

InDret

*Relació de causalitat i imputació objectiva
en la responsabilitat civil sanitària*

Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá
Facultat de Ciències Jurídiques i Socials
Universidad de Castilla-La Mancha

Working Paper núm: 180
Barcelona, gener de 2003
www.indret.com

Sumari

1. Introducció
2. Nexa causal i imputació objectiva en la responsabilitat civil sanitària.
3. Posició de la darrera doctrina administrativa favorable a l'aplicació de la teoria de la imputació objectiva.
4. El denominat "risc inherent al servei": un pressupòsit controvertit.
5. Inexistència de nexa causal material o inimputabilitat objectiva del dany al demandat?
6. Dues qüestions teòriques sobre la relació de causalitat: el paper de la "previsibilitat" i la *imputatio iuris* en l'àmbit de la responsabilitat objectiva.
7. Anàlisi jurisprudencial sobre nexa causal i imputació objectiva.
 - 7.1. Casos on s'observa, des de la perspectiva de la relació de causalitat (material), un *iter* causal més extens, però, al mateix temps, una certesa major quant a la constatació del procés etiològic.
 - 7.2. Casos on cabria parlar de nexa causal entre la intervenció sanitària en general i el dany infligit al pacient.
8. La distinció entre el comportament comissiu i l'omissiu en la problemàtica sobre el nexa causal.
9. Bibliografia

Abreviatures utilitzades: *AP*: Audiència Provincial; *Ar.*: Marginal corresponent als repertoris de jurisprudència de l'Editorial Aranzadi; *Art.*: article; *CC*: Codi Civil; *CC.AA*: Comunitats Autònomes; *CE*: Constitució Espanyola de 27 de desembre de 1978; *FD*: Fonament de Dret de la sentència; *LEF*: Llei d'Expropiació Forçosa de 16 de desembre de 1954; *Llei 4/1999*: Llei 4/1999, de 13 de gener, per la qual es modifica parcialment la LRJAP; *LCU*: Llei 26/1984, de 19 de juliol, General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris; *LRPD*: Llei 22/1994, de 6 juliol, de responsabilitat civil pels danys causats per productes defectuosos; *LRJAE*: Llei de Règim Jurídic de l'Administració de l'Estat (Text Refós aprovat per Decret de 26 de juliol de 1957); *LRJAP*: Llei 30/1992, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú; *P.*: Pàgina; *Ps.*: Pàgines; *STS*: Sentència del Tribunal Suprem.

1. Introducció

El règim substantiu de la responsabilitat patrimonial de l'Administració queda establert actualment en l'art. 139 LRJAP, precepte amb un contingut normatiu semblant al derogat art. 40 LRJAE, i a l'art. 106.2 CE, i l'origen del qual es troba gairebé cinquanta anys enrera en l'art. 121 LEF. Això evidència la falta d'innovació de la LRJAP –amb les seves reformes corresponents– quant a les regles de fons aplicables en matèria de responsabilitat de l'Administració. Més aviat diria, a la vista de la reforma operada amb la Llei 4/1999, que s'ha produït un retrocés a l'assentament definitiu del règim objectiu de responsabilitat atribuïble a l'Administració. No és diferent el que ha succeït amb la nova redacció de l'art. 141.1 LRJAP, en no considerar indemnitzables els danys derivats de fets o circumstàncies impossibles de preveure o evitar segons l'estat dels coneixements de la ciència o de la tècnica en el moment en què aquells es van produir (els denominats “riscos del desenvolupament”).

Quant als pressupostos per a l'aplicació de l'art. 139 LRJAP, la doctrina administrativa (vegeu, per tots, MARTÍN REBOLLO [1994], pàgs. 11 i ss.) requereix l'existència d'una *lesió* imputable a l'Administració Pública pel funcionament normal o anormal dels serveis públics; de manera que s'atribuirà a l'Administració una responsabilitat objectiva sempre que s'acrediti una relació de causalitat entre l'activitat administrativa i el dany ocasionat. Així mateix, únicament la força major, entesa com a esdeveniment imprevisible, extern i aliè al servei, exoneraria a l'Administració de la responsabilitat que se li pretengués atribuir. Aprofundint més en el concepte de *lesió*, es considerarà com a tal el dany antijurídic o dany respecte del qual no existeixi deure jurídic de suportar.

Generalment, la doctrina accepta sense discussió la concurrència d'aquests pressupòsits per a l'exigència de responsabilitat patrimonial a l'Administració. Ara bé, si ens endinsem amb deteniment en el panorama resultant d'aplicar els esmentats pressupòsits a la pràctica jurídica s'observa un contrast molt acusat, tant a la doctrina com a la jurisprudència, a l'hora d'adoptar una interpretació uniforme dels mateixos. Això passa, en concret, amb la consideració del que ha d'entendre's com “força major” als efectes d'exoneració de responsabilitat a l'Administració. Així, un mateix supòsit de fet –el consistent a valorar la imputació o no de responsabilitat a l'Administració en els casos de sang contaminada amb el virus de la SIDA o de l'Hepatitis C, quan el virus no podia ser detectat amb les dades tècniques i científiques del moment (riscos del desenvolupament)- ha estat entès per la jurisprudència, que aplica la normativa anterior a la reforma de la Llei 4/1999, bé com a cas fortuït del que respon l'Administració, bé com a exemple de força major, la qual cosa suposa la consegüent exoneració de responsabilitat. Tampoc la doctrina és unànime en aquest sentit, en existir algun autor que, en contra de la tendència majoritària, entén com a força major aquells supòsits (MUGA MUÑOZ [1995], pàg. 290; PLAZA PENADÉS [2002], pàg. 160).

No menys controvèrsia ha ocasionat l'atribució de responsabilitat fonamentada en el funcionament normal dels serveis públics, sobretot en l'àmbit sanitari. Ja és clàssica la STS, 3^a, 14 juny 1991 (Ar. 5115), que condemnà l'INSALUD pels danys consistents en la paralització de la part esquerra del cos de la pacient com a conseqüència d'una intervenció quirúrgica. La pacient

presentava dos aneurismes gegants en ambdues caròtides. El cirurgià optà per reduir en primer lloc l'aneurisma de la caròtida dreta –opció irreprotxable des de l'aplicació de la *lex artis ad hoc*-. No obstant això, posteriorment pogué comprovar-se que hagués resultat més convenient reduir primer l'aneurisma de la caròtida esquerra; malgrat que els greus danys produïts per procedir d'aquesta manera no eren previsibles quan el cirurgià va prendre la decisió, atès que qualsevol de les dues opcions possibles suposaven una adequació a les regles de la *lex artis*. Doncs bé, la doctrina que ha comentat la sentència s'ha pronunciat des de molt diversos punts de vista: hi ha qui entén que el TS no fa sinó portar a les seves últimes conseqüències el que en seu doctrinal s'ha defensat –la coneguda responsabilitat objectiva- (PANTALEÓN PRIETO [1994], pàg. 244; MARTÍN REBOLLO [1994], pàg. 42; MIR PUIGPELAT [2000], pàg. 271) i qui es mostra contrari al parer jurisprudencial basant-se en distints raonaments. Entre les raons que s'esmenten últimament per limitar la responsabilitat de l'Administració a supòsits com el de la *STS 14 juny 1991* destaca el problema de la imputació objectiva del dany al demandat; de forma que l'aplicació d'aquesta teoria impediria l'atribució de la responsabilitat pretesa (vegeu BELADIEZ ROJO [1997], pàgs. 111-112, nota 18).

2. Nexa causal i imputació objectiva en la responsabilitat civil sanitària

Crec innecessari exposar tot el raonament corresponent a la relació de causalitat, en tant que pressupost ineludible en qualsevol reclamació de danys. És acceptada de manera pacífica l'aplicació de la Teoria de l'equivalència de les condicions o *condicio sine qua non* com a fórmula de què partir en l'anàlisi del nexa causal; així com les crítiques i matisos que sistemàticament han estat assenyalats per la doctrina. Entre aquelles es troba la insuficiència de la *condicio sine qua non* per resoldre en la seva globalitat tot el problema causal, així com la correcció de la mateixa –a fi d'evitar el tan conegut *regressus ad infinitum*- mitjançant l'aplicació d'altres conceptes (p. e. el de la “imputació objectiva”). Per la seva banda, un dels matisos que acostumen a assenyalat-se per la doctrina és la substitució de la *condicio sine qua non* per la fórmula de la *condició ajustada a les lleis de la natura*; atès que la primera pressuposa el coneixement de l'existència de relació de causalitat, i si es desconeix la virtualitat causal d'una condició concreta, difícil serà que aportí un resultat segur quan procedim a la seva supressió mental. És per això que, quan el judici hipotètic –mètode de supressió mental- ofereixi una solució dubtosa, caldrà sotmetre el cas al judici dels perits o experts en la matèria i aplicar la fórmula de la *condició ajustada a les lleis de la natura* (cfr., MIR PUIGPELAT [2000], pàgs. 235-236; PANTALEÓN PRIETO [1990], pàgs. 1561-1562, nota 2; BUSTO LAGO [2001], p. 96).

Així mateix, una altra premissa que ha de tenir-se en compte és la consideració de la teoria –entre d'altres- de la causalitat adequada com a teoria d'imputació objectiva i no com a teoria pròpiament causalística (vegeu PANTALEÓN PRIETO [1990], pàg. 1563; Díez-PICAZO [1999], pàg. 340).

3. Posició de la darrera doctrina administrativa favorable a l'aplicació de la teoria de la imputació objectiva

L'aplicació de la teoria de la imputació objectiva serveix per negar l'equiparació absoluta entre la prova de la relació de causalitat *-stricto sensu* o causalitat fàctica o material- i l'atribució de responsabilitat civil. No està de més recordar que, quan parlem de responsabilitat civil mèdico-sanitària per la producció d'una sèrie de danys, és normal que concorrin, almenys, dues "causes" distintes susceptibles de ser connectades amb els danys infligits (cfr., SALVADOR CODERCH [2000], pàg., 2): d'una banda l'actuació del servei sanitari i, per un altre, el factor reaccional del pacient. Per ser més exactes, dos "riscos" contraposats que es manifesten durant el funcionament del servei sanitari -el propi del pacient i el del servei mateix en intentar reduir el del pacient-.

El paper encomanat a la Teoria de la imputació objectiva és, precisament, el de subministrar els criteris que permetin guiar correctament el procés de valoració normativa o ponderació entre les distintes causes -o riscos- concurrents, a fi de determinar la possible responsabilitat civil (vegeu MIR PUIGPELAT [2000], pàgs. 246-247). I el criteri per considerar "responsable" al demandat és el d'haver creat un "risc jurídicament rellevant" (BELADIEZ ROJO [1997], pàg. 103; MIR PUIGPELAT [2000], pàg. 247).

La coincidència demostrada per la doctrina quant al criteri bàsic per imputar objectivament els danys al servei sanitari deixa d'existir a l'hora d'assenyalar i explicar cadascun dels requisits que ha de reunir el risc perquè sigui "jurídicament rellevant" (vegeu, àmpliament, el tractament d'aquests requisits a les obres esmentades de BELADIEZ ROJO i MIR PUIGPELAT).

4. El denominat "risc inherent al servei": un pressupòsit controvertit

Entre els dubtes que em suggereix l'entesa dels pressupòsits del denominat "risc jurídicament rellevant", alguns estan relacionats amb el requisit de la inherència del risc al servei, -proposat per BELADIEZ ROJO [1997], pàgs. 105 i ss.- En primer lloc, convé destacar que la reforma introduïda per la Llei 4/1999, quant a la nova redacció de l'art. 141.1 LRJAP, ha coartat el raonament jurídic, defensat per BELADIEZ ROJO, consistent a fonamentar el denominat "risc inherent al servei" en la distinció entre cas fortuït i força major, segons respongui o no, respectivament, l'Administració del dany en qüestió. La connexió entre "risc inherent al servei" i cas fortuït -de què respon l'Administració i separat clarament de la força major com a causa d'exoneració de responsabilitat- ha estat assumida pacíficament per la doctrina administrativa, sobre la base d'una jurisprudència consolidada en aquest sentit (vegeu, entre d'altres, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ [2001], pàgs. 395-396; PARADA VÁZQUEZ [1993], pàg. 434).

Les conseqüències jurídiques tant de la tesi de BELADIEZ ROJO com de la doctrina administrativa respecte d'això suposarien la imputació de responsabilitat a l'Administració en casos que, després de l'entrada en vigor de la Llei 4/1999, la dita responsabilitat no seria imputable per la impossibilitat d'haver previst o evitat segons l'estat dels coneixements científics i tècnics del moment els danys ocasionats. Aquí encaixaria perfectament la problemàtica derivada de les

transfusions de sang contaminada amb el virus de la SIDA o de l'Hepatitis C quan no podia preveure's o evitar-se aquests danys conforme a l'estat tècnic i científic del moment (els denominats "riscos del desenvolupament").

La concepció mantinguda generalment per la doctrina administrativa i per la jurisprudència sobre la força major/cas fortuït queda doncs substancialment matisada pel nou art. 141.1 LRJAP. La literalitat d'aquest precepte podria servir, al meu parer, per defensar una interpretació diferent de la mantinguda per la doctrina i jurisprudència majoritàries sobre el significat de la força major/cas fortuït; amb vista a defensar un mateix concepte que faci de causa exoneradora de responsabilitat (vegeu DÍAZ-REGAÑÓN [2000], pàgs. 20 i ss.). Si, al contrari, s'opta per la interpretació assumida fins ara per la coneguda doctrina i jurisprudència, assistiríem a un transvasament de continguts entre ambdues figures; produint-se un eixamplament progressiu de la força major a costa del correlatiu buidament del cas fortuït.

Aquesta sembla la solució adoptada per un sector de la doctrina en interpretar la referència que fa l'Exposició de Motius de la Llei 4/1999 sobre el problema quan assenyala: "En el 141 se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad". Per això ASÚA GONZÁLEZ [2002], pàg. 1001, observa que "la ampliación del concepto de fuerza mayor viene determinada porque se alteran sus dos elementos definidores en el ámbito administrativo: ahora también serán supuestos de fuerza mayor eventos internos al servicio público y aquellos que, externos o internos, aun siendo evitables no sean previsibles según el estado de los conocimientos científicos o técnicos. De este modo, la reseñada ampliación de la fuerza mayor se hace a costa del caso fortuito: no se va a responder, por considerarse fuerza mayor, de daños de los que antes se deberían responder por estimarse sólo caso fortuito". Si, com bé afirma l'autora citada, la nova redacció de l'art. 141.1 LRJAP "altera los elementos definidores" de la força major, aquesta alteració desnaturalitza la pròpia distinció entre el cas fortuït i la força major, des del moment que la particularitat més connatural i transcendental del cas fortuït (interioritat o, dit d'una altra manera, risc inherent al servei) es fa predicable de la força major.

5. Inexistència de nexa causal material o inimputabilitat objectiva del dany al demandat?

Una qüestió més sobre el denominat "risc inherent al servei". La doctrina es basa en aquest pressupòsit per delimitar el risc creat pel servei d'aquells altres que es manifesten amb ocasió del seu funcionament, però que s'originen en un àmbit aliè al esmentat servei. Al meu parer aquest raonament pertany a l'àmbit de la imputació objectiva del dany i no al de la relació de causalitat *stricto sensu* –causalitat material–.

Realitzo aquesta puntualització després de valorar les afirmacions següents d'ASÚA GONZÁLEZ sobre la distinció entre "causa" i "ocasió": "...porque la contención de una posible tendencia a la indemnización por el hecho de que el daño haya acaecido en el curso del funcionamiento normal o anormal del servicio público sanitario conducirá muy a menudo al plano de la causalidad. O, para ser más precisos, bien al **plano estricto de la causalidad (a decidir si el funcionamiento del servicio público ha sido ciertamente la causa: lo que no acontece porque el daño se haya producido con ocasión del funcionamiento sino porque ese daño no habría acontecido si no hubiera actuado la Administración como lo hizo o si se hubiera actuado lo omitido)** o bien al de la llamada *imputación de daños* (habida cuenta de que el funcionamiento del servicio público es causa –normalmente concausa–, se trataría de

dilucidar si se le imputa el daño) (la negreta és meva).” (ASÚA GONZÁLEZ [2002], pàgs. 996-997; asseveracions repetides en pàgs. 1004-1005 i pàgs. 1007 i 1008).

A la vista d'aquestes frases, sembla que l'autora situa la solució del problema de la distinció abans esmentada en seu de relació de causalitat *-rectius: nexa causal material-*, la qual cosa plantejaria alguna objecció. En primer lloc, tenint en compte l'àmbit en què centrem l'anàlisi en qüestió -els problemes relatius a la relació de causalitat i la imputació objectiva del dany-, començaria per insistir en una dada purament comparativa, que ajudarà a aclarir la problemàtica concernent a la distinció entre causalitat material i imputació objectiva. Em refereixo a separar clarament els supòsits on l'aplicació de la teoria de l'equivalència de les condicions (*condicio sine qua non*), no ofereix dubtes sobre la seva efectivitat i consegüent atribució de la responsabilitat, d'aquells altres on l'eficàcia de la coneguda teoria troba seriosos obstacles per advertir la seva veritable virtualitat causal.

Dit en termes més senzills: no serà possible dubtar de l'existència de “relació de causalitat” en els casos on el dany consisteix en l'extirpació equivocada d'una peça dentària, o en aquells en què queda verificat que les conseqüències nocives procedeixen de l'oblit de material quirúrgic en el cos del pacient per part dels professionals sanitaris -noteu que els exemples són casos evidents de funcionament anormal del servei sanitari-. Ara bé, els dubtes sobrevindran en una altra sèrie de casos, molt més controvertits, sobretot si encaixen dins la consideració de funcionament “normal” del servei sanitari o s'acosten en major o menor mesura a l'esmentada conceptualització.

Em pronuncio en aquests termes tan indeterminats perquè hi haurà supòsits semblants, si no idèntics que, segons els magistrats que conformin la Sala sentenciadora, unes vegades seran considerats com a exponent d'un “funcionament normal” dels serveis públics, en tant que en altres ocasions la consideració serà de “funcionament anormal”. Vegeu, com a exemples, respectivament, la STS, 3a, 5 maig 1998 (Ar. 4625) i la STS, 3a, 15 juliol 1995 (Ar. 6167).

En aquests últims casos la doctrina (LUZÓN PEÑA [1996], pàg. 362; MIR PUIGPELAT [2000], pàgs. 236-237) insisteix en substituir la fórmula de la *condicio sine qua non* per la teoria de la “condició ajustada a les lleis de la natura”, havent d'intervenir en el cas el dictamen pericial dels diferents experts en les corresponents branques del saber; amb la qual cosa continuariem estant dins els límits de la causalitat material, sense traspasar encara els propis de la imputació objectiva del dany.

És necessari detenir-se en aquest punt amb la finalitat d'observar si realment estem davant d'un problema de nexa causal material o, al contrari, d'imputació objectiva del dany. Incideixo en això perquè autors com MIR PUIGPELAT [2000], pàgs. 236-238, en ocasió de l'anàlisi que efectua sobre la relació de causalitat en supòsits on hi ha dificultats a l'hora de provar la virtualitat causal del comportament mèdic -precisament són aquells casos en què es requereix el dictamen mèdic i als que s'aplica la denominada fórmula de la condició ajustada a les lleis de la natura-, exposa com la jurisprudència arriba a solucions contràries quant a l'existència o no de relació de causalitat en supòsits semblants.

Es tracta de la STS 6 maig 1998 (Ar. 2934) i la STS, (3a) 10 febrer 1998 (Ar. 1452). En ambdós casos, a causa del naixement prematur d'un nen, és necessari una aportació d'oxigen. Lamentablement el nadó pateix una malaltia ocular (fibroplasia retrocular). Mentre la primera sentència condemna a l'Administració sanitària (a una indemnització de 60 milions de pessetes), i afirma l'existència de relació de causalitat entre l'oxigen subministrat al nen i el dany, la segona absol al Centre mèdic per considerar no provada l'existència de la relació de causalitat entre els mateixos pressupòsits.

No obstant això, personalment crec que es tracta més aviat d'un problema d'imputació objectiva, com es comprovarà més endavant. Per comprendre aquesta qüestió, intentaré sistematitzar les sentències efectuant una divisió en diferents grups segons les particularitats més rellevants quant als problemes causals –en sentit ampli–.

6. Dues qüestions teòriques sobre la relació de causalitat: el paper de la “previsibilitat” i la imputatio iuris en l'àmbit de la responsabilitat objectiva

Abans de prosseguir, convé insistir en dos problemes derivats de l'anàlisi jurídic-teòric de la relació de causalitat *lato sensu*; qüestions, d'altra banda, la solució de les quals no és gens pacífica en la doctrina. Un clar exemple ho tenim en la consideració que té per a la doctrina el judici de previsibilitat que es predica en l'àmbit de la teoria de la causalitat adequada. Doncs bé, mentre un important sector doctrinal –sobretot penalista– exigeix, com a pressupost de la teoria de l'adequació, la previsibilitat objectiva del resultat *ex ante*, a manera de judici pronòstic (MIR PUIG [2002], pàg. 246; MARTÍNEZ ESCAMILLA [1992], pàgs. 79 i ss; LUZÓN PEÑA [1996], pàgs. 378 i ss.); altres autors es mostren contraris a la introducció del judici de previsibilitat en l'entesa de la teoria de l'adequació, per barrejar confusament els aspectes objectiu i subjectiu del tipus (REYES ALVARADO [1996], pàgs. 25 i 226), o per considerar que el discurs sobre la previsibilitat pertany al terreny de la culpa, resultant innecessari per al desplegament dels cursos causals (DÍEZ-PICAZO [1999], pàg. 336; REGLERO CAMPOS [2002], pàg. 294).

Potser la solució consisteixi en la reinterpretació del concepte “previsibilitat”, a causa de la fungibilitat d'aquest terme segons l'àmbit en què s'apliqui. Dit d'una altra manera. Segons el plantejament de CARRASCO PERERA ([1989], pàgs. 594 i ss., 659 i ss., i 717 i ss.), la previsibilitat - dins l'àmbit de la responsabilitat contractual- té tres flancs on mostrar la seva efectivitat: el primer seria el que fonamenta el judici de responsabilitat; amb la qual cosa caldria distingir, en aquesta seu, si la responsabilitat de què es tracta és objectiva o subjectiva. La previsibilitat/ imprevisibilitat actuaria en ambdós supòsits: “imprevisible es lo que excede del ámbito de riesgo asignado al deudor” (CARRASCO PERERA [1989], pàg. 656)-. Ara bé, depenent del règim de responsabilitat, subjectiu o objectiu, aquesta assignació s'efectuarà respectivament, bé segons les regles de la diligència que siguin aplicables en virtut del model de conducta (arts. 1104 i 1105 CC) -en aquest cas parlariem de la previsibilitat determinant de la imputació de la responsabilitat per culpa (criteri d'imputació de la responsabilitat), o, al contrari, l'assignació del risc derivarà de la norma que preveu el sistema de responsabilitat objectiva per a aquest supòsit concret.

Un segon flanc on és efectiu el concepte de previsibilitat és el propi de l'art. 1107.1, paràgraf 1r CC, precepte únicament aplicable al “deutor de bona fe”, amb vista a “delimitar” els danys de

què ha de respondre “abans” de l'incompliment. És a dir, el “test” de previsibilitat, en aquesta seu, consistiria en “un juicio sobre lo que las partes han entendido obligarse al tiempo de contratar para la eventualidad de la falta de cumplimiento”; dit d'una altra manera: es tracta d'un problema de “comprensió” de certs danys distints del de prestació (CARRASCO PERERA [1989], pàgs. 740-741).

Finalment, un tercer àmbit en què el terme “previsibilitat” mostraria la seva eficàcia és el del “judici d'adequació causal” o “judici d'imputació de danys”, previst en l'art. 1107.1, paràgraf 2n CC. Aquesta és la seu on conflueixen els problemes, ja esmentats, sobre la interpretació que ha de donar-se al terme “previsibilitat”. En la locució “conseqüència necessària” de l'art. 1107.1, paràgraf 2n CC quedaria condensada la qüestió relativa al judici d'imputació dels danys; judici que no tant sols és aplicable en l'àmbit de la responsabilitat contractual, sinó també en l'extracontractual (CARRASCO PERERA [1989], pàg. 725).

El *quid* estarà en el significat que es doni a la “previsibilitat”. Així, si s'adopta un significat que ens remeti a la conducta que hauria desenvolupat un “observador objectiu que disposi dels coneixements d'un home intel·ligent del corresponent sector del tràfic” o el comportament que hauria tingut un “home prudent” a l'hora de jutjar l'adequació de la seva conducta –quant a preveure o no l'esdeveniment o curs causal determinant del dany- (MARTÍNEZ ESCAMILLA [1992], pàgs. 79 i ss.; MIR PUIGPELAT [2000], pàgs. 256 i ss.), la confusió amb la “previsibilitat” com a criteri d'imputació de la responsabilitat –en un sistema subjectiu- és evident. És necessari tenir present que mentalment s'efectua una comparació –encara que sigui *ex ante*- entre la conducta del subjecte a qui se li pretén imputar el dany i aquest “home prudent” que, en l'àmbit sanitari, no és un altre que el professional experimentat a la branca mèdico-sanitària de què es tracta; la qual cosa no està gaire lluny de l'aplicació del patró objectiu de diligència de l'art. 1104 CC –“bon pare de família” (= bon professional) tenint en compte les concretes circumstàncies en què s'exerceix l'activitat-.

Si, al contrari, en el judici d'imputació dels danys s'opta per una interpretació diferent de la “previsibilitat” o, millor, se substitueix aquest substantiu per un altre o per una altra locució, és possible que els problemes d'interpretació quedin reduïts. Així, si en comptes de parlar de “previsibilitat”, es parla de “consecuencia probable-típica de un suceso dañoso extracontractual” (CARRASCO PERERA [1989], pàg. 740), o de “criterio de regularidad causal” (CARRASCO PERERA [1989], pàg., 718), la “previsibilitat” deixa pas a un altre terme –potser menys controvertit sense que per això desapareguin els problemes d'interpretació-: el de “probabilitat”. Ara la qüestió se centrarà en valorar el grau de probabilitat de producció del dany exigible perquè el mateix pugui ser imputat objectivament al demandat, la qual cosa no és tasca senzilla. Respecte d'això, com les opcions varien des de la mera possibilitat fins a propostes un tant radicals –com la que basaria l'adequació de la conducta en l'existència de més d'un 50 per cent de possibilitats de que es produeixi el dany-, el més convenient és l'adopció de solucions eclèctiques, com “grado no demasiado alto de probabilidad”, “mínima probabilidad” (MIR PUIGPELAT [2000], pàg. 258), o bé “cuando no resulta muy improbable” (SALVADOR CODERCH [2000], pàg. 4), o finalment altres com “probabilidad determinante o preponderante” (DE ÁNGEL YÁGÜEZ [1995], pàgs. 78-79) o “probabilidad cualificada” (STS 23 desembre 2002 [Ar. 2003, 914]); sense oblidar que, en darrer

terme, la solució dependrà de la casuística i de la postura adoptada pel Jutge que conegui del cas (MIR PUIGPELAT [2000], pàg. 258).

Igualment és problemàtica l'anàlisi del criteri d'imputació subjectiva en els supòsits de responsabilitat objectiva –cosa que afecta el que és la *imputatio iuris*-, en contrast amb la qüestió de la imputació del dany o judici d'adequació també en seu de responsabilitat objectiva (imputació objectiva o *imputatio facti*). I ho és perquè, si la funció principal del cas fortuït/força major és l'exoneració de la responsabilitat, això és, l'actuació com a límit de la responsabilitat civil, en descriure el cas fortuït en la responsabilitat objectiva l'esdeveniment atípic i aliè al risc assignat per la norma (esdeveniment imprevisible) (CARRASCO PERERA [1989], pàgs., 650 i 659), resulta que el criteri utilitzat en seu d'*imputatio iuris* coincideix amb el corresponent a la *imputatio facti* (cfr. CARRASCO PERERA [1989], pàgs., 725-726).

Això succeeix, per exemple, en la regulació de la responsabilitat civil en la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor*, que en el seu art.1 estableix puntualment els riscos que són imputables objectivament a l'hipotètic responsable (els danys personals amb ocasió de la conducció). Quant als danys personals, assenyala el precepte:

“En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos”.

En aquest àmbit s'observa amb claredat l'atipicitat o no de l'esdeveniment enfront del risc assignat per la norma; la valoració sobre si aquests danys estan o no connectats causalment amb la conducció no és tasca àrdua, en ser relativament senzill considerar no imputables objectivament al demandat els danys per ser originats pels agents de la natura.

Però en altres supòsits, com els casos de responsabilitat civil sanitària imputable a l'INSALUD (o homòlegs en les distintes CC.AA) la qüestió no és tan clara. Si la norma aplicable és l'art. 139 LRJAP –precepte que estableix una responsabilitat objectiva-, el criteri d'imputació subjectiva, en no ser la culpa, no és un altre que el funcionament normal o anormal del servei públic; criteri identificable amb què, en teoria, marca els límits de la imputació objectiva del dany. Ara bé, conflueixen diversos problemes: un d'ells té a veure amb el denominat “factor reaccional del pacient”, per la qual cosa en l'àmbit mèdico-sanitari serà molt difícil, sobretot en alguns supòsits, decidir si el dany és imputable objectivament o no al demandat, per la incertesa quant a considerar el dany conseqüència de la conducta d'aquell i no pel propi esdevenir de la malaltia. La qüestió se solucionarà amb l'ajuda dels criteris d'imputació objectiva proposats per la jurisprudència i per la doctrina, coneguts per tots (adequació, increment del risc, prohibició de retorn, fi de protecció de la norma en què es fonamenta la responsabilitat, etc.); amb la qual cosa tornem a estar en un raonament circular, on són reincidents els problemes que aquí estem apuntant (p. e., el terme “previsibilitat”). Un altre problema consistirà en assumir les conseqüències jurídiques derivades d'una responsabilitat per funcionament normal dels serveis públics, aspecte extraordinàriament discutible i que, en els últims temps, s'ha matisat ostensiblement, retallant-se, amb l'exoneració per riscos del desenvolupament de l'art. 141.1 LRJAP–després de la reforma que va incorporar la Llei 4/1999-.

7. Anàlisi jurisprudencial sobre nexes causal i imputació objectiva

Després d'assenyalar alguns problemes teòrics lligats a la relació de causalitat *lato sensu*, és hora de reprendre l'anàlisi jurisprudencial proposat anteriorment. Quant a la classificació de les sentències sobre aquesta matèria, el criteri de distinció que he triat és el de valorar quan existeixen o no dubtes sobre la virtualitat causal de la intervenció mèdica.

Cal esmentar que no em refereixo als casos, abans enunciats, en els que la teoria de l'equivalència de les condicions mostra tota la seva efectivitat, sense necessitat d'ulteriors dictàmens pericials, i sense que sorgeixin dubtes sobre la imputació de responsabilitat als demandats. Són els supòsits més clars de responsabilitat mèdico-sanitària i, afortunadament, els menys habituals.

Al seu torn, i a fi de concretar encara més la finalitat de la classificació adoptada, formularé una diferència segons estiguem en presència d'una dada o factor incontestable que actuï com a causa certa del dany i, al mateix temps, aquest factor es trobi connectat causalment amb la intervenció sanitària; o, al contrari, simplement es qüestionï l'existència de nexes causal material entre la intervenció sanitària i el dany produït. Aquesta classificació servirà per aclarir allò concernent a la distinció que presenta ASÚA GONZÁLEZ entre causa i ocasió. Passo a exposar cadascun dels grups:

7.1. Casos on s'observa, des de la perspectiva de la relació de causalitat (material), un iter causal més extens, però, al mateix temps, una certesa major quant a la constatació del procés etiològic

Dit d'una altra manera, quan entre l'assistència sanitària o intervenció mèdica i el dany és verificable l'existència d'un esglai causal intermedi que assegura el caràcter "causal" –des de l'aplicació de la *condicio sine qua non*- de la intervenció sanitària. Aquestes hipòtesis coincideixen amb els supòsits de responsabilitat civil sanitària en què s'utilitzen productes "presumptament" defectuosos, que originen l'adveniment de conseqüències nocives en els pacients. Encara que pugui semblar escassament rellevant aquesta distinció, considero que només per una dada és perceptible la utilitat d'aquesta: per la seguretat –a diferència de les sentències classificades en el segon grup- que demostren els supòsits inclosos dins aquest grup quant a l'afirmació del nexes causal material. Un altre afer serà el concernent a la imputació objectiva del dany i a si la no atribució de responsabilitat civil al demandat es troba fonamentada en una inimputabilitat objectiva del dany o en l'aplicació del criteri d'imputació subjectiva (culpa o qualsevol altre previst legalment en la norma) que correspongui, un cop afirmada l'existència de la imputació objectiva. Exposaré primerament les sentències més suggeridores en aquest sentit:

- STS 22 febrer 1991 (Ar. 1587): L'actor se sotmeté a un tractament d'endodòncia. Durant la intervenció sanitària se li trencà al facultatiu la llima que utilitzava, quedant un tros d'aquesta a l'interior del caní. Després dels intents infructuosos del facultatiu per extreure el tros de llima i les molèsties contínues del pacient, aquest acudí a una altra consulta odontològica on li va ser extret el caní on tenia incrustat el tros de llima. La demanda és formulada contra l'entitat

mercantil propietària de la Clínica i contra l'odontòleg que va intervenir al pacient. El TS confirma la sentència de l'AP que, al seu torn, condemnà a ambdós demandats.

En aquesta sentència hi ha una dada segura: la intervenció sanitària és, sens dubte, causa material del dany. Ometent mentalment l'esmentada intervenció mèdica no s'hauria trencat la llima i, per tant, no s'hauria produït el resultat. Tenint en compte la certesa d'aquesta circumstància, allò que caldrà resoldre és si el dany ha de ser imputat objectivament als demandats i, correlativament, hi cap l'atribució de responsabilitat per aplicació del criteri d'imputació subjectiva a títol de culpa. El TS –confirmant la sentència de l'AP– resol a l'uníson el problema de la imputació objectiva i la subjectiva, mitjançant una doble presumpció judicial (vegeu DÍAZ-REGAÑÓN [1996], pàgs. 243 i ss.):

“Partiendo del hecho incuestionable, que nadie discute, de que durante la realización de las operaciones propias de la endodoncia, se le rompió al facultativo la lima que para ello utilizaba (tercio apical del canino), los recurrentes sostienen que no se ha concretado la causa de dicha rotura (motivo cuarto del recurso de “Cirden S.A.”), o que tal causa fue un movimiento brusco de la propia paciente, a pesar de estar anestesiada (motivo único del recurso del Sr. M.A), por lo que pretenden concluir que no está acreditada la culpa o negligencia del referido facultativo. Frente a tales alegaciones, la sentencia aquí recurrida considera probado que dicha rotura no pudo tener otra causa que la utilización de una lima deteriorada o en mal estado de conservación, por un uso reiterado de la misma, (“fatiga de los materiales”) o un defectuoso manejo o incorrecta utilización de ella por parte del facultativo (únicas hipótesis causales que señala el texto médico consultado por la Sala “a quo” y que el propio demandado Sr. M.A. aportó con su escrito de contestación a la demanda) o, por último, una insuficiente anestesia de la paciente, que no le impidió experimentar dolor durante el tratamiento, si se admite la afirmación del facultativo demandado, aquí recurrente, en el sentido de que la rotura de la lima fue producida por un golpe que la paciente le dio en el brazo. Cualquiera de las tres apuntadas hipótesis, únicas causas posibles de una conducta negligente por parte del facultativo, tanto si la lima estaba deteriorada o “fatigada” por el reiterado uso de la misma, como si de ella hizo una utilización incorrecta, pues dentro de sus elementales deberes profesionales se encuentra el cerciorarse preventivamente del buen estado de conservación del instrumental que utiliza y el hacer un uso adecuado y correcto del mismo, con buena técnica, según las reglas de la “lex artis” y lo mismo ha de decirse para el supuesto de que la causa de la rotura hubiere sido un golpe que la paciente, al sentir dolor, dio en el brazo del facultativo, pues dentro de la previsibilidad exigible a un diligente profesional odontólogo se encuentra el evitar dicho riesgo, mediante la anestesia adecuada y suficiente, que en el presente supuesto no se utilizaría, si la paciente tuvo la reacción que aduce el facultativo recurrente, de donde se desprende que la calificación de culposa o negligente que hizo la sentencia recurrida para cualquiera de las tres hipótesis contempladas, como únicas causas posibles de la rotura de la lima, es plenamente ajustada a Derecho, con correcta aplicación de los arts. 1101 y 1104 CC”. (F. D. 3°).

Insisteixo en què la presumpció judicial és el mecanisme per solucionar el problema de la imputació objectiva, perquè el que el jutge realitza amb l'enumeració de les “úniques” causes possibles de la ruptura de la llima és un judici valoratiu pel qual atribueix el dany a la voluntat de l'ésser humà (al comportament dels demandats) i no a un producte de l'atzar o esdeveniment de la Natura. Però, al mateix temps, l'AP afegeix en cadascuna de les causes un adjectiu que necessàriament deriva en una conducta negligent dels demandats, amb la qual cosa se soluciona en el mateix plantejament la imputació subjectiva a títol de culpa, en aquest cas en sentit positiu.

- STS 15 novembre 2000 (Ar. 8987): A causa d'una lesió patida pel pacient en un dit, se li va introduir en via venosa un catèter, que posteriorment es va trencar, traslladant-se l'extracte fins al ventricle dret. El tros del catèter va quedar allotjat a l'artèria pulmonar principal i a l'artèria pulmonar segmentària, la qual cosa va requerir el sotmetiment del pacient a una complicada intervenció quirúrgica per a l'extracció del segment. Les lesions van tardar en curar dos-cents quaranta-sis dies i, com a seqüela, al pacient li va quedar una cicatriu en el part anterior del tòrax. Van ser demandats dos professionals sanitaris, la Tresoreria General de la Seguretat Social, l'INSALUD, el SERGAS i l'empresa fabricant del catèter ("Abbott Laboratories, S.A"). Tant el Jutjat de 1a Instància com l'AP absolen a tots els demandats, a excepció de l'empresa fabricant, qui resulta condemnada a una indemnització de 6.000.000 ptes. -quantitat inferior a la dictada per la sentència del Jutjat de 1a Instància, que havia condemnat a la dita empresa al pagament indemnizatori de 10.000.000 ptes.-. El TS desestima el recurs interposat per "Abbott Laboratories, SA". En aquesta sentència també concorre un problema relacionat amb el nexa causal, que finalment és solucionat amb la utilització d'una presumpció judicial la virtualitat de la qual arriba fins a la resolució de la imputació objectiva del dany. En el F. D. 6è el TS fa seu el raonament de la sentència recorreguda:

"SEXTO.- El motivo sexto del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 26 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, por cuanto que la sentencia impugnada, sin haberse probado el defecto del instrumento, condena a la recurrente con la argumentación de que pertenece al mundo de lo posible que el catéter fuera defectuoso- se desestima porque en la sentencia de instancia obra que «está acreditado, con la máxima certeza, que el catéter rompió en el momento en que, de manera adecuada, fue usado, y como, en su manejo, no hubo manipulación alguna que haya causado su fractura, ésta procedió de causa inherente al mismo catéter, y aunque entre las posibles, no haya sido identificada cuál fue, por no haberse hecho una investigación concreta, con garantías de conocimiento e imparcialidad razonablemente exigibles, en todo caso lo que resulta verificado es que hubo una autofractura», de manera que se hace supuesto de la cuestión al ignorar la declaración fáctica de la sentencia recurrida".

Aquesta sentència ben podria haver-se resolt de forma anàloga a la proposta per la STS 22 febrer 1991, només exposant a mode exemplificatiu les hipòtesis causals possibles de la ruptura del catèter, totes elles imputables a l'empresa fabricant. Encara que formalment no enumeri aquesta hipòtesi, de forma implícita arriba a idèntic resultat, perquè el reconeixement ferm de l'existència d'una "autofractura" del catèter, al costat de l'exposició detallada de l'adequació a la *lex artis* del professional sanitari en l'utilització de l'esmentat instrumental, condueixen a la conclusió que qualsevol que fos la causa real de la ruptura del catèter aquesta seria imputable a l'entitat recurrent.

Ara bé, aquesta solució suposa la inimputabilitat subjectiva del dany als prestadors del servei sanitari, la qual cosa introdueix una nova font de conflicte, des del punt de vista jurídic, fins al moment no resolta de forma definitiva per l'Ordenament Jurídic a partir dels mecanismes previstos per a això. Em refereixo al problema de quin subjecte i sota quina fonamentació jurídica respon civilment dels danys ocasionats en la prestació d'un servei sanitari en què ha estat utilitzat un producte defectuós; danys que, d'una banda, podrien ser imputables al prestador del servei -des de l'aplicació de la teoria de la imputació objectiva- i que, per un altre, cal dubtar que ho siguin -des de l'aplicació de la imputació subjectiva-, sempre que el criteri

d'imputació utilitzat en aquesta seu sigui la culpa, la qual cosa suposa l'establiment d'una responsabilitat subjectiva.

En aquesta ocasió, a diferència del que succeeix en altres sentències, el jutge ha optat per la solució més lògica des del punt de vista jurídic: condemnar el fabricant del producte, després de recórrer a la utilització de la *praesumptio hominis* a fi de constatar que tant el defecte del catèter com la causa de l'esmentada ruptura són imputables (atribuïbles) a l'empresa fabricant del producte. No obstant això, no em resisteixo a plantejar per què aquí és absoluta l'Administració sanitària, mentre en altres supòsits, aparentment semblants, és l'únic subjecte condemnat, resultant absolut el fabricant; circumstància que requereix, almenys, una anàlisi comparativa dels pronunciaments judicials que han valorat aquesta qüestió.

- STS 22 novembre 1999 (Ar. 8618): La pacient demanda a un metge, a l'INSALUD, a l'empresa fabricant del producte (que curiosament és "Abbott Laboratories, SA"), i a una Companyia Asseguradora una indemnització de 100 milions de pessetes pels danys patits per la pacient, després de sotmetre's a un part "normal". El problema va sobrevenir perquè, l'endemà, quatre centímetres d'un catèter que va ser utilitzat en el part van quedar dins del cos de la dona. El tros del catèter es va localitzar al pulmó esquerre; però ni a l'Hospital d'Albacete ni a l'Hospital "1º de Octubre" consideren oportú extreure el tros del catèter. La pacient pateix una sèrie de dolors i trastorns; i l'informe clínic d'alta assenyala: "en el momento actual no está indicada la intervención quirúrgica y que la anticoagulación mantenida tampoco aporta ningún beneficio, se decide retirar la anticoagulación y dar de alta hospitalaria a la enferma controlándola ambulatoriamente y si en un momento dado presentara complicaciones por intolerancia del cuerpo extraño, plantear nuevamente la cirugía de resección pulmonar segmentaria. Y como diagnóstico concluye: embolismo pulmonar por punta de catéter; y asimismo, termina: tratamiento conservador con controles periódicos" (F D. 1r). Finalment, el TS estima el recurs de cassació interposat per la part actora i condemna únicament a l'INSALUD a satisfer a la recurrent la quantitat de 30 milions de pessetes. Es dóna la circumstància que, entre els motius utilitzats per l'actora per recórrer en cassació, es troben la inaplicació dels arts. 1902 i 1903 CC i dels arts. 40 i 41 LRJAE -avui derogada-.

Entre les dades escasses que apareixen en el relat de la sentència, pot llegir-se que l'absolució del metge demandat se centra en què no consta que la seva actuació fora la causant del dany. Així mateix, respecte de l'empresa fabricant del catèter ("Abbot Laboratories, SA") es diu: "...del que tampoco consta nexo causal en la rotura del catéter, causante del daño". No crec que aquest raonament sigui convincent, degut, sobretot, a la carència quant a l'explicació de la negació del nexa causal (*lato sensu*) entre el comportament del fabricant del catèter i el dany (Cfr., MARÍN LÓPEZ [2000], pàg. 477). En l'altre extrem se situa la condemna de l'únic demandat: l'INSALUD. I l'argumentació que fonamenta l'esmentada condemna no és sinó una jurisprudència - consolidada- sobre el matís objectiu de l'art. 1903.4 del CC (amb referències a la responsabilitat per risc o basada en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*), així com l'al·lusió jurisprudencial a l'aplicació dels arts. 1, 26 i 28 LCU, amb la ja coneguda responsabilitat "objectiva" de l'últim precepte.

Cal recordar que la demandant/recurrent no ha motivat el recurs en l'infracció, per inaplicació, dels preceptes de la LCU i que, no obstant això, sí que ha acudit a altres –més o menys pròxims quant al caràcter de la responsabilitat (objectiva) que estableix, segons doctrina generalitzada– com el –ja derogat– art. 40 LRJAE. No és que rebutgi l'aplicació pel TS d'un precepte no utilitzat pel recurrent en la motivació del recurs, el que em sembla qüestionable jurídicament és: primer, que s'ometi una mínima explicació tant per recolzar la condemna com l'absolució, respectivament, dels demandats; segon, que uns preceptes aplicables als fabricants del producte suposadament defectuós i als prestadors de serveis que utilitzen aquests mateixos productes (els citats arts. 25-28 LCU –almenys, abans de l'entrada en vigor de la LRPD–), només s'apliquin en perjudici de l'Administració sanitària, quan, curiosament, no hi ha cap retret sobre cap professional sanitari que intervé materialment en el part. L'únic demandat, que més tard resulta absolt, és el Cap del Servei mèdic on va ser atesa l'actora. I, tercer, que no hagin estat aplicats els preceptes de la LRJAE, que sí que van ser utilitzats per la recurrent en la seva motivació, i que, pel contingut idèntic dels arts. 40 LRJAE i 139 LRJAP, podrien fonamentar una condemna de l'Administració per aplicació de la ja coneguda responsabilitat objectiva dels serveis públics –per funcionament normal o anormal–.

- En contrast clar amb la sentència que acabem de comentar es troba la *STS 17 abril 1998 (Ar. 2055)*. A fi d'extreure cerumen de l'oïda de l'actora, es produeix la ruptura de la xeringa utilitzada; per la qual cosa aquella reclama al metge i al Servei Basc de Salut una indemnització pels danys patits de 19.375.000 ptes. Mentre en Primera Instància només es condemna a l'entitat sanitària a una indemnització de 7.500.000 ptes., l'AP fixa la suma en 10.875.000 ptes., mantenint l'absolució del professional sanitari. El Servei Basc de Salut recorre en cassació, al·legant com a motiu essencial l'aplicació indeguda dels arts. 1902 i 1903 CC; el TS estima el recurs. Aquesta sentència se situa en la direcció que apunta la *STS 15 novembre 2000*. És ben segur que, d'haver demandat a l'empresa fabricant del producte, aquesta hagués resultat condemnada amb base en el raonament que el TS exposa, precisament, per absoldre al Servei Basc de Salut; raonament que no és un altre que observar sobre quin subjecte ha de recaure el “control i supervisió” dels productes que distribueix en el mercat. El següent extracte és prou revelador del que s'ha dit:

“La impugnación de la sentencia recurrida gira en torno a la imputación que hace a la entidad recurrente, previo reconocimiento, de acuerdo con el dictamen pericial, de que la jeringa presentaba anomalías de fabricación que «sólo podían ser observadas desmontando el aparato y sólo podrían haber sido detectados en riguroso control de calidad” (fonament jurídic 1r).

Aquest control, a més del fabricant, li correspon, segons l'Audiència al Servei Basc de Salut, “para el buen cumplimiento del servicio de la salud que tiene encomendado por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma y en definitiva del Estado” (fonament jurídic 2n).

“Así las cosas, se revela que el defecto de la jeringa no era detectable antes de su uso; es durante el mismo cuando sobreviene el accidente por defecto de fabricación. Por ello no es correcta la imputación de responsabilidad al Servicio Vasco de Salud, pues no es lógico que tenga que montar un servicio de control de calidad de todos y cada uno de los instrumentos que le suministran los fabricantes para el desarrollo de sus actividades, asumiendo las obligaciones que a ellos compete, ni tiene tampoco lógica alguna que sea la Administración la responsable de que aquéllos no cumplan o cumplan incorrectamente el control de calidad de sus productos. En la vía civil elegida por la actora de esta *litis*

no corresponde la declaración de responsabilidad, si la hubiera, por los daños causados en la prestación de un servicio público. Por todo ello, el motivo se estima" (fonament jurídic 1r).

Tornant a l'anàlisi sobre la qüestió amb què començaren aquest epígraf, interessa ressaltar ara com en aquest cas –igual que en els anteriors–, l'existència d'un nexa causal material entre la intervenció sanitària i el dany és indiscutible. El problema haurà de ser resolt en una altra seu, bé en l'àmbit de la imputació objectiva del dany o bé en el de l'afirmació de la responsabilitat per aplicació d'un criteri d'imputació (subjectiu) –que serà la culpa, tret que la norma estableixi un altre diferent– després d'afirmar que el dany és objectivament imputable al demandat. La ruptura de l'instrument utilitzat en l'assistència sanitària (catèter, xeringa) fa de fil conductor, des del punt de vista de la causalitat material, entre la intervenció sanitària i el dany.

Malgrat tot, les coses no són tan clares, quant a l'ordre a seguir segons l'esquema teòric de la imputació objectiva. En la *STS 17 abril 1998*, el fonament de l'exoneració de responsabilitat del Servei Basc de Salut crec que es troba en seu d'imputació subjectiva i no a l'estadi –teòricament previ– de la imputació objectiva del dany; perquè aquest és imputable objectivament a l'entitat sanitària. M'explico. Un cop afirmat el nexa causal material entre la intervenció sanitària i el dany, caldrà passar al pla de la imputació objectiva del dany. I sembla que aquest és imputable a l'entitat demandada (ja des de la teoria de l'adequació o per aplicació del criteri de l'increment del risc). Encara no hem arribat al pla de la imputació subjectiva, amb la qual cosa no podem concloure si el demandat és o no responsable del dany. Atès que els preceptes utilitzats, tant pel recurrent en cassació com pel TS, són els arts. 1902 i 1903 CC –normes que, malgrat la seva interpretació tendencialment objectivista, no deixen de basar-se en la culpa o negligència com a criteri d'imputació de la responsabilitat– és, precisament, aquesta valoració subjectivista (existència de culpa o no en l'actuació de l'entitat sanitària) la que ha de primar en la resolució del problema de la *imputatio iuris* (o imputació subjectiva). El raonament essencial del TS per exonerar de responsabilitat al Servei Basc de Salut no és un altre que l'exposició del patró de diligència exigible a l'entitat sanitària a fi de quedar exonerat de la responsabilitat que se li imputa (art. 1104 en relació amb els arts. 1902 i 1903 CC).

Vegem el que succeeix en la *STS 22 novembre 1999*. Encara que el TS fonamenta l'absolució de l'empresa fabricant del catèter en la no constància de nexa causal entre el seu comportament i el dany, en realitat el problema no és de relació de causalitat material –que indubtablement es dóna– sinó d'imputació objectiva del dany, encara que no se sàpiga la raó per la qual el TS exclou l'esmentada imputació objectiva respecte de l'empresa fabricant del producte. Al meu parer, el TS hauria d'haver condemnat a l'esmentada entitat, perquè no és improbable que es produeixi un dany com el que es dóna en aquests supòsits (criteri de l'adequació = afirmació de la imputació objectiva). Quant a la valoració sobre la imputació subjectiva, aquesta també es produeix, ja sigui amb l'argument utilitzat en la *STS 17 abril 1998* (arts. 1902 i 1903 CC), bé amb l'esgrimit en la *STS 15 novembre 2000* (art. 26 LCU –precepte que acudeix igualment a la culpa com a criteri d'imputació de la responsabilitat, encara que per la via indirecta de la inversió de la càrrega de la prova–), o, per últim, amb el raonament present en la pròpia *STS 22 novembre 1999* per condemnar l'INSALUD –entre altres l'art. 28 LCU –precepte que, encara que la doctrina majoritària entén que estableix una responsabilitat objectiva, personalment dubto del criteri

d'imputació de responsabilitat (suposadament objectiu) que conté (vegeu DÍAZ-REGAÑÓN [1996], pàgs. 378 i ss.) -.

He d'apuntar una matisació: en el cas de confirmar que determinades conseqüències danyoses són objectivament imputables al demandat i, seguidament, apreciar que també la qüestió de la imputació subjectiva queda afirmada; quan el criteri d'imputació de la responsabilitat no sigui la culpa –és a dir, quan el règim de responsabilitat sigui objectiu i no subjectiu-, la resolució final sobre l'atribució o exoneració de responsabilitat civil al demandat –segons es compleixin o no, respectivament els requisits tant de la imputació objectiva com de la subjectiva- coincidiran en un mateix moment, conforme a allò que s'ha exposat amb anterioritat.

7.2. Casos on cabria parlar de nexa causal entre la intervenció sanitària en general i el dany infligit al pacient

A diferència de les sentències incloses en el grup precedent, on la intervenció sanitària és, sense cap gènere de dubte, causa material del dany –des de l'aplicació de la Teoria de l'equivalència de les condicions-, en les analitzades en aquest grup aquesta afirmació no és tan evident, en faltar l'esglau causal intermedi (ex. producte defectuós), que connecta necessàriament el dany a la intervenció sanitària. Aquí únicament estem en presència d'un dany posterior –en el temps- a la intervenció mèdica. D'aquí que, en aquesta seu, *a priori* trobi una major justificació el plantejament defensat per ASÚA GONZÁLEZ, quant a distingir quan el servei sanitari és causa o mera ocasió del dany –amb la finalitat de partir de l'existència o no de causalitat material, respectivament-. No obstant això, i com es comprovarà a continuació, el problema no deixa de pertànyer a l'àmbit estricte de la imputació objectiva del dany.

- STS 22 juliol 1994 (Ar. 6581): Segons el diagnòstic realitzat a l'actor, aquest pateix un infart agut de miocardi diafragmàtic; per això és intervingut quirúrgicament als sis dies des que acudeix al servei d'urgències, després de sotmetre's a un tractament intensiu. La situació resultant és la que segueix: “tetraplejia espàstica con afasia motora y sensitiva, cuyas lesiones son irreversibles: el enfermo no mantiene sedestación ni bipedestación, y depende totalmente de terceros” (F.J. 1er). Resulten demandats la Tresoreria General de la Seguretat Social i el Servei Andalus de la Salut. Mentre el Jutjat estima parcialment la demanda i condemna al Servei Andalus de la Salut, l'AP revoca el pronunciament de 1a Instància i absol a ambdós demandats. L'actor recorre en cassació amb la intenció de fer valer una presumpció de “defecte” en el servei prestat, i al·lega, com a motivació del recurs, la infracció per inaplicació de l'art. 28.2 LCU. El TS confirma la sentència *a quo* i exposa una argumentació més que discutible sobre l'abast de la LCU i la interpretació que ha de donar-se al seu art. 28. Així mateix presenta un raonament sobre la no culpabilitat dels demandats; però és al final quan incideix en la veritable *ratio* que fonamenta l'absolució dels demandats: el dèficit probatori de la relació de causalitat –en sentit ampli-:

“...la concurrencia del soporte culpabilístico no se infiere del resultado probatorio practicado y valorado en los autos (...), ya que en la sentencia recurrida se afirma la inexistencia de prueba alguna acerca de la culpa o negligencia, ni de los Médicos, ni de la Administración sanitaria, y se insiste en no haberse apreciado la menor culpa o responsabilidad ni en la Administración demandada, ni en los que debieron ser traídos al pleito, los médicos del equipo, así como la total desconexión con el resultado final” (F. D. 4t).

Tot seguit caldria preguntar-se si aquest supòsit de fet s'identifica amb un cas d'inexistència de nexa causal material o, contràriament, el que succeeix és que no s'imputa objectivament el dany als demandats, per estar davant un risc inherent al propi estat de salut del pacient. Considero preferible la segona opció, per diverses raons. Primera, perquè independentment de la posició que s'adopti, el resultat pràctic és indiferent: l'absolució dels demandats. Segona, per l'extrema dificultat per saber amb una mínima certesa si l'operació quirúrgica ha influït i, si escau, en quina mesura en el resultat final. Tercera, perquè, davant d'aquesta incertesa, trobo més convenient "presumir" el nexa causal material i, posteriorment, negar la imputació objectiva del dany al demandat amb ajuda de la teoria de l'adequació o per aplicació de qualsevol altre criteri (ex. increment del risc).

Si adaptem a aquesta sentència el raonament d'ASÚA GONZÁLEZ (distinció entre causa i ocasió), s'observa que persisteix la incertesa sobre el que hauria succeït d'haver actuat d'una altra forma; la qual cosa demostra la inseguretat del plantejament –demostrada per la pròpia autora en comentar la STS, 3a, 9 octubre 1995 (Ar. 7047), semblant a la STS 22 juliol 1994. Davant d'una situació semblant, crec preferible partir de l'afirmació del nexa causal material –per aplicació d'una presumpció judicial- i, en una valoració posterior, decantar-se per imputar o no objectivament el dany fent ús dels criteris d'imputació objectiva (ex., criteri de l'adequació).

- STS 13 juliol 1987 (Ar. 5488). Aquesta sentència arriba a una solució contrària a l'obtinguda a partir de la STS 22 febrer 1991, malgrat la similitud quant al procediment utilitzat per resoldre els problemes del nexa causal, imputació objectiva i imputació subjectiva. Segons els fets, un menor se sotmeté a una intervenció quirúrgica d'amigdalectomia, després que se li subministrés l'anestèsia corresponent. Finalitzada l'operació sanitària, i mentre el menor es recuperava en una dependència contigua al quiròfan, aquest patí una aturada cardíaca, seguida d'un coma profund. Com a seqüeles permanents el menor patí una paràlisi cerebral infantil amb tetraplègia espàstica. Són demandats l'anestèsista, el metge cirurgià i la Clínica on es va intervenir quirúrgicament al menor. El TS confirma la sentència absolutòria de l'AP.

Doncs bé, novament cal preguntar-se si l'absolució dels demandats troba fonament en la inexistència de nexa causal material o, al contrari, en la no imputació del dany als demandats després de reconèixer que la intervenció quirúrgica actua com a causa –o millor, concausa-material del dany. Sembla més adequada aquesta segona interpretació, i la mateixa sentència al·ludeix expressament a això en diverses ocasions. Un cop que es parteix de la premissa de l'existència del nexa causal material, és necessari pronunciar-se sobre la imputació objectiva del dany. Més concretament, caldrà valorar si l'operació quirúrgica ha creat un risc quantitativament rellevant conforme als pressupòsits propis de la teoria de l'adequació. I, novament, el problema de la imputació objectiva és resolt pel jutge amb l'ajuda inestimable d'una presumpció judicial amb la finalitat d'exposar les possibles causes de l'aturada cardíaca; però aquesta vegada totes elles demostren la inimputabilitat objectiva del dany als demandats.

- És hora de passar a una sentència interessant - utilitzada per MIR PUIGPELAT [2000], pàg. 236, nota 346, precisament, com a exemple d'inexistència de relació de causalitat material-. Es tracta

de la STS, 3a, 10 febrer 1998 (Ar. 1542). Després de trenta-una setmanes d'embaràs, una mare dona a llum un nen prematur, amb un pes d'1,70 kg., per la qual cosa requerí tractament a la incubadora, on li subministraren oxigen durant els dies que fou necessari. Posteriorment es demostrà que el nen desenvolupà una malaltia ocular (fibroplàsia retrolental), que produí una ceguesa al menor. Els pares del menor demanden a l'Administració sanitària, pretensió desestimada en totes les instàncies.

De la mateixa forma que en la sentència precedent, aquí tenim una intervenció sanitària posterior al part; l'adveniment d'una malaltia amb una etiologia poc clara: la fibroplàsia retrolental; i, finalment, els danys consistents en la ceguesa que pateix el noutat. I la pregunta a formular és la mateixa: hi ha inexistència de nexa causal material o, al contrari, és un problema d'imputació objectiva? Sembla que MIR PUIGPELAT es decanta per la primera postura. Personalment considero preferible la segona. Coincideixo amb l'autor quan es refereix a l'admissió de la presumpció judicial per arribar a una constatació del nexa causal. Però quan al·ludeix al "grau de certesa del nexa causal" exigible en l'àmbit de la responsabilitat civil extracontractual, en comparació amb què s'exigeix en el de la responsabilitat penal –segons l'autor, en aquell n'hi ha prou amb una prova de la causalitat menys concloent-, sembla que el discurs varia de trajectòria, i passa del nexa causal material al de la imputació objectiva.

Penso que això succeeix en la STS, 3a, 10 febrer 1998, quan, després de l'emissió dels dictàmens mèdics que es pronuncien sobre l'etiologia de la fibroplàsia retrolental, no hi ha una postura certa i clara sobre aquesta. Si, a la vista de les dades aportades al procés, l'única cosa segura és que la fibroplàsia retrolental és la causa immediata de la ceguesa del nen; i, al seu torn, el dèficit probatori es troba en l'etiologia de la malaltia, crec que la solució al problema ve de la mà de la teoria de la imputació objectiva, amb la qual cosa necessàriament cal partir de l'existència de nexa causal material per a, posteriorment, negar la imputació objectiva del dany al demandat. Els dos riscos contraposats presents en aquest supòsit de fet serien, d'una banda, el risc que la malaltia es trobi connectada causalment al subministrament d'oxigen i, per un altre, el risc inherent a l'estat de salut del nen (ex. la hiperòxia o els valors de pressió parcial d'oxigen en sang arterial superiors a les xifres normals). Quant al primer, el TS afirma –basant-se en els dictàmens mèdics- que "el aporte de oxígeno no es por sí mismo una causa de fibroplasia retrolental"; alhora que es demostra que les dosis d'oxigen subministrades al nen van ser proporcionals a la simptomatologia i necessàries per a la viabilitat del nen prematur. Però, respecte del risc inherent al propi estat de salut del nen, es comprova que no es donen els potencials factors de risc propis de l'esmentada malaltia (bàsicament l'excessiva immaduresa del nen). Davant d'aquesta incertesa, el jutge ha de decidir –valoració jurídica- si imputa objectivament o no el dany al demandat. I la solució prové, en primer lloc i si correspon, de la utilització d'una presumpció judicial que porti al Jutge a la convicció d'una inimputabilitat objectiva del dany al demandat - com succeeix, al meu parer, en la STS 13 juliol 1987, ja vista, o en la STS 8 maig 1991 (Ar. 3618)- o bé, en un segon terme i davant la persistència de la incertesa, de l'aplicació de les regles de l'*onus probandi*. En aquest cas crec que les regles de la càrrega de la prova mostren tota la seva efectivitat –de la mateixa forma que en altres supòsits com la STS 7 febrer 1990 (Ar. 668) o la STS 5 febrer 2001 (Ar. 541)-, amb la qual cosa la valoració jurídica del jutge afaforeix a la part demandada.

8. La distinció entre el comportament comissiu i l'omissiu en la problemàtica sobre el nexa causal

Per últim, exposaré un argument complementari, favorable a considerar que els problemes analitzats sobre la relació de causalitat *-lato sensu-* es circumscriuen al tractament concret de la imputació objectiva del dany i no del nexa causal material. Per a això, és necessari distingir quan estem davant un cas de responsabilitat civil on la conducta del demandat és positiva o identificable amb una "acció" i quan, al contrari, estem davant un comportament omissiu o negatiu. Insisteixo en aquesta dada, perquè la doctrina acostuma a ser pacífica a l'hora d'entendre que una conducta omissiva no pot considerar-se mai causa d'un resultat des de l'aplicació de les ciències de la natura (Teoria de l'equivalència de les condicions o *condicio sine qua non*) (PANTALEÓN PRIETO [1991], pàg. 1984; MIR PUIG [2002], pàgs. 322 i ss.; GIMBERNAT ORDEIG [1994], pàgs. 40 i ss.).

Aquest matís cal connectar-ho a la referència que ASÚA GONZÁLEZ efectua a fi de valorar si –en el pla estricte de la causalitat– el funcionament del servei públic és o no veritablement la causa del dany. Recordem que l'autora entén que el servei públic és causa –i no ocasió– del dany, quan el dany no hauria succeït si "se hubiera actuado lo omitido". Després d'analitzar aquest problema, entenc –amb la doctrina abans citada– que el "judici hipotètic" que mentalment cal realitzar entre l'acció omissa –i per tant no produïda– i el dany constatat té lloc en seu d'imputació objectiva i no en l'àmbit de la relació de causalitat. Si a això s'afegeix que gran part dels supòsits més controvertits de responsabilitat sanitària s'identifiquen amb casos d'omissions (millor, casos de comissió per omissió) greus, s'obté la conclusió que el veritable problema és d'imputació objectiva del dany i no de relació de causalitat –o de distingir si el comportament és considerat "causa" i no "ocasió" del resultat danyós–. Vegem alguns exemples, extrets de la jurisprudència.

- STS (3a) 29 juliol 1986 (Ar. 6908): Un malalt greu arriba a un hospital militar i, a causa d'una sèrie d'irregularitats finalment mor després de ser operat al matí següent. El TS concedeix a l'esposa del mort la indemnització sol·licitada. En aquesta sentència s'observa com el problema principal no és el de diferenciar –en el terreny de la relació de causalitat material– si el comportament omissiu del demandat (Estat) és "causa" i no "ocasió" del dany, sinó el d'imputar objectivament el dany a aquesta conducta omissiva.

El TS reconeix la falta de certesa quant a les possibles "causes" del resultat. Una d'elles, l'extrema gravetat del pacient en ser hospitalitzat –risc, d'altra banda, predicable en major o menor grau en qualsevol supòsit de responsabilitat sanitària– i una altra, les deficiències en el funcionament del servei. Fins i tot el jutge planteja la possibilitat que aquestes deficiències puguin apreciar-se com "irrellevants"; la qual cosa, al meu parer, no impedeix que les mateixes continuïn tenint la consideració conceptual de "causa" i no de mera "ocasió" quant al dany produït. En definitiva, la STS 29 juliol 1986 és un bon exemple del que succeeix habitualment en els litigis sobre responsabilitat sanitària. Estem davant d'un cas on conflueixen els dos riscos antitètics. Ambdós riscos variaran quant al seu grau i importància, segons la casuística; però és ben cert que la valoració o ponderació (tasca normativa) que s'efectua a fi de decidir quina de les dues "causes"

és la que ha tingut un major protagonisme en la realització del resultat, prové de la imputació objectiva i no de problemes causals en sentit estricte.

- *STS 22 maig 1998 (Ar. 3991)*. El pacient mor a causa d'un xoc sèptic, després de ser intervingut quirúrgicament després que li fóra diagnosticat l'existència d'un flegmó dental. El TS condemna a l'entitat demandada al pagament de quaranta milions de pessetes en favor dels hereus del mort. Sembla que el TS basa la condemna en una omisió: la demora en la realització de les analítiques i proves radiològiques que amb caràcter urgent requeria el cas. Respecte de la distinció, ja apuntada, entre causa i ocasió, al meu parer la *STS 22 maig 1998* constitueix un nou exemple de com aquesta qüestió, més que trobar la solució en seu de nexa causal material, ho fa en fase d'imputació objectiva. El TS fonamenta de la manera següent la sentència condemnatòria de l'entitat demandada:

“**SEXTO.-** ...aun cuando no puede afirmarse que de haber sido intervenido antes la enfermedad no hubiere seguido un curso tan desfavorable, es lo cierto que, ante un proceso de las características que aquejaba al enfermo, «lo mejor es intervenir cuanto antes». Aclara también que la realización de una analítica de urgencia «no tiene por qué tardar demasiado tiempo». Consecuentemente, ha de concluirse que teniendo presente, el diagnóstico etiológico de angina de Ludwig, que fue la causante del curso séptico originado por la infección a que respondía el flemón por la inflamación (infección no detectada ni investigada inicialmente) la realidad es que al tardarse más de catorce horas en efectuarse la «desbridación», dada la virulencia de este tipo de infecciones, se produjo una extensión de la misma desde el suelo de la boca hacia el mediastino en que tuvo especial importancia el retraso en el actuar del centro hospitalario.

SEPTIMO.-De los hechos descritos se desprende que del supuesto flemón sin importancia diagnosticado que, no obstante, determinó el ingreso del paciente por urgencia hospitalaria ya que ocultaba una gravísima infección se derivaron fatales consecuencias, sin que sean explicables las omisiones que se detectan en las primeras horas del ingreso (práctica de pruebas radiológicas y analíticas urgentes y visita del médico especializado) que eran claves para atajar la infección, incluso por medio de una intervención quirúrgica inmediata. Según, además, reconocen en sus declaraciones testificales los especialistas en cirugía maxilofacial que lo intervinieron, «vieron al enfermo por primera vez, al día siguiente del ingreso, y no fueron avisados con anterioridad, de forma que vieron al enfermo, cuando iniciaron su jornada habitual de trabajo».

OCTAVO.-Tales circunstancias fácticas expresan, como mínimo una falta de coordinación en los servicios del centro hospitalario y una inicial valoración de la gravedad del padecimiento, poco acorde con la realidad subyacente que exigía una rápida intervención. No demostrada, de otra parte, la inevitabilidad del resultado, ni facilitado medios convincentes de prueba, acreditativos del empleo de toda la diligencia exigible en un caso de esas características, se entra, de lleno, en la aplicación del artículo 1903 del Código Civil, cuyos elementos constitutivos concurren, ya que es constante la jurisprudencia de esta Sala que declara con reiteración la responsabilidad directa de los centros y servicios sanitarios por hecho ajeno, atribuye a los facultativos y personal dependiente, que surge de la relación de dependencia del médico, al entrar en juego los conceptos de «culpa in vigilando» o «culpa in eligendo» (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 abril 1997, entre otras muchas)”.

Els paràgrafs transcrits demostren com el raonament essencial del TS per condemnar al demandat és la convicció que aquest ha actuat negligentment, deixant en un segon pla el problema causal *-lato sensu-* entre l'esmentat comportament i el dany ocasionat. A causa de la

incertesa relativa a saber el que hauria succeït d'haver intervingut amb major promptitud, el jutge opta per resoldre el dèficit causal amb la superposició d'un raonament més segur i convincent: l'actuació negligent basada en una conducta omissiva ("no haver intervingut abans"). Però amb aquest esquema teòric, queda sense resoldre el problema que aquí estem plantejant: el comportament de l'entitat sanitària és causa o mera ocasió del dany?; s'hauria produït el dany si s'hagués realitzat allò que s'ha omès? Entenc que aquestes respostes han d'obtenir una solució des dels criteris aplicables segons la teoria de la imputació objectiva. I, en aquest sentit, la primera valoració que efectua el TS sobre el que hauria succeït d'haver intervingut abans, es correspon amb el raonament propi del que doctrinalment es coneix per "conducta alternativa conforme a Dret". El desenvolupament d'aquesta teoria serviria per no imputar el dany al demandat quan, en aplicar al cas criteris d'imputació objectiva com el del "fi de protecció de la norma fundadora de la responsabilitat" o el de l'"increment del risc", s'hagués produït amb una probabilitat fronterera en la certesa el mateix resultat negatiu d'haver actuat el demandat amb diligència (vegeu PANTALEÓN PRIETO [1990], pàgs. 1580 i ss.). Però el TS acaba condemnant a l'entitat demandada, la qual cosa allunya el resultat d'aquell que s'obté amb l'aplicació de l'esmentada teoria. Amb tot, la solució no és senzilla. De fet, el TS reconeix la inseguretat sobre el resultat que s'obtidria després de l'aplicació d'aquest judici hipotètic; i, malgrat tot, condemna al demandat. Ara bé, la sentència condemnatòria es produeix perquè la valoració sobre la culpa o negligència en què ha incorregut el demandat suplanta i absorbeix el raonament deficitari sobre el nexa causal *-lato sensu* (més aviat sobre el problema de si el dany és o no objectivament imputable al comportament del demandat)-.

- STS 18 desembre 2002 (Ar. 2003, 914). La pacient pateix una malaltia cardíaca, i per això se sotmet a una revisió. En l'esmentada revisió es detecta un tumor maligne, que posteriorment és extirpat i remès al Servei d'Anatomia Patològica per a estudi de biòpsia intraoperatòria. Mentre s'esperava el resultat d'aquesta prova, la pacient presentà una intensa bradicàrdia, per la qual cosa es procedí a realitzar maniobra de reanimació, aconseguint la recuperació de la pacient. Superada la complicació descrita, es decidí continuar la intervenció, i es practicà la mastectomia dreta amb la tècnica de Patey, que fou completada sense problemes. A les vint-i-quatre hores de la intervenció, la pacient seguia en coma profund; situació que no varia als dies següents. Catorze dies després, és traslladada a l'«Hospital Río Hortega» de Valladolid per a valoració; torna a l'«Hospital Virgen de la Concha» de Zamora amb diagnòstic d'estat vegetatiu per encefalopatia hipòxica, i ingressa en la planta de neurologia. Finalment, la pacient presenta tetraparesia (es troba pràcticament immòbil); roman amb els ulls oberts sense fixar la mirada; no respon a estímuls visuals ni auditius, encara que sí ho fa a estímuls dolorosos; respira espontàniament per traqueotomia, però precisa d'un aspirador per a les secrecions cada cert temps; s'alimenta per sonda nasogàstrica; no té sonda vesical, però sí bolquers d'incontinència. Segons els coneixements científics actuals, no hi ha possibilitat de curació ni millora.

Els actors demanen a una de les doctores que intervingué a la pacient, a la companyia asseguradora "Wintentur" i a l'INSALUD; reclamant, en concepte de responsabilitat civil, una indemnització a favor de la víctima de 71.000.000 ptes. i, subsidiàriament, una pensió vitalícia del doble del salari mínim interprofessional; una indemnització de 15.480.000 ptes., a favor dels familiars més pròxims, més una altra de 252.190 ptes., per altres despeses. El Jutjat de 1a

Instància desestima la demanda, però la *SAP Zamora, 19 maig, 2000* estima parcialment el recurs d'apel·lació, en el sentit de condemnar únicament l'INSALUD a satisfer la pacient la pensió vitalícia sol·licitada i a indemnitzar els familiars (espòs i filles) una quantitat de 12.000.000 ptes. L'INSALUD interposa recurs de cassació i el TS ho desestima. Juntament amb aquests pressupòsits fàctics, convé ressaltar dues dades més que la sentència de l'AP considera com a fets provats:

“10.- No ha sido posible determinar la causa del bloqueo auriculo-ventricular, aunque se intuye que fue desencadenado por un reflejo vaso-vagal, que se produce frecuentemente durante la anestesia.

11.- El Hospital “Virgen de la Concha” de Zamora disponía antes del día 20 de octubre de 1994 [fecha en que tuvo lugar la intervención quirúrgica] de un ecocardiógrafo operativo en la Unidad de Cardiología, que no fue empleado en el preoperatorio de la paciente. Utilizando dicho aparato es detectable tanto la existencia de cardiopatías morfológicas como congénitas, si bien algunas cardiopatías morfológicas sólo son detectadas mediante estudios microscópicos” (F. D. 3r).

Doncs bé, a la vista d'aquests fets, l'AP –i després el TS- basant-se en una doctrina, ja consolidada jurisprudencialment (la del “dany desproporcionat”), presumeixen l'existència tant de culpa com de nexa causal –*lato sensu*- entre el comportament omissiu de l'INSALUD i el dany, pressupostos necessaris per condemnar a l'entitat. El següent extracte resumeix perfectament el que s'ha dit:

“Es un resultado desproporcionado, la cosa habla por sí misma («res ipsa liquitur») y hay clara apariencia de prueba (Anscheinsbeweis) de la culpa, culpa virtual («faute virtuelle») que si no consta la negligencia de médicos concretos, sí aparece, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996, una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización, pues, aunque no consta que la paciente padeciera ninguna cardiopatía congénita o morfológica con anterioridad a la intervención quirúrgica, que hubiera alertado a los médicos dependientes del Instituto Nacional de la Salud, lo que no cabe duda es que no se agotaron todos los medios e instrumentos disponibles del Centro Hospitalario para indagar sobre la posible existencia de dicho padecimiento pues, si bien es cierto que las cardiopatías congénitas o morfológicas no son detectables en todos los casos mediante la utilización de un ecocardiograma, no cabe duda que en algunos casos sí se detectan los indicados padecimientos mediante la utilización de dicho instrumento, por lo que al no haberlo empleado, disponiendo de él en el Servicio de Cardiología, es evidente que es imposible saber si se hubiera detectado algún padecimiento cardíaco y, en su caso, actuar en consecuencia” (F. D. 9º).

De la mateixa forma que en ocasions precedents, assistim a un dèficit causal; més aviat, a una “no certesa” sobre el que hagués passat d'haver utilitzat l'INSALUD l'ecocardiògraf, i això situa la solució del problema en seu d'imputació objectiva i no en l'àmbit estricte de la causalitat material. És necessari tenir present que el jutge el que fa és decantar-se per l'esmentada imputació, malgrat no estar completament segur del que hauria succeït de no haver-se omès la conducta exigida –la pròpia AP reconeix la impossibilitat de saber si s'hagués detectat algun patiment cardíac amb la utilització de l'ecocardiògraf-. Això no és ni més ni menys que acudir al criteri de la probabilitat, ja al·ludit anteriorment, a fi de decidir si el dany és o no objectivament imputable a la conducta omissiva de l'INSALUD –un cop aplicat qualsevol dels criteris d'imputació objectiva enumerats per la doctrina (adequació, increment del risc, etc..).

Per últim, i com també succeeix en la STS 22 maig 1998, en la sentència ara comentada s'observa com el TS es preocupa especialment per fer prevaler el caràcter negligent del comportament del demandat sobre la qüestió purament causal –en sentit ampli-. Dit d'una altra manera, tornem a presenciar un assetjament del pressupòsit culpabilístic sobre el causal, pressupòsit que queda, en certa manera, postpossat a un segon lloc quant a transcendència jurídica –i en concret quant a la seva constatació-.

Per finalitzar, convé recordar que no s'observen problemes de comprensió relatius al nexa causal quan el comportament del subjecte demandat es caracteritza per ser omissiu. En un terreny com el de la responsabilitat mèdico-sanitària, els supòsits on la conducta s'identifiqui amb una acció són igualment controvertits, si del que es tracta és de constatar amb seguretat, primer, l'existència o no d'un nexa causal (material) entre aquesta acció i el dany i, segon, si aquest és imputable objectivament a aquella. A això s'afegeix la qüestió de la denominada *imputatio iuris*, i la connexió –de vegades derivada en confusió- entre el criteri d'imputació subjectiu i els problemes causals –*lato sensu*-, que tants problemes de fonamentació jurídica ocasionen als jutges, a la vista dels raonaments en què aquests recolzen les sentències.

9. Bibliografia

ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad civil médica”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Navarra, 2002.

BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.

BUSTO LAGO, José Manuel, *Régimen jurídico estatutario del personal facultativo al servicio del SERGAS. Análisis de su responsabilidad civil y disciplinaria*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2001.

CARRASCO PERERA, Ángel, “Comentario arts. 1104-1107 CC”, a *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, t. XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995.

DÍAZ-REGAÑÓN G^a-ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

DÍAZ-REGAÑÓN G^a-ALCALÁ, Calixto, “Riesgos del desarrollo y sangre contaminada: tres jurisdicciones, tres respuestas distintas”, *Repertorio de Jurisprudencia*, Aranzadi, nº 41-42, 1999.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo, II*, 7ª ed., reimpressió 2001, Civitas, Madrid, 2001.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Causalidad, omisión e imprudencia", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVII, 1994.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996.

MARÍN LÓPEZ, Juan José, "Comentario a la STS 15-11-2000", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 56, 2001.

MARTÍN REBOLLO, Luis, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica", *Documentación Administrativa*, nº 237-238, 1994.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., Barcelona, 2002.

MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.

MUGA MUÑOZ, José Luis, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por el contagio de SIDA", *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", a AA.VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid, 1990.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Comentario art. 1902 CC", a PAZ-ARES/BERCOVITZ R./DÍEZ-PICAZO/SALVADOR CODERCH, (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Los anteojos de un civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993.

PLAZA PENADÉS, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Navarra, 2002.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, "El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas", a *Tratado de responsabilidad civil*, coord.. REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Navarra, 2002.

REYES ALVARADO, Yasid, *Imputación objetiva*, 2ª ed., revisada, Santa Fe de Bogotá, 1996.

SALVADOR CODERCH, Pablo, "Causalitat i responsabilitat", *InDret*, 1/2000, [[http:// / www.indret.com](http://www.indret.com)].