

La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria (*)

José Luis Rivero Ysern

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Cádiz

SUMARIO:I. BREVE INTRODUCCION: EVOLUCION LEGISLATIVA DE NUESTRO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.II. LA CONSTITUCIONALIZACION DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.III. CARACTERISTICAS GENERALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.IV. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN EL SERVICIO PUBLICO SANITARIO. A. Utilización preferente de la vía penal y civil frente a la administrativa para exigir indemnización por daños ocasionados por el Servicio Público Sanitario.B. Reparos en vía contenciosa para la indemnización del daño personal y moral. C. Superación de estos planteamientos: criterios de valoración de los daños. D. Un sistema común de responsabilidad para todas las administraciones públicas V. PROCEDENCIA DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA OBJETIVA EN MATERIA SANITARIA. A. La organización del Sistema Sanitario Público: Principios rectores. Sistema único de Salud y Hospital Abierto. VI. ¿EXCESIVA AMPLITUD DEL SISTEMA? CRITERIOS CORRECTORES. A. La Ley General de Consumidores y Usuarios, Ley 28/84 de 19 de julio. B. La Ley 5/1985 de 8 de julio de los Consumidores y Usuarios en Andalucía.VII. CONCLUSION: SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIO DE EFICACIA.

(*) El presente trabajo reproduce en sus líneas esenciales, la ponencia presentada por el autor a las primeras jornadas andaluzas de estudio sobre salud y derecho organizadas por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía y Consejo Andaluz de Colegios de Médicos y patrocinadas por el Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía General del Estado

I.- BREVE INTRODUCCION: EVOLUCION LEGISLATIVA DE NUESTRO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

La Constitución vigente, culminando un largo proceso evolutivo, ha constitucionalizado en sus artículos 9.3 y 106 el principio de responsabilidad de la Administración pública.

El punto de partida de este proceso lo constituye la aplicación a la actuación administrativa de los artículos 1902 y 1903 del Código civil.

Establecen estos preceptos un sistema de responsabilidad por culpa conforme al cual quien por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. El artículo 1903 regula la responsabilidad por actos u omisiones de personas por quien deba responderse y en uno de sus apartados contempla la responsabilidad en este concepto en los siguientes términos:

“El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”.

Un interpretación lógica de estos preceptos hubiera llevado a consagrar la responsabilidad del Estado, tanto si actuaba por agente especial como si la actuación perjudicial era atribuible al funcionario a quien correspondiera la gestión, en cuanto integrado entonces en la organización administrativa. Sin embargo, la interpretación literal del precepto llevó a la incongruente afirmación de la responsabilidad de la Administración por hecho de tercero (agente especial), negándose la responsabilidad por hecho propio.

La Ley de Régimen Local de 1955 fue más progresiva en esta materia (como en otras muchas instituciones) y en sus artículos 405 y 406 estableció una responsabilidad subsidiaria o directa de las Entidades locales según mediara o no culpa o negligencia grave de la autoridad o funcionario causante del daño.

Al margen de estos antecedentes no es sino hasta la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 que se formula un efectivo y definitivo reconocimiento de la responsabilidad administrativa. Indica el artículo 121 de la citada Ley que:

“1.- Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir a sus funcionarios con tal motivo.”

La regulación en la L.E.F. de la responsabilidad administrativa respondía a circunstancias puramente coyunturales y limitaba al ámbito de los bienes y derechos expropiables los bienes y derechos eventualmente indemnizables. Con dudosa legalidad, el artículo 133 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa amplió el ámbito de los bienes y derechos indemnizables a todos los susceptibles de valoración económica.

Es la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado la que culmina el proceso al establecer en su artículo 40 que:

“1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.”

II.- LA CONSTITUCIONALIZACION DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

Nuestra Carta Fundamental, si bien no ha incluido (como sucede por ejemplo en las Constituciones italiana, la portuguesa o la Ley Fundamental de Bonn), la responsabilidad de la Administración en los derechos del ciudadano del Título primero, si ha constitucionalizado el principio de responsabilidad de los poderes públicos, garantizando la responsabilidad de estos poderes en el artículo 9.3 y reconociendo el derecho de los particulares a ser indemnizados por la lesión que sufran en sus bienes y derechos en términos prácticamente idénticos a los recogidos en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, en consecuencia, con una gran generosidad.

Esta constitucionalización implica por otra parte un modo de configurar a la Administración pública acentuando la nota de garantía al elevar al má-

ximo nivel normativo un principio que es sin duda uno de los pilares del Estado de Derecho. (1).

III.- CARACTERISTICAS GENERALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

El sistema implantado es un sistema generoso y progresivo de carácter objetivo, esto es, prescindiendo de toda idea de culpa y girando en torno al concepto de lesión, entendida como daño antijurídico que el perjudicado no está obligado a soportar. Tras un período en que la jurisprudencia fluctuó en sus planteamientos, viene hoy a sancionarse el carácter directo de la responsabilidad administrativa en nuestro Derecho (ST.TS de 6 de marzo de 1979), y al carácter objetivo de la misma (ST.TS 24-octubre-1984 ó 2-abril-1985).

El punto central de la teoría de la responsabilidad pasa de esta forma, de la culpa al dato del funcionamiento defectuoso, tardío, o, simplemente, del no funcionamiento del servicio.

Para que la lesión sea resarcible no basta con que el daño sea antijurídico sino que ha de reunir otros requisitos: realidad y efectividad de este daño; que sea evaluable económicamente e individualizable en relación con una persona o grupo de personas; que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (exigiendo alguna jurisprudencia que se dé, además, en esta relación de causalidad una relación inmediata directa y exclusiva) y que no se haya producido, finalmente un supuesto de fuerza mayor.

IV.- EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN EL SERVICIO PUBLICO SANITARIO.

Este es, en líneas tan esenciales como esquemáticas, el actual sistema de responsabilidad administrativa. Hecho este breve apunte procede examinar en qué medida, bajo qué presupuestos y con qué matices es aplicable este sistema de responsabilidad objetiva a los daños que a los particulares se irroguen

(1) Véase MARTIN REBOLLO, Luis. "Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas". En Libro Homenaje al Profesor García de Enterría. Civitas. Madrid, 1991. Volumen III pág. 2.792 y ss

como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario.

A. UTILIZACION PREFERENTE DE LA VIA PENAL Y CIVIL FRENTE A LA ADMINISTRATIVA PARA EXIGIR INDEMNIZACION POR DAÑOS OCASIONADOS POR EL SERVICIO PUBLICO SANITARIO.

Quizá, como punto de partida, convenga destacar el dato de que, por lo general, las acciones de responsabilidad entabladas en materia sanitaria no se plantean contra el servicio público sino contra este servicio conjuntamente con el facultativo supuestamente responsable; y no se plantean además como tales acciones de responsabilidad administrativa, sino ante los Tribunales civiles. La jurisdicción civil por su parte ha afirmado en estos casos la propia competencia, como ha señalado la doctrina (2), bien de forma pacífica (ST.TS de 28 de marzo de 1983), bien por exclusión, no de la jurisdicción contenciosa, sino de la laboral (ST.TS de 20 de febrero de 1981). Se considera en efecto en estas decisiones que, aunque la Ley de Seguridad Social atribuye a la jurisdicción laboral el conocimiento de toda clase de litigios sobre esta materia, se está sometiendo con ello a "los emanados de sus propias normas reguladoras" sin que puedan incluirse los que tienen su origen en un supuesto de responsabilidad civil en la que han incurrido funcionarios afectos a la Seguridad Social o en el desempeño de funciones que dicha Seguridad les tiene encomendadas (ST.TS de 20 de febrero de 1981).

Por otra parte, en aquellos casos en la demanda va dirigida exclusivamente contra un médico perteneciente a un hospital exclusivamente público, dependiente o concertado con la Seguridad Social, se considera sistemáticamente competente la jurisdicción civil, ya sea porque la demanda se fundamentó en la culpa o negligencia del facultativo y no en el funcionamiento del centro hospitalario (ST.TS 28-diciembre 1979), ya por haberse invocado en la misma los artículos 1902 y 1903 del Código Civil (ST.TS 7-febrero-1973 y 20-febrero-1981), ya por presumir la existencia de un contrato privado no administrativo, entre el médico y el enfermo (ST.TS 7-febrero-1973 y 28-diciembre-1978).

Con alguna excepción, que más adelante indicaremos, éste es el planteamiento jurisprudencial mayoritario en orden a la determinación de la jurisdicción competente en esta materia, planteamiento que implica una evi-

(2) BRAVO FERNANDEZ DE ARAOZ, Paloma. Derecho administrativo Revisado y coordinado por J. Santamaría y L. Parejo Alfonso. Fundación Ramón Areces. Madrid, 1990, pág. 736.

dente toma de postura previa en orden a determinar el carácter privado o público de la responsabilidad que se enjuicia.

B. REPAROS EN VIA CONTENCIOSA PARA LA INDEMNIZACION DEL DAÑO PERSONAL Y MORAL.

Junto a estas dificultades en orden a un enjuiciamiento de estas cuestiones por la jurisdicción contencioso-administrativa se encuentra una actitud reticente (en parte ya superada) cara a la indemnización de los daños personales y morales —frecuentes en la materia— por una interpretación rígida de la exigencia de valoración económica del daño (ST.TS 17-enero y 25-febrero de 1975). Esta actitud reticente está a su vez reforzada por la afirmación generalizada de la no aplicabilidad a la Administración institucional (esta forma es la adoptada generalmente por la Administración sanitaria en su actividad prestacional) de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que declara en su artículo 40 indemnizables las lesiones a cualesquiera bienes y derechos de los particulares. Al negar la aplicabilidad de los preceptos de esta Ley a la Administración institucional entraba en juego el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa que limitaba, como hemos ya indicado, los daños indemnizables a los sufridos en los bienes y derechos expropiables, bienes a los que la citada Ley de Expropiación se refería.

C. SUPERACION DE ESTOS PLANTEAMIENTOS: CRITERIOS DE VALORACION DE LOS DAÑOS.

Todos estos planteamientos están en fase de revisión hoy día y, de hecho, son ya generalizados los pronunciamientos jurisprudenciales que afirman la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de pretensiones derivadas de daños producidos por la actuación del servicio sanitario sobre la base de considerarlo como un caso de funcionamiento normal o anormal de un centro hospitalario público.

Por otra parte, si bien siguen existiendo pronunciamientos en sentido contrario, son hoy ya mayoría los que afirman la posibilidad del resarcimiento de los daños personales y el daño moral por ser susceptibles de evaluación o compensación económica. Cuestión distinta es que esta tarea de evaluación o compensación de daños sea una tarea difícil y enormemente delicada, especialmente en los casos de lesiones que producen la muerte. Siguiendo en este

punto la exposición de Paloma Bravo Fernández de Araoz (3), puede decirse que los criterios sostenidos en este punto por el Tribunal Supremo son los siguientes:

1) Se calcula como regla general el importe de la indemnización teniendo en cuenta la edad del fallecido, sus ingresos anuales, las cargas familiares (sobre todo la edad de los hijos) y las expectativas profesionales fundadas (ST.TS 18-marzo-1985) así como otros módulos ponderados con arreglo al principio de equidad o aplicados por otras jurisdicciones en caso de accidentes mortales, no faltando fijación de indemnizaciones a tanto alzado sin partir el Tribunal de criterio objetivo alguno (ST.TS 12-marzo-1984).

2) Con relación al daño moral hay sentencias que los excluyen (ST. 18-julio-1985); otras los reconocen e incluyen su valor en la indemnización (ST. 18-marzo-1985), y otras, dictadas en casos de fallecimiento de menores determinan el importe de la indemnización exclusivamente en base a dichos daños morales (ST.TS 8-junio-1982).

3) Si el daño origina una lesión física o psíquica, la jurisprudencia incluye, unánimemente, en la indemnización los gastos médicos y hospitalarios, valorándose con criterios similares a los casos de muerte en otros órdenes jurisdiccionales o fijando un tanto alzado el Tribunal a su libre arbitrio.

Normalmente, aunque se solicitan en los casos de muerte o lesiones, no suele concederse una cantidad periódica, lo cual, aparte de ser acorde con los preceptos reguladores de la responsabilidad patrimonial (ST.TS 2-febrero-1980), es algo que beneficia al particular pues una cantidad a tanto alzado concede al beneficiario algo tan importante hoy día como la capacidad de crédito.

No se admiten finalmente criterios utilizados en la legislación sectorial (Vgr Seguro Obligatorio de Uso y Circulación de Vehículos de Motor), por entender que el principio de responsabilidad directa patrimonial del Estado con motivo del funcionamiento de los servicios públicos está establecido en una Ley General y con la técnica de la cláusula general por lo que no cabe aplicar conceptos previstos para otros supuestos de reparaciones específicas.

(ST.TS 18-febrero-1980).

(3) BRAVO FERNANDEZ DE ARAOZ, Paloma. Derecho administrativo Revisado y coordinado por J. Santamaría y L. Parejo Alfonso cit. pág. 707 y 708.

Sorprendentemente, las indemnizaciones por muerte suelen ser inferiores (rara vez superiores a los 3.000.000 de pesetas) a las otorgadas en caso de lesión (oscilan entre 500.000 y 10.000.000 de pesetas), estando en el fondo de esta aparente incongruencia la valoración por el tribunal de la carga que supone para la familia la supervivencia de una persona incapaz.

En este delicado tema va la jurisprudencia avanzando, pero quizá debiera hacerlo —como ha señalado hace tiempo la doctrina (4)— no por el camino de la indemnizabilidad del daño moral en cuanto evaluable económicamente pues ello lleva frecuentemente a una prueba diabólica o a forzar las instituciones jurídicas, sino mediante la introducción de conceptos indemnizables como los que maneja la jurisprudencia francesa que utiliza habitualmente “la perturbación grave a las condiciones de existencia” como concepto suficiente para poder indemnizar a una persona por la pérdida de un padre, madre, hijo, etc. (5).

D. UN SISTEMA COMUN DE RESPONSABILIDAD PARA TODAS LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS.

Junto a esta evolución, progresiva en múltiples cuestiones, hay que destacar cómo, tanto a nivel jurisprudencial como de Derecho positivo se generaliza un sistema común amplio de reponsabilidad objetiva para todas las Administraciones públicas. Esta unificación y esta generalización de un mismo y común sistema de responsabilidad administrativa se deduce de los artículos 106 y 149.1.18 de la Constitución y de la propia legislación autonómica en la materia. A título de ejemplo baste citar la Disposición Transitoria segunda de la Ley 6/83 de 21 de julio de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el artículo 36 de la Ley 8/86 de 18 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias o las concordantes de la Ley Catalana de Gobierno y Administración.

V.- PROCEDENCIA DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA OBJETIVA EN MATERIA SANITARIA.

Llegados a este punto se hace necesario, a nuestro juicio, reconsiderar la procedencia de un sistema de responsabilidad como el expuesto en materia

(4) CASTELL ARTECHE. “La responsabilidad de la Administración en materia hospitalaria”. R.A.P. 79.

(5) VEDEL. “Droit administratif”. París, 1972. pág. 392 y 393.

sanitaria y ello porque si bien a nosotros nos parece que así debe ser, la realidad demuestra que tal solución no es, en la práctica, pacíficamente aceptada.

Si se nos permite una recapitulación y una valoración de cuanto antecede habría que decir, en primer término, que en materia sanitaria no es la jurisdicción contencioso administrativa una jurisdicción a la que generalmente acuden los afectados por el servicio sanitario y ello pese al reconocimiento, a nivel tanto de Derechos positivo como jurisprudencial, de una responsabilidad administrativa objetiva y directa por un funcionamiento defectuoso o un no funcionamiento del servicio público sanitario.

Por otra parte, demandas en vía contenciosa en esta materia se caracterizan por tener que superar cuestiones técnicas en modo alguno baladíes: indemnizabilidad del dolor y la muerte; establecimiento de un vínculo causal directo —que en ocasiones se pide sea exclusivo— entre el daño y el funcionamiento del servicio; determinación del régimen jurídico aplicable a la Administración institucional en esta materia, etc.

Este cúmulo de conflictos, aunque algunos vayan ya superándose, unidos a la reticente actitud del ciudadano a exigir este tipo de responsabilidad (acudiendo preferentemente, insistimos, a la vía penal o civil), llevan a plantearnos la procedencia, la conveniencia y hasta la utilidad del sistema de responsabilidad administrativa en materia sanitaria.

Para ello y como premisa previa, procede analizar el carácter y organización del servicio sanitario. Para ello examinaremos la Ley 14/86 de Bases de Sanidad Nacional y la Ley 8/86 de 6 de mayo de creación del Servicio Andaluz de Salud, ley complementada por el Decreto 80/87 de 25 de marzo que estructura orgánicamente el Servicio Andaluz de Salud.

A. La organización del sistema sanitario público: principios rectores. Sistema único de Salud y Hospital abierto.

La Ley General de Sanidad, en su artículo 4º alude a una concepción integral del sistema sanitario que posteriormente desarrollan los artículos 44 y siguientes. Establecen estos preceptos lo siguiente:

“Artículo 44. 1. Todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema Nacional de Salud.

2. El Sistema Nacional de Salud es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley.

Artículo 45. El Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

Artículo 46. Son características fundamentales del Sistema Nacional de Salud:

- a) La extensión de sus servicios a toda la población.
- b) La organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación.
- c) La coordinación y, en su caso, la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único.
- d) La financiación de las obligaciones derivadas de esta Ley se realizará mediante recursos de las Administraciones Públicas, cotizaciones y tasas por la prestación de determinados servicios.
- e) La prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados.”

En este sistema integrado y unitario de Salud son titulares del derecho a la protección a la salud:

(Artículo 1).- “Todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”;

añadiendo el párrafo 4º de este artículo 1º que:

“Para el ejercicio de los derechos que esta Ley establece están legitimadas, tanto en la vía administrativa como jurisdiccional, las personas a que se refiere el apartado 2 de este artículo”.

El artículo 3, párrafo 2, por su parte, indica que: -

“La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva.”

El artículo 16 completa esta serie de declaraciones indicando que:

“Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos. En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud, así como los previstos en el artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados, de acuerdo con los siguientes criterios:

1.- Por lo que se refiere a la atención primaria, se les aplicarán las mismas normas sobre asignación de equipos y libre elección que al resto de los usuarios.

2.- El ingreso en centros hospitalarios se efectuará a través de la unidad de admisión del hospital, por medio de una lista de espera única, por lo que no existirá un sistema de acceso y hospitalización diferenciado según la condición del paciente.

3.- La facturación por la atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas administraciones de los Centros, tomando como base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los Servicios de Salud. En ningún caso estos ingresos podrán revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes.”

La Ley se ocupa también de los centros concertados estableciendo unas condiciones de homologación y un control por la Administración sanitaria en los siguientes términos: (artículos 90.1, 4, 5 y 6)

“ Artículo 90. 1. Las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas.

4. Las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias fijarán los requisitos y las condiciones mínimas aplicables a los conciertos a que se refieren los apartados anteriores.

5. Los centros sanitarios susceptibles de ser concertados por las Administraciones Públicas Sanitarias deberán ser previamente homologados por aquéllas, de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente, que podrá ser revisado periódicamente.

6. En cada concierto que se establezca, además de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, quedará asegurado que la atención sanitaria y de todo tipo que se preste a los usuarios afectados por el concierto será la misma para todos sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios, y que no se establecerán servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración Pública concertante."

El artículo 94, finalmente, indica que:

"1. Los hospitales privados vinculados en la oferta pública estarán sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos.

4. La Administración Pública correspondiente ejercerá funciones de inspección entre aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración Pública en los centros privados concertados".

A nivel autonómico la regulación es análoga.

El artículo 1º de la Ley 8/86 crea el Servicio Andaluz de Salud como organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía, adscrito a la Consejería de Salud y Consumo para la gestión y administración de los servicios públicos de atención a la salud dependientes de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por imperativo del artículo 4º párrafos 1 y 2 de la Ley de Bases de Sanidad Nacional esta actividad prestacional autonómica en el ámbito sanitario parte de la misma concepción integral del sistema sanitario: un sistema único, general e igualitario para todo ciudadano en los términos, repetimos, de la Ley de Sanidad Nacional.

Finalmente, según la Disposición adicional 1ª de la Ley 8/86, este Organismo Autónomo de carácter administrativo que es el Servicio Andaluz de Salud (S.A.S.) se regirá por la Ley de Entidades Estatales Autónomas hasta la promulgación de una normativa propia. Incidentalmente hay que decir que

el Decreto 80/87 de 25 de marzo, que estructura orgánicamente el Servicio Andaluz de Salud no aporta esta anunciada regulación autonómica.

Pues bien, del examen conjunto de todos estos preceptos que nos ha parecido conveniente transcribir se obtienen conclusiones de indudable trascendencia en el tema que nos ocupa. Veamos.

La Ley de Bases de Sanidad Nacional configura el Servicio de Sanidad como un Servicio Público de ámbito nacional, convirtiéndose este servicio, como la doctrina ha señalado en un servicio "*Uti Singuli*" (6) aunque con un régimen de pago y de financiación peculiares. La Ley de Bases de Sanidad Nacional instaura en nuestro país el sistema de hospital abierto en el que la situación del servicio del hospital público y privado son objetivamente comparables pudiéndose hablar de un estatuto general del hospitalizado en el que este hospitalizado es el destinatario, el usuario y beneficiario de un único o igual servicio público que se configura y concibe partiendo de un criterio material.

Partiendo de esta configuración del servicio público sanitario y como indica Zanobini, la relación de un internado en un hospital público con ese hospital no deriva ya de un contrato sino que tiene su origen en un acto administrativo. De ello se obtiene también que sea irrelevante a efectos de la eventual responsabilidad hospitalaria que el enfermo sea o no de pago.

Esta afirmación viene avalada por jurisprudencia anterior a la propia Ley de Sanidad, concretamente de 4 de julio de 1979 donde, partiendo de este concepto material del servicio público, afirmaba el Tribunal Supremo que el carácter gratuito o retribuido del servicio público prestado es indiferente a la hora de determinar la responsabilidad de la Administración y por lo tanto la jurisdicción competente, "por el hecho indudable de que el carácter gratuito o retribuido de las prestaciones no es por sí mismo determinante de la naturaleza pública o privada que une al usuario con un servicio público". La Sentencia comentada supone un giro de ciento ochenta grados en relación con pronunciamientos anteriores. Concretamente y por ejemplo, en la Sentencia de 7 de febrero de 1973, el Tribunal Supremo establecía que el carácter de pago de un enfermo sitúa la relación obligacional en el ámbito

(6) ORTIZ DIAZ, José. "La desconcentración territorial en la Administración local". Madrid, 1972. pág. 32.

estricto enfermo-médico marginando el posible vínculo enfermo-hospital. El ingresado lo fue como enfermo de carácter privado y el acto médico que se le aplicó no puede considerarse fruto de un contrato administrativo según esta decisión judicial.

La nueva configuración del servicio sanitario en los textos vigentes lleva al abandono de estas tesis, afirmando la responsabilidad de la Administración pública y de sus organismos autónomos gestores por un elemental imperativo de los artículos 3.b y 1.2.c de la Ley Reguladora del Jurisdicción Contencioso Administrativa que someten al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad de las Instituciones Públicas sujetas a la tutela del Estado, carácter que hay que afirmar hoy, tanto del I.N.S.A.L.U.D. como —a nivel autonómico— del S.A.S. y ello sin perjuicio de que, al acogerse estos organismos (al menos el S.A.S. ya que no el I.N.S.A.L.U.D. o el anterior I.N.P.) a la Ley de Entidades Estatales Autónomas haya de estarse al sistema de dualidad jurisdiccional previsto en los artículos 77.1 y 78.1 de la citada Ley.

Esta configuración del servicio sanitario lleva también a la responsabilidad administrativa del médico del hospital público si bien parece necesario distinguir aquí (como hace la doctrina francesa) el carácter bifonte de la actividad del médico que trabaja en el servicio público sanitario: de un lado es parte de una relación estatutaria (frecuentemente funcional) normada por disposiciones administrativas tendentes a una vinculación estricta con la Administración sanitaria y de otro es parte de una relación estrictamente médica. El establecimiento público responderá por todos los daños causados por sus agentes siempre que el daño no esté desprovisto de toda relación con el servicio. (7)

Finalmente esta responsabilidad administrativa que se predica del actual sistema sanitario debe hacerse extensiva a nuestro juicio, a las entidades cosorciadas en el ámbito sanitario. La configuración del sistema de concierto en los servicios previstos en los artículos 90 y siguientes de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, la labor de homologación, inspección y control que asume la Administración sanitaria sobre los centros concertados lleva, a nuestro juicio, a hacer plenamente transplantable a estos establecimientos el régimen de responsabilidad administrativa previsto en los artículos 121.2 y 123 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa para los concesionarios de servicios públicos.

(7) FORGES, J.M. "L'Hospitalisé". París, 1975. pág. 65. Citado por CASTELLS ARTECHE, J.M. "La responsabilidad patrimonial de la Administración en materia hospitalaria". R.A.P. 79. pág. 225.

VI. ¿EXCESIVA AMPLITUD DEL SISTEMA? CRITERIOS-CORRECTORES.

En pocas palabras, no hay, al menos desde el plano normativo, motivo que justifique el hecho de que se relegue a la vía jurisdiccional civil el tema de la responsabilidad de la Administración sanitaria. En el campo de la actividad sanitaria de la Administración, los textos legales —de distinto rango— ofrecen al particular un sistema de compensación indemnizatoria de los daños causados en sus bienes y derechos, incluidos los daños personales y morales. Un sistema amplio y generoso, objetivo, directo y ajeno al concepto de culpa. Un mecanismo objetivo de reparación para cuya puesta en práctica basta que se produzca una lesión patrimonial que el particular no deba soportar.

La generalidad y generosidad de la fórmula legal española sobre la responsabilidad ha producido, como observa Parada Vázquez, un cierto pánico doctrinal del que son exponentes los profesores Nieto y Sánchez Morón advirtiendo que en una sociedad que tiene por base el beneficio individual y que, por consiguiente, dista de alcanzar el ideal igualitario, la socialización de los riesgos podría llevar a resultados excesivos a través de la hipertrofia del sistema de responsabilidad cargando a la sociedad con gastos que en justicia no tiene que soportar... (8)

Este carácter pretendidamente sobreprotector ha llevado al Tribunal Supremo a limitar el generoso y genérico sistema de responsabilidad administrativa, afirmando que la relación de causalidad de la que se derivaría la existencia, o no, de responsabilidad administrativa había de ser exclusiva (no compartida), directa (sin mediación de terceros) e inmediata (sin causas concomitantes o intermedias). La no concurrencia de estos requisitos obligaría a considerar roto el nexo causal y en consecuencia exonerada la Administración de toda responsabilidad:

Esta interpretación maximalista fue criticada por la doctrina (García Enterría, Tomás R. Fernández, Nieto, Leguina, etc.) que propuso distintas correcciones a esta línea jurisprudencial admitiendo la responsabilidad de la Administración en los casos en que sin causar el daño directamente lo hubiera provocado y admitiendo la concurrencia de causas y la responsabilidad solidaria de los copartícipes:

(8) PARADA VAZQUEZ, José Ramón. "Derecho administrativo I". Parte General. Segunda edición. Marcial Pons. Madrid, 1990. pág. 563 y 564.

A. LA LEY GENERAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, LEY 28/84 DE 19 DE JUNIO.

Un sistema de las características que se acaban de apuntar es el diseñado por la vigente Ley 26/84 de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Esta ley establece un sistema enormemente ambicioso de responsabilidad administrativa. Como ha señalado la doctrina, junto a la responsabilidad inherente a la gestión de los típicos servicios públicos, la Administración viene a erigirse, en cuanto titular del servicio para la defensa del consumidor, en un centro permanente de imputación de responsabilidad por daños no materialmente producidos por ella misma, sino por sujetos a los que aquélla debía vigilar o controlar surgiendo así una enorme fuente de responsabilidad por la llamada "culpa in vigilando".

Este sistema de responsabilidad, configurado como un sistema objetivo ha hecho temer a un cierto sector doctrinal que pueda llegar a producirse una hipertrofia de la responsabilidad administrativa. La Ley General de Consumidores, por otra parte, mantiene una cláusula incidental en su artículo 27.1 que permite afirmar el mantenimiento de un sistema de responsabilidad objetiva pues el sistema que se instaura se declara vigente "sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor o usuario en virtud de otras disposiciones o acuerdos convencionales", disposiciones entre las que están evidentemente las reguladoras del régimen general de responsabilidad administrativa. El artículo vigesimotavo de la ley, por otra parte, iguala expresamente el régimen de la Ley de Consumidores y Usuarios al del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado cuando establece que:

1.- No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.

2.- En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos,

especialidades y productos farmacéuticos, *servicios sanitarios*, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores; medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.

La Ley, repetimos, vista desde la óptica de la responsabilidad administrativa ofrece, en el precepto que acabamos de transcribir, base para afirmar la presencia, en términos más rotundos si cabe que en la propia Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de una responsabilidad objetiva de la Administración por el funcionamiento del servicio sanitario.

La Ley sin embargo, también es cierto, permite (y una interpretación sistemática e integradora de sus preceptos lleva a ello) la formulación de una responsabilidad culposa si bien matizada por la inversión de la carga de la prueba en favor del sujeto dañado, según se deduce del artículo 26 y se establece como principio en el artículo 10.8(9).

Indica así el artículo 26 que:

"Las acciones y omisiones de quienes producen, importan, suministran o facultan productos o servicios a los consumidores o usuarios determinantes de daños o perjuicios a los mismos darán lugar a la responsabilidad de aquéllos a menos que conste o se acredite que han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad."

De los artículos 25 y 27.2 de la Ley que comentamos se deduce finalmente en esta línea de atenuar las consecuencias de un sistema de responsabilidad objetiva lo siguiente (10):

La culpa del sujeto dañado, cuando no es exclusiva, no exonera a los sujetos responsables por otras concausas; o sea, se reconoce la posibilidad de la compartición de culpas en la producción del daño; y dada esta concurrencia, el artículo 27.2 establece la solidaridad de la obligación; por consiguiente, si

(9) LOPEZ MENUDO, F. op. cit. pág. 336.

(10) Artículo 25 L.C.U.- "El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irrogen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente".

Artículo 27.2 L.C.U.- "Si en la producción de daños concurren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pague al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños".

la Administración culpable concurre con otros sujetos en la cadena de las concausas, el lesionado podrá elegirla en calidad de responsable principal (con la posibilidad de la Administración una especie de seguro de cobro con cargo al tesoro público. (11)

Cualquiera que sea la solución que se adopte y en la medida en que concurra en la comisión de daño, culpa o negligencia grave del funcionario habría que arbitrase una responsabilidad personal de éste, solidaria con la de la Administración por lo que el perjudicado podrá dirigir la reclamación contra el agente culpable o contra la Administración, que podrá repetir—hora es ya, a mi juicio, de que se sustituya el carácter facultativo por la obligatoriedad de esta acción de regreso— contra el funcionario, previa la instrucción del oportuno expediente con audiencia del interesado (artículo 135 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa y artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

B. LA LEY 5/1985 DE 8 DE JULIO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN ANDALUCIA.

Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 5/85 de los Consumidores y Usuarios en Andalucía no altera los términos de lo ya expuesto.

La remisión que en su disposición final primera hace la Ley Andaluza a la Ley General de Consumidores y Usuarios como norma supletoria y la expresa remisión a la legislación vigente en materia de responsabilidad administrativa que se recoge en el artículo 4º de la citada Ley 5/85, deja los términos del debate sujetos a las interpretaciones ya apuntadas en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable en materia de defensa de los consumidores y usuarios. Esa misma remisión permite afirmar igualmente, no obstante, por las razones ya apuntadas, que en materia sanitaria el sistema es el de responsabilidad objetiva por cuanto, insistimos, a esta conclusión lleva tanto el propio régimen general de la responsabilidad de la Administración como el artículo 28.2 de la Ley 28/84, Ley General de Consumidores y Usuarios (12).

(11) LOPEZ MENUDO, F. op. cit. pág. 336.

(12) Véase sobre la Ley Andaluza de Consumidores y Usuarios el trabajo de José Luis Rivero Ysern y Juan Ignacio Font Galán "Materiales normativos para una Ley de Defensa de los consumidores y usuarios de Andalucía". (Borrador de Anteproyecto de la Ley 5/85 de 8 de julio). Publicado en "Estudios sobre consumo". Revista del Instituto Nacional del Consumo Nº 6. Ministerio de Sanidad y Consumo. Diciembre de 1985. págs. 131 a 172.

VII. CONCLUSION: SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIO DE EFICACIA.

A lo largo de las páginas que anteceden hemos afirmado que en materia sanitaria se ha implantado un sistema de responsabilidad administrativa objetiva y directa y hemos igualmente afirmado que habría que acudir a esta vía con carácter preferente para exigir las eventuales responsabilidades de la Administración por funcionamiento del servicio sanitario; de hecho (hemos afirmado también) este sistema es un sistema que resulta más eficaz, más protector, al menos desde el punto de vista de la reparación patrimonial, y sobre todo menos generador de tensiones que la vía penal o civil habitualmente utilizadas.

Hemos manifestado por contraposición una cierta preocupación (extendida por cierto sector doctrinal y jurisprudencial) por la generalidad y amplitud del sistema y por la hipertrofia y las graves consecuencias presupuestarias que podría provocar la admisión sin reservas ni matizaciones del sistema.

Y hemos dado cuenta, finalmente, de esas posibles correcciones y matizaciones para atenuar esos pretendidos efectos distorsionantes del sistema.

Llegados a este punto, no queremos dejar el análisis en mero análisis sin una expresión de nuestro sentir en este tema.

Vaya por tanto nuestra opinión que no es otra que, aún valorando las llamadas a la prudencia de ciertos sectores doctrinales y jurisprudenciales, hay que defender la plena aplicabilidad y con la máxima generosidad del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración en el ámbito sanitario, reivindicando sin reserva las notas de directa y objetiva que la caracterizan y postulando la plena indemnización de los daños, partiendo para ello de criterios valorativos realistas y actualizados.

Como contrapunto, y a la vez como necesaria consecuencia de este planteamiento, es necesario reclamar un serio proceso de reorganización del servicio público sanitario conforme al principio constitucional de eficacia, principio rector de la actuación administrativa. A nuestro juicio, los riesgos de hipertrofia del sistema no provienen de un desproporcionado sistema de responsabilidad sino de una desproporcionada ineficacia y desorganización de los servicios, que se convierten por ello en centros potenciales generadores de

daños, de graves daños. No hay que recortar la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios sanitarios; hay que conseguir (y no dudo de los esfuerzos que a ello se dediquen) que el servicio funcione con unos parámetros de eficacia y normalidad superiores a los actuales. Si conseguimos esto, las consecuencias reparadoras de daños no van a provocar ninguna crisis patrimonial ni presupuestaria de la Administración pública y habremos dado cumplimiento a una exigencia constitucional, la de una Administración que sirva con objetividad y eficacia los intereses generales. Como ha señalado la doctrina, una Administración responsable es una exigencia constitucional, pero tan exigible es desde el punto de vista constitucional esta responsabilidad como el servicio con objetividad y eficacia a los intereses generales, fin último de la Administración que reclama, insistimos, una adecuada reorganización de los servicios.