsabilidad objetiva, que inspira nuestro vigente derecho administrativo desde hace casi cincuenta años, conforme a la cual la antijuridicidad se predica del efecto o resultado dañoso, y no del sujeto que causa ese daño. Y lo objetivo aquí es que el enfermo ingresó en el centro médico con un politraumatismo y **salió con las secuelas propias del accidente y, además, con una hepatitis derivada de la transfusión.** El hecho puede ser fortuito, pero del caso fortuito responde la Administración, aunque obviamente no quepa imputar aquí, por lo que nos consta, culpa alguna al personal sanitario. Y es sabido que para exigir responsabilidad extracontractual a la Administración pública no hace falta que medie culpa. Precisamente porque el ordenamiento la configura como responsabilidad objetiva».*

El mérito de esta sentencia radica —a pesar de que su doctrina fue posteriormente abandonada por la contraria, la cual ya está suficientemente consolidada—, en el hecho de pretender establecer conclusiones de dogmática jurídica que pretendan arrojar un poco de luz sobre la naturaleza de los diferentes institutos jurídicos a los que nos estamos refiriendo, aunque la solución a la que se llegue no parezca acertada, pues ese estado de la técnica sobre el contagio de la hepatitis y su descubrimiento, así como la disposición de las vacunas correspondientes en torno a los años 1989 y 1990, es un hecho notorio que exime cualquier tipo de prueba. Y esta línea en defensa de una responsabilidad objetiva es seguida por las SSTS de la Sala 1.<sup>a</sup> de fechas 9 de marzo de 1999 y 8 de febrero de 2000.

En todo caso, la diferenciación entre una y otra figura parece radicar en el carácter irresistible de la fuerza mayor que no tiene el caso fortuito, pues las no-

javier Eugenio López Candela

tas de imprevisibilidad e inevitabilidad pueden concurrir en una y otro. Así la STS de 11 de mayo de 1999 indica que: *«de las afirmaciones fácticas de la Sentencia no se desprende en absoluto que la infección fuera inevitable; y, en segundo lugar, la fuerza mayor, como tantas veces hemos declarado, no sólo exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente (Sentencias, entre otras, de 26 de febrero de 1998, recurso de apelación número 4587/1991, 6 de febrero de 1996, recurso número 13862/1991, 18 de diciembre de 1995, recurso número 824/1993, 30 de septiembre de 1995, recurso número 675/1993, 11 de septiembre de 1995, recurso número 1362/1990, 11 de julio de 1995, recurso número 303/1993, 3 de noviembre de 1988, 10 de noviembre de 1987, y 4 de marzo de 1983)».*

Por otro lado, el caso fortuito se define básicamente por su carácter intrínseco, y no necesariamente por su origen desconocido, pudiendo ser el evento causante inevitable sin que por ello deje de haber caso fortuito (STS de 3 de noviembre de 1988, Sala III).

Sin embargo, la Sala 3.<sup>a</sup> del TS en supuestos de funcionamiento normal del servicio no ha establecido condena alguna (STS de 14 de octubre de 2002). Y es relevante esta sentencia, acogida por muchas otras, porque «de facto» viene expresamente a inaplicar la doctrina de la responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario cuando indica que:

*«Aunque en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria tiene una importancia secundaria si la actuación del servicio médico ha sido correcta o incorrecta, lo cierto es que tal apreciación permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad y, en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir si éste tiene o no el deber jurídico de soportarlo, ya que, según la jurisprudencia tradicional, ahora recogida por el precepto contenido en el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, redactado por la Ley 4/1999, no son 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 existente en el momento de producción de aquéllos.»*

El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

*En nuestra Sentencia de 22 de diciembre de 2001 (recurso de casación 8406/199) declaramos que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto.*

*La jurisprudencia (Sentencias de 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo, 24 de mayo y 30 de octubre de 1999) ha precisado que lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no es el proceder antijurídico de la Administración, dado que tanto responde en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o lesión.*

*La antijuridicidad de la lesión no concurre cuando el daño no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquél, incluyendo así nuestro ordenamiento jurídico como causa de justificación los denominados riesgos del progreso.*

*Esta ha sido la solución adoptada por la jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo al enjuiciar, entre otras, las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria derivada del contagio del virus del sida (VIH) o de la hepatitis C (VHC) mediante transfusiones de sangre contaminada con dichos virus antes de descubrirse éstos y los marcadores para detectarlos.*

*Una cuestión no resuelta es la de la carga de la prueba del estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, que la Sentencia de esta Sala Tercera*

javier Eugenio López Candela

*de 31 de mayo de 1999 (Recurso 2132/1995) afirmó que corresponde a la Administración, lo que, sin embargo, resulta irrelevante en este caso, dado que la Sala de instancia, con base en los informes periciales emitidos, ha declarado probado en la sentencia recurrida que la técnica quirúrgica fue correcta por haberse empleado todos los medios adecuados según el alcance de los conocimientos, apreciación fáctica, no discutida, que hemos de aceptar en casación.*

*La cláusula de los riesgos del progreso fue incorporada a la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, y transpuesta a nuestro ordenamiento interno por los artículos 6.1 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la modificación introducida por Ley 4/1999, de 13 de enero, pero anteriormente venía siendo utilizada por la jurisprudencia para definir el daño como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la "lex artis", entendiendo por tal el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, que comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.*

*En consecuencia, en contra del parecer de la Sala sentenciadora, el daño neurológico sufrido por el menor como resultado de la correcta intervención quirúrgica a que fue sometido, no puede calificarse de antijurídico, dado que no se pudo evitar según el estado de los conocimientos de la técnica quirúrgica en el momento de producción de aquél, sin perjuicio, como ahora expresamente establece el tantas veces citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, redactado por Ley 4/1999, de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.*

*La antijuridicidad del daño no deriva, como declara el Tribunal "a quo" en la sentencia recurrida, de que el perjudicado no se colocase voluntariamente en la situación de riesgo por cuanto fue necesario que se sometiese a la intervención quirúrgica "para procurarse una normal condición de vida e incluso su propio desarrollo orgánico", sino que vendría determinada porque no tuviese el deber jurídico de soportarlo, deber que en este caso existe, según hemos razonado, porque su lesión neurológica, causada por la intervención quirúrgica cardiovascular a que fue sometido, no pudo evitarse según el estado de los conocimientos de la técnica médico-quirúrgica existente en el momento de producción de aquélla».*

El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

- IV. Por otro lado, la Jurisprudencia de la Sala Tercera a la hora de referirse a la relación de causalidad determinante de la responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos no ha realizado grandes elucubraciones a los efectos de acoger alguna de las teorías asumidas por el Derecho penal o civil<sup>(12)</sup>. Mas parece una opinión unánimemente aceptada la que considera que debe acogerse la doctrina de la causalidad adecuada o eficiente<sup>(13)</sup>, sin entrar en mayores precisiones, pero sin olvidar las aportaciones de la imputación objetiva recogidas por el profesor PANTALEÓN<sup>(14)</sup>. En todo caso, la noción de relación de causalidad, como ha dicho algún autor, se presenta de forma imprecisa e inespecífica<sup>(15)</sup>, superando acertadamente la Jurisprudencia tradicional que exigía que dicha relación fuera directa, exacta y exclusiva.

Y es que en el ámbito civil parecen mayoritarias las tesis que distinguen entre causalidad física y jurídica, siendo esta última identificada con la imputación objetiva y, por tanto, susceptible de recurso de casación; además se distingue entre imputación objetiva y subjetiva, equivaliendo esta última a la culpa. Y es así que la noción de culpa es esencial en el ámbito de la responsabilidad patrimonial ventilada en vía civil, no obstante la aplicación, cada vez mayor, del art. 28 de la Ley de Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio, de invocación prácticamente excepcional en vía contencioso-administrativa.

- V. Sí me parece muy relevante la de 22 de abril de 1994, cuando expresa que *«El deber jurídico de soportar el daño existe cuando el lesionado se ha colocado en una situación de riesgo»*. Esta doctrina es fácilmente extrapolable al ámbito sanitario, con los efectos que luego veremos, en la medida en que el Tribunal Supremo utiliza la doctrina de existencia de ries-

---

12. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: ob. cit., p. 396, se refiere a que la Jurisprudencia ha renunciado a todo intento de categorización resolviendo caso por caso, *«utilizando expresiones de valor no muy preciso y dotadas por ello de flexibilidad suficiente»*.

13. Así lo entienden PARADA VÁZQUEZ, R., ob. cit., p. 634; SÁNCHEZ MORÓN, ob. cit., p. 910; MIR PUIGPELAT, O., ob. cit., p. 58.

14. PANTALEÓN PRIETO, F.: *«Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación»*, de la obra colectiva *Centenario del Código civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

15. Lo entiende MIR PUIGPELAT, O., ob. cit., p. 44.

javier Eugenio López Candela

go asumido por el administrado para admitir la irresponsabilidad de la Administración, como igualmente y de forma recíproca reconoce que aquélla existe cuando ese riesgo lo desencadena la Administración, y eso nos aproximaría a la responsabilidad por funcionamiento normal de la Administración, si bien, en el caso de la responsabilidad sanitaria, el riesgo corre en perjuicio del administrado, como luego veremos, pues el hecho de someterse a una intervención médica implica un evidente riesgo para la vida del paciente. Por otro lado, la idea de actividad de riesgo como determinante de la responsabilidad por funcionamiento normal se recoge en las SSTs de 7 de junio de 2001 y 3 y 10 de octubre de 2000, siendo así que dicho riesgo, diferente del caso fortuito, excluye la responsabilidad de la Administración (STS de 10 de mayo de 2005).

## 5. POSICIONES DOCTRINALES ACERCA DE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN, Y SU ALCANCE EN EL ÁMBITO SANITARIO

- I. En el estado actual de la cuestión, concurren diversas posiciones en la doctrina científica acerca de la necesidad de mantener el carácter objetivo de la responsabilidad, sobre todo en el ámbito sanitario.

Frente a una posición de unánime aceptación de dicho carácter hasta el punto de concebir a nuestro ordenamiento como un ejemplo a seguir en el Derecho comparado se han venido alzando no pocas e importantes voces defensoras de la limitación sustancial del carácter objetivo de dicha responsabilidad, por no decir negación de ésta en el ámbito sanitario<sup>(16)</sup>, partiendo

---

16. En este sentido PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica y de la Administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995, el cual es contrario a parificar funcionamiento normal y anormal del servicio. GUERRERO ZAPLANA, J.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Cuadernos de Derecho Judicial*, I-2002, Ed. Consejo General del Poder Judicial, p. 73. Y también la obra del mismo autor *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, Jurisprudencia, legislación y formularios*, 3.ª ed., Lex Nova. Destaca este autor porque después de defender el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial incluso en el ámbito



El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

del ámbito propio de la «lex artis» y del carácter de obligación de medios que supone la prestación médica, siendo así que no puede justificarse la responsabilidad objetiva como instrumento de justicia redistributiva, como dice el profesor PANTALEÓN PRIETO. Dicha obligación de medios, según es comúnmente aceptado, se traduce en: A. Utilizar cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el lugar donde se produce el tratamiento, realizando las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales. B. Informar al paciente del diagnóstico de la enfermedad y del pronóstico. C. Continuar el tratamiento al enfermo hasta que pueda ser dado de alta, advirtiendo de los riesgos de abandono del tratamiento. Se determina además en función de circunstancias de espacio, tiempo y cantidad, derivado esto último del carácter escaso de los fondos públicos. Lo cierto es que tal configuración de la prestación sanitaria junto con la naturaleza de los bienes jurídicos en juego y la aleatoriedad de aquélla habría de explicar el traslado de la responsabilidad por riesgo de la Administración al paciente como regla general.

II. Como segunda consideración debemos recalcar que los estudios doctrinales en el ámbito del Derecho Administrativo acerca de la noción de relación de causalidad en la actualidad se han venido desarrollando con notable interés y básicamente se hallan encaminados a importar las soluciones válidas ofrecidas por el Derecho Civil, especialmente el alemán, así como por el Derecho Penal. Tales estudios han venido dirigidos a distinguir entre causalidad física, jurídica y culpa, hallando especial relevancia la acogida de la doctrina de la imputación objetiva. No es éste el lugar más adecuado para exponer una doctrina acabada sobre tal categoría jurídica, de concurrencia indispensable para que surja el deber de indemnizar por parte de la Administración. A estos efectos han de reconocerse

---

sanitario, termina por concluir que dicha responsabilidad sólo puede concebirse dentro de la «lex artis», que lo considera como la técnica inherente a la deontología profesional y el sentido común humanitario, ante la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, «La responsabilidad patrimonial...», ob. cit., p. 137. Sobre los peligros derivados de un amplio régimen de responsabilidad en relación con sus repercusiones sobre el nivel de funcionamiento, MARTÍN REBOLLO, L.: «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas», en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991. CUETO PÉREZ, M.: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 226.

javier Eugenio López Candela

las excelentes aportaciones del profesor PANTALEÓN PRIETO<sup>(17)</sup>, que han permitido acoger los fundamentos de la doctrina de la imputación objetiva, aun cuando se considere que no son incompatibles con los de la causalidad adecuada. Por otro lado, en el ámbito civil parece haberse pretendido sustituir la doctrina de la causalidad adecuada por la de la causa eficiente (STS de 31 de julio de 2002, Sala 1.<sup>ª</sup>), en ocasiones se confunden una y otra (STS de 11 de marzo de 1988) e incluso se diferencia entre causalidad adecuada e imputación objetiva, para, por último, admitir la existencia de defensores de la teoría de la equivalencia de condiciones en el plano exclusivo de la causalidad material.

Lo cierto es que la diferenciación entre causalidad material y jurídica tiene su relevancia a los efectos de la admisión o no del recurso de casación (STS de 6 de febrero de 1999), pues esta última dependerá del ámbito fáctico o jurídico en que se desenvuelva el planteamiento ante el Tribunal aunque el TS alude genéricamente a la relación de causalidad como una cuestión normativa ventilable en sede casacional. Y, por otro lado, es opinión común aceptar la asimilación entre los conceptos de causalidad jurídica e imputación objetiva, siendo esta última categoría diferente a la de imputación subjetiva o propiamente culpa<sup>(18)</sup> (STS de 23 de diciembre de 2002).

Sobre esta cuestión, en línea con las aportaciones de LUNA YERGA, he de indicar que no me parece que la doctrina del *daño desproporcionado* («res ipsa loquitur del Derecho anglosajón») o la prueba «*prima facie*» o aparente del Derecho alemán o la de la *culpa o causalidad virtual* del Derecho francés constituyan una manifestación de un principio de responsabilidad objetiva<sup>(19)</sup>. Me parecen más

17. PANTALEÓN PRIETO, F.: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», de la obra colectiva *Centenario del Código Civil*, t. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1.561 y ss.

18. En esta línea PANTALEÓN PRIETO, F., ob. cit., y LUNA YERGA, A.: *La prueba de la responsabilidad civil médica sanitaria. Culpa y causalidad*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 354 y ss. Excelente monografía sobre esta cuestión, aunque estudiada básicamente desde el punto de vista civil. También es destacable la de MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 69 y ss. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, p. 112; del mismo autor, *Tratado de Responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 790.

19. Como parece referir LUNA YERGA, A.: *La prueba de la responsabilidad*, ob. cit., p. 175, respecto de la opinión de un sector de la Jurisprudencia del TS, Sala primera.

El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

bien un supuesto de aplicación de una presunción judicial para justificar la existencia de culpa, esto es, de un funcionamiento anormal del servicio, sobre la base de la prueba de un hecho básico, la acreditación del daño desproporcionado y desligado causalmente de la dinámica ordinaria de los hechos y de lo que se conocen como riesgos típicos, conforme a las reglas de la máxima de la experiencia, o como dice aquel autor, de pruebas circunstanciales, admitiendo, en todo caso, prueba en contrario. En cuanto a su ámbito creo que se trata de expedientes idóneos para justificar la existencia de relación de causalidad y de la culpa, y no sólo de ésta<sup>(20)</sup> (STS de 31 de enero de 2003, Sala primera), frente a alguna opinión «de contrario», pues si no se acredita aquélla no sería posible realizar juicio alguno de imputación subjetiva. Y es evidente que el TS, especialmente la Sala primera, ha hecho uso especial de esta doctrina del daño desproporcionado o culpa virtual o «prima facie» (SSTS de 2 de diciembre de 1996, 21 de julio de 1997, 19 de febrero, 9 de junio y 9 y 12 de diciembre de 1998, 29 de junio y 21 de diciembre de 1999, 23 de diciembre de 2002 y 31 de enero de 2003). E igualmente la Sala III (SSTS de 20 de septiembre de 2005 y 20 de junio de 2006), considerándolo un supuesto de funcionamiento anormal del servicio. En todo caso, es mayoritaria la opinión que entiende que es preciso que la causa última del daño sea desconocida, debiendo además concurrir estos requisitos a los que alude LLAMAS POMBO<sup>(21)</sup>: el hecho evidente ha de producirse normalmente por negligencia, el profesional ha de tener el dominio del hecho y debe haber falta de culpa o del paciente o de tercero.

En todo caso, tales figuras no suponen una inversión de la carga de la prueba, escasamente aplicada en un principio en el ámbito de la responsabilidad médica conforme al carácter de obligación de medios de la prestación sanitaria (SSTS 10 de noviembre de 1997, 23 de octubre de 2000, 5 de febrero y 16 de octubre de 2001, Sala 1.<sup>a</sup>; 9 de marzo de 1998, 14 de octubre de 2002 y 19 de julio de 2004, de la Sala III, por todas) —salvo los casos excepciones ligados a la reparación estética, odontología o esterilización (SSTS de 11 de febrero de 1997 y 28 de junio de 1999)—, lo cual deriva del carácter aleatorio que tiene la ciencia médica del factor reaccional del enfermo, y de la posibili-

---

20. En este sentido LUNA YERGA, A., ob. cit., p. 440.

21. LLAMAS POMBO, E.: «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en la obra *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 310 y ss.; en la misma línea DÍAZ-REGANÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Madrid, pp.173 y ss.

javier Eugenio López Candela

dad de complicaciones ajenas al buen actuar<sup>(22)</sup>. Y ello pese a que una y otra figura, inversión de la carga de la prueba y presunción judicial a veces, y de forma indebida, se identifican con la finalidad de justificar una responsabilidad objetiva (STS de 14 de mayo de 2001, Sala 1.<sup>a</sup>)<sup>(23)</sup>.

Respecto a la doctrina de la pérdida de la oportunidad, no creo que se trate tanto de un instrumento procesal de la aligeración de la prueba del nexo causal que condiciona la determinación del daño en función del grado de probabilidad de la oportunidad perdida<sup>(24)</sup>. Se trataría más bien de una valoración jurídica derivada de la prueba de un hecho con eficacia indemnizatoria por sí sola<sup>(25)</sup>, ante la imposibilidad de reconstruir con grado absoluto de certeza los efectos de otra alternativa posible a la acreditada en autos. La doctrina liga tal expediente a los supuestos de diagnóstico erróneo y tratamiento extemporáneo, lo que le aleja de la responsabilidad objetiva, sobre todo si, como será muy frecuente, va unida a la infracción del deber de otorgar consentimiento informado. Su estudio debe tener lugar más bien en el ámbito del daño, no de causalidad<sup>(26)</sup>, mas no me parece que responda a los mismos presupuestos que la doctrina del «res ipsa loquitur», en línea con lo que hemos indicado.

En todo caso, debemos poner de relieve que la doctrina científica parece haber incluido en el ámbito del funcionamiento normal los supuestos de causación por riesgo<sup>(27)</sup>, el cual se justificaría en la idea de solidaridad y en la cláusula del Estado social del art. 9.2 de la CE. E igualmente los supuestos de enriquecimiento indebido, tal como luego veremos<sup>(28)</sup>.

---

22. En esta línea, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Responsabilidad Civil por actos médicos, problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999, p. 16. GUERRERO ZAPLANA, J.: *La responsabilidad...*, p. 140.

23. En este sentido CAVANILLAS MÚGICA, S.: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987, p. 71.

24. Así LUNA YERGA, A., ob. cit., p. 566.

25. Como indemnización de equidad la considera YZQUIERDO TOLSADA, M.: «La responsabilidad civil y en particular la médico-sanitaria, en el comienzo de un nuevo siglo», en la obra *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, y *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 1991, p. 214.

26. En contra DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «*Responsabilidad civil por actos médicos*», ob. cit., p. 122.

27. Así SÁNCHEZ MORÓN, p. 909; PAREJO ALFONSO, L. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Manual de Derecho administrativo*, Ariel, Barcelona, 1996. PARADA VÁZQUEZ, R., p. 623. PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica...*, p. 81; GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ: *Curso...*, ob. cit., p. 371.

28. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado...*, ob. cit., p. 299. LUNA YERGA, A., ob. cit., p. 379.

El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

## 6. TOMA DE POSTURA. CONCLUSIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO NORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS CON ESPECIAL ATENCIÓN AL ÁMBITO SANITARIO

Analizada la posición de la doctrina y jurisprudencia estamos en condiciones de realizar las siguientes conclusiones:

1. **La responsabilidad patrimonial en nuestro ordenamiento jurídico, por imperativo constitucional, es objetiva, siguiendo la evolución de nuestro Derecho histórico; pero ello no quiere decir que por la mera existencia de una relación de causalidad entre la actuación de la Administración y la lesión causada tenga lugar dicha responsabilidad por funcionamiento normal.**

En efecto, como hemos defendido en apartados anteriores, y así en cierto modo lo reconoce la doctrina administrativa, es precisa la existencia de un *título jurídico de imputación* frente a la Administración para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial incluso por funcionamiento normal <sup>(29)</sup>. Esta idea nos aproxima por tanto a la obligada diferenciación entre causalidad jurídica o imputación objetiva e imputación subjetiva. Si bien hemos de decir que esta última noción no se identifica evidentemente con la existencia de culpa atribuible a la Administración que nos conlleve a la noción de funcionamiento anormal de los servicios públicos. El mencionado juicio de imputación añadido a la existencia de una relación de causalidad ha de presuponer la concurrencia de alguno de los siguientes:

- A. **El caso fortuito.** Hemos de considerar que se trata de una noción absolutamente distinta a la de fuerza mayor, en línea con la posición de la doctrina científica más autorizada, la cual bien puede decirse que con mayor éxito y profundidad ha venido delimitando ambos institutos jurídicos de forma más acertada la de la doctrina civilista, sin que debamos olvidar

---

29. En este sentido, sobre la necesidad de un título de imputación añadido a la existencia de una relación de causalidad, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., p. 379; JIMÉNEZ LECHUGA, F.J., ob. cit., p. 258; MIR PUIGPELAT, O., ob. cit., p. 46.

javier Eugenio López Candela

que en el ámbito del Derecho Civil esta distinción no es en absoluto irrelevante <sup>(30)</sup>.

En todo caso conviene poner de relieve que, de las notas características expuestas en la dogmática francesa a la hora de definir el caso fortuito, entiendo, y ésta es mi opinión personal, que tan sólo la que se refiere a la interioridad o carácter intrínseco del evento dañoso es la que propiamente ha de definir al caso fortuito, así como la que alude al carácter no irresistible del mismo <sup>(31)</sup>, que es lo que caracterizaría a la noción de fuerza mayor, siendo así que la exigencia del origen desconocido de la causa productora del daño no debe entenderse como requisito necesario para poder hablar de caso fortuito, pues tales supuestos de causalidad desconocida no han de ser muy frecuentes, fuera de los supuestos, y de los cuales ha de distinguirse, de causalidad no acreditada por la concurrencia de diversas causas posibles.

Y esta consideración debe de forma obligada en relación con lo dispuesto en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 después de la reforma habida por la Ley 4/99, considerando que *el supuesto que se refiere dicha norma es un supuesto concreto, a mi modo de entender, de producción de un evento dañoso por caso fortuito* <sup>(32)</sup>, *al cual el legislador expresamente establece como efecto jurídico la falta de responsabilidad patrimonial de la Administración, sin que ello suponga una excepción a la regla general de exclusión de la responsabilidad tan sólo por la existencia de fuerza mayor, toda vez que el ámbito al que se refiere dicho precepto es el propio de actividades que requiere una determinada técnica o ciencia, y por tanto conllevan un cierto riesgo para el administrado, y que origina el deber jurídico de soportar el daño padecido, tal como ocurre en el ámbito sanitario.* Y ello ha de predicarse especialmente en el ámbito de las transfusiones de sangre, cuyo problemática late en el espíritu del precepto, sin

30. Es el caso v.gr. de los art. 1096.3, 1129.3, 1136.1, 1185, 1575, 1744, 1745 y 1891 del CC y 1 de la Ley del Automóvil de 1962. Y pese a ello, el TS, Sala 1.<sup>a</sup>, a veces confunde uno y otra, así STS de 5 de febrero de 1991.

31. En la misma línea dictamen del Consejo de Estado de 14 de marzo de 1991, y CUETO PÉREZ. M., ob. cit., p. 363; en contra YZQUIERDO TOLSADA, M., ob. cit., p. 198, que se refiere al caso fortuito aludiendo al carácter irresistible del mismo; de esta noción discrepo, toda vez que no serviría para distinguirlo de la fuerza mayor. Tampoco me parece acertada la posición de SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, 1899, IV, aludiendo a que el caso fortuito se identifica con las causas humanas y la fuerza mayor del hecho de tercero, lo que contradiría el contenido del art. 144 de la LCAP.

32. En igual sentido CUETO PÉREZ, M.: *Responsabilidad...*, ob. cit., p. 242.

El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

que merezca ser objeto de interpretación restrictiva como se ha dicho <sup>(33)</sup>. Pero ello no quiere decir que fuera del ámbito objetivo al que se refiere dicho precepto no exista una responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal basada en la existencia de caso fortuito <sup>(34)</sup>.

**B. Funcionamiento normal por actividad de riesgo desencadenado o incrementado por la Administración.** A diferencia del anterior supuesto, es la Administración la que origina la situación del riesgo que por tanto, no debe ser asumida por el administrado, lo cual se diferenciaría notablemente del tratamiento médico en el ámbito sanitario en el que el riesgo, por el contrario, es asumido por el paciente, como regla general, dado el carácter de obligación de medio y no de resultado que tiene la prestación médica, lo cual ha sido proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto de la Sala Primera como de la Sala Tercera. La idea del riesgo social como fundamento de la responsabilidad patrimonial late fuertemente en el Derecho Comparado, como es el caso del Derecho Francés, sobre la base de las aportaciones de DUGUIT. También en la doctrina española, como hemos visto <sup>(35)</sup>. En este sentido han de destacarse las aportaciones de BELADIEZ ROJO, que hace girar toda la responsabilidad objetiva en la idea de un riesgo jurídicamente relevante, inherente al servicio y que no se encuentre socialmente admitido. En primer lugar, me gustaría poner de relieve que ni la noción de riesgo puede explicar todos los casos de responsabilidad objetiva <sup>(36)</sup> ni tampoco tal como es concebi-

33. Así GUERRERO ZAPLANA, J., ob. cit., p. 175.

34. YZQUIERDO TOLSADA, M., ob. cit., p. 283, considera dicho supuesto como un causa de fuerza mayor o de falta de causalidad. Igualmente MUGA MUÑOZ, J.L.: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por el contagio de SIDA», *RAP*, núm. 136, enero-abril de 1995, y PARADA VÁZQUEZ, R., ob. cit., p. 634. Discrepo de esta opinión que considera que dicho precepto contempla un supuesto de fuerza mayor: en estos casos vistos en los Tribunales no se discute el contagio operado en centro sanitario público como consecuencia de la transfusión: lo que se alega por la Administración es que no le era exigible otra conducta a la vista del estado de la ciencia en el momento en que se produjo la transfusión y por tanto, el contagio. Es un supuesto de caso fortuito no derivado de fuerza irresistible que no origina deber de indemnizar por las características especiales del ámbito objetivo al que se refiere: las actividades de riesgo en las que este último ha de soportarlo el administrado, como regla general.

35. La admite GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso...*, ob. cit., p. 371.

36. En la misma idea, CUETO PÉREZ, M.: *Responsabilidad...*, ob. cit., p. 359; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ: *Curso...*, ob. cit.; LEGUINA VILLA, por el contrario, admite que el riesgo es el único título que fundamenta la responsabilidad por funcionamiento normal, *La responsabilidad del Estado...*, p. 344.

javier Eugenio López Candela

da por dicha autora, seguida por MIR PUIGPELAT, puede explicarse suficientemente la responsabilidad por funcionamiento normal del servicio; y respecto de este último autor, entiendo que no puede construirse la idea de la responsabilidad por funcionamiento normal sobre la noción de «*error no imprudente —delimitado por el estado de conocimientos de la ciencia y técnica debidamente difundidos y con el suficiente grado de consenso— que da origen a un funcionamiento fallido del servicio*», pues la misma resulta altamente artificiosa para explicar la responsabilidad en casos de funcionamiento normal del servicio, así como la previsión del art. 141.1 de la Ley 30/1992 para excluirla<sup>(37)</sup>. Que exista, como dice tal autor, un riesgo no consentido, no permitido y no insignificante en relación de causalidad con el resultado producido se presenta con contornos difíciles de distinguir del funcionamiento anormal del servicio, pues la falta de consentimiento en no pocas ocasiones implica una falta de oportunidad de naturaleza culposa<sup>(38)</sup>, y entraña ya de hecho un funcionamiento anormal del servicio (SSTS de 21 de noviembre de 2006, 9 de marzo y 20 de septiembre de 2005 y 26 de febrero de 2004, de la Sala III, aunque no obstante la STS de 28 de abril de 2005 parece no considerar mala praxis la falta de consentimiento). Además de ello ha de decirse que el primero que debe asumir el riesgo es el paciente, precisamente por el carácter peligroso de toda intervención quirúrgica<sup>(39)</sup>, admitida por su utilidad social, pero ello siempre y cuando exista un consentimiento escrito. Por consiguiente, si hay consentimiento para el riesgo, el riesgo no puede explicar la responsabilidad por funcionamiento normal del servicio<sup>(40)</sup>.

**C. Funcionamiento normal por enriquecimiento injusto de la Administración<sup>(41)</sup>.** Se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial al margen

---

37. MIR PUIGPELAT, O., ob. cit., pp. 273 y ss.

38. No obstante, debemos reconocer el interés de este autor en dotar de certidumbre a un ámbito crucial del Derecho Administrativo en el que tampoco puede decirse que exista mucha luz.

39. Lo cual es admitido por dicho autor, ob. cit., p. 263. Igualmente STS de 10 de mayo de 2005, por todas.

40. En todo caso, no quiero que se extraiga la conclusión de que el riesgo creado por la Administración no es relevante. Es evidente que puede ser fundamento de la obligación de indemnizar (SSTS de 22 de junio de 2005 y 10 de octubre de 2000).

41. Sobre esta cuestión, véase el libro de MARTÍN REBOLLO, Luis: *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, 1995 y «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España»,



El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

de la existencia de culpa, pero el título de imputación deriva de la necesidad de establecer un justo equilibrio de contraprestaciones. Algunos autores hablan, por el contrario, de una responsabilidad por empobrecimiento injustificado del administrado, más que de enriquecimiento injusto de la Administración. Pero lo cierto es que con ello nos estamos refiriendo a una misma figura jurídica: la que considera que la Administración debe responder cuando su enriquecimiento carece de fundamento jurídico y el administrado no tiene el deber de soportar un empobrecimiento en su patrimonio.

Hemos excluido, en todo caso, aquellos títulos de responsabilidad que la doctrina científica ha considerado como daños de carácter cuasiexpropiatorio, los cuales no se identifican necesariamente con los incluidos en este apartado. En este caso se trataría de supuestos que habrían de incluirse propiamente en el ámbito de las figuras jurídicas análogas al instituto expropiatorio, y por tanto deben ser estudiadas en esta sede.

En otro capítulo también la doctrina científica alude, como hemos visto, a aquellas ayudas establecidas por normas legales con la finalidad de reparar la vida o integridad corporal de aquellas personas que se han visto afectadas por una situación especialmente penosa. Es el caso de las ayudas a las víctimas del terrorismo o a los perjudicados por la asistencia médica y que han padecido el contagio del virus VIH o VHC. Pero a mi modo de ver en este caso concreto no nos encontramos propiamente con la existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración, antes bien, se trataría de ayudas de carácter asistencial basadas en la idea de solidaridad, tal como recogen los antecedentes parlamentarios, v.gr. de la Ley 14/2002, de 5 de junio, respecto de las personas que padecen hemofilia u otras coagulopatías congénitas y que se han visto infectados con el virus de la hepatitis C en establecimientos sanitarios públicos como consecuencia del tratamiento con hemoderivados.

Por otro lado, no me parece que la mera titularidad administrativa de la actividad o servicio constituya, por sí misma, título de imputación si no va ligada a alguno de los anteriores <sup>(42)</sup>.

---

pp. 55 y ss., no obstante las críticas doctrinales acerca de la existencia de este título de imputación de la Administración, y sin olvidar las dificultades derivadas del ámbito jurisdiccional para el ejercicio de esta acción.

42. Lo contrario opina v.gr. MIR PUIGPELAT, O., ob. cit., p. 54.

javier Eugenio López Candela

Como segundo postulado podemos afirmar:

2. **La responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos en el ámbito sanitario no puede afirmarse que se trate en un principio general de admitido reconocimiento y legitime la invocación de un derecho subjetivo por parte de un ciudadano frente a los poderes públicos basado en la mera invocación de una responsabilidad objetiva ligada a un funcionamiento normal del servicio.**

Ya hemos visto cómo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera <sup>(43)</sup>, seguida por la de los Tribunales contencioso-administrativos inferiores han hecho escasísimo uso de este título de responsabilidad patrimonial de la Administración admitiéndose el carácter excepcional de las sentencias que se ha fundamentado en el funcionamiento normal para justificar un pronunciamiento de condena. Y ello en todo caso no debe extrañar, si partimos de la base de que dicha jurisprudencia admite que, como regla general, la responsabilidad del personal médico como del que depende de éste vinculados a la Administración, al igual que ocurre en el ámbito civil, deriva de una obligación de medios, no de resultado, fuera de los supuestos conocidos como de tratamiento estético y odontológico; así como el que el ámbito de dicha responsabilidad deriva precisamente del cumplimiento o no de «lex artis».

Por otro lado en el apartado anterior ya expresábamos las opiniones doctrinales contrarias a una extensión de la responsabilidad sanitaria por funcionamiento normal del servicio <sup>(44)</sup>.

3. **La tesis expuesta acerca de la inaplicabilidad de la responsabilidad por funcionamiento normal del servicio sanitario, tal como la hemos considerado, no es contraria al art. 106.2 de la CE, pues el régimen en ella configurado se ha de predicar respecto de la totalidad del siste-**

---

43. Pese a las afirmaciones equívocas, como hemos visto, que hace la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en el ámbito contencioso-administrativo.

44. Es el caso de la posición mantenida por los profesores Pantaleón Prieto y Garrido Falla a la que nos hemos referido con anterioridad. En todo caso conviene poner de relieve que también han surgido importantes opiniones «de contrario» defensoras de mantener la concepción tradicional de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

**ma de responsabilidad patrimonial, no siendo exigible a todas y cada una de las parcelas del Derecho Administrativo.**

Por último, no debemos olvidar los efectos nocivos que la aplicación de la responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario puede conllevar en cuanto al coste de los servicios el progreso de la medicina, así como de la aplicación de una medicina defensiva<sup>(45)</sup>, bienes jurídicos que no pueden considerarse en modo alguno irrelevantes.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de: *Responsabilidad Civil por actos médicos, problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999.
- *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993.
- CAVANILLAS MÚGICA, S.: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987.
- CUETO PÉREZ, M.: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, t. II, Madrid, 1995.
- GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1985.
- *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2004.
- *Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado. Estudio homenaje al Profesor García de Enterría*, t. III, Civitas, Madrid, 1991.

---

45. Así MIR PUIGPELAT, O., ob. cit., p. 146.

javier Eugenio López Candela

- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996.
- GUERRERO ZAPLANA, J.: *Las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, Jurisprudencia, legislación, formularios*, 3.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2006.
- JIMÉNEZ LECHUGA, F.J.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el Derecho Español. Una visión de conjunto*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1983.
- LUNA YERGA, A.: *La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria. Culpa y causalidad*, Civitas, Madrid, 2004.
- LLAMAS POMBO, E.: «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en la obra *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio* (coord. J.A. Moreno), Dykinson, Madrid, 2000.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, 1995.
- «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España», *Documentación administrativa*, 237-238, enero-junio de 1994.
  - *Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas. Estudio homenaje al Profesor García de Enterría*, t. III, Civitas, Madrid, 1991.
  - *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Civitas, Madrid, 1977.
- MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.
- MUGA MUÑOZ, J.L.: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por contagio de SIDA», *RAP*, núm. 136, enero-abril de 1995.
- NIETO, A.: «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», *REDA*, núm. 4, 1975.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Civitas, Madrid, 1995.

El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal...

- «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», de la obra colectiva *Centenario del Código Civil*, t. II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1561 y ss.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I*, 14.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 2003.
- PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A., y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo, Parte general*, Ariel, Barcelona, 1996.
- PEMÁN GAVÍN, J.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», Documentación administrativa, núm. 237-238, enero-junio de 1994.
- RIVERO YSERN, J.L.: «La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 8, octubre-diciembre de 1991, p. 9 y ss.
- SAINZ MORENO, F.: «El Tribunal Constitucional alemán declara la nulidad de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado», *RAP*, núm. 98, 1982.
- SALVADOR CODERCH, P.: *Comentario del Código Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo, Parte general*, Tecnos, 2005.
- SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Montecorvo, Madrid, 2001.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: «La responsabilidad civil y en particular la médico-sanitaria, en el comienzo de un nuevo siglo», en la obra *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007.
- *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 1991.