

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Responsabilidad por fallecimiento en lista de espera sin mediar retraso (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000)

Emilio Guichot

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

INTRODUCCION

No es frecuente que una sentencia del orden administrativo alcance notoriedad pública y se eleve a titular en los medios de comunicación. Sin embargo, ése es el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000, comentada en periódicos, radio y televisión y que ha llegado a suscitar declaraciones de algún Ministro. La razón de la notable atención que ha despertado estriba, al menos en parte, en que versa sobre una materia objeto en los últimos meses de la atención mediática (que, a menudo, es tan caprichosa en sus tiempos): el problema de los fallecimientos sobrevenidos mientras los afectados se encuentran en listas de espera.

Este género de sentencias “estrella” (recuérdese la atención que en su momento provocaron las que resolvieron sobre reclamaciones entabladas por los afectados de la Presa de Tous o por los infectados de SIDA a través de transfusiones realizadas en hospitales públicos antes del aislamiento del virus y posterior establecimiento de *test* de control del plasma sanguíneo), cuando incorporen un pronunciamiento condenatorio, en general, es bien recibido en los medios de comunicación. Se consideran “un triunfo heroico del ciudadano frente a la maquinaria administrativa”. Sin embargo, lo cierto es que a veces se olvidan dos factores: que son las anomalías del sistema las que resultan noticiables, y no su funcionamiento regular; y que los presupuestos públicos son uno y lo mismo, de forma que cualquier cantidad que se abone por vía indemnizatoria significa una merma de recursos para otros fines públicos. Además, y desde el punto de

vista jurídico, a veces se concede indemnización, en atención al drama humano de fondo, a través de razonamientos que resultan un tanto discutibles desde el punto de vista jurídico, y que amenazan con difuminar la pureza del sistema; pero ya se sabe, *hard cases make bad law...*

Para formarse un criterio cabal, conviene remitirse antes de nada al texto de la sentencia y a los hechos enjuiciados en el caso concreto.

LOS HECHOS

En el asunto en cuestión, la esposa e hijos reclamaban daños morales por el fallecimiento del marido y padre, respectivamente, cuando se encontraba en lista de espera para ser intervenido por una insuficiencia cardíaca. La especialidad del asunto, y lo que suscita la mayor relevancia jurídica, es que la argumentación no se fundamenta en un pretendido mal funcionamiento de la Administración sanitaria; esto es, que el tribunal considera que no hubo retraso en la lista de espera.

Los hechos son los siguientes: una persona ingresa en el Servicio de Cardiología de un Hospital Público por lesión de válvula aórtica. Allí permanece ingresado unos días hasta que recibe el alta médica. No obstante, poco más tarde vuelve a ingresar, decretándose días más tarde nueva alta médica con emplazamiento para consulta cardiológica al día siguiente. El cardiólogo se muestra conforme con lo practicado hasta entonces y prescribe intervención quirúrgica, catalogándola de preferente, pero no de urgente (el sistema de listas en cardiología tiene tres niveles, de mayor a menor perentoriedad, a saber: urgente, preferente y programado), informando al paciente que puede hacer vida normal. Este fallece a los dos meses por insuficiencia cardíaca con doble lesión aórtica, sólo una semana antes de ser llamado para la operación.

LA ARGUMENTACION JUDICIAL

Parte la Audiencia de un principio general, el de la legalidad de las listas de espera. En efecto, los medios con que dispone la Administración sanitaria son limitados y la propia existencia de las listas de espera tiene previsión normativa (entre otras, en el artículo 16.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que se limita a contemplar su establecimiento). Por tanto,

“[...] desde la juridicidad de la lista de espera [...] cabe entender que serán daños jurídicos, luego existe el deber de soportarlos, los que se refieran a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momen-

to de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación. Por el contrario el daño que sufra será antijurídico cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo *o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada*” (la cursiva es nuestra).

La Audiencia Nacional admite la corrección del diagnóstico y de la catalogación de la perentoriedad de la intervención, así como que el tiempo de espera fue razonable. Y, sin embargo, concluye que

“[...] el daño sufrido por los demandantes es antijurídico, es decir, no había deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley, pues si bien es asumible que haya lista de espera por las propias carencias o limitaciones del sistema de salud, la juridicidad de la espera no implica la soportabilidad de daños irreparables”.

Por lo demás, descarta que se trate de un caso de fuerza mayor enervante de la responsabilidad administrativa, “es decir, un hecho imprevisible e inevitable, ajeno o extraño a la prestación del servicio”.

Se aplica el sistema de baremo de daños personales en materia de daños automovilísticos -no vinculante en este ámbito, sino orientativo, pero que, de acuerdo con la Audiencia Nacional, permite una objetividad y seguridad jurídica del sistema- y se fija una indemnización de veintiún millones de pesetas.

COMENTARIO

El sistema español de responsabilidad administrativa, a diferencia de lo que ocurre en los demás países de nuestro entorno, es de corte objetivo. Ello significa que, en palabras del artículo 139.1 de nuestra Ley de Procedimiento Administrativo de 1992, “(l)os particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Es decir, que nuestro régimen de responsabilidad administrativa se independiza de la noción clásica que funda los sistemas de responsabilidad por daños, desde el Derecho Romano hasta hoy: la culpa o negligencia.

En efecto, el Derecho de los países de nuestro entorno y nuestro propio Derecho civil entienden que la justicia sólo impone que el que causa un daño deba responder de él cuando actúa intencionalmente o, al menos, de forma imprudente. Por el contrario, nuestro sistema de responsabilidad administrativa adopta otro enfoque, centrado en la situación de la víctima: todo aquel que sufre un daño tiene derecho a una reparación, salvo que del conjunto de normas se desprenda que éste debe ser soportado por el afectado. Por ejemplo, pensemos en la obligación de pagar impuestos, de cumplir sanciones legalmente impuestas, de hacer el servicio militar, etc. Esta óptica se apoya, además, en la idea de que, cuando el daño es causado por una Administración que, recordemos, actúa persiguiendo el bien de la colectividad resulta justo que los daños que causen sean reparados por los presupuestos públicos, y repartidos de este modo entre todos los ciudadanos que los financian. Por el contrario, en el terreno de los sujetos privados, obligar a reparar el daño causado, a pesar de actuar con diligencia, puede suponer un gravamen inicuo. Por ello mismo, el principio de responsabilidad objetiva se acoge en otros Derechos nacionales y en nuestro propio Derecho privado en supuestos en que la actividad privada causante del daño es potencialmente peligrosa o esencialmente lucrativa, de forma que en estos casos las posibles indemnizaciones pueden entenderse englobadas en los costes de la actividad (lo que, de hecho, lleva a que se trate generalmente de actividades cubiertas por pólizas de seguro).

Ahora bien, el sistema general objetivo de responsabilidad administrativa, aparentemente diáfano y de unos efectos garantistas difícilmente discutibles, topa con dificultades en su apreciación práctica. Muy en especial, cuando no se trata de daños directamente provocados por la Administración (por ejemplo, al construir un túnel del metro se originan daños a unas viviendas), sino de conectar el perjuicio con una omisión (por ejemplo, suicidios de reclusos, reclutas o internos por falta de vigilancia). En estos casos, difícilmente podrá imputarse el resultado dañoso a la Administración si no se prueba que hubo negligencia, o, en nuestra terminología, un "funcionamiento anormal". En ocasiones, el Tribunal Supremo afirma expresamente la exigencia de un elemento de anormalidad en los casos de daños derivados de omisiones administrativas¹; en otras, acude a un razonamiento un tanto circular, según el

¹ Así, p. ej., STS de 9 de junio de 1998, Ar. 5177, FJ^o 4: no hay anormalidad "y, en consecuencia, la falta de este requisito comporta que no pueda apreciarse nexo de causalidad entre la supuesta conducta omisiva o pasiva y el resultado dañoso producido". En el mismo sentido, SSTS de 5 de mayo de 1998, Ar. 4625 o de 19 de junio de 1998, Ar. 5272 (casos de suicidios de reclusos o internos).

cual, puesto que no hubo funcionamiento anormal, no puede apreciarse una relación de causalidad entre la omisión administrativa y el daño sufrido por el perjudicado².

Pues bien, esta problemática se revela con especial intensidad en el ámbito de los daños sanitarios. En estos casos, la obligación que pesa sobre la Administración es de medios, que no de resultado. En otras palabras, no cabe exigir de la Administración que, como un ente todopoderoso, asegure o restablezca la salud de los ciudadanos frente a cualquier menoscabo. Sólo es posible, más modestamente, reclamar que ponga a disposición de los ciudadanos todos los medios técnicos y humanos que sean factibles y la diligencia adecuada. Y es más, para ambos elementos habrá que fijar estándares, pues qué duda cabe que siempre es posible proveerse de mayores medios materiales y humanos, eso sí, a costa de un detrimento de la inversión pública en otros capítulos presupuestarios que pueden revelarse igualmente prioritarios; o que una intervención quirúrgica no siempre (mejor dicho, casi nunca) podrá ser realizada por el mayor especialista mundial. En la medida en que dichos estándares no vengán fijados por normas, protocolos o guías (la llamada *lex artis ad hoc*), discriminar qué sea "funcionamiento normal" o "anormal" deriva, hoy por hoy, de una valoración global por parte de los tribunales de las pruebas periciales aportadas. Precisamente, un importante camino que queda por recorrer al legislador es el establecimiento de los parámetros de funcionamiento normal de la Administración, esto es, la determinación del nivel de calidad de los servicios públicos exigible en cada ámbito³.

En el caso de los daños derivados del actuar médico, delimitar cuándo un daño puede conectarse con la actuación médica, en otras palabras, probar la relación de causalidad es particularmente complejo. No obstante, los tribunales vienen haciendo un esfuerzo por delimitar qué es exigible en cada caso a la Administración, de forma que el particular no se vea condenado a una *diabolica probatio*. Así, han perfilado la doctrina sobre la presunción de negligencia en caso de daños desproporcionados; la obligación de un consentimiento informado antes de cada intervención, cuya acreditación corresponde a la Administración; de un seguimiento debido y continuado de la evolución de las

² Así, p. ej., SSTS de 19 de junio de 1998, Ar. 5172; de 8 de julio de 1998, Ar. 6716; o de 26 de septiembre de 1998, Ar. 6836.

³ Recientemente, sobre el particular, son de notar las reflexiones de un especialista como MARTIN REBOLLO, L., *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, Revista de Administración Pública, núm. 150, septiembre-diciembre 1999, págs. 317-371, en págs. 363-367.

enfermedades; de una suficiente celeridad en la atención a los pacientes en función de las patologías que presenten, etc.

Pero frente a todo ello, cuando la Administración acredita que llevó a cabo de forma correcta su actuación, y, a pesar de ello, el paciente sufre un perjuicio, surge el *quid* de la cuestión: ¿el sistema de responsabilidad por funcionamiento *normal* o anormal impone, a pesar de todo, que la Administración indemnice los daños, a modo de un seguro colectivo?

La jurisprudencia administrativa viene negándolo, excluyendo que en estos casos exista una relación de causalidad⁴. Significativamente, la jurisdicción civil llega a la misma solución de una forma mucho más directa: al no haberse acreditado negligencia alguna, no hay responsabilidad⁵.

Sin embargo, la sentencia que aquí comentamos parece desviarse de esta línea. Tras un razonamiento que aparenta conducir a la negación de la responsabilidad, dado que hubo funcionamiento normal, se concluye que cuando a pesar de ello se producen daños irreparables, el daño es antijurídico, y, por tanto, indemnizable. Puede considerarse como un salto en el razonamiento lógico o, por el contrario, como una aplicación coherente de un sistema objetivo de responsabilidad. En realidad, la Audiencia resuelve de acuerdo con su propio concepto de la responsabilidad objetiva, ya que, como vimos, declara previamente que ésta obliga a indemnizar “cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada”. Probablemente, tiene un peso larvado y decisivo la siguiente consideración: si el paciente falleció en tan corto lapso de tiempo, podría “presumirse” que, en realidad, debió ser incluido en el grupo de intervenciones urgentes. En cierto modo, el resultado habla por sí sólo (*res ipsa loquitur*)⁶. Esta idea de fondo pue-

⁴ Entre las más recientes, p. ej., vid. STS de 1 de marzo de 1999, Ar. 2317; de 11 de mayo de 1999, Ar. 4802.

⁵ Entre las más recientes, SSTS de 13 de abril de 1999, Ar. 2611; de 14 de abril de 1999, Ar. 2615; de 23 de abril de 1999, Ar. 2825; de 19 de mayo de 1999, Ar. 4049; o de 24 de mayo de 1999, Ar. 3925. Un fresco de la más reciente jurisprudencia puede encontrarse en LOPEZ MENUÑO, F. y GUICHOT, E., Crónica de jurisprudencia. Responsabilidad administrativa, Ed. Lex Nova. Sobre el concepto de *Lex artis ad hoc*, en especial núm. 6, enero 2000 pp. 161-172.

⁶ Un razonamiento como éste lleva a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a presumir la culpa en el caso de daños desproporcionados. Así, entre las más recientes, SSTS de 8 de septiembre de 1998, Ar. 7548; o de 29 de junio de 1999, Ar. 4895.

de incluso intuirse en algún párrafo, en que, a pesar de haber afirmado que no se ha probado el error de diagnóstico o clasificación, tras descartar la fuerza mayor, la Audiencia Nacional apunta que “la muerte le sobreviene a una persona con un padecimiento cardíaco serio que había que operar y la organización sanitaria entendió que esa intervención no era urgente sino preferente y le hace esperar”.

Ahora bien, no puede obviarse que la Sentencia plantea grandes interrogantes.

En primer lugar, en la aplicación al caso concreto, de ser cierta la hipótesis apuntada, según la cual la Audiencia Nacional resuelve en el fondo movida por una convicción de que hubo una anormalidad en la clasificación de la prioridad de la intervención, hubiera resultado más convincente afirmarlo abiertamente, haciendo gala de la sana crítica en la valoración de la prueba. O, acaso, aplicar la doctrina del daño desproporcionado en tanto que desencadenante de una presunción de anormalidad (y por ello, de causalidad), a imagen de lo que en ocasiones hace el juez civil (sin que, por lo demás, pueda desconocerse la prudencia con que habría de aplicarse esta doctrina). La Sentencia comentada no acoge ninguna de estas vías argumentales, por lo que parece que debería haber partido de los hechos probados y de su calificación, lo que, en coherencia con la doctrina general en materia de responsabilidad administrativa, hubiera conducido a una exclusión de la responsabilidad. Lo contrario implica un riesgo de fragilizar la coherencia del razonamiento jurídico, llevado por consideraciones *pietatis causa* cuyo cauce no puede ser el de la acción de responsabilidad.

Sobre todo, el mayor riesgo de un pronunciamiento como el comentado es que, de extenderse esta argumentación a supuestos en que no ha habido una previa intervención administrativa (en este caso, clasificando la urgencia de la intervención quirúrgica), esto es, en que no es posible ningún tipo de “presunción” de anormalidad como la que parece planear en la mente del juzgador en el caso de autos, ¿dónde estaría el límite de la responsabilidad? ¿Con qué celeridad han de acudir los servicios de urgencia a un accidente o los bomberos a apagar un incendio en una vivienda? Si los servicios se mejoran y funcionan impecablemente, tras inversiones millonarias (a costa de otras partidas, no se olvide), y a pesar de ello se produce un perjuicio, ¿estará la Administración obligada a repararlo por vía presupuestaria? Es más, ¿acaso no repugna hasta cierto punto una solución tal a la propia noción de “responsabilidad por actos propios”?⁷. Es evidente que nos hallamos

⁷ El Diccionario de la Real Academia define este término como “Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”; “Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado”; “Capacidad existente a todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”.

ante un tema de enorme complejidad que cuestiona cuáles sean los confines y el sentido del instituto de la responsabilidad⁸, y que debe ser objeto de debate público, sin hurtar todas las vertientes jurídicas y financieras del mismo.

Desde luego, un excesivo retraso en la lista de espera puede constituir una auténtica violación de la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, a que se refiere el artículo 43 de la Constitución de 1978, así como una vulneración de las leyes que regulan la asistencia sanitaria. Cuando por consecuencia de un retraso se produce un daño, la Administración está obligada a reparar (siquiera sea con una compensación monetaria) el daño humanamente irreparable. Pero si se cumple con los estándares sociales de lo que se considera un funcionamiento normal y diligente, imponer la obligación de compensar podría resultar insostenible.

La Ministra de Sanidad ha anunciado ya la intención de recurrir esta sentencia. Ahora bien, la cuantía indemnizatoria no alcanza los veinticinco millones establecidos como mínimo en el artículo 86.2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, por lo que no es susceptible de recurso de casación. De este modo, las posibilidades de que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la corrección jurídica de esta sentencia vienen a cifrarse en el recurso de casación en interés de la ley regulado en los artículos 100 y 101 de dicha Ley, medio procesal a través del cuál la Administración del Estado habría de alegar que la resolución es gravemente dañosa para el interés general y errónea, sin que en todo caso la resolución del Tribunal Supremo alterara la situación jurídica particular derivada de la sentencia. No obstante, sería bueno que se aclarara de por esta vía si la decisión comentada es compatible con nuestro sistema de responsabilidad y se fijara la doctrina legal al respecto⁹. En definitiva, cabe esperar una segunda parte.

⁸ Al igual, y por razones próximas, a lo que ocurre con la exención de responsabilidad por daños imprevisibles o inevitables según el estado de los conocimientos y de la ciencia, establecida en el artículo 141.1 LRJAP-PAC. Sobre el particular, véase LOPEZ MENUDO, F., *Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: un paso adelante en la definición del sistema*, en esta misma Revista, núm. 36, octubre-diciembre 1999, págs. 11-44.

⁹ Compárese esta Sentencia, entre las recientes, con la de 18 de mayo de 1999, Ar. 4808. En este último caso, el rescate y evacuación de un alpinista herido no logra salvarle la vida. Se descarta la responsabilidad al no haberse producido una dilación anormal en la prestación sanitaria, habida cuenta de las circunstancias del caso. Para ser ponderados, hay que afirmar que hay toda una serie de elementos análogos en las reclamaciones (fallecimiento; omisión de la suficiente celeridad en la actuación de los servicios sanitarios con celeridad; causalidad indirecta), aunque un elemento diferencial importante a tener en cuenta es la existencia de un previo diagnóstico y clasificación en la sentencia de la Audiencia Nacional que aquí