

BIBLIOGRAFIA

último, hay que destacar la sencillez con que la autora efectúa un trabajado tratamiento de diversos aspectos en los que la valoración económica de la pretensión tiene alguna incidencia.

El presente libro constituye una referencia obligada en el tema, pero no lo es por el olvido doctrinal existente en la actualidad, sino por la calidad de una obra que, con tanta dedicación y atrevimiento, ha llevado a cabo esta joven promesa del Derecho Administrativo español.

Jesús DEL OLMO ALONSO
Prof. Ayudante de Dcho. Administrativo
Universidad de Alcalá

MIR PUIGPELAT, Oriol: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Monografías Cívitas, 2000.

El libro de MIR PUIGPELAT viene a sumarse a la preocupación nacida en los últimos tiempos por las responsabilidades médicas, y más en concreto la responsabilidad de la Administración sanitaria. No se limita a establecer una casuística más o menos amplia de los casos más relevantes, sino que realiza un amplio análisis de la responsabilidad y de la naturaleza jurídica de la Administración sanitaria.

El tema de la responsabilidad en la Administración sanitaria preocupa cada vez más a la sociedad, y fiel reflejo de ello son las obras surgidas en los últimos tiempos. En especial tenemos que señalar las de PANTALEÓN y LOPERANA ROTA, las cuales fueron las pioneras en el análisis y estudio en profundidad del tema.

Las causas de por qué se produce esta multiplicación en el número de demandas contra la Administración sanitaria son de diversa índole: desde la sensibilización de los pacientes por la calidad en la prestación sanitaria, pasando por la fe ciega en la medicina moderna, hasta la deshumanización de la misma y la pérdida de contacto paciente-médico, pero sobre todo se debe al número de prestaciones que realiza la Sanidad pública y

los medios tanto personales como materiales de los que dispone. Tan sólo analizando las demandas, pactos, indemnizaciones y acuerdos de la Administración sanitaria catalana observamos cómo se pierden cantidades astronómicas de dinero; las cuales son la respuesta quizás a un mal funcionamiento del Servicio público sanitario, pero sobre todo a un mal planteamiento del sistema objetivo de responsabilidad establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

El autor no pretende entrar en la polémica acerca del fundamento de la responsabilidad objetiva, ya que sería tanto como entrar en el fundamento del Estado de Derecho mismo; sino tan sólo analizar la configuración de nuestro sistema de responsabilidad, a todas luces insuficiente ante el papel del Estado y las nuevas demandas de la sociedad.

Comienza su obra utilizando una metodología tradicional: estudiando en un primer orden de consideraciones los elementos de la responsabilidad, para más tarde adentrarse dentro de la imputación de primer y segundo nivel. Es notable en este sentido la delimitación que hace de la consideración de Administración sanitaria; arrojando un poco de claridad al oscuro panorama español.

Para ello no sólo se limita a estudiar las fuentes legislativas y la doctrina española, sino que ahonda en la jurisprudencia intentando precisar los hilos conductores de sus criterios. A su vez, también analiza la doctrina extranjera, para extraer teorías que sean extrapolables al Derecho español; no sólo de la órbita administrativa, sino de otros campos de las ciencias jurídicas. Lo mismo realiza dentro del Derecho español, en donde acoge con total naturalidad la doctrina del descubrimiento del velo de las teorías mercantiles. Empecemos, pues, sin más preámbulos a analizar someramente el contenido de la obra.

Los elementos de la responsabilidad, aunque reformados por la Ley 4/99, que introduce la cláusula del estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica moderna, siguen siendo la lesión indemnizable, el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y, por último, la relación de causalidad y la exclusión de la fuerza mayor.

La imputación del daño a un determinado sujeto por la relación existente con aquél sigue la doctrina tradicional de GARCÍA DE ENTERRÍA. Si bien dentro del funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos introduce junto a los títulos de imputación básicos otros títulos de culpa, como los títulos de riesgo y del enriquecimiento injusto; así como la doctrina de BELADIEZ de la necesidad de compensar no por el riesgo, sino por el sacrificio especial que supone para el perjudicado la actuación de la Administración. Sin embargo, la piedra angular de todo el sistema de la responsabilidad objetiva lo constituye en nuestro sistema la relación de causalidad. Para que no se convierta la responsabilidad en un juego de azar o en una adivinanza es necesario precisar la relación de causalidad a parámetros técnicos; recogiendo de esta manera las teorías del profesor NIETO ya expuestas en sus trabajos de la «REDA» del 75 y del 86. Normalmente, en nuestro ordenamiento se ha partido de la teoría de la equivalencia en las condiciones o de la causalidad adecuada para explicar cuándo un determinado acontecimiento es o no causa de un determinado resultado. Sin embargo, éstas nos han llevado a un sistema claramente insuficiente.

Para que exista responsabilidad, aparte del daño causado, es necesario que este daño sea producido por una persona, bien por acción o por omisión. Se distinguen dos niveles de imputación. La imputación de primer nivel o de conductas supone la atribución a una persona física integrada en la organización administrativa de una determinada acción, y esta actuación la realiza en el ejercicio de sus funciones o bajo la dependencia del poder de dirección de la Administración. El segundo grado de imputación o de acciones consiste en establecer la implicación entre el daño y la acción o la omisión, es decir, con el riesgo relevante creado. Uno de los mayores problemas en nuestra doctrina es que confunde los dos niveles de imputación e incluso con la institución de la responsabilidad.

1. El autor comienza con la precisión de un cirujano a desgranar los dis-

tintos elementos de la responsabilidad. Aparte de las críticas y del encuadramiento de la institución realizado en la primera parte del libro, se va a detener en uno de los elementos que más quebraderos de cabeza causa cuando nos enfrentamos a un caso de responsabilidad médica: el de la naturaleza jurídica del ente prestador de la asistencia sanitaria.

Ante la diversidad de formas organizativas, es necesaria la uniformidad de la responsabilidad frente a los ciudadanos. Los principales entes a través de los cuales se realiza la prestación son el INSALUD y los Servicios de Salud de las distintas Comunidades Autónomas que tengan transferidas las competencias; pero éstos no son los únicos ya que también nos encontramos con centros interpuestos que realizan la prestación.

El régimen jurídico aplicable al INSALUD y a los entes gestores de las CC.AA. ha sido clarificado en las últimas reformas legislativas y en sus normas de creación. Analiza la legislación y la jurisprudencia aplicables. Pero el problema sobre el cual arroja más claridad es el de los entes privados prestadores de servicios sanitarios y los contratistas. Con respecto a los entes privados a través de los cuales se realiza la prestación sanitaria, el problema es mucho más complejo: la mayoría son sociedades mercantiles o fundaciones privadas, pero su capital inicial es público y la Administración realiza un férreo control sobre las mismas a través de patronos o de Consejos de Administración. Les tendríamos que aplicar un régimen jurídico privado, lo cual supondría unas menores garantías para los ciudadanos y un régimen de responsabilidad subjetivo. Frente a las teorías instrumentalistas de la organización y a la ignorancia del régimen jurídico privado que le corresponde a estos entes, MIR PUIGPELAT recurre a la doctrina mercantilista del levantamiento del velo, se está descubriendo quién dirige a esa organización y, por otro lado, el carácter del servicio prestado. Al crear una unidad patrimonial se relega a un segundo plano el dato formal de la personalidad jurídica diferenciada y exige poder imputar a dicha Administración las conductas lesivas reali-

zadas por los agentes al servicio de estas entidades.

Otra forma que tiene la Administración para prestar la asistencia sanitaria es a través de contratistas privados. En estos supuestos es imprescindible delimitar cuándo responde la Administración y cuándo responde el contratista, qué régimen se aplicaría al contratista y cuál sería la jurisdicción aplicable. La forma de solucionarlo es imputar a la Administración aquellos actos que hayan sido consecuencia directa de sus órdenes. En el resto de los casos se aplicará el régimen privado y con respecto a la responsabilidad, debido a que se trata de una función pública, no aplicaríamos un sistema subjetivo, sino objetivo.

II. Determinado el régimen aplicable a los distintos entes prestadores del servicio, MIR PUIGPELAT se adentra en el análisis de la imputación de conductas o imputación de primer nivel. La Administración responderá de toda actuación de servicio público, es decir, la derivada de la actuación administrativa, del giro o tráfico administrativo. Esta actividad se refiere tanto a cuando la Administración actúa en relaciones de Derecho privado como de Derecho público.

Sin embargo, no toda conducta de los funcionarios es imputable a la Administración y, por tanto, genera responsabilidad. Para que le sea imputable es necesario que esté adscrito al puesto, a la Administración y por otro que esté actuando en el ejercicio de sus funciones, ambos requisitos son acumulativos e inescindibles. Para estudiar esta relación utiliza el ejemplo de la doctrina francesa e italiana.

La doctrina italiana ha elaborado una teoría muy parecida a la española; ésta es la de la «ocasionalidad necesaria» y supone que son imputables a la Administración los actos realizados por sus agentes en el ejercicio o con ocasión de sus atribuciones propias; no siendo necesario que exista un título oficial de funcionario, sino que basta que esté inserto en cualquier organización pública, bien sea establemente, en precario, profesionalmente o a título honorario. La doctrina francesa distingue la *Faute personnelle*, cuando se pueda separar la ac-

tuación de la Administración de la conducta personal del funcionario por no tener ningún tipo de relación con las funciones administrativas.

La doctrina española adopta un criterio amplio de imputación de conductas. Así, tras admitir no sólo las conductas de los funcionarios, sino la de cualquier persona contratada bajo régimen laboral y estatutario de la Administración, también pasa a considerar como integrados en la misma a los contratistas, cuando de ellos dependa el funcionamiento de algún servicio de la prestación sanitaria. El segundo requisito para imputar la conducta a la Administración es que exista una relación entre la función asignada al agente y la concreta acción lesiva producida. Tras un análisis de la doctrina francesa y de la jurisprudencia llega a la conclusión que se está introduciendo tímidamente la doctrina del riesgo, pero sin un claro hilo conductor.

III. En la tercera parte del libro analiza la imputación de segundo nivel o imputación del daño, que es cuando un daño puede serle imputado a la Administración. Para explicarlo recurre este autor a las aportaciones de PANTALEÓN y BELADIEZ, que introducen en la doctrina española la teoría civilista alemana de la responsabilidad extracontractual y la penalista española en relación con la responsabilidad patrimonial administrativa. Ambos aportan la teoría de la imputación objetiva.

La doctrina civilista de PANTALEÓN parte de la base de no confundir la imputación y la causalidad. La causalidad se refiere a la equivalencia de condiciones; mientras que los criterios de la imputación objetiva son mucho más amplios. Sin embargo, esta doctrina no es mayoritariamente aceptada porque genera una gran inseguridad, inseguridad que deviene del hecho de la construcción sobre seis parámetros yuxtapuestos y no de la construcción de un sistema global.

BELADIEZ parte de la doctrina penalista para la imputación objetiva del daño. Según ésta, la Administración sólo debe responder cuando, existiendo relación de causalidad entre su funcionamiento y el

resultado, haya creado un riesgo jurídicamente relevante que, además, se realice en dicho resultado lesivo. La originalidad radica en cuándo se crea un resultado jurídicamente relevante. El riesgo tiene que ser general, para todas las personas por igual. Tiene que ser inherente al servicio, lo excluye por tanto la intervención de tercero. El riesgo no tiene que estar socialmente admitido, pero aquí el problema radica en dónde trazar los límites a lo socialmente admitido. Para BELADIEZ, éste lo constituye el sacrificio especial de la víctima, ya que existe una igualdad ante las cargas públicas.

La última teoría que se da como alternativa es la de la sumisión a las leyes de la naturaleza. Esta teoría otorga un papel fundamental al perito o al técnico, dando menos importancia a los juicios hipotéticos. Se tiene que llegar a un resultado ecléctico ya que las leyes de la naturaleza son un resultado empírico, pero no un método infalible.

Por último, se trata la cuestión de la omisión. ¿Cuándo un determinado acto de omisión es capaz de generar responsabilidad? Este autor opina con la doctrina mayoritaria que la única forma que podemos aceptarlo es cuando de haberse actuado se hubiese impedido la producción del resultado. Es necesario, por tanto, que exista un deber de actuación y, por otro lado, una concreción en la capacidad evitadora del resultado.

La fase de imputación objetiva es una fase puramente valorativa que permite excluir la amplitud de la relación de causalidad y, de esta manera, fijar los criterios de una justa distribución del daño. El sistema de responsabilidad establecido en nuestro país es uno de responsabilidad objetiva, en el cual se indemnizarán todos aquellos daños que sean consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos independientemente de la voluntad y de los riesgos corridos por la persona a la que se le causa el daño, salvo que intervenga la fuerza mayor. Pero este sistema no supone una responsabilidad ilimitada, sino que busca límites a la amplia relación de causalidad. La teoría de la imputación objetiva busca establecer una graduación entre las diversas causas que intervienen en la producción de un daño y si

son suficientes para poder establecer la relación de causalidad. Por tanto, es necesario que el riesgo creado tenga una determinada entidad tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo. Será cuantitativo cuando no sea insignificante, sea capaz *ex ante* para producir un resultado lesivo. También tiene que ser cualitativamente relevante, ya que de lo contrario nos encontraríamos con un riesgo permitido.

El segundo requisito de carácter cualitativo para la producción del daño consistía en que el riesgo no estuviese permitido. Este riesgo dependerá de la utilidad social de la conducta y, a su vez, se entrará a valorar si se ha prestado la diligencia debida para realizar esta conducta. La prestación sanitaria socialmente aceptada necesita para imputar el daño que se haya producido un error, bien sea imprudente o no. El error puede producirse en cualquier fase de la actividad médico-quirúrgica. Uno de los errores más frecuentes, por desgracia, en la sanidad española lo constituye los daños y muertes producidas como consecuencia de las listas de espera. En este caso, el daño producido se debe a un error en el diagnóstico en la gravedad de la enfermedad del paciente, ya que se pensaba que podía esperar a ser atendido. Otra cuestión que suscita aún muchos más problemas es dónde fijar los límites del error imprudente; para ello es preciso recurrir al estado de la ciencia y de la técnica. La Administración no llevará a cabo un comportamiento fallido cuando se respete el más alto nivel científico-técnico. Es necesario delimitar los conocimientos técnicos de una forma objetiva; tan sólo se pueden reputar como generalmente conocidos aquellos que hayan tenido una suficiente divulgación en las revistas científicas y sean aceptados como paradigma por la comunidad.

IV. Nuestro autor acaba la exposición de su brillante obra con un ejemplo, para nuestra desgracia, demasiado real: una referencia a las investigaciones sobre el SIDA. Realiza un análisis histórico de la enfermedad, citando las distintas fechas en que se produjeron los descubrimientos y analizando la responsa-

bilidad que correspondería en cada época. Así, en la Administración española y tras la Ley 4/99 se excluiría la responsabilidad sólo en los dos primeros estadios de evolución en el conocimiento de la enfermedad, esto es, hasta marzo del 83, que fue cuando se comenzaron a adoptar medidas con carácter general. También tiene en cuenta aquellos supuestos en los cuales interviene el conocimiento del paciente en relación con el tratamiento de la enfermedad, este consentimiento con respecto al tratamiento lo tiene que prestar con anterioridad a la producción del mismo.

V. El autor concluye la obra con una propuesta de *lege ferenda*. De los tres elementos de la responsabilidad, el daño indemnizable, la imputación de primer nivel y la de segundo nivel, la que recibe un tratamiento más insatisfactorio es esta última, ya que se resuelve la imputación del daño de una forma demasiado sencilla. Se tendría que tener en cuenta la concreta actividad que desarrolla la Administración; no es lo mismo la actividad de policía que la de asistencia sanitaria, de tipo empresarial o la estrictamente jurídica. Se parte de un sistema de responsabilidad objetiva para todos los casos, y en algunos supuestos esto no es admisible, ya que exigiría un estudio más detallado del caso concreto. Por tanto, este autor propugna la reforma del sistema vigente; sin embargo, no expone claramente hacia dónde deben tender las líneas maestras directoras del cambio, sino que lo pospone en atención a un estudio más detallado y en profundidad del tema en cuestión.

Inés IBÁÑEZ MÉNDEZ

NÚÑEZ LOZANO, M.^a Carmen: *Ordenación y supervisión de los seguros privados*, Ed. Marcial Pons & Instituto U.D.P. «García Oviedo», Colección «Monografías Jurídicas», Madrid, 1998, 333 páginas.

El libro de NÚÑEZ LOZANO sobre la ordenación y supervisión de los seguros

privados aborda el tema no desde la óptica iusprivatista del contrato de seguro (ampliamente tratada por los mercantilistas), sino desde la perspectiva del Derecho público, centrándose estrictamente en las potestades administrativas de intervención sobre la actividad aseguradora. No es, pues, un trabajo que cabalga entre el Derecho mercantil y el Derecho administrativo. El sustrato de su objeto es efectivamente privado (la actividad aseguradora), pero se da la circunstancia de que éste se proyecta con tal fuerza sobre el interés general (ordenación de la economía, garantías para los asegurados, etc.) que reclama inevitablemente el control de la Administración pública, y a éste se consagra la obra.

En ella se tratan con claridad y maestría todas las técnicas de ordenación y supervisión administrativas, aligeradas y remodeladas (que no suprimidas) por la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado de 1995 (LOSSP), atendiendo a los principios comunitarios. De hecho, estamos ante una excelente obra de estudio y cuidada depuración de las instituciones de intervención vigentes en la materia. En esta labor despunta el trabajo de «traducción», en términos de figuras administrativas nuestras, de las expresiones que el Derecho positivo calca de Directivas comunitarias y que son extrañas al sistema español.

Por otro lado, la obra tiene, además, la virtud de ser única en su especie, pues, no se dedicaba atención monográfica al tema que le ocupa desde 1977, en que LINDE PANIAGUA publicara su *Derecho Público del Seguro*. Las nuevas premisas democráticas y comunitarias, reflejadas en la Ley de 1984 y en la actual de 1995, sobradamente justifican una nueva aproximación a la materia. Por todas estas razones, este libro encabezará sin duda la bibliografía de los estudios jurídicos universitarios sobre Ciencias Actuariales.

El libro se estructura en torno a siete capítulos. Los tres primeros brindan al lector los puntos principales de referencia para situarse frente a la ordenación y supervisión de la actividad aseguradora privada, tales como la evolución hasta nuestros días de la intervención ad-