

La responsabilidad patrimonial del estado en la prevención y seguridad de la salud del personal sanitario a su servicio frente a la pandemia del COVID-19

Sebastian Socorro Perdomo
Abogado

Sumario

- I.- CON CARÁCTER PREVIO: UN PRIMER ACERCAMIENTO AL PROBLEMA
- II.- UN BREVE APUNTE EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL PERSONAL SANITARIO COMO SUJETO PASIVO EN EL ACTO LESIVO CAUSADO
- III.- PRESUPUESTOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA EN LA PREVENCIÓN Y CONTENCIÓN DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 ENTRE EL PERSONAL SANITARIO ADSCRITO AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
- IV.- LA FUERZA MAYOR COMO CAUSA DE SU EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
- V.- LA FALTA DE GARANTÍA Y PROTECCIÓN EN LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL COMO PRESUPUESTO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DAÑO CAUSADO
- VI.- A EFECTOS CONCLUSIVOS: REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA PREVENCIÓN Y SEGURIDAD DE LA SALUD DEL PERSONAL SANITARIO A SU SERVICIO FRENTE A LA PANDEMIA DEL COVID-19.
- VII.-REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

I.- CON CARÁCTER PREVIO: UN PRIMER ACERCAMIENTO AL PROBLEMA

Ante la extraordinaria situación excepcional que estamos viviendo y soportando como consecuencia de la pandemia del COVID-19, entre muchas de las cuestiones que cabe plantearse, merece, a mi juicio, especial atención las posibles y más que probables reclamaciones generalizadas en el ámbito sanitario, planteadas por su propio personal sanitario, por los daños causados como consecuencia de la gestión pública llevada a cabo frente al contagio, en concreto, en materia de prevención y seguridad de los trabajadores sanitarios en la lucha contra la propagación del coronavirus.

La pandemia del coronavirus COVID-19 está causando verdaderos estragos entre el personal sanitario de nuestro Sistema Nacional de Salud. Sanidad calcula que más de 51.000 profesionales sanitarios se han contagiado por coronavirus en este tiempo, lo que representa el 20% de los positivos en nuestro país. Muchos de ellos ya han recibido el alta y se han ido incorporando a sus puestos de trabajo según establece el protocolo, pero, hasta el momento, a la fecha de elaboración de las presentes notas¹, lamentablemente, 52 sanitarios de distintos ámbitos han fallecido a causa de esta enfermedad en España.

Como ya ha tenido ocasión de manifestarse, reiteradamente, nuestro Tribunal Supremo, no todo contagio contraído por el personal sanitario en el ámbito de su actuación profesional implica la necesidad de la reparación del daño causado por parte de la Administración Sanitaria.

Particularmente, será objeto de estudio la incidencia de los efectos de la pandemia del COVID-19 en el personal sanitario público y la posibilidad de la promoción de reclamaciones patrimoniales frente al Estado por los numerosos casos de contagio entre estos profesionales, habiendo llegado a causar graves daños, incluso, la propia muerte.

Para ello, con carácter previo, haré una

¹ Estas notas fueron actualizadas a fecha 7 de junio de 2020 tomando como referencia el Informe sobre el "Análisis de los casos de COVID-19 en personal sanitario notificados a la RENAVE hasta el 10 de mayo en España", fechado el 29 de mayo de 2020, elaborado por el Equipo COVID-19, de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (RENAVE), del Centro Nacional de Epidemiología (CNE) y del Centro Nacional de Microbiología (CNM), pertenecientes al Instituto de Salud Carlos III (ISCIII), dependiente del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

breve referencia a los presupuestos legal y jurisprudencialmente preestablecidos para poder responsabilizar patrimonialmente a la Administración Pública por los actos dañosos causados como consecuencia del funcionamiento de sus servicios públicos, así como precisaré si, como sujeto activo de la reclamación indemnizatoria, víctima del evento lesivo, podrá ser considerado el propio empleado público.

Una vez efectuados los anteriores apuntes preliminares, me centraré en la viabilidad de las posibles reclamaciones patrimoniales que puedan derivarse como consecuencia del contagio al que se ha visto sometido el personal sanitario adscrito a nuestro Sistema Nacional de Salud, con las lamentables y graves consecuencias que ha provocado dicha situación, prestando especial atención a las circunstancias que pudiesen ser invocadas por el Ente Público como causas excluyentes de todo tipo de responsabilidad. Hacemos referencia a la fuerza mayor como origen del daño causado, a la falta de antijuricidad de los perjuicios ocasionados y a la asunción del riesgo por el propio personal sanitario, como base justificativa para la exención de cualquier tipo de responsabilidad patrimonial con relación a la pandemia del COVID-19.

Por último, trataremos algo tan determinante para el resultado del procedimiento de reclamación que haya de promoverse como es la propia actividad probatoria ya no sólo del daño causado sino, lo que redundará en mayor complejidad, la conexión o relación de causalidad entre el acto lesivo provocado y el funcionamiento de la Administración Sanitaria.

Sirvan las presentes líneas como mi pequeño y particular reconocimiento a todo el personal sanitario que ha estado presente, desde el primer momento, combatiendo y luchando contra la pandemia del coronavirus, en beneficio de toda la colectividad, con escasos medios técnicos-preventivos, arriesgando su propia integridad física, hasta el extremo de haber sufrido en primera persona los estragos del contagio epidemiológico, dando pleno sentido al compromiso hipocrático adquirido.

II.- UN BREVE APUNTE EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL PERSONAL SANITARIO COMO SUJETO PASIVO EN EL ACTO LESIVO CAUSADO

2.1. SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

La responsabilidad patrimonial de la Administración, reconocida en nuestra Constitución Española, como principio general, en su art. 9.3, concretada en su art. 106.2, cabe definirla como la obligación de reparación de un daño causado a los particulares por la Administración como consecuencia de su funcionamiento, normal o anormal, siempre y cuando ese agravio causado tenga un carácter antijurídico y no mediase fuerza mayor.

Concretamente, el art. 106.2 de nuestra Carta Magna, reconoce el derecho de los particulares, en los términos establecidos por la ley, *«a ser indemnizados por toda lesión que sufran cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»*.

Ese pronunciamiento constitucional fijado en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración, actualmente, viene desarrollado en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, concretamente entre sus artículos 32

a 37, fijándose, en el primero de los preceptos citados, en su apartado primero, el derecho de los particulares *«a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley»*, precisándose, en su apartado segundo, que *«(e)n todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas»*.

Nos encontramos ante un tipo de responsabilidad de carácter extracontractual, directa y objetiva, con una regulación específica y desarrollada por normas de derecho administrativo aunque se haga uso para la determinación y cuantificación del daño causado a normas propias del derecho privado.

Tal como así se puntualiza en la STSJ de La Rioja, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia núm. 323/1999 de 16 junio.- CENDOJ, ECLI: ES:TSJLR:1999:304), *«(s)ignifica que esta responsabilidad es de tipo directo, que la*



COVID-19

Administración no responde subsidiariamente, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el personal a su servicio culpable. Se dice que es, también, objetiva, porque no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del Derecho civil, en este sentido el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de mayo de 1991 (RJ 1991\3901), dice que se trata de una responsabilidad que surge «al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente», en el mismo sentido la Audiencia Nacional, en Sentencia de 15 de junio de 1992, argumenta «el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones se desenvuelve ajeno a la idea de responsabilidad personal de sus agentes, a la idea de dolo o culpa». Esta es la razón de la referencia de la norma al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, porque lo que pretende es que la colectividad representada por las Administraciones Públicas asuma la reparación de los daños individualizados que produzca el funcionamiento de los servicios públicos por constituir cargas imputables al coste del mismo en justa correspondencia a los beneficios generales que dichos servicios reportan a la comunidad».

2.2. SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL PERSONAL SANITARIO COMO SUJETO PASIVO EN EL ACTO LESIVO CAUSADO

La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria ha venido siendo entendida principalmente por nuestra jurisprudencia y doctrina como aquella responsabilidad indemnizatoria imputable al personal sanitario pública derivada de una negligencia profesional, por un incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la *lex artis* (errores de diagnóstico, falta de consentimiento informado, errores de tratamiento, daños desproporcionados...) o causadas por deficiencias en sus instalaciones sanitarias, provocando tales situaciones unos daños en los particulares, usuarios de la sanidad pública, que no tenían obligación de soportarlos, siendo ello lo que determina el derecho a ser compensados por el perjuicio causado.

En nuestro caso, queremos detenernos, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, y, en concreto, dentro de la actuación de la Administración Sanitaria, en aquella responsabilidad patrimonial derivada por daños causados no a cualquier particular, sino

al propio empleado público, personal sanitario, atendiendo a los presupuestos fijados como criterios de imputación del daño causado, prestando especial atención a las causas de exclusión o exoneración de esa responsabilidad: la existencia de fuerza mayor y la falta de antijuricidad en el acto lesivo.

Por ello, atendiendo a la regulación legal, la primera cuestión que cabría plantearse es si entre los sujetos legitimados para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados por su funcionamiento se encontraría el personal a su servicio, funcionarios o personal contratado, al preverse en la norma como ostentadores de tal derecho únicamente a los «particulares», no haciéndose referencia alguna a empleados públicos.

Dicha cuestión ha quedado debidamente resuelta, desde hace ya un tiempo, por nuestra jurisprudencia, al entenderse, haciendo uso de un criterio integrador y globalizado, que el concepto de «particular» al que se hace referencia como sujeto pasivo del daño causado y correlativo sujeto activo de la reclamación indemnizatoria por ese quebranto ocasionado, debe ser interpretado en un sentido amplio, incluyéndose en el mismo a los empleados de la función pública, estando éstos perfectamente legitimados para instar el reconocimiento, con carácter general, de la pretensión indemnizadora².

Por nuestra jurisprudencia se ha aplicado el principio comúnmente admitido en el seno

² «En primer lugar y antes de averiguar si concurren los expresados requisitos, conviene fijar el ámbito subjetivo a que se refiere la responsabilidad patrimonial, esto es, si los funcionarios públicos pueden ser considerados como «particulares» -a los que se refiere el artículo 106.2 CE-, cuando el daño sufrido lo sea por razón de su condición o actividad funcional, o si, por el contrario, no es así, como señala la resolución recurrida. (...) Pues bien, lo cierto es que dicha cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo que no excluye a los funcionarios públicos de la titularidad del derecho a la reparación que comprende la responsabilidad patrimonial. Así, se incluye incluso a otros entes públicos como titulares, como resulta de la STS de 24 de febrero de 1994 (que se cita en la STS de 2 de julio de 1998) que declara que la «expresión particulares como sujeto pasivo y receptor de los daños, también lo es, en criterios de hermenéutica jurídica, mediante una exégesis no restrictiva del término, debiéndose incluir en el mismo no solo los sujetos privados, sino los sujetos públicos cuando estos se consideren lesionados por la actividad de otra Administración pública, pudiendo comprenderse dentro de aquel a los propios entes locales.» SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 31 octubre 2002 (CENDOJ: ECLI:ES:AN:2002:6013).

de la relación de prestación de servicios funcionariales de que el empleado público debe resultar indemne por todos los gastos que le ocasione el desempeño de sus funciones, de lo que cabe deducirse que el ejercicio del cargo no puede derivarse para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, teniendo su fundamento en el art. 63.1 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado³ y en el art. 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública⁴. Por ello, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial⁵ al respecto, debe garantizarse al empleado público la reparación integral del daño por éste padecido.

Como así fue reseñado por ENTRENA CUESTA⁶, «(e)n definitiva, pues, podrá exigirse responsabilidades a la Administración central cualquier sujeto que se considere lesionado por su actividad».

Nos encontramos, según SÁEZ LARA⁷, ante «...un supuesto específico de responsabilidad patrimonial de la Administración, donde el deber de reparar ha de quedar limitado a daños imputables a la Administración como consecuencia del incumplimiento de su deuda preventiva. (...) En consecuencia, para la solución de los casos de responsabilidad patrimonial deber adoptarse una perspectiva preventiva, teniendo presente los principios, derechos y

obligaciones que rigen esta materia pues, sólo así, a través de la conexión entre prevención y reparación, se podrá garantizar el derecho a una protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo de los (sus) empleados».

Salvada tal cuestión, resulta necesario precisar que no todo daño sufrido por un empleado público en el ejercicio de sus funciones es merecedora de una reparación indemnizatoria por parte del Ente Público.

La obligación de la Administración de responder patrimonialmente por daños profesionales, como por cualquier otro tipo de daño, no es un deber de carácter universal y generalizado. La ocurrencia de un acto lesivo en la prestación del servicio público o el padecimiento de una enfermedad profesional no es suficiente para la viabilidad de una acción resarcitoria distinta de las prestaciones de clases pasivas⁸. No se trata de un tipo de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo derivada de un resultado dañoso, no pudiendo ser considerada esa responsabilidad patrimonial extracontractual como presupuesto reparador de todos los daños producidos en el ámbito público.

3 En el art. 63.1 del R.D. 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, entre los derechos de los funcionarios, establece que «(e)l Estado dispensará a los funcionarios la protección que requiera el ejercicio de sus cargos,... ».

4 En el art. 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, se recoge que «(l)os funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio».

5 SSTs de 20 de mayo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, nº 3011/1996, ECLI: ES:TS:1996:30116) y 19 de septiembre de 1996 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, nº 4901/1996, ECLI: ES:TS:1996:4901), 16 de abril de 1997 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, nº 2644/1997, ECLI: ES:TS:1997:2644), 4 de febrero de 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, nº 668/1999, ECLI: ES:TS:1999:668) o 17 de noviembre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, nº 8377/2000, ECLI: ES:TS:2000:8377), por todas.

6 ENTRENA CUESTA, R. «Curso de Derecho Administrativo. Volumen 1/1. Concepto, fuentes, relación jurídica-administrativa y justicia administrativa». Editorial Tecnos. 1988. Pág. 400.

7 SÁEZ LARA, C. «Responsabilidad patrimonial de la Administración y derecho a la seguridad y a la protección de la salud en el trabajo de los empleados públicos». Revista española de Derecho del Trabajo nº 145/2010. Editorial Civitas, SA. BIB 2010\111

8 «En ambos casos se remite por la Sala al criterio de la STS de fecha 12 de Marzo de 1991 insistiendo en que «que se trata de dos títulos indemnizatorios distintos, criterio éste de compatibilidad que se ha seguido en las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Audiencia Nacional, tanto en la Sección 4ª, sentencias, entre otras, de 2 marzo y 28 noviembre 1995 y de 27 marzo y 8 de octubre de 1998, como por este mismo Tribunal, Sección 5ª, en Sentencias, entre otras, de 14 de junio de 2001, recurso 414/00, sentencia de 4 de octubre de 2.001, recurso 703/00, sentencia de 13 de marzo de 2.003 (JUR 2006, 275427), recurso 184/02, etc., sin que por ello se quiebre, por exceso, el principio de reparación integral del daño que rige en esta materia, en cuanto completa dicha reparación hasta cubrir la totalidad de los daños y perjuicios sufridos y lograr la indemnidad del derecho subjetivo o del interés que resulta lesionado, dado que la pensión se reconoce en consideración a la prestación del servicio y en favor de los familiares que la Ley señala, bastando para ser extraordinaria con que se demuestre que el fallecimiento se produjo en acto de servicio y la indemnización por responsabilidad patrimonial y objetiva de las Administraciones Públicas exige la concurrencia de los requisitos del artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y 1993, 246), sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esto es, existencia de un perjuicio individualizado, su evaluabilidad y derivado de una relación de causalidad de carácter directo con el funcionamiento del servicio, sin existir el deber jurídico de soportar tal daño y la no concurrencia de circunstancias excluyentes.» SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 24 noviembre 2011 (CENDOJ: ECLI:ES:AN:2011:5623).

Al igual que para los demás supuestos de responsabilidad patrimonial, se requiere que se dé cumplimiento de los presupuestos y requisitos previstos en el art. 32 de la Ley 40/2015, siendo éstos:

- La existencia de un daño profesional individualizado, real, efectivo y económicamente evaluable;

- Además, ha de tratarse de un daño antijurídico e imputable a la Administración demandada de la reparación del mismo (con concurrencia de un nexo de causalidad entre la acción u omisión administrativa y el resultado lesivo);

- No siendo, por tanto, consecuencia de una situación de fuerza mayor.

III. PRESUPUESTOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA EN LA PREVENCIÓN Y CONTENCIÓN DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 ENTRE EL PERSONAL SANITARIO ADSCRITO AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Como ya hemos apuntado con anterioridad, no todo daño padecido por un empleado público, en ocasión a la prestación de sus servicios profesionales, implica la posibilidad y viabilidad de una reclamación indemnizatoria con cargo de la Administración de la que depende, distinta a las prestaciones de clases pasivas fijadas en la normativa correspondiente.

No son pocos los pronunciamientos judiciales que exoneran de cualquier responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, como consecuencia de las reclamaciones planteadas por sus empleados públicos por daños causados en acto de servicio o por enfermedades laborales, entendiendo que la existencia de un hecho lesivo derivado de la intervención profesional del personal a su servicio no resulta suficiente como criterio de imputación de responsabilidad, requiriéndose, para ello, un reproche imputable, manifiesto y determinante merecedor de la actuación resarcitoria por el daño causado.

Tal como así se recoge en la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de fecha 10 diciembre 2008⁹ [CENDOJ, ECLI:

ES:AN:2008:5156], «(c)omo es sabido, los requisitos necesarios, según el artículo 139 de la ley Jurisdiccional (actualmente, art. 32 de la Ley 40/2015) y la consolidada doctrina y jurisprudencia que lo interpreta, para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, son los siguientes: 1) Un hecho imputable a la Administración, bastando, por tanto con acreditar que un daño antijurídico, se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público; 2) Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar. El perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; 3) Relación de causalidad directa y eficaz, entre el hecho que se imputa a la Administración («funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos») y el daño producido, sin que proceda de la culpa exclusiva del perjudicado; 4) Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar.».

A la vista de estos requisitos, cabría concluir que, en supuestos como el que nos ocupa, para poder apreciarse la responsabilidad patrimonial de la Administración, con la consiguiente obligación indemnizatoria, se precisa que el daño causado sea calificado como antijurídico, sin intervención de culpa imputable al personal sanitario y sin existencia de fuerza mayor como origen o causa del daño producido.

Resulta, por tanto, necesario analizar los presupuestos legal y jurisprudencialmente exigidos para poder determinar si la Administración del Estado puede ser responsable de los daños causados al personal

una Oficial Sanitario Asistencial de un Centro Penitenciario contra una Resolución dictada por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior por la que se desestimó una reclamación indemnizatoria, exigiendo responsabilidad patrimonial por el contagio del VIH sufrido al pincharse en su mano, en dos ocasiones, realizando labores de limpieza del instrumental quirúrgico de la consulta del dentista de la Institución, contando como única protección facilitada por la Institución unos guantes de látex, causando baja laboral con sometimiento a tratamiento médico, incluyendo psicológico y psiquiátrico, que derivó en una situación de incapacidad permanente para su profesión habitual. La Audiencia Nacional estimó, parcialmente, la reclamación presentada al considerar que por parte del Centro Penitenciario se había incumplido con la obligación de facilitar a su personal el equipo de protección individual (EPI), contando aquella con unos simples guantes de látex, aunque concedió una cantidad inferior a la solicitada.

⁹ La SAN de 10 de diciembre de 2008 estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por



sanitario adscrito a su servicio por el contagio del COVID-19: a) la causación de un daño; b) la causalidad entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos; c) la antijuricidad del mismo; y d) la inexistencia de causa de fuerza mayor como determinante del daño causado.

Procederemos, a continuación, a realizar un estudio detenido y detallado de cada uno de esos presupuestos o requisitos establecidos para poder evidenciar sobre la viabilidad o no de las acciones indemnizatorias que pudiesen plantearse por la crisis epidemiológica en el ámbito sanitario.

3.1. LA DETERMINACIÓN DEL PERJUICIO CAUSADO Y SU ALCANCE

3.1.1. LAS CONFIGURACIÓN DEL DAÑO COMO PRESUPUESTO ESENCIAL Y NECESARIO EN LA RECLAMACIÓN INDEMNIZATORIA

Constituye el daño un elemento fundamental e imprescindible en la configuración de la responsabilidad civil en todos sus aspectos, debiendo quedar el mismo debidamente identificado, determinado y cuantificado. Por ello, de no existir daño o no quedar el mismo suficientemente acreditado, no cabría hablar de responsabilidad indemnizatoria.

La reparación del daño causado precisa, como no puede ser de otra forma, la concurrencia y manifestación de un daño que requiere ser reparado de tal forma que el estado de cosas alterado por el daño vuelva a su situación anterior a la producción del hecho que lo provocó¹⁰.

Haciendo propias las palabras de PANTALEÓN PRIETO¹¹, «*el daño es la fuente y la medida de la responsabilidad civil*».

Se trata, por tanto, de resarcir íntegramente («*restitutio in integrum*») el daño ocasionado y no enriquecer o empobrecer, en su caso, al perjudicado, debiendo éste percibir una indemnización equivalente al perjuicio sufrido.

Ello no quiere decir que, como así lo ha puesto de manifiesto ROCA TRÍAS¹², que la indemnización reclamable no sea acumulable a otras distintas, cuando éstas obedecen a hechos diferentes del propio daño. Considera la autora que los beneficios económicos que provienen de hechos diferentes del propio daño (por ejemplo, la indemnización por responsabilidad patrimonial por fallecimiento y el seguro de vida), resultan totalmente independientes y acumulables y, por tanto, no se han de computar en las indemnizaciones que se establezcan para resarcir el daño causado. Cosa distinta sería si derivan los efectos económicos del daño en sí mismo considerado (por ejemplo, la indemnización por daños materiales en un vehículo por responsabilidad patrimonial del Estado en el mantenimiento de la vía y el seguro de daños a todo riesgo), dado

civil médica» Sexta Edición. Editorial Civitas-ThomsonReuter. 2018. Pág. 962.

11 PANTALEÓN PRIETO, F., «Cómo repensar la responsabilidad civil extra contractual (también la de las Administraciones Públicas)», La Responsabilidad en el Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 4, 2000, , p. 167.

12 ROCA TRÍAS, E., «Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño». Anuario de Derecho Civil, 2004. Volumen LVII, fascículo III (julio-septiembre), pp. 901-928.

10 GALÁN CORTES, J. GALÁN CORTES, J., «Responsabilidad

que, con base al principio de la *compensatio lucri cum damno*, no serían indemnizaciones acumulables sino compensables hasta alcanzar la restitución integral del daño causado, no viendo incrementado el perjudicado su patrimonio más allá del daño sufrido, evitando, con ello, un enriquecimiento injusto.

En materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el daño causado como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, la jurisprudencia¹³ ha declarado, reiteradamente, que, se requiere y precisa que el mismo sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, debiendo, además, en cualquier caso, quedar suficientemente acreditado, no pudiéndose concretar una indemnización sobre parámetros posibles o hipotéticos.

La reparación indemnizatoria exigible e imputable a la Administración prestadora del servicio afectado debe quedar sustentado y apoyado, como ya se ha apuntado anteriormente, en el principio de reparación integral del daño causado, debiendo estar éste debidamente acreditado, siendo inadmisibles las reclamaciones resarcitorias basadas en hipotéticos, eventuales, futuros o, simplemente, posibles daños futuros, así como en contingentes dudosos o presumibles, sin que tampoco sirva la mera frustración de una expectativa. Es decir, que el detrimento patrimonial debe ser actual, constatable en la realidad y cierto, tal y como ha manifestado el Tribunal Supremo, en reiteradísima jurisprudencia, entre ellas en Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 27 de junio de 2007 (CENDOJ, ECLI:ES:TS:2007:5117)¹⁴.

¹³ A título ilustrativo, la SAN, Sala de lo Contencioso, Sección 8ª, de 25 de junio de 2012 (CENDOJ: ECLI:ES:AN:2012:3119): «...el daño debe ser real, cierto y determinado, sin que sean estimables, prima facie, los daños hipotéticos, potenciales, contingentes, dudosos o presumibles, sin que tampoco sea bastante la mera frustración de expectativas; el daño, además, debe estar acreditado, pues la indemnización no puede pivotar sobre parámetros eventuales o posibles».

¹⁴ La STS de 27 de junio de 2007 desestimó el recurso de casación promovido por el Abogado del Estado contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la AN al considerar que fundada la reclamación interpuesta por unos padres, respecto a los daños causados a su hijo recién nacido, como consecuencia de una infección (toxoplasmosis) no detectada a la gestante, tras ingreso en servicio de urgencias de un Hospital Público, por sangrado vaginal, con el diagnóstico inicial de “amenazas de aborto”, sobre la que se practicó una serología tardía, contrastada, posteriormente, con otra prueba, cuyo resultado se excedió en el tiempo, a pesar de la grave afección padecida, teniendo como resultado unas graves secuelas en el feto, una toxoplasmosis congénita,

3.1.2. EL PERJUICIO PATRIMONIAL CAUSADO POR CONTAGIO VÍRICO. LA PROBLEMÁTICA SOBRE LA DETERMINACIÓN Y ALCANCE DEL DAÑO OCASIONADO

En supuestos de responsabilidad patrimonial como consecuencia de contagios víricos, a la hora de valorar el daño causado, no cabe duda que se plantean importantes interrogantes, principalmente en cuanto al eventual desarrollo de la enfermedad, dado que no todas las personas presentan el mismo cuadro clínico, ni todas progresan de igual forma, dándose en ocasiones situaciones irreversibles e, incluso, letales.

Nuestros Tribunales, a la hora de valorar el daño ocasionado, por contagio vírico, han tomado en cuenta determinados valores: a) la gravedad de la enfermedad y su índice de curación; b) el deterioro de la calidad de vida; c) necesidad de contar con tratamiento médico y farmacológico continuo; d) la posibilidad de contraer otras enfermedades (hepatitis crónica). Estas circunstancias, unidas a otras ligadas a las circunstancias del caso concreto, son tenidas y tomadas en consideración para la determinación de la indemnización del daño causado, siguiendo, no obstante, nuestros Tribunales, como ya se ha apuntado anteriormente, un criterio restrictivo a la hora de valorar posibles daños hipotéticos.

3.1.3. LA PRUEBA DEL DAÑO CAUSADO POR EL COVID-19

Sin lugar a dudas, en cuanto a la prueba de daño causado, su dificultad probatoria radicará no solamente en la individualización de la lesión causada sino en la trazabilidad, en un marco de relación de causalidad, entre el efecto lesivo ocasionado y la eventual decisión, acción u omisión por parte de la Administración Sanitaria, en cuanto a la prevención y protección del personal a su servicio en su lucha contra la propagación del contagio vírico.

hidrocefalia, meningitis, diabetes insípida e hipercalcemia, con un grado de minusvalía del 76%. El fundamento de la reclamación se centraba en los daños morales ocasionados a los propios padres, así como en los daños personales causados en el hijo de los reclamantes, adecuación de vivienda, remuneración de persona cualificada para su atención, gastos de tratamiento asistencial y material de parafarmacia, entiendo la Sala que todos los conceptos reclamables eran indemnizarles salvo los gastos de adecuación de vivienda y la de gastos de tratamiento asistencial, al no corresponder el primero de ellos a una necesidad actual atendiendo a la edad del menor, y en cuanto a los gastos asistenciales por poder quedar los mismos cubiertos por la Sanidad Pública.

Ciertamente, no resultará suficiente para la viabilidad de la acción patrimonial resarcitoria probar el daño causado (fallecimiento, secuelas, tiempo de baja...) sino que, además, lo que redonda mayor complejidad, habrá de acreditarse que el contagio vírico fue consecuencia de la falta de medidas de información y protección del personal sanitario, de tal suerte que de haber sido tomadas tales medidas preventivas o de aseguramiento se hubiera evitado el daño causado.

Tal como así se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008¹⁵, *«...corresponde al lesionado acreditar la existencia del daño y el nexo causal, que explique de que manera el defectuoso funcionamiento del servicio actuó como causa mediata en la producción de la lesión,.... corresponde a la Administración la acreditación de la circunstancia de hecho que defina el estándar del rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar situaciones de riesgo de lesión de los usuarios del servicio».*

¹⁵ En la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 16 de enero de 2008, fue objeto de estudio la reclamación indemnizatoria promovida por militar, Brigada Especialista, como consecuencia de un accidente en acto de servicio al sufrir una fuerte descarga eléctrica al verificar las conexiones del ordenador del servicio de admisión de enfermas del Hospital Militar de Melilla, considerando la Sala que no existía responsabilidad alguna dado que «(e)n el presente caso, el recurrente, a quien correspondía la carga de la prueba, no ha solicitado ni siquiera el recibimiento a prueba para acreditar la anormalidad, bien de la instalación eléctrica o del aparato que manipulaba, por lo que ha de partirse de la normalidad de la actuación administrativa, constituyendo un riesgo derivado de la propia profesión del recurrente el que se deriva de la manipulación del aparato que, desde luego y por su conexión eléctrica, obligaba a no realizarlo con las manos húmedas, circunstancia ésta que resulta acreditada en las actuaciones y que hace que quiebre el principio de antijuricidad del daño que en la presente situación no resulta imputable a la Administración, ya que para no entenderlo así el recurrente debió de haber acreditado una anormal funcionamiento del material que manejaba como elemento único causante del perjuicio junto con una correcta manipulación del mismo, habiéndose apreciado por el Tribunal de instancia que ni una ni otra circunstancia concurrían en el presente caso, de donde resulta la falta de responsabilidad de la Administración, bien por ausencia del elemento de la antijuricidad del daño o bien por falta del nexo causal roto por la propia conducta del recurrente que, al manipular indebidamente el aparato conectado con la toma de corriente eléctrica, ha de ser considerada como única causante del perjuicio sufrido por el recurrente. Todo ello sin olvidar, además, que en el presente caso el recurrente aparece curado de las lesiones, sin que al haber percibido sus retribuciones en el período en que se vio afectado por las mismas se le haya irrogado perjuicio indemnizable distinto al pretium doloris que reclama y que, por las razones antes mencionadas, fue correctamente denegado por el Tribunal de instancia.».

3.2. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA SANITARIO Y EL DAÑO OCASIONADO AL PERSONAL A SU SERVICIO COMO PRESUPUESTO CONFIGURATORIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Otro de los presupuestos necesarios para poder configurar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos como consecuencia del ejercicio y desarrollo de la función pública es la concurrencia de una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público desarrollado y el evento lesivo provocado, presentándose éste, en innumerables ocasiones, como enmarañado y complejo, siendo necesario, por regla general, hacer un tratamiento concreto y diferenciado de cada situación creada, generadora de un resultado nocivo, para conocer y fijar las consecuencias reparadoras y el alcance de ésta.

Como ha declarado, de forma pacífica y reiterada, nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 24 de enero de 2007 (CENDOJ, ECLI:ES:TS:2007:356)¹⁶, *«siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva (acción u omisión) del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse, por ser desconocida la causa generadora del evento dañoso».*

Con la relación de causalidad o nexo causal, tal como así lo ha considerado nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de fecha 26 de septiembre de 1998 (CENDOJ,

¹⁶ La STS de 24 de enero de 2007 desestimó el recurso de casación interpuesto por los padres de un joven contra la Sentencia dictada, en apelación, por la Sección novena de la Audiencia Provincial de Granada, en la que se confirmó la dictada en primera instancia, absolviendo al Servicio Andaluz de Salud y a una Médico de la reclamación indemnizatoria por responsabilidad civil sanitaria como consecuencia del fallecimiento de su hijo, persona joven, por trombosis venosa profunda. El TS consideró que no existía responsabilidad alguna del facultativo que trató al paciente y, por ende, de Servicio al que pertenecía, por haber actuado conforme a la lex artis, no existiendo reproche culpabilístico alguno, dado que había una gran dificultad en su diagnóstico, al haberse enmascarados sus síntomas en otros de origen postraumático, toda vez que acudió al Hospital por una patada recibida en el tobillo jugando al fútbol, no presentando, en ese momento, signo alguno de la enfermedad que causó su muerte.

ECLI:ES:TS:1998:5393)¹⁷, «se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante en sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o *«conditio sine qua non»*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto de otro anterior».

No obstante, esa regla condicional entre hecho y resultado no resulta suficiente para poder definir lo que viene siendo distinguida como causalidad adecuada, resultando necesario, no solamente que se den ambos parámetros sino, además, que esa interrelación sea normalmente idónea para determinar el evento o resultado, tomando para ello todas las circunstancias que rodean al caso concreto.

Se precisa dar cumplimiento a una adecuación objetiva entre acto y evento, y sólo cuando sea así, dicha condición se convierte en causa adecuada, causa eficiente, suficiente o causa próxima, prevalente y verdadera del daño causado, quedando de tal forma excluidos y faltos de valor todos aquellos demás actos concurrentes indiferentes, inadecuados o

absolutamente extraordinarios.

Claro está que cualquier acaecimiento lesivo puede no tener una única causa sino sea el resultado de un complejo de hechos, condiciones y situaciones que pueden ser autónomos entre sí o dependiente uno con los otros, dotados todos ellos de un determinado poder causal.

En la producción del resultado dañoso pueden concurrir una pluralidad de causas. Por ello, como así se puntualiza en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 25 de enero de 1997 (CENDOJ, ECLI:ES:TS:1997:408)¹⁸, «la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, si bien admitiendo la posibilidad de una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, lo que debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización. Ello no es obstáculo para que, según los casos, se requiera para

17 La STS de 26 de septiembre de 1998 desestimó el recurso de casación promovido por los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Canarias contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Canarias, con sede en Las Palmas, al considerar que existía responsabilidad de un Centro Escolar Público por el fallecimiento de un alumno de 7 años el cual se había caído desde un segundo piso, y, por ende, de la Consejería de Educación, fundamentada en la falta de cuidado y atención del profesorado así como de la ausencia de medidas de protección suficientes, concurriendo, por ello, en el caso enjuiciado las circunstancias de previsibilidad del daño y la falta de adopción de medidas de prevención del riesgo.

18 La STS de 25 de enero de 1997 desestimó el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia dictada por el Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, al considerar que del fallecimiento de un recluso en un Centro Penitenciario como consecuencia de recibir una puñalada por otro interno desconocido, era responsable, en este caso, el Ministerio de Justicia, dado que, a pesar de que la conducta del fallecido afectó a su resultado mortal, está circunstancia no tenía la suficiente entidad para romper el nexo causal entre el servicio público penitenciario y el resultado dañoso, primando el deber de vigilancia y cuidado que se le exige a los funcionarios penitenciarios para prevenir y evitar situaciones de este tipo, aunque la conducta del fallecido sí era determinante para moderar el importe de la indemnización.



determinar la existencia de responsabilidad, el carácter directo, inmediato y exclusivo del referido nexo...».

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1.998, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 28 de octubre de 1998 (CENDOJ, ECLI:ES:TS:1998:6273)¹⁹, «(n)o son admisibles otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros terrenos- irían contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas».

Por ello, los factores potenciales de riesgos que puede rodear una determinada actividad administrativa deben de materializarse en una lesión concreta que precisará ser reparada cuando aparezca suficientemente probada la existencia de un vínculo causal, de tal suerte que de carecer de relevancia la intervención pública en el hecho luctuoso no justificaría reparación indemnizatoria alguna.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 27 de mayo de 1999 (CENDOJ, ECLI:ES:TS:1999:3699)²⁰, «(c)ierto es que la doctrina jurisprudencial más reciente viene sosteniendo la objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero ello no convierte a ésta en un asegurador que deba responder en todos los casos que se produzca un resultado lesivo a raíz de la utilización de

bienes o servicios públicos, sino que es necesario que exista un nexo causal entre el resultado en cuestión y el actuar de la Administración», no estando aquélla amparada en una causa de justificación que determine el deber jurídico del lesionado de soportar el daño causado.

Como apunta GALÁN CORTÉS²¹, «la prueba del nexo causal constituye un elemento básico e imprescindible para que pueda declararse la responsabilidad civil.».

Tal como así reiteradamente lo ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 15 de noviembre de 2006, de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2006:6778)²², «si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad objetiva u objetivada».

Ahora bien, nuestra jurisprudencia ha entendido que la relación de causalidad, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, no debe ser entendida, en cuanto a su prueba, como aquella científicamente comprobada, dejando de lado aquellas situaciones en las que, dadas las características de suceso enjuiciado, la prueba del nexo causal resulta de imposible o difícil determinación exacta, bastando, para imputar objetivamente el daño ocasionado, la concurrencia de un alto grado de probabilidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el resultado dañoso.

Por ejemplo, en la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 24 de octubre de 2003 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2003:6551)²³, en un caso de una fallecimiento de una paciente tras

¹⁹ La STS de 28 de octubre de 1998 desestimó el recurso de casación interpuesto por el Instituto Nacional de Salud contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso del TSJ de Canarias, con sede en Las Palmas de G.C., en la que se reconoció una indemnización a la esposa de un paciente al que se le había efectuado una transfusión de sangre portadora del virus de Hepatitis B, provocándole daños que originaron su fallecimiento, no siendo causa de exoneración de responsabilidad a la Administración el hecho de que fuese un caso fortuito, dado que lo alegado por la aquélla en cuanto a que el donante pudiese ser portador del virus y no llegar detectarse, siendo, por tanto, un riesgo extraño a la actuación de la Administración, resultaba intrascendente, al ser la responsabilidad patrimonial de carácter objetiva, respondiendo tanto si el daño causado fuese por el funcionamiento normal o anormal de sus servicios.

²⁰ La STS de 27 de mayo de 1999 desestimó el recurso de casación interpuesto por el conductor de una motocicleta contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso del TSJ de las Islas Baleares, al considerar que la causa del accidente sufrido no fue el estado de la vía sino velocidad con la que circulaba el recurrente, siendo, por tanto, la causa del SINIESTROS ajena al actuar de la Administración municipal demandada y, por tanto, no existió nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso.

²¹ GALÁN CORTES, J. «Responsabilidad civil médica» Sexta Edición. Editorial Civitas-ThomsonReuter. 2018. Pág. 574.

²² La STS de 15 de noviembre de 2006 desestimó el recurso de casación que se había interpuesto por una paciente de un Centro Sanitario Concertado con el Servicio Gallego de Salud (SERGAS), contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en la que se había estimado los recursos de apelación formalizados por dicho Centro Hospitalario y por una de sus anestesistas, las cuales fueron, en primera instancia, condenadas a abonar una indemnización a la recurrente, intervenida, en varias ocasiones, sufriendo, finalmente, una lesión medular importante, entendiéndose la Sala que no existió relación de causa y efecto entre los daños sufridos por la paciente y el acto médico, por la aplicación de la técnica de raquianestesia, teniendo la atrofia medular padecida una etiología variable.

²³ La STS de 24 de octubre de 2003 desestimó los recursos de casación interpuestos, tanto por la Administración del Estado como por los reclamantes, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la

una infección contraída en un quirófano de un hospital público, señaló como nexo causal entre la actuación administrativa y el fatal desenlace, el precario estado de las instalaciones de aire acondicionado localizado en la sala de operaciones, considerando que el germen que causó la muerte pudo haber entrado a través de tales instalaciones, siendo ello altamente probable aunque no matemáticamente probado.

3.3. LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO COMO PRESUPUESTO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

3.3.1. LA DETERMINACIÓN LEGAL DEL DAÑO INDEMNIZABLE EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tal como ya hemos apuntado, no todo daño individualizado, efectivo, económicamente evaluable e imputable a la Administración Pública, en relación de causalidad, es merecedora de una reparación indemnizatoria, sino que se requiere, además, que ese daño causado carezca de cualquier tipo de justificación legal y que el mismo no sea consecuencia de una situación de fuerza mayor ajena al servicio público prestado.

No nos encontramos ante un tipo de responsabilidad administrativa de naturaleza objetivamente absoluta, de tal suerte que resultase suficiente para la imputación de responsabilidad la concurrencia de una relación de causalidad de carácter material, sirviendo éste como único elemento relevante y determinante de la misma.

Además de ese nexo causal entre la acción administrativa y el daño desencadenado, se

precisa que este último tenga un carácter antijurídico. Tal como así se recoge en la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 23 marzo 2000 (CENDOJ: ECLI: ES:AN:2000:1990), «... para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos. (...) Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable».²⁴

Por ello, habrá que prestar especial atención al ámbito de la actuación administrativa generadora del evento lesivo para conocer cuáles son los criterios normativos de imputación que les sea aplicable.

No todo tipo de actividad derivada de un servicio público provocadora de un daño, necesariamente implica la reparación del mismo por parte del Administración causante del mismo. Puede tratarse de un daño que tenga el damnificado el deber legal de soportarlo, sin que ello suponga legitimación alguna para reclamar la reparación indemnizatoria por el

Audiencia Nacional, la cual estimó parcialmente la reclamación formulada contra el Ministerio de Sanidad y Consumo por anormal funcionamiento de sus servicios públicos sanitarios, condenado a la Administración al pago de una suma indemnizatoria por el fallecimiento de una paciente intervenida en Centro Sanitario Público como consecuencia del contagio por una bacteria (germen aspergillus) en la sala de operaciones, pudiendo ser la causa del mismo el estado de las instalaciones del aire acondicionado, considerando el TS que concurría, en tal caso, el nexo causal exigible, aunque desatendió la pretensión de los recurrentes (esposo e hija de la fallecida) de ser indemnizados por mayor cantidad de la fijada en primera instancia, por los daños morales causados, al entenderse que la valoración económica fijada resultaba conforme a derecho, no habiéndose aportado por los recurrentes datos circunstanciales excepcionales que justificasen el incremento de la indemnización concedida.

²⁴ La SAN de 23 de marzo de 2000 estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Sargento Primero de Infantería del Ejército de Tierra contra una Resolución del Ministerio de Defensa, por la que se desestimaba una reclamación indemnizatoria como consecuencia de la pérdida del dedo anular de su mano derecha al habersele enganchado el mismo con la parte superior de un soporte de una estantería, al estar ordenando y recontando el material de almacén, al considerarse, en aquella Resolución, que era de aplicación el Baremo de Lesiones, Mutilaciones y Deformidades de carácter definitivo y no invalidante, publicado por Orden de 5 de abril de 1974, el cual preveía una prestación económica muy inferior a la reclamada por responsabilidad patrimonial, entendiéndose que no procedía acudir al régimen general de la responsabilidad patrimonial cuando existía una normativa específica. La Sala consideró que el recurrente tenía derecho a ser indemnizado conforme al régimen general de la responsabilidad patrimonial, a pesar de existir una normativa concreta, cuando, con ella, no repare a íntegramente el daño causado.

daño sufrido.

Tal como así fue definido por GARCÍA DE ENTERRÍA²⁵, “(e)l concepto de perjuicio es puramente económico, material; el de lesión es ya un concepto jurídico. Lesión sería el perjuicio antijurídico (...), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo como toda licitud. La norma de la antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado. (...) El concepto técnico de daño o lesión, a efectos de responsabilidad civil, requiere, pues, un perjuicio evaluable, ausencia de causas de justificación (civiles),

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ CARANDE, E. «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa». Estudios Monográficos. Anuario de Derecho Civil. Año 1955. Pág. 1125-1126.

no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona.”.

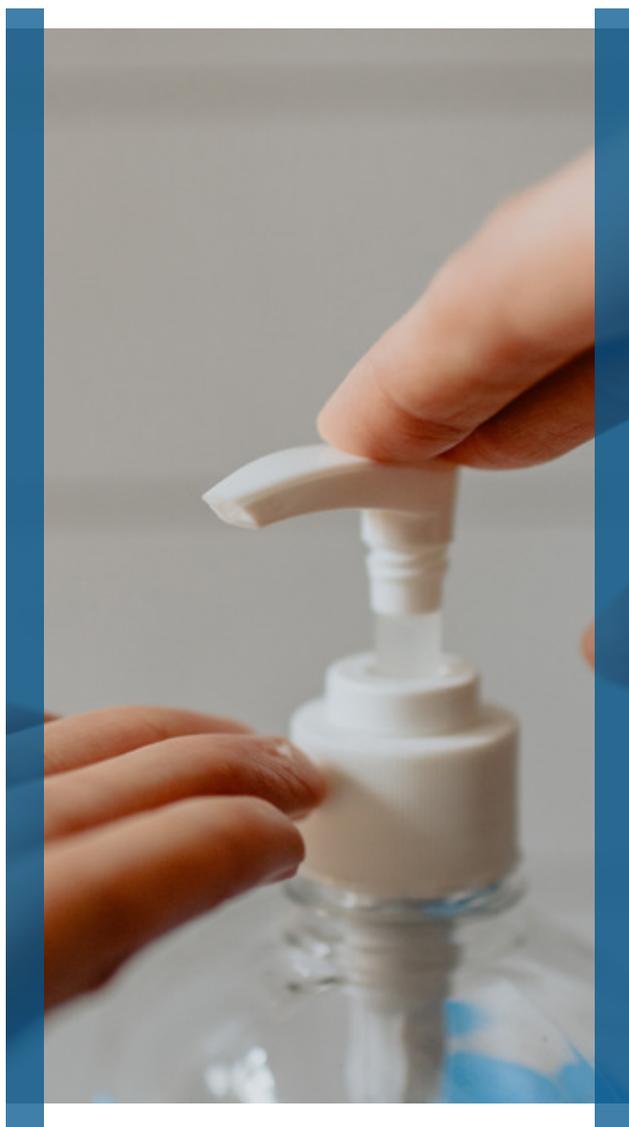
La responsabilidad patrimonial de la Administración no viene determinada atendiendo tan solo al daño ocasionado como consecuencia del funcionamiento de sus servicios públicos, sino que se requiere que ese daño causado tenga la consideración y el carácter de antijurídico, esto es, que el lesionado, como titular del daño, no tenga la obligación legal de soportar la situación lesiva con sus consecuencias.

Para la determinación de la antijuridicidad no se precisa, por tanto, que la actuación administrativa escape de la legalidad, pues puede causarse ese daño indemnizable al amparo de la misma, no distinguiendo el legislador entre daños ocasionados dentro del funcionamiento normal de los provocados por un funcionamiento anormal o defectuoso.

Nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias dictadas por la Sección 6ª, de la Sala de Contencioso, de fecha 25 de enero de 1997 (CENDOJ:ECLI:ES:TS:1997:408)²⁶ y de 24 de mayo de 1999 (CENDOJ:ECLI:ES:TS:1999:3590)²⁷, ha precisado que lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no

²⁶ En la STS de 25 de enero de 1997, se desestimó el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional en la que se reconocía la indemnización a la esposa e hijos de un interno de un Centro Penitenciario fallecido como consecuencia de haber sufrido una agresión con arma blanca, aunque aplicó un criterio moderador por la concurrencia de culpa en el hecho luctuoso del propio interno agredido al haber comunicado la agresión varias horas más tarde de haberla sufrido, considerando que tal hecho no tenía entidad suficiente para romper el nexo causal entre el servicio público penitenciario y el resultado dañoso, dado que se incumplió con las medidas de vigilancia y seguridad exigibles.

²⁷ En la STS de 24 de mayo de 1999, se declaró no haber lugar al recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, interpuesto por un soldado que se encontraba realizando el servicio militar obligatorio, el cual sufrió un grave accidente por el que quedó tetrapléjico, al lanzarse al mar desde un acantilado en zona poco profunda, entendiendo la Sala que la culpa exclusiva de la víctima, siendo su comportamiento el único determinante del daño sufrido, siendo intrascendente el hecho de que estuviese cumpliendo el servicio militar obligatorio ya que ello no supone que la Administración tenga que soportar todos los riesgos generados por la conducta del soldado y ajenos a dicho servicio, siendo necesario que concurra un nexo de causalidad entre el funcionamiento normal o anómalo del servicio público y el resultado dañoso producido, exigencia que no se dio en el supuesto enjuiciado.



es el proceder antijurídico de la Administración, dado que tanto responde en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o lesión.

La antijuridicidad de la lesión no concurre cuando el daño no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquél, incluyendo así nuestro ordenamiento jurídico como causa de justificación los denominados riesgos del progreso.

Eso sí, atendiendo al tenor de lo previsto en el art. 32.1 de la Ley 40/2015, los daños considerados como jurídicamente aceptables, de los que no se deriva responsabilidad alguna, deben ser tratados con carácter restrictivo al haberse considerado los mismos por el Legislador como excepción a la norma general, a los principios que rigen en la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el mencionado precepto, se reconoce, con carácter generalizado, el derecho a la indemnización por los daños causados por la Administración actuante (*“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados...”*), para, posteriormente, limitar ese derecho como excepción a la regla general establecida (*“... salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*).

En la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 5 abril 2011 (CENDOJ: ECLI: ES:TS:2011:1725), se puntualiza, al respecto, que *«..., la jurisprudencia considera que para la exigencia de responsabilidad basta que el daño tenga su origen en la actividad, normal o anormal, de la Administración, aunque se cause involuntaria o accidentalmente, sin que el que lo sufre tenga por su parte obligación de asumir el riesgo de dichos servicios, con la única excepción expresa de los causados por fuerza mayor o por culpa del propio perjudicado (STS. 3ª, 6ª, 31-VII-90 (RJ 1990, 2275)); o como dice la STS, de la misma Sala y Sección, de 16-XII-97, «a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.»*

Por ello, el daño o lesión que debe ser soportado jurídicamente por el damnificado

debe ser un daño explícito y previsto en la norma, no pudiendo ser calificado éste como fórmula abierta y generalizada. Muy al contrario, debe ser interpretado forzosamente ese daño de manera restrictiva, de tal suerte que si existiese duda alguna sobre la antijuridicidad del mismo, deberá ser entendido éste, con base al principio de pro damnato, como daño indemnizarle y resarcible.

3.3.2. LA CONSIDERACIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LOS DAÑOS CAUSADOS EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

En el ámbito de la función pública, resulta determinante analizar que daños pueden ser calificables como antijurídicos, como presupuesto necesario para la reclamación indemnizatoria por parte del personal funcional o estatutario prestador del servicio público.

No han sido pocas las reclamaciones por responsabilidad patrimonial contra la Administración Pública promovidas desde dentro, por parte del personal adscrito a la función pública, con ocasión a daños sufridos, principalmente, en actos de servicio.

Si bien, en un primer momento, lo que era objeto de discusión era la compatibilidad de las indemnizaciones reclamadas con las prestaciones sociales que daban lugar, posteriormente, una vez salvada por nuestra Jurisprudencia la compatibilidad entre ambas prestaciones, las sociales y las indemnizatorias²⁸, lo que resultó ser centro de debate fue la determinación de la antijuridicidad del daño ocasionado, relacionado, principalmente, con la asunción voluntaria por parte del empleado público del riesgo creado, materializado en el daño ocasionado.

En esta materia, nuestro Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia, distinguiendo entre normalidad y deficiencia en el servicio público prestado, tomando especial atención a la imputabilidad o no del empleado

²⁸ Resulta ser doctrina jurisprudencial consolidada la compatibilidad entre las prestaciones de Seguridad Social y las indemnizaciones propias de una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, al responder cada una de ellas en esencia y en su causa a aspectos diferentes, sirviendo la conjunción de éstas, prestaciones e indemnizaciones, al principio de plena indemnidad de la víctima, principio que no se alcanzaría con percepción única de prestaciones sociales plasmadas en las normas sectoriales. En tal sentido, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 6, de 24/07/2012 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2012:6053)

público damnificado en la causación del daño causado y, como ya hemos mencionado con anterioridad, al tipo de actividad pública desarrollada, en cuanto a la asunción del riesgo como propia de la misma, privando ello, en tales casos, de antijuridicidad al daño causado al existir un deber jurídico de soportar los efectos lesivos del acto dañoso.

Tal como así se expone en la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 24 de julio de 2012 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2012:6053)²⁹, «... ha de matizarse con la jurisprudencia de esta Sala formulada al efecto que distingue entre los daños y perjuicios sufridos por la prestación del servicio normal de los de funcionamiento anormal. Y si bien en los primeros, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que de acuerdo con la ley tiene el deber jurídico de soportar, lo que excluye la antijuridicidad de la actuación administrativa, no viniendo obligada la Administración a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial, más que con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, sólo en los segundos, cuando existe un funcionamiento anormal de servicio público, ha de distinguir entre si la deficiencia o normalidad es consecuencia exclusiva de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta como pone de relieve el Tribunal de instancia y esa jurisprudencia de esta Sala, sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, faltando el nexo causal, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado, de forma que sólo cuando ninguna participación hubiese tenido el funcionario o servidor público perjudicado en el resultado producido, habría de ser resarcido por la Administración pública hasta alcanzar la plena indemnidad.».

²⁹ La STS de 24 de julio de 2012 desestimó el recurso de casación interpuesto por un militar contra una Resolución del Ministerio de Defensa por la que no se desatendía una reclamación indemnizatoria por responsabilidad patrimonial, como consecuencia de unas secuelas invalidantes sufridas al realizar un salto en paracaídas cuando efectuaba un curso básico de adiestramiento, al considerar que no había quedado probado que el accidente padecido lo fuera por algún fallo o problema mecánico del paracaídas utilizado o por circunstancias climatológicas adversas, siendo considerado el mismo como un caso de funcionamiento normal de la Administración, «...por lo que la responsabilidad por los perjuicios cuya indemnización se solicita, no ha de recaer sobre la Administración sino en los términos derivados de la regulación de la situación estatutaria con el reconocimiento de la pensión que ya se ha efectuado...».

Según esta doctrina, en los supuestos de reclamación patrimonial por daños ocasionados a los funcionarios públicos, habrá de tomarse como punto de partida si el daño ha sido consecuencia del funcionamiento normal del servicio público prestado o se trata de una deficiencia en el mismo.

En el caso de ser el daño consecuencia del funcionamiento normal del servicio público prestado, el Tribunal Supremo ha entendido que el resultado lesivo no tendría el carácter de antijurídico al derivarse de un riesgo que el prestador del servicio ha asumido voluntariamente, siendo consiente de la existencia del mismo. En ese supuesto, no vendría la Administración Pública obligada a indemnizar el daño causado, pudiendo optar aquel por solicitar las prestaciones sociales propias de su condición de empleado público.

En tal sentido, la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 4ª, de 5 de abril de 2011 (CENDOJ: ECLI: ES:TS:2011:1725), en la que se pone de manifiesto que «... conviene recordar que esta Sala Tercera, en Sentencia de 16 de junio de 2010, dictada en el recurso de casación nº 1563/06, establece lo siguiente: “Constituye doctrina reiterada de este Tribunal, como expresamente recoge nuestra sentencia de 20 de mayo de 2009, y así lo hemos declarado, también, en sentencia de 23 de abril de 2008, recogiendo el pronunciamiento de las de 1 de febrero de 2003 y 14 de octubre de 2004, la de que, en el supuesto de funcionamiento normal, el servidor público asume voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no resulta antijurídico y la Administración no viene obligada a indemnizarle en concepto de responsabilidad patrimonial, sino exclusivamente con las prestaciones pasivas previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, criterio éste mantenido ya también en la sentencia de 10 de abril de 2000”».

De tratarse el daño ocasionado consecuencia del funcionamiento anormal del servicio público en el que se ve implicado el empleado público damnificado, habrá que estudiar, según la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, si, en esa anormalidad en el funcionamiento de la actividad pública, ha intervenido de forma activa, culpable, exclusiva y directa el personal prestador del servicio, o, en su caso, la ocurrencia del evento lesivo obedece a factores externos al propio afectado o concurrentes al mismo.

En el primero de los casos, en el supuesto de intervención culposa del perjudicado y determinante del hecho luctuoso, quiebra la relación o nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño causado, por lo que no resulta procedente la reparación indemnizatoria por parte de la Administración titular del servicio.

En el otro caso, en el supuesto de que la conducta del perjudicado no ha sido la causante de la anomalía o deficiencia en el servicio, procede la reclamación reparadora.

Si de algún modo la intervención del empleado público ha favorecido o cooperado en el funcionamiento anormal del servicio prestado y, consecuentemente, en la producción del daño, concurriendo en la culpa, la pretensión indemnizatoria debe ser moderada en atención a su grado de participación.

Como señala SÁEZ LARA³⁰, «(h)oy la

³⁰ SÁEZ LARA, C. «Responsabilidad patrimonial de la Administración y derecho a la seguridad y a la protección de la salud en el trabajo de los empleados públicos». Revista española de Derecho del Trabajo nº 145/2010. Editorial Civitas, SA. BIB 2010\111

doctrina, tanto judicial como consultiva, no exige una relación de causa-efecto directa y exclusiva entre el funcionamiento del servicio y el daño para poder reconocer el derecho a la indemnización del daño producido, sino que siguen la doctrina de la “conurrencia de culpas” y, tras reconocer el derecho a la indemnización, se modula la cantidad que corresponde abonar a la Administración, proporcionalmente a su participación en la producción del daño.»

Corresponde al empleado público probar el deficiente funcionamiento del servicio público prestado.

Llegado a este punto, analizando la jurisprudencia recaída en torno a las reclamaciones indemnizatorias planteadas por parte del personal empleado público frente a la Administración por daños causados en ocasión al servicio prestado, cabe decir que dos son los presupuestos exigibles: a) que el daño sufrido sea como consecuencia de un funcionamiento anormal del servicio público; y, b) que el mismo no deba causa de forma exclusiva a la conducta culposa del agente público dañado.

Si el origen del acto lesivo está en el



funcionamiento anormal del servicio público prestado, no podemos hablar del deber jurídico del empleado público de soportar el daño causado como causa excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En tal caso, deberá el perjudicado funcionario público ser resarcido por la Administración de todos aquellos daños y perjuicios causados.

Consecuentemente con lo expuesto, habrá de estar a la casuística concreta para poder determinar la existencia o no de esa responsabilidad patrimonial de la Administración, atendiendo, no al daño, en sí mismo considerado, sino a la causa del mismo (funcionamiento normal/anormal del servicio público prestado), así como a la intervención activa del damnificado, de tal suerte que solamente se vería justificada la indemnización por los daños causados si los mismos no derivan de un riesgo propio de la actividad pública desempeñada y respondan a una deficiencia del servicio público ajena o extraña a la propia conducta de aquél.

3.3.3. LA DETERMINACIÓN DE LA ANTIJURICIDAD DEL DAÑO COMO CONSECUENCIA DE LA PRESTACIÓN SOCIO-SANITARIA PÚBLICA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS DAÑOS SUFRIDOS POR PERSONAL SANITARIO POR CONTAGIO VÍRICO

Son dos pilares fundamentales en los que se ha sustentado nuestra jurisprudencia para desatender las reclamaciones patrimoniales en el orden sanitario por los empleados en el servicio de sus funciones, a) el deber de soportar el daño causado, configurando la actividad sanitaria como actividad de riesgo, debiendo asumir el profesional los daños derivados del funcionamiento normal del servicio público prestado; y, b) el estado del conocimiento de la ciencia, no siendo imputable a la Administración un evento lesivo que en el momento de su producción era desconocido y, por ende, inevitable. En ambos supuestos, se ha entendido que el daño causado no tiene el carácter de antijurídico, presupuesto necesario, entre otros, para la determinación de la responsabilidad patrimonial pública.

3.3.3.1. EL CONTAGIO VÍRICO COMO RIESGO PROPIO DE LA ACTIVIDAD SANITARIA

La antijuricidad del daño, como requisito ineludible y necesario para el reconocimiento de la responsabilidad por daños sufridos por

el empleado público en el ámbito del servicio público prestado, está sensiblemente vinculada con la propia actividad desarrollada por aquél.

Resulta, por tanto, imprescindible conocer si las consecuencias del acto lesivo derivan del riesgo propio de la actividad profesional desarrollada, siendo éste consustancial e inherente a ella o no, para, con ello, determinar la existencia o no de esa responsabilidad pública.

En el ámbito del sector sanitario, han existido numerosas reclamaciones como consecuencia del contagio vírico clínico, entendiendo nuestro Tribunal Supremo, en la mayoría de los casos, que tal hecho supone un riesgo propio de la actividad socio-sanitaria, asumido y aceptado por el propio profesional sanitario, por lo que el daño no puede ser considerado antijurídico, no estando, por tanto, obligada la Administración a la reparación del mismo.

Así, por ejemplo, en STS, Sala de Contencioso, Sección 6ª, de 6 de noviembre de 2001 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2001:8646)³¹, consideró que no existía responsabilidad alguna de la Administración Sanitaria al no ser el contagio vírico un daño de carácter antijurídico, debiendo ser soportado por el propio sanitario, al tratarse de un riesgo propio e inherente a la actividad profesional desarrollada.

Tampoco entendió nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso, Sección 4ª, de 10 de abril de 2012 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2012:2670)³², la

³¹ En la STS de 6 de noviembre de 2001, fue objeto de estudio una reclamación planteada por un enfermero de la sanidad pública por contagio vírico de la hepatitis C, contra el Instituto Nacional de la Salud, que se decía sufrida por el recurrente en su ejercicio profesional, interponiéndose el recurso de casación contra la Sentencia desestimatoria dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias, recurso que si bien fue estimado en parte, en cuanto a la extemporaneidad de la reclamación administrativa, considerándola planteada dentro del plazo legalmente establecido, no lo fue, en cuanto al fondo del asunto, entendiendo el TS que «...su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente (funcionario del Insalud en el supuesto actual)... razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial.»

³² En la STS de 10 de abril de 2012, se declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por un Sanitario el cual sufrió un contagio del virus de la hepatitis C, cuando atendía a un paciente enfermo, a pesar de haber cumplido con el protocolo de prevención establecido, dado que «...la actividad que desarrollaba el recurrente como enfermero del SAMU, implica y supone el riesgo profesional

responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por el pinchazo sufrido por un auxiliar de enfermería con una aguja, debido a un movimiento brusco del paciente al que asistía, por tratarse, como en los casos anteriores, de un riesgo profesional asumido.

En la misma línea jurisprudencial, la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de fecha 29 de enero de 2004 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:2004:430)³³, en la que se consideró que no existía responsabilidad alguna de la Administración por el contagio sufrido por una médica especialista en medicina nuclear del un hospital público al considerar que se trató de una enfermedad profesional derivada de un riesgo propio de la actividad profesional desarrollada, conocida y aceptada por la recurrente, no resultando el daño causado de carácter antijurídico.

En igual sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, 233/2014, de 9 de abril (CENDOJ: ECLI:ES:TJCV:2014:1860)³⁴.

de sufrir cortes, pinchazos, tanto en la manipulación de los distintos utensilios con virtualidad suficiente para ello, como en el desarrollo propio de la actividad de asistencia médica a pacientes, siendo que la Administración debe procurar, proteger a sus funcionarios, con todos los medios a su alcance en materia de información, seguimiento de Protocolos, manipulación, limpieza, materiales propios de almacenaje y desecho, etc ... pero el riesgo existe y se contempla siendo consustancial al desarrollo de la actividad en sí misma considerada».

33 En la STS de 29 de enero de 2004, la Sala rechazó el recurso de casación interpuesto por una facultativa especialista en medicina nuclear por una cataratas sufridas, según la recurrente, por la exposición permanente a las radiaciones como consecuencia del trabajo que desempeñaba, entendiéndose que «(d)icho riesgo, atendida su condición de riesgo derivado de la actividad profesional suficientemente conocida, es un riesgo aceptado por la hoy recurrente que precisamente por esa aceptación voluntaria hace que el daño no pueda ser considerado como antijurídico y por tanto desaparece así uno de los requisitos imprescindibles para que pueda hablarse de responsabilidad profesional de la Administración, salvo que se acredite, que no es el caso, que la administración omitió alguna de las medidas de seguridad que venía obligada a adoptar en garantía de la integridad física de sus trabajadores».

34 En la STSJ de la Comunidad Valenciana, con sede en Valencia, Sección 2ª, de fecha 9 de abril de 2014, se desestimó en recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un resolución de la Consejería de Sanidad en la que rechazaba la reclamación patrimonial promovida por una auxiliar de enfermería que resultó infectada por VHC, en el desempeño de sus funciones en un Hospital Público, al cortarse, en el año 1983, con un micrótomo de anatomía patológica procedente de un enfermo de VHC. En este caso, la sanitaria alegó que nadie le había advertido sobre la situación de riesgo ni el Centro Hospitalario contaba con protocolos específicos al respecto para evitar

En cuanto a esa falta de antijuricidad del daño causado en el ámbito sanitario por tratarse de un riesgo asumido y aceptado por el profesional afectado, el Tribunal Supremo, curiosamente, en la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 24 de noviembre de 2005 (CENDOJ. ECLI:ES:TS:2005:8161)³⁵, relacionada con el contagio de la Hepatitis C por un cirujano del Servicio Andaluz de Salud, al sufrir un pinchazo durante una intervención quirúrgica a un paciente afecto de hepatopatía crónica, a pesar de mantener ese criterio, desatiende el recurso de casación interpuesto por la Administración, y, por tanto, confirma la Sentencia indemnizatoria dictada por el TSJ de Andalucía.

estas situaciones. La Sala desatendió el recurso amparándose en que «...nos encontramos ante la materialización de un riesgo profesional suficientemente conocido y aceptado previamente por la actora, y por el que ha sido compensada a efectos por medio de la declaración de invalidez laboral, sin que haya sido ese riesgo interferido o incrementado por un incumplimiento relevante de la Administración por la falta de información o medios suficientes para evitar el mismo. Por tanto, es evidente que el daño no es antijurídico y no puede reconocerse indemnización por responsabilidad patrimonial al haber quedado ya reconocido y compensado a nivel de prestaciones en el ámbito laboral».

35 En la STS de 24 de noviembre de 2005, la Sala declaró no haber lugar el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la STSJ de Andalucía, con sede en Granada, en la que fue condenada tanto la Junta como el Servicio Andaluz de Salud, al pago de una suma indemnizatoria por los daños y perjuicios sufridos por un Médico Cirujano de la Administración Sanitaria por un contagio vírico de hepatitis C, en el ejercicio de su labor profesional, concretamente al sufrir un pinchazo durante una intervención quirúrgica en una paciente afecto de hepatopatía crónica siendo las secuelas sufridas de tal entidad que le fue reconocida la situación de invalidez permanente absoluta para todo tipo de trabajo.

Curiosamente, en la Sentencia dictada se pone de manifiesto que la doctrina de la Sala era todo lo contrario a lo declarado en la Sentencia de instancia dado que el criterio del TS era que se trataba de una enfermedad de carácter profesional, siendo el riesgo del contagio vírico conocido por el recurrente y, por tanto, un riesgo aceptado por aquél por lo que el daño causado no puede tener la consideración de antijurídico y, por ello, no cabría hablar de responsabilidad patrimonial. No obstante, como tales argumentos no fueron motivo de casación, habiéndose limitado la Consejería de Salud (la única que preparó el recurso, no haciéndolo el Servicio Andaluz de Salud), a alegar la falta de legitimación pasiva (entendiendo que debía ser condenada el Servicio Andaluz de Salud, como organismo autónomo), la prescripción de la acción y error en la valoración de la prueba, motivos que resultaron rechazados, no siendo, por tanto, una cuestión planteada en el recurso en tema de la antijuricidad del daño, no podía afectar a su fallo el criterio jurisprudencial mantenido al efecto.

3.3.3.2. EL ESTADO DEL CONOCIMIENTO DE LA CIENCIA COMO OTRO PARÁMETRO PARA LA ANTIJURIDICIDAD DEL RESULTADO DAÑOSO

Además, nuestro Tribunal Supremo, en cuanto a la falta de antijuricidad del daño causado en el ámbito sanitario, como justificación de la irresponsabilidad de la Administración Sanitaria, en materia de las infecciones víricas, ha utilizado otro argumento de base, distinto y/o complementario con el del deber de soportar el daño ocasionado, siendo éste el estado del conocimiento de la ciencia, entendiéndose que es exigible que la Administración actúe diligentemente conforme al grado de entendimiento científico de la enfermedad, de tal suerte que, de tratarse de una agente vírico desconocido hasta el momento, sus consecuencias dañinas no pueden ser imputables o reprochables a ella.

Este argumento fue utilizado por el Tribunal Supremo, en múltiples ocasiones, para desestimar las reclamaciones indemnizatorias presentadas por personal sanitario (y resto de particulares), concretamente por contagios por VHC postransfusionales, estableciendo una línea divisoria entre los contagios anteriores al año 1990 y los posteriores, dado que la detección de la Hepatitis C no se produjo con anterioridad a dicha fecha, siendo, por consiguiente, los daños por contagio vírico sufridos hasta ese momento inevitables por falta de conocimiento científico sobre el mismo, entendiéndose, por ello, que el daño causado no tenía el carácter antijurídico.

En la STSJ de Cataluña, con sede en Barcelona, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, 325/2007, de 23 de abril de 2007 (CENDOJ: ECLI:ES:TSJCAT:2007:7253)³⁶, siguiendo la doctrina jurisprudencial fijada, aclaró que, «(e)n relación con el virus VIH la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2.006 recoge que ya la sentencia de 29 de noviembre de 2.002 ha afirmado que en el mes de agosto de 1.985 no se disponían de reactivos para la determinación del SIDA que, conforme a la sentencia antes invocada sólo se obtuvieron en abril de 1.987, por lo que es evidente que aún cuando el virus se

había aislado en 1.983, el daño ante la absoluta imposibilidad, de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica de conocer si la sangre transfundida estaba contaminada por el virus del SIDA, ha de ser soportado por el interesado. En efecto, el genoma del virus de la hepatitis C fue aislado en 1989 por primera vez en Estados Unidos, siendo el responsable en más del 90% de las hepatitis no A no B, de transmisión por vía parenteral, datando de 25 de junio de 1990 la Orden de la Conselleria de Sanidad y Servicios Sociales en la que se determinan las pruebas a realizar en todos los hemoderivados, paralelo a lo que se hizo en el resto del mundo, y de 3 de octubre de 1990 la Orden del Ministerio de Sanidad que establece la obligación de practicar pruebas de detección de anticuerpos del virus de la hepatitis C (anti-VH) en las donaciones de sangre. Esos son los parámetros que el Tribunal Supremo tiene en cuenta para excluir la antijuricidad del daño, y que desde la sentencia de 25 de noviembre de 2000 se ha unificado y convertido en unánime, superando las tendencias contrarias anteriores³⁷.»

3.3.3.3. EL ÉBOLA COMO PRECEDENTE CERCANO DE PELIGRO EPIDEMIOLÓGICO: EL ESTADO DE LA CIENCIA FRENTE A LA RECLAMACIÓN PATRIMONIAL

En el año 2014, hubo en nuestro país otro precedente de contagio vírico que pudo haber alcanzado niveles epidemiológicos similares a los provocados por el COVID-19, como fue el virus del Ébola, el cual, afortunadamente, pudo ser controlado a tiempo.

A pesar de ello, en el ámbito de la sanidad pública, fue presentada, al menos, una reclamación por una profesional sanitaria,

³⁷ Esa tendencia contraria fijada por el propio Tribunal Supremo, la encontramos en la Sentencia dictada el 9 de marzo de 1.999, por su Sala Primera, en la que se señaló que «aunque las pruebas de detección del Virus de la Hepatitis C no eran exigibles sino desde la Orden de 3 de octubre de 1.990, esta particularidad no exonera de responsabilidad a la recurrente (Insalud), ya que a partir de la primavera del año 1.989, no solo en el espacio científico, sino también en la opinión pública, se conocía la gravedad de la Hepatitis C, así como las fuentes de contagio, entre las que se encontraba la transfusión de sangre efectuada en centros hospitalarios, lo que nos lleva, por vía de la responsabilidad patrimonial cuasi objetiva derivada de los actos dañosos efectuados por la Administración pública a través de sus autoridades y demás personal, a proclamar la responsabilidad de la recurrente, toda vez que, si bien se trata de un evento acaecido con anterioridad al año 1.990, la graduación de los conocimientos sobre la enfermedad y los cuidados para evitar la infección están dentro del riesgo que configura la responsabilidad cuasi objetiva, que contempla y debe producir todos sus efectos indemnizatorios».

³⁶ En la STSJ de Cataluña de 23 de abril de 2007, se desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio de la reclamación patrimonial planteada contra el Instituto Catalán de Salud por los daños y perjuicios causados a una paciente de un Hospital Público con motivo de la asistencia prestada, concretamente originada por una transfusión de sangre en junio de 1983 en donde resultó infectada del virus VIH que se manifestó años más tarde, así como del virus de la hepatitis c o VHC.

auxiliar de enfermería del Hospital Carlos III de Madrid, que se vio infectada por el virus del Ébola³⁸.

Dicha reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida contra la Administración Sanitaria, concretamente contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, fue desatendida en vía administrativa, habiéndose interpuesto recurso contencioso-administrativo del que conoció la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La reclamación patrimonial presentada no guardaba relación con los daños personales sufridos como consecuencia de la delicada situación personal que tuvo que soportar esta profesional sanitaria, la cual, junto con toda su familia, tuvo que estar, debido a su estado de salud y la peligrosidad de la transmisión vírica, varias semanas en estado de aislamiento y hospitalización, sino se centró la misma en los daños morales que decía habersele causados

³⁸ Hubo otra reclamación de la que conoció el TSJ de Madrid en relación al Ébola, como consecuencia del cierre y desinfección de un negocio de peluquería y estética del que era titular la recurrente, a causa de su ingreso hospitalario preventivo motivado por la atención profesional a la auxiliar de enfermería que resultó a ser el primer caso de contagio del Ébola en Europa. La recurrente permaneció ingresada en el hospital durante 14 días, recobrando la posesión de su negocio, tras las labores de limpieza y desinfección, un mes más tarde desde su alta hospitalaria. La Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, en relación a una primera reclamación patrimonial presentada por los daños y perjuicios ocasionados en el establecimiento de la que era titular la recurrente a consecuencia de la realización de las labores y trabajo de desinfección llevados a cabo, llegó a un acuerdo indemnizatorio con la recurrente. Posteriormente, la recurrente presentó una segunda reclamación patrimonial solicitando una indemnización adicional, en concepto daños materiales y morales, por las lesiones causadas a consecuencia del ingreso hospitalario y cierre del negocio de peluquería, reclamación que fue desatendida por la Consejería, siendo interpuesto recurso contencioso-administrativo del que conoció el TSJ de Madrid, Sección 10ª, habiéndose dictado Sentencia en fecha 10 de enero de 2019 (CENDOJ: ECLI:ES:TSJM:2019:1477), en la que se desestimó el recurso presentado al entender la Sala que la Administración actuó conforme a Derecho, dado que, «el principio de precaución permite que, en caso de duda sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud pública, la Administración pueda adoptar las medidas necesarias para protegerla sin necesidad de esperar a que se demuestren previamente la realidad y la gravedad de tales riesgos. (...) A juicio de la Sala, en el supuesto de autos se ha aplicado correctamente el principio de precaución, también recogido en el Derecho Comunitario, al haberse acreditado que el local había sido visitado por una persona afectada por el virus del Ébola, quien había recibido servicios de contacto directo y había desarrollado la enfermedad a pesar de que, inicialmente, no cumplía los factores protocolariamente determinados para apreciar un contagio.»

como consecuencia del sacrificio de su mascota ordenado por la Administración competente por el riesgo de ser posible foco de contagio a la población en general.

En este caso, fue desestimado el recurso, al considerar el TSJ de Madrid, Sección 10ª, en Sentencia dictada el 6 de abril de 2017 (CENDOJ: ECLI:ES:TSJM:2017:4168)³⁹, que el daño moral causado como consecuencia del sacrificio del animal de compañía del profesional sanitario no podía ser considerado o calificado como antijurídico al estar justificado el mismo, dado el estado de la ciencia, en las especiales circunstancias y en el peligro potencial de constituir núcleo de contagio a la población en general del virus detectado y ello a pesar de no mostrar, en ese momento, el can de la afectada sintomatología de clase alguna, viéndose, por tanto, obligada la reclamante a soportar el daño causado.

IV. LA FUERZA MAYOR COMO CAUSA DE SU EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

4.1. LA FUERZA MAYOR COMO ORIGEN DEL DAÑO CAUSADO. LA CONFIGURACIÓN DE LA FUERZA MAYOR COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN ACTUANTE

La fuerza mayor (*vis maior*) se configura como la causa única de exclusión de imputación de la Administración Pública frente a los daños ocasionados por el funcionamiento de sus

³⁹ En la STSJ de Madrid de 6 de abril de 2017, en cuanto al sacrificio del perro de la reclamante, dispuso que «(e)n primer lugar porque, de las disposiciones legales a que se ha hecho anterior referencia se deriva la carga impuesta con carácter general a todos los dueños o poseedores de los animales de soportar el sacrificio de los mismos como medida de salvaguarda de salud pública, y en el caso que nos ocupa se estaba ante la un alto riesgo de epidemia por contagio del virus del Ébola. (...) En segundo término porque, dado el escaso conocimiento científico sobre la prevención y tratamiento del virus del Ébola en general, y sobre la infección y potencial riesgo de transmisión por los perros, en particular, pero constanding que los mismos son un factor de alto riesgo para la transmisión del virus, fue inevitable proceder al sacrificio del perro de los recurrentes ante la imposibilidad real de trasladarlo vivo y de custodiarlo por personal entrenado que pudiera seguir un protocolo de actuación debidamente contrastado y en un establecimiento con condiciones de bioseguridad adecuadas para impedir el contagio de quienes entraran en contacto con el animal y, a través de ellos, a terceras personas. (...) Así las cosas, la falta de antijuricidad del resultado lesivo cuya reparación se reclama, determina que los recurrentes no tengan derecho a ser indemnizados a título de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada.»

servicios públicos.

No resulta necesario, con base al criterio de imputación de carácter objetivo, para poder responsabilizar patrimonialmente a la Administración de un evento lesivo, en detrimento de los intereses de los particulares, que haya mediado culpa o imprudencia en la prestación del servicio o en su funcionamiento.

Ello no implica que, frente a cualquier situación dañosa, la Administración vaya a responder con carácter universal y generalizado. De concurrir como causa del daño ocasionado la fuerza mayor, la Administración no será responsable del mismo, tal como así se prevé en el art. 106.2 de nuestra Constitución Española y en el art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Tal como así se ha referido COSCULLUELA MONTANER⁴⁰, «(p)or fuerza mayor se debe entender la causa imprevisible e irresistible ajena a la conducta racional y previsora de toda persona u organización en relación con las actividades a su cargo».

40 COSCULLUELA MONTANER, L. «Manual de Derecho Administrativo». Editorial Civitas. Vigésima quinta edición, 2014, pág. 545.



Dispone el art. 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en cuanto a la indemnización se refiere, que «(n)o serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

En el mencionado artículo, como así lo hacía la anterior normativa⁴¹, se precisa y se matiza qué debe de entenderse por casos de fuerza mayor, tomando como parámetro el estado de la ciencia, en cuanto a su conocimiento y técnicas asistenciales.

Además, resulta determinante que la causa desencadenante del acto lesivo debe ser de carácter imprevisible o inevitable, dado que de haber podido ser previsto o evitado, a pesar de tal circunstancia fuera ajena a la propia organización administrativa, no excluiría la responsabilidad de la Administración Pública.

La prueba de la relación de causalidad entre el daño ocasionado y la fuerza mayor, como fundamento de la exclusión de la responsabilidad patrimonial corresponde a la Administración. Tal como así se recoge en la STS de 7 de diciembre de 1981⁴², corresponde «... la prueba del daño sufrido y su origen al particular que solicita la indemnización, y la del hecho impeditivo de la pretensión, fuerza mayor, a la Administración demandada en adecuada y correcta aplicación de la carga de la prueba establecida en el artículo 1.214 del Código Civil».

Doctrinalmente, se ha conceptualizado la fuerza mayor como aquel acontecimiento extraordinario, externo, imprevisible e inevitable, de tal entidad que aún aplicándose la mayor diligencia posible para intentar impedir el evento lesivo no es posible.

41 En los mismos términos, se recogía en el art. 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado, en su momento, por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en atención particularmente a las consecuencias derivadas de la responsabilidad en prestaciones sanitarias. Concretamente, en supuestos de contagios del SIDA por transfusiones de sangre. En su Exposición de motivos, se precisaba que «(e)n el 141 se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad...»

42 STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 7 de diciembre de 1981 (CENDOJ: ECLI: ES:TS:1991:1966)

Dentro de los presupuestos mencionados, el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de la Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, de 23 de mayo de 1986 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:1986:2713)⁴³ y de la Sección 6ª de la misma Sala, de 19 de abril de 1997 (CENDOJ: ECLI:ES:TS:1997:2735)⁴⁴, ha entendido determinantes, para la configuración de la fuerza mayor, la irresistibilidad (el evento lesivo quizá pudo haber sido previsto pero su resultado era inevitable) y la exterioridad (la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio), considerando fuerza mayor *«(a) aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado»*, y como así lo puntualiza la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, nº 790, de 10 de marzo de 1992

43 La STS del 23 de mayo de 1986 desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, por la que condenaba a la Corporación Local al pago de una indemnización a una Empresa que vio como su Factoría de Villaverde sufrió importantes daños y perjuicios como consecuencia de la inundación de sus instalaciones, por el deficiente estado de las vías municipales de evacuación de aguas pluviales, encontrándose taponadas y obstruidas las mismas por acumulación de residuos, provocando el agua embalsada junto a la valla o cierre de la Factoría, su derrumbando el cerramiento anegando totalmente la misma. En este caso, la Administración demandada excepcionó la fuerza mayor al entender ésta que la inundación fue producto de la acumulación de objetos arrastrados situados en las proximidades del cauce del arroyo como consecuencia de su desbordamiento. Fue rechazado por la Sala tal argumento exculpatario aduciendo que la titularidad del servicio de recogidas de aguas pluviales correspondían a la Corporación Local siendo ésta la responsable de estado de sus instalaciones y, en este caso, del estado de la rejilla obstruida de unos de sus colectores, correspondiendo a aquélla velar porque no se acumulasen depósitos en la misma.

44 La STS de 19 de abril de 1997 desestimó el recurso de apelación sostenido por la Generalidad de Cataluña contra la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por la que fue condenada a indemnizar a un motorista por el accidente sufrido como consecuencia del estado de la vía por la que circulaba, al no haber limpiado los servicios correspondientes de la Administración demandada el barro acumulado por las lluvias, siendo ello el causante del siniestro acontecido, sin que fuera apreciable la fuerza mayor invocada dado que de resultar imprevisible las precipitaciones pluviales (lo que fue rechazado por la Sala de primera Instancia por ser propias de la meteorología estacional), no cabría aceptar que el hecho luctuoso fuese inevitable dado que la tierra arrastrada por las lluvias pudo ser retirada previamente cuando las lluvias terminaron días antes o, al menos, podían haber señalizado la zona, siendo, por tanto, ajustada la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada a la que le correspondía el cuidado y vigilancia de las condiciones de viabilidad de la carretera en donde se produjo el accidente.

(CENDOJ: ECLI: ES:TS:1992:2004)⁴⁵, *«... reconociendo la cualidad del acontecimiento como extraordinario, esto es, como “supuesto que no hubiera podido proveerse, o que, previsto fuera inevitable”...»*.

En la misma dirección, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de abril de 1.999⁴⁶, haciéndose eco de la del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1.997, razona que *«la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al suceso que está fuera del círculo del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, lo que no encaja en los eventos internos intrínsecos ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos»*.

Comporta, por tanto, la fuerza mayor, en palabras de SALAS CARCELLER⁴⁷, *«la concurrencia un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable, imprevisible e irresistible»*.

Por el contrario, en los supuestos de caso fortuito (no excluyente de responsabilidad patrimonial) lo que existe es una indeterminación de la causa productora del daño (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: *«falta de servicio que se ignora»*) y una interioridad del evento en relación con la organización en cuyo

45 La STS de 10 de marzo de 1992 desestimó el recurso presentado por una Sociedad contra la desestimación presunta de una reclamación de daños y perjuicios presentada contra el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo por daños sufridos en sus instalaciones por las violentas y extraordinarias inundaciones debidas a un fuerte temporal de lluvias, siendo el causante de las mismas, según la reclamante, un talud por vertido de escombros y piedras en uno de los márgenes del cauce del río realizado por la adjudicataria-concesionaria de una autopista de peaje con el propósito de reducir su anchura, provocando, como consecuencia de las lluvias, la virulencia y efecto desbastador en la ribera opuesta, en donde se encontraba situada la fábrica. La Sala consideró que las lluvias torrenciales con la crecida inusitada del río y las inundaciones provocadas, teniendo las mismas la calificación de riesgos catastróficos, se trataba de un fenómeno meteorológico de carácter excepcional y extraordinario, siendo calificado el suceso acontecido como fuerza mayor, al haberse causado los daños denunciados con independencia de las obras de estrechamiento del caudal del río.

46 SAN, Sala de lo Contencioso, Sección 4ª, de 28 de abril de 1999 (CENDO: ECLI: ES:AN:1999:2621)

47 Hizo referencia a la fuerza mayor como causa de exclusión de responsabilidad el Magistrado el Tribunal Supremo Excmo. Sr. D. Antonio SALAS CARCELLER en el discurso leído el 6 de mayo de 2011 en el acto de la recepción como Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia, bajo el título de *«Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil»*.

seno se produjo el daño, estando directamente conectado con el funcionamiento de la propia organización administrativa⁴⁸. Se trata, por tanto, el caso fortuito, de un «evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida»⁴⁹.

En definitiva, frente al caso fortuito configurado como aquel suceso que no pudo preverse, pero de haberse previsto se pudiera haber evitado, en la fuerza mayor, el suceso resulta inevitable, aun de haberse previsto, presentándose el mismo como un acto de violencia insuperable.

4.2. LA PANDEMIA DEL COVID-19 COMO SUPUESTO DE FUERZA MAYOR

Tal como ya ha sido puesto de manifiesto anteriormente, la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia del funcionamiento de sus servicios públicos, a pesar de tratarse de una responsabilidad de carácter objetiva en el que no se precisa como criterio de imputación la existencia de un comportamiento culposo o negligente en la intervención pública, dicha objetividad no resulta absoluta e insalvable, convirtiendo a la Administración Pública en una suerte de aseguramiento universal sino que entra en juego dos tipos de excepciones como son la concurrencia de una situación de fuerza mayor, prevista en el art. 106.2 de nuestra Constitución y art. 32 de la Ley 40/2015, y el estado de la ciencia y de las técnicas existentes en el momento de la producción del evento lesivo, recogido en el art. 34 de la mencionada Ley 40/2015.

Realmente, no se trata la fuerza mayor y el estado de la ciencia y la técnica de dos circunstancias excepcionales distintas y diferenciadas. Podemos considerar que la segunda de tales excepciones queda englobada o conceptuada dentro de la fuerza mayor, habiendo sido precisada y concretada en la Ley 40/2015 principalmente para los posibles supuestos de responsabilidad patrimonial dentro del ámbito sanitario.

Así las cosas, en un primer acercamiento a la cuestión planteada, esta es a que si la

⁴⁸ STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 31 de mayo de 1999 (CENDOJ: ECLI: ES: TS: 1999:3815)

⁴⁹ STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de fecha 19 de abril de 2001 (CENDOJ: ECLI: ES:TS:2001:3220)

pandemia del COVID-19 puede ser considerada como un supuesto de fuerza mayor excluyente de cualquier tipo de responsabilidad de la Administración por los daños que se pudiesen causar como consecuencia de la crisis epidemiológica que se derivase, cabría de dar una respuesta positiva al tratarse de un suceso de carácter imprevisible, insólito, inevitable y extraordinario, quedando el mismo al margen del dominio de la Administración, quebrándose, con ello, la relación de causalidad exigida.

Ahora bien, la respuesta dada, concebida en términos generales y abstractos, no dan respuesta concreta a todas y cada una de las situaciones generadoras del daño reclamable derivados de los efectos de la pandemia.

Atendiendo al tema que nos ocupa, las reclamaciones que pueden ser planteadas por parte del personal sanitario por el deficiente funcionamiento de la Administración Sanitaria frente a los efectos colaterales creados con ocasión a la crisis sufrida, no pueden ser solventadas o salvadas argumentando la concurrencia de una situación fáctica de fuerza mayor como causa excluyente de toda responsabilidad por parte del Estado.

Hacemos referencia a aquellos daños singulares derivados de la gestión pública llevada al efecto para la contención y lucha contra el coronavirus distintos a las cargas comunes asumidas por toda la colectividad.

Por lo tanto, no puede ser resuelta la cuestión planteada con una respuesta simple y generalizada en cuanto a que la pandemia, en sí misma considerada como fuerza mayor, excluye de cualquier responsabilidad de la Administración por los daños sufridos, en este caso, por el personal sanitario.

Habrá que analizar si por parte de la Administración Sanitaria se actuó dentro de los estándares que le son exigibles, acordes a la situación de crisis creada, o, por el contrario, no cumplió diligentemente con la gestión pública llevada, ocasionando ello daños de especial consideración entre el personal sanitario de este país.

A estas alturas, a nadie se le escapa que los sanitarios españoles, frente a otros de otros Estados, se han visto más afectados personalmente por el contagio vírico, por lo que resulta necesario analizar cuales han sido las causas que nos han distinguido en tal sentido.

Para ello, es determinante conocer y precisar si ese contagio masivo entre el personal sanitario en nuestro Estado guarda relación con una intervención defectuosa o tardía por parte de la Administración Pública, reflexionando sobre si las decisiones políticas tomadas fueron las correctas y en tiempo y si se actuó dentro de la previsión y de los estándares de seguridad esperables y exigibles.

En definitiva, la cuestión a depurar es si la actuación del Estado frente a la crisis sanitarias incrementó significativamente el riesgo provocando que el mismo se materializase en los múltiples contagios habidos entre su personal sanitario y asistencial.

A pesar de tratarse de una situación excepcional, extraordinaria y novedosa, no habiendo sufrido nuestro Estado una crisis epidemiológica de tal calibre, al menos en el último siglo, no podemos desatender los precedentes jurisprudenciales habidos en torno a la falta de responsabilidad patrimonial ante determinadas infecciones sustentadas en el desconocimiento científico de la enfermedad y la inexistencia, en ese momento, según el estado de la ciencia, de técnicas para asegurar la curación o evitar la propagación de los contagios víricos.

Tales argumentos exculpatorios, sin lugar a dudas, van a ser utilizados por la Administración demandada ante las reclamaciones que hayan de presentarse como consecuencia de los daños ocasionados por el virus COVID-19.

El desconocimiento invencible de técnicas preventivas y/o curativas que erradicasen las graves consecuencias de la pandemia, según el estado de la ciencia, no existiendo, hasta la fecha, vacuna alguna contra la misma, va a ser la justificación dada por la Administración para eludir su posible responsabilidad, siendo, en última instancia, nuestros Tribunales los que resolverán las cuestiones planteadas.

V.- LA FALTA DE GARANTÍA Y PROTECCIÓN EN LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL COMO PRESUPUESTO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DAÑO CAUSADO

5.1. LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y SEGURIDAD COMO GARANTÍA Y PROTECCIÓN AL PERSONAL SANITARIO FRENTE AL CONTAGIO VÍRICO

En la STS de fecha 29 de enero de 2004,

a la que ese ha hecho referencia al tratar la determinación de la antijuricidad del daño causado⁵⁰, a pesar de rechazar la reclamación presentada por tratarse de una enfermedad profesional derivada de un riesgo propio de la actividad sanitaria desarrollada, conocida y aceptada por el recurrente, no resultando, por ello, el daño causado antijurídico, sí se dejó apuntado algo que resulta determinante para exigencia de responsabilidad indemnizatoria a la Administración, como es el hecho de que se hubiera omitido «...alguna de las medidas de seguridad que venía obligada a adoptar en garantía de la integridad física de sus trabajadores», resultando, por consiguiente, determinante para la calificación de la lesión causada como antijurídica no el hecho del contagio vírico en sí mismo considerado, entendido éste como un riesgo propio y singular de la actividad profesional sanitaria desarrollada, sino la implicación de la Administración prestadora del servicio público en la prevención, seguridad y defensa de los posibles riesgos laborales de sus empleados que pudiesen padecer como consecuencia del desarrollo de su encomienda profesional.

En el mismo sentido, cabe mencionar la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 10 de diciembre de 2008 (CENDOJ, ECLI:ES:AN:2008:5156)⁵¹, en la que se responsabilizó a la Administración por el contagio del VIH de una auxiliar de enfermería destinada a un Centro Penitenciario tras sufrir varios pinchazos con instrumentales quirúrgicos usados en la consulta dental de dicha Institución, los cuales no se encontraban

⁵⁰ En la Sentencia dictada se hizo constar que «...a la vista de los textos internacionales sobre la materia, de nuestro Derecho Positivo (cuya cita, a la vista de los parámetros conceptuales descritos, sería parte mayor abundamiento) y de la ya copiosa jurisprudencia sobre responsabilidad de la Administración sanitaria, resulta claro que del deber referido derivan obligaciones específicas. (...) A la vista de los hechos considerados probados, la Sala considera indiscutible la antijuricidad de la actuación administrativa, y ello por no haber cumplido con lo dispuesto en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, en lo referente a los equipos de protección individual, pues se establecen los siguientes: “guantes, mascarillas, protecciones oculares, batas o delantales”, y tal como se ha quedado probado, la actora solo tenía unos guantes de látex.(...) Por otra parte, a la recurrente le fue asignada, como auxiliar de enfermería, el servicio en la consulta del dentista, pero además tenía que proceder a la limpieza del instrumental quirúrgico que se iba amontonando en una piletta o tarro de agua, usando unos simples guantes y un estropajo de color verde.».

⁵¹ En la Sentencia dictada se hizo constar que «...a la vista de los textos internacionales sobre la materia, de nuestro Derecho Positivo (cuya cita, a la vista de los parámetros

desinfectados, considerando la Sala que era responsable la Administración al no haberse facilitado a la infectada los equipos de protección individual adecuados al servicio prestado, contraviniendo lo dispuesto en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, habiéndole hecho entrega de unos simples guantes de látex, lo que determinó la antijuricidad de la actuación administrativa.

Dispone la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, concretamente en su art. 17.1 d), en cuanto a derechos individuales se refiere, que el personal estatutario de los servicios de salud ostenta, entre otros derechos, el derecho a «...recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como sobre riesgos generales en el centro sanitario o derivados del trabajo habitual, y a la información y formación específica en esa materia conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.».

En definitiva, a pesar de poder entenderse el contagio vírico del personal sanitario como una materialización de un riesgo profesional suficientemente conocido y aceptado por aquél, cabría hacer responsable del mismo a la Administración para la que desempeña sus servicios profesionales si, de alguna forma, ésta infringió o incrementó ese riesgo, incumpliendo sus deberes de prevención y protección, no facilitando a su personal información o medios suficientes para evitar el mismo.

5.2 LA INCIDENCIA LESIVA DE LOS EFECTOS DEL COVID-19 EN EL PERSONAL SANITARIO FRENTE A LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN DEL SISTEMA PÚBLICO NACIONAL DE SALUD

conceptuales descritos, sería parta mayor abundamiento) y de la ya copiosa jurisprudencia sobre responsabilidad de la Administración sanitaria, resulta claro que del deber referido derivan obligaciones específicas. (...) A la vista de los hechos considerados probados, la Sala considera indiscutible la antijuricidad de la actuación administrativa, y ello por no haber cumplido con lo dispuesto en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, en lo referente a los equipos de protección individual, pues se establecen los siguientes: “guantes, mascarillas, protecciones oculares, batas o delantales”, y tal como se ha quedado probado, la actora solo tenía unos guantes de látex.(...) Por otra parte, a la recurrente le fue asignada, como auxiliar de enfermería, el servicio en la consulta del dentista, pero además tenía que proceder a la limpieza del instrumental quirúrgico que se iba amontonando en una pileta o tarro de agua, usando unos simples guantes y un estropajo de color verde.».

5.2.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS EN TORNO AL COVID-19 Y EL PERSONAL SANITARIO

No es objeto de este estudio realizar un análisis crítico forense exhaustivo sobre los motivos o razones que pudiesen haberse dado para dar justificación o no al comportamiento gubernativo frente al contagio pandémico, sino, al contrario, lo que se pretende es crear un debate jurídico y dialéctico sobre la trascendencia que pudo haber tenido el comportamiento activo o pasivo mostrado por la Administración Sanitaria frente al personal a su servicio, desde que se tuvo conocimiento o sospechas de los peligros epidemiológicos que comportaba la situación, para, tras analizar el estado de los acontecimientos, determinar o no la imputabilidad y responsabilidad de la Administración frente a los daños ocasionados, entre otros, en el ámbito sanitario.

Únicamente, mencionar, como antecedentes fácticos merecedores de tratamiento diferenciado, los siguientes:

1.- El 30 de enero de 2020 se celebró la segunda reunión del Comité de Emergencias del RSI⁵² (2005) convocada por el Director General de la OMS sobre el brote de nuevo coronavirus 2019 (n-CoV) en la República Popular de China, con casos exportados a otros países. En dicha reunión, la OMS reconoció que existía mucho desconocimiento e incertidumbre acerca del coronavirus 2019 (n-CoV), pero, dado que su creciente evolución y contagio, declaró, formalmente, ese nuevo brote epidemiológico como una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII)⁵³, recomendándose, entre otros

52 El Reglamento Sanitario Internacional (2005) o RSI (2005), es un acuerdo internacional jurídicamente vinculante suscrito por 196 países, entre los que se encuentran todos los Estados Miembros de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Su objetivo consiste en ayudar a la comunidad internacional a prevenir y dar respuesta a los riesgos graves para la salud pública que puedan cruzar fronteras y amenazar a la población mundial. La finalidad y el alcance del RSI (2005) consiste en prevenir la propagación internacional de enfermedades y proporcionar protección frente a ellas, controlarlas y dar una respuesta, todo ello de forma proporcional, a los riesgos que supongan para la salud pública y evitando interferencias innecesarias con los viajes y el comercio internacionales.

53 Desde la entrada en vigor del RSI (2005) en junio de 2007, se han declarado 5 ESPII: 1. La gripe pandémica A (H1N1); 25 abril de 2009; 2. La diseminación internacional del poliovirus salvaje; 5 mayo de 2014; 3. La epidemia de enfermedad por el virus Ébola en África Occidental; 8 agosto de 2014; 4. El conglomerado de casos de malformaciones congénitas y otros trastornos neurológicos en relación con el virus del

aspectos, «(t)ener preparada una vigilancia activa, detección precoz, aislamiento y manejo de casos, y seguimiento de contactos con el objetivo de reducir la infección humana, prevenir la transmisión secundaria y la propagación internacional.»⁵⁴.

2.- El 31 de enero de 2020 fue registrado en España el primer caso aislado conoravirus COVID-19.

3.- El 1 de marzo de 2020 la OMS, visto los niveles alarmantes de propagación de la enfermedad a nivel mundial y a la inacción por parte de los Estados miembros, elevó la declaración de la epidemia del COVID-19 a la categoría de pandemia⁵⁵.

4.- El 3 de marzo de 2020 la OMS toma conciencia del peligro de contagio masivo entre el personal sanitario del COVID y exhorta a los Estados miembros y a las industria en general a que fomenten la producción de equipos de protección personal (EPI) para afrontar la demanda mundial⁵⁶.

5.- En España, a partir del primer caso de coronavirus, hubo un crecimiento paulatino de

Zika; 1 febrero 2016; 5. La epidemia de enfermedad por el virus Ébola en la República del Congo; 18 octubre de 2019.

Cada una con características diferentes por su gravedad, su diseminación global, sus implicaciones humanitarias, la capacidad y modos de transmisión, las medidas de control disponibles, su impacto sobre los sistemas sanitarios, ya fueran asistenciales o de salud pública, y la percepción de riesgo por parte de la población y los profesionales.

54 Se hace referencia a esas medidas en el informe de Valoración de la declaración del brote de nuevo coronavirus 2019 (n-CoV) una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII), elaborado el 31 de enero de 2020, por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, dependiente de la Secretaría General de Sanidad y Consumo, de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, del Ministerio de Sanidad del Gobierno de España

55 La pandemia fue declarada por el Director General de la OMS en la conferencia de prensa sobre COVID-19 dada el 11 de marzo de 2020. <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

56 «Sin cadenas de suministro seguras, el riesgo para los trabajadores sanitarios en todo el mundo es real. La industria y los gobiernos deben actuar con rapidez para estimular el suministro, reducir las restricciones a la exportación y poner en marcha medidas con las que detener la especulación y el acaparamiento. No podemos detener la COVID-19 sin proteger primero a los trabajadores sanitarios», dijo el Director General de la OMS, el Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, el 3 de marzo de 2020, en comunicado de prensa. <https://www.who.int/es/news-room/detail/03-03-2020-shortage-of-personal-protective-equipment-endangering-health-workers-worldwide>

casos, descontrolándose ese incremento desde el 8 de marzo de 2020.

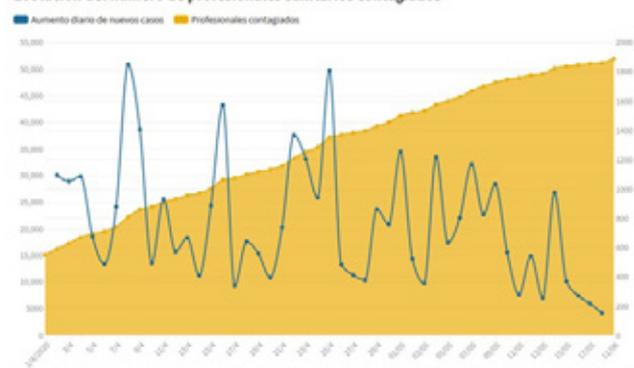
6.- La primera reacción gubernamental al problema, al menos desde un punto de vista normativo, fue tomada el 14 de marzo de 2020 con la aprobación del RD 463/2020⁵⁷, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

A partir de la entrada en vigor del RD dictado, el Ministro de Sanidad, junto a otros Ministros, asumió competencias para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, fueran necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, manteniendo las autoridades autonómicas y locales la gestión ordinaria de los servicios sanitarios, dentro de sus competencias, pero bajo las órdenes e instrucciones directas dadas por el Ministro de Sanidad.

7.- El 1 de abril de 2020 se publica el primer dato oficial de sanitarios contagiados de COVID-19 en España: 15.100 entre médicos, enfermeros y otros sanitarios.

8.- A fecha 25 de mayo de 2020, España ya registraba más de 51.214 profesionales sanitarios contagiados de COVID-19 desde el inicio de la crisis.

Evolución del número de profesionales sanitarios contagiados



fuente: Elaboración propia, Ministerio de Sanidad - El Ministerio de Sanidad comenzó a actualizar el dato de profesionales sanitarios contagiados a partir del 1 de abril. Desde el 18 de mayo, Sanidad actualiza su estadística de semana en semana.

Tal como así cabe apreciarse en el estudio evolutivo gráfico⁵⁸ que se adjunta, desde que

57 Publicado en el BOE, núm. 67, de 14/03/2020, con entrada en vigor ese mismo día.

58 El gráfico evolutivo sobre la propagación del coronavirus entre el personal sanitario se ha sido extraído de la publicación digital del portal "Redacción médica" (redacción médi-

fueron tomados por el Ministerio de Sanidad los datos de profesionales sanitarios contagiados, el 1 de abril de 2020, hubo, en un primer momento, un notable incremento de los casos detectados en dicho ámbito, pasando, en tan solo dos meses, de 15.100 casos a 51.849⁵⁹.

5.2.2. SOBRE EL CRITERIO DE IMPUTABILIDAD EN LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR DAÑOS SUFRIDOS POR PERSONAL A SU SERVICIO. LA DEUDA PREVENTIVA Y DE SEGURIDAD COMO PRESUPUESTO DE IMPUTACIÓN.

El criterio de imputación exigido para responsabilizar a la Administración prestadora del servicio público por daños profesionales ocasionados al personal adscrito a su actividad pública tiene un carácter particular o específico, distinto al criterio de imputación objetiva previsto para los daños causados a particulares.

No resulta suficiente para que se cumpla ese criterio de imputación la coincidencia en relación de causalidad entre la prestación del servicio público y el daño ocasionado, siendo necesario que el efecto lesivo sea consecuencia directa del incumplimiento de la Administración en el deber de garantizar una protección eficaz de la seguridad y salud laboral del empleado a su servicio, configurándose, dicha responsabilidad pública como la quiebra de esa medida preventiva y garantista que resulta exigible como derecho esencial del trabajador público a una protección eficaz de su seguridad y salud laboral en el desempeño de sus funciones.

Esa deuda preventiva exigible a la Administración para con sus empleados es lo que da sentido al criterio de imputación de responsabilidad patrimonial respecto a ellos, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el daño causado y esa falta de prevención y protección en el trabajo encomendado.

El deber de reparación del daño ocasionado tiene su sustento o fundamento en el incumplimiento por parte de la Administración con esa deuda preventiva y protectora que le es exigible frente a sus propios

empleados, sirviendo la misma como respuesta indemnizatoria derivada de la desatención mostrada en la protección eficaz del personal público a su servicio.

Resulta, por ello, necesario acudir a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁶⁰, normativa de aplicación no solamente en el ámbito empresarial sino, además, en el ámbito de las Administraciones Públicas, teniendo la norma no solamente un marcado carácter laboral sino constituyendo, también, en sus aspectos fundamentales, norma básica del régimen estatutario de la función pública, dictada al amparo de lo previsto en el art. 149.1.18ª de nuestra Constitución, presentándose la Ley con una vocación de universalidad, dirigida a tratar, de manera global y coherente, el conjunto de problemas derivados de los riesgos relacionados con la actividad laboral, ya sea dentro del ámbito del sector privado como del público.

Consecuentemente con lo expuesto, las obligaciones en cuanto a garantía y protección de la seguridad y salud laboral en el ámbito de la función pública vienen definidas por el propio régimen general previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁶¹, complementadas, en

⁶⁰ En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en su Exposición de motivos, en su apartado 3º, se establece que: «En consecuencia, el ámbito de aplicación de la Ley incluye tanto a los trabajadores vinculados por una relación laboral en sentido estricto, como al personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas, así como a los socios trabajadores o de trabajo de los distintos tipos de cooperativas, sin más exclusiones que las correspondientes, en el ámbito de la función pública, a determinadas actividades de policía, seguridad, resguardo aduanero, peritaje forense y protección civil cuyas particularidades impidan la aplicación de la Ley, la cual inspirará, no obstante, la normativa específica que se dicte para salvaguardar la seguridad y la salud de los trabajadores en dichas actividades; en sentido similar, la Ley prevé su adaptación a las características propias de los centros y establecimientos militares y de los establecimientos penitenciarios.»

⁶¹ El art. 3.1 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos, dispone que: «Esta Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo. Cuando en la presente Ley se haga referencia a trabajadores y empresarios, se entenderán también comprendidos en estos términos, respectivamente, de una parte, el personal con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración pública para la que presta servicios, en los términos expresados en la disposición adicional tercera de esta Ley,.... »

ca.com/secciones/interactivos/coronavirus-médicos-contagiados-sanitarios-5123), habiéndose tomado como fuente los datos facilitados por el Ministerio de Sanidad.

⁵⁹ A fecha 12 de agosto de 2020, el número de profesionales sanitarios con positivo por COVID-19 asciende, según el Ministerio de Sanidad, a 54.424, habiendo fallecido 63 profesionales hasta el 5 de junio de 2020.

su caso, por normativa específica aplicable a determinadas actividades desarrolladas por ciertos cuerpos funcionariales, concretamente, Guardia Civil⁶², Cuerpo Nacional de Policía⁶³ o personal militar de las Fuerzas Armadas⁶⁴.

Y es, concretamente, en el art. 14 de la citada Ley, bajo el epígrafe «Derecho a la protección frente a los riesgos laborales», en donde se proclama el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y el correlativo deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, exigible no solo al empresario sino a «... las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio», debiendo el empleador, tanto privado como público, dentro del marco de sus responsabilidades, realizar todas aquellas actividades de prevención de riesgos laborales mediante la adopción de todas las medidas necesarias para la protección de la salud y seguridad de sus trabajadores.

En palabras de SÁEZ LARA⁶⁵, «(l)a LPRL impone al empleador la obligación, que debe de entenderse de medios y no de resultado, de adoptar toda medida preventiva, que fuera racionalmente necesaria.»

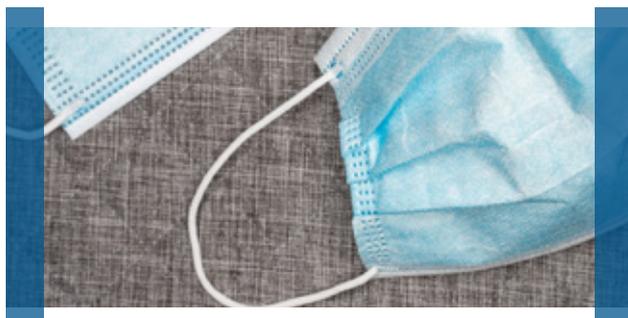
Entre las obligaciones impuestas al empleador como deuda de seguridad frente al trabajador a su servicio, en el artículo 17 de la LPRL dispone que «(e)l empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los

62 R.D. 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil.

63 R.D. 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

64 R.D. 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa.

65 SÁEZ LARA, C. «Responsabilidad patrimonial de la Administración y derecho a la seguridad y a la protección de la salud en el trabajo de los empleados públicos». Revista española de Derecho del Trabajo nº 145/2010. Editorial Civitas, SA. BIB 2010\111



equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos» (17.1), debiendo «... proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados al desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios (...), debiéndose de utilizar los mismos cuando los riesgos no se puedan evitar o no se puedan limitar ese suficientemente por medios técnicos de protección colectivas o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo» (17.2).

5.2.3. SOBRE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL ÁMBITO SANITARIO COMO CONSECUENCIA DE SU INTERVENCIÓN Y PROTECCIÓN AL PERSONAL A SU SERVICIO EN LA LUCHA CONTRA EL COVID-19.

Una de las principales incidencias que se han destacado, dentro del sector sanitario, como causante de las elevadas cifras de propagación del contagio vírico entre el personal sanitario, ha sido el problema constante de abastecimiento de material sanitario de protección individualizada (EPI), siendo el mismo necesario atendiendo a la imposibilidad técnica de la instalación de un sistema colectivo de protección eficiente.

En sus primeros estados, en muchos centros hospitalarios de nuestro país, existía escasez de medios⁶⁶, llegando, incluso, a agravarse, aún más si cabe, la situación, en algunos casos, debido a la falta de idoneidad de alguno de esos elementos de protección posteriormente facilitados, como fueron determinadas partidas de mascarillas, las cuales no cumplían con los estándares mínimos de protección y seguridad exigidos.

Esta grave situación se vio potenciada por la falta de formación e información, en los primeros momentos, de los protocolos de actuación sanitaria frente al COVID-19, lo que

66 Desde un primer momento, desde diversos sectores relacionados con el ámbito sanitario, entre ellos los sindicatos CSIF (Central Sindical Independiente y de Funcionarios) y SATSE (Sindicato de Enfermería) denunciaron en diferentes medios de comunicación la falta de medios y de equipos de protección, así como de material defectuoso, creando un clima de inseguridad dentro del sector sanitario. Sobre tal extremo, ver el portal digital "Redacción médica" (www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-los-sindicatos-exigen-proteccion-total-al-personal-sanitario-2814).

Han sido las múltiples peticiones cautelares que han sido cursada ante los órganos jurisdiccionales ante la desprotección del personal sanitario que han derivado en resoluciones judiciales ordenando a la Administración a suministrar los equipos de protección necesarios y adecuados para salvaguardar la seguridad de los profesionales sanitarios.

Entre ellas, cabe destacar los autos dictados por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, Sección 4ª, de fechas 25 de marzo de 2020 (rec. 88/2020) (CENDOJ:ECLI:ES:TS:2020:2418A), de 31 de marzo de 2020 (rec. 91/2020) (CENDOJ:ECLI:ES:TS:2020:2425A), de 20 abril de 2020 (rec. 91/2020) (CENDOJ:ECLI:ES:TS:2020:2446A).

En la primera de las resoluciones mencionadas, la dictada en fecha 25 de marzo de 2020, la Confederación Española de Sindicatos Médicos solicitó, como medida cautelar a tomar inaudita parte, a fin de asegurar la tutela judicial efectiva que pudiera acordarse en sentencia, de acuerdo con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que se requiriera a la Administración demandada a fin que, en cumplimiento de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, de lo establecido en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, y en atención a la directa aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Reglamento de Desarrollo, se provea con carácter urgente e inmediato, en el término de 24 horas, en todos los Centros hospitalarios, Centros asistenciales de Atención Primaria, Servicios de Emergencias, Servicios de Asistencial Rural, centros con pacientes institucionalizados así como todos los demás centros asistenciales del territorio nacional ya sean públicos o privados y cualesquiera otras dependencias habilitadas para uso sanitario, batas impermeables, mascarillas fpp2, fpp3, gafas de protección y contenedores grandes de residuos, para, con ello, mitigar, en la medida de lo posible, el grave riesgo a la salud de los trabajadores de la Sanidad y de los propios ciudadanos que acuden a los centros asistenciales del territorio.

En este caso, la Sala, a pesar de desestimar la medida cautelar interesada por la Confederación Española de Sindicatos Médicos, no por motivos de fondo, sino por defectos procesales al no haberse precisado la actuación

concreta contra la que se dirigía la medida solicitada, consideró que, si bien el requerimiento solicitado sobre el aprovisionamiento de medios de protección al personal sanitario era conforme y ajustado a las circunstancias excepcionales vividas, no constaba ninguna actuación de la Administración competente contraria a esa exigencia, siendo manifiestos y reiterados los pronunciamientos de los responsables públicos insistiendo en que se están desplegando toda suerte de iniciativas para satisfacer esas exigencias y necesidades.

En la segunda de las resoluciones reseñadas, la de fecha 31 de marzo de 2020, se hace constar que la petición de medidas cautelares presentada por la Confederación Española de Sindicatos Médicos estaba fundamentada en los mismos motivos relacionados en la anterior petición cursada, resuelta por el Auto dictado el 25 de marzo de 2020, al que se ha hecho referencia, precisando, en este momento, el objeto de la impugnación, la inactividad del Ministerio de Sanidad por incumplimiento del artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020⁶⁷, así como el derecho fundamental vulnerado, el de la integridad física consagrado en el art. 15 de la Constitución.

Resultó, igualmente, desestimada la pretensión cautelar interesada, invocando nuevamente la Sala otro defecto procesal insalvable, como era la necesidad del requerimiento previo a la Administración demandada de la adopción de las medidas ahora interesadas para poder ser apreciada esa supuesta inactividad administrativa denunciada.

A pesar de la denegación de las medidas cautelares interesadas, en la citada resolución la Sala declara aceptado como hecho notorio y no controvertido la falta de disponibilidad de medios necesarios de protección para el personal sanitario frente a la pandemia, aunque se consideraba que la cuestión jurídica a resolver no era esa situación creada sino la posible inactividad antijurídica de la Administración, sobre lo que carecía la Sala, en ese momento, de los elementos suficientes para poder pronunciarse al respecto.

Por el contrario, en la tercera de las

⁶⁷ El art. 12.4 Del Real Decreto 463/2020 disponía, entre "las medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional", lo siguiente: «Estas medidas también garantizarán la posibilidad de determinar la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de la crisis sanitaria.»

resoluciones dictadas, sobre adopción de medidas cautelares, el Auto de fecha 20 de abril de 2020, la Sala estima procedente requerir a la Administración competente para que adoptase «*todas las medidas a su alcance para que tenga lugar efectivamente la mejor distribución de los medios de protección de los profesionales sanitarios*», al no haber alcanzado plena efectividad la distribución de tales medios de protección, debiendo el Ministerio de Sanidad informar quincenalmente a la Sala de las medidas concretas adoptadas para dar cumplimiento al requerimiento que se efectuaba.

En definitiva, de las resoluciones mencionadas cabe extraer, a juicio de esta parte, dos apuntes de vital interés e importancia que pudiesen servir como base de la fundamentación de las reclamaciones que fueran promovidas por el personal sanitario en cuanto a los daños sufridos por el contagio vírico del COVID-19:

a. El reconocimiento por el Tribunal Supremo que la falta de medios de protección del personal sanitario, denunciado dentro del sector sanitario público, es un hecho notorio y manifiesto por lo que resulta, por ello, innecesario desplegar cualquier medio de prueba al respecto;

b. El fracaso, por parte de la Administración competente, en la gestión llevada en torno a la distribución de los medios de protección a los profesionales sanitarios y la falta de aprovisionamiento de material de protección individual necesario para la preservación de su salud, integridad física y seguridad de éstos en el ámbito laboral.

VI. A EFECTOS CONCLUSIVOS: REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA PREVENCIÓN Y SEGURIDAD DE LA SALUD DEL PERSONAL SANITARIO A SU SERVICIO FRENTE A LA PANDEMIA DEL COVID-19.

Analizado cada uno de los presupuestos legal y jurisprudencialmente preestablecidos para la determinación de la posible responsabilidad patrimonial del Estado en la prevención, tratamiento y seguridad de la salud del personal sanitario a su servicio frente a la pandemia del COVID-19, cabe extraer las siguientes reflexiones:

1. No todo acontecimiento lesivo, en el

ámbito de la función pública, sufrido por el personal sanitario adscrito al Sistema Nacional de Salud, en la prestación de su actividad profesional, implica, necesariamente, una reparación indemnizatoria por parte de la Administración Pública.

2. Para poder exigir responsabilidad patrimonial al Estado por los daños ocasionados al personal sanitario, se precisa que el daño ocasionado tenga un carácter antijurídico, sin intervención de culpa relevante e imputable al personal sanitario y sin la concurrencia de fuerza mayor como origen o causa del mismo.

3. En cuanto a la prueba del daño causado, corresponderá al personal sanitario acreditar la existencia del mismo, su alcance y determinación, debiendo concretar los conceptos indemnizatorios objeto de reclamación y facilitar la prueba que dé justificación a su reclamación indemnizatoria, prestando especial importancia las pruebas periciales médicas sobre la valoración del daño y su trazabilidad, en un marco de relación de causalidad, entre el efecto lesivo y la falta de medios de prevención, protección y seguridad facilitados por parte de la Administración Sanitaria.

4. Las reclamaciones que pudiesen ser planteadas por el personal sanitario por el deficiente funcionamiento de la Administración Sanitaria frente a los efectos colaterales creados con ocasión a la crisis sufrida, pretenderán, con toda probabilidad, ser solventadas o salvadas, sin más, argumentándose la concurrencia de una situación fáctica de fuerza mayor como causa excluyente de toda responsabilidad pública, fijando aquélla en el desconocimiento invencible de técnicas preventivas y/o curativas que mitigasen los graves efectos de la pandemia, al no existir, dado el estado de la ciencia, tratamiento alguno, correspondiendo a la Administración el acreditar y justificar tal circunstancia.

5. Frente a ello, cabe precisar que la cuestión controvertida no debe focalizarse en la falta de previsibilidad, inevitabilidad y excepcionalidad de la pandemia del COVID-19, sino en la actuación pública llevada frente a la crisis sanitaria creada, en el sentido de valorar si ésta incrementó significativamente el riesgo provocando su materialización en contagios masivos habidos entre su personal sanitario y asistencial.

6. Por otro lado, a los efectos de calificar

la antijuricidad del daño ocasionado al personal sanitario, como eje fundamental de las pretensiones indemnizatorias que pudiesen formularse, no resultará suficiente probar la existencia y concreción del daño causado, al poder ser considerado el contagio vírico sufrido resultado de un riesgo propio y singular de la actividad profesional sanitaria desarrollada, sino, además, tal como previamente se ha dejado apuntado, habrá de efectuarse un estudio crítico y analítico sobre la intervención de los órganos de dirección y control de la gestión pública, con el objeto de calificar la misma como correcta y adecuada, atendiendo a la crítica situación fáctica creada, o, por el contrario, defectuosa en su funcionamiento, ya sea por inactividad, retraso o desacierto en la gestión llevada, afectando, ello, a la prevención y estándares de seguridad esperables y exigibles.

7. Resulta, por ello, necesario identificar, en una relación de causalidad, el daño causado y la falta de prevención y protección en el trabajo del personal sanitario adscrito al Sistema Nacional Salud, principalmente, en los primeros estados de la pandemia, con el objeto de determinar si el elevado porcentaje de contagio habido entre el personal sanitario tuvo relación con el problema constante de abastecimiento de material sanitario de protección individualizada (EPI) sufrido, agravado por la falta de idoneidad de alguno de los elementos de protección posteriormente facilitados y potenciado por la ausencia de formación e información de protocolos sanitarios desarrollados frente crisis pandémica creada en torno al COVID-19.

8. Respecto a la falta de medios de protección del personal sanitario, denunciado dentro del sector sanitario público, presupuesto de las futuras pretensiones indemnizatorias, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse declarando tal hecho como notorio y manifiesto, por lo que resultaría innecesaria desplegar cualquier medio de prueba al respecto, pudiendo ser responsable de ello la Administración competente al haber fracasado en la gestión llevada en torno a la distribución de los medios de protección a los profesionales sanitarios y la falta de aprovisionamiento de material de protección individual necesario para la preservación de su salud, integridad física y seguridad de éstos en el ámbito laboral⁶⁸.

68 Sobre la posible responsabilidad de la Administración Sanitaria por los daños que se hubiesen ocasionados al personal sanitario por el contagio masivo del COVID-19, la Sala de lo Contencioso de Tribunal Supremo se ha pronunciado

VII.- REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA:

1.- COSCULLUELA MONTANER, L. «*Manual de Derecho Administrativo*». Editorial Civitas. Vigésima quinta edición, CIVITAS. 2014.

2.- ENTRENA CUESTA, R. «*Curso de Derecho Administrativo.Volumen 1/1. Concepto, fuentes, relación jurídica-administrativa y justicia administrativa*».Editorial Tecnos. 1988. Pág. 400.

3.- GALÁN CORTES, J. «*Responsabilidad civil médica*» *Sexta Edición*.Editorial Civitas-ThomsonReuter. 2018.

4.- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ CARANDE, E. «*Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa*». Estudios Monográficos. Anuario de Derecho Civil. Año 1955.

5.- PANTALEÓN PRIETO, F., «*Cómo repensar la responsabilidad civil extra contractual (también la de las Administraciones Públicas)*», La Responsabilidad en el Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 4, 2000.

6.- ROCA TRÍAS, E., «*Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño*». Anuario de Derecho Civil, 2004. Volumen LVII, fascículo III (julio-septiembre),

7.- SÁEZ LARA, C. «*Responsabilidad patrimonial de la Administración y derecho a la seguridad y a la protección de la salud en el trabajo de los empleados públicos*». Revista española de Derecho del Trabajo nº 145/2010. Editorial Civitas, SA. BIB 2010\111.

sobre el fracaso en la gestión pública llevada en torno a la facilitación de los medios de protección individual en el ámbito sanitario, en un auto sobre medidas cautelares, fechado el 31 de marzo de 2020, acordando requerir al Ministerio de Sanidad la adopción de todas las medidas a su alcance para que tenga lugar efectivamente la mejor distribución de los medios de protección de los profesionales sanitarios. Debe tomarse en consideración el contexto en el que fue dictado el mencionado auto, en un procedimiento de petición de medidas de carácter cautelar, en donde se ha valorado, entre otras cosas, la apariencia de buen derecho en la reclamación formulada, careciendo ello de valor de cosa juzgada, debiendo ser discutido la cuestión de fondo sobre la posible responsabilidad en el procedimiento principal, en el que podría el Tribunal, tras la práctica de los medios de prueba que se entendiesen necesarios, considerar, en cambio, justificada la intervención de la Administración demandada, a pesar de la resolución cautelar dictada.