

LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVICIOS
DE SALUD POR LOS DAÑOS CAUSADOS
POR LA DEFICIENCIA ORGANIZATIVA
DE LA ESTRUCTURA ASISTENCIAL
(UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO Y
DE LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA NACIONAL)

LIABILITY OF HEALTH SERVICES FOR DAMAGES
CAUSED BY DEFICIENCIES IN THE
ORGANIZATION OF ASSISTENTIAL STRUCTURE
(AN ANALYSIS BASED ON COMPARATIVE LAW AND
RECENT NATIONAL CASE LAW)

SEBASTIÁN URRUTIA MENDOZA*

RESUMEN

Sin que el objeto de este trabajo sea determinar la significación del concepto de falta de servicio público como fundamento de la responsabilidad sanitaria pública, en estas breves líneas nos referiremos a cómo el derecho comparado e incipientemente el derecho nacional ha dirigido su atención hacia la deficiencia organizacional como factor de atribución de los órganos sanitarios, entendiendo que la responsabilidad de dichos órganos no se agota en la falta personal del funcionario generador de la actuación dañosa, o, en el mero incumplimiento de las normas que rigen la actividad sanitaria, sino que resulta además estrictamente necesario atender a la forma cómo las respectivas entidades se estructuran y organizan para cumplir su obligación de prestar salud y atención médica a los administrados, resultando éstas en consecuencia, responsable de los daños que las deficiencias estructurales causen a los pacientes que requieren la asistencia sanitaria.

Palabras claves: *Responsabilidad civil, responsabilidad de la administración sanitaria.*

* Abogado. Profesor de Derecho Civil, Universidad San Sebastián. Correo electrónico: seburrutia@yahoo.es.

ABSTRACT

The determination of the concept of lack of public service, as a ground for public health liability, is not the object of this study. This study refers briefly to comparative law and to the growing body of national law, which have directed their attention to organizational deficiency as a ground for public services liability. The liability of public services is not exhausted in the fault of individual agents whose conduct generates the damage or in the mere lack of compliance with norms regulating sanitary activities. Moreover, it is indispensable to review the manner in which public health institutions are structured and organized for compliance with their obligation to provide health services for their users. In consequence, public health institutions are liable for the structural deficiencies caused to patients requesting sanitary assistance.

Key words: *Civil liability, liability of the Sanitary Authority.*

I. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA POR DEFICIENCIA ORGANIZATIVA DE LA ESTRUCTURA ASISTENCIAL

El empeño universal del desarrollo que ha experimentado la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como comparada en materia de responsabilidad sanitaria es, obtener la efectiva protección de la integridad física y psíquica de los pacientes, y la debida reparación de los perjuicios morales ocasionados a sus parientes en caso de fallecimiento o daños físicos. En la búsqueda de tal designio se ha generado a nivel internacional un importante avance conceptual, con el reconocimiento, especialmente, en el derecho comparado, e incipientemente en la doctrina y jurisprudencia nacionales, de la denominada **responsabilidad autónoma** de las entidades hospitalarias públicas, considerada ésta, como señala un importante autor italiano en forma “**independiente de la conducta dolosa o culposa del personal médico de dichas instituciones**”¹. Esta novedosa conceptualización ha sobrepasado de este modo la concepción ortodoxa que impregnaba la materia en estudio, que establecía originariamente como presupuesto necesario de la responsabilidad institucional pública, la existencia de la reprochabilidad en la actuación del médico o funcionario de la administración que realizaba la atención o prestación sanitaria.

Según la doctrina italiana “**la configuración de la deficiencia organizativa como fuente autónoma de la estructura llamada a responder del daño causado al paciente representa un gran paso adelante en la dinámica jurisprudencial tendiente a incrementar la posibilidad de obtener la reparación del daño**”². Idéntica reflexión hace la autora romana Rossana Breda al señalar que la reciente jurisprudencia de los tribunales en este sentido: “**constituye un paso decisivo en el sentido del ampliamiento de la responsabilidad de la estructura. Afirmando que la responsabilidad del nosocomio o de las casa de cura es mucho más vasta que la del médico**”³.

Es en consecuencia el denominado **daño por ineficiencia organizacional**⁴, **culpa institucional**

¹ Iudica G. “**Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria**”. En *Responsabilità Civile e Previdenza*, Vol LXVI N° 1, 2001, p.5. En el mismo sentido se pronuncia Breda R. en “**La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive**” en revista *Danno e Responsabilità*, N° 4, año 2003, paginas 431 a 434.

² Idem.

³ “**Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria**” en la que señala que: “**l’opportunità di riconoscere una responsabilità dell’ente non più e non solo speculare a quella dei propri dipendenti, bensì fondata sull’inadempimento di obblighi propri, e cioè di quegli obblighi preordinati a garantire il buon funzionamento dell’intero apparato organizzativo**”, en *Revista Danno e Responsabilità*, 2001, paginas 209 y siguientes.

⁴ Para verificar la concurrencia de la deficiencia organizacional debe examinarse primeramente el complejo sistema normativo que rige a los prestadores públicos, y que establece los estándares que deben observarse por ellos en el ejercicio de la actividad sanitaria. Se trata de requisitos instrumentales, tecnológicos y organizativos mínimos establecidos en la ley. A este respecto se refirieron los decretos N° 140 del ministerio de Salud, publicado en el diario oficial de 21 de abril del año 2005 que establece el Reglamento Orgánico de los

o por **deficiencia asistencial** el que viene en constituirse como un nuevo y especial título de imputación de responsabilidad administrativa, asimilable totalmente al “**deficiente funcionamiento del servicio público**” como elemento del factor de imputación “**falta de servicio público**” requerido por la ley 19.966, que establece actualmente la responsabilidad de los Servicios de Salud.

Precisamente este es el ámbito de actividad de la administración donde pretende centrarse este trabajo, intentando aportar una serie de notas sobre cual es el real y efectivo alcance de la responsabilidad patrimonial de la administración, cuando se trata del funcionamiento de un servicio público de tanta importancia como lo es la asistencia sanitaria, analizando la evolución que la doc-

Servicios de Salud, el cual establece en su articulado los requisitos mínimos que deben reunir los establecimientos de salud públicos, y el decreto N° 140 del Ministerio de Salud publicado en el Diario Oficial de 19 de noviembre de 1982 que establece el Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, cuerpos jurídicos que vienen a establecer los requisitos organizativos mínimos a que deben estar sometidos los prestadores de salud tanto públicos como privados. Pero obviamente no sólo la circunstancia de concurrir en una determinada organización sanitaria los elementos instrumentales, técnicos u organizativos mínimos para la realización de una determinada actividad, constituirá *per se* eficiencia organizativa. Por el contrario, la sola existencia de los mencionados componentes sólo podrá dar lugar a la configuración de lo que en doctrina se define como **eficacia o eficiencia organizacional teórica o hipotética (efficacy)**. En consecuencia, para poder configurar el concepto de **ineficiencia organizacional**, deberemos atender necesariamente a la confluencia de otros parámetros o requisitos que son absolutamente necesarios para determinar, si en el caso concreto, existe una eficiente utilización y aplicación de los mencionados recursos, atendida la específica finalidad que está llamada a satisfacer la administración sanitaria. Así, frente a la noción de **eficacia hipotética** o potencial surge el concepto denominado de la **eficacia práctica (effectiveness)**, principio que se estructura en base a la consideración de múltiples factores que deben concurrir, a fin de configurar un estándar mínimo de calidad en el otorgamiento de las prestaciones asistenciales. Así, para construir el concepto de **eficacia práctica** de un servicio sanitario debemos considerar en primer lugar la **efectividad** de la prestación asistencial, entendiendo como tal la medida en que una determinada práctica o atención sanitaria mejora el estado de salud de la población que la recibe, o dicho de otra forma, el grado en que la asistencia médica se presta al paciente en la forma correcta, según el estado actual de la ciencia médica, para alcanzar el resultado deseado por el paciente. En segundo lugar debemos considerar la **eficiencia** de la prestación sanitaria, la que se entiende como la posibilidad de lograr un resultado sanitario favorable, aplicando al caso particular los menores recursos humanos o tecnológicos, o, los mínimos recursos (relación costo-producto), y por último lugar, y quizás el más importante debe considerarse la **eficacia** de la prestación asistencial que no es más que el grado en que la asistencia sanitaria se ha mostrado capaz de alcanzar los resultados deseados por el paciente.

El concepto de **eficacia** en la prestación asistencial requiere además su integración con la apreciación in concreto de un sinnúmero de factores o elementos que coadyuvan a la estructuración del concepto. Así la idea de **eficacia** se estructura primeramente en base a la **idoneidad o suficiencia** de la estructura hospitalaria destinada a efectuar la prestación (por ejemplo, sería imposible realizar cirugías cardíacas sin desfibriladores, perfusionistas y equipos de control de frecuencia respiratoria, y obviamente sin cirujanos con especialidad en cardiología). El segundo concepto que integraría la **eficacia** prestacional es obviamente la **calidad del procedimiento técnico** utilizado para atender las necesidades sanitarias de la población, es decir, que el mismo proceso se adecue a las directrices de la técnica médica vigente al momento de efectuar la prestación (Por ejemplo sería contrario a la **eficacia** el aplicar a un procedimiento médico una técnica obsoleta en consideración a los nuevos avances médicos. Otro ejemplo consistiría en que la prestación médica no se efectúe de acuerdo con los protocolos y directrices por los cuales la propia administración se ha autorregulado). Un tercer concepto que integra el requisito de la **eficacia** es el de la **accesibilidad a la prestación asistencial**, concepto que se integra por la idea de que debe otorgarse a los usuarios la posibilidad de acceder oportunamente y sin dilación a los recursos suficientes para obtener la recuperación de la salud, debiendo proporcionarse al paciente la posibilidad de ser derivado oportunamente a centros de mayor complejidad, en aquellos casos en que los establecimientos a los cuales se recurre, carecen del equipamiento o estructura mínima para satisfacer la necesidad pública (Por ejemplo incumplimiento de los sistemas y normas de derivación y contra derivación entre unidades asistenciales de diferente complejidad). Además, debe considerarse necesariamente que integra el concepto de **eficacia asistencial** es lo que se ha venido en denominar la **continuidad de la prestación asistencial**, la que se define como la medida en que la atención necesaria, se provee de forma ininterrumpida y coordinada, es decir, la continuidad sería el tratamiento del paciente como un todo en un sistema de atención integrado dentro de la dimensión científica técnica de la calidad asistencial. En consecuencia, la continuidad como concepto, se estructura en base a un elemento de carácter temporal, que está constituido por la subsistencia de la atención, es decir, que ésta se efectúe en forma sucesiva y progresiva, sin que medien en el intermedio dilaciones o interrupciones que impidan otorgar al paciente la debida atención (en este caso como contravención de este principio se encontrarían sin duda las altas médicas injustificadas y las listas de espera tanto quirúrgicas como diagnósticas), y en base a un elemento organizativo que dice relación con la adecuada coordinación que debe existir entre las diferentes unidades asistenciales que deben prestar la atención, lo que se traduce en la necesidad de articular una adecuada información interna entre las distintas sub-unidades asistenciales, acerca de las necesidades del paciente (sería contravención a este principio, por ejemplo, la deficiente coordinación entre las unidades de especialidades médicas al no cumplirse con las derivaciones que un sector de especialidad refiriese a otra área especializada para obtener un diagnóstico íntegro y coordinado de las dolencias del paciente). Un último concepto a considerar sería la **seguridad en la prestación asistencial** la que se traduce en la obligación de la administración sanitaria de garantizar a los usuarios, el máximo grado de **asepsia** posible en los establecimientos y pabellones quirúrgicos de los nosocomios, como asimismo, otorgar la **seguridad** de que los productos que utilizan en la atención sanitaria guarden los estándares internacionales de **calidad y seguridad** (entran dentro de este concepto los daños causados por infecciones intrahospitalarias, daño transfusional por aplicación de hemoderivados contaminados, falta de máquinas o equipos esenciales para la prestación de la atención diagnóstica y curativa o la **mantención defectuosa** de los mismos). Son en consecuencia estos los conceptos que configuran la **eficiencia organizacional**, y, el incumplimiento de cualquiera de ellos genera necesariamente la responsabilidad de la administración. Pero no obstante señalarse, que la concurrencia de éstos no puede ser exigida en todos los centros asistenciales públicos, por su amplia diversidad tecnológica y las diferencias en su dotación profesional, en atención a la realidad presupuestaria de la administración sanitaria, la consideración de estos factores como requisitos que deben interarticularse y funcionar como **eficientes engranes** en el proceso de atención médica, nos lleva necesariamente a considerar, que si un centro médico de baja complejidad no está dotado del personal médico suficiente ni de los equipos adecuados para otorgar una efectiva prestación, debe ser el principio de la **accesibilidad** a la prestación asistencial la que debe inspirar la actuación de dichos centros médicos de menor categoría, quienes al **inteligir** y asumir la ausencia local de los medios suficientes para solucionar la salud del administrado, deben efectuar la derivación de emergencia a otro centro público de mayor complejidad o al **extrastistema privado**, en los términos que la propia legislación sanitaria lo impone, de lo contrario surge su responsabilidad por la “**asunción indebida de un riesgo sanitario**” que puede comprometer las expectativas de recuperación o sobrevida del paciente.

trina y jurisprudencia comparada ha desarrollado sobre el tema, con el objeto de tener un punto de referencia para comparar el alcance del amparo que ofrece la regulación de dicha institución en este ámbito, con la que se ha desarrollado por los autores y altos tribunales de nuestra nación.

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA POR DEFECTOS DE SU ESTRUCTURA EN EL DERECHO COMPARADO

I. EL ESTADO DEL ASUNTO EN EL DERECHO ITALIANO (LA RESPONSABILITÀ DE LA STRUTTURA SANITARIA)

En la casuística Italiana la autonomía de la responsabilidad de la estructura sanitaria tuvo como punto de partida el caso decidido por el Tribunal de Monza el 7 de junio de 1995⁵ (la cual según la doctrina italiana constituye la “*più rivoluzionaria sentenza in tema di responsabilità per carenze organizzative*”, y se ha venido perfilando en diversas sentencias en la figura del daño por *ineficiencia organizativa del ente hospitalario*⁶, el cual es generado no obstante la ausencia de culpa por parte de los médicos pertenecientes a la estructura misma, es decir, un perjuicio que no se hubiera causado si hubiera existido eficiencia en la organización de la entidad⁷.

⁵ Tribunal de Monza, 7 de junio de 1995, en. *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1996, pp. 389 y siguientes. La referida sentencia reconoce la responsabilidad de la estructura sanitaria fundada en la deficiencia organizativa del personal hospitalario (*carenze organizzative del personale*) la que viene en constituirse en un título autónomo de responsabilidad (*titolo autonomo di responsabilità*). En el caso en cuestión un menor de edad ingresó a un establecimiento hospitalario público a consecuencia de un desgraciado accidente que produjo que una tapa de botella se incrustara en su ojo. Al llegar al hospital, en una primera visita médica se le diagnosticó un glaucoma, pero al día siguiente el menor en cuestión y a consecuencia de la infección comenzó con un cuadro de ictericia y convulsiones, que requería el diagnóstico y tratamiento por parte de un pediatra y un neurólogo. Pero el diagnóstico en cuestión no pudo realizarse, ya que ninguno de los dos especialistas pudieron ser encontrados, interviniendo en el diagnóstico un médico neonatólogo, quien examinó al menor a título de favor personal al médico pediatra que era en esos momentos inubicable, falleciendo el menor a las pocas horas a consecuencia de la falta de atención especializada. En la sentencia en comento estableció que es inconcebible que en un hospital de tales características hubiese disponible un solo médico (e inconcepibile che l'ospedale fosse strutturato in modo tale da rendere difficile, vista la lontananza dei reparti e la possibilità che, in un determinato momento, sia presente un solo sanitario, intervento in altri reparti) La referida sentencia continúa señalando que: “come l'impossibilità della compresenza nello stesso edificio di più reparti costituisca profilo di responsabilità, ove, come nel caso di specie, si evidenzi che un approccio collegiale, o, almeno, la sussistenza di un'organizzazione tale da garantire di poter affrontare i problemi nel breve tempo richiesto dagli eventi, avrebbe potuto favorire un differente decorso causale”.

⁶ Así, por ejemplo la sentencia del tribunal de Ascoli de fecha 28 de noviembre de 1995, que en un caso de graves lesiones cerebrales causadas a una paciente por el retardo en la ejecución de una operación cesárea señaló: “*la responsabilità dell'Ente convenuto consiste, in particolare, nel non aver assicurato la presenza continua di un anestesista-rianimatore ed un più efficiente reparto ostetrico, a cui era obbligato in considerazione dell'importanza della struttura ospedaliera, posta al servizio di un grande bacino di utenza*”. Por su parte la tercera sala civil de la Corte de Cassazione Italiana estableció en sentencia de fecha 16 de mayo del año 2000 la responsabilidad de un hospital público por los daños causados al neonato por la ausencia de elementos mínimos para el control del parto al señalar que: “*In tema di responsabilità del primario ospedaliero per i danni derivanti a neonato da difettosa assistenza nelle varie fasi del parto, se è vero che costui non può essere chiamato a rispondere di ogni evento dannoso che si verifici in sua assenza nel reparto affidato alla sua responsabilità, non essendo esigibile un controllo continuo e analitico di tutte le attività terapeutiche che vi si compiono... la vigilanza sull'attività del personale sanitario implica quantomeno che il primario si procuri informazioni precise sulle iniziative intraprese dagli altri medici cui il paziente sia stato affidato, e indipendentemente dalla responsabilità degli stessi, con riguardo a possibili, e non del tutto imprevedibili, eventi che possono intervenire durante la degenza del paziente in relazione alle sue condizioni, allo scopo di adottare i provvedimenti richiesti da eventuali esigenze terapeutiche. In tale quadro, anche la contingente mancanza di un'apparecchiatura necessaria, per quanto non imputabile al primario, non lo esime dal dovere di adottare, o controllare, che siano adottati, i possibili accorgimenti sostitutivi, e di informare la paziente del maggior rischio connesso a un parto che si svolga senza l'ausilio di detto strumento, e ciò anche in assenza, nella legislazione nazionale, di uno standard di riferimento degli strumenti di cui una struttura sanitaria pubblica deve necessariamente disporre*” Entre varias otras.

⁷ Como señala el autor italiano Ugo Rocco: “*La giurisprudenza italiana en los últimos años, ha introducido con la responsabilidad por carencia organizativa, una nueva clase de hecho lícito del cual el único responsable es la estructura*” En. Rocco L. “*La gestione del rischio edil monitoraggio degli errori medici: spunti di riflessione in chiave comparativa*” revista *Danno e Responsabilità* N° 4, 2003, pag 446. En el mismo sentido se pronuncia Zarone, al señalar que: “*Nel caso di trattamento sanitario con esito infausto o insoddisfacente che derivi da insufficienza delle strutture e dei servizi, quest'insufficienza è sempre addebitabile a difetto di diligenza, di prudenza o di perizia del medico che non seppe porvi rimedio o talora deriva da inerzia e da insipienza d'altri, politici, amministratori, legislatori, i quali rimasero sordi ai suggerimenti ed alle sollecitazioni dei medici*”. En Zarone A. “*Inidoneità delle strutture sanitarie e responsabilità professionale del medico*. Revista Italiana de Medicina Legal. 1981, 3”. En la misma línea Mazzeo-Baratta en “*Responsabilità Individuale, Responsabilità Organizzativa e Diritto al Risarcimento*” en “*La responsabilità medica in ambito civile*” en *Attualità e Prospettive della Responsabilità Civile*, Giuffrè, Milan, 1988, pagina 157, Iguales conclusiones efectúa Carusi en “*Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*”, nota a Cass.3 marzo 1995, N° 2466, in *Giurisprudenza Italiana*, año 1996, página 94. En igual inteligencia M. Gorgoni “*L' inidoneità delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità sanitaria*”, en *Responsabilità Civile e Previdenza*. Año 2000, página 956 y siguientes y en “*Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità medica*, en *id.*, Año 1999, páginas 1009 y siguientes, entre otros.

Cabe destacar que el desarrollo de este teorema en la casuística y doctrina latinas ha encontrado un amplio campo en el tema de las infecciones intrahospitalarias⁸, y ha sido extendido incluso a los casos de deficiente información al paciente acerca de las propias insuficiencias de la estructura asistencial⁹.

La Corte de Casación Italiana ha ratificado recientemente este teorema en sentencia de fecha 11 de enero del año 2008, en la que condenó a un Hospital de Roma por contagio de VIH por transfusión sanguínea a un paciente, señalando que, se puede configurar la responsabilidad contractual de la administración sanitaria, no sólo cuando se causa un perjuicio por el hecho del personal médico dependiente de dicho organismo, o del personal paramédico del mismo, sino que por una omisión o por la deficiencia organizativa de la misma estructura sanitaria¹⁰. En consecuencia debe estimarse que el camino jurisprudencial y doctrinal en el derecho italiano se encuentra enderezado y debidamente pavimentado hacia la total aceptación de la inidoneidad estructural de los servicios sanitarios, como factor atributivo de responsabilidad contractual sanitaria, y no se ven sombras en el horizonte que pudieran fundamentar un cambio de esta concepción.

II. EL DERECHO ESPAÑOL O LA RESPONSABILIDAD POR EL CONJUNTO DE DEFICIENCIAS ASISTENCIALES.

En un sentido similar, la doctrina y jurisprudencia españolas han desarrollado como factor de atribución de la responsabilidad de sus servicios públicos de salud la figura del “conjunto de deficiencias asistenciales”. Esta figura se ha desarrollado específicamente en aquellos casos en que el daño se causa a consecuencia de una mala organización de los recursos del centro asistencial (caso de la muerte de un paciente cuando se encuentra en lista de espera quirúrgica¹¹, mala asignación de los recursos hos-

⁸ El Derecho italiano ha aceptado la responsabilidad de la administración sanitaria por los daños causados por infecciones intrahospitalarias, fundando esta responsabilidad en una particular figura denominada *responsabilità per difetto di precauzione* (responsabilidad por defecto en la precaución), en virtud de la cual los servicios hospitalarios públicos son responsables de las infecciones nosocomiales, cuando, encontrándose ante la producción potencial de un daño éstos no han adoptado todas las medidas preventivas del caso. La jurisprudencia italiana ha tenido la oportunidad de recoger estos principios en numerosas sentencias siendo la más trascendente la del Tribunal de Roma de fecha 27 de noviembre de 1998 caratulada “De Fiore Orecchio con Ministero Della Sanita”. En una reciente sentencia dictada por la Suprema Corte di Cassazione de fecha 25 de mayo del año 2005 se estableció la responsabilidad sanitaria del hospital “San Salvatore” di Pesaro por el fallecimiento de un paciente por hepatitis fulminante, contagiado con el virus de la hepatitis B durante un procedimiento operatorio, fundando la condena en la infracción por parte de los funcionarios de dicho nosocomio, en la infracción de la obligación de vigilancia de la salud del paciente.

⁹ Así debemos señalar que la jurisprudencia italiana ha establecido expresamente la responsabilidad de la administración sanitaria por no otorgar una adecuada información al paciente de las carencias estructurales del servicio, que impidan o puedan impedir la recuperación oportuna del paciente (“*danno per mancata informazione delle carenze ospedaliere*”). Es decir se ha establecido que la administración sanitaria está obligada a informar al paciente no sólo del riesgo o consecuencias de su tratamiento, sino que, además, de sus propias carencias estructurales, a fin de permitirle al paciente buscar otro centro médico en que puedan satisfacerse sus expectativas asistenciales. Así lo señaló la sentencia de la III Sezione Civile de la Corte di Cassazione del año 2004 N° 14638 en la que señaló: “Il medico ha l’obbligo di informare il paziente non solo dei rischi dell’intervento da effettuare, ma anche dello stato di efficienza e delle dotazioni della struttura sanitaria in cui presta la sua attività. Infatti, la Cassazione ha chiarito che il professionista ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell’intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati, ma anche sull’efficienza ed il livello di dotazioni della struttura sanitaria, le cui eventuali carenze, se conosciute, potrebbero indirizzare il paziente verso un altro ospedale più attrezzato” citada por Palmieri C y Pichioni D.M en “Carenza delle Strutture Sanitarie a Chi la Responsabilità” Revista Difusa Sociale, Volumen 83, año 204, N° 2, páginas 99 a 114.

¹⁰ La referida sentencia señala: “Si può avere una responsabilità contrattuale della struttura verso il paziente danneggiato non solo per il fatto del personale medico dipendente, ma anche del personale ausiliario, nonché della struttura stessa (insufficiente o inidonea organizzazione)”

¹¹ Con respecto al tema de las listas de espera el Tribunal Supremo Español señaló por sentencia de 27 de mayo de 2003 que: “*El fallecimiento de los seres sanos o enfermos es un hecho inevitable y cuando se padece una enfermedad grave ha de adoptarse los medios posibles para emitir un pronóstico lo más acertado posible, pero lo que no es correcto, como parece que pretende el Servicio Andaluz de Salud, es que en el caso como es el que nos ocupa se trate de un resultado mortal que no se podía impedir de ninguna manera, descartando toda intervención quirúrgica para tratar de atajarlo, cuando el informe del doctor C. de la Cátedra de Medicina Legal y Toxicología de Málaga, que el Tribunal de Apelación tuvo en cuenta, sienta que la solución era la intervención quirúrgica a practicar con la máxima urgencia, y como el remedio más adecuado para el logro de salvar la vida del enfermo, pues aunque se tratase de operación de alto riesgo y la mortalidad puede alcanzar el cincuenta por ciento, en ningún momento y menos de forma tajante podía descartarse. El problema de las listas de espera es un mal que acarrea nuestra sanidad y pone de manifiesto que su funcionamiento no es el que demanda la necesidad de procurar la salud de los enfermos, a los que se les hace difícil comprender que estando diagnosticados de un padecimiento grave y perfectamente establecido, y necesitado de operación, ésta no se lleva a cabo de inmediato, o en el menos tiempo posible, y máxime cuando la enfermedad no se comprobó hubiera presentado sintoma*”

pitalarios, daños producidos por infecciones intrahospitalarias¹², contagios transfusionales¹³ o cuando concurren múltiples factores médicos en la producción de un evento dañoso). Esto es cuando el daño se provoca por la carencia de recursos por parte del sistema público de salud, por una multiplicidad de errores en el curso de la atención médica de un paciente, o, en definitiva, por la deficiente organización de los recursos sanitarios en la atención de un paciente determinado.

En consecuencia debe estimarse que la jurisprudencia y doctrina española han aceptado claramente la figura del conjunto de deficiencias asistenciales como fundamentación de la responsabilidad de los servicios de salud por su deficiencia organizativa¹⁴. Esto sin duda constituye un no-

alguno de haber remitido, lo que hace necesario intensificar los esfuerzos hospitalarios para adoptar cuanto antes la solución de intervención y con carga suficiente de poder resultar positiva y eficaz. Relegar un enfermo de estas características a un práctico olvido, por haberse pospuesto la operación que necesitaba e incluirle en el trámite burocrático de lista de espera, equivale prácticamente a un abandono muy grave y con carga de riesgo relevante de que el desenlace fatal pueda producirse en cualquier momento, como por desgracia sucedió. Si bien es asumible que haya listas de espera por las propias carencias o limitaciones del sistema de salud, la juridicidad de la espera no implica la soportabilidad de daños irreparables”.

¹² Existen múltiples sentencias dictadas por la jurisprudencia española que han condenado a la administración por los daños causados por infecciones intrahospitalarias. Por ejemplo: Audiencia Provincial de Segovia, 14 de abril del año 1992 en la que se señala que: “Ello permite apreciar que en lo que se refiere a la asistencia hospitalaria, cuando se produce un resultado lesivo, anormal en principio, perjudicial para el demandante, como consecuencia indeseada de la propia asistencia, como es en el caso presente el hecho de que una persona que acude al Servicio Público de Sanidad para el tratamiento quirúrgico de una fractura, salga del mismo habiendo adquirido una infección por un virus hospitalario que le provoque una grave osteomielitis, incumbe a la institución demandada acreditar que se habían adoptado todas las medidas de precaución posibles para evitar este tipo de infecciones, o al menos para reducir su incidencia dentro de lo humana y técnicamente posible, pues no puede hacerse recaer enteramente sobre el usuario de los servicios sanitarios las negativas consecuencias de las infecciones hospitalarias mientras no se acredite que éstas se encontraban controladas y limitadas”. En otra sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 21 de julio del año 1997 se señaló que: “Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando “por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen 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 usuario. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario”, entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención... (se trataba precisamente de un caso, también, como el presente, de amputación de una pierna)... se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones utópicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva”. En igual sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 18 de junio del año 1998 en la que se señaló que: “los niveles de pureza presumidos por la ley, de eficacia o seguridad, que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden o deben impedir, de suyo y por regla general, infecciones subsiguientes a una intervención en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio, y cuando estos controles fallan de manera no precisada, o bien dejan de funcionar por razones atípicas en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva.”

¹³ En este sentido tenemos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de junio de 1999 que condenó al INSALUD a pagar una indemnización de 15 millones de pesetas por contagio a un paciente del virus de la Hepatitis C, en la que estableció que “Se niega así que el daño fuese intrínseco a dicho tratamiento y por ello necesario y justificado por su necesidad terapéutica, pues en aquel tiempo se podía detectar la lesión hepática en el donante, lo que excluye el suceso imprevisible o difícil de prever, o que previsto fue inevitable si se hizo una transfusión de sangre contaminada con el virus de la hepatitis C”. En igual sentido se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en resolución de fecha 9 de marzo de 1998 que condenó a la Conserjería de Salud de Andalucía a indemnizar los daños causados a consecuencia del contagio transfusional de una hepatitis C en el cual señaló que: “En el caso de autos no se ha acreditado que la referida hepatitis se haya producido por una causa de fuerza mayor, ajena a la transfusión de hematies realizada al actor, o por culpa de éste, sino como consecuencia de la transfusión realizada y mas cuando la Administración no ha practicado prueba alguna tendiente a acreditar las dudas que sostiene”. En igual inteligencia se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de fecha 4 de junio del año 1999 en la que condenó al SERGAS de la Junta de Galicia por un contagio de HCV señalando que: “no se puede hablar de un supuesto caso fortuito o fuerza mayor sino por el contrario de una responsabilidad objetiva plenamente consagrada por la doctrina jurisprudencial en la que sin poder apreciar una acción u omisión culposa, sin embargo no se adoptaron medidas defensivas frente a un posible y evidente riesgo dadas las características y la situación del enfermo, y, sobre todo, por falta de un análisis del producto que le fue suministrado y que determinó y fue el desencadenante de la infección que sufre el recurrente”

¹⁴ En este mismo sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 12 de julio de 1998 al señalar: “Como en el caso resuelto por la S 16 Dic. 1987, ha sido, pues, el «conjunto de posibles deficiencias asistenciales» el originador del daño. En materia de responsabilidad de este origen, como dijo la citada sentencia «se hace preciso acudir a una interpretación no sólo lógica sino también sociológica de los preceptos reguladores de dicha institución sin olvidar el soporte de la aequitas aquí siempre conveniente, y en todo momento, con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo» de suerte que si «para proyectar la responsabilidad sobre la conducta de las persona» «debe atenderse al conjunto de circunstancias no sólo personales, sino también del lugar en que desenvuelven sus actividades y del sector del tráfico social en que la conducta imputada se produce», respecto de todo el «conjunto de posibles deficiencias asistenciales» la responsabilidad ha de reconducirse al Instituto y a su Residencia «como responsables directos del funcionamiento, en este caso anormal y reprochable, de sus actividades sanitarias». En igual inteligencia se pronuncia la sentencia dictada por la Sala Civil del Tribunal Supremo Español de fecha 17 de mayo del año 2002 en la que se señaló que: “Cuando la reclamación se formula contra una administración sanitaria, los Tribunales se orientan en una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar por virtud del resultado acacido, esto es, abstracción hecha de que quede acreditada en el juicio la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario, de los que hubieren intervenido en la asistencia al enfermo. Cuando así ocurre, los Tribunales acuden a la idea de «conjunto de posibles deficiencias asistenciales». Igualmente la sentencia dictada por la sección 1º de la Sala en lo Civil del Tribunal Supremo Español con fecha, de fecha 20 de mayo del año 2004 la que decreta que: “la paciente entró para ser tratada de unas lesiones leves en un centro sanitario, y por no ser atendida en el mismo de las elementales y fáciles medidas para evitar una infección por tétanos, falleció

torio avance en la casuística española al admitir que en aquellos casos que no es posible identificar un autor o hecho generador directo del daño es necesario hacer responsable a la administración.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS (LA FAUTE DANS L'ORGANISATION ET LE FONCTIONNEMENT DU SERVICE HOSPITALIERE)

Por su parte, la dogmática y casuística francesa no han estado ajenas a esta evolución en la forma de concebir la responsabilidad de los hospitales públicos. A este respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado abandonó el requisito de la culpa grave (*faute lourde*)¹⁵ como presupuesto necesario para configurar la responsabilidad de los entes sanitarios públicos, a través de la dictación del arrêt Epoux V., de fecha 10 de abril del año 1992, sentencia que fundamentó el posterior establecimiento de la responsabilidad de dichos entes por la culpa en la organización o funcionamiento del servicio público hospitalario (*faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier*)¹⁶. En el caso en cuestión, una paciente sometida a una cesárea bajo anestesia epidural fue víctima de una sucesión de errores e imprudencias médicas por los diversos médicos que intervinieron en el proceso de atención. En efecto la paciente madame Vergoz ingresó al hôpital clinique de Belvédère a Mont- Saint- Agnan a fin de que su parto fuese efectuado a través de una operación cesárea, por haberse descubierto en los exámenes ecográficos previos, la existencia de una placenta previa, cuadro que acarrea el riesgo de una hemorragia obstétrica, hipotensión arterial y paro cardíaco, por lo que la aplicación de anestesia peridural ocasionaba un extremo riesgo de hipotensión arterial. No obstante, la existencia de estos factores de riesgo, el médico anestesista de la clínica administró a la paciente antes de la cesárea una dosis excesiva de un medicamento de conocido efecto hipotensor, por lo que una media hora después la paciente sufrió una brusca baja de su presión arterial acompañada de náuseas y problemas cardíacos. Acto seguido y no obstante los graves problemas que afectaban a la paciente, el anestesista procedió a aplicar la anestesia peridural

por esta causa unida al padecimiento de una hipertensión anterior. Por ello hay que afirmar que nos encontramos en el típico caso de seguir una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, que obliga a indemnizar por virtud del resultado nefasto acaecido, sin tener en cuenta el acreditamiento de la responsabilidad de los facultativos que hayan intervenido en la acción sanitaria. O sea que surge la técnica aplicable al caso del conjunto de posibles deficiencias asistenciales, o sea la existencia de defectos o negligencias en el funcionamiento de actividades hospitalarias o sanatoriales, cuando no puede tipificarse conductas negligentes personales de los profesionales que trabajan en dichos centros."

¹⁵ Hasta antes del año 1992 los jueces administrativos franceses, para establecer la responsabilidad de un establecimiento hospitalario, distinguían entre los actos no médicos (*actes non médicaux*) respecto de los cuales la concurrencia de una culpa leve (*faute simple*) era suficiente para comprometer la responsabilidad institucional, y, los actos propiamente médicos (*actes médicaux*) considerados como más complejos y en los cuales la concurrencia de una *faute lourde* (culpa grave) era absolutamente necesaria para proceder a condenar a una institución hospitalaria por los daños ocasionados al paciente. Así por sentencia de Consejo de Estado Francés de 9 de enero de 1957 dicha institución condenó a la asistencia pública de Marsella por el oblitio quirúrgico de tres corchetes quirúrgicos, un fragmento de aguja quirúrgica y una compresa en el estómago del paciente estableciendo así el criterio de la exigencia de la *faute lourde* para atribuir responsabilidad a los servicios públicos de salud.

¹⁶ No obstante, debemos señalar que el Consejo de Estado Francés antes de la dictación de la sentencia Epoux V, y a través de la aplicación de las presunciones de culpa (*presomptions de faute*) había llegado a considerar en algunas sentencias que la responsabilidad de un centro hospitalario por funcionamiento defectuoso del servicio público, podía llegar a ser presumida en aquellos casos de daños graves ligados a la organización o funcionamiento de un servicio público hospitalario, o, relacionados a actos de cuidado médico corriente que pueden ser ejecutados sin intervención de personal médico especializado. Así por ejemplo el Consejo de Estado en el arrêt Dejous de fecha 7 de marzo de 1958 señaló: "En estas circunstancias la infección de la que el joven Dejous ha sido la víctima, así como otros seis niños vacunados durante la misma sesión de vacunación revela un funcionamiento defectuoso del servicio público, en la medida necesaria para acarrear la responsabilidad de la Administración". En el mismo sentido se pronunció el arrêt Lastrajoli en la que el Consejo de Estado condenó a la Administración por la muerte de dos menores contagiados a consecuencia de una vacunación obligatoria estableciendo que: "Resulta de la instrucción, y especialmente del informe pericial, que el fallecimiento de los dos niños revela un funcionamiento defectuoso del servicio público de naturaleza a conllevar la responsabilidad de la administración". En la misma línea discurre el arrêt Derridj de fecha 22 de diciembre de 1976 en la que se estableció que: "tratándose de un acto de cuidados corrientes y de carácter benigno, las secuelas mencionadas no pueden ser contempladas sino como reveladoras de una falta cometida en la organización o el funcionamiento del servicio". Posteriormente el consejo de Estado en el arrêt Epoux Peyres de fecha 1º de marzo de 1989 por las graves quemaduras de un recién nacido sentenció que: "Considerando que resulta de la argumentación precedente que las quemaduras que han sido constatadas cuando el niño ha sido examinado después de la operación no han podido ser ocasionadas más que por el material del centro hospitalario regional de Toulouse (y no de la clínica de Pau en la que el niño había sido atendido antes), sea en el momento del examen previo a la operación, sea durante la realización de esta última; que la existencia de esas quemaduras revela por sí sola una falta en el funcionamiento del servicio hospitalario de naturaleza adecuada para hacer surgir la responsabilidad de este centro hospitalario regional".

aplicando, además, un anestésico contraindicado lo que produjo a la paciente múltiples bajas de presión arterial durante al proceso de parto. Pero como si todo eso no fuese suficiente, doce horas después se le aplicó a la paciente una dosis de plasma sanguíneo el que se encontraba congelado en las dependencias del hospital, y que no fue suficientemente recalentado provocando un paro cardíaco y un coma profundo a la paciente, del cual se recuperó, pero con terribles consecuencias neurológicas y físicas¹⁷.

La sentencia Epoux V, si bien no establece directamente la responsabilidad de los servicios de salud por la culpa en la organización y funcionamiento del servicio asistencial, constituye el “**arrêt de principe**” en la casuística francesa, y es la primera sentencia en abandonar la exigencia de la culpa grave como factor de atribución de responsabilidad civil estableciendo que el conjunto de errores cometidos en la atención de la paciente constituyen de por sí un especial tipo de culpa (**faute**) suficiente para comprometer la responsabilidad del hospital¹⁸.

En un fallo más reciente el Consejo de Estado Francés por sentencia de fecha 16 de junio del año 2000 condenó a Les Hospices Civiles de Lyon a indemnizar los daños causados a dos neonatos nacidos prematuramente (23 semanas), a consecuencia de la inexistencia de un servicio de neonatología y la falta de especialistas en reanimación neonatal, respecto de daños que eran perfectamente evitables si los recién nacidos hubiesen sido atendidos por especialistas inmediatamente después del nacimiento¹⁹. Así la sentencia en comentario señala que considerando la gravedad y el riesgo que implicaba el nacimiento prematuro de los dos neonatos los Hospices Civiles de Lyon habrían incurrido en una culpa en la organización capaz de generar su responsabilidad (“**faute dans l’organisation et le fonctionnement du service de nature à engager leur responsabilité**”) tanto por haber admitido a la paciente derivada del Hospital Edouard Herriot a sabiendas, de que en sus instalaciones no existían los servicios ni los profesionales adecuados para enfrentar la emergencia, como por no haber vuelto a derivar a la paciente a un hospital que sí contara con la infraestructura necesaria para enfrentar la amenaza a la salud de los menores.

Uno de los campos en que este nuevo teorema ha tenido mayor aplicación es, sin duda, el caso de las infecciones intrahospitalarias, campo en el cual se ha elaborado una ordenada y sistematizada doctrina jurisprudencial tendiente a establecer la plena responsabilidad de los hospitales públicos por los daños causados por infecciones nosocomiales²⁰.

¹⁷ El texto del *arrêt Epoux Vergoz* señala en lo referente a la responsabilidad civil del hôpital clinique de Belvédère a Mont-Saint-Aignan, lo siguiente: “1° Considérant que Mme V. a subi, le 9 mai 1979, quelques jours avant le terme de sa grossesse, à l’hôpital clinique du Belvédère à Mont-Saint-Aignan (Seine-Maritime), une césarienne pratiquée sous anesthésie péridurale; qu’au cours de l’opération, plusieurs chutes brusques de la tension artérielle se sont produites, suivies d’un arrêt cardiaque; que Mme V. a pu être réanimée sur place, puis soignée au centre hospitalier régional de Rouen, où elle a été hospitalisée jusqu’au 4 juillet 1979; qu’elle demeure atteinte d’importants troubles neurologiques et physiques provoqués par l’anoxie cérébrale consécutive à l’arrêt cardiaque survenu au cours de l’intervention du 9 mai 1979. 2° Cons. qu’il résulte de l’instruction et notamment, de l’ensemble des rapports d’expertise établis tant en exécution d’ordonnances du juge d’instruction que du jugement avant-dire-droit du tribunal administratif de Rouen en date du 4 avril 1986, que la césarienne pratiquée sur Mme V. présentait, en raison de l’existence d’un placenta praevia décelé par une échographie, un risque connu d’hémorragie pouvant entraîner une hypotension et une chute du débit cardiaque; qu’il était par ailleurs connu, à la date de l’intervention, que l’anesthésie péridurale présentait un risque particulier d’hypotension artérielle. 3° Cons. que le médecin anesthésiste de l’hôpital a administré à Mme V., avant le début de l’intervention, une dose excessive d’un médicament à effet hypotenseur; qu’une demi-heure plus tard une chute brusque de la tension artérielle, accompagnée de troubles cardiaques et de nausées a été constatée; que le praticien a ensuite procédé à l’anesthésie péridurale prévue et a administré un produit anesthésique contre indiqué compte tenu de son effet hypotenseur; qu’une deuxième chute de la tension artérielle s’est produite à onze heures dix; qu’après la césarienne et la naissance de l’enfant, un saignement s’est produit et a été suivi, à onze heures vingt-cinq, d’une troisième chute de tension qui a persisté malgré les soins prodigués à la patiente; qu’à douze heures trente, du plasma décongelé mais insuffisamment réchauffé a été perfusé provoquant immédiatement une vive douleur suivie de l’arrêt cardiaque. 4° Cons. que les erreurs ainsi commises, qui ont été selon les rapports d’expertise la cause de l’accident survenu à Mme V. constituent une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l’hôpital; que par suite, M. et Mme V. sont fondés à demander l’annulation du jugement attaqué du 4 avril 1986 en tant que par ce jugement, le tribunal administratif de Rouen a rejeté les conclusions de M. et Mme V.”

¹⁸ Como lo señala la sentencia en comentario: «En l’espèce, les erreurs commises constituaient une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l’hôpital».

¹⁹ La madre habría sido derivada desde el servicio de neonatología hospital Edouard Herriot de Lyon por la imposibilidad de atenderla, debido a que el servicio en cuestión se encontraba absolutamente saturado con más de treinta pacientes en parto, quince de las cuales eran de altísimo riesgo obstétrico.

²⁰ En una primera etapa, se aceptó la indemnización de los perjuicios sanitarios causados por las infecciones intrahospitalarias, sólo si el paciente lograba acreditar la culpa del respectivo organismo sanitario. En este sentido se pronunció la Corte de Casación en el *arrêt Mercier* de fecha 20 de mayo de 1936, el *arrêt Pougheon* de fecha 28 de febrero de 1984, el *arrêt Briois* de fecha 9 de diciembre de

Conjuntamente con estas importantes sentencias debemos señalar que dentro de los últimos ocho años el Consejo de Estado Francés y los tribunales administrativos han establecido a través de numerosas sentencias²¹, el criterio jurisprudencial de que los defectos en la organización y en el funcionamiento de los servicios de salud constituyen un claro factor de atribución de responsabilidad civil por los daños ocasionados a consecuencia de la deficiente articulación de la estructura destinada a atender las necesidades sanitarias de la población gala.

LA RECEPCIÓN DEL CONCEPTO POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

En nuestro país la evolución de la doctrina sobre la naturaleza y los factores de atribución de la responsabilidad de los Servicios de Salud se encuentra en su periodo cámbrico, ya que recién en los últimos quince años se ha producido una explosión de fallos relativos a la materia, que han intenta-

1986 y el *arrêt Matsoukis* de fecha 29 de noviembre de 1989. En todas estas sentencias si bien se configuró la responsabilidad por la infección nosocomial, el peso de la prueba de la falta de asepsia recaía directamente en la víctima del daño.

En un segundo estadio jurisprudencial la Corte de Casación Francesa estableció que, en materia de daños causados por infecciones nosocomiales se configuraba una presunción de culpa (*présomption de faute*) del ente asistencial por la falta de asepsia en las salas de operación y de hospitalización. En este sentido se pronunció el máximo tribunal francés en el *arrêt Bonicci* de fecha 21 de mayo de 1996 y en el *arrêt Belledone* de fecha 16 de julio de 1998. En estas sendas sentencias la 1ª sala (*chambre*) civil de la Corte de Casación estableció el principio de que a la víctima sólo le basta probar el hecho de haber adquirido una infección de carácter intrahospitalario para que se presuma consecuentemente la responsabilidad del órgano sanitario. Pero no obstante la referida presunción, esta tesis jurisprudencial permitía a los respectivos hospitales exonerarse de la presunción acreditando la asepsia de la respectiva sala de operación u hospitalización, o, acreditando el carácter extrahospitalario de la infección (prueba de la causa externa).

En una tercera era interpretativa la Corte de Casación Francesa, perfeccionó la fundamentación de la responsabilidad hospitalaria por infecciones hospitalarias estableciendo el principio pretoriano de que, en materia de contagio nosocomial existía una verdadera obligación de seguridad y resultado (*obligation de "sécurité-résultat"*). Así en una serie de tres sentencias referidas al contagio del *staphylococcus dorado* la corte estableció que en esta materia los establecimientos sanitarios eran deudores de una obligación de seguridad y resultado que fundamentaba su responsabilidad, estableciendo la posibilidad de estos entes de exonerarse de responsabilidad sólo acreditando la prueba de la causa externa de la relativa infección. Debemos señalar que esta presunción de culpa se aplicaba sólo a aquellos casos en que la infección intrahospitalaria hubiese sido adquirida por el paciente en las salas de operaciones o de hospitalización. Posteriormente, por una sentencia dictada por la Corte de Casación francesa de fecha 29 de junio del año 1999 se estableció que la presunción de culpa en materia de infecciones intrahospitalarias ya no se limitaba a las infecciones contraídas por los pacientes en el pabellón quirúrgico o en las salas de recuperación u hospitalización, extendiendo dicha presunción a todas las demás dependencias de una clínica u hospital, eximiendo además de esta presunción a los médicos privados cuando atienden en sus despachos profesionales. Esta última exención de la presunción de culpa que beneficiaba a los médicos particulares cuando atienden en sus despachos particulares fue radicalmente modificada por una sentencia de la Corte de Casación de fecha 13 de febrero del año 2001, en la cual se extendió esta presunción a los médicos particulares en sus despachos privados, ya que como lo señala el tribunal francés el daño sufrido por el paciente, sea este adquirido en un centro asistencial, o, en un despacho privado es un daño que deriva de un acto médico propiamente tal, lo cual basta para fundamentar dicha responsabilidad.

Por su parte el Consejo de Estado Francés estableció a través de varias sentencias (*arrêts Cohen* de fecha 9/12/88, *Bazin* 9/12/89, *Bailly* 1/3/89, *Maaïem* 14/6/91 y *Durbec* 31/3/99) el principio de que se presume la falta de organización del respectivo servicio público de salud en los casos de infecciones intrahospitalarias. Esta presunción establecida por el Consejo de Estado francés tenía un carácter de presunción simplemente legal estableciendo la posibilidad del respectivo servicio de exonerarse de la responsabilidad si comprobaba que se habían adoptado en el tratamiento en cuestión, todas las medidas exigidas por la ley del arte para prevenir las infecciones intrahospitalarias o demostrar que el paciente era portador del germen causante de la infección al momento de su hospitalización, en definitiva se trata de la exoneración a través de la acreditación de una causa externa de la infección.

En una más reciente decisión de fecha 9 de marzo del año 2004 el Consejo de Estado Francés condenó al Hospital de San Claude a pagar una indemnización de cuarenta y cuatro mil euros a una paciente por el contagio intrahospitalario de *Staphylococcus Aureus* en un procedimiento quirúrgico estimando que: "*aucune faute ne peut être reprochée au praticien qui a exécuté l'opération*", le tribunal administratif a relevé que "*l'introduction accidentelle dans l'organisme du patient d'un germe microbien lors d'une intervention chirurgicale révèle une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service hospitalier*".

²¹ Así, por ejemplo la sentencia del Consejo de Estado de fecha 19 de marzo del año 2003 por la cual condenó al Centre Hospitalier Regional et Universitaire de Caen a pagar una indemnización de perjuicios equivalentes a la suma de 524.410 francos por el notorio retardo en el diagnóstico (demora excesiva en la entrega de las radiografías por el servicio de urgencia) en que incurrió su personal, en la detección de un grave daño a la columna vertebral de un paciente que en definitiva provocó en él una apoplejía, estableció que: "*l'incapacité du service des urgences à retrouver les radiographies effectuées le matin même à l'occasion de la première hospitalisation et du défaut caractérisé de surveillance médicale pendant la nuit du 15 au 16 octobre, la cour n'a pas inexactement qualifié les faits ni commis d'erreur de droit en caractérisant les faits de l'espèce à la fois comme établissant une faute médicale et révélant des fautes dans l'organisation du service*". El mismo Consejo de Estado Francés por sentencia de fecha 9 de julio del año 2003 condenó a la Assistance Publique-Hopitaux de París a pagar una indemnización de 502.202 francos por los daños causados a una paciente por el defectuoso funcionamiento de un respirador artificial que le provocó un paro cardíaco y una anoxia señalando que: "*Considérant qu'après avoir relevé, par une appréciation souveraine des faits de l'espèce suffisamment motivée, que le décès de M. M. était imputable aux conséquences du fonctionnement défectueux d'un respirateur artificiel ayant entraîné un arrêt cardiaque et une anoxie, la cour a commis une erreur de droit en retenant la responsabilité de l'assistance Publique-Hopitaux De Paris au motif que la défaillance du matériel utilisé faisait présumer une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service hospitalier; que, toutefois, eu égard aux faits relevés par la cour, la défaillance du respirateur artificiel engage, sans préjudice d'un éventuel recours en garantie contre le fabricant de cet appareil, la responsabilité de l'assistance Publique-Hopitaux De Paris, même en l'absence de faute de sa part, à réparer le préjudice qui en résulte*".

do delinear planes estructurales relativos a la naturaleza y fundamentación de esta responsabilidad. No obstante ello, los primeros años de este nuevo siglo han presenciado el nacimiento de elegantes decisiones jurisprudenciales, que considerando el concepto de falta de servicio público como factor de atribución de responsabilidad de la administración sanitaria, han permitido incorporar el concepto de ineficiencia en la organización del servicio sanitario como agente de atribución de responsabilidad pública. Sin embargo, sólo nos referiremos a aquellos fallos que se han inspirado consciente o inconscientemente en el concepto de ineficiencia organizacional, excluyendo aquellas cuyo fundamento es la infracción a la *lex artis* médica o los errores por acción u omisión de los funcionarios de la Administración Sanitaria, los cuales son innumerables.

Sin duda el *leading case* sobre la materia es la sentencia “**Morales Aguirre con Servicio de Salud Coquimbo**”²² en la que se condenó al Servicio demandado por los daños causados a una paciente por no haber dispuesto dicho servicio en la atención quirúrgica prestada a la paciente, a disposición del equipo operatorio, de equipos de monitorización electrocardiográfica y desfibriladores cardíacos para el manejo de las graves arritmias que se presentaron durante la operación, lo que en definitiva causó una anoxia cerebral a la paciente. Además, hubo una demora excesiva para solucionar la emergencia, ya que el único electrocardiógrafo se encontraba en el servicio de emergencia, distante a más de 200 metros del servicio de cirugía, cuyo traslado al servicio de cirugía duró más de 50 minutos. Si bien la sentencia se fundó para atribuir responsabilidad a la demandada en lo dispuesto en el artículo 2314 de Código Civil, debemos señalar que esta sentencia constituye la primera de xxxxx judicial en utilizar la deficiente estructura asistencial como factor de atribución de responsabilidad pública, ya que este fallo hace mención a los artículos 30 y 32 del reglamento de Clínicas Privadas, los que establecen la obligación impostergable de estas instituciones de tener estos equipos, requisitos que no eran cumplidos por una Institución pública encargada de atender a los habitantes de la zona.

Otra sentencia paradigmática que recoge el concepto de carencias de la estructura sanitaria como fundamento de la responsabilidad pública es la dictada en el caso “**Arenas Neira con Servicio de Salud Ñuble**” pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Chillán con fecha 30 de enero de 2003, en el que se condenó al demandado por la deficiente dotación del Hospital Herminda Martín de Chillán. En el caso en cuestión un menor fue encontrado arrollado en las cercanías de Chillán, y fue trasladado al Servicio de Urgencia del referido nosocomio. En dicho centro asistencial, ante la ausencia de médico de urgencia el paciente fue atendido y examinado por un cirujano dentista, el que dispuso su alta inmediata. El menor falleció, horas después, a consecuencia de un hematoma intracerebral. La Corte razonó que en el caso había falta de servicio ya que fue atendido por un profesional que carecía de los conocimientos y de idoneidad para evaluar el real estado del menor, debiendo haber sido analizado por un médico cirujano, único profesional que podía evaluar la gravedad de sus lesiones.

A este mismo respecto es importante señalar una novedosa sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 11 de agosto del año 2005, en autos causa rol Nº 2390-2004 caratulados “**Morales con Servicio de Salud Concepción**”²³ en la que se señaló: “**Hay falta de servicio cada vez que la acción u omisión de la administración causan daño, lo que es suficiente para que las víctimas deban ser indemnizadas; la falta de servicio es un resultado; es lo mismo que la ineficacia o ineficiencia; es la ineficiencia externa del Estado o de los servicios descentralizados. En el caso que se analiza, como bien lo concluyó la falladora de primera instancia, la actuación defectuosa del Hospital Guillermo Grant Benavente acrecentó el riesgo para la**

²² Este fallo se encuentra transcrito y analizado en la obra de Andrés Vásquez Rogat, “Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud”, páginas 40 y siguientes.

²³ El recurso de casación en el fondo interpuesto por el Servicio de Salud Concepción en contra del fallo de alzada fue declarado inadmisibile por manifiesta falta de fundamento.

salud de Claudia Morales Bustos de forma tal, que se tornó irreversible una situación que pudo haberse manejado médica y quirúrgicamente y como consecuencia de esa defectuosa atención se produjo el resultado dañoso, esto es la muerte de Claudia²⁴. Esta sentencia sin duda se erige en nuestro país como una de las más importantes resoluciones en lo relativo a la responsabilidad de la administración sanitaria por deficiente organización del servicio asistencial, ya que, en el proceso de atención de la paciente concurren una serie de defectos no imputables a dolo o culpa del personal de la entidad asistencial, sino atribuibles a la organización misma de la administración sanitaria (la sentencia en comento establece que la actuación defectuosa corresponde al Hospital Guillermo Grant, es decir, a la estructura hospitalaria), los que en definitiva causaron el fallecimiento de una joven madre, lo que se tradujo en una importante indemnización de perjuicios para las víctimas por repercusión del daño.

La misma Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de fecha 22 de septiembre del año 2007 en autos caratulados "Peña con Servicio de Salud Concepción", causa rol N° 3.530-04 recoge nuevamente este principio fundando la condena en el "supuesto extravío de un examen de scanner supuestamente practicado a la paciente cuya realización efectiva nunca fue acreditada por la demandada" y en el reconocimiento expreso por parte del servicio demandado de que "hubo una irregular discontinuidad en la atención a la hora de atención de la paciente". El fallo señaló: "Que habida consideración de lo anterior, las actuaciones de la demandada importan un incumplimiento de las obligaciones legales antes descritas en particular por la deficiente y negligente forma en que se le brindaron los servicios".

En materia de infecciones intrahospitalarias existe nutrida jurisprudencia que han confirmado la tesis de la plena responsabilidad de las entidades sanatoriales públicas por los daños causados o agravados por infecciones nosocomiales²⁵.

²⁴ En el caso en cuestión la paciente, madre de 24 años, ingresó con fecha 5 de noviembre del año 2001 al Hospital Regional de Concepción aquejada por una endocarditis bacteriana aguda e insuficiencia aórtica severa lo que hacía necesaria una cirugía cardíaca de reemplazo valvular, pero en ese momento el Hospital Guillermo Grant no contaba con válvulas cardíacas de reemplazo. Producto de la larga espera de disponibilidad de válvulas cardíacas que Claudia debió enfrentar, su estado de salud se fue agravando cada vez más, contrayendo en el hospital un cuadro médico intercurrente, compatible con una pancreatitis aguda, cuya gravedad y estado no pudo ser evaluada ni categorizada por el departamento de Gastroenterología del hospital, ya que para ello, debía realizarse urgentemente un examen de tomografía axial computarizada con contraste, el cual no pudo efectuarse en el centro asistencial por no estar disponible la realización de dicho examen hasta finales del mes de marzo del año 2002 (lista de espera diagnóstica). Una vez que las válvulas de reemplazo se encontraban disponibles no fue posible realizar la operación de recambio valvular ya que el Hospital referido carecía absolutamente de desfibriladores para adulto debiendo improvisar para todos los casos con un desfibrilador de cirugía infantil, ya que en el hospital no existía otro que se ajustase a las máquinas existentes. Además durante el mismo lapso de tiempo, el hospital no contaba con profesionales perfusionistas (los que son los encargados del control y mantenimiento de la circulación extracorpórea en operaciones al corazón), por ser éstos contratados por la Universidad de Concepción y encontrarse éstos de vacaciones; y por lo demás no podía procederse a tal compleja operación sin haber categorizado y definido el cuadro concurrente de pancreatitis aguda precedentemente señalado. Con fecha 7 febrero la paciente fue dada de alta médica reingresando al hospital el día 11 de febrero del año 2002 falleciendo a consecuencia del grave cuadro que le afectaba.

²⁵ En este sentido se pronunció la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de fecha 10 de agosto del año 2000, ratificada por la Excelentísima Corte Suprema por sentencia de fecha 24 de enero del año 2002, en autos caratulados "Oviedo con Servicio de Salud Talcahuano", en la que se señaló: "Que en tales condiciones; el Servicio de Salud Talcahuano, no podría eludir su responsabilidad en el acacamiento del deceso de la señora Fierro, porque fue en su establecimiento hospitalario que esta contrajo la mortal infección, no habiéndose controvertido, por otra parte, que a el ingreso en ese aspecto sana y sólo para obtener mejoría de un problema de vesícula que la aquejaba. No parece justo que una persona que se interna en un hospital para atenderse de una determinada enfermedad, fallezca a consecuencia de otra distinta contraída en el mismo establecimiento, por mucho que alegue la demandada que no existe hospital en el mundo que tenga un índice de infecciones hospitalarias igual a cero, o que en el caso concreto del Hospital Las Higueiras tenga tasas de infección intrahospitalaria por debajo de los indicadores nacionales. Si las infecciones intrahospitalarias existen, es deber del servicio erradicarlas, y si ello no es completamente posible, debe contar con el personal, equipamiento y los procedimientos adecuados para detectarlas cuando ocurren, a fin de impedir su nefasta acción, y cuando de todas maneras debido a una infección de esa naturaleza el paciente fallece, quiere decir, entonces que ha habido una falla estructural del servicio, que no fue capaz de enfrentar cumplidamente la emergencia". En igual sentido, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de fecha 6 de marzo del año 2002, confirmada por la Excelentísima Corte Suprema por sentencia de fecha 30 de abril del presente año, en autos caratulados: "Hernández con Servicio de Salud Concepción", en la que señaló: "No es posible jurídicamente aceptar la tesis de la demandada en orden a que por ser inevitables las infecciones intrahospitalarias no tiene obligación de responder de los daños que por este motivo sufran los pacientes, porque ella conduciría simplemente a la irresponsabilidad de los Servicios de Salud; bastaría una alegación semejante para exonerarlos de responsabilidad respecto de las consecuencias producidas por una infección de esta clase... Por otra parte, si las infecciones intrahospitalarias son un riesgo siempre presente en los hospitales, como lo admitió la demandada, no son imprevisibles y jurídicamente no pueden, por ello, fundar una excusa por los perjuicios que cause con su actividad o inactividad, vale decir, no constituyen un hecho fortuito o causa mayor, como lo alego extemporáneamente la demandada en su escrito de apelación". En igual inteligencia discurre la sentencia (no publicada) pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 27 de marzo del año 2006 en causa caratulada "Melo con Servicio de Salud Concepción", causa rol N° 3434-

En otro reciente fallo pronunciado por el Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción, en autos caratulados “Jiménez con Servicio de Salud Concepción”, causa rol 6599-06, la juzgadora de primera instancia acogió expresamente el novedoso concepto de “conjunto de deficiencias asistenciales”, para establecer la responsabilidad en que habría incurrido la estructura sanitaria del Hospital de Lota por el fallecimiento de un menor con macrosomía fetal a consecuencia de una distocia de hombros durante el parto, considerando que se trataba de un embarazo de alto riesgo obstétrico que sólo fue atendido por una matrona sin supervisión directa de un médico el que sólo fue ubicado para solucionar la emergencia varios minutos después del inicio de un proceso de asfixia hipóxico isquémica en el neonato²⁶.

Por último debemos mencionar la sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de fecha 5 de marzo del año 2004 en autos caratulados “Godoy con Servicio de Salud Bio Bío”, causa rol Nº 943-2002 en la que se señaló: “Que tanto el Hospital base de Los Angeles, como el Hospital Regional de Concepción pertenecen al Servicio de Salud, órgano del Estado. Por consiguiente, no resulta atendible la excusa de que el Hospital de Los Angeles careciera de neurocirujano o tuviera que dar atención a enfermos más graves. La obligación del Servicio de Salud si carecía de los medios necesarios para prestar atención al paciente era derivarlo con oportunidad al Hospital Regional de Concepción, donde sí se contaba con los medios necesarios para prestarle la atención necesaria para su total recuperación. Al no actuar de este modo cabe concluir que efectivamente hubo falta de servicio, por lo que la demanda debe ser acogida” (considerando 10º)²⁷.

Así podemos observar como nuestra jurisprudencia atendiendo a criterios de justicia universa-

04 se condenó al Servicio de Salud Concepción a pagar la suma de cien millones de pesos a la demandante por los daños causados en su mamas a consecuencia de una infección intrahospitalaria de carácter post operatorio. En dicha sentencia la Corte señaló: “Que de lo reseñado es posible concluir que en el caso en estudio resulta de meridiana claridad que la demandada incurrió en falta de servicio, pues en la atención de la actora no sólo se omitieron los cuidados indispensables para evitar que una infección que, como se dijo, era previsible, que se produjera, sino que no se tomaron las medidas necesarias para su pronta solución, llegando a provocar en la paciente las serias secuelas que se observan a simple vista en las fotografías acompañadas a autos”.

En igual sentido es dable destacar la sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 24 de septiembre del año 2007, en autos caratulados “Montecinos Peralta con Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile”, causa rol Nº 1320-97, en la que el máximo tribunal del país señaló que: “Que respecto del contrato de servicios médicos celebrado por las partes, como se ha dicho, importó la consulta médica, la operación de urgencia y los procedimientos posteriores destinados a recuperar la salud, dejándose fijado que en las dos primeras acciones existió un adecuado cumplimiento de sus obligaciones por parte de la demandada, pero no así en las labores de recuperación o rehabilitación del actor, en lo cual se comportó con negligencia, especialmente en el tratamiento destinado a controlar la bacteria *Staphylococcus Aureo* multiresistente, la cual se dejó determinado que no se probó que el paciente la portara al momento de ingresar al hospital, correspondiendo en consecuencia a una infección intrahospitalaria. ... al no estar acreditado que el paciente portara la bacteria al ingresar al hospital, surge la presunción contraria, que los magistrados determinan al expresar que es propia de los servicios de cuidados intensivos en donde permaneció el paciente. En este mismo sentido, por la preocupación de la autoridad de salud y considerando que las infecciones intrahospitalarias constituyen un problema importante de salud pública por la mortalidad, morbilidad y costos que significan para esos establecimientos asistenciales, situación que hace necesaria la acreditación hospitalaria del Programa de Control de estas infecciones, por tratarse de una metodología útil para promover y evaluar el desarrollo del proceso de mejoría continua de la calidad de la atención en los hospitales, sobre la base entre otras, del artículo 19 del Decreto Nº 161 de 1982 del Ministerio de Salud, se dictó la resolución exenta Nº 1046 de 20 de mayo de 1998, publicada el día 25 del citado mes y año, por lo que se fija un nuevo texto para la norma General Técnica Nº 23, sobre acreditación de hospitales y estándares de evaluación del Programa de Control de Infecciones Intrahospitalarias. Norma que ha sido dictada con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, pero que revela la progresiva preocupación por optimizar este aspecto, observando un número creciente de hospitales que han dictado manuales internos para prevenir el desarrollo de las infecciones intrahospitalarias, debido a lo cual un manejo inadecuado de los procedimientos, como lo han sostenido los jueces del fondo, puede derivar en eventos que es posible prevenir.

²⁶ La sentencia se encuentra actualmente esperando su vista ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción.

²⁷ Esta sentencia hace responsable a la entidad pública por incumplimiento de su obligación de derivar al paciente a un centro asistencial de mayor complejidad. Como señalamos previamente es absolutamente plausible que un hospital de menor entidad, carezca de los medios técnicos y profesionales para otorgar una atención adecuada a un paciente que adolezca de una dolencia específica o de mayor gravedad. Pero dicha circunstancia no exime al servicio respectivo de indemnizar los daños que la omisión de atención oportuna cause a los administrados. Esto ya que la obligación de derivación de un paciente a un centro de mayor complejidad, en los casos que el hospital que efectúa la prestación sanitaria no cuenta con los medios materiales o humanos para atender la salud de los ciudadanos, constituye una obligación primordial de los órganos que implementan el sistema de atención sanitaria nacional, cuyo fundamento es la equidad y la oportunidad en el acceso a las acciones de recuperación y restablecimiento de la salud que corresponden a cada ciudadano de la república. A mayor abundamiento la actual legislación que regula el sistema público de salud, establece un sistema de atención denominado “sistema de atención de salud en red”; el que puede definirse como: “el ordenamiento de estos establecimientos, operando coordinadamente dentro de un territorio asignado, mediante vínculos institucionales o contractuales y por lo tanto con mutua interdependencia y complementariedad en sus respuestas, cubriendo de esta manera la amplia gama de necesidades de salud.” (asi se desprende de la Ley 19.937 sobre Autoridad Sanitaria, artículo 3º y 4º del Decreto Supremo Nº 140 del 21 de abril del año 2005 que establece el nuevo Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud y artículo 6º letra f del Decreto Nº 38 de fecha 29 de diciembre del año 2005 que establece el Reglamento Orgánico de los Establecimientos de Salud de Menor Complejidad y de los Establecimientos de Autogestión en Red.

les, ha comenzado a configurar el concepto de deficiencia en la organización sanitaria como sinónimo de falta de servicio público, entendida ésta en su sentido amplio como factor de atribución de responsabilidad del ente sanitario público.

CONCLUSIONES

Del presente análisis se desprende que existe consenso universal en considerar que la inadecuación estructural de las entidades públicas de salud, constituye un título autonómico de responsabilidad administrativa e incluso privada, totalmente distinto de la culpa activa u omisiva de los funcionarios encargados de efectuar la prestación asistencial, lo que se traduce en una pléyade de fallos tanto nacionales como de la jurisdicción comparada, cuyas conclusiones apunta a hacer responsable a las entidades públicas, cuando contraviniendo los principios de eficacia y eficiencia de la función administrativa, establecidos en los artículos 3º inciso 2º y 5º, inciso 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, vulneran los derechos de los administrados a la protección y recuperación de la salud.

