

## I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

### LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION EN MATERIA HOSPITALARIA

(Las sentencias de 7 de febrero de 1973 y 12 de marzo de 1975)

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1973: 1.º *Los hechos.* 2.º *El contrato como determinante de la jurisdicción.* 3.º *La responsabilidad de la Diputación Provincial de Asturias: la exención del médico.*—III. LA SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1975: 1.º *Planteamiento de la litis.* 2.º *Los efectos de la notificación defectuosa.* 3.º *La imputación del daño a la Administración.* 4.º *La indemnización del daño.*—IV. CONCLUSIÓN.

#### I. INTRODUCCION

Dos recientes sentencias se refieren pertinentemente al importante tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, desde la específica vertiente de la institución sanitaria-hospitalaria (1). La evidente disparidad en cuanto a planteamientos y soluciones que existe en uno y otro fallo judicial, mencionado el común nexo material, es perceptible en la propia jurisdicción que decide el conflicto: la civil, respecto de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de febrero de 1973 (2), y la contencioso-administrativa, en relación a la de fecha 12 de marzo de 1975 (3); disimilitud de jurisdicciones que presupone consecuentemente un diferente tipo de responsabilidad: la subjetiva, regulada por los correspondientes preceptos del derecho civil, y la objetiva, sujeta a la progresiva normativa administrativa.

Aunque con el punto de partida de un presupuesto fáctico diferenciado, ambas sentencias proporcionan respuesta a una problemática semejante: daños a particulares ocasionados desde la perspectiva funcional de un hospital público. De tal manera, los aspectos debatidos se encuentran estrechamente relacionados: duda original sobre la jurisdicción competente en el tema; naturaleza jurídica del ingresado en un hospital dependiente de una corporación provincial y vínculo relacional hospital-médico-enfermo; clase de responsabilidad exigible; modo de imputación del hecho dañoso a la Administración y, como elemento esencial, persona responsable de la lesión antijurídica.

(1) Sobre esta materia, el excelente estudio monográfico de Muñoz Machado, S.: *La sanidad pública en España. Evolución histórica y situación actual*, Madrid, 1975.

(2) *Aranzadi* núm. 407.

(3) *Aranzadi* núm. 1798.

Cabe señalar, justo es decirlo, el amplio margen de responsabilidad consagrado en esta jurisprudencia, en lo que concierne a la Administración; singularmente en la sentencia emanada de la jurisdicción contencioso-administrativa, de un generoso reconocimiento de la obligación de resarcimiento por parte del ente administrativo. Primera afirmación deducible del contenido de las dos mencionadas sentencias, que debe profundizarse aludiendo a la mayor coherencia, a mi juicio, de la más reciente de las sentencias (auténtico hito en la evolución de la responsabilidad administrativa); al mismo tiempo que con intención de simple interrogante, parece preciso hacer referencia a las cuestiones suscitadas por esta jurisprudencia en un ámbito poco estudiado hasta ahora entre nosotros, como es el tema de la responsabilidad del profesional médico.

## II. LA SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1973

### 1.º *Los hechos*

La Sentencia de 7 de febrero de 1973 (ponente GONZÁLEZ ALEGRE Y BERNARDO), contempla el siguiente supuesto: don Jeremías G. C., de profesión vigilante de minas, fue intervenido quirúrgicamente en el Hospital General de Asturias, por un cirujano afecto al servicio de cirugía vascular de dicho Hospital; en consulta posterior se advirtió la sección del nervio frénico. El actor formuló demanda contra la Diputación Provincial de Oviedo ante el Juzgado de 1.ª instancia, número uno, suplicando que se condenase a la corporación demandada, por razón y motivo de las graves secuelas producidas por la defectuosa operación, a abonar al intervenido quirúrgicamente la cantidad de 400.000 pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios; pretensión a la que se opuso la Diputación, con la alegación de que los efectos de la operación fueron más beneficiosos que perjudiciales.

El Juez de Primera instancia dictó sentencia desestimando la demanda y, apelada aquélla, la Audiencia acordó revocarla, estimando íntegramente la demanda originaria. La Diputación de Asturias interpuso recurso de casación por infracción de ley, dando lugar a que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, exprese la última palabra sobre la cuestión.

### 2.º *El contrato como determinante de la jurisdicción*

La Sentencia alude en su primer Considerando, al fundamento de la competencia de la jurisdicción civil sobre la concreta materia litigiosa:

«CDO.: que la primera cuestión que plantea el recurso, es la referente a la competencia de la jurisdicción civil para conocer de la pretensión objeto de litis, pues

aunque discutido en primera instancia y resuelto por el juzgador, declarando competente para entender de la materia de autos, aceptado por el demandado, hoy recurrente, al no apelar de la sentencia, ni adherirse al recurso interpuesto por el actor, por lo que parecería había de tenerse como ejecutoria en dicho extremo, fue planteada de oficio por la Sala de Instancia que resolvió la cuestión en el propio sentido, siendo suscitada nuevamente en este recurso, en cuanto al cuarto de sus motivos se ampara, en el ordinal 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con apoyo en lo dispuesto en los apartados a) y b) del artículo 3.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, y como complementarios, el 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 128 de la de Expropiación Forzosa y 141 de su Reglamento; así como el 407 de la Ley de Régimen Local, y prescindiendo de los defectos formales que en el mismo se aprecian, pues no privan de su conocimiento por ser materia que afecta al orden público, es de tener en cuenta que la relación obligacional nacida del hecho de haber ingresado el actor en el Hospital General de Asturias perteneciente a la excelentísima Diputación Provincial de Oviedo, como *enfermo de carácter privado, para ser sometido a determinada operación jurídica, no puede tipificarse como contrato administrativo al no tener por finalidad la realización de un servicio o la realización de una obra pública conforme al apartado a) del artículo 3.º de la invocada ley; y al mantener la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios con base y fundamento en la preceptiva del artículo 1.903 del Código Civil, en la que la Administración aparece como persona jurídico-privada, le excluye de la competencia administrativa y la atribuye a la jurisdicción civil ordinaria*, en cuyo sentido hay que entender lo dispuesto en el apartado b) del anteriormente expresado artículo, sin que los demás citados como complementarios, expresen cosa contraria, por lo que el motivo ha de ser desestimado.»

La doctrina española se ha referido reiteradamente, a los inconvenientes derivados de la existencia de una dualidad de jurisdicciones en materia de responsabilidad de la Administración y de contratos celebrados por esta institución, propugnándose mayoritariamente una unificación global en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa (4), con la salvedad de una postura doctrinal reciente (5). Sin em-

(4) CLAVERO alude (*La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración*, en el núm. 66 de esta REVISTA, p. 99) a que «la primera impresión que produce el estudio de los aspectos

bargo, ante la actual supervivencia del reparto jurisdiccional, se deben analizar las razones que el fallo judicial aduce para la elección de una específica jurisdicción, la civil en el presente supuesto.

El dato esencial para la elección jurisdiccional consiste en el contrato privado presuntamente celebrado entre el enfermo intervenido y el médico autor de la operación, dado el elemento incuestionable de constituir aquél un enfermo de pago, y, por consiguiente, privado respecto del médico que le atendió. Prevalencia por lo tanto, de la naturaleza contractual sobre las peculiaridades generales del internamiento y uso de una institución pública, tal como es el caso del Hospital General de Asturias, dependiente del órgano especial de los servicios benéfico-sanitarios de la Diputación Provincial de Asturias (6).

El hilo conclusivo deducible de la sentencia, puede formularse del siguiente modo: enfermo de carácter privado en un hospital público, luego contrato privado médico-internado; luego competencia de la jurisdicción civil sobre dicho contrato, en cuanto que la actuación (más que la personalidad jurídica) era propia del derecho común (7), entrando en juego el artículo 1.903 del Código Civil para atribuir precisamente a la Administración la responsabilidad del hecho. De tal modo, la responsabilidad contractual propia de la relación, sólo entrará en juego por la violación de la propia obligación contractual (8).

Aparentemente no presenta problemas la expresa atribución a la jurisdicción ordinaria de la competencia en esta materia. No obstante,

---

jurisdiccionales de la responsabilidad de la Administración en la doctrina de los Tribunales ordinarios es la cantidad de asuntos que han sido conocidos por ellos, que también hubieran sido fallados en cuanto al fondo por las Salas de lo Contencioso-Administrativo si ante ellas hubieran sido planteadas.

Al respecto, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (*Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción* en el núm. 42 de esta REVISTA, pp. 171-172) precisa que «el problema de reparto de competencias ha dejado de ser un problema político o de orden constitucional, para ser un simple problema de técnica jurídica... Los criterios que informan la distribución de competencias entre los distintos Tribunales han de ser meras razones de reparto de trabajo en razón de la distinta preparación de los jueces, pero ninguna otra razón.»

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, 2.ª edic., Madrid, 1975: «Es de temer que tal unificación arrastrase —según la historia del contrato administrativo viene a demostrar— a todos los contratos celebrados por la Administración el formidable privilegio administrativo de la autotutela decisoria y ejecutiva, hoy limitada a los contratos administrativos estrictamente tales. Por ello, resulta más razonable defender aún la persistencia de un sector contractual de la Administración en que ésta no dispone de tal privilegio y las partes hayan de someterse a las reglas comunes de la tutela judicial, con su importante correlativo del sistema de prescripción material y no de preclusión procedimental de los derechos, que es lo que aplican con normalidad los tribunales ordinarios.»

(6) Al respecto, con explícita alusión al citado Hospital General de Oviedo y con cita de jurisprudencia relativa a este centro, ORTIZ DÍAZ, J.: *La desconcentración territorial en la Administración local*, Madrid, 1972, especialmente pp. 88 y 100.

(7) Como señala CLAVERO (*La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional...*, páginas 95-96) al comentar la doctrina de la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 7 de junio de 1967, que considera igualmente la actuación como persona jurídica privada de la Administración como requisito indispensable para la competencia de la jurisdicción ordinaria, «es el criterio formal de la actividad de la Administración el que sirve para delimitar el ámbito de la jurisdicción ordinaria, según la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo.»

(8) FORGES, J. M.: *L'Hospitalisé*, Paris, 1975, p. 158.

la jurisprudencia francesa ha matizado acertadamente esta competencia al tratar de las «clínicas abiertas» que fueron creadas legalmente en 1943 (9); dichas clínicas constituyen servicios dependientes de un hospital público, donde los enfermos son hospitalizados mediante pago y pueden escoger a los elementos personales sanitarios que deseen; el enfermo puede ser cuidado por su médico de cabecera, fijando libre y directamente los honorarios correspondientes. Pues bien, ante la posible responsabilidad originada por un hecho acaecido en este tipo de clínica y con esta clase de enfermos, el Consejo de Estado distingue entre la relación médico-cliente, puramente contractual de derecho privado y la correlativa exigencia de responsabilidad se verificará siempre ante un tribunal judicial, y la relación personal y material de la clínica (que continúa perteneciendo al servicio público hospitalario), y dicho enfermo, cuya responsabilidad, salvo de tratarse de falta personal separable del servicio, se exigirá ante el tribunal administrativo.

En el supuesto de la sentencia, aunque con la singularidad que se verá al examinar el tema de los hospitales abiertos, el litigio se contempla desde la posición del contrato privado celebrado entre el médico y el enfermo y partiendo de la vulneración de la correcta ejecución del mismo. De ahí, que se encuentre plenamente justificada la jurisdicción civil, desde el plano del derecho positivo, para decidir sobre esta responsabilidad concreta.

### 3.º *Las Responsabilidades de la Diputación Provincial de Asturias: la exención del médico*

Como se acaba de señalar, el carácter de pago del enfermo, sitúa la relación obligacional en el ámbito estricto enfermo-médico, marginando el posible vínculo enfermo-hospital. Desde esta perspectiva, parece más apropiado que el sujeto responsable por el daño inferido, fuera precisamente su autor material, en este caso el médico cirujano que intervino en la operación. Sin embargo, la presente sentencia realiza un discutible salto, ya que utilizando la figura del «agente especial» hace responder directamente de la lesión antijurídica a la Diputación Provincial de Asturias. El fundamento de la traslación de responsabilidad se encuentra en la explícita alusión al artículo 1.903 del Código Civil (es de suponer que el apartado 5.º del mismo: «el Estado es responsable en este concepto—responsabilidad por actos u omisiones de aquellas personas de quienes se debe responder— 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»).

(9) Sobre estos establecimientos, MONTADOR, J.: *La Responsabilité des services publics hospitaliers*, Paris, 1973, pp. 27-31.

El «ilocalizable» agente especial justifica de tal modo la responsabilidad directa de la Administración, salvando el escollo del contrato privado subyacente. Cierta es que la sentencia no cree pertinente proporcionar el fundamento de la «especialidad» del agente obrante; en esta tarea clarificadora hubiera sido de conveniencia la referencia expresa a la normativa aplicable a esta cuestión, tal como es el Reglamento de personal de los Servicios Sanitarios Locales (27 de noviembre de 1953), con la adición que supone el Decreto de 20 de septiembre de 1962, así como el específico Reglamento de Servicios benéfico-sanitarios de la Diputación de Asturias (Orden del Ministerio de la Gobernación de 21 de noviembre de 1961), e igualmente las normas de régimen y retribución de los funcionarios de Administración Local. El fallo judicial sobreentiende dicho carácter de agente especial y actúa remitiendo la responsabilidad a un ente público.

La consecuencia lógica de este proceso viene explícitamente establecida en el último Considerando de la sentencia de 7 de febrero de 1973. simple aplicación de la responsabilidad subjetiva descrita en el reiterado 1.903 del Código Civil:

«CDO.: Que son hechos declarados probados por la sentencia recurrida, invariables en la resolución del recurso, al haber fracasado el único motivo por el que se combatía, los de que la última hipótesis admisible, entre las tres a las que cabe atribuir, la paralización diafragmática con disminución del campo pulmonar y capacidad respiratoria que sufre el actor; sección, aplastamiento o alongación del nervio frénico, es la primera, sentando el juzgador, la concluyente afirmación, de haber sido seccionado indebidamente por el facultativo, interviniente en la operación quirúrgica que le fue practicada, determinante de su culpabilidad, al ocasionar al actor una incapacidad permanente para su trabajo, «sin que las dificultades surgidas en el curso de la operación, puedan equipararse, al vencimiento de dificultades extraordinarias que excluyen la diligencia exigible a todo facultativo con arreglo a las circunstancias y técnica o pericia normal que las mismas demandan»; por lo que, *siendo lo cierto que de dichos hechos se aprecia, la existencia de una acción culposa o negligente, que le es atribuible al facultativo que intervino en la operación quirúrgica practicada al actor, en su condición de médico al servicio del Hospital General de Asturias, perteneciente a la excelentísima Diputación Provincial de Oviedo; la de un nexo causal entre la acción y el daño producido, y no menos la realidad de éste, sin que el suceso fuese imprevisible o inevitable hace decaigan los tres motivos restantes, y*

con ello el propio recurso, con la preceptiva imposición de costas al recurrente, conforme al artículo 1.748 de la Ley procesal civil.»

Ahora bien, si la responsabilidad recaerá directamente sobre la Administración Pública, existe latente, máxime en cuanto se percibe claramente un elemento subjetivo («acción culposa o negligente»), una importante cuestión: la posible exigencia de responsabilidad al médico autor de la operación malograda por su defectuosa actuación. Resulta indudable que de haberse aplicado el artículo 1.902, el responsable directo hubiera sido el médico, puesto que probablemente sea esta situación uno de los prototípicos exponentes del ejercicio de una profesión.

Al respecto, es conocido el deficiente estado que en el derecho español presenta la responsabilidad en que pueda incurrir un profesional frente a su cliente, por razón de su ignorancia o negligencia (10).

La insuficiencia aludida se agrava si se trata del riesgo vital ocasionado por un profesional médico culpable. Trascendencia cualitativa de las consecuencias derivadas de la actuación de estos profesionales, que justifican sobradamente la relevancia que en ámbitos geográficos contiguos, alcanza el tema de la responsabilidad civil del médico (11), quizá, tal como manifiesta GITRAMA (12), la materia más viva de todo el derecho civil.

Sin embargo, es un dato de fácil constatación, que en el actual panorama español tiene lugar una cierta impunidad de los médicos por los actos en el ejercicio de su profesión, tal como la presente sentencia demuestra de forma clara. Una justificación de esta realidad existente en este mismo contexto, más sintomática que convicente, la proporciona el propio GITRAMA cuando señala que el punto de la posible responsabilidad del médico, «si no ha recibido aún plenamente carta de naturaleza en nuestra patria, quizá se deba a una mayor dedicación y ejemplaridad de los médicos españoles, o a que, como modestamente señalase el insegue MARAÑÓN, no nos alcanzó aún en esto la fiebre de la responsabilidad (13).»

Si consideraciones más de oportunidad que de equidad, han inclinado a los jueces a asegurar a ciertas profesiones un amplio margen de irresponsabilidad, cualitativamente superior aún en el específico ámbito de la actividad médica, debido al presunto temor de paralizar o

---

(10) Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA (prólogo al libro de LEGUINA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Madrid, 1970, p. 14). «los profesionales de todo orden pueden irrogar con impunidad de hecho los daños más graves a los ciudadanos por la ignorancia o negligencia más inexcusables en el manejo de sus *regulae peritiae artis*...»

(11) Sobre la extensión de esta responsabilidad en Francia, KORNS PROBST, L.: *Responsabilités du Medecin*, París, 1957, y recientemente BOYER-CHAMMARD y MONZEIN: *La Responsabilité médicale*, París, 1974.

(12) En *Configuración jurídica de los servicios médicos* en la obra *Estudios de Derecho público ofrecidos al profesor doctor Ignacio Serrano*, vol. I, 1965, p. 329.

(13) Obra citada, p. 330.

al menos obstaculizar la esencial función desarrollada por el cuerpo médico (14), esta comprensible motivación no debe significar la caída en el extremo opuesto, como supone la irresponsabilidad absoluta. Es preciso plantearse frontalmente la evidente necesidad de la llegada a costas españolas de ciertas «fiebres», de forma correlativa al derrumbamiento de singulares tópicos, so pena de mantener a ultranza diferencias intrínsecas propias de épocas extintas.

Sobre toda esta problemática, inciden además los nuevos planteamientos conexos a la remodelación que en la actualidad se está produciendo en la profesión médica, consecuencia de los nuevos postulados más sociales del servicio público sanitario. Se trata de esbozar los cambios que tal transformación está originando en la responsabilidad por actos del médico, partiendo de su inserción en un centro sanitario público, con la peculiar y variada tipología vinculatoria a estos establecimientos públicos.

Las aludidas razones de política social, han dado lugar a una evolución tendente a configurar una forma nueva de ejercicio de la medicina en el hospital, en el sentido de considerar que el servicio hospitalario se convierte en lo esencial; lo que implicaba igualmente, con referencia a los miembros del cuerpo médico hospitalario, su conversión, en la máxima medida posible, en agentes públicos asalariados de los establecimientos que los emplean, aún sin considerarlos a todos los efectos como auténticos funcionarios públicos, en cuanto perviven ciertos datos de libre profesionalidad.

Con toda claridad los autores franceses (15), han señalado el compromiso visible entre estas dos tendencias sobre la condición jurídica del médico de un hospital público: por una parte, dicho médico se encuentra en una situación de dependencia que le transforma en un agente de un servicio público y en cuanto tal sometido a un cierto número de reglas estatutarias y reglamentarias, pero también conserva simultáneamente del pasado restos nada despreciables de una situación puramente liberal. Perspectiva que tradicionalmente se correspondía a la actividad material bifronte del médico de hospital: una será su funcionalidad normada por los reglamentos o las disposiciones administrativas (vgr., horas de presencia en la clínica o de visitas)

(14) Esta apreciación en CHAPUS, R.: *Responsabilité Publique et Responsabilité Privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, París, 1957, pp. 362 y ss.; especialmente, el proceso evolutivo seguido por la jurisprudencia a partir de 1936, en que «la Corte de casación coloca el problema de la responsabilidad del médico hacia su cliente sobre su verdadero terreno, el de la responsabilidad contractual.»

Con un carácter más general, VILLAR PALASÍ (*Apuntes de Derecho administrativo*, tomo II, Madrid, 1974, p. 472), señala que «desde el punto de vista del funcionamiento regular y continuo del servicio público, es absolutamente necesario garantizar a los funcionarios mediante el reconocimiento de un margen de negligencia excusable... Con objeto de que dentro del cual puedan actuar sin responsabilidad personal.»

(15) Especialmente JEAN y TORDEAUX: *La Condition juridique du personnel médical hospitalier* en la «*Revue Trimestrielle de Droit Sanitaire et Social*», número especial, París, 1974, p. 131.



con su secuela de obediencia a dichas órdenes y, en general, a sus superiores; y otra diferente, consistirá en la actividad estrictamente médica que escapa a toda injerencia administrativa; en esta segunda esfera, se consideraba que nadie más que el propio médico devenía responsable de sus actos (vgr.: de un error inexcusable de diagnóstico), mientras que en la primera, podía entrar en juego la responsabilidad de la Administración (16).

Ante la supervivencia de la dualidad de estas dos facetas del médico, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha llevado a cabo una inteligente diferenciación acerca de los daños cometidos en un hospital público sobre un paciente, distinguiendo tres categorías de faltas: la falta propiamente médica, la falta de cuidados debidos y la falta de funcionamiento del servicio. Para que se exima de responsabilidad al hospital en el primer supuesto, dicha falta debe caracterizarse por su extrema gravedad, en tanto que cualquier otro tipo de falta, bien sea de cuidado o de funcionamiento y por leves que fueran, arrastra la responsabilidad del servicio (17). Con otras palabras, el establecimiento público será responsable por todos los daños causados por sus agentes, siempre que el daño no esté «desprovisto de toda relación con el servicio» (18).

La siguiente elucidación versará sobre la parcela de responsabilidad atribuida al médico en tanto que profesional, depuración en la que se encuentra empeñada la jurisprudencia del país vecino, una vez sentado por el Tribunal de Conflictos en dos decisiones de 1957 lo que constituye la clave del problema: las relaciones hospital-médico, son fundamentalmente relaciones de derecho público; pues bien, el elemento determinante de la responsabilidad se va a hacer radicar en la existencia o inexistencia de una falta personal separable del cumplimiento del servicio público sanitario (19). Consecuentemente, cuando el acto médico o quirúrgico sea de tal cariz que pueda considerarse como una falta personal separable del servicio, entrará en juego la responsabilidad personal del médico (20). Sin embargo, el juez francés ha sido sensible a la pretensión de salvaguardar, en la medida de lo posible, la función del médico y liberarle de los compromisos que pudieran acosarle opciones en situaciones desesperadas; se aduce así, que una operación quirúrgica realizada en condiciones muy difíciles, en caso de fracaso, no llegue a implicar la responsabilidad de su autor, considerando el juez, que existe implícito un supuesto de fuerza

(16) GILGRAMA, obra citada, pp. 365-366.

(17) LEMOINE DE FORGES: *Le Statut du Malade à l'hôpital public*, en el citado número de la «Revue Trimestrielle de Droit Sanitaire...», pp. 174 y ss.

(18) FORGES: *L'Hospitalisé*, p. 160.

(19) Sobre este aspecto, COMET, P.: *L'Hôpital Public*, París, 1960, pp. 127-128. Las dos decisiones citadas establecen la competencia de la jurisdicción administrativa, con ocasión de acciones de responsabilidad interpuestas contra determinados médicos de un hospital; los hechos alegados por los demandantes no constituían «una falta personal separable del cumplimiento del servicio público sanitario encargado al doctor X»; se referían «a la ejecución del servicio público que tenía encomendado el practicante».

(20) MONTADOR: *La Responsabilité*, p. 65.

mayor (21). Con igual intención exoneratoria, se señala la existencia de falta grave en el médico, cuando se produzca una «carencia profesional grave» lo que será en la realidad por demás inhabitual (22). Consecuencia última: tendencia de la jurisprudencia a recubrir todo tipo de falta cometida en un hospital, como acto de cuidados o de funcionamiento del servicio.

Sobre esta situación incidirá la ley francesa de reforma del régimen hospitalario (11 de diciembre de 1958) (23), que al declarar a los hospitales y hospicios públicos abiertos a toda clase de personas cuya salud requiera sus servicios, sin distinción alguna de fortuna, comporta que el particular régimen de las clínicas abiertas, se extiende a todos los centros hospitalarios públicos. Lo sanitario aparece como determinante y configurador de la global institución hospitalaria; de tal manera que el hecho de que la asistencia hospitalaria se preste a enfermos benéficos o de pago constituye un elemento accidental, en cuanto que el hospital se abre a cuantos pacientes los necesiten, sea cual sea su *status* socioeconómico (24).

Este proceso ha sido recogido por el ordenamiento español; por ley de 21 de julio de 1962 se declaró expresamente «abiertos» a los hospitales (25). El artículo 2.º de dicha ley establecía:

«Los hospitales serán abiertos en relación con todos los enfermos, cualquiera que sea su condición social o económica a los que asistirán los Médicos del establecimiento.

En todo caso se respetarán las prioridades determinadas por el destino, ámbito y carácter de cada hospital.

Cuando se trate de enfermos acogidos a un régimen legal o contractual de asistencia hospitalaria, los hospitales serán igualmente abiertos en cuanto a los mismos y a los médicos que legal o estatutariamente hayan de prestarles asistencia, si bien todo ello se entiende supeditado a los conciertos o convenios que se establezcan.»

Este último párrafo contempla la posibilidad de la existencia en un centro hospitalario público, de enfermos de pago asistidos por médicos escogidos por dichas personas internadas (26). Consecuencia de la naturaleza «abierta» de los hospitales, referida tanto a enfermos como

(21) FORGES: *L'Hospitalisé*, p. 168.

(22) FORGES: *L'Hospitalisé*, p. 167.

(23) LEMOINE: *Le Statut...*, p. 165.

(24) ORTIZ, J.: *La Desconcentración territorial...*, p. 28.

(25) Al respecto el estudio del mismo ORTIZ, J.: *Hacia una reordenación de la Sanidad pública española: el problema hospitalario*, en el núm. 51 de esta REVISTA, quien señala asimismo (p. 171) que «la Ley prácticamente no está en vigor. Carece aún de Reglamento y no ha sido desarrollada».

(26) Sirve como ejemplo pertinente que en el Hospital Provincial de San Sebastián, de las 283 camas existentes, 19 de ellas se reservan para enfermos de pago.

al personal médico. Es precisamente el supuesto contemplado por la sentencia analizada: enfermo privado operado por un médico de su elección. Como se hizo notar, la existencia de contrato privado entre el médico y el enfermo resultó determinante de la competencia de la jurisdicción civil, pese a la naturaleza pública del ente asistencial. Sin embargo, en el tema de la responsabilidad del daño causado, se utilizó la figura del agente especial, para, marginando el privatismo de la relación enfermo-médico, concluir en la responsabilidad directa de la Diputación Provincial de Asturias, y ello aunque se reconoce expresamente la presencia de «una acción culposa o negligente» atribuible al facultativo autor de la operación quirúrgica.

Se ha mencionado asimismo lo forzoso que resulta la cita de la especialidad del agente en este supuesto. Superior coherencia presenta la fundamentación de la responsabilidad de la Administración en causas exógenas y pragmáticas, como puede ser la intención de cubrir al médico de operaciones realizadas en situaciones extremadamente difíciles, aludiendo implícitamente a presuntas condiciones de fuerza mayor exonerantes de responsabilidad del médico, y realizando al máximo la extensión del defectuoso funcionamiento del servicio público para abarcar las lesiones antijurídicas.

Si, por una parte, esta tendencia presenta claras ventajas para el internado en un centro hospitalario, ante la posibilidad abierta de ser indemnizado por la Administración por cualquier género de daños, cuestión harto más problemática si el responsable fuera el médico, debido a posibles insolvencias profesionales, cabe preguntarse cuándo y de qué modo este médico responderá directamente por sus actos, máxime si el dato firme de formar parte dicho médico de un ente público, se diluye ante la incuestionabilidad de unas puras relaciones privadas con un enfermo de pago, propias de todo hospital abierto. De aceptarse la total impunidad del médico en esta específica relación, podía deducirse el contrasentido de una actividad médica en un hospital público, generosamente retribuida por unos honorarios abonados por asistidos de pago, sin que dicho médico tuviera que pasar por la contrapartida, de responder por los perjuicios antijurídicos ocasionados por su actuar culposo o negligente en el ámbito estricto de la misma relación contractual privada.

Las soluciones francesas de la clínica abierta, con la examinada diferenciación de faltas del servicio asistencial o de defectuosidades singulares del médico, pueden suponer un avance, pero la dirección más eficaz parece la de profundizar en la acción del médico, de modo que siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, se consiga determinar con claridad la posible falta personal separable del servicio, para atribuir dicha responsabilidad a la persona autora de la misma. Se puede indagar si la «acción culposa o negligente» del presente caso, existente en un contrato privado, supone esa falta personal que descubre al «hombre con sus debilidades, sus pasiones y sus impruden-

cias» (27), y en cuanto acto de un agente público llevado a cabo en un centro administrativo, incluíble en la responsabilidad del servicio por considerarlo falta grave, o susceptible de permanecer en el privatismo del vínculo médico-operado. Es una tarea que debe afrontar la jurisprudencia, para tratar de alcanzar mínimamente cotas europeas de responsabilidad por daños ocasionados en centros sanitarios, una muestra de las cuales es precisamente el ejemplo de la depuración realizada por el Consejo de Estado francés en la materia.

### III. LA SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1975

#### 1.º *Planteamiento de la litis*

La sentencia de 12 de marzo de 1975 (ponente don José GABALDÓN LÓPEZ), difiere radicalmente de la anterior en base a que la responsabilidad patrimonial de la Administración, se formula con el apoyo de las reglas objetivas del artículo 121 de la Ley de Expropiación forzosa, responsabilidad de la Administración que requerirá la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los hechos se habían desarrollado del siguiente modo: el día 6 de octubre de 1967, se arrojó por la ventana central de la parte más alta del Hospital de San Juan de Dios de Granada el enfermo mental Francisco S. B., viniendo a caer sobre la pareja de prometidos don Manuel S. M. y doña Rosario M. P. que transitaban por aquel lugar; a consecuencia de la caída se causa la muerte del novio, resultando lesionada de consideración su acompañante. Las diligencias seguidas como consecuencia del evento se sobreseen. Los padres de la víctima, el novio, solicitaron de la Diputación Provincial de Granada una indemnización de 500.000 pesetas, y la novia la cantidad de 200.000 pesetas, alegando falta de diligencia y descuido con el enfermo mental (28).

En principio, y como típica muestra de ese «peregrinaje» (29) de una a otra jurisdicción, se inicia y sigue un procedimiento por la vía civil, dictándose finalmente sentencia en la que se establece la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es en este momento, cuando la Diputación Provincial de Granada deniega toda indemnización al no hacerse responsable de los daños; interpuesto

(27) MONTADOR: *La Responsabilité...*, p. 43.

(28) En la descripción de los hechos que aparecen en *Aranzadi*, en ningún momento es citado el enfermo mental, causante material de los daños, como herido en la acción. Sorprende que de haber sido así, como es presumible, no hubiera existido reclamación indemnizatoria por sus allegados, fundándose en idénticos argumentos que los recogidos en la sentencia: mal funcionamiento de un servicio público.

(29) Término de PARADA, R.: *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963, p. 123.

el correspondiente recurso contencioso-administrativo, la Sala de Granada dicta sentencia, cuya parte dispositiva manifiesta lo siguiente:

«FALLAMOS: Que rechazando las causas de inadmisibilidad alegadas y estimando en parte el recurso interpuesto por don Federico S. de la T. y demás mencionados, debemos anular y anulamos, por no ser conformes a derecho, los acuerdos de la Diputación de Granada, de 31 de enero de 1969 y 30 de diciembre de 1970, denegando a los recurrentes la indemnización que reclamaban, condenando en su lugar a dicha Diputación al pago a don Federico S. de la T. y a doña Inés M. M. de la suma de 357.143 pesetas, en concepto de indemnización de los daños morales y materiales sufridos por la muerte en accidente de su hijo don Manuel S. M., y al pago a su prometida, la señorita Rosario M. P., por iguales conceptos la suma de 142.857 pesetas...»

La Diputación de Granada recurre esta decisión y la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo establece la última palabra sobre el asunto.

## 2.º *Los efectos de la notificación defectuosa*

La Diputación había indicado en el acuerdo de 31 de enero de 1969 la procedencia de la vía judicial como única forma de reclamar la indemnización pertinente. La posterior sentencia, que reenvió las actuaciones a la vía administrativa, podía significar la inadmisibilidad del recurso en base al juego del acto consentido respecto de la primitiva declaración desestimatoria de la Diputación Provincial de Granada. La progresiva doctrina propugnadora de que la interposición de cualquier otro recurso que no sea el pertinente (en el presente caso, extensivamente la vía adecuada), no convalida los defectos de la notificación, ni inicia el plazo para impugnar tal decisión, plazo que debe permanecer abierto aun en el supuesto de que interponga el recurso o avance por otra vía que no sea la adecuada, debido a la defectuosa indicación de la Administración (30), tiene un correcto reflejo en la presente sentencia. La utilización del principio de buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados sirve para evitar, con toda justicia, posibles daños a los simples administrados producidos por actuaciones erróneas en la actividad administrativa.

«CDO.: Que procede examinar, antes del fondo, las alegaciones de inadmisibilidad en las que se ha insistido en la segunda instancia comenzando por el pre-

---

(30) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, p. 376.

tendido carácter de acto consentido de la resolución recurrida, o sea el acuerdo de la Diputación de Granada de 31 de enero de 1969 (notificado el 24 de febrero) denegatorio de la petición de indemnización presentada en escritos complementarios de 3 y 15 de junio de 1968 antes de transcurrido un año de los hechos en que se fundaba, ocurridos el 6 de octubre de 1967; debe, sin embargo, resaltarse que al notificar dicha resolución, la Administración se limitó a señalar erróneamente que el acto «no es susceptible de recurso alguno sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, si lo estima oportuno, ante los Tribunales de Justicia ordinaria», frase que no sólo excluye todo tipo de recurso, incluso el de reposición, sino que no procede interpretar según se ha pretendido como remisión a la impugnación contenciosa en paralelo con las acciones civiles, sino simplemente a esta última vía, que fue la seguida por los particulares hasta su terminación por Sentencia firme de la Sala de lo Civil de la Audiencia, de suerte que al hacerlo aquéllos así no podrá perjudicarles el error a que fueron inducidos por la propia Administración ni ésta alegar sus consecuencias como causa de inadmisión del recurso *en aplicación de una ya muy reiterada doctrina jurisprudencial fundada en el principio de la buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados, la cual viene señalando que corresponde a los Tribunales corregir aquellos errores, lo que en unos casos ha verificado, anulando las actuaciones desde el momento de la notificación defectuosa y en otros (cuando a pesar de ello existía acto fiscalizable) desestimando la inadmisibilidad y examinando el fondo; criterio este último que procede también aplicar cuando el error de la notificación consistió como aquí en declarar improcedente todo recurso contra el acto y señalar la vía civil como único cauce de reclamación porque este error participa de la misma naturaleza que los de indicación de una vía equivocada de recursos, pudiendo tener incluso consecuencias más graves, aparte de que, como ya indicó la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 1972, no procede dar a quienes, por seguir las indicaciones de aquella notificación, han acudido a una jurisdicción incompetente peor trato que el otorgado por el artículo 5.º, párrafo tercero, de la Ley Jurisdiccional, a quienes erróneamente acudieron a ésta por efecto de los mismos errores administrativos; de aquí que a partir de la notificación de la sentencia de la Sala de lo Civil, que puso fin al proceso seña-*

lando la competencia de esta Jurisdicción, podían los recurrentes reaccionar frente al acto administrativo desestimatorio de su petición, sin que quepa entender consentida la primitiva resolución desestimatoria por el hecho de haber seguido la vía indicada, ni extemporáneo el recurso entablado ahora si no hubieren transcurrido a partir de la notificación de dicha sentencia los plazos de caducidad, como tampoco transcurrido en su caso el plazo del año señalado para la petición de indemnización.»

### 3.º *La imputación del daño a la Administración*

Con la esencial preocupación por la problemática de la cuestión central, la responsabilidad de la Administración, sin embargo, es preciso mencionar determinados avances colaterales de la sentencia, consecuencia de las transformaciones cualitativas de la global institución hospitalaria.

El supuesto que se va a examinar supone un cambio radical respecto del anteriormente examinado fallo de la jurisdicción ordinaria. En la sentencia analizada, ninguna referencia existe a la naturaleza privada del enfermo autor del daño; exclusivamente se destaca como elemento decisivo de la responsabilidad, la titularidad del servicio público, reconociéndose su funcionamiento anormal; se parte del dato de la consideración jurídica peculiar del enfermo ingresado en un centro sanitario, con la también particularidad de tratarse de hecho, de un enfermo mental.

Es por ello consecuente que en la presente sentencia se haga prevalecer de forma evidente, sobre el vínculo relacional enfermo-médico, el otro tipo de relación posible: el existente necesariamente entre el enfermo con el hospital público que le asiste, lo que supone una posición más ventajosa para el internado, debido a la objetivización en la responsabilidad del segundo vínculo, frente a la relevancia de la culpa o negligencia en el caso de un contrato privado.

Un Considerando se refiere directamente a este punto:

«CDO.: Que en cuanto al fondo, debe partirse como acertadamente sienta la sentencia recurrida de que tanto el Hospital de San Juan de Dios como el psiquiátrico de la Virgen son centros asistenciales de la Corporación demandada, como ella misma ha admitido, y, por tanto, la cuestión se centra, en orden a la responsabilidad patrimonial de ésta, según el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, en la relación de causalidad entre el funcionamiento de aquellos establecimientos y el daño que para los padres y prometida de Manuel S. M. de-

terminó la muerte de éste; aspecto en el que procede confirmar el criterio de dicha sentencia puesto que, independientemente de que concurriese o no negligencia en la actuación, bien en las personas de uno u otro establecimiento bien en relación con la vigilancia de un enfermo que ya había comenzado desde la mañana a presentar síntomas de enajenación y había intentado arrojar por la ventana o bien respecto de la celeridad del traslado al Hospital Psiquiátrico, acordado por el médico que le asistió, *debe reputarse que objetivamente la relación entre ambos servicios funcionó de modo defectuoso*, puesto que dio lugar a que el enfermo se arrojase por la ventana en su intento de suicidio, produciendo la muerte de Manuel S. y las lesiones a su novia, *resultado patrimonialmente atribuible a la Corporación que no puede exonerarse del mismo invocando, como ha hecho, su imputación a la acción de tercero puesto que el perturbado al hallarse internado en el hospital* (aunque no fuese en calidad de enfermo mental, sino para tratamiento médico) *no constituía un agente extraño al funcionamiento del centro sino un usuario interno que como tal se integraba en su organización y disciplina...*»

Una idea existe subyacente en el último párrafo, aunque requiera la matización propia de la especificidad de este caso: el enfermo en general, internado y asistido en un centro público, viene a ser el usuario interno del servicio público hospitalario. Posición que encuentro acertada desde la perspectiva de la responsabilidad, en cuanto permite la máxima extensión de la misma; concuerda asimismo con la teoría doctrinal más sólida en ámbitos geográficos europeos (31), y postura por lo demás ciertamente lógica, en cuanto que el internado en un establecimiento público no puede encontrarse en la misma situación jurídica que el asistido en una clínica privada, dado que, y es un dato cuestionable como se ha visto, no tiene lugar normalmente en el centro público ninguna relación jurídica directa con el médico que le trata (32). Diferenciación de régimen que tradicionalmente ha supuesto, como ha mencionado SAVATIER (33), que mientras que el enfermo ingresado en un establecimiento de cuidados hospitalarios detentado por la Administración, depende de un servi-

(31) Por todos, sobre la naturaleza del enfermo como virtual usuario de un servicio público administrativo, DE LAUBADÈRE: *Traité élémentaire de Droit Administratif*, tomo I, núm. 1.081.

(32) Al respecto, SAVATIER, AUBY y PEQUIGNOT: *Traité de Droit Médical*, Paris, 1954, p. 474.

(33) *La Condition juridique du malade hospitalisé dans les cliniques privées*, en el mismo número de la «Revue Trimestrielle de Droit Sanitaire...», p. 151.



cio público con todas sus consecuencias, el cuidado del que entra en una clínica privada es de hecho jurídicamente un puro contrato civil.

Consecuentemente y en la misma dirección, ZANOBINI llega a considerar (34), que cuando el hospital fuera público o bien administrado por una persona jurídica pública, la relación con la persona asilada no deriva nunca de un contrato, aunque se trate de un asilado de pago, sino que tiene su origen en un estricto acto administrativo. ALESSI admite (35) que de tales actos puedan surgir entre el hospital y el asistido derechos y obligaciones similares a las contractuales, como por ejemplo, del nombramiento de un funcionario público se producen entre éste y la Administración pública derechos y obligaciones semejantes a los que derivan de un contrato de trabajo; aunque, quien con más extensión ha tratado del tema de la responsabilidad de los profesionales en la doctrina italiana (36), opina en solitario, que la Administración pública debe responder en esta materia, en base a la normativa de derecho privado.

La sentencia de 12 de marzo de 1975 se alinea en esta misma dirección: ninguna alusión existe a un contrato formalizado por el enfermo (o sus representantes) y el hospital público, ni entre éste y el médico hospitalario; luego, cabrá afirmar, parangonando a un autor francés que, en tanto usuario de un servicio público, el enfermo se encuentra en una situación legal y reglamentaria de derecho público: la de usuario interno de un servicio igualmente público (37). Como usuario del servicio público hospitalario, finalmente, poseerá un derecho a la exigencia de un funcionamiento correcto de ese servicio público, y este derecho justifica a su vez el derecho de todo usuario para comprometer la responsabilidad del servicio público, en caso de no beneficiarse de las prestaciones que le son debidas (38).

No obstante, el referido predominio de la teoría estatutaria sobre la puramente contractual, tenía que quebrar obligadamente ante el hecho de la permanencia de enfermos de pago en un hospital público, como ocurrió en la sentencia precedentemente comentada. Se afrontaba tal situación, afirmando que sólo los enfermos asistidos se encontraban en situación estatutaria, mientras que los enfermos de pago, privados, realizaban con el hospital un contrato sinagmático idéntico al contrato de hospitalización en clínicas privadas, variando la jurisdicción competente según fuera una u otra clase de hospitalizados.

(34) *Corso di Diritto Amministrativo*, Milán, 1955, volumen V, p. 145.

(35) *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1955; sobre materia hospitalaria, p. 274.

(36) CATTANEO, G.: *La Responsabilità del Professionista*, Milano, 1958, cita en página 350.

(37) LEMOINE DE FORGES: *Le Statut du malade...*, p. 164. Desde un planteamiento general DUBOIS DE GAUDUSSON: *L'Usager du Service Public administratif*, Paris, 1974.

(38) FORGES: *L'Hospitalisé*, p. 53.

La proclamación de hospitales «abiertos» a toda clase de personas, obviamente significará una transformación en la dualidad de internados. Como ha hecho notar FORGES (39), la situación jurídica del usuario del hospital público o del cliente de una clínica privada, sin ser idéntica, debería ser objetivamente comparable, pronunciándose por la promulgación de un estatuto general del hospitalizado en general. El momento presente en el país vecino, sobre todo a partir de la importante reforma de 31 de diciembre de 1970, que intentó plasmar una ósmosis entre el sector público y el privado, consagrando la concepción material del servicio público hospitalario, significa tal predominio de la posición estatutaria en la condición jurídica del enfermo ingresado en un hospital, que se llega a pensar en un solo usuario de un único e igual servicio público, configurándose una idéntica situación jurídica respecto de todo tipo de establecimientos, bien sean públicos o privados. Momento presente del sistema asistencial-sanitario francés, que comienza a ser asumido, al menos por la doctrina española, al considerar a los servicios sanitarios, como servicios *uti singuli*, aunque con un régimen de pago y de financiación un tanto peculiar (40).

Volviendo de nuevo a la sentencia comentada, late en su resolución una cuestión de justicia: la preocupación ciertamente loable por destacar la posición jurídica de la víctima que ha sufrido el perjuicio antijurídico, puesto que lo que aparece como evidente, es el mal funcionamiento de un servicio público y en última instancia la lesión mortal a una tercera persona ajena al aparato administrativo; ahora bien, el autor material del daño es un simple usuario interno del servicio público hospitalario, indiscutiblemente ajeno al sujeto Administración, como alegó en su momento y excusatoriamente la Diputación demandada. El problema se centra, por tanto, en la imputación material del daño a la Administración.

La sentencia aprecia al respecto, un defectuoso funcionamiento del servicio, sin que concrete en el supuesto dónde radicaba tal falta. Naturalmente, el tratarse de un perturbado mental significa un dato a tener presente en el momento de decidir la responsabilidad; no en vano, la jurisprudencia administrativa francesa, al menos hasta una ley de orden más restrictivo, de 3 de enero de 1968, ha pasado de exigir, para comprometer la responsabilidad de un hospital psiquiátrico, de la «falta manifiesta y de particular gravedad» a la simple falta sin más adjetivos (41). Ausencia de voluntad en el autor material del daño que debe comportar también el paso de la relación especial de sujeción propia de un uso genérico de determinado servicio público, a la integración de hecho en la propia organización administrativa, inserción a la que se refiere expresa-

(39) FORGES: *L'Hospitalisé*, p. 16.

(40) ORTIZ: *La desconcentración territorial...*, p. 32.

(41) FORGES: *L'Hospitalisé*, p. 164.

mente la sentencia («perturbado... que no constituía un agente extraño al funcionamiento del centro sino un usuario interno que como tal se integraba en su organización y disciplina»). De tal modo, que los daños ocasionados por un enfermo mental, aun en el supuesto de funcionamiento normal del ente público sanitario, permita sin problema alguno hacer responsable a la Administración, al tratarse de un sujeto con el que la Administración posee tan especialísima vinculación, que puede llegar a formar parte de su propia organización.

La sentencia, teniendo presente este presupuesto, sin embargo, realiza una «cosificación» del enfermo tendente a fundamentar jurídicamente la responsabilidad administrativa; la equiparación analógica Administración pública-cabeza de familia y cosas arrojadas o caídas-enfermo mental, deducible del artículo 1.910 del Código Civil (42), supone la adopción de un pie forzado de difícil justificación. La sentencia señala al respecto:

«... Sería igualmente responsable objetivamente la Corporación aunque los servicios hubieran funcionado perfectamente, pues aun no hallándose la víctima relacionada con la actividad de la Administración, ya que se limitaba a pasar por la acera del hospital, donde recibió el golpe del enfermo que se había arrojado por la ventana, *éste procedía del edificio donde el servicio se presta y en relación con el cual señala el artículo 1.910 del Código Civil, que el ocupante responde de los daños causados por lo que se arroje o caiga de un inmueble, sin que aquí proceda hacer distinción entre objeto o persona al no poder reputarse a ésta como tercero responsable ajeno a la esfera según se ha dicho.*»

El último inciso justificante de la aludida asimilación, si comprensible en las coordenadas de la responsabilidad de la Administración en el momento actual, en cuanto que «el proceso de decantamiento de sus requisitos estructurales ha sido configurado, normalmente, en favor del administrado» (43), resulta ciertamente dificultoso, desde una perspectiva jurídica, para imputar el hecho a la Administración. Existía una mejor solución al problema, si se hubiera insistido en la especialísima relación hospital-perturbado mental, con la obligada traslación de dicho enfermo, de simple usuario interno del servicio, al auténtico integrado en la organización administrativa, con la subsiguiente repercusión en la responsabilidad de la Administración pública.

(42) «El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayesen de la misma.»

(43) CONDE, M.: *Responsabilidad extracontractual del Estado: la debilitación del nexo causal*, en la «Revista de Derecho Público», año I, vol. II, p. 216.

En todo caso, también era perfectamente alegable como causa particular de imputación del daño a la Administración, el riesgo creado por la empresa administrativa, en cuanto que la producción del daño no era físicamente imputable al hecho de la Administración, sino característicamente, al caso fortuito (44). Como señala FORGES (45), al referirse a la concreta reparación de daños causados por enfermos mentales hospitalizados, y reconociendo la extraordinaria obligación de vigilancia del establecimiento respecto del alienado internado, la responsabilidad del hospital se exige sobre la base del riesgo especial para terceros, marginando enteramente la noción de falta. Todo puede servir, menos convertir dialécticamente al enfermo en un mero objeto arrojadizo, salva sea la buena intención del fallo judicial al propugnar la responsabilidad de la Diputación Provincial de Granada.

#### 4.º *La indemnización del daño*

El último Considerando de la sentencia hace referencia a la materia de la cuantía de la indemnización por los daños materiales y morales ocasionados a ambas víctimas.

«CDO.: Que respecto a la indemnización acordada, impugnada en esta instancia por los mismos perjudicados que entendieron improcedente la reducción de la cantidad que habían solicitado, procede asimismo confirmar la tesis de su penúltimo Considerando (que a estos efectos valorativos se acepta), entendiéndolo como daño indemnizable para los padres y la novia el producido por la muerte de la víctima, *pues aun prescindiendo de toda estimación en orden a la valoración del dolor puramente moral, en cuanto a la prometida bastaría la invocación del artículo 44, párrafo segundo, del Código Civil (no su aplicación pormenorizada para lo que faltan las pruebas pertinentes) para poner de relieve la existencia de una lesión patrimonial de un derecho causada por la muerte de la persona con quien iba a contraer matrimonio pocos días después; y respecto de los padres, es asimismo evidente que la falta de su hijo debe reputarse como lesión indemnizable en cuanto su presencia presenta junto al aspecto puramente afectivo otro que al producirse su privación se revela como daño a un derecho; y puesto que la sentencia recurrida hizo por falta de pruebas una aprobación global de dichos perjuicios, fundada la que se contrae en normas de general*

(44) Sobre el caso fortuito como causa de imputación del daño a la Administración, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, pp. 212 y ss.

(45) *L'Hospitalisé*, pp. 264-8.

aplicación y en Jurisprudencia de este Tribunal (como la sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 1969 (46) que aplicó procedimiento análogo), e incluso realizando empíricamente una especie de actualización de aquellos módulos, procede asimismo su confirmación por cuanto esa apreciación y proporcional reparto entre los padres y la novia no ha sido desvirtuada.»

Ciertamente supone una novedad importante el que se mencione, aunque no sin cierta ambigüedad demostrativa de la imprecisión actual del tema, los daños morales como fuente resarcitoria. En este sentido cabe calibrar la indemnización a la novia del fallecido por la posible «lesión patrimonial» de un derecho originado por la muerte de una persona con la que iba a contraer matrimonio pocos días después; puede señalarse, sin embargo, que el basamento positivo de tal indemnización, el artículo 44, párrafo segundo, del Código

(46) Esta sentencia, que posee un marcado interés, tanto por la doctrina que sienta como por ser una de las primeras decisiones judiciales plenamente reconocedoras de la responsabilidad objetiva de la Administración pública, no ha sido, que sepamos, comentada doctrinalmente tal como merece.

Estamos en presencia de un caso en que la vía normal para obtener una indemnización por la Administración, la previa condena penal, se hallaba cerrada ante el sobreseimiento de la correspondiente causa; no obstante, y al presupuesto mismo me remito, existía una razón sustancial para que se produjera la indemnización, pues sin lugar a dudas la víctima mortal había sido originada por el funcionamiento rigurosamente anormal de un servicio público. En todo caso, creo pensar sin malicia, que la institución de la responsabilidad objetiva de la Administración juega con toda su virtualidad en el presente supuesto, en tanto salida más airosa para la Administración pública, ante la evidente justicia de la indemnización; ésta puede ser, aventuro, la razón de tan temprana y progresiva sentencia.

Los hechos determinantes de esta sentencia, tal como aparecen expuestos textualmente en *Aranzadi* (núm. 5364) son los que paso a relatar: el día 9 de mayo de 1964, a las siete y media de la tarde, prestando servicio fronterizo el cabo y dos guardias civiles del puesto de Alberguería de Argañón (Salamanca), se apercebieron de que un grupo de seis personas al parecer intentaban cruzar la frontera de Portugal en dirección a España, por lo que dieron voces de alto; dos de ellos se dieron a la fuga, deteniéndose a otros dos, una mujer y un hombre, pero éste logró escapar, *alegándose por el cabo primero don Emilio C. A., que se le disparó el arma* alcanzando a José F. B., súbdito portugués, que pertenecía al grupo de esas seis personas, el cual *falleció instantáneamente*, y debido a la demarcación entre España y Portugal, *el hecho ocurrió en territorio portugués*. Al referido cabo primero se le instruyó sumario por el delito de imprudencia temeraria, siendo procesado, si bien con posterioridad se sobreseyó la causa, por estimar que no se había podido demostrar la falta de diligencia por parte de dicho cabo.

Don Joaquín A. B. solicitó en vía administrativa del Ministerio de la Gobernación la indemnización de 250.000 pesetas por la muerte de su hijo ocurrida en territorio portugués y el citado departamento ministerial, por Orden de 30 de diciembre de 1968, desestimó dicha reclamación, interpuesto recurso de reposición fue desestimado tácitamente, si bien después se resolvió expresamente por Resolución de 24 de abril de 1967. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo lo estima.

En los Considerandos de esta sentencia, de la que es ponente don José M.<sup>a</sup> CORDERO DE TORRES, se reconoce que en el caso de autos está claro y reconocido por diversas autoridades españolas—así de Ejército como de Gobernación—que la muerte de Joaquín F. B. se produjo por disparo de arma de fuego, sin duda no intencionado, de un miembro de la Guardia Civil española, que ejerciendo funciones de su cargo, mas por error, se había adentrado en territorio portugués; ante estos hechos, ciertamente nada ocasionales, el Tribunal aludirá al funciona-

Civil (47), vuelve a presentar cierta problematicidad en lo que atañe a su directa aplicación a este supuesto, por extensiva que sea la interpretación analógica; el realizar la equiparación, como hace la sentencia analizada, de la negativa culposa a celebrar el matrimonio prometido, con la imposibilidad de tal hecho a consecuencia del fallecimiento por accidente del novio, adolece de ese mismo pie forzado, perceptible a simple vista, de la cita del artículo 1.910 del mismo Código, dejando nuevamente a salvo la justicia del caso concreto.

Falta en este aspecto la profundización realizada por la jurisprudencia francesa, que utiliza habitualmente la «perturbación grave a las condiciones de existencia», como razón o concepto suficiente para indemnizar a una persona por el dolor moral causado por la pérdida de un padre, madre, hijo, etc. (48). Supone tal doctrina, la superación de una época en la que el dolor moral causado por la muerte de un padre a consecuencia de un accidente imputable a la

miento normal (o anormal) de los servicios públicos como causa de imputación del daño a la Administración.

«Considerando: Que centrado ya el enjuiciamiento, en lo que constituye el fondo de la litis, no puede por menos de reconocerse que los hechos acreditados caen de lleno en las previsiones del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, que invirtieron la antigua prioridad en la exigencia de responsabilidades indemnizatorias de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil; pues la anomalía de prestarse un servicio de armas, circunscrito al aún soberano territorial, en suelo vecino y hermano, pero extraño a aquella soberanía, con las fatales consecuencias derivadas de aquella anomalía—directamente ligadas a ella—, es decir, la secuela de un grave daño de irregular producción por nadie negado, tipifican el supuesto definido en el párrafo primero del expresado artículo 40; e incluso el previo reconocimiento oficial de esta calificación en casos semejantes y precedentes, refuerza la irresoluble contradicción dialéctica contra la que se debate, tan meritoria como inútilmente, la defensa de la Administración.

Considerando: Que respecto del *quantum* de la pedida indemnización, ciertamente su evaluación no va acompañada de precisos razonamientos numéricos ligados a las circunstancias económicas del muerto y de su padre—que litiga como pobre—, pero ello no es óbice para su aceptación, ya que, como para otro accidente mortal semejante y respecto de cifra no inferior a la ahora pedida, la precitada sentencia de 11 de noviembre de 1965 sentó el decisivo precedente que para la estimación de lo citado supone los módulos penales y laborales, y singularmente en cuanto afectos, los que derivados de las Convenciones de la OIT, suscritas por Portugal y España, aparecen en la Ley Española de Accidentes de Trabajo, texto de 22 de junio de 1956, 22 de abril de 1960, artículos 26 del primero y 45 y 46 del segundo, en relación con los análogos de 23 de diciembre de 1956, que mantiene los precedentes de 1956, anexos a aquella Ley.»

(47) «Si la promesa (de matrimonio) se hubiese hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusase casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio.»

«La acción para pedir el resarcimiento de gastos, a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.»

(48) Sobre este punto, VEDEL, G.: *Droit Administratif*, Paris, 1973, pp. 392-393.

Administración no era indemnizado, en cuanto que dicho «dolor moral no constituía un daño susceptible de ser evaluado económicamente». El Consejo de Estado, adoptando la fórmula de la perturbación grave a las condiciones de existencia, reúne en una única reparación elementos heteróclitos, bien de naturaleza económica o de un puro perjuicio de afección, pero básicamente centrada en el dolor moral producido por la pérdida física de un pariente próximo (49). Por el contrario, la jurisprudencia administrativa se encuentra en franco retraso respecto de la civil, al negarse a todo tipo de reparación proporcionable a la concubina, con ocasión de muerte en las circunstancias anteriores, de su compañero, por estimar dicha muerte, como la lesión de un «interés no cualificado» (50), dicho sea siguiendo el mismo ejemplo francés.

#### IV. CONCLUSIÓN

Una directamente deducible de la primera sentencia comentada: la necesaria dilucidación, y con carácter de urgencia, del ámbito exacto de la responsabilidad del médico, por su ejercicio profesional en un centro hospitalario público, así como la precisión, en la máxima medida posible, de la responsabilidad de dicho ente público por la falta no médica, achacable a un defecto de cuidados o de vigilancia. Parcelas netamente diferenciadas que deben permitir indemnizar a ese genérico usuario de un servicio público, que constituye el enfermo internado en un hospital abierto. En cuanto directamente conectada a esta cuestión de quién es responsable (el hospital como persona jurídica o el agente público hospitalario), es preciso determinar asimismo el fundamento de esta responsabilidad (falta o simplemente riesgo), y, por último, quién es competente sobre la materia: la jurisdicción civil o la contencioso-administrativa. El estadio superior en que se encuentran derechos europeos contiguos acerca de estas interrogantes, debe servir de pauta y ayuda en avances inmediatos sobre espacios tan extrañamente vacíos.

Puede concluirse igualmente, que del análisis de la sentencia de 1975, y en menor medida del realizado sobre la de fecha 7 de febrero de 1973, cabe inferir la existencia de un paso adelante en la superación de ese «clima general de embotamiento de todo el derecho español de daños»; ello es importante dado que, en expresiva frase de GARCÍA DE ENTERRÍA, una estructura social moderna sin un derecho de daños efectivo y desarrollado es imposible sencillamente; el camino está abierto, y nos remitimos para esta afirmación a las dos sentencias citadas, a las que habría de añadir la de 4 de noviembre de 1969. Sin embargo, la conocida tendencia a la impunidad

(49) MONTADOR: *La Responsabilité...*, p. 146.

(50) VEDEL: *Droit Administratif*, p. 391.

claramente perceptible en ciertas instituciones administrativas, han frenado (y siguen frenando) la expansión de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. El tratar de conseguir responsabilizar plenamente a los entes e institutos públicos por todos sus actos, debe ser tarea actual de todo jurista, así como de todo ciudadano del Estado español.

José M. CASTELLS ARTECHE