

LA RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL EN LA CRISIS DEL COVID-19

FECHA DE ENVÍO: 17 DE ABRIL DE 2020 - FECHA DE ACEPTACIÓN: 23 DE ABRIL DE 2020

**Alberto
Palomar Olmeda**

*Profesor Titular (Acred) de Derecho Administrativo
Magistrado de lo contencioso-administrativo (EV)
Socio. Broseta Abogados*

SUMARIO

I. Introducción y planteamiento general. II. Un intento de sistematización de la normativa sanitaria adoptada en el marco de la emergencia sanitaria. 2.1. Medidas que inciden en el ámbito de la sanidad privada imponiendo obligaciones y admitiendo requisitos. 2.2. Un mínimo apunte en relación con el Sistema Nacional de Salud. **III. Los grandes focos de la reflexión relativa a la responsabilidad.** 3.1. Doctrina general y acotación metodológica. 3.2. Elementos centrales de la responsabilidad administrativa. 3.3. Reconocimiento explícito del derecho indemnizatorio en el marco de la normativa del estado de alarma. **IV. Los fundamentos fácticos de la responsabilidad y delimitación de los respectivos ámbitos funcionales.** 4.1. La responsabilidad de la Administración frente a las obligaciones impuestas al sector privado. 4.2. La responsabilidad por daños a los usuarios en el marco del Sistema Nacional de Salud. 4.3. La ecuación medios-asistencia en el ámbito privado en el marco de un mercado desabastecido. **V. El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial por parte de las Administraciones Públicas.** **VI. A modo de conclusión.** **VII. Bibliografía.**

RESUMEN

Se analiza en el presente trabajo un examen preliminar de los supuestos y de las circunstancias de la realidad que pueden resultar determinantes del establecimiento de un marco de responsabilidad en la gestión y ordenación de la actividad prestacional en la pandemia que estamos sufriendo estos días y que plantea algunas cuestiones que van a suponer o a exigir una reformulación de algunos de los postulados básicos de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado para deslindar el hecho: la pandemia, de la actuación de los Poderes Públicos en su reparación o minimización.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad sanitaria, Responsabilidad patrimonial, Sistema Nacional de Salud, Pandemia, Fuerza mayor.

ABSTRACT

A preliminary examination of the assumptions and circumstances of reality that may be determinants of the establishment of a framework of responsibility in the management and organization of the performance activity in the pandemic that we are experiencing these days, is analyzed in this work and that raises some questions that are going to suppose or demand a reform of some of the basic postulates of the institution of the patrimonial responsibility of the State to delimit the fact: the pandemic, of the action of the Public Powers in its repair or minimization.

KEYWORDS

Health responsibility, Patrimonial responsibility, National Health System, Pandemic, Force majeure.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO GENERAL

Es realmente complejo intentar, en este momento, cualquier sistematización y evaluación de los efectos de una crisis sanitaria como la que estamos viviendo. La magnitud de la crisis, la insuficiencia de medios en la que se ha desarrollado, el tiempo, la intensidad y la propia complejidad han puesto en cuestión algunos de los postulados esenciales en los que habíamos asentado los paradigmas más evidentes de las relaciones jurídicas y, en este caso, de las de carácter prestacional. Las referencias continuas o muy aproximadas a la calidad y la solvencia del sistema prestacional de la sanidad española se ha puesto, qué duda cabe, en entredicho y aunque desde la perspectiva de la épica podamos aludir a una victoria ganada por los profesionales es más que evidente que, desde una perspectiva organizativa y de servicio, quedan muchas dudas que se proyectan sobre el sistema que debe subvenir las necesidades no solo en situaciones de normalidad sino, también, mínimamente, en las situaciones de anormalidad.

A estos elementos ligados a la percepción social de la crisis podemos añadir otros más técnicos relativos a la desvertebración real del sistema nacional de salud, a la pérdida de la información como elemento de colaboración interadministrativa, la falta de desarrollo del sistema de información común y de cohesión entre subsistemas sanitarios, la degradación de la alta inspección o la falta de impulso al sistema o a los programas de desarrollo conjunto hacen que un sistema compuesto, como es el sanitario, responda mejor o peor a una crisis o a una emergencia como la planteada. Es evidente que éstos son planteamientos mucho más estructurales y que, en un supuesto como el presente, no contribuyen a identificar la cuestión que nos proponemos analizar como es la de la responsabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe apuntar que si recomponer la normalidad costará tiempo, analizar las repercusiones y las consecuencias en el plano jurídico abre un terreno, en gran medida, desconocido y con perfiles inéditos para el exégeta normativo ya que los esquemas de responsabilidad van a venir muy vinculados a la propia intensidad de la crisis y a las condiciones de operatividad dentro de la misma.

El análisis que aquí se pretende se centra, fundamentalmente, en la responsabilidad institucional de las Administraciones Públicas como consecuencia de su actuación en la crisis. Este análisis es, esencialmente, objetivo y sin entrar en este momento y por razones puramente metodológicas en la delimitación subjetiva y, por tanto, en la concreción dentro del propio sistema nacional de salud de las

responsabilidades concretas y de la imputación a uno u otro subsistema territorial. Es este un debate apasionante pero que, en el tiempo actual, exige una consideración previa de carácter objetivo que analice las peculiaridades del marco de responsabilidad en un supuesto como el presente y que constituye, por tanto, el principal objetivo de este trabajo.

El análisis parte de una premisa esencial: el intento de identificación de las medidas adoptadas en el ámbito del estado de alarma que han afectado, de forma diferente, a la sanidad pública y a la privada. Desde este conocimiento y presentación se trata de analizar los supuestos de eventual responsabilidad administrativa. Este esquema, pensado en clave de entidades y organizaciones, se completa, en un momento posterior, con el análisis, también desde la perspectiva de la responsabilidad, de los efectos sobre el servicio prestado a los ciudadanos y a los usuarios. El propio servicio, el acceso al ámbito prestacional y a los instrumentos esenciales de la asistencia sanitaria constituyen el segundo de los ejes del análisis. El tercero, para conseguir una visión de conjunto, es analizar cómo puede haber afectado a la atención sanitaria en el ámbito privado la regulación y la centralización del mercado y las eventuales ineficiencias de éste en la prestación de los propios servicios. El conjunto de la reflexión incluye un apunte sobre la incidencia de las medidas en el ámbito del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial que tienen contratado un importante número de Administraciones Públicas y que tendrán que valorar si las circunstancias analizadas suponen una alteración de las reglas del aseguramiento.

En síntesis, se trata de presentar una visión de conjunto de los supuestos de responsabilidad con una concepción que analiza la responsabilidad pública y la privada en un mismo contexto y con un mismo fundamento: la crisis del Covid-19 y las medidas adoptadas por las autoridades para su subvención o reducción.

II. UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN DE LA NORMATIVA SANITARIA ADOPTADA EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA

El conjunto del sistema sanitario público y privado se ha visto transformado en muy pocos días. Se trata, qué duda cabe, de una transformación de urgencia y sin una verdadera consistencia más allá de la atención puntual de las necesidades que se van conociendo o precisando. De ahí que su propia consistencia, en términos de sistema o de ordenamiento conjunto, dejen, en muchos casos importantes incógnitas para el operador jurídico.

La lectura del conjunto de disposiciones que se han dictado en el marco normativo disperso y no siempre coordinado desde la perspectiva de la ordenación sanitaria de la crisis puede resumirse en la forma que se muestra seguidamente para cada uno de los ámbitos a los que afectan las reformas, esto es, para las obligaciones públicas y privadas. Su análisis se presenta esencial teniendo en cuenta que lo que se trata es de formar un criterio específico sobre la actuación de los Poderes Públicos para centrar los términos de nuestro análisis que se aparta así del marco general de actuación para situarse en el concreto derivado de las actuaciones realizadas.

Sintéticamente reseñadas podemos referirnos a las siguientes regulaciones como las más importantes de las dictadas en esta materia en relación con el intento de solventar la situación de crisis sanitaria.

2.1 Medidas que inciden en el ámbito de la sanidad privada imponiendo obligaciones y admitiendo requisitos

Sintéticamente podemos referirnos a las siguientes:

A) Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19¹

Este Real Decreto contiene un conjunto de medidas que afectan a la sanidad en su conjunto. Específicamente, el artículo 8 admite la posibilidad de requisitos temporales y prestaciones personales obligatorias vinculadas todas ellas a la colaboración en la mitigación de la situación de crisis sanitaria.

En concreto, establece que:

«... *Requisitos temporales y prestaciones personales obligatorias.*

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo once b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, las autoridades competentes delegadas podrán acordar, de oficio o a solicitud de las comunidades autónomas o de las entidades locales, que se practiquen requisitos temporales de todo tipo de bienes necesarios para el cumplimiento de los fines previstos en este real decreto, en particular para la prestación de los servicios de seguridad o de los operadores críticos y esenciales. Cuando la requisa se acuerde de oficio, se informará previamente a la

Administración autonómica o local correspondiente.

2. En los mismos términos podrá imponerse la realización de prestaciones personales obligatorias imprescindibles para la consecución de los fines de este real decreto».

Pero, al margen de esta determinación general que opera en el plano material, sus artículos 12 y 13 adoptan una serie de medidas dirigidas a reforzar al sistema nacional de salud (SNS, en adelante) en todo el territorio nacional:

- Todas las autoridades civiles sanitarias y los funcionarios quedan bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares pudiendo imponerse servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.
- Y como medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública, se afirma que el Ministro de Sanidad podrá:

«a) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento del mercado y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud pública.

b) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, incluidos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada, así como aquellos que desarrollen su actividad en el sector farmacéutico.

c) Practicar requisitos temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias en aquellos casos en que resulte necesario para la adecuada protección de la salud pública, en el contexto de esta crisis sanitaria».

Esto nos permite apuntar que hasta aquí las medidas en el ámbito de la sanidad privada que más directa y claramente han afectado se centran en su plena disponibilidad para contribuir a la mejora en la situación y las medidas de requisa de material. Señalamos este instrumento porque, conceptualmente hablando, es más extravagante que las modificaciones operativas que se han realizado en el ámbito público que, finalmente, tienen una referencia financiera común y un elemento de vertebración

¹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3692

bajo el propio concepto de SNS. En este contexto las obligaciones frente a terceros ajenos al sistema son, ciertamente, más inéditas y, por tanto, más reseñables en este momento.

Se trata de dos medidas de alcance diferente ya que mientras las requisas tienen un régimen específico determinado en el artículo 51 y concordantes de la vigente Ley de 16 de diciembre de 1954 de Expropiación forzosa (LEF, en adelante), que se refieren a la disponibilidad, que habría que determinar en función de su alcance real y con el frontispicio final del artículo 120 de la LEF cuando señala que: «...Cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas...».

B) Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública²

Básicamente se refiere al ámbito sanitario privado en el marco de esta Disposición la modificación de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales de Salud pública. Específicamente el artículo 4, que se refiere a los medicamentos, productos sanitarios o productos necesarios para la protección de la salud y admite la posibilidad de un suministro centralizado.

C) Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19³

El apartado séptimo se refiere a la apertura al público de establecimientos médicos en los siguientes términos:

«A efectos de interpretación del artículo 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión

² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3434>

³ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/15/pdfs/BOE-A-2020-3700.pdf>

de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se entienden por establecimientos médicos aquellos en los que se requiere la prestación, por parte de profesionales sanitarios, de la asistencia necesaria para resolver problemas de salud que puedan tener una evolución desfavorable si se demora su tratamiento».

El apartado octavo es del siguiente tenor:

«Puesta a disposición de las comunidades autónomas de medios y recursos sanitarios de otras Administraciones Públicas y de centros y establecimientos sanitarios privados.

Durante el tiempo en el que por la progresión o afectación de la epidemia de COVID-19 no se pueda atender adecuadamente la asistencia sanitaria de la población con los medios materiales y humanos adscritos a cada comunidad autónoma, éstas tendrán a su disposición los centros y establecimientos sanitarios privados, su personal, y las Mutuas de accidentes de trabajo».

D) Orden SND/234/2020, de 15 de marzo, sobre adopción de disposiciones y medidas de contención y remisión de información al Ministerio de Sanidad ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19⁴

Es el apartado quinto de la Orden el que establece que:

«...Las comunidades autónomas y los centros hospitalarios públicos que atiendan casos de COVID-19, deberán remitir la información contenida en los anexos de la presente orden.

Asimismo, deberán remitir la información contenida en los anexos los centros hospitalarios privados, que atiendan casos de COVID-19 y dispongan de camas de UCI, reanimación o recuperación post-anestesia».

E) Orden SND/310/2020, de 31 de marzo, por la que se establecen como servicios esenciales determinados centros, servicios y establecimientos sanitarios⁵

En relación con lo aquí analizado, es el artículo 2 de la norma el que establece que:

«... Centros, servicios y establecimientos sanitarios de carácter esencial.

⁴ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/15/pdfs/BOE-A-2020-3702.pdf>

⁵ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4211

Se determinan como servicios esenciales a los efectos previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, los centros, servicios y establecimientos sanitarios previstos en el Anexo⁶».

F) Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19⁷

Se establece un amplio esquema de financiación para el conjunto de las Administraciones Públicas en relación con la situación de emergencia en la que se encuentran.

Específicamente, el artículo 7 modifica el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de

6 Sobre la relación de centros, servicios y establecimientos sanitarios que se determinan como servicios esenciales, determina el Anexo de la Orden SND/310/2020 lo siguiente:

«Se determinan como servicios esenciales los siguientes centros, servicios y establecimientos sanitarios previstos en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios:

- C.1 Hospitales (centros con internamiento).
- C.2 Proveedores de asistencia sanitaria sin internamiento encuadrados en alguna de las siguientes tipologías:
 - C.2.1 Consultas médicas.
- C.2.2 Consultas de otros profesionales sanitarios.
 - C.2.3 Centros de atención primaria.
- C.2.4 Centros polivalentes.
- C.2.5 Centros especializados con en el siguiente detalle:
 - C.2.5.1 Clínicas dentales: ante situaciones de urgencia.
 - C.2.5.2 Centros de reproducción humana asistida: únicamente ante procesos programados o ya iniciados.
 - C.2.5.3 Centros de interrupción voluntaria del embarazo.
 - C.2.5.4 Centros de cirugía mayor ambulatoria: ante situaciones de urgencia.
 - C.2.5.5 Centros de diálisis.
 - C.2.5.6 Centros de diagnóstico.
 - C.2.5.7 Centros móviles de asistencia sanitaria: deben ser considerados como esenciales en tanto en cuanto el centro sea considerado como servicio esencial por parte de la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma en el que estén ubicados.
 - C.2.5.8 Centros de transfusión.
 - C.2.5.9 Bancos de tejidos.
 - C.2.5.10 Centros de reconocimiento.
 - C.2.5.11 Centros de salud mental.
 - C.2.5.90 Otros centros especializados: deben ser considerados como esenciales en tanto en cuanto el centro sea considerado como servicio esencial por parte de la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma en el que estén ubicados.
 - C.3 Servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria: deben ser considerados como esenciales en tanto en cuanto el servicio se ubique en una organización considerada como esencial o sean considerados como esenciales por parte de la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma en el que estén ubicados.

Establecimientos sanitarios:

- E.1 Oficinas de farmacia.
- E.2 Botiquines.
- E.3 Ópticas.
- E.4 Ortopedias.
- E.5 Establecimientos de audioprótesis».

⁷ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3580>

julio, de modo que su artículo 94.3 queda redactado como sigue:

«3. El Gobierno podrá regular el mecanismo de fijación de los precios de los medicamentos y productos sanitarios no sujetos a prescripción médica, así como de otros productos necesarios para la protección de la salud poblacional que se dispensen en el territorio español, siguiendo un régimen general objetivo y transparente.

Cuando exista una situación excepcional sanitaria, con el fin de proteger la salud pública, la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos podrá fijar el importe máximo de venta al público de los medicamentos y productos a que se refiere el párrafo anterior por el tiempo que dure dicha situación excepcional».

G) Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19⁸

El artículo 1 del Real Decreto-ley establece que:

«... *Mantenimiento de actividad de centros sanitarios y centros de atención a personas mayores.*

1. Durante la vigencia del estado de alarma acordado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus posibles prórrogas, se entenderán como servicios esenciales para la consecución de los fines descritos en el mismo, cualquiera que sea la titularidad, pública o privada o el régimen de gestión, los centros, servicios y establecimientos sanitarios, que determine el Ministerio de Sanidad, así como los centros sociales de mayores, personas dependientes o personas con discapacidad, en los términos especificados por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

2. De conformidad con dicho carácter esencial, los establecimientos a que se refiere el apartado anterior deberán mantener su actividad, pudiendo únicamente reducir o suspender la misma parcialmente en los términos en que así lo permitan las autoridades competentes».

H) Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por

⁸ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4152&p=20200328&tn=1>

cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19⁹

El denominado permiso retribuido recuperable se contempla en el artículo 1.2. del Real Decreto-ley cuando señala que:

«...2. No obstante, quedan exceptuados del ámbito de aplicación: a) Las personas trabajadoras que presten servicios en los sectores calificados como esenciales en el anexo de este real decreto-ley...».

Finalmente, la Disposición adicional quinta añade que:

«... Personal de empresas adjudicatarias de contratos del sector público.

El permiso retribuido recuperable regulado en este real decreto-ley no resultará de aplicación a las personas trabajadoras de las empresas adjudicatarias de contratos de obras, servicios y suministros del sector público que sean indispensables para el mantenimiento y seguridad de los edificios y la adecuada prestación de los servicios públicos, incluida la prestación de los mismos de forma no presencial, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19...»

I) A modo de conclusión: la afección potencial a los derechos de la sanidad privada como consecuencia o derivadas de la crisis sanitaria

El conjunto de disposiciones que se acaban de analizar nos muestra que la normativa dictada durante la situación de emergencia ha supuesto una movilización directa mediante la puesta a disposición del conjunto del sistema sanitario de orden privado.

Los términos de dicha utilización deben entenderse referidos a la situación concreta de cada entidad y a los términos y el alcance que hayan determinado las autoridades sanitarias públicas en la derivación u ocupación de la totalidad o parte de los sistemas sanitarios concretos.

De alguna forma puede decirse que los términos de la movilización son concretos y que el daño de dicha movilización no está en la formulación teórica de la eventual puesta a disposición sino en la

disposición real que estará en función del uso de la habilitación que hayan hecho las autoridades.

En otro orden de cosas, y por lo que a las requi- sas se refiere, es necesario mantener prácticamente la misma tesis que no es otra que la de referir a la verdadera utilización y prueba de esta los daños causados.

En todo caso, ambas cuestiones son la que determinan la afección directa de las entidades de la sanidad privada al compromiso público y a la obligación pública a la que se refieren las disposiciones citadas.

2.2 Un mínimo apunte en relación con el Sistema Nacional de Salud

En el mismo esquema y con la misma sistemática que hemos utilizado para listar las principales afecciones al sistema privado de gestión podemos señalar, ahora, las modificaciones que se han efectuado en lo público, en las normas de emergencia en relación con el SNS. Podemos identificarlas con las siguientes:

A) Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo¹⁰

El artículo 12 se titula «medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional» y arranca atribuyendo al Ministro de Sanidad la dirección de las autoridades civiles sanitarias de las Administraciones Públicas del conjunto del territorio nacional para la protección de personas, bienes y lugares pudiendo imponer a los funciones y trabajadores servicios extraordinarios por su duración y o por su naturaleza.

Este precepto se completa con la inclusión de los centros y establecimientos sanitarios de carácter militar y los de carácter privado.

B) Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo¹¹

El artículo 4 modifica la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales de salud pública y determina, como anteriormente se ha señalado, la posibilidad de establecer el suministro centralizado por la Administración de los medicamentos cuando pudieran presentarse dificultades de abastecimiento y condicionar su prescripción a la identificación del riesgo.

¹⁰ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3692

¹¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3434>

⁹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-4166>

C) Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19¹²

Esta orden tiene por objeto el establecimiento de medidas especiales en materia de recursos humanos y medios para reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional, en desarrollo y aplicación de lo previsto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

No es el momento de detallarlas, pero sí de apuntar que se refieren a los profesionales sanitarios en formación (art. 2); a la contratación de personal facultativo y no facultativo (art. 3); a la reincorporación de profesionales sanitarios en situación de jubilación (art. 4); a la reincorporación de los profesionales con dispensa por la realización de funciones sindicales (art. 5); la contratación de estudiantes de los grados de medicina y enfermería; etc.

El apartado 10 de la Orden en cuestión determina que:

«... Las comunidades autónomas podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponer a los empleados públicos y trabajadores al servicio de las mismas, cualquiera que sea su categoría profesional, servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.

2. Las medidas que se adopten podrán ir dirigidas a la encomienda de funciones distintas de las correspondientes al puesto de trabajo, categoría o especialidad, así como medidas de movilidad geográfica...».

En esta Orden se produce, igualmente, una transformación del concepto de establecimiento médico. En concreto, el apartado 7 señala que «... A efectos de interpretación del artículo 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se entienden por establecimientos médicos aquellos en los que se requiere la prestación, por parte de profesionales sanitarios, de la asistencia necesaria para resolver problemas de salud que puedan tener una evolución desfavorable si se demora su tratamiento...». Conviene tener en cuenta que introduce la mención al concepto de establecimiento médico no

por referencia genérica a lo que la legislación prevé sino a la actividad material, esto es, a la prestación de asistencia necesaria para solventar problemas de salud siempre que dicha atención se realice por profesionales sanitarios.

En el plano de la puesta a disposición, el apartado 8 de la misma Orden establece, por su parte, que: «... Durante el tiempo en el que por la progresión o afectación de la epidemia de COVID-19 no se pueda atender adecuadamente la asistencia sanitaria de la población con los medios materiales y humanos adscritos a cada comunidad autónoma, estas tendrán a su disposición los centros y establecimientos sanitarios privados, su personal, y las Mutuas de accidentes de trabajo».

Finalmente, el apartado 9 de la citada Orden alude a la habilitación de espacios para uso sanitario. Específicamente señala que «... Las autoridades sanitarias competentes de la comunidad autónoma podrán habilitar espacios para uso sanitario en locales públicos o privados que reúnan las condiciones necesarias para prestar atención sanitaria, ya sea en régimen de consulta o de hospitalización...».

D) Orden SND/234/2020, de 15 de marzo, sobre adopción de disposiciones y medidas de contención y remisión de información al Ministerio de Sanidad ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19¹³

En el apartado 3 de la señalada Orden se regula un deber de comunicación y colaboración en la siguiente forma: «...Las comunidades autónomas deberán comunicar al Ministerio de Sanidad en un plazo de tres días todas las disposiciones y medidas de contención que las autoridades competentes de las comunidades autónomas y de las entidades locales hayan adoptado con ocasión del coronavirus COVID-19 hasta el momento de entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en los ámbitos contemplados en el apartado cuarto...».

Esta determinación se completa, en el apartado 5 con la obligación consistente en que «...Las comunidades autónomas deberán remitir al Ministerio de Sanidad la información epidemiológica, de situación de la capacidad asistencial y de necesidades de recursos humanos y materiales, en los términos establecidos en el Anexo de esta orden...».

E) Orden SND/310/2020, de 31 de marzo, por la que se establecen como servicios esenciales

12 <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/15/pdfs/BOE-A-2020-3700.pdf>

13 <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/15/pdfs/BOE-A-2020-3702.pdf>

determinados centros, servicios y establecimientos sanitarios¹⁴

De esta Orden cabe destacar que su artículo 2 menciona como centros esenciales los previstos en un anexo que se incorpora a la propia orden. Se trata de considerar como tales a los centros, servicios y establecimientos previsto en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre. Este Real Decreto es el que determina las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios y regula las bases generales para la autorización de centros, servicios y establecimientos, su clasificación y la catalogación y registro.

F) Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19¹⁵

Aunque sea únicamente desde una perspectiva presupuestaria, el artículo 1º del Real Decreto-Ley contiene la concesión de un crédito extraordinario en el Ministerio de Sanidad para gastos extraordinarios del SNS.

G) Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19¹⁶

Nos interesa, a estos efectos, lo previsto en el artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2020, que se refiere al mantenimiento de la actividad de centros sanitarios y centros de atención de mayores. En concreto señala que:

«... 1. Durante la vigencia del estado de alarma acordado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus posibles prórrogas, se entenderán como servicios esenciales para la consecución de los fines descritos en el mismo, cualquiera que sea la titularidad, pública o privada o el régimen de gestión, los centros, servicios y establecimientos sanitarios, que determine el Ministerio de Sanidad, así como los centros sociales de mayores, personas dependientes o personas con discapacidad, en los términos especificados por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

¹⁴ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4211

¹⁵ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3580>

¹⁶ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4152&p=20200328&tn=1>

2. De conformidad con dicho carácter esencial, los establecimientos a que se refiere el apartado anterior deberán mantener su actividad, pudiendo únicamente reducir o suspender la misma parcialmente en los términos en que así lo permitan las autoridades competentes...».

H) Orden SND/344/2020, de 13 de abril por la que se establecen medidas excepcionales para el refuerzo del Sistema nacional de Salud y la contención de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19¹⁷

El apartado Primero de la misma dice lo siguiente:

«... Las comunidades autónomas tendrán a su disposición los centros, servicios y establecimientos sanitarios de diagnóstico clínico de titularidad privada ubicados en su comunidad autónoma que no estén prestando servicio en el Sistema Nacional de Salud, así como su personal.

2. En todo caso, la realización de pruebas diagnósticas por los citados centros, servicios y establecimientos de diagnóstico clínico para la detección del COVID-19 quedará sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado segundo.

3. La puesta a disposición de medios a que se refiere el apartado 1 incluye la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para la regulación de los precios de las pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19, con el objeto de evitar situaciones abusivas en el acceso a este servicio...»¹⁸.

¹⁷ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4442

¹⁸ Lo dispuesto en el precepto se completa en lo que determina el apartado Tercero de la Orden SND/344/2020, según el cual:

«1. Todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de diagnóstico clínico, con independencia de su titularidad, deberán notificar a la autoridad sanitaria competente de la comunidad autónoma en la que se encuentren ubicados y/o presten sus servicios, los casos de COVID-19 confirmados de los que hayan tenido conocimiento tras la realización de las correspondientes pruebas diagnósticas.

2. Asimismo, cualquier entidad de naturaleza pública o privada que, en relación con las pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 adquiera hisopos para toma de muestras, medio de transporte de virus, reactivos de inactivación, kits de extracción de ácidos nucleicos o reacciones de PCR, o test rápidos diagnósticos deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad sanitaria competente de la comunidad autónoma en la que se encuentren ubicados y/o presten sus servicios, con indicación expresa del tipo de material, número de unidades adquiridas y destino de uso.

3. La información a la que se refiere este apartado deberá ser comunicada a la mayor brevedad posible, correspondiendo a la autoridad sanitaria competente de cada comunidad autónoma

Esta regulación se completa con la manifestación, en el apartado Segundo, de que las pruebas diagnósticas deben ser prescritas por un facultativo de acuerdo con las directrices, instrucciones y criterios acordados al efecto por la autoridad sanitaria competente.

III. LOS GRANDES FOCOS DE LA REFLEXIÓN RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD

3.1 Doctrina general y acotación metodológica

A) Consideraciones generales y marginación de la responsabilidad penal

Como consecuencia de la actuación de los Poderes Públicos en la crisis sanitaria se han empezado a plantear si algunas de las acciones u omisiones en que han concurrido en estos días pueden generar algún tipo de responsabilidad de las autoridades administrativas, en particular, y del Estado en su conjunto, en general.

Esta posibilidad admite, claro está, diversas consideraciones y posibilidades de análisis. La más sugerente es la de analizar si la actuación o la inacción inferior o más controlada de los Poderes Públicos podría haber minorado los efectos y la intensidad de una crisis como la que estamos padeciendo. Esta acción-inacción se ha identificado, al menos en términos de la opinión pública, en dos hechos objetivos: el primero, la propia existencia previa de una crisis sanitaria idéntica en conformación e intensidad en otras partes del mundo; y, el segundo, la advertencia o la interlocución que las autoridades españolas mantuvieron con las organizaciones sanitarias de carácter internacional y que podrían, eventualmente, haber conformado un estado de opinión en el que podrían haberse adoptado medidas para prevenir, evitar la extensión o minorar los efectos del virus¹⁹.

establecer el procedimiento concreto para su remisión.

4. Las comunidades autónomas trasladaran al Ministerio de Sanidad, cuando este lo requiera, la información referida en este apartado que solicite.

Una vez recibida esta información, el Ministerio de Sanidad podrá adoptar, en su caso, las medidas oportunas en atención a criterios de necesidad y urgencia, con el objetivo de garantizar los principios de equidad y cohesión...».

19 Con origen en los medios de comunicación y en las intervenciones en el Parlamento en los debates sobre la prórroga de los Reales Decretos de declaración de alarma podríamos intentar señalar los siguientes hechos en el plano de la advertencia y el conocimiento previo de la situación:

1) Desde hace más de 3 meses España ha sido advertida por la OMS y por el Centro Europeo para el Control y Prevención

Es lo cierto que, aun el supuesto de que pudiera considerarse que tales advertencias proporcionaron un conocimiento más o menos indiciario de la gravedad de la situación incidiría, desde una perspectiva técnica, en la previsibilidad de la situación, pero no, claro está, en la posibilidad de evitación. Se trata de conceptos jurídicos diferentes que forman parte de los matices que la jurisprudencia va realizando y que deben servir de fundamento para el análisis que aquí se realiza.

Los elementos del debate y la propia conformación de este no son sencillos, como reiteraremos algunas veces, porque no es «limpio» ya que vincula la responsabilidad con la de carácter político y ahí casi todos los esquemas lógicos saltan por los aires. Es lo cierto que se trata, al menos, de un debate novedoso y complejo que, en el fiel de la balanza, pone como contrapeso la idea de que otros muchos poderes públicos podrían haber estado en la misma situación sin que realmente ninguno de ellos lo haya podido prever o, cuando menos, evitar la emergencia o, incluso, los que lo despreciaron inicialmente -caso del Reino Unido- acabaron teniéndola en una magnitud nada despreciable.

En este punto queda, por tanto, expuesto que los términos del presupuesto esencial de la

de Enfermedades. Sin embargo, el Gobierno contestó a la reclamación de la OMS diciendo literalmente que: «España no va a tener más allá de algún caso diagnosticado, que no habrá transmisión local o como mucha limitada y controlada».

2) El 3 de febrero la OMS advirtió que las medidas de control y de prevención son absolutamente esenciales para garantizar que los trabajadores sanitarios estén protegidos frente al virus. Sin embargo, el Gobierno contestó textualmente que «España tiene suficientes suministros de equipos personales de emergencia».

3) El 11 de febrero la OMS insistió en la urgente necesidad de adquirir equipamientos de protección y solo 2 días después la UE advirtió del riesgo de desabastecimiento de productos sanitarios. Pero, el Gobierno afirmó que «España ya había implementado las medidas preventivas y preparatorias».

4) El 24 de febrero urgía a la comunidad internacional a hacer todo lo posible para prepararnos para una pandemia. Solo dos días después el PP le exigía que al presidente del Gobierno que coordinara la respuesta al coronavirus en lugar de mandar a sus ministros a la Mesa de negociación con Torra esa misma mañana.

5) El 2 de marzo el Centro Europeo para el Control y Prevención de Enfermedades, como más tarde hizo el propio Centro de Seguridad Nacional advirtieron contra la celebración de actos masivos que pudieran propagar el virus. Sin embargo, durante toda esa semana el gobierno autorizó a través de sus Delegaciones Provinciales centenares de manifestaciones, eventos deportivos y lúdicos.

6) El 4 de marzo la Vicepresidenta Económica vaticinaba que «el impacto del coronavirus sobre la economía española sería poco significativo y transitorio». Por ahora, ya ha destruido 1 millón de empleos y ha forzado a 300.000 empresas a un ERTE.

7) El Gobierno no decidió hasta el 10 de marzo la adquisición centralizada de equipos de protección, intervención y diagnóstico.

(Elaboración propia desde noticias publicadas en medios de comunicación de difusión general)

responsabilidad son, precisamente, la actuación de los Poderes Públicos en la solución de una crisis. Es razonable pensar que la crisis, en sí misma considerada, esto es, la pandemia, es algo que claramente se sitúa en el concepto de fuerza mayor. Pero lo que realmente importa y lo repetiremos en numerosas ocasiones es cuál es la actitud y la solvencia de los Poderes Públicos en su subvención. Y es aquí donde se plantean las cuestiones que acaban de indicarse, esto es, el grado de conocimiento de los Poderes Públicos y las medidas adoptadas para asegurar a la población que la crisis producía los menores efectos posibles o que los mismos podrían ser cubiertos por medios ordinarios o extraordinarios, pero en términos razonables cosa que, ciertamente, no es sentida como tal por el conjunto de la población con el nivel de información y conocimiento que se tiene de la realidad.

En este punto, y sin que iniciemos una larga reflexión sobre la materia si no, únicamente, con el propósito de establecer el marco general de referencia en lo que se refiere al conjunto de modalidades, podemos apuntar que los elementos o los núcleos centrales de la responsabilidad ponen, siempre, en primera línea la de carácter penal. De hecho, en el presente, puede decirse que están planteadas ya diferentes acciones en dicho ámbito jurisdiccional centradas en hechos y circunstancias diversos que van desde la autorización de concentraciones masivas o espectáculos públicos de masas que pueden haber coadyuvado a la transmisión más rápida del virus a la adopción no temporánea de decisiones, o la prestación del servicio en condiciones inidóneas en relación con la propia protección y la de terceros. El futuro de dichas acciones está por ver y es evidente que no puede ser prejuzgado en este momento.

En relación con la responsabilidad penal hay que soslayar, en este trabajo al menos, en este momento la relativa a los delitos dolosos de carácter individual en materia o como consecuencia de los daños que se han podido producir en el ámbito prestacional y en el ambiente en el que se ha desarrollado el mismo en los últimos días. Este es un terreno muy típicamente penal que exige el debate de los hechos concretos y de la ubicación en los tipos penales de carácter general, labor que como se ha dicho, nos trasciende en este análisis²⁰.

Pero al margen de estos delitos comunes de carácter individual, sí que tiene mayor problemática la relativa a lo dispuesto en el del Código Penal en relación con los delitos contra los derechos de los

trabajadores y, específicamente, los que se refieren a la prevención y cobertura de las situaciones de emergencia en el ámbito de los riesgos laborales. Volvemos sobre este extremo posteriormente, pero queremos, en este punto, dejar constancia de que, a primera vista, es el instrumento más claro y perceptible de responsabilidad de los que se vienen identificando en este apartado.

Con vocación de síntesis podríamos indicar que el horizonte de la responsabilidad penal es, sin duda, complejo, fundado en reproches vinculados a la actuación a sabiendas del perjuicio y del hecho y marcado por una culpabilidad que, a priori, se antoja ciertamente difícil de admitir. No obstante, el tiempo y las circunstancias del caso concreto pueden determinar otra perspectiva diferente a la que ahora se apunta.

B) La responsabilidad por la contravención de la normativa de riesgos laborales

Fuera del anterior terreno, pero enlazando con el último de los planteamientos que hacíamos en el apartado anterior y descendiendo en el plano, lo que, realmente, parece que tiene un encaje a priori más solvente es el tema de la salud laboral y de las condiciones en las que los profesionales han tenido que prestar los servicios. De alguna forma a la vista de los acontecimientos vividos podríamos decir que se considera un hecho notorio, al menos a estos efectos, que las condiciones en las que se han prestado los servicios por parte de los profesionales sanitarios no han sido ni las mejores ni las más idóneas; ni en lo que se refiere a su protección personal ni en lo que se refiere a los elementos, instrumentos y material necesario para hacer frente a la situación. En términos procesales esto exigirá una justificación más evidente, pero en términos de percepción social y de sensación es probable que nadie dude de la prestación insuficiente.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la situación en la que se plantea esta reflexión parece necesario situarnos directamente en el artículo 20 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LRL, en adelante), que se refiere a las medidas de emergencia que sitúa en un plano diferente al de la previsión ordinaria. La emergencia, como su propio nombre indica, desborda la previsión por su carácter contingente e inesperado, pero no por ello permite que los trabajadores queden desposeídos del derecho a la salud laboral, sino que articula una atención en términos diferenciales, en lo asistencial, a los riesgos comunes. Estas son las medidas de emergencia a las que pasamos a referirnos.

20 VIADER CASTRO, C.: "Prevaricar en tiempos de Coronavirus". En *Hay Derecho*, 6 de abril de 2020. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/06/prevaricar-en-tiempo-de-coronavirus/> (Acceso: 8 abril 2020).

El artículo afirma que:

«...El empresario, teniendo en cuenta el tamaño y la actividad de la empresa, así como la posible presencia de personas ajenas a la misma, deberá analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, designando para ello al personal encargado de poner en práctica estas medidas y comprobando periódicamente, en su caso, su correcto funcionamiento. El citado personal deberá poseer la formación necesaria, ser suficiente en número y disponer del material adecuado, en función de las circunstancias antes señaladas.

Para la aplicación de las medidas adoptadas, el empresario deberá organizar las relaciones que sean necesarias con servicios externos a la empresa, en particular en materia de primeros auxilios, asistencia médica de urgencia, salvamento y lucha contra incendios, de forma que quede garantizada la rapidez y eficacia de las mismas...».

Esta regulación de la emergencia se completa con las previsiones que para riesgo grave e inminente debe realizar el empresario y que, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la LRL, es el siguiente:

«...1. Cuando los trabajadores estén o puedan estar expuestos a un riesgo grave e inminente con ocasión de su trabajo, el empresario estará obligado a:

a) Informar lo antes posible a todos los trabajadores afectados acerca de la existencia de dicho riesgo y de las medidas adoptadas o que, en su caso, deban adoptarse en materia de protección.

b) Adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, los trabajadores puedan interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo. En este supuesto no podrá exigirse a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro, salvo excepción debidamente justificada por razones de seguridad y determinada reglamentariamente.

c) Disponer lo necesario para que el trabajador que no pudiera ponerse en contacto con su superior jerárquico, ante una situación de peligro grave e inminente para su seguridad, la de otros trabajadores o la de terceros a la empresa, esté en condiciones, habida cuenta de sus

conocimientos y de los medios técnicos puestos a su disposición, de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro».

La paradoja de la situación que estamos viviendo es que el empresario realmente se encuentra -al margen de si está en dicha situación por su propia ineptitud o por una circunstancia sobrevenida, que es otro debate- ante una tesitura importante: si cumple la norma de prevención de riesgos tendría que ordenar la retirada de aquel personal que no pueda prestar su actividad en condiciones mínimas, esto es, si sufrir un daño o una enfermedad como consecuencia de su prestación aboca al conjunto de la población a un daño superior. El equilibrio está en la decisión de renunciar al derecho de los trabajadores o renunciar a los derechos de los ciudadanos. Es probable que, en términos tan severos como ahora, no se había planteado una dicotomía en la que, el extremo, es la propia vida o la del «trabajo» que realizas y, ciertamente, podemos convenir que, en este caso, la opción de proteger la segunda ha sido claramente ganadora. La duda aquí es sencilla, en el plano jurídico, y consiste en preguntarnos si ha salido ganadora por la profesionalidad o la decisión del personal sanitario o por la instrucción del empresario de salud. Si nos situáramos en el primero de los supuestos es evidente que estaríamos fuera del esquema aquí analizado. Si, por el contrario, estamos en la segunda de las opciones la situación deviene más compleja y es, precisamente, la que queremos plantearnos, esto es, que la decisión de elusión de los medios de protección no sea privada o particular sino la consecuencia de una orden directiva del empresario. Este terreno es el que nos sitúa en el ámbito de la salud laboral como derecho de los trabajadores que resulta afectado por la decisión de una orden directiva de un empresario-organizador de un servicio.

El problema es complejo ya que no se sitúa en el plano que hemos analizado en algunas ocasiones y que se identifica con la propia naturaleza del servicio prestado (bomberos, por ejemplo). En estos servicios, por su propia naturaleza, siempre hay un riesgo de la propia vida. El ordenamiento de protección acepta esta circunstancia y la compensa con el deber de protección personal hasta el extremo que sea posible y la formulación de una serie de protocolos que directamente y per se no pongan en riesgo la vida del que participa en los mismos. La cualificación de esta situación, en el momento presente, deriva de las condiciones en las que los profesionales médicos se han visto en la obligación, o en la profesionalidad, de prestar un servicio de riesgo. Estas condiciones no son las comunes y han evidenciado una degradación de sus niveles de protección

que serían exigibles en situaciones de normalidad y de emergencia y, por tanto, han podido arriesgar o, al menos, poner en riesgo su propia vida o sus condiciones de salud.

A partir de esta mera enunciación del derecho de los trabajadores y del correlativo deber de los empresarios nos corresponde, mínimamente, extraer las consecuencias que del incumplimiento de la obligación se derivan.

En el plano puramente administrativo, el artículo 42 de la LRL establece el marco sancionador público. En el mismo se incluye la siguiente infracción:

«...1. El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento».

Específicamente, el Real Decreto-ley 5/2000, de 4 agosto, de Infracciones y sanciones en el ámbito social, en su artículo 13 determina una infracción muy grave que consiste en: «...3. No paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización...», apartado que se completa con lo que afirma el apartado 6 según el cual «...6. Superar los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, originen riesgos de daños para la salud de los trabajadores sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, cuando se trate de riesgos graves e inminentes...».

Ambos preceptos y, por tanto, la infracción que suponen nos permitiría indicar sin grandes problemas interpretativos que es plenamente de aplicación a un supuesto como el que se analiza aquí en el que, ante una situación de emergencia, un profesional con riesgo de afección a su salud, es conminado a continuar o a desarrollar su trabajo sin el equipamiento y los medios necesarios. No es el trabajo, en sí mismo, considerado sino, sobre todo, las condiciones en las que se ha tenido que establecer o realizar dicha prestación y, claro está, la inexistencia o la no puesta a disposición de los medios de protección suficiente para desarrollar esta función de riesgo en

condiciones que minimicen el de los propios profesionales y las personas con las que éste se relaciona.

En este estadio de la cuestión se plantean, a su vez, varios debates. El primero, si una epidemia o una pandemia debería figurar entre los riesgos a incluir en el mapa de riesgos. Se podría llegar a decir que como nunca ha pasado la previsión no era -mínimamente- exigible en los términos en los que se ha planteado y, ciertamente, si nos referimos a la intensidad o el alcance algo hay, necesariamente, que ponderar. Es entonces cuando surge el segundo problema: la capacidad de solventar con una mínima inmediatez el problema. En este punto, lo que, sin duda, es más difícil de admitir es la impericia en la obtención del material o de los instrumentos necesarios. Una cosa es que no sean previsibles y otras que, producido el hecho, no sea posible ni viable su subvención en una referencia temporal que minimice la ecuación de riesgo de los profesionales.

Estos elementos son los que deben valorarse a la hora de determinar si existe infracción o no de la normativa de salud laboral. Los hechos parecen evidentes pero la calificación jurídica está en función de diversos elementos que podemos, finalmente, reducir a la culpabilidad y aunque parece claro que ninguna de estas circunstancias es achacable al dolo, estrictamente considerado, es cierto, sin embargo, que pueden conectar directamente con la negligencia inexcusable de la que se derivan daños.

Siguiendo el hilo de los riesgos asumidos o impuestos a los empleados en el ámbito de la crisis sanitaria y, al margen de la responsabilidad administrativa a la que nos acabamos de referir podemos indicar que en el grado final de la responsabilidad en la materia se sitúa la responsabilidad penal.

El artículo 311 del Código Penal se refiere a los delitos contra los derechos de los trabajadores y determina, en primer término, que quedan incluidos «...1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual...» y, específicamente, el artículo 316 cuando afirma que «...Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses...».

Pero estas condiciones de ejercicio de la actividad tienen, a su vez, un presupuesto adicional que tampoco puede negarse y es que el propio sanitario, actuando en las condiciones que lo han hecho, pueda haber sido la fuente del contagio de terceros y, específicamente, de los usuarios del sistema sanitario. En este caso habría que acudir al viejo aforismo penal según el cual «el que es causa de la causa es causa del mal causado» y, por tanto, no siendo una falta de diligencia ni una actitud propia del sanitario sino que proviene de la imposición del empleador parece claro que las consecuencias de su actuación -en este terreno de desprotección- serán de cuenta de aquel y el sanitario queda al margen de las eventuales reclamaciones salvo aquellas que, específicamente, puedan reconducirse a una situación de dolo específico.²¹

Fuera de esta perspectiva lo que resulta evidente es que la «gran batalla» se tiene que producir en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuyos elementos centrales pasamos a analizar.

3.2 Elementos centrales de la responsabilidad administrativa

Situados en el plano al que nos referíamos anteriormente nos corresponde, en este momento, analizar la situación desde la perspectiva del régimen jurídico y la interpretación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Más allá de la referencia muy general que vamos a hacer en el apartado siguiente a la responsabilidad administrativa de carácter patrimonial podemos indicar, desde el principio, que la cuestión se va a plantear en términos de la aplicación de dicha institución a un supuesto como el de la pandemia y si concurre o no el supuesto de encontrarnos ante un caso de fuerza mayor. Analizamos, seguidamente, ambas cuestiones para delimitar el marco en el que se desarrolla la cuestión que planteamos.

A) Un mínimo apunte conceptual sobre la responsabilidad patrimonial administrativa

Conviene recordar, en este momento, que el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial enlaza con el principio esencial de la indemnidad como consecuencia de la actuación de los Poderes Públicos. En la actualidad, es el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen del

Sector Público el que reseña los denominados principios de la responsabilidad patrimonial del Estado indicando que:

«...1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley...».

Este esquema de responsabilidad se completa en el artículo 34 de la propia Ley 40/2015 estableciendo los siguientes requisitos para determinar la procedencia de la indemnización. Los requisitos son los siguientes:

«...1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos...»

La adecuada ordenación del mecanismo de la responsabilidad patrimonial podemos extraerla de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2011 que formula o resume la doctrina clásica en los siguientes términos:

«...En cuanto al segundo motivo hemos de partir de que la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009 (RJ 2009, 6877), recurso

21 El periódico digital *Libertad digital* (<https://www.libertaddigital.com/>) se hacía eco en su edición del día 10 de abril de los siguientes datos: Los 14 fallecidos contabilizados por Satse, 11 médicos, 2 enfermeros y 1 auxiliar de enfermería sumados a los 22.000 contagiados sanitarios por Covid-19.

de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que ‘no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa’.

Conforme a reiterada jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 7017), rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Se insiste en la STS 19 de junio de 2007 (RJ 2007, 3813), rec. casación 10231/2003 (con cita de otras muchas) que ‘es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesa del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido, aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público’.

Y también reitera la jurisprudencia, por todas (STS 6 de julio 2011 (RJ 2011, 6209) recurso de casación 3645/2007, y las allí citadas) que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al haber la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria.

Por su parte las SSTs de 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003, y 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 67), recurso de casación 6580/2004, reiteran (con cita de otras anteriores) que la prueba de la relación de causalidad corresponde al que reclama la indemnización...»

La traducción del instituto de la responsabilidad al ámbito sanitario ha resultado, históricamente, diferenciada porque, finalmente, en el ámbito de la salud es complejo o, a veces imposible, asegurar el

éxito final del servicio y, por tanto, situarnos en los parámetros convencionales del funcionamiento normal o anormal²². A partir de esta evidencia se «reconstruye la figura» sobre la base de indicar que se trata de una opción de medios. La responsabilidad sanitaria, en el ámbito prestacional, va ligada a la correcta utilización y dispensación de los medios necesarios para paliar o reducir la merma de la salud. La doctrina sobre la responsabilidad ligada a los medios podemos extraerla de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2011 que efectúa un resumen que nos permite identificarla en la siguiente forma:

«...Acabamos de exponer que la responsabilidad de las administraciones públicas es objetiva al residenciarse en el resultado antijurídico.

Ya, en el ámbito sanitario, se evidencia constituye una obligación de medios. Y, así a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que una actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Como expresa la sentencia de esta Sala y Sección de 25 de mayo de 2010 (RJ 2010, 5227), rec. casación 3021/2008, han de ponerse ‘los medios precisos para la mejor atención’.

Con cita de jurisprudencia anterior, esta Sala y Sección en Sentencia de 16 de febrero de 2011 (RJ 2011, 1490), rec. casación 3747/2009 dice que la “privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia ‘pérdida de oportunidad’ se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en

22 Sobre esta cuestión en nuestra doctrina, por todos, CUETO PÉREZ, M.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario”, En *La responsabilidad patrimonial de la Administraciones Pública: estudio general y ámbito sectoriales*. Vol 2. (Quintana López, T., Dir.; Casares Marcos, A. B., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1029-1086; ESCOBAR ROCA, G.: “Derecho de la salud y responsabilidad de la Administración sanitaria”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 9, 2007, págs. 6-16; PANES CORBELLE, L.A.: “Responsabilidad patrimonial de los servicios de salud”, En *Tratado de Derecho Sanitario*. Vol. 2, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 71-98; PEMÁN GAVÍN, J.M.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público”, *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, págs. 283-332, y las monografías de BELLO JANEIRO, D.: *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*, Reus Madrid, 2013; MIR PUI-GPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria*, Atelier, Barcelona, 2007, y ZABALA GUADALUPE, J.: *Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración*. Thomson Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2009.

una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias”... »

Adicionalmente y como elemento de cierre conceptual se desarrolla la doctrina del daño desproporcionado que define Fonseca como aquel que se produce:

«...en determinados supuestos en los que como consecuencia de una determinada actuación médica- que, en algunos casos, puede tener, incluso, un carácter venial- un paciente sufre un daño anormal o inusualmente grave que, al menos, en principio no guarda proporción con el alcance de la dolencia que le llevo a la consulta de un facultativo...».²³

En este esquema general y convencional de la responsabilidad patrimonial que, por otro lado puede considerarse suficientemente asentado en el plano doctrinal y jurisprudencial²⁴ plantea algunas complejidades si nos situamos en un momento como el presente en el que necesitamos saber si los fundamentos de la institución de responsabilidad en la que nos hemos situado pueden ser aplicados sin problemas ante un supuesto como el que se nos ha presentado en el que los medios necesarios para paliar los efectos de la situación son conocidos, razonables y habituales en el tratamiento sanitario y de disponibilidad común y universal pero como consecuencia de la situación presentada han devenido insuficientes sin que los Poderes Públicos hayan tenido la capacidad de prever la situación -en términos de medios- o de conseguirlos cuando la crisis ha estallado.

Para resolver esta cuestión podemos identificar dos elementos adicionales que componen la doctrina y la jurisprudencia en relación con la concreción del mínimo exigible en relación con el funcionamiento

23 FONSECA FERRANDIZ, F.: *Estudio médico-legal sobre el daño desproporcionado en la sanidad pública española*. Aranzadi, Navarra, 2017, pág. 24.

24 Por todos, SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, *Derecho y Salud*, Vol. 23. Extraordinario XXII Congreso 2013, págs. 189-205.

del servicio público sanitario y, adicionalmente, cómo concebir el propio servicio o, para ser más exactos, sus estándares de funcionamiento.

Respecto a la primera cuestión ha venido siendo común afirmar, en relación con la forma y el alcance prestacional en el ámbito sanitario como parámetro de enjuiciamiento de la actuación determinante de la responsabilidad, que la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario es una responsabilidad de medios. Esta cuestión es objeto de análisis posterior en los términos concretos de la situación planteada y nos remitimos, en este punto, a dicha ordenación. En todo caso, con esto lo que se quiere destacar es que el compromiso prestacional no asegura el éxito de la operación y que, finalmente, la obligación del dispensador es la cumplir las obligaciones de aplicar conforme a la *lex artis* (o al común de los aplicadores) aquellos medios de los que se dispone.

Esto nos conduce a la segunda de las cuestiones planteadas. ¿Cómo definir los medios? El debate hasta aquí ha sido, esencialmente, cualitativo, esto es, qué tipo de medios y cuál es el alcance de los mismos teniendo en cuenta que se trata de una ciencia en continuo progreso y en la que los estándares habituales pueden sufrir cambios continuos o, cuando menos, cambios progresivos²⁵.

25 Tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2013, en la que se expone que «...Obviamente, si la responsabilidad patrimonial se basa en la correcta ordenación de medios, en este caso dicha ordenación no ha sido la correcta pues no se disponía de los medios acertados para la clase de patología de la recurrente. La jurisprudencia tiene dicho (Sentencia de fecha 31 de enero de 2008 (RJ 2008, 1347); Rec. casación 4065/03 y 22 de abril de 2008 (RJ 2008, 2039), casación 166/05), entre otras muchas, que la responsabilidad patrimonial se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente.

Precisamente, por ello, en este caso, resulta acreditado que no se habían dispuesto de los medios ordinarios para solventar una incidencia que estaba prevista como posible; esta es la causa de que deba estimarse la reclamación pretendida.

El Informe de la Inspección de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia no permite obtener conclusiones muy claras sobre la base de que se trata de un informe simplemente descriptivo de las operaciones realizadas, pero no valora la agilidad que debía esperarse una vez que se diagnosticara el desgarro.

La parte recurrente alega a lo largo de su recurso la posible aplicación del criterio del daño desproporcionado; sin embargo, no es necesario su aplicación al caso presente y ello puesto que (Recurso 8/2010) solo es aplicable si no solo existe desproporción entre la patología inicial y el resultado, sino también si no se acredita la causa de la producción del resultado y aquí, el informe Pericial es claro en cuanto a cuales fueron las causas del resultado final producido sobre la salud de la paciente.

En relación con la información recibida por la paciente (cuestión alegada por la administración demandada y la code mandada) resulta que en la Hoja de Información (folio 91 del expediente) se le informa precisamente de la posibilidad de que se produzcan hemorragias, pero la existencia de la información

Esta cuestión se ha resuelto, igualmente, con una referencia a que los medios y los avances se miden temporalmente y, por tanto, según el estado de la ciencia en cada momento. No es exigible nada que no fuera de uso convencional ni tampoco lo es, por tanto, la preterición de los medios que ya son de uso común.

Esto nos permite indicar que no son exigibles, por ejemplo, los medicamentos, las vacunas o los medios que no existen porque no están inventados pero que sí deben resultar aplicables aquellos que, conforme al estado de la ciencia en el momento de su aplicación, eran convencionales o habituales.

Al tema del estado de la ciencia se remite la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002 en la que se expone que:

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

Una cuestión no resuelta es la de la carga de la prueba del estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, que la Sentencia de esta Sala Tercera de 31 de mayo de 1999 (recurso 2132/1995 [RJ 1999, 6154]) afirmó que corresponde a la Administración, lo que, sin embargo, resulta irrelevante en este caso, dado que la Sala de instancia, con base en los informes periciales emitidos, ha declarado probado en la sentencia recurrida que la técnica quirúrgica fue correcta por haberse empleado todos los medios adecuados según el alcance de los conocimientos,

no justifica que se le someta a una asistencia incorrecta desde el punto de vista de la adecuada ordenación de medios materiales para garantizar un correcto resultado. El hecho de que la correcta información se integre en la *lex artis* no supone que una vez que se ha informado al paciente, el médico se exone de responsabilidad ; antes al contrario, la información y el consentimiento es una parte de la corrección de la asistencia que representa la *lex artis* pero no puede hacer recaer sobre el paciente los posibles efectos de la asistencia si esta no se ha prestado de modo satisfactorio desde el punto de vista de la técnica médica que representa la *lex artis*; así lo ha dicho la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia correspondiente al recurso 1777/2010 (RJ 2012, 6781) cuando habla de que ‘la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada ... y esto es así por cuanto el de información es un deber autónomo, que ha de ser cumplido a la par que la obligación de la actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria, sin solapamiento de uno por la otra’...».

apreciación fáctica, no discutida, que hemos de aceptar en casación.

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

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

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

La consecuencia de esta situación es, por lo demás, clara tal y como refleja la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2005 que configura los límites de la responsabilidad y su propia configuración jurídica en los siguientes términos:

«...Olvida con ello en este caso la Sala sentenciadora que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que, entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 10 de mayo [RJ 1993, 6375], 18 de octubre [RJ 1993, 7499], 27 de noviembre [RJ 1993, 8261] y 4 de diciembre de 1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 y 19 de noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 9962], 13 de marzo [RJ 1999, 3151] y 24 de mayo de 1999 – recurso de casación 1311/95 [RJ 1999, 7256], fundamento jurídico tercero), aunque, como hemos declarado en esta última, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Es, además, doctrina legal, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de 11 de julio de 1995, 7 de octubre de 1995 (RJ 1995, 5632), 10 de enero de 1996 (RJ 1996, 2248), 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 9211), 14 de marzo de 1998, 13 de febrero, 13 de marzo, 29 de marzo, 6 de abril (RJ 1999, 3451) y 24 de mayo de 1999 (RJ 1999, 7256), que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o por haberse procedido, al hacer la indicada valoración, de manera ilógica, irracional o arbitraria (Sentencias de 10 de octubre [RJ 1995, 7679] y 7 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8166], 27 de julio, 24 de septiembre y 30 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 8924], 20 de enero, 23 de junio y 16 de diciembre de 1998, 23 y 30 de enero, 27 de febrero [RJ 1999, 3148], 13 de marzo, 6 de abril [RJ 1999, 3451] y 24 de mayo de 1999 [RJ 1999, 7256])...».

Esta situación que estamos viviendo es, de alguna forma, novedosa en el plano de la responsabilidad porque reduce el problema a «los medios disponibles» lo que, ciertamente, es mucho más reducido que los medios comunes. La evidente reducción del nivel prestacional es consecuencia, al menos, de dos factores perfectamente diferenciables. El primero,

la previsión de la crisis que ciertamente nos conduce a cuestiones muy poco sencillas de objetivar en el plano jurídico pero que, finalmente, nos llevan a analizar el alcance del concepto de fuerza mayor que es el que opera como exoneratorio de la responsabilidad de la Administración Pública. El segundo, es más sencillo: la actuación esperada ante la subvención de una necesidad social producida en el momento y en el marco de una situación de emergencia.

Estos son los esquemas que deben de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en un supuesto como el que estamos analizando.

B) Fuerza mayor

El artículo 32 de la Ley 40/2015 determina, como se ha visto, un efecto exoneratorio de la responsabilidad de la Administración Pública en los supuestos de fuerza mayor lo que, ciertamente, nos sitúa ante la necesidad de un análisis específico de esta figura a la que, sin duda, se acudiría de forma inmediata para intentar ese efecto de exclusión de la responsabilidad en que pueden haber incurrido los Poderes Públicos en este supuesto.

La doctrina general y, claro está, clásica de la fuerza mayor podemos encontrarla en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002 conforme a la cual: «...Según manifestábamos en un razonamiento anterior, la fuerza mayor era el suceso fuera del círculo de la actuación del obligado, que no se hubiera podido prever o que previsto fue inevitable y que haya causado el daño material y directo. En el caso que nos ocupa, la prestación sanitaria se practica por la Administración y sus agentes, y el supuesto que determina la causación del daño es la práctica de la operación quirúrgica, en la forma en que se realiza, que no es incorrecta, en tanto es necesaria para realizar la corrección de la cardiopatía que se trataba de paliar. En tanto en cuanto los daños han sobrevenido por una reacción del cuerpo ante esa forma de práctica de la intervención quirúrgica ello no escapa del ámbito de intervención de la Administración, antes, al contrario, al operarse sobre el individuo desde el punto de vista orgánico o físico, los acaecimientos que se deban a las reacciones orgánicas ante una intervención entran dentro del ámbito de intervención de la Administración sanitaria. Por tanto, hay que excluir el supuesto de fuerza mayor en el caso que nos ocupa. En cuanto a la posible concurrencia de un caso fortuito al respecto tenemos que contestar que tampoco cabría entender que es un caso fortuito puesto que en todo caso el caso fortuito es un suceso imprevisto, aunque dentro del ámbito

de actuación de la Administración, puesto que en el caso que nos ocupa es una acción, en la que se ha perjudicado, que era posible, no imprevisible en todo caso. Del examen de esta última circunstancia, no obstante, es un razonamiento añadido, puesto que, al ser indemnizables los daños producidos por caso fortuito, ello sería irrelevante a los fines de excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en caso de concurrir el mismo. En consecuencia, hemos de concluir que el daño que se ha producido en el caso que nos ocupa, y por el que se reclama en el recurso contencioso-administrativo, ha ocurrido en relación con el funcionamiento normal de la Administración sanitaria, concretamente el INSALUD, y no está incurrido en ninguno de los supuestos de exclusión de responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que determina que sea indemnizable, por ser un supuesto específico de responsabilidad patrimonial de la Administración».

En este mismo esfuerzo de conseguir una aproximación conceptual, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2001 afirmaba que:

«...La cuestión queda pues reducida a determinar si en el caso de autos estamos ante un supuesto de fuerza mayor entendido este como un supuesto en el que concurren dos requisitos, a saber: determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: «Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado». En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997, 3233) (apelación 1075/1992).

Como recoge la sentencia de instancia en el punto que se produjo en accidente era frecuente el desprendimiento de fragmentos de roca, circunstancia que era conocida por la Administración según manifestaciones del Ingeniero Jefe de la Conselleria de Obras Públicas del Gobierno Balear, sin que quepa admitir la tesis de la imposibilidad técnica de arbitrar soluciones para tratar de conseguir la máxima seguridad en ladera de muchos kilómetros, más bien debería hablarse de dificultad o coste, como parece confirmar el citado Ingeniero en su declaración prestada en vía judicial (punto 7º) lo que desvirtúa su primera afirmación en el expediente de imposibilidad técnica.

Prueba de ello es que una vez producido el accidente que ocasiona la muerte al esposo y padre de los recurrentes se decidió una actuación en la zona consistente en la colocación de barreras de contención y forrado de un tramo de ladera con rejilla.

Tal actuación, por costosa y dificultosa que fuera, debió ser abordada con anterioridad si se tenía constancia, como así era, la propia Administración lo reconoce, de la presencia de desprendimientos a lo largo de la carretera en que ocurrieron los hechos y al no hacerlo así la Administración asume el riesgo y por tanto debe soportar la responsabilidad que del mismo se deriva sin que pueda hablarse de fuerza mayor ya que los desprendimientos ni eran inevitables ni tampoco ajenos al actuar de la Administración responsable de la conservación y ejecución de las carreteras. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el día de autos no concurrían circunstancias extraordinarias que hiciesen más peligrosa la circulación por incrementar el riesgo de desprendimientos, como podrían haberlo sido circunstancias atmosféricas excepcionales, razón por la que el hecho luctuoso se produjo en unas circunstancias de normalidad en el funcionamiento del servicio público y por tanto la Administración debe asumir los riesgos de ese funcionamiento ordinario...».

Las características con las que la jurisprudencia delimita el concepto de fuerza mayor (determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible) aplicadas al caso concreto no resultan, claro está por su propia naturaleza, sencillas de determinar. Precisamente, esto nos permite establecer dos planos diferentes de análisis.

El primero, sería el de la previsibilidad o no de la pandemia y, por tanto, la vinculación a si realmente se trata de un hecho absolutamente irresistible porque no se puede hacer nada contra él. La respuesta es sencilla. Una vez producido el hecho puede entenderse que existe la determinación indicada. Cuestión diferente es si los Poderes Públicos tuvieron o no posibilidades de aminorar la crisis en función de la existencia o no de alertas previas de carácter suficiente y si en virtud del principio de precaución debieron hacer algo diferente o más intenso para minimizar el efecto sobre el conjunto de la población. A esta cuestión nos hemos referido ya en otro momento al que resulta obligado remitirse en este momento.

C) La doctrina de la Audiencia Nacional en el tema de AENA y la huelga de los controladores

La situación de huelga general de los controladores aéreos dio origen a una amplia doctrina de la Audiencia Nacional en relación con la existencia de responsabilidad patrimonial. En concreto, se dictaron las Sentencias de 15 de abril de 2013 (rec. 108/2012); la Sentencia de 10 de julio de 2013 (rec. 35/2013); la Sentencia de 18 de septiembre de 2013 (rec. 55/2013); la Sentencia de 7 de marzo de 2014 (rec. 17/2013).

Examinamos la doctrina general desde la Sentencia de 15 de abril de 2013 y, a su vez, podemos analizarla desde dos puntos de vista:

a) Responsabilidad de AENA por los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos

La exigencia de responsabilidad patrimonial a AENA por los perjuicios derivados a la entidad recurrente por el cierre del espacio aéreo se fundamenta en que AENA, a juicio de la parte recurrente, pudo y debió prever la situación que se planteó, en el marco de un largo conflicto laboral, adoptando las medidas necesarias para hacerle frente.

Sin embargo, la Sala no comparte tales razonamientos, puesto que la previa existencia de una situación de descontento o de un ambiente de conflictividad laboral por parte del colectivo de controladores aéreos no justifica la exigencia de que AENA pudiese prever una situación como la que se produjo, de concierto para el abandono masivo de los puestos de trabajo por parte de dicho colectivo, puesto que tal actuación no responde a ninguna de las medidas o cauces a través de los cuales los trabajadores pueden actuar en defensa de sus derechos laborales o de legítimas reivindicaciones, por el contrario, tal medida excede de manera palmaria los límites de cualquier forma de planteamiento de un conflicto laboral.

Tampoco se trataba de un supuesto en el que la empresa pudiera adoptar medidas para cubrir unos servicios mínimos, puesto que en ningún momento hubo una convocatoria formal de huelga, sino que se acudió a una argucia, como fue la presentación de partes médicos de baja, para revestir de aparente legalidad una acción deliberadamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones laborales.

En base a dichos motivos, el Tribunal considera que ninguna duda cabe de que el cierre del espacio aéreo resultó inevitable.

Para ello, se ampara en el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa

las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA y en el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo.

La Sentencia concluye en este sentido que:

«Todo ello da cuenta de una situación absolutamente excepcional, grave, imprevisible e inevitable, generada de manera premeditada y voluntaria por los controladores aéreos, con la clara finalidad de colapsar el tráfico aéreo, haciéndolo inviable en las exigibles condiciones de seguridad, y obligando a AENA a adoptar medidas urgentes y excepcionales que no podían ser otras que el cierre de las posiciones de control, desatendidas por la mayor parte de los controladores que tenían que prestar servicio en ellas, con el consiguiente cierre del espacio aéreo. Constituyendo para AENA tal situación un supuesto de fuerza mayor».

Por tanto, la Audiencia Nacional considera que la huelga de controladores aéreos de diciembre de 2010 constituye un supuesto de fuerza mayor que excluye a AENA de la Responsabilidad Patrimonial por los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos prevista en el artículo 139 de la Ley 30/1992, actual artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC, en adelante).

b) Responsabilidad directa de AENA por los daños y perjuicios causados por el personal a su servicio (responsabilidad directa)

En este apartado, ha de partirse de la base de que los controladores aéreos son trabajadores al servicio de la entidad pública AENA en la que prestaban sus servicios profesionales, de manera que su actuación en el desempeño de sus funciones, en cuanto generadora de daños y perjuicios para los particulares podría lugar a la posibilidad de reclamación directa a la Administración, en los términos del anterior artículo 145 de la Ley 30/1992 (actual artículo 36 LPAC).

Sin embargo, la Sala de la Audiencia Nacional considera que la conducta analizada del personal al servicio de AENA (controladores aéreos) que da lugar a la reclamación, no puede incardinarse en el ámbito de prestación del servicio público.

Lo que hizo el colectivo en cuestión, al abandonar de manera simultánea, masiva, previo concierto y sin aviso alguno, sus puestos de trabajo, en los que

no podían ser reemplazados de manera inmediata, con pleno conocimiento de las consecuencias de tal actuación y de los enormes perjuicios que ocasionaría, fue impedir de manera absoluta y deliberada el funcionamiento del servicio.

Por ello para el Tribunal, los daños cuya indemnización se pretende no derivan de la actuación profesional de dichos empleados públicos en el ámbito de la prestación del servicio público que les es propio. Al contrario, esta actuación se sitúa fuera del ámbito de la relación funcionarial o de dependencia laboral con la empresa, al ser una conducta que lejos de producirse en el curso de la contribución de cada trabajador al funcionamiento de los servicios públicos correspondientes, tiende directamente a impedir que AENA pueda prestar la función que le es propia.

En consecuencia, tal actuación produjo una desvinculación o ruptura de la relación de dependencia laboral entre los referidos trabajadores y la entidad en la que prestaban sus servicios, al desarrollarse, como hemos dicho, al margen de lo que constituía su actividad laboral.

Por tanto, la máxima alcanzada en todas las Sentencias analizadas, es que no procede la indemnización por responsabilidad patrimonial directa por los daños y perjuicios derivados del cierre del espacio aéreo como consecuencia de la huelga de controladores aéreos, al producirse tal actuación al margen de su actividad laboral que impide la imputación del daño al servicio público.

Como conclusión se señala que la huelga, en la doctrina de la Audiencia Nacional, es un supuesto de fuerza mayor porque se trató de una situación excepcional, grave, imprevisible e inevitable; fue generada por la actuación de los controladores de una forma premeditada sin preaviso ni actuación de conocimiento previo; fue generada sin acudir a los cauces previstos en la normativa para las situaciones de conflictividad laboral. En este mismo esquema se determina que no existe responsabilidad patrimonial de AENA por los daños y perjuicios producidos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de sus servicios.

D) La acotación necesaria: el eventual título de imputación de responsabilidad

Teniendo en cuenta lo que se acaba de indicar, nos corresponde en este momento, una vez conocida la doctrina, intentar analizar la situación diferencial que, eventualmente, se plantea en este ámbito.

En concreto, el debate se va a centrar en el grado de previsibilidad y de evitabilidad de una situación como la que se ha planteado.

Este debate, de alguna forma, se ha tornado político y, por tanto, el crisol de su visualización se vuelve opaco para encontrar y determinar la existencia o no de hechos objetivos en relación con la existencia, detección, minimización y reducción de los efectos de una pandemia que si bien es cierto que se generaliza por el conjunto del mundo tiene un origen, tiene una forma de transmisión que se puede mermar y, en general, tiene una evolución que, mínimamente, puede ser objeto de medidas que maten o reduzcan su efecto. Aunque, ahora, es un tema político y, por tanto, no puede verse con claridad es lo cierto que debate último sobre la fuerza mayor tendrá que aproximarse a la conducta de las Administraciones Públicas en relación con hechos conocidos (si es que lo fueron) y, sobre todo, con la conducta y la actividad desplegada para conseguir minorar, reducir o paliar los daños.

El segundo es, sin duda, la de los medios puestos a disposición del Servicio Nacional de Salud y de este frente al conjunto de actores que han tratado de solventar o minimizar el resultado²⁶. Justo este

²⁶ La obligación de puesta a disposición de medios suficientes para subvenir la situación de emergencia puede encontrarse en la STSJG (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 781/2006 de 20 septiembre. JUR 2008\334322 en la que se expone que «...La Administración centra su oposición en la alegación de existencia de fuerza mayor. Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 23 febrero (RJ 1995, 1276) y 18 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9408), la fuerza mayor viene concebida como un evento imprevisible, identificado con una causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios y, en todo caso, absolutamente irresistible en el sentido de que aun pudiendo ser prevista hubiera sido inevitable. Añade la sentencia TS de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4014) que la fuerza mayor no sólo exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente. Corresponde a la Administración acreditar la existencia de fuerza mayor, pues tal carga recae sobre ella cuando por tal razón pretende exonerarse de su responsabilidad patrimonial. En el caso presente no puede afirmarse que concurra esta causa exoneradora de la responsabilidad ya que la irrupción inopinada en la calzada de un animal procedente de un terreno destinado a refugio de fauna, que puede poner en peligro la seguridad del tráfico, no es un fenómeno de imposible previsión, frente al que nada pueda hacerse, sino algo que, con la debida diligencia, pudo ser conocido y prevenido por la Administración, que no adoptó las medidas precisas para su evitación, como titular de la gestión y administración de aquel terreno, cuales son conservar y vigilar las piezas que procedan del mismo dada su cercanía a las vías públicas colindantes. Desde el momento en que la Administración presta un servicio público a los ciudadanos en materia de conservación de la fauna silvestre, ha de alcanzarse la conclusión de que el hecho de que un animal procedente de dicho terreno irrumpa en la calzada y colisione con el vehículo del actor es una consecuencia directa de la prestación del susodicho servicio público, y, pese a que este evento no pueda enmarcarse dentro de un funcionamiento anormal del mismo, la Administración demandada debe responder de los daños originados por tal circunstancia, con base en el principio de responsabilidad objetiva con la que se caracteriza la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro Ordenamiento Jurídico, que no ha probado que el resultado dañoso se debiera a fuerza mayor, deduciéndose así del precepto legal autonómico antes mencionado. Tampoco puede estimarse que estemos ante

tema es analizado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, núm. 124/2004 de 3 febrero. JUR 2004\102675) en la que se afirma que:

«... Derivado de situarse en el lugar en que se colocó María Ángeles para observar mejor el espectáculo del temporal marítimo. Las Administraciones autonómica y local, aparte de reprocharse mutuamente los hechos, alegan como fuerza mayor o imprudencia de las víctimas. Para dilucidar y, en su caso, imputar, distribuir o exonerar las correspondientes responsabilidades es necesario establecer estas determinaciones. a) la fuerza mayor ha de rechazarse. Ni la velocidad del viento ni el citado temporal, aunque elevado o fuerte, merecen la consideración de imprevisibles al ocurrir varios todos los años, de parecidas características y, por tanto, al no ser impensables son fenómenos normales, aunque poco usuales en la época y lugar de su producción siendo, por consiguiente, obligado, en principio, que los servicios competentes, estén preparados para responder a los mismos con eficacia. (...) e) la responsabilidad del Departament de Governació, por el contrario, es de apreciar, en virtud de estas razones: 1) Por corresponderle las tareas de salvamento marítimo (art. 11.10 del EAC) al quedar limitada la competencia del Estado a la elaboración/aprobación de las disposiciones relativas a esta materia; tesis que viene reforzada por lo establecido, en el campo de la protección, civil, en el art. 14 c) y d) de la Ley del Estado 2/85, de 21 de Enero en cuya virtud se atribuye a la Generalitat de Catalunya el aseguramiento de la instalación, organización y mantenimiento de los servicios relacionados con la protección civil; y en esta línea se creó (Llei 9/86 de 10.11) el cuerpo de Bomberos mientras que el Decret 49/82, de 22.2 aprobó el Reglamento de los bomberos voluntarios del servicio de salvamentos, debiendo contar (art. 5º) del material de salvamento adecuado para su intervención inmediata en los siniestros. 2) Por no haber acudido ninguno de los servicios a Tossa de Mar, dotados de los medios adecuados, a tiempo de haber prestado auxilio a las víctimas a pesar de que lucharon con el mar, durante más de media hora. Unos, los Bomberos voluntarios por no disponer del equipamiento idóneo; otros, los de las localidades limítrofes por razón del tiempo que precisaron para su desplazamiento y

un deber jurídico a soportar por el ciudadano como carga general de la vida social pues si así se considerase carecería de sentido la norma contenida en el artículo 23.2 de la Ley gallega 4/1997 (LG 1997, 248), que de ese modo resultaría incumplida pese a tratarse de un daño producido por una especie cinegética procedente de un refugio de fauna en que la gestión corresponde a la Administración autonómica, como antes hemos visto...».

el servicio de helicópteros, por el mismo motivo y, además, por la adopción de decisiones preferenciales producto una incorrecta valoración de los siniestros a los que debían acudir.

En definitiva, no resulta admisible que los servicios de salvamento precisaran de un tiempo superior a los treinta minutos para acudir al lugar del accidente sito en una localidad de las características de Tossa de Mar para hacer frente a un temporal marítimo fuerte, pero no excepcional, en el que perdieron la vida dos personas...».

Es más, en otros supuestos, la jurisprudencia admite que, al margen de cómo se produce el hecho, la actuación de los poderes Públicos puede contribuir al incremento de los daños. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, (Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, núm. 1384/2019 de 19 septiembre. JUR 2020\21628) en la que se afirma que:

«...De todo lo anterior se desprende que la responsabilidad de la Administración opera no sólo en caso de funcionamiento anormal, sino también en el supuesto de funcionamiento normal de los servicios públicos, no siendo imprescindible la concurrencia de culpa o negligencia al tratarse de una responsabilidad objetiva que sólo queda exonerada en aquella hipótesis de fuerza mayor. Y precisamente en la medida en que la actividad administrativa desarrollada implica un incremento de riesgo, la objetivación de la responsabilidad debe correlativamente profundizarse, una vez acreditado el nexo causal, entre el incendio y el fallecimiento.

En el caso de autos se ha demostrado con evidencia, y queda fuera de debate, que el fallecimiento tuvo lugar en la extinción de un incendio, habiendo sido D. Constancio elegido para ser componente de uno de los retenes intervinientes como trabajador de la empresa pública GETISA, y en el funcionamiento del servicio que la Junta de Andalucía estaba obligada a prestar como titular del mencionado servicio.

Pues bien, en el presente supuesto podríamos entrar a debatir si los equipos con que contaban los fallecidos, en este caso el hermano de los recurrentes, así como la formación e instrucción recibida, eran los adecuados o no, no pudiendo obviar como del informe de la Inspección de Trabajo se deduce que eran insuficientes; además, de los informes de los técnicos a instancia de la Administración, tampoco se llega a dilucidar lo acaecido, ni que la actuación hubiera sido la precisa y deseada. Sucede que consta en

el expediente que por la Administración se ha procedido a indemnizar a dos de los tres fallecidos y al herido y así se recoge ‘en concepto de compensación de daños personales a víctimas y familiares del accidente laboral ocurrido en el incendio de Monte Prieto, en el Parque Natural de la Sierra de Grazalema, en el año 1992. Se trata de un asunto de justicia social que no puede dilatarse en el tiempo, una vez cerrado el proceso penal que se ha venido tramitando a lo largo de estos años’ y se añade ‘La efectiva entrega requerirá la previa renuncia expresa o el desistimiento por parte de las citadas personas al ejercicio de cualquier acción de reclamación de daños y perjuicios, ya sea en vía laboral, o civil por responsabilidad patrimonial o en vía administrativa, por responsabilidad de las Administraciones públicas en el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Los efectos de la renuncia o en su caso el desistimiento, se extenderán a la Administración de la Junta de Andalucía y a sus empresas públicas’...».

La jurisprudencia admite incluso el riesgo por la desobediencia o desatención de las medidas sugeridas desde sociedades científicas. Al tema se refiere la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, núm. 146/2005 de 2 marzo. JUR 2005\193343) en la que se afirma que:

«...El examen del fundamento de derecho tercero de la resolución del Conselleiro de Sanidad y Servicios Sociales denegatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración revela que se admite que el contagio por el germen *Maspergillus* tuvo lugar durante la intervención quirúrgica pero lo reputa inevitable, por considerar que en la actualidad una situación de asepsia absoluta y permanente es un resultado técnica, científica y humanamente inasequible, de manera que ha de bastar el empleo de los medios y técnicas que garanticen una reducción significativa de los riesgos, lo cual se estima que se realizó en este caso. Sin embargo, del análisis del informe de don Juan Pablo, Jefe del Servicio de Medicina Preventiva y Salud Pública del Complejo Hospitalario Juan Canalejo (folio 56 a 58 del expediente), se deduce que no consta que se hayan extremado las medidas y recomendaciones dadas por la Sociedad Española de Medicina Preventiva y Salud Pública e Higiene y el Insalud, respecto a los quirófanos de alto riesgo, siendo así que tanto de ese informe como del dictamen pericial del doctor Luis Andrés se infiere que la intervención llevada a cabo respecto al señor Ángel Daniel presentaba los caracteres de alto riesgo al ser cirugía con

prótesis cardiaca. En efecto, las recomendaciones en cuanto a dichos quirófanos de alto riesgo se resumen en: verificación y mantenimiento de los sistemas de climatización, sistema de registro diario de temperatura, humedad relativa y presión diferencial, verificación mensual de la renovación del aire, cambio de filtros cada seis meses, cambio de los filtros absolutos cuando se colmaten o existan anomalías en su funcionamiento, verificación de los niveles de bioseguridad ambiental (controles microbiológicos), medición basal para conocimiento de la situación de partida y con troles mensuales, debiendo añadirse controles y medidas para detectar la presencia de hongos en los quirófanos, cuales la obtención de al menos dos tomas dobles dentro del quirófano en los lugares próximos a la impulsión de aire y cerca de la mesa de operaciones, utilizando la técnica volumétrica muestreando un metro cúbico de aire para cada toma a una velocidad de 1’51/segundos. Ciertamente es que la instalación de climatización del quirófano fue remodelada y renovada totalmente en el mes de julio de 1999, es decir, el anterior al de la intervención del señor Luis Alberto, y que las verificaciones de control efectuadas el 16 de julio para la autorización y puesta en marcha arrojaron resultados satisfactorios, y cierto también que se realizaron en el quirófano nº 2 de la 6ª planta (donde se efectuó la intervención quirúrgica) controles microbiológicos el 27 de julio y el 7 de agosto de 1999 dando resultados negativos las muestras tomadas. Sin embargo, no consta que hasta el día 20 de agosto de 1999, en que tuvo lugar la operación, se hayan vuelto a realizar controles, y tampoco figura el registro diario de temperatura, humedad relativa y presión diferencial. Hay que tener en cuenta que el aire debe renovarse entre quince y veinte veces por cada hora, la temperatura alcanzada en la sala debe estar entre 18 y 26 grados centígrados, la humedad relativa del aire debe estar entre el 40 y el 60 % y la presión debe cuidarse para que no fallen los filtros del sistema de ventilación (recomendaciones acompañadas con e informe pericial del señor Pedro), reflejándose todo en un registro, lo cual no consta, al igual que tampoco se ha certificado la limpieza diaria y semanal de las instalaciones, equipamiento clínico y productos. Con la adopción de todas las medidas de precaución se puede disminuir el riesgo y al no constar que en el caso de autos se hayan extremado las exigibles no puede afirmarse ni que el daño sea inevitable (exclusión de la fuerza mayor) ni que se trate de uno de los casos de aplicación del artículo 141.1 de la Ley 30/1992 en que aquel derive de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según

el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquél. Lo que el perito Don Pedro ha dictaminado es que con el estado actual de la técnica no es posible mantener condiciones absolutas de asepsia, y pese a que también informa que se han cumplido las medidas adecuadas para asegurar la esterilidad del aire del quirófano donde se produjo la intervención, ya hemos visto que no se han extremado las que describe el informe del doctor Juan Pablo.

(...)

Por tanto, la infección por *aspergillus* que sufrió el señor Luis Alberto en el curso de la intervención quirúrgica a que fue sometido ni puede considerarse como un caso de fuerza mayor ni existe el deber jurídico de sopórtalo, no sólo porque se ha generado en el ámbito interno hospitalario y en el contexto de un acto de asistencia sanitaria, sino también por su carácter previsible. En definitiva, su presencia en el establecimiento sanitario y su entrada indeseada en el cuerpo del paciente no puede considerarse como producto de la intervención de acontecimientos exteriores o extraños al propio funcionamiento del servicio, una de cuyas funciones es precisamente la de velar eficazmente por la asepsia, evitando que la presencia de gérmenes nocivos en el recinto de los establecimientos sanitarios pueda originar daños a quienes son atendidos en ellos con el fin de restablecer su salud. Por tanto, resulta evidente tanto la concurrencia del nexo de causalidad como la inexistencia de fuerza mayor, así como el carácter antijurídico de la lesión causada».

Estas consideraciones nos sitúan ante una eventual responsabilidad derivada de la forma de atención y subvención de las necesidades ante la propia situación de emergencia. Los datos, de momento más periodísticos que otra cosa, que se conocen permiten advertir que se tenían algunas referencias, que, en consideración a la gravedad de las mismas, no se adoptaron las medidas de precaución suficientes ni proporcionadas al riesgo, que todo ello conduce de una forma directa a una demora en la prestación convencional y necesaria del servicio y que la normalización del mismo desde una perspectiva asistencial y material tardó mucho tiempo pese a haber asumido el Estado y las autoridades delegadas la competencia única para la obtención centralizada del material necesario para paliar la crisis.

A la vista de lo anterior podemos debatir si existe o no fuerza mayor en la existencia de la pandemia, podemos, incluso, admitir que existe una infravaloración de las alertas que evita el carácter inevitable de la emergencia. Pero, al margen de todo ello, lo

que ha resultado evidente es que el conjunto prestacional dispensado a la población como consecuencia de la organización de los servicios y de la actuación sin medios mínimamente suficientes es un supuesto que se aproxima notablemente a los supuestos que hemos analizado y en los que los medios, la organización de estos y la actuación en plazo han resultado determinantes de la existencia de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración.

Desde una perspectiva puramente técnica podemos indicar, claro está, que aunque los daños serán más o menos fáciles de probar en función de las lesiones que concurren, el vínculo o la relación de causalidad con la actuación de la Administración es lo que resultará, sin duda, más complejo en términos jurídicos aunque es probable que la evidencia social y la angustia que todos hemos sentido ante las compras tardías o fallidas hagan que la consideración del vínculo o la relación directa sea más sencilla de determinar especialmente cuando los daños sean consecuencia de la falta de medios suficientes que hubieran determinado un resultado diferente.

3.3 Reconocimiento explícito del derecho indemnizatorio en el marco de la normativa del estado de alarma

En el presente supuesto las medidas y la actuación de los Poderes Públicos – cuyo alcance hemos analizado- arranca del Real Decreto 463/2020 por el que se declara estado de alarma²⁷. Los efectos del estado de alarma se analizan en la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril, en los siguientes términos:

«... La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado, esto es, la concurrencia de alguna o algunas de las situaciones o

27 La Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril señala el carácter y la configuración en la escala de fuentes de los Reales decretos de declaración del estado de alarma y, en su caso, de la prórroga de los mismos exponiendo que «... La aplicación de la doctrina constitucional reseñada llevó al Tribunal a concluir que «el acto de autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma o el de la declaración y prórroga del de excepción, que no son meros actos de carácter autorizatorio, pues tienen un contenido normativo o regulador (ya en cuanto hacen suyos el alcance, condiciones y términos del estado de alarma o de excepción fijados o solicitados por el Gobierno, ya en cuanto la propia Cámara directamente los establece o introduce modificaciones en los propuestos), así como el acto parlamentario de declaración del estado de sitio son, todos ellos, decisiones con rango o valor de ley, expresión del ejercicio de una competencia constitucionalmente confiada a la Cámara Baja ex art. 116 CE en aras de la protección, en los respectivos estados de emergencia, de los derechos y libertades de los ciudadanos (en similar sentido, ATC 114/1991, de 11 de abril, FJ 3)».

‘alteraciones graves de la normalidad’ previstas en la de la Ley Orgánica 4/1981 (art. 4) que pueden dar lugar a la proclamación del estado de emergencia, ni se limita tampoco a la mera la declaración de éste. La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar. Esta incidencia sobre la legislación vigente antes de la declaración del estado de alarma, incluidas las normas con rango de ley que pudieran verse afectadas, encuentra cobertura en el propio texto constitucional (art. 116.2 CE) y en la Ley Orgánica 4/1981 (art. 6), que imponen como contenido necesario del decreto en el que se formaliza la decisión gubernamental de la declaración la determinación de ‘los efectos del estado de alarma’, efectos que pueden implicar, como se dijo en el ATC 7/2012, ‘excepciones o modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria’ (FJ 4). Esto es, la propia Constitución y la ley reclamada por el art. 116.1 CE para desarrollar sus previsiones habilitan los efectos jurídicos que sobre la legislación en vigor antes de la declaración, incluidas las normas con rango de ley, tiene o puede tener la decisión gubernamental que, revistiendo la forma de decreto del Consejo de Ministros, proclama el estado de alarma. Así pues, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya

aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma...».

Sin perjuicio de lo anterior y, ya en el plano concreto de las actuaciones que corresponde a los Poderes Públicos en el marco de las situaciones de emergencia y excepcionalidad podemos indicar que artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, establece la obligación de indemnizar por los daños que puedan producirse como consecuencia de la aplicación de las medidas que pueden adoptarse en cada una de las figuras que contempla la citada Ley.

Específicamente, el apartado 2 del citado artículo 3 indica que:

«... Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes...».

En el esquema conceptual que hemos diseñado en los apartados anteriores es claro que el derecho a la indemnización que se reconoce, de forma específica ahora, es el derecho que deriva de las medidas impuestas. No está situado en el plano de la previsión de la alarma o del resto de las situaciones que tiene, como se ha dicho, su propia dinámica, sino que se sitúa ya en el plano concreto y determina la responsabilidad por las medidas adoptadas y, claro está, por la ejecución de las mismas. Teniendo en cuenta la remisión que se realiza a que la indemnización sea fijada «conforme a las leyes» podemos indicar que el precepto trata de indicar únicamente que carece de un régimen indemnizatorio propio y que las reglas de su indemnización están en consonancia con lo que establezcan las leyes respectivas.

Esto determina que no sea sencillo indicar cuáles son, específicamente, las leyes a las que se remite que, en todo caso, estarán en función de la propia naturaleza de la medida. Si realmente hubiera que hacer una especie de pronóstico podríamos decir que el esquema indemnizatorio va a girar entre la Ley de Expropiación Forzosa y la reguladora de la responsabilidad patrimonial, en este caso, la Ley 40/2015. Es cierto que, por ser rigurosos, habría que indicar que el esquema indemnizatorio se completa con aquellas normas sectoriales que puedan contener esquemas indemnizatorios propios en relación con las medidas específicas a que se refieran los estados de alarma, excepción y sitio.

Por tanto y como conclusión podemos indicar

que no existe una determinación específica que altere el esquema de responsabilidad común de las Administraciones Públicas y que, por tanto, es posible la exigencia de la misma en los términos que regulan las disposiciones que la reconocen y a las que nos acabamos de referir.

IV. LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA RESPONSABILIDAD Y DELIMITACIÓN DE LOS RESPECTIVOS ÁMBITOS FUNCIONALES

4.1 La responsabilidad de la Administración frente a las obligaciones impuestas al sector privado

En el marco indemnizatorio al que, sucintamente, nos hemos referido en los apartados anteriores, podemos en este apartado proceder a un análisis específico de los eventuales supuestos de responsabilidad comenzando, en este punto, con la responsabilidad derivada de la actuación de la Administración que impone a unos particulares una serie de obligaciones de hacer que éstos no tienen la obligación de soportar. El supuesto es claro: responsabilidad de los Poderes Públicos frente a las entidades privadas a las que se les imponen deberes de colaboración en la subvención de la crisis o, al menos, en su reducción o minimización.

En este apartado se incluyen referencias que pueden provenir de dos ámbitos diferentes de actuación: obligaciones impuestas en la atención a los centros privados y requisas que puedan haberse producido en el material o los enseres de carácter sanitario.

En relación con las primeras, esto es, con las obligaciones impuestas, cabe indicar que parece evidente que existe la obligación de indemnización y que se cumple el presupuesto fundamental de la responsabilidad, esto es, que no existe un deber de soportar la carga impuesta y que, por tanto, la Administración tendrá que compensar a los centros privados de las obligaciones de hacer (o, incluso, de no hacer) que éstos hayan tenido que soportar.

En este terreno es claro que los debates serán, por este orden, los siguientes: a) Vinculación real y efectiva de los centros o imposición de obligaciones de hacer como consecuencia de la crisis; b) determinación del daño real y, por tanto, evaluación de la actividad prestada y su valoración; c) pérdida o reducción de propio contenido prestacional como consecuencia de las obligaciones impuestas.

Sobre las requisas y otras determinaciones de ocupación temporal, en este ámbito la norma determinante es la LEF. En concreto, el Capítulo VIII de la misma se refiere a las expropiaciones por razones de defensa y seguridad nacional y, posteriormente, su Título IV lo hace a las indemnizaciones por ocupación temporal y otros daños.

Específicamente el artículo 108 de la LEF determina la posibilidad de las ocupaciones temporales :

«... Cuando por causa de interés social, y dándose los requisitos señalados en el artículo setenta y dos, la Administración estime conveniente, no haciéndolo por sí el propietario, la realización por su cuenta de los trabajos necesarios para que la propiedad cumpla con las exigencias sociales de que se trate...». Esta regulación que llama en repetidas ocasiones a la articulación del convenio como fórmula para encontrar una valoración de lo ocupado, concluye en el artículo 115 con una determinación general sobre las tasaciones conforme a la cual «... las tasaciones, en los casos de ocupación temporal, se referirán siempre a la apreciación de los rendimientos que el propietario hubiere dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación, agregando, además, los perjuicios causados en la finca, o los gastos que suponga restituirla a su primitivo estado. Nunca deberá alcanzar la tasación de una ocupación el valor de la finca, y la Administración, en los casos en que le parezca excesiva, podrá pedir la valoración de la expropiación pura y simple por los procedimientos que esta Ley determina, y optar por ella siempre que su importe no exceda de una mitad de la de los daños y perjuicios causados...». Precepto que, finalmente, debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley²⁸ y 119 de la LEF²⁹ que se refieren a los beneficios de la propiedad y a la intervención de empresa mercantil.

28 El artículo 118 de la LEF afirma que «...1. Si la ocupación a que se refiere el caso cuarto del artículo ciento ocho implicase para el propietario la pérdida temporal de los beneficios que la propiedad ocupada sea susceptible de producir, la Administración deberá abonarle una renta que se determinará automáticamente en el valor del líquido imponible registrado.

2. Si las obras realizadas por la Administración determinasen en el futuro un aumento de los rendimientos económicos de la propiedad ocupada, la Administración ocupante tendrá derecho al reembolso de la capitalización de dicho aumento, que estará garantizado mediante una hipoteca legal sobre la finca.

Este gravamen será redimible en cualquier momento por el propietario...».

29 El artículo 119 señala, por su parte, que: «...1. Cuando, de acuerdo con la legislación vigente, el Estado decidiese, por razones de interés público, la intervención de una empresa mercantil que por cualquier causa hubiese cesado en el trabajo o que por sanción gubernativa hubiese sido temporalmente clausurada, deberá indemnizarse a sus titulares el valor efectivo de los daños y deterioros extraordinarios sufridos por la maquinaria e instalaciones, siempre que tales

Este esquema se completa, en lo que se refiere a los daños, con lo previsto en el artículo 120 de la LEF según el cual «... Cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas...».

A partir de estas mínimas referencias podemos situar las pautas de encaje de la responsabilidad por las ocupaciones temporales, por las requisas y, en general, por los daños derivados de las obligaciones de servicio público o de interés público que les obliga a realizar la norma que declara el estado de alarma.

Es cierto que en este esquema se han cifrado, esencialmente, el elemento de daño real sin embargo, es lo cierto que, en función de las características de la requisita y de la denominada puesta a disposición de los centros privados puede existir un componente adicional en la indemnización: el lucro cesante, esto es, lo que han dejado de percibir por las requisas o la ocupación en relación con sus propios compromisos de gestión asumidos en el marco de las relaciones privadas con los clientes y, especialmente, en la atención a los seguros de salud a los que pueden prestar servicios.

4.2 La responsabilidad por daños a los usuarios en el marco del Sistema Nacional de Salud

En un apartado anterior hemos analizado ya el marco general de desarrollo y alcance de la responsabilidad del sistema sanitario. La prescripción general de que se trata de una obligación de medios tiene como característica común la de seguir al propio concepto asistencial y, por tanto, nos permite indicar que no es exclusiva ni propia del servicio prestacional público o privado, sino que, realmente, es común a todos ellos.

daños se produzcan precisamente a causa de la intervención.

2. Desaparecida la causa de la intervención, los titulares de la Empresa podrán solicitar que cese la ocupación de esta, pero si no encontrasen conveniente la continuación del negocio, lo manifestarán así a la Administración, que podrá decretar, si ello fuese oportuno, su expropiación, de acuerdo con los preceptos de esta Ley...».

No obstante, esta formulación general, podemos analizar, ahora, algunas consideraciones de la responsabilidad ya sobre un esquema más específico y enfocado a lo que aquí se analiza.

A) La prestación del servicio en un nivel de medios inidóneo

Lo que se ha apreciado en una situación como la que estamos viviendo es que los medios no han sido suficientes y que, por tanto, los servicios no se han podido prestar en condiciones de normalidad coetánea con el momento histórico al que corresponde el enjuiciamiento³⁰.

Entendemos, en este caso, por normalidad el mismo tratamiento que se podría haber proporcionado, con los medios actuales, un día y un momento diferente al de la crisis. Es la situación de crisis y la capacidad de proveer de bienes y servicios en la misma la que genera, a su vez, una situación en la que los medios puestos a disposición de los pacientes y los profesionales en esta situación han sido, en

30 Los defectos en la organización del sistema prestacional son analizados en la jurisdicción civil. Como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2012 en la que se afirma que «...Pero es que, además, “esta Sala -STS 20 de julio 2009 - ha venido admitiendo la invocación de los preceptos de la Ley de Consumidores y Usuarios por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien advierte que los criterios de imputación de la expresada ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 541) ; 26 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1668) ; 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238) ; 5 de enero (RJ 2007, 552) y 22 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4620)). Lo hizo a partir de la STS de 1 de julio de 1997 (RJ 1997, 5471), utilizado como criterio de imputación los artículos 26 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El art. 26 LCU determina la responsabilidad de los productores o suministradores de servicios por los daños y perjuicios ocasionados ‘a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad’, mientras que el art. 28 apartado 2º hace expresa mención de los ‘servicios sanitarios’ y vincula los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que ‘por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario’ (SSTS 5 de febrero 2001; 5 de enero 2007)”.

Como precisa la Sentencia de 5 de enero de 2007, “el principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC, no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse insita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario”...».

algunos o en muchos casos, insuficientes en relación con el umbral habitual de prestación del servicio. De alguna forma podría decirse que la atención se ha degradado como consecuencia de la insuficiencia de medios inmediata y, sobrevenida incapacidad de allegar los mismos en un plazo razonable o, cuando menos, en condiciones de servir al tratamiento correspondiente.

En este esquema puede siempre alegarse que la situación de partida es una situación no previsible, pero, es cierto también, que el título de imputación de la responsabilidad a la Administración arranca del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que la situación descrita está más próxima al anormal que a otra cosa. Realmente aquí el título de vinculación con la responsabilidad no es tanto la pandemia como la imprevisión pública en la satisfacción de los mínimos medios con los que hacerla frente bien, como se ha dicho, porque estuvieran almacenados o bien porque la previsión hubiera llevado a pensar que la situación justificaría la necesidad de estos y se hubieran tenido previstos los canales de satisfacción de la necesidad.

B) La denominada pérdida de la oportunidad

Este apartado admite, a su vez, varias modalidades. La primera, la simple demora en el acceso al centro o a la atención en términos de tiempo de espera. Realmente por lo que han dicho los medios de comunicación no puede llevarse esto al extremo de considerar que existe rechazo o imposibilidad absoluta de acceso. El problema estará más representado por la demora, como regla general.

En esta hipótesis nos centramos, por tanto, más en la demora en el acceso o, concedido el mismo, en el tratamiento o, incluso, dentro del mismo, en el tipo de tratamiento y el acceso a determinadas unidades que, repentinamente, se han convertido en un bien tan buscado como el oro en otros tiempos, las plazas en las UCIs o el acceso a determinados medios mecánicos.

La jurisprudencia civil ha formulado una doctrina que se acoge, posteriormente, en el ámbito contencioso-administrativo en relación con la demora en el acceso al ámbito prestacional y la teoría de la pérdida de la oportunidad³¹. La STS de 19 de febrero

31 Sobre ello, GALLARDO CASTILLO, M.J.: "Causalidad probabilísticas, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la pérdida de la oportunidad", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45, 2015, págs. 35-66; LUNA YERGA, A.: "Oportunidades perdidas: la doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria", *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2005, págs. 1-18; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo: los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia", *Derecho y*

de 2019 contiene una doctrina completa en relación con el concepto y alcance de ambas cuestiones:

«...2.- Las doctrinas de la imputación objetiva y causalidad adecuada sobre la relación de causalidad persiguen evitar, en nuestro caso en contra del médico, multiplicidad de demandas fundadas en una aplicación mecánica del nexo de causalidad. De ahí que se acuda a la teoría de la imputación objetiva y como cláusula de cierre a la de la causalidad adecuada para negar relevancia jurídica a los supuestos en que, aun constatada la relación causal material, física o natural, sin embargo, el resultado no es susceptible de ser imputado al demandado.

Ahora bien, tal tesis doctrinal y jurisprudencial tiene un reverso, ahora a favor del paciente, para evitar una continua exoneración de responsables ante la dificultad de acreditar el nexo causal físico. Esa dificultad no puede traducirse en una situación de irresponsabilidad absoluta por parte del agente profesional.

Tal reverso, para conjurar dicho peligro, es la llamada técnica de la 'pérdida de oportunidad o chance'.

Esta teoría se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de la incertidumbre sobre ella, y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización.

Su aplicación es un paliativo del radical principio del 'todo o nada' a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad.

La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el *quantum indemnizatorio* se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa.

Salud, vol. 9(1), 2001, págs. 35-50; TRIGO GARCIA, M.B.: "Responsabilidad por eventos adversos, diagnósticos tardío o erróneo y derecho a una segunda opinión médica", *Derecho y Salud*, núm. 24. Extraordinario, 2014, págs. 245-252, y VÍCANDI MARTINEZ, A.: "La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria ¿se puede cuantificar lo incuantificable?", *Derecho y Salud*, núm. 25, 2015, págs. 9-66.

Este planteamiento general requiere para su correcto entendimiento ser acompañado de una puntualización.

En sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se reside esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal seria, que sin alcanzar el nivel máximo si supera el mínimo (STS 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548)).

Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico -sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que, por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado.

En sede de probabilidad, la sala en unos casos ha entendido que la probabilidad de que la conducta evitase el daño era muy elevada (STS 25 de junio de 2010), y concede toda la indemnización, mientras que en otros (sentencia de 2 de enero de 2012) limita la indemnización ‘en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado’.

La primera sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que acogió la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico -sanitario fue la dictada con fecha 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371): Una ATS dispensó los primeros auxilios a un trabajador que había sufrido la amputación de una mano, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal y verificando que así se hiciera. Una tercera persona, un compañero de trabajo del accidentado, consideró oportuno cambiar la caja y colocó el miembro amputado en una caja de corcho blanco introduciendo a continuación hielo seco o sintético, operación que realizó fuera del botiquín y sin conocimiento de la ATS. Ésta, observando que se había cambiado el recipiente y considerándolo más idóneo, lo entregó, sin abrirlo, al centro

sanitario tras haber acompañado al lesionado en ambulancia. El segmento amputado llegó en avanzado estado de congelación y el reimplante no tuvo éxito. Demandadas la titular de la empresa, una médica y la ATS, el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria únicamente por ‘lo que hace a la ATS, considerando que debería haber comprobado que el miembro se seguía conservando en hielo natural’. Sin embargo, y ello es lo que resaltamos, añade que ‘lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación. En suma, a la demandada no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas’...».

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de diciembre de 2012 define la pérdida de oportunidad como el elemento que sirve para concretar el esquema de responsabilidad y afirma que «...Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once (RJ 2012, 939), recurso de casación 6280/2009, en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores:

“Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 8082), recurso de casación 1593/2008:

‘La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio (RJ 2005, 9611) y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993), configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto

modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente'. (FD 7º).

También esta sentencia nos ha de servir de referente a los efectos de fijar la indemnización correspondiente a lo que se considera daño indemnizable:

‘Para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el fallecimiento de ... , esposo de la recurrente, ocasionado por un carcinoma epidermoide, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad sufrida pues, a la vista de los referidos informes cabe sostener que, en este caso, el retraso en la práctica del ‘estudio neumológico del paciente hizo imposible su tratamiento con posibilidades de curación por la extensión tumoral’, una vez acreditada ‘la presencia de un nódulo pulmonar solitario de bordes irregulares y ya de un tamaño de 12 mm, unido a las especiales circunstancias del paciente, sus antecedentes personales de haber sido trabajador de asbesto y disolventes orgánico, además de los antecedentes familiares de neoplasia pulmonar del padre y un hermano’.’”

Por lo tanto, no cabe duda de que la Sentencia recurrida contiene una doctrina contraria a la recogida en las sentencias de contraste, las cuales, por el contrario, se pronuncian en los términos que hemos recogido».

4.3 La ecuación medios-asistencia en el ámbito privado en el marco de un mercado desabastecido

A) Responsabilidad contractual

Muchos o algunos de los operadores en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios – especialmente en el ámbito privado- han visto modificadas sus reglas de actuación y comportamiento y, en algunos casos, puede haberse producido una alteración de las reglas contractuales que prevén las condiciones de un determinado servicio y el mismo no ha podido ser prestado por la alteración – por norma con rango de ley- de las condiciones de realización de la actividad. Es el legislador el que puede

haber impedido la ejecución del contrato de seguro en los términos pactados con motivo de la puesta a disposición del interés público de las instalaciones, de la requisita de instrumentos y de la ordenación del mercado – tema que abordamos seguidamente- en condiciones que impiden el ejercicio convencional de la actividad.

La pérdida de la oportunidad propia y la pérdida de oportunidad derivada de las actuaciones programadas que se hayan tenido que suspender como consecuencia de la actuación sobrevenida tienen un doble efecto. De un lado, el indemnizatorio de los titulares de centros asistenciales o de propietarios de materiales, cuestión a la que ya nos hemos referido. De otro, opera en el ámbito privado, en el ámbito contractual como un elemento exculpatario de la propia responsabilidad de aquel orden. No constituirán incumplimientos culpables sino forzados y, en este punto, la demora, la atención sin los medios suficientes o los propios contagios podrán ser objeto de indemnización pero, realmente, cuando se pruebe que existe relación de causalidad entre la instrucción o la orden pública y el daño, no podrá considerarse un incumplimiento contractual *strictu sensu* más allá de las dificultades procesales de una cuestión como la indicada que, probablemente, obligará a agotar vías sucesivas en el orden contencioso-administrativo y, posteriormente, en el civil para impedir la duplicidad indemnizatoria e ir agotando los esquemas lógicos en los que acabamos de fijar los términos de la responsabilidad.

B) Responsabilidad patrimonial: el desabastecimiento del mercado como consecuencia de la intervención pública

Es este un tema novedoso y, en cierta medida, apasionante. De alguna forma podríamos indicar que existe un mercado más o menos perfecto que es capaz de subvenir las necesidades del conjunto de actores públicos y privados que operan en el mismo. Como consecuencia de la emergencia se altera totalmente el mercado y se alteran sus reglas con algunas decisiones que afectan a los operadores tanto en su capacidad de aprovisionamiento como en su propia capacidad de almacenamiento³².

32 En relación con la ordenación del mercado, los diarios digitales se hicieron eco de la siguiente noticia:

«... El Gobierno dio la orden a los fabricantes de mascarillas de que frenasen las ventas a las CCAA el 2 de marzo, 12 días antes del decreto del estado de alarma, en una reunión organizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Según publica El Mundo, que ha tenido acceso a la documentación del ministerio y de las empresas, Sanidad argumentó que el objetivo era ‘minimizar el impacto’ del coronavirus en la sociedad española mediante la centralización de las medidas.

Por ello, el Ejecutivo prometió a las empresas que realizaría una compra masiva de mascarillas, de 38 millones de

La cuestión aquí es cómo se ha realizado la destrucción del mercado común, se ha intervenido y cómo justificar esto desde la perspectiva del derecho antitrust. En este sentido debemos recordar que el artículo 4 de la ley 15/2007, de 3 de julio General de Defensa de la competencia afirma que :

«... Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley...».

La cobertura formal es doble. De un lado, el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública que modifica el artículo 4º de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de salud pública, cuya redacción paso a ser:

«...Artículo cuarto.

Cuando un medicamento, un producto sanitario o cualquier producto necesario para la protección de la salud se vea afectado por excepcionales dificultades de abastecimiento y para garantizar su mejor distribución, la Administración Sanitaria del Estado, temporalmente, podrá:

- a) Establecer el suministro centralizado por la Administración.
- b) Condicionar su prescripción a la identificación de grupos de riesgo, realización de pruebas analíticas y diagnósticas, cumplimentación de protocolos, envío a la autoridad sanitaria de información sobre el curso de los tratamientos o a otras particularidades semejantes.».

Es cierto que esta modificación ofrece algunas dudas. La Ley Orgánica 3/1986 no determina que el artículo 4º de la misma sea un precepto de

unidades. Pero el día 14, cuando se decretó la alarma, no había repartido ni medio millón y las CCAA llevaban ya 12 días sin poder comprar nuevas remesas para los hospitales de toda España, que estaban empezando ya a recibir una gran cantidad de pacientes con síntomas de la Covid-19.

Salvador Illa rectificó el 17 de marzo, cuando Sanidad todavía no había hecho la gran compra anunciada y los centros sanitarios urgían de material de protección ante la pandemia que ya había entrado en España. La falta del mismo ha provocado que este país tenga la tasa más alta de profesionales sanitarios contagiados; aproximadamente, un 15% del total.

Ese 17 de marzo, el ministerio volvió a permitir la compra de mascarillas por parte de las CCAA, que adquirieron 53 millones en pocos días. el Ministerio de Sanidad fue más lento y hasta ocho días después, el 25 de marzo, no llevó a cabo la gran compra anunciada a las empresas del sector...». Texto extraído de: <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/otros/ministerio-sanidad-veto-ccaa-comprar-material-sanitario-2-marzo-hospitales/20200409203543142659.html> (Acceso 11 abril 2020).

carácter no orgánico, sino que, como puede verse en la propia fórmula promulgatoria, el conjunto de la norma se considera orgánico. De esta forma si en 1986 se consideró que la norma tenía que ser orgánica es porque afecta al régimen de los derechos fundamentales y las libertades públicas, materias que, a su vez, están en la exclusión del ámbito de las leyes orgánicas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la CE. El tema pasa desapercibido incluso para el legislador de urgencia que cuando motiva la modificación de la ley orgánica solo alude al tema de la urgencia, pero sin indicar, por ejemplo, que la consideración de derecho fundamental o no de la salud ha evolucionado y que el criterio sostenido en 1986 no es el actual³³.

Y, de otro, el propio Real Decreto 463/2020, de declaración de alarma contiene un precepto que se identifica con el artículo 13 según el cual:

«... Medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública.

El Ministro de Sanidad podrá:

- a) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento del mercado y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud pública.
- b) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, incluidos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada, así como aquellos que desarrollen su actividad en el sector farmacéutico.
- c) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias en aquellos casos en que resulte necesario para la adecuada protección de la salud pública, en el contexto de esta crisis sanitaria...».

33 La Exposición de Motivos se limita a afirmar que «... En lo que respecta a los artículos cuarto y quinto de este real decreto-ley, en el actual escenario de contención y prevención del COVID-19 es urgente y necesario atajar la epidemia y evitar su propagación para proteger la salud pública y la actual indefinición de las bajas por aislamiento o contagio a efectos de las prestaciones económicas sociales, pues supone un perjuicio para los ciudadanos y un riesgo para la salud pública. Igualmente, se ha detectado que el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud constituye un riesgo para la salud pública, cabe señalar que existen razones sanitarias que justifican la urgente y extraordinaria necesidad previstas en el artículo 86.1 de nuestra Constitución, que fundamentan la modificación prevista del artículo cuarto de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril».

Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta las normas a las que nos hemos referido podemos indicar que la intervención del mercado y las dificultades que los operadores públicos y privados pueden haber tenido como consecuencia de la centralización y afección de los mercados cuenta con una disposición de rango de ley que le sirve de cobertura.

Es lo cierto que este mismo esquema sirve de escudo a cuantas reclamaciones puedan hacerse a los operadores en relación con su pericia o su previsión en el marco de los mercados y del aprovisionamiento de los productos necesarios para la realización de su actividad. No es su actividad la que genera el daño, sino que lo es la ordenación del marco regulador que ha establecido el legislador. El carácter sobrevenido y de urgencia con el que se ha alterado el mercado y sus reglas hace que no sea exigible a los operadores una diligencia por hechos imprevisibles como, finalmente, es la decisión de alteración de las reglas del mercado y su centralización, requisas y decomisos.

V. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Uno de los efectos esenciales y que ha caracterizado la evolución de la institución en los últimos años es, precisamente, la del aseguramiento por las Administraciones Públicas de los supuestos de responsabilidad patrimonial.

Siguiendo el esquema propuesto en este mismo trabajo podríamos indicar que los grandes debates vendrán, al menos, de dos aspectos. Uno, el artículo 44 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (LCS, en adelante) según el cual «...El asegurador no cubre los daños por hechos derivados de conflictos armados, haya precedido o no declaración oficial de guerra, ni los derivados de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes, salvo pacto en contrario...». Este esquema de pacto en contrario o, si quiere, de pacto expreso sobre o en relación con el riesgo extraordinario relega a la póliza y a sus términos el debate sobre, en este supuesto, el aseguramiento común que hacen las Administraciones Públicas cubre o no el riesgo en cuestión. El balance será claro y dependerá de la mención expresa y del abono de la correspondiente prima que, ciertamente, suele ser el problema esencial para la inclusión al suponer un incremento potencial tan notable del riesgo que, prácticamente, haya convertido los supuestos extraordinarios en un elemento difícil de asegurar. Pero, más allá de los eventuales

pronósticos que pudiéramos hacer la respuesta es sencilla y se centra en determinar si el riesgo extraordinario (que, sin duda, lo es en este supuesto) tiene cabida en la póliza correspondiente y sí, por tanto, se produce o no la asunción de la responsabilidad económica por un tercero que, en este caso, es el asegurador.

Es cierto, sin embargo, que para que esto ocurra tienen que producirse uno de estos dos efectos. El primero, que presentada la reclamación ante la Administración ésta considera que se da la concurrencia de responsabilidad, pero acuerde la derivación de su pago a un tercero que, en este caso, es la aseguradora. El segundo, que la Administración no admita la responsabilidad pretextando que no se da el presupuesto fáctico-jurídico para su propia responsabilidad y que los afectados se vean en la obligación de acudir a los tribunales a reclamar dicha responsabilidad en cuyo caso, las aseguradoras deberían ser citadas en litisconsorcio pasivo necesario una vez, claro está, que se tenga constancia de la existencia del seguro.

A partir del anterior esquema que, en realidad es de cobertura o no del supuesto que genera el siniestro, la siguiente cuestión en pura técnica de seguro se encuentra en lo dispuesto en el artículo 17 LCS cuando afirma que:

«...El asegurado o el tomador del seguro deberán emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. El incumplimiento de este deber dará derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado.

Si este incumplimiento se produjera con la manifiesta intención de perjudicar o engañar al asegurador, éste quedará liberado de toda prestación derivada del siniestro... ».

Esta determinación enlaza con la actuación de los Poderes Públicos en la minoración de los efectos del siniestro a los que ya nos hemos referido. De alguna forma se tiene la sensación de que los medios puestos a disposición para reducir y/o evitar los efectos del siniestro no han sido ni suficientes, ni técnicamente correctos (se ha llegado a aludir a falta de licencias y de homologación), ni suficientes, ni, finalmente, provistos en el tiempo razonable para conseguir aminorar los efectos de la pandemia. Situados en este plano y, admitiendo, incluso, que el riesgo esté asegurado cabe preguntarse si el tomador del seguro actuó con la diligencia debida para que opere la cobertura del seguro o si, por el contrario,

su actuación para paliar la situación generó que los daños tuvieran un alcance que, inicialmente, no era previsible si el servicio prestacional hubiera sido mínimamente eficaz en relación con el alcance del siniestro.

Es evidente que el mero anuncio de las cuestiones planteadas nos sugiere que, también aquí, existirá, en su caso, un amplio debate que se centra, en gran medida, en lo que viene siendo el elemento central de este trabajo: la responsabilidad derivada de la actuación en la minoración o en conseguir paliar los efectos derivados de la situación analizada.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es seguro que de cualquier situación de la vida humana se pueden aprender muchas cosas. La situación de emergencia que estamos viviendo no tenía precedentes para varias generaciones anteriores y es de prever – incluso de esperar- que no debería tenerlas para las futuras.

Más allá de este planteamiento que escapa, claro está, del plano jurídico cabe indicar que el desarrollo de la crisis y las medidas adoptadas para mitigar o solucionar la misma introducen algunos elementos que nos llevan a reconsiderar o a ampliar los presupuestos clásicos de la responsabilidad institucional.

En este sentido, la puesta a disposición del conjunto del sistema sanitario (cualquiera que fuese la titularidad de los servicios) impone un esquema funcional que exige, finalizada la situación, un equilibrio de intereses. Si el interés público ha justificado la puesta a disposición de la emergencia hay que encontrar un mecanismo para que quienes no forman parte del sistema público sean compensado de los servicios prestados y, probablemente, por otros mucho más difíciles de calcular y valorar como es la “puesta a disposición” que conlleva una dilación en la propia capacidad funcional que afecta a su propia organización y a la que, en su caso, tiene contratada con terceros. La disponibilidad es, sin duda, un concepto más complejo, pero, al menos, en este caso real y, por tanto, valorable desde la perspectiva del sacrificio impuesto a terceros que no estaban obligados a soportar.

Fuera de este terreno y ya en el plano convencional de la responsabilidad patrimonial hay, igualmente, algunos elementos novedosos. Desde luego, admitiendo el carácter inevitable de la crisis, se van a plantear enormes dudas en relación con los medios y la forma utilizada para su minimización o resolución. Este elemento ya aparece en algún precedente

judicial, pero, realmente, debe ser aplicado al caso concreto desde una perspectiva estructural y para concretar el propio funcionamiento de la institución de la responsabilidad. La minimización del daño o el agravamiento del daño – no en la prestación concreta que podría tener cabida en el daño desproporcionado - como consecuencia de las decisiones de gestión que impiden el normal desarrollo de una actuación prestacional aceptable es, sin duda, un elemento conceptual que presenta problemas evidentes de prueba pero que si ésta llega a articularse nos sitúa ante un terreno muy complejo de negar en el marco de la responsabilidad. La tesis fundamental que se mantiene es que dicha responsabilidad existirá y que planteará un importante problema procesal en orden a la prueba y, eventualmente, a la valoración pero que, ciertamente, no empecen la propia existencia o la declaración de la responsabilidad.

En un tercer plano y ya en lo que podríamos considerar como un planteamiento más tradicional cabe indicar que el alcance del derecho y su consecuencia – la responsabilidad- en las situaciones de emergencia presenta, igualmente, elementos novedosos que exigen una reconsideración en relación con los parámetros convencionales que han determinado, hasta ahora, la misma.

La idea central es que la causa exoneratoria que supone en la responsabilidad la existencia de fuerza mayor puede operar en el inicio o en el nacimiento de la situación que, eventualmente dé origen a la responsabilidad, pero no se proyecta sobre el conjunto de decisiones que las autoridades toman para solventar, reducir o paliar la crisis. En estos supuestos puede existir una responsabilidad derivada del funcionamiento normal o anormal del servicio público entendiendo por tal el que debe proveer la situación de crisis. Este servicio tiene, claro está, reglas diferentes a las comunes de funcionamiento del servicio en condiciones de normalidad, pero no deja de ser una actuación pública que puede causar un daño susceptible de ser indemnizado.

La emergencia y su necesidad forman parte del concepto prestacional que corresponde o que integra el concepto de servicio público (en sentido amplio) que los poderes públicos tienen que asegurar a los ciudadanos después de una situación catastrófica. Ahí, ya no hay inevitabilidad, hay funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y, por tanto, responsabilidad por las decisiones o las inacciones realizadas en la subvención de la situación de siniestro que se ha dado.

La doctrina de los Tribunales contencioso-administrativos que se cita en el presente trabajo deja claro que la causa de responsabilidad ha sido puesta

en diversas ocasiones sobre la forma de solventar o minimizar la emergencia o el siniestro. Este elemento debe, por tanto, disociarse del elemento central: la prevención o la minimización del riesgo y la evitación de que no se produzca el siniestro. Es el juego de lo imprevisto y lo inevitable, conceptos sobre los que se ha teorizado en el ámbito del derecho de las obligaciones y en el propio ámbito de la responsabilidad extracontractual de la Administración hasta el punto de poderse afirmar que lo que no se puede prever puede a veces evitarse o, cuando menos, puede evitarse que cause daños o, al menos, que cause determinados daños.

Adicionalmente lo que parece claro es que los presupuestos conceptuales de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario exigen, igualmente, reformulación. La doctrina de la oportunidad perdida, por ejemplo, deberá adaptarse a los supuestos en que la misma es consecuencia de una decisión facultativa fundada en la inexistencia de medios suficientes para el tratamiento de todos los demandantes del mismo servicio. La escasez de medios y las decisiones de viabilidad consecuencia de estos constituyen un presupuesto que, de alguna manera, se escapa a los fundamentos clásicos más pensados en clave de la decisión o de la omisión, pero no fundada en la necesidad de aplicar los medios de forma alternativa en función de criterios de viabilidad. Se trata de un presupuesto que exige ser incorporado al esquema convencional de la responsabilidad y que, desde luego, ha sido objeto de una amplia crítica social y de la atención de los medios de información por lo que supone de novedoso y de aleatorio en cuanto vía de entrada o de mayor intensidad de atención dentro del conjunto del sistema prestacional.

En este esquema convergen, igualmente, otros elementos de duda. En este sentido parece claro que la actuación de los Poderes Públicos puede haber comprometido, por falta de medidas de salud laboral, la propia actuación del sistema público lo que, ciertamente, tiene dos planos de análisis: el primero, el de la responsabilidad frente a los trabajadores sujetos de derecho en el marco de la salud laboral; el segundo, la puesta en el sistema prestacional de un elemento de contaminación por falta de los medios suficientes para la prestación del servicio en condiciones que aseguren la atención normalizada y sin elementos de incremento del riesgo como consecuencia del servicio ofrecido. Si este último es reconducible al esquema clásico de la responsabilidad desproporcionada exige centrar en la ausencia de medidas de seguridad y su verdadera dimensión el vínculo sobre el que fundar la responsabilidad. El equilibrio entre lo razonable y la evitación de un daño de mayor intensidad marcarán la línea de

evolución de esta situación a la hora de declarar o no la responsabilidad patrimonial.

Finalmente, el fundamento tradicional de la responsabilidad ligada a una prestación de medios sufre, igualmente, en su aplicación a un supuesto como el presente. Los medios no han sido suficientes no porque en el mundo y en la ciencia no estuvieran disponibles (que es lo que convencionalmente se ha utilizado como elemento de determinación o exención de la responsabilidad) sino porque la forma de prestación del servicio ha hecho inviable su aplicación o disposición en condiciones mínimas de normalidad asistencial. Esta vinculación de los medios a la prestación individual y las reglas para dicha aplicación implican una reformulación de la doctrina convencional que exige una ampliación para dar cabida a un supuesto como el que ha planteado que encontraría un difícil acomodo en la doctrina clásica.

Este es el esquema que trata de desarrollarse en este trabajo y que configura el presupuesto de la responsabilidad institucional en el ámbito de las reclamaciones que, a buen seguro, se van a plantear en los próximos tiempos en relación con la actuación de las Administraciones en la crisis o en el siniestro que estamos padeciendo. La idea es, pues, clara, la fuerza mayor—situación imprevisible (al margen de si aquí lo ha sido o no) no cubre todo y deja abierta la actuación de los Poderes Públicos en la atención al siniestro, la forma, el tiempo, los medios y, claro está, las consecuencias de esta situación. Este esquema de responsabilidad obliga a la reformulación de algunos de los postulados clásicos de la responsabilidad patrimonial, considerada ésta desde una perspectiva general y ligada a las obligaciones que se han impuesto a los privados en la solución de una crisis social y de la responsabilidad patrimonial sanitaria en cuanto algunos de los elementos clásicos de la estructuración han resultado alterados y exigen recomposición para mantener el fundamento esencial de la institución de la responsabilidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BELLO JANEIRO, D.: *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*, Reus Madrid, 2013.
- CUETO PÉREZ, M.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario”, En *La responsabilidad patrimonial de la Administraciones Pública: estudio general y ámbito sectoriales*, vol 2 (Quintana López, T., Dir.; Casares Marcos, A. B., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1029-1086.

- ESCOBAR ROCA, G.: “Derecho de la salud y responsabilidad de la Administración sanitaria”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 9, 2007, págs. 6-16.
- FONSECA FERRANDIS, F.: *Estudio médico-legal sobre el daño desproporcionado en la sanidad pública española*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- GALLARDO CASTILLO, M.J.: “Causalidad probabilísticas, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la pérdida de la oportunidad”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45, págs. 35-66.
- LUNA YERGA, A.: “Oportunidades perdidas: la doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2005, págs. 1-18.
- MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.
- PANES CORBELLE, L.A.: “Responsabilidad patrimonial de los servicios de salud”, En *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. 2, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 71-98.
- PEMÁN GAVÍN, J.M.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público”, *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, págs. 283-332.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria*, Atelier, Barcelona, 2007.
- SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: “Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, *Derecho y Salud*, vol. 23. Extraordinario XXII Congreso 2013, págs. 189-205.
- TRIGO GARCIA. M.B.: “Responsabilidad por eventos adversos, diagnósticos tardío o erróneo y derecho a una segunda opinión médica”, *Derecho y Salud*, núm. 24 Extraordinario, 2014, págs. 245-252.
- VIADER CASTRO, C.: “Prevaricar en tiempos de Coronavirus”. En *Hay Derecho*, 6 de abril de 2020.
- VICANDI MARTINEZ, A.: “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria ¿se puede cuantificar lo incuantificable?”, *Derecho y Salud*, núm. 25, 2015. págs. 9-66.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo: los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”, *Derecho y Salud*, vol. 9, núm. 1, 2001, págs. 35-50.
- ZABALA GUADALUPE, J.: *Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración*, Thomson Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2009.