



*Relación de causalidad e imputación objetiva
en la responsabilidad civil sanitaria*

Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Castilla-La Mancha

Working Paper núm: 180

Barcelona, enero de 2003

www.indret.com

Sumario

1. Introducción
2. Nexo causal e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria.
3. Posición de la última doctrina administrativa favorable a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva.
4. El denominado “riesgo inherente al servicio”: un presupuesto controvertido.
5. ¿Inexistencia de nexo causal material o inimputabilidad objetiva del daño al demandado?
6. Dos cuestiones teóricas acerca de la relación de causalidad: el papel de la “previsibilidad” y la *imputatio iuris* en el ámbito de la responsabilidad objetiva.
7. Análisis jurisprudencial sobre nexo causal e imputación objetiva.
 - 7.1. Casos donde se observa, desde la perspectiva de la relación de causalidad (material), un *iter causal* más extenso, pero, al mismo tiempo, una certidumbre mayor en cuanto a la constatación del proceso etiológico.
 - 7.2. Casos donde cabría hablar de nexo causal entre la intervención sanitaria en general y el daño infligido al paciente.
8. La distinción entre el comportamiento comisivo y el omisivo en la problemática sobre el nexo causal.
9. Bibliografía

Abreviaturas utilizadas: AP: Audiencia Provincial; Ar.: Marginal correspondiente a los repertorios de jurisprudencia de la Editorial Aranzadi; Art.: artículo; CC: Código Civil; CC.AA: Comunidades Autónomas; CE: Constitución Española de 27 de diciembre de 1978; F.D.: Fundamento de Derecho de la sentencia; LEF: Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954; Ley 4/1999: Ley 4/1999, de 13 de enero, por la que se modifica parcialmente la LRJAP; LCU: Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; LRPD: Ley 22/1994, de 6 julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; LRJAE: Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (Texto Refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957); LRJAP: Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; Pág.: Página; Págs.: Páginas; STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

1. Introducción

El régimen sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración queda establecido actualmente en el art. 139 LRJAP, precepto con un contenido normativo similar al derogado art. 40 LRJAE, y al art. 106.2 CE, y cuyo origen hay que buscarlo casi cincuenta años atrás en el art. 121 LEF. Ello evidencia la falta de innovación de la LRJAP –con sus reformas correspondientes– en lo relativo a las reglas de fondo aplicables en materia de responsabilidad de la Administración. Más bien diría, a la vista de la reforma operada con la Ley 4/1999, que se ha producido un retroceso en el asentamiento definitivo del régimen objetivo de responsabilidad atribuible a la Administración. No es otra cosa lo que ha ocurrido con la nueva redacción del art. 141.1 LRJAP, al no considerar indemnizables los daños derivados de hechos o circunstancias imposibles de prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica en el momento en que aquéllos se produjeron (los denominados “riesgos del desarrollo”).

En cuanto a los presupuestos para la aplicación del art. 139 LRJAP, la doctrina administrativa (véase, por todos, Martín Rebollo [1994], págs. 11 y ss.) requiere la existencia de una *lesión* imputable a la Administración Pública por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; de modo que se atribuirá a la Administración una responsabilidad objetiva siempre que se acredite una relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño ocasionado. Asimismo, tan sólo la fuerza mayor, entendida como evento imprevisible, externo y ajeno al servicio exoneraría a la Administración de la responsabilidad que se le pretendiera atribuir. Abundando más en el concepto de *lesión*, se considerará tal el daño antijurídico o daño respecto del que no exista deber jurídico de soportar.

Por lo general, la doctrina acepta sin discusión la concurrencia de estos presupuestos para la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración. Ahora bien, si nos adentramos con detenimiento en el panorama resultante de aplicar dichos presupuestos a la práctica jurídica se observa un contraste muy acusado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a la hora de adoptar una interpretación uniforme de los mismos. Ello ocurre, en concreto, con la consideración de lo que ha de entenderse como “fuerza mayor” a efectos de exoneración de responsabilidad a la Administración. Así, un mismo supuesto de hecho –el consistente en valorar la imputación o no de responsabilidad a la Administración en los casos de sangre contaminada con el virus del SIDA o de la Hepatitis C, cuando el virus no podía ser detectado con los datos técnicos y científicos del momento (riesgos del desarrollo)– ha sido entendido por la jurisprudencia, que aplica la normativa anterior a la reforma de la Ley 4/1999, bien como caso fortuito del que responde la Administración, bien como ejemplo de fuerza mayor, lo que supone la consiguiente exoneración de responsabilidad. Tampoco la doctrina es unánime en este sentido, al existir algún autor que, en contra de la tendencia mayoritaria, estima como fuerza mayor aquellos supuestos (Muga Muñoz [1995], pág. 290; Plaza Penadés [2002], pág. 160).

No menos controversia ha ocasionado la atribución de responsabilidad fundamentada en el funcionamiento normal de los servicios públicos, sobre todo en el ámbito sanitario. Ya es clásica la *STS, 3.^a 14 junio 1991 (Ar. 5115)*, que condenó al INSALUD por los daños consistentes en la

paralización de la parte izquierda del cuerpo de la paciente como consecuencia de una intervención quirúrgica. La paciente presentaba dos aneurismas gigantes en ambas carótidas. El cirujano optó por reducir en primer lugar el aneurisma de la carótida derecha -opción irreprochable desde la aplicación de la *lex artis ad hoc*. No obstante, posteriormente pudo comprobarse que hubiera resultado más conveniente reducir primero el aneurisma de la carótida izquierda; pese a que los graves daños producidos por proceder de ese modo no eran previsibles cuando el cirujano tomó la decisión, dado que cualquiera de las dos opciones posibles suponían una adecuación a las reglas de la *lex artis*. Pues bien, la doctrina que ha comentado la sentencia se ha pronunciado desde muy diversos puntos de vista: hay quien entiende que el TS no hace sino llevar a sus últimas consecuencias lo que en sede doctrinal se ha defendido -la consabida responsabilidad objetiva- (Pantaleón Prieto [1994], pág. 244; Martín Rebollo [1994], pág. 42; Mir Puigpelat [2000], pág. 271) y quien se muestra contrario al parecer jurisprudencial basándose en distintos razonamientos. Entre las razones que últimamente se barajan para limitar la responsabilidad de la Administración a supuestos como el de la *STS 14 junio 1991* destaca el problema de la imputación objetiva del daño al demandado; de forma que la aplicación de esa teoría impediría la atribución de la responsabilidad pretendida (véase Beladiez Rojo [1997], págs. 111-112, nota 18).

2. *Nexo causal e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria*

Creo innecesario exponer todo el razonamiento correspondiente a la relación de causalidad, en cuanto presupuesto ineludible en cualquier reclamación de daños. Es aceptada de modo pacífico la aplicación de la Teoría de la equivalencia de las condiciones o *condicio sine qua non* como fórmula de la que partir en el análisis del nexo causal; así como las críticas y matices que sistemáticamente han sido señalados por la doctrina. Entre aquéllas se encuentra la insuficiencia de la *condicio sine qua non* para resolver en su globalidad todo el problema causal, así como la corrección de la misma -con el fin de evitar el tan conocido *regressus ad infinitum*- mediante a aplicación de otros conceptos (v. gr., el de la "imputación objetiva"). Por su parte, uno de los matices que suelen señalarse por la doctrina es la sustitución de la *condicio sine qua non* por la fórmula de la *condición ajustada a las leyes de la naturaleza*; dado que la primera presupone el conocimiento de la existencia de relación de causalidad, y si se desconoce la virtualidad causal de una condición concreta, difícil será que aporte un resultado seguro cuando procedamos a su supresión mental. Es por ello que, cuando el juicio hipotético -método de supresión mental-ofrezca una solución dudosa, habrá que someter el caso al juicio de los peritos o expertos en la materia y aplicar la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza (cfr., Mir Puigpelat [2000], págs. 235-236; Pantaleón Prieto [1990], págs. 1561-1562, nota 2; Busto Lago [2001], pág. 96).

Asimismo, otra premisa que debe tenerse en cuenta es la consideración de la teoría -entre otras- de la causalidad adecuada como teoría de imputación objetiva y no como teoría propiamente causalística (véase Pantaleón Prieto [1990], pág. 1563; Díez-Picazo [1999], pág. 340).

3. Posición de la última doctrina administrativa favorable a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva

La aplicación de la teoría de la imputación objetiva sirve para negar la equiparación absoluta entre la prueba de la relación de causalidad –*stricto sensu* o causalidad fáctica o material- y la atribución de responsabilidad civil. No está de más recordar que, cuando hablamos de responsabilidad civil médico-sanitaria por la producción de una serie de daños, lo normal es que concurren, al menos, dos “causas” distintas susceptibles de ser conectadas con los daños infligidos (cfr., Salvador Coderch [2000], pág., 2): por un lado la actuación del servicio sanitario y, por otro, el factor reacional del paciente. Para ser más exactos, dos “riesgos” contrapuestos que se manifiestan durante el funcionamiento del servicio sanitario –el propio del paciente y el del servicio mismo al intentar reducir el del paciente-.

El papel encomendado a la Teoría de la imputación objetiva es, precisamente, el de suministrar los criterios que permitan guiar correctamente el proceso de valoración normativa o ponderación entre las distintas causas –o riesgos- concurrentes, a fin de determinar la posible responsabilidad civil (véase Mir Puigpelat [2000], págs. 246-247). Y el criterio para considerar “responsable” al demandado es el de haber creado un “riesgo jurídicamente relevante” (Beladiez Rojo [1997], pág. 103; Mir Puigpelat [2000], pág. 247).

La coincidencia demostrada por la doctrina en cuanto al criterio básico para imputar objetivamente los daños al servicio sanitario deja de existir a la hora de señalar y explicar cada uno de los requisitos que debe reunir el riesgo para que sea “jurídicamente relevante” (véase, ampliamente, el tratamiento de tales requisitos en las obras citadas de Beladiez Rojo y Mir Puigpelat).

4. El denominado “riesgo inherente al servicio”: un presupuesto controvertido

Entre las dudas que me sugiere el entendimiento de los presupuestos del denominado “riesgo jurídicamente relevante”, algunas tienen que ver con el requisito de la *inherencia* del riesgo al servicio, -propuesto por Beladiez Rojo [1997], págs. 105 y ss.- En primer lugar, conviene destacar que la reforma introducida por la Ley 4/1999, en lo relativo a la nueva redacción del art. 141.1 LRJAP, ha coartado el razonamiento jurídico, defendido por Beladiez Rojo, consistente en fundamentar el denominado “riesgo inherente al servicio” en la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, según responda o no, respectivamente, la Administración del daño en cuestión. La conexión entre “riesgo inherente al servicio” y caso fortuito –del que responde la Administración y separado claramente de la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad- ha sido asumida pacíficamente por la doctrina administrativa, sobre la base de una jurisprudencia consolidada en ese sentido (véase, entre otros, García de Enterría/Fernández Rodríguez [2001], pág. 395-396; Parada Vázquez [1993], pág. 434).

Las consecuencias jurídicas tanto de la tesis de Beladiez Rojo como de la doctrina administrativa al respecto supondrían la imputación de responsabilidad a la Administración en casos que, tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999, dicha responsabilidad no sería imputable por la imposibilidad de haber previsto o evitado según el estado de los conocimientos científicos y técnicos del momento los daños ocasionados. Aquí encajaría perfectamente la problemática derivada de las transfusiones de sangre contaminada con el virus del SIDA o de la Hepatitis C cuando no podía preverse o evitarse tales daños conforme al estado técnico y científico del momento (los denominados "riesgos del desarrollo").

La concepción mantenida generalmente por la doctrina administrativa y por la jurisprudencia sobre la fuerza mayor/caso fortuito queda pues sustancialmente matizada por el nuevo art. 141.1 LRJAP. La literalidad de este precepto podría servir, a mi juicio, para defender una interpretación diferente de la mantenida por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias sobre el significado de la fuerza mayor/caso fortuito; en orden a defender un mismo concepto que haga las veces de causa exoneradora de responsabilidad (véase Díaz-Regañón [2000], págs. 20 y ss.). Si, por el contrario, se opta por la interpretación asumida hasta ahora por la consabida doctrina y jurisprudencia, asistiríamos a un trasvase de contenidos entre ambas figuras; produciéndose un ensanchamiento progresivo de la fuerza mayor a costa del correlativo vaciamiento del caso fortuito.

Ésta parece ser la solución adoptada por un sector de la doctrina al interpretar la referencia que hace la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 sobre el problema cuando señala: "En el 141 se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad". De ahí que Asúa González [2002], pág. 1001, observe que "la ampliación del concepto de fuerza mayor viene determinada porque se alteran sus dos elementos definidores en el ámbito administrativo: ahora también serán supuestos de fuerza mayor eventos internos al servicio público y aquellos que, externos o internos, aun siendo evitables no sean previsibles según el estado de los conocimientos científicos o técnicos. De este modo, la reseñada ampliación de la fuerza mayor se hace a costa del caso fortuito: no se va a responder, por considerarse fuerza mayor, de daños de los que antes se deberían responder por estimarse sólo caso fortuito". Si, como bien afirma la autora citada, la nueva redacción del art. 141.1 LRJAP "altera los elementos definidores" de la fuerza mayor, esa alteración desnaturaliza la propia distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor, desde el momento en que la particularidad más connatural y trascendental del caso fortuito (interioridad o, dicho de otro modo, riesgo inherente al servicio) se hace predicable de la fuerza mayor.

5. *¿Inexistencia de nexo causal material o inimputabilidad objetiva del daño al demandado?*

Una cuestión más acerca del denominado "riesgo inherente al servicio". La doctrina se basa en este presupuesto para delimitar el riesgo creado por el servicio de aquellos otros que se manifiestan con ocasión de su funcionamiento, pero que se originan en un ámbito ajeno a dicho servicio. En mi opinión este razonamiento pertenece al ámbito de la imputación objetiva del daño y no al de la relación de causalidad *stricto sensu* –causalidad material–.

Efectúo esta puntualización tras valorar las afirmaciones siguientes de Asúa González acerca de la distinción entre "causa" y "ocasión": "...porque la contención de una posible tendencia a la

indemnización por el hecho de que el daño haya acaecido en el curso del funcionamiento normal o anormal del servicio público sanitario conducirá muy a menudo al plano de la causalidad. O, para ser más precisos, bien al **plano estricto de la causalidad** (**a decidir si el funcionamiento del servicio público ha sido ciertamente la causa: lo que no acontece porque el daño se haya producido con ocasión del funcionamiento sino porque ese daño no habría acontecido si no hubiera actuado la Administración como lo hizo o si se hubiera actuado lo omitido**) o bien al de la llamada *imputación de daños* (habida cuenta de que el funcionamiento del servicio público es causa –normalmente concausa-, se trataría de dilucidar si se le imputa el daño) (la negrita es mía).” (Asúa González [2002], págs. 996-997; aseveraciones repetidas en págs. 1004-1005 y págs. 1007 y 1008).

A la vista de estas frases, parece que la autora sitúa la solución del problema de la distinción antedicha en sede de relación de causalidad *–rectius*: nexo causal material-, lo que plantearía alguna objeción. En primer lugar, habida cuenta del ámbito en el que centramos el análisis en cuestión -los problemas relativos a la relación de causalidad y la imputación objetiva del daño-, comenzaría por insistir en un dato puramente comparativo, que ayudará a aclarar la problemática concerniente a la distinción entre causalidad material e imputación objetiva. Me refiero a separar claramente los supuestos donde la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones (*condicio sine qua non*), no ofrece dudas acerca de su efectividad y consiguiente atribución de la responsabilidad, de aquellos otros donde la eficacia de la consabida teoría encuentra serios obstáculos para advertir su verdadera virtualidad causal.

Dicho en términos más sencillos: no será posible dudar de la existencia de “relación de causalidad” en los casos donde el daño consiste en la extirpación equivocada de una pieza dentaria, o en aquellos en los que queda verificado que las consecuencias nocivas proceden del olvido de material quirúrgico en el cuerpo del paciente por parte de los profesionales sanitarios -fíjese que los ejemplos son casos evidentes de funcionamiento anormal del servicio sanitario-. Ahora bien, las dudas sobrevenirán en otra serie de casos, mucho más controvertidos, sobre todo si encajan dentro de la consideración de funcionamiento “normal” del servicio sanitario o, a lo sumo, se acercan en mayor o menor medida a dicha conceptuación.

Me pronuncio en estos términos tan indeterminados porque habrá supuestos similares, si no idénticos que, según los magistrados que conformen la Sala sentenciadora, unas veces serán considerados como exponente de un “funcionamiento normal” de los servicios públicos, en tanto que en otras ocasiones la consideración será de “funcionamiento anormal”. Véase, como ejemplos, respectivamente, la STS, 3^a, 5 mayo 1998 (Ar. 4625) y la STS, 3^a, 15 julio 1995 (Ar. 6167).

En estos últimos casos la doctrina (Luzón Peña [1996], p. 362; Mir Puigpelat [2000], págs. 236-237) insiste en sustituir la fórmula de la *condicio sine qua non* por la teoría de la “condición ajustada a las leyes de la naturaleza”, debiendo intervenir en el caso el dictamen pericial de los distintos expertos en las correspondientes ramas del saber; con lo que seguiríamos estando dentro de los límites de la causalidad material, sin traspasar todavía los propios de la imputación objetiva del daño.

Es preciso detenerse en este punto con la finalidad de observar si realmente estamos ante un problema de nexo causal material o, por el contrario, de imputación objetiva del daño. Incido en ello porque autores como Mir Puigpelat [2000], págs. 236-238, con ocasión del análisis que efectúa

acerca de la relación de causalidad en supuestos donde existen dificultades a la hora de probar la virtualidad causal del comportamiento médico -precisamente son aquellos casos en los que se requiere el dictamen médico y a los que se aplica la denominada fórmula de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza-, expone cómo la jurisprudencia llega a soluciones contrarias en cuanto a la existencia o no de relación de causalidad en supuestos similares.

Se trata de la *STS 6 mayo 1998 (Ar. 2934)* y la *STS, (3^a) 10 febrero 1998 (Ar. 1452)*. En ambos casos, debido al nacimiento prematuro de un niño, es necesario un aporte de oxígeno. Lamentablemente el bebé sufre una enfermedad ocular (fibroplasia retroocular). Mientras la primera sentencia condena a la Administración sanitaria (a una indemnización de 60 millones de pesetas), y afirma la existencia de relación de causalidad entre el oxígeno suministrado al niño y el daño, la segunda absuelve al Centro médico por considerar no probada la existencia de la relación de causalidad entre los mismos presupuestos.

Sin embargo, personalmente creo que se trata más bien de un problema de imputación objetiva, como se comprobará más adelante. Para comprender esta cuestión, intentaré sistematizar las sentencias efectuando una división en distintos grupos según las particularidades más relevantes en cuanto a los problemas causales -en sentido amplio-.

6. Dos cuestiones teóricas acerca de la relación de causalidad: el papel de la "previsibilidad" y la imputatio iuris en el ámbito de la responsabilidad objetiva

Antes de proseguir, conviene insistir en dos problemas derivados del análisis jurídico-teórico de la relación de causalidad *lato sensu*; cuestiones, por otro lado, cuya solución no es nada pacífica en la doctrina. Un claro ejemplo lo tenemos en la consideración que tiene para la doctrina el juicio de previsibilidad que se predica en el ámbito de la teoría de la causalidad adecuada. Pues bien, mientras un importante sector doctrinal -sobre todo penalista- exige, como presupuesto de la teoría de la adecuación, la previsibilidad objetiva del resultado *ex ante*, a modo de juicio pronóstico (Mir Puig [2002], pág. 246; Martínez Escamilla [1992], págs. 79 y ss; Luzón Peña [1996], págs. 378 y ss.); otros autores se muestran contrarios a la introducción del juicio de previsibilidad en el entendimiento de la teoría de la adecuación, por mezclar confusamente los aspectos objetivo y subjetivo del tipo (Reyes Alvarado [1996], págs. 25 y 226), o por considerar que el discurso sobre la previsibilidad pertenece al terreno de la culpa, resultando innecesario para el desarrollo de los cursos causales (Díez-Picazo [1999], pág. 336; Reglero Campos [2002], pág. 294).

Quizá la solución estribe en la reinterpretación del concepto "previsibilidad", debido a la fungibilidad de este término según el ámbito en el que se aplique. Dicho de otro modo. Según el planteamiento de Carrasco Perera ([1989], págs. 594 y ss., 659 y ss., y 717 y ss.), la previsibilidad -dentro del ámbito de la responsabilidad contractual- tiene tres flancos donde mostrar su efectividad: el primero sería el que fundamenta el juicio de responsabilidad; con lo que habría que distinguir, en esta sede, si la responsabilidad de la que se trata es objetiva o subjetiva. La previsibilidad/ imprevisibilidad actuaría en ambos supuestos: "imprevisible es lo que excede del ámbito de riesgo asignado al deudor" (Carrasco Perera [1989], pág. 656)-. Ahora bien,

dependiendo del régimen de responsabilidad, subjetivo u objetivo, esa asignación se efectuará respectivamente, bien según las reglas de la diligencia que sean aplicables en virtud del modelo de conducta (arts. 1104 y 1105 CC) -en cuyo caso hablaríamos de la previsibilidad determinante de la imputación de la responsabilidad por culpa (criterio de imputación de la responsabilidad), o, por el contrario, la asignación del riesgo derivará de la norma que prevé el sistema de responsabilidad objetiva para ese supuesto concreto.

Un segundo flanco donde es efectivo el concepto de previsibilidad es el propio del art. 1107.1, párr. 1º CC, precepto únicamente aplicable al “deudor de buena fe”, en orden a “delimitar” los daños de los que tiene que responder “antes” del incumplimiento. Es decir, el “test” de previsibilidad, en esta sede, consistiría en “un juicio sobre lo que las partes han entendido obligarse al tiempo de contratar para la eventualidad de la falta de cumplimiento”; dicho de otro modo: se trata de un problema de “comprensión” de ciertos daños distintos del de prestación (Carrasco Perera [1989], págs. 740-741).

Finalmente, un tercer ámbito en el que el término “previsibilidad” mostraría su eficacia es el del “juicio de adecuación causal” o “juicio de imputación de daños”, previsto en el art. 1107.1, párr. 2º CC. Ésta es la sede donde confluyen los problemas, ya mencionados, sobre la interpretación que debe darse al término “previsibilidad”. En la locución “consecuencia necesaria” del art. 1107.1, párr. 2º CC quedaría condensada la cuestión relativa al juicio de imputación de los daños; juicio que no sólo es aplicable en el ámbito de la responsabilidad contractual, sino también en el extracontractual (Carrasco Perera [1989], pág. 725).

El *quid* estará en el significado que se dé a la “previsibilidad”. Así, en tanto en cuanto se adopte un entendimiento tal que nos remita a la conducta que habría desarrollado un “observador objetivo que disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico” o el comportamiento que habría tenido un “hombre prudente” a la hora de juzgar la adecuación de su conducta -en cuanto a prever o no el acontecimiento o curso causal determinante del daño- (Martínez Escamilla [1992], págs. 79 y ss.; Mir Puigpelat [2000], págs. 256 y ss.), la confusión con la “previsibilidad” como criterio de imputación de la responsabilidad -en un sistema subjetivo- es evidente. Téngase presente que mentalmente se efectúa una comparación -aunque sea *ex ante*- entre la conducta del sujeto al que se le pretende imputar el daño y ese “hombre prudente” que, en el ámbito sanitario, no es otro que el profesional experimentado en la rama médico-sanitaria de que se trate; lo que no está muy alejado de la aplicación del patrón objetivo de diligencia del art. 1104 CC -“buen padre de familia” (= buen profesional) habida cuenta de las concretas circunstancias en las que se desarrolla la actividad-.

Si, por el contrario, en el juicio de imputación de los daños se opta por una interpretación diferente de la “previsibilidad” o, mejor, se sustituye ese sustantivo por otro o por otra locución, es posible que los problemas de interpretación queden reducidos. Así, si en vez de hablar de “previsibilidad”, se habla de “consecuencia probable-típica de un suceso dañoso extracontractual” (Carrasco Perera [1989], pág. 740), o de “criterio de regularidad causal” (Carrasco Perera [1989], pág., 718), la “previsibilidad” deja paso a otro término -quizá menos

controvertido sin que por ello desaparezcan los problemas de interpretación: el de "probabilidad". Ahora la cuestión radicará en valorar el grado de probabilidad de producción del daño exigible para que el mismo pueda ser imputado objetivamente al demandado, lo que no es tarea sencilla. A este respecto, como las opciones varían desde la mera posibilidad hasta propuestas un tanto radicales –como la que basaría la adecuación de la conducta en la existencia de más de un 50 por ciento de posibilidades de que se produzca el daño-, lo más conveniente es la adopción de soluciones eclécticas, como "grado no demasiado alto de probabilidad", "mínima probabilidad" (Mir Puigpelat [2000], pág. 258), o bien "cuando no resulta muy improbable" (Salvador Coderch [2000], pág. 4), o finalmente otras como "probabilidad determinante o preponderante" (De Ángel Yáñez [1995], págs. 78-79) o "probabilidad cualificada" (STS 23 diciembre 2002 [Ar. 2003, 914]); sin olvidar que, en último término, la solución dependerá de la casuística y de la postura adoptada por el Juez que conozca del caso (Mir Puigpelat [2000], pág. 258).

Igualmente es problemático el análisis del criterio de imputación subjetiva en los supuestos de responsabilidad objetiva –cosa que afecta a lo que es la *imputatio iuris*-, en contraste con la cuestión de la imputación del daño o juicio de adecuación también en sede de responsabilidad objetiva (imputación objetiva o *imputatio facti*). Y lo es porque, si la función principal del caso fortuito/fuerza mayor es la exoneración de la responsabilidad, esto es, el actuar como límite de la responsabilidad civil; al describir el caso fortuito en la responsabilidad objetiva el suceso atípico y ajeno al riesgo asignado por la norma (suceso imprevisible) (Carrasco Perera [1989], págs., 650 y 659), resulta que el criterio utilizado en sede de *imputatio iuris* coincide con el correspondiente a la *imputatio facti* (cfr. Carrasco Perera [1989], págs., 725-726).

Esto ocurre, por ejemplo, en la regulación de la responsabilidad civil en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, cuyo art. 1 establece puntualmente los riesgos que son imputables objetivamente al hipotético responsable (los daños personales con ocasión de la conducción). En cuanto a los daños personales, señala el precepto:

"En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos".

En este ámbito se observa con claridad la atipicidad o no del suceso frente al riesgo asignado por la norma; la valoración sobre si tales daños están o no conectados causalmente con la conducción no es tarea ardua; al ser relativamente sencillo considerar no imputables objetivamente al demandado los daños por ser originados por los agentes de la naturaleza.

Pero en otros supuestos, como los casos de responsabilidad civil sanitaria imputable al INSALUD (u homólogos en las distintas CC.AA) la cuestión no es tan meridiana. Si la norma aplicable es el art. 139 LRJAP –precepto que establece una responsabilidad objetiva-, el criterio de imputación subjetiva, al no ser la culpa, no es otro que el funcionamiento normal o anormal del servicio público; criterio identificable con el que, en teoría, marca los límites de la imputación objetiva del daño. Ahora bien, confluyen varios problemas: uno de ellos tiene que ver con el denominado "factor reacional del paciente", por lo que en el ámbito médico-sanitario será muy difícil, sobre

todo en algunos supuestos, decidir si el daño es imputable objetivamente o no al demandado, por la incertidumbre en cuanto a considerar el daño consecuencia de la conducta de aquél y no por el propio devenir de la enfermedad. La cuestión se solucionará con la ayuda de los criterios de imputación objetiva propuestos por la jurisprudencia y por la doctrina, por todos conocidos (adecuación, incremento del riesgo, prohibición de regreso, fin de protección de la norma en que se fundamenta la responsabilidad, etc.); con lo que volvemos a estar en un razonamiento circular, donde son reincidentes los problemas que aquí estamos apuntando (v. gr., el término "previsibilidad"). Otro problema consistirá en asumir las consecuencias jurídicas derivadas de una responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos, aspecto extraordinariamente discutible y que, en los últimos tiempos, se ha matizado ostensiblemente, recortándose, con la exoneración por riesgos del desarrollo del art. 141.1 LRJAP-tras la reforma que incorporó la Ley 4/1999-.

7. Análisis jurisprudencial sobre nexo causal e imputación objetiva

Después de señalar algunos problemas teóricos ligados a la relación de causalidad *lato sensu*, es hora de retomar el análisis jurisprudencial propuesto anteriormente. En cuanto a la clasificación de las sentencias sobre esta materia, el criterio de distinción que he elegido es el de valorar cuando existen o no dudas acerca de la virtualidad causal de la intervención médica.

Téngase presente que no me refiero a los casos, antes mencionados, en los que la teoría de la equivalencia de las condiciones muestra toda su efectividad, sin necesidad de ulteriores dictámenes periciales, y sin que surjan dudas acerca de la imputación de responsabilidad a los demandados. Son los supuestos más claros de responsabilidad médico-sanitaria y, afortunadamente, los menos habituales.

A su vez, y con el fin de concretar aún más la finalidad de la clasificación adoptada, formularé una diferencia según estemos en presencia de un dato o factor incontestable que actúe como causa cierta del daño y, al mismo tiempo, ese factor se halle conectado causalmente con la intervención sanitaria; o, por el contrario, simplemente se cuestione la existencia de nexo causal material entre la intervención sanitaria y el daño producido. Esta clasificación servirá para aclarar lo concerniente a la distinción que presenta Asúa González entre causa y ocasión. Paso a exponer cada uno de los grupos:

7.1. Casos donde se observa, desde la perspectiva de la relación de causalidad (material), un iter causal más extenso, pero, al mismo tiempo, una certidumbre mayor en cuanto a la constatación del proceso etiológico

Dicho de otro modo, cuando entre la asistencia sanitaria o intervención médica y el daño es verificable la existencia de un eslabón causal intermedio que asegura el carácter "causal" –desde la aplicación de la *condicio sine qua non*- de la intervención sanitaria. Estas hipótesis coinciden con los supuestos de responsabilidad civil sanitaria en los que se utilizan productos "presuntamente" defectuosos, que originan el advenimiento de consecuencias nocivas en los pacientes. Aunque pueda parecer escasamente relevante esta distinción, considero que sólo por un dato es

perceptible la utilidad de la misma: por la seguridad -a diferencia de las sentencias clasificadas en el segundo grupo- que demuestran los supuestos incluidos dentro de este grupo en lo relativo a la afirmación del nexo causal material. Otro asunto será el concerniente a la imputación objetiva del daño y a si la no atribución de responsabilidad civil al demandado se halla fundamentada en una inimputabilidad objetiva del daño o en la aplicación del criterio de imputación subjetiva (culpa o cualquier otro previsto legalmente en la norma) que proceda, una vez afirmada la existencia de la imputación objetiva. Expondré primeramente las sentencias más sugerentes en este sentido:

- *STS 22 febrero 1991 (Ar. 1587)*: El actor se somete a un tratamiento de endodoncia. Durante la intervención sanitaria se le rompió al facultativo la lima que utilizaba, quedando un trozo de la misma en el interior del canino. Tras los intentos infructuosos del facultativo por extraer el trozo de lima y las molestias continuas del paciente, éste acudió a otra consulta odontológica en la que le fue extraído el canino donde tenía incrustado el trozo de lima. La demanda es formulada contra la entidad mercantil propietaria de la Clínica y contra el odontólogo que intervino al paciente. El TS confirma la sentencia de la AP que, a su vez, condena a ambos demandados.

En esta sentencia hay un dato seguro: la intervención sanitaria es, sin duda, causa material del daño. Omitiendo mentalmente dicha intervención médica no se habría roto la lima y, por tanto, no se habría dado el resultado. Habida cuenta de la certeza de esta circunstancia, lo que habrá que resolver es si el daño debe ser imputado objetivamente a los demandados y, correlativamente, cabe la atribución de responsabilidad por aplicación del criterio de imputación subjetiva a título de culpa. El TS -confirmando la sentencia de la AP- resuelve al unísono el problema de la imputación objetiva y la subjetiva, mediante una doble presunción judicial (véase Díaz-Regañón [1996], págs. 243 y ss.):

"Partiendo del hecho incuestionable, que nadie discute, de que durante la realización de las operaciones propias de la endodoncia, se le rompió al facultativo la lima que para ello utilizaba (tercio apical del canino), los recurrentes sostienen que no se ha concretado la causa de dicha rotura (motivo cuarto del recurso de "Cirden S.A."), o que tal causa fue un movimiento brusco de la propia paciente, a pesar de estar anestesiada (motivo único del recurso del Sr. M.A), por lo que pretenden concluir que no está acreditada la culpa o negligencia del referido facultativo. Frente a tales alegaciones, la sentencia aquí recurrida considera probado que dicha rotura no pudo tener otra causa que la utilización de una lima deteriorada o en mal estado de conservación, por un uso reiterado de la misma, ("fatiga de los materiales") o un defectuoso manejo o incorrecta utilización de ella por parte del facultativo (únicas hipótesis causales que señala es texto médico consultado por la Sala "a quo" y que el propio demandado Sr. M.A. aportó con su escrito de contestación a la demanda) o, por último, una insuficiente anestesia de la paciente, que no le impidió experimentar dolor durante el tratamiento, si se admite la afirmación del facultativo demandado, aquí recurrente, en el sentido de que la rotura de la lima fue producida por un golpe que la paciente le dio en el brazo. Cualquiera de las tres apuntadas hipótesis, únicas causas posibles de una conducta negligente por parte del facultativo, tanto si la lima estaba deteriorada o "fatigada" por el reiterado uso de la misma, como si de ella hizo una utilización incorrecta, pues dentro de sus elementales deberes profesionales se encuentra el cerciorarse preventivamente del buen estado de conservación del instrumental que utiliza y el hacer un uso adecuado y correcto del mismo, con buena técnica, según las reglas de la "lex artis" y lo mismo ha de decirse para el supuesto de que la causa de la rotura hubiere sido un golpe que la paciente, al sentir dolor, dio en el brazo del facultativo, pues dentro

de la previsibilidad exigible a un diligente profesional odontólogo se encuentra el evitar dicho riesgo, mediante la anestesia adecuada y suficiente, que en el presente supuesto no se utilizaría, si la paciente tuvo la reacción que aduce el facultativo recurrente, de donde se desprende que la calificación de culposa o negligente que hizo la sentencia recurrida para cualquiera de las tres hipótesis contempladas, como únicas causas posibles de la rotura de la lima, es plenamente ajustada a Derecho, con correcta aplicación de los arts. 1101 y 1104 CC". (F. D. 3º).

Insisto en que la presunción judicial es el mecanismo para solucionar el problema de la imputación objetiva, porque lo que el juzgador realiza con la enumeración de las "únicas" causas posibles de la rotura de la lima es un juicio valorativo por el que atribuye el daño a la voluntad del ser humano (al comportamiento de los demandados) y no a un producto del azar o suceso de la Naturaleza. Pero, al mismo tiempo, la AP añade en cada causa un adjetivo que necesariamente deriva en una conducta negligente de los demandados, con lo que se soluciona en el mismo planteamiento la imputación subjetiva a título de culpa, en este caso en sentido positivo.

- *STS 15 noviembre 2000 (Ar. 8987):* Debido a una lesión sufrida por el paciente en un dedo, se le introdujo en vía venosa un catéter, que posteriormente se rompió, trasladándose el extracto hasta el ventrículo derecho. El trozo del catéter quedó alojado en la arteria pulmonar principal y en la arteria pulmonar segmentaria, lo que requirió el sometimiento del paciente a una complicada intervención quirúrgica para la extracción del segmento. Las lesiones tardaron en curar doscientos cuarenta y seis días y, como secuela, al paciente le quedó una cicatriz en la parte anterior del tórax. Fueron demandados dos profesionales sanitarios, la Tesorería General de la Seguridad Social, el INSALUD, el SERGAS y la empresa fabricante del catéter ("Abbott Laboratories, S.A"). Tanto el Juzgado de 1^a Instancia como la AP absuelven a todos los demandados, a excepción de la empresa fabricante, quien resulta condenada a una indemnización de 6.000.000 pts. -cantidad inferior a la dictada por la sentencia del Juzgado de 1^a Instancia, que había condenado a dicha empresa a un montante indemnizatorio de 10.000.000 pts.-. El TS desestima el recurso interpuesto por "Abbott Laboratories, S.A". En esta sentencia también concurre un problema relacionado con el nexo causal, que finalmente es solucionado con la utilización de una presunción judicial cuya virtualidad llega hasta la resolución de la imputación objetiva del daño. En el F. D. 6º el TS hace suyo el razonamiento de la sentencia recurrida:

"SEXTO.- El motivo sexto del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 26 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, por cuanto que la sentencia impugnada, sin haberse probado el defecto del instrumento, condena a la recurrente con la argumentación de que pertenece al mundo de lo posible que el catéter fuera defectuoso- se desestima porque en la sentencia de instancia obra que «está acreditado, con la máxima certeza, que el catéter rompió en el momento en que, de manera adecuada, fue usado, y como, en su manejo, no hubo manipulación alguna que haya causado su fractura, ésta procedió de causa inherente al mismo catéter, y aunque entre las posibles, no haya sido identificada cuál fue, por no haberse hecho una investigación concreta, con garantías de conocimiento e imparcialidad razonablemente exigibles, en todo caso lo que resulta verificado es que hubo una autofractura», de manera que se hace supuesto de la cuestión al ignorar la declaración fáctica de la sentencia recurrida".

Esta sentencia bien podría haberse resuelto de forma análoga a la propuesta por la *STS 22 febrero 1991*, con sólo exponer a modo ejemplificativo las hipótesis causales posibles de la rotura del catéter, todas ellas imputables a la empresa fabricante. Aunque formalmente no enumere tales hipótesis, de modo implícito llega a idéntico resultado, pues el reconocimiento firme de la existencia de una “autofractura” del catéter, junto a la exposición detallada de la adecuación a la *lex artis* del profesional sanitario en la utilización de dicho instrumental, conducen a la conclusión de que cualquiera que fuese la causa real de la rotura del catéter ésta sería imputable a la entidad recurrente.

Ahora bien, esta solución supone la inimputabilidad subjetiva del daño a los prestadores del servicio sanitario, lo que introduce una nueva fuente de conflicto, desde el punto de vista jurídico, hasta el momento no resuelta de modo definitivo por el Ordenamiento Jurídico a partir de los mecanismos previstos para ello. Me refiero al problema de qué sujeto y bajo qué fundamentación jurídica responde civilmente de los daños ocasionados en la prestación de un servicio sanitario en el que ha sido utilizado un producto defectuoso; daños que, por un lado, podrían ser imputables al prestador del servicio –desde la aplicación de la teoría de la imputación objetiva- y que, por otro, cabe dudar de que lo sean –desde la aplicación de la imputación subjetiva-, siempre que el criterio de imputación utilizado en esta sede sea la culpa, lo que supone el establecimiento de una responsabilidad subjetiva.

En esta ocasión, a diferencia de lo que ocurre en otras sentencias, el juzgador ha optado por la solución más lógica desde el punto de vista jurídico: condenar al fabricante del producto, después de acudir a la utilización de la *praesumptio hominis* con el fin de constatar que tanto el defecto del catéter como la causa de dicha rotura son imputables (atribuibles) a la empresa fabricante del producto. Sin embargo, no me resisto a plantear por qué aquí es absuelta la Administración sanitaria, mientras en otros supuestos, aparentemente similares, es el único sujeto condenado, resultando absuelto el fabricante; circunstancia que requiere, al menos, un análisis comparativo de los pronunciamientos judiciales que han valorado esta cuestión.

- *STS 22 noviembre 1999 (Ar. 8618)*: La paciente demanda a un médico, al INSALUD, a la empresa fabricante del producto (que curiosamente es “Abbott Laboratories, S.A”), y a una Compañía Aseguradora una indemnización de 100 millones de pesetas por los daños sufridos por la paciente, después de someterse a un parto “normal”. El problema sobrevino porque, al día siguiente, cuatro centímetros de un catéter que fue utilizado en el parto quedaron dentro del cuerpo de aquélla. El trozo del catéter se localizó en el pulmón izquierdo; pero ni en el hospital de Albacete ni en el hospital “1º de Octubre” consideran oportuno extraer el trozo del catéter. La paciente sufre una serie de dolores y trastornos; y el informe clínico de alta señala: “en el momento actual no está indicada la intervención quirúrgica y que la anticoagulación mantenida tampoco aporta ningún beneficio, se decide retirar la anticoagulación y dar de alta hospitalaria a la enferma controlándola ambulatoriamente y si en un momento dado presentara complicaciones por intolerancia del cuerpo extraño, plantear nuevamente la cirugía de resección pulmonar segmentaria. Y como diagnóstico concluye: embolismo pulmonar por punta de catéter; y asimismo, termina: tratamiento conservador con controles periódicos” (F. D. 1º). Finalmente, el

TS estima el recurso de casación interpuesto por la parte actora y condena únicamente al INSALUD a satisfacer a la recurrente la cantidad de 30 millones de pesetas. Se da la circunstancia de que, entre los motivos utilizados por la actora para recurrir en casación, se encuentran la inaplicación de los arts. 1902 y 1903 CC y de los arts. 40 y 41 LRJAE -hoy derogada-.

Entre los datos escasos que aparecen en el relato de la sentencia, puede leerse que la absolución del médico demandado radica en que no consta que su actuación fuera la causante del daño. Asimismo, respecto de la empresa fabricante del catéter ("Abbot Laboratories, SA") se dice: "...del que tampoco consta nexo causal en la rotura del catéter, causante del daño". No creo que este razonamiento sea convincente, debido, sobre todo, a la carencia en cuanto a la explicación de la negación del nexo causal (*lato sensu*) entre el comportamiento del fabricante del catéter y el daño (Cfr., Marín López [2000], pág. 477). En el otro extremo se sitúa la condena del único demandado: el INSALUD. Y la argumentación que fundamenta dicha condena no es sino una jurisprudencia -consolidada- acerca del matiz objetivo del art. 1903.4 del CC (con referencias a la responsabilidad por riesgo o basada en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*), así como la alusión jurisprudencial a la aplicación de los arts. 1, 26 y 28 LCU, con la ya conocida responsabilidad "objetiva" del último precepto.

Hay que recordar que la demandante/recurrente no ha motivado el recurso en la infracción, por inaplicación, de los preceptos de la LCU y que, sin embargo, sí ha acudido a otros -más o menos cercanos en cuanto al carácter de la responsabilidad (objetiva) que establece, según doctrina generalizada- como el -ya derogado- art. 40 LRJAE. No es que rechace la aplicación por el TS de un precepto no utilizado por el recurrente en la motivación del recurso, lo que me parece cuestionable jurídicamente es: primero, que se omita una mínima explicación tanto para apoyar la condena como la absolución, respectivamente, de los demandados; segundo, que unos preceptos aplicables a los fabricantes del producto supuestamente defectuoso y a los prestadores de servicios que utilizan esos mismos productos (los citados arts. 25-28 LCU -al menos, antes de la entrada en vigor de la LRPD-), tan solo se apliquen en perjuicio de la Administración sanitaria, cuando, curiosamente, no hay reproche alguno sobre ningún profesional sanitario que interviene materialmente en el parto. El único demandado, que más tarde resulta absuelto, es el Jefe del Servicio médico donde fue atendida la actora. Y, tercero, que no hayan sido aplicados los preceptos de la LRJAE, que sí fueron utilizados por la recurrente en su motivación, y que, por el contenido idéntico de los arts. 40 LRJAE y 139 LRJAP, podrían fundamentar una condena de la Administración por aplicación de la ya consabida responsabilidad objetiva de los servicios públicos -por funcionamiento normal o anormal-.

- En contraste claro con la sentencia que acabamos de comentar se encuentra la *STS 17 abril 1998 (Ar. 2055)*. Con el fin de extraer cerumen del oído de la actora, se produce la rotura de la jeringa utilizada; por lo que aquélla reclama al médico y al Servicio Vasco de Salud una indemnización por los daños sufridos de 19.375.000 pts. Mientras en Primera Instancia sólo se condena a la entidad sanitaria a una indemnización de 7.500.000 pts., la AP fija la suma en 10.875.000 pts., manteniendo la absolución del profesional sanitario. El Servicio Vasco de Salud recurre en casación, alegando como motivo esencial la aplicación indebida de los arts. 1902 y 1903 CC; el TS

estima el recurso. Esta sentencia se sitúa en la dirección que apunta la *STS 15 noviembre 2000*. Es bien seguro que, de haber demandado a la empresa fabricante del producto, ésta hubiera resultado condenada con base en el razonamiento que el TS expone, precisamente, para absolver al Servicio Vasco de Salud; que no es otro que observar sobre qué sujeto debe recaer el “control y supervisión” de los productos que distribuye en el mercado. El siguiente extracto es suficientemente revelador de lo dicho:

“La impugnación de la sentencia recurrida gira en torno a la imputación que hace a la entidad recurrente, previo reconocimiento, de acuerdo con el dictamen pericial, de que la jeringa presentaba anomalías de fabricación que «sólo podían ser observadas desmontando el aparato y sólo podrían haber sido detectados en riguroso control de calidad» (fundamento jurídico 1.º).

Este control, además de al fabricante, le corresponde, según la Audiencia al Servicio Vasco de Salud, «para el buen cumplimiento del servicio de la salud que tiene encomendado por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma y en definitiva del Estado» (fundamento jurídico 2.º).

Así las cosas, se revela que el defecto de la jeringa no era detectable antes de su uso; es durante el mismo cuando sobreviene el accidente por defecto de fabricación. Por ello no es correcta la imputación de responsabilidad al Servicio Vasco de Salud, pues no es lógico que tenga que montar un servicio de control de calidad de todos y cada uno de los instrumentos que le suministran los fabricantes para el desarrollo de sus actividades, asumiendo las obligaciones que a ellos compete, ni tiene tampoco lógica alguna que sea la Administración la responsable de que aquéllos no cumplan o cumplan incorrectamente el control de calidad de sus productos. En la vía civil elegida por la actora de esta *litis* no corresponde la declaración de responsabilidad, si la hubiera, por los daños causados en la prestación de un servicio público. Por todo ello, el motivo se estima” (F.D. 1º).

Volviendo al análisis acerca de la cuestión con la que comenzamos este epígrafe, lo que interesa resaltar ahora es cómo en este caso -al igual que en los anteriores-, la existencia de un nexo causal material entre la intervención sanitaria y el daño es indiscutible. El problema deberá ser resuelto en otra sede, bien en el ámbito de la imputación objetiva del daño o bien en el de la afirmación de la responsabilidad por aplicación de un criterio de imputación (subjetivo) -que será la culpa, salvo que la norma establezca otro distinto- tras afirmar que el daño es objetivamente imputable al demandado. La rotura del instrumento utilizado en la asistencia sanitaria (catéter, jeringa) hace las veces de hilo conductor, desde el punto de vista de la causalidad material, entre la intervención sanitaria y el daño.

Pese a todo, las cosas no son tan claras, en cuanto al orden a seguir según el esquema teórico de la imputación objetiva. En la *STS 17 abril 1998*, el fundamento de la exoneración de responsabilidad del Servicio Vasco de Salud creo que se halla en sede de imputación subjetiva y no en el estadio -teóricamente previo- de la imputación objetiva del daño; pues éste es imputable objetivamente a la entidad sanitaria. Me explico. Una vez afirmada el nexo causal material entre la intervención sanitaria y el daño, habrá que pasar al plano de la imputación objetiva del daño. Y parece que éste es imputable a la entidad demandada (ya desde la teoría de la adecuación o por aplicación del criterio del incremento del riesgo). Todavía no hemos llegado al plano de la imputación subjetiva, con lo que no podemos concluir si el demandado es o no responsable del daño. Dado

que los preceptos utilizados, tanto por el recurrente en casación como por el TS, son los arts. 1902 y 1903 CC –normas que, a pesar de su interpretación tendencialmente objetivista, no dejan de basarse en la culpa o negligencia como criterio de imputación de la responsabilidad- es, precisamente, esa valoración subjetivista (existencia de culpa o no en la actuación de la entidad sanitaria) la que debe primar en la resolución del problema de la *imputatio iuris* (o imputación subjetiva). El razonamiento esencial del TS para exonerar de responsabilidad al Servicio Vasco de Salud no es otro que la exposición del patrón de diligencia exigible a la entidad sanitaria con el fin de quedar exonerado de la responsabilidad que se le imputa (art. 1104 en relación con los arts. 1902 y 1903 CC).

Veamos lo que ocurre en la *STS 22 noviembre 1999*. Aunque el TS fundamenta la absolución de la empresa fabricante del catéter en la no constancia de nexo causal entre su comportamiento y el daño, en realidad el problema no es de relación de causalidad material –que indudablemente se da- sino de imputación objetiva del daño, aunque no se sepa la razón por la que el TS excluye dicha imputación objetiva respecto de la empresa fabricante del producto. A mi juicio, el TS tendría que haber condenado a dicha entidad, pues no es improbable que se produzca un daño como el ocurrido en estos supuestos (criterio de la adecuación = afirmación de la imputación objetiva). En cuanto a la valoración acerca de la imputación subjetiva, ésta también se produce, ya sea con el argumento utilizado en la *STS 17 abril 1998* (arts. 1902 y 1903 CC), bien con el esgrimido en la *STS 15 noviembre 2000* (art. 26 LCU –precepto que acude igualmente a la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad, aunque por la vía indirecta de la inversión de la carga de la prueba-), o, por último, con el razonamiento presente en la propia *STS 22 noviembre 1999* para condenar al INSALUD –entre otros el art. 28 LCU –precepto que, aunque la doctrina mayoritaria entiende que establece una responsabilidad objetiva, personalmente dudo del criterio de imputación de responsabilidad (supuestamente objetivo) que contiene (véase Díaz-Regañón [1996], págs. 378 y ss.) -.

He de apuntar una matización: en el caso de confirmar que ciertas consecuencias dañosas son objetivamente imputables al demandado y, a renglón seguido, estimar que también la cuestión de la imputación subjetiva queda afirmada; cuando el criterio de imputación de la responsabilidad no sea la culpa –es decir, cuando el régimen de responsabilidad sea objetivo y no subjetivo-, la resolución final acerca de la atribución o exoneración de responsabilidad civil al demandado –según se cumplan o no, respectivamente los requisitos tanto de la imputación objetiva como de la subjetiva- coincidirán en un mismo momento, conforme a lo expuesto con anterioridad.

7.2. Casos donde cabría hablar de nexo causal entre la intervención sanitaria en general y el daño infligido al paciente

A diferencia de las sentencias incluidas en el grupo precedente, donde la intervención sanitaria es, sin ningún género de duda, causa material del daño –desde la aplicación de la Teoría de la equivalencia de las condiciones-, en las analizadas en este grupo esa afirmación no es tan evidente, al faltar el eslabón causal intermedio (ej. producto defectuoso), que conecta necesariamente el daño a la intervención sanitaria. Aquí únicamente estamos en presencia de un daño posterior –en el tiempo- a la intervención médica. De ahí que, en esta sede, *a priori*

encuentre una mayor justificación el planteamiento defendido por Asúa González, en cuanto a distinguir cuándo el servicio sanitario es causa o mera ocasión del daño –con la finalidad de partir de la existencia o no de causalidad material, respectivamente-. No obstante, y como se comprobará a continuación, el problema no deja de pertenecer al ámbito estricto de la imputación objetiva del daño.

- *STS 22 julio 1994 (Ar. 6581)*: Según el diagnóstico realizado al actor, éste sufre un infarto agudo de miocardio diafragmático; por lo que es intervenido quirúrgicamente a los seis días desde que acude al servicio de urgencias, después de someterse a un tratamiento intensivo. La situación resultante es la que sigue: “tetraplejia espástica con afasia motora y sensitiva, cuyas lesiones son irreversibles: el enfermo no mantiene sedestación ni bipedestación, y depende totalmente de terceros” (F.D. 1º). Resultan demandados la Tesorería General de la Seguridad Social y el Servicio Andaluz de la Salud. Mientras el Juzgado estima parcialmente la demanda y condena al Servicio Andaluz de la Salud, la AP revoca el pronunciamiento de 1ª Instancia y absuelve a ambos demandados. El actor recurre en casación con la intención de hacer valer una presunción de “defecto” en el servicio prestado, y alega, como motivación del recurso, la infracción por inaplicación del art. 28.2 LCU. El TS confirma la sentencia *a quo* y expone una argumentación más que discutible acerca del alcance de la LCU y la interpretación que ha de darse a su art. 28. Asimismo presenta un razonamiento sobre la no culpabilidad de los demandados; pero es al final cuando incide en la verdadera *ratio* que fundamenta la absolución de los demandados: el déficit probatorio de la relación de causalidad –en sentido amplio-:

“...la concurrencia del soporte culpabilístico no se infiere del resultado probatorio practicado y valorado en los autos (...), ya que en la sentencia recurrida se afirma la inexistencia de prueba alguna acerca de la culpa o negligencia, ni de los Médicos, ni de la Administración sanitaria, y se insiste en no haberse apreciado la menor culpa o responsabilidad ni en la Administración demandada, ni en los que debieron ser traídos al pleito, los médicos del equipo, así como la total desconexión con el resultado final” (F. D. 4º).

Seguidamente habría que preguntarse si este supuesto de hecho se identifica con un caso de inexistencia de nexo causal material o, por el contrario, lo que ocurre es que no se imputa objetivamente el daño a los demandados, por estar ante un riesgo inherente al propio estado de salud del paciente. Considero preferible la segunda opción, por varias razones. Primera, porque independientemente de la posición que se adopte, el resultado práctico es indiferente: la absolución de los demandados. Segunda, por la extrema dificultad en cuanto a saber con una mínima certeza si la operación quirúrgica ha influido y, en su caso, en qué medida en el resultado final. Tercera, porque, ante esta incertidumbre, estimo más conveniente “presumir” el nexo causal material y, posteriormente, negar la imputación objetiva del daño al demandado con ayuda de la teoría de la adecuación o por aplicación de cualquier otro criterio (ej. incremento del riesgo).

Si adaptamos a esta sentencia el razonamiento de Asúa González (distinción entre causa y ocasión), se observa que persiste la incertidumbre acerca de lo que habría ocurrido de haber actuado de otra forma; lo que demuestra la inseguridad del planteamiento –demostrada por la propia autora al comentar la *STS 3ª, 9 octubre 1995 (Ar. 7047)*, similar a la *STS 22 julio 1994*. Ante

semejante situación, creo preferible partir de la afirmación del nexo causal material -por aplicación de una presunción judicial- y, en una valoración posterior decantarse por imputar o no objetivamente el daño haciendo uso de los criterios de imputación objetiva (ej., criterio de la adecuación).

- *STS 13 julio 1987 (Ar. 5488)*. Esta sentencia llega a una solución contraria a la obtenida a partir de la *STS 22 febrero 1991*, pese a la similitud en cuanto al procedimiento utilizado para solventar los problemas del nexo causal, imputación objetiva e imputación subjetiva. Según los hechos, un menor fue sometido a una intervención quirúrgica de amigdalectomía, después de suministrárle la anestesia correspondiente. Finalizada la operación sanitaria, y mientras el menor se recuperaba en una dependencia contigua al quirófano, sufrió un paro cardíaco, seguido de un coma profundo. Como secuelas permanentes el menor sufre una parálisis cerebral infantil con tetraplejia espástica. Son demandados el anestesista, el médico cirujano y la Clínica donde se intervino quirúrgicamente al menor. El TS confirma la sentencia absolutoria de la AP.

Pues bien, de nuevo hay que preguntarse si la absolución de los demandados encuentra fundamento en la inexistencia de nexo causal material o, por el contrario, en la no imputación del daño a los demandados después de reconocer que la intervención quirúrgica actúa como causa - o mejor, con causa- material del daño. Parece más adecuada esta segunda interpretación, y la misma sentencia alude expresamente a ello en varias ocasiones. Una vez que se parte de la premisa de la existencia del nexo causal material, es preciso pronunciarse sobre la imputación objetiva del daño. Más concretamente, habrá que valorar si la operación quirúrgica ha creado un riesgo cuantitativamente relevante conforme a los presupuestos propios de la teoría de la adecuación. Y, nuevamente, el problema de la imputación objetiva es resuelto por el juzgador con la ayuda inestimable de una presunción judicial con la finalidad de exponer las posibles causas la parada cardíaca; pero esta vez todas ellas demuestran la inimputabilidad objetiva del daño a los demandados.

- Es hora de pasar a una sentencia interesante - utilizada por Mir Puigpelat [2000], pág. 236, nota 346, precisamente, como ejemplo de inexistencia de relación de causalidad material-. Se trata de la *STS, 3^a, 10 febrero 1998 (Ar. 1542)*. Después de treinta y una semanas de embarazo, una madre da a luz un niño prematuro, con un peso de 1,70 kg., por lo que requirió tratamiento en la incubadora, donde le fue suministrado oxígeno durante los días que fue preciso. Posteriormente se demostró el que niño desarrolló una enfermedad ocular (fibroplasia retrolental), que produjo una ceguera al menor. Los padres del menor demandan a la Administración sanitaria, pretensión desestimada en todas las instancias.

Al igual que en la sentencia precedente, aquí tenemos una intervención sanitaria posterior al parto; el advenimiento de una enfermedad con una etiología poco clara: la fibroplasia retrolental; y, finalmente, los daños consistentes en la ceguera que sufre el recién nacido. Y la pregunta a formular la misma: ¿hay inexistencia de nexo causal material o, por el contrario, es un problema de imputación objetiva? Parece que Mir Puigpelat se decanta por la primera postura. Personalmente considero preferible la segunda. Coincido con el autor cuando se refiere a la

admisión de la presunción judicial para llegar a una constatación del nexo causal. Pero cuando alude al “grado de certeza del nexo causal” exigible en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, en comparación con el que se exige en el de la responsabilidad penal –según el autor, en aquél basta una prueba de la causalidad menos concluyente–, parece que el discurso varía de trayectoria, y pasa del nexo causal material al de la imputación objetiva.

Pienso que esto ocurre en la *STS, 3^a, 10 febrero 1998*, cuando, después de la emisión de los dictámenes médicos que se pronuncian sobre la etiología de la fibroplasia retroletal, no hay una postura cierta y clara acerca de la misma. Si, a la vista de los datos aportados al proceso, lo único seguro es que la fibroplasia retroletal es la causa inmediata de la ceguera del niño; y, a su vez, el déficit probatorio se encuentra en la etiología de la enfermedad, creo que la solución al problema viene de la mano de la teoría de la imputación objetiva, con lo que necesariamente hay que partir de la existencia de nexo causal material para, posteriormente, negar la imputación objetiva del daño al demandado. Los dos riesgos contrapuestos presentes en este supuesto de hecho serían, por un lado, el riesgo de que la enfermedad se halle conectada causalmente al suministro de oxígeno y, por otro, el riesgo inherente al estado de salud del niño (ej. la hiperoxia o los valores de presión parcial de oxígeno en sangre arterial superiores a las cifras normales). En cuanto al primero, el TS afirma –basándose en los dictámenes médicos– que “el aporte de oxígeno no es por sí mismo una causa de fibroplasia retroletal”; a la vez que se demuestra que las dosis de oxígeno suministradas al niño fueron proporcionales a la sintomatología y necesarias para la viabilidad del niño prematuro. Pero, respecto del riesgo inherente al propio estado de salud del niño, se comprueba que no se dan los potenciales factores de riesgo propios de dicha enfermedad (básicamente la excesiva inmadurez del niño). Ante esta incertidumbre, el juzgador debe decidir –valoración jurídica– si imputa objetivamente o no el daño al demandado. Y la solución proviene, en primer lugar y si procede, de la utilización de una presunción judicial que lleve al Juez a la convicción de una inimputabilidad objetiva del daño al demandado –como ocurre, a mi juicio, en la *STS 13 julio 1987*, ya vista, o en la *STS 8 mayo 1991 (Ar. 3618)*– o bien, en un segundo término y ante la persistencia de la incertidumbre, de la aplicación de las reglas del *onus probandi*. En este caso creo que las reglas de la carga de la prueba muestran toda su efectividad –al igual que en otros supuestos como la *STS 7 febrero 1990 (Ar. 668)* o la *STS 5 febrero 2001 (Ar. 541)*–, con lo que la valoración jurídica del juzgador favorece a la parte demandada.

8. La distinción entre el comportamiento comisivo y el omisivo en la problemática sobre el nexo causal

Por último, expondré un argumento complementario, favorable a considerar que los problemas analizados sobre la relación de causalidad *-lato sensu-* se circunscriben al tratamiento concreto de la imputación objetiva del daño y no del nexo causal material. Para ello, es preciso distinguir cuándo estamos ante un caso de responsabilidad civil donde la conducta del demandado es positiva o identificable con una “acción” y cuándo, por el contrario, estamos ante un comportamiento omisivo o negativo. Insisto en este dato, porque la doctrina suele ser pacífica a la hora de entender que una conducta omisiva no puede considerarse nunca causa de un resultado desde la aplicación de las ciencias de la naturaleza (Teoría de la equivalencia de las condiciones o

condicio sine qua non) (Pantaleón Prieto [1991], pág. 1984; Mir Puig [2002], págs. 322 y ss.; Gimbernat Ordeig [1994], págs. 40 y ss.).

Este matiz hay que conectarlo a la referencia que Asúa González efectúa con el fin de valorar si -en el plano estricto de la causalidad- el funcionamiento del servicio público es o no ciertamente la causa del daño. Recordemos que la autora entiende que el servicio público es causa -y no ocasión- del daño, cuando el daño no habría acontecido si "se hubiera actuado lo omitido". Después de analizar este problema, entiendo -con la doctrina antes citada- que el "juicio hipotético" que mentalmente hay que realizar entre la acción omitida -y por tanto no producida- y el daño constatado tiene lugar en sede de imputación objetiva y no en el ámbito de la relación de causalidad. Si a esto se añade que gran parte de los supuestos más controvertidos de responsabilidad sanitaria se identifican con casos de omisiones (mejor, casos de comisión por omisión) graves, se obtiene la conclusión de que el verdadero problema es de imputación objetiva del daño y no de relación de causalidad -o de distinguir si el comportamiento es considerado "causa" y no "ocasión" del resultado dañoso-. Veamos algunos ejemplos, extraídos de la jurisprudencia.

- *STS (3^a) 29 julio 1986 (Ar. 6908)*: Un enfermo grave llega a un hospital militar y, debido a una serie de irregularidades finalmente fallece después de ser operado a la mañana siguiente. El TS concede a la esposa del fallecido la indemnización solicitada. En esta sentencia se observa cómo el problema principal no es el de diferenciar -en el terreno de la relación de causalidad material- si el comportamiento omisivo del demandado (Estado) es "causa" y no "ocasión" del daño, sino el de imputar objetivamente el daño a esa conducta omisiva.

El TS reconoce la falta de certidumbre en cuanto a las posibles "causas" del resultado. Una de ellas la extrema gravedad del paciente al ser hospitalizado -riesgo, por otro lado, predictable en mayor o menor grado en cualquier supuesto de responsabilidad sanitaria- y otra, las deficiencias en el funcionamiento del servicio. Incluso el juzgador plantea la posibilidad de que tales deficiencias puedan estimarse como "irrelevantes"; lo que, a mi juicio, no obsta para que las mismas sigan teniendo la consideración conceptual de "causa" y no de mera "ocasión" en cuanto al daño producido. En definitiva, la *STS 29 julio 1986* es un buen ejemplo de lo que ocurre habitualmente en los litigios sobre responsabilidad sanitaria. Estamos ante un caso donde confluyen los dos riesgos antitéticos. Ambos riesgos variarán en cuanto a su grado e importancia, según la casuística; pero lo cierto es que la valoración o ponderación (tarea normativa) que se efectúe con el fin de decidir cuál de las dos "causas" es la que ha ostentado un mayor protagonismo en la realización del resultado, proviene de la imputación objetiva y no de problemas causales es sentido estricto.

- *STS 22 mayo 1998 (Ar. 3991)*. El paciente fallece a causa de un shock séptico, tras ser intervenido quirúrgicamente después de que le fuera diagnosticado la existencia de un flemón dentario. El TS condena a la entidad demandada al pago de cuarenta millones de pesetas en favor de los herederos del fallecido. Parece que el TS basa la condena en una omisión: la demora en la realización de las analíticas y pruebas radiológicas que con carácter urgente requería el caso. Respecto de la distinción, ya apuntada, entre causa y ocasión, a mi juicio la *STS 22 mayo 1998*

constituye un nuevo ejemplo de cómo esa cuestión, más que encontrar la solución en sede de nexo causal material, lo hace en fase de imputación objetiva. El TS fundamenta del modo siguiente el fallo condenatorio de la entidad demandada:

"SEXTO.- ...aun cuando no puede afirmarse que de haber sido intervenido antes la enfermedad no hubiere seguido un curso tan desfavorable, es lo cierto que, ante un proceso de las características que aquejaba al enfermo, «lo mejor es intervenir cuanto antes». Aclara también que la realización de una analítica de urgencia «no tiene por qué tardar demasiado tiempo». Consecuentemente, ha de concluirse que teniendo presente, el diagnóstico etiológico de angina de Ludwig, que fue la causante del curso séptico originado por la infección a que respondía el flemón por la inflamación (infección no detectada ni investigada inicialmente) la realidad es que al tardarse más de catorce horas en efectuarse la «desbridación», dada la virulencia de este tipo de infecciones, se produjo una extensión de la misma desde el suelo de la boca hacia el mediastino en que tuvo especial importancia el retraso en el actuar del centro hospitalario.

SEPTIMO.- De los hechos descritos se desprende que del supuesto flemón sin importancia diagnosticado que, no obstante, determinó el ingreso del paciente por urgencia hospitalaria ya que ocultaba una gravísima infección se derivaron fatales consecuencias, sin que sean explicables las omisiones que se detectan en las primeras horas del ingreso (práctica de pruebas radiológicas y analíticas urgentes y visita del médico especializado) que eran claves para atajar la infección, incluso por medio de una intervención quirúrgica inmediata. Según, además, reconocen en sus declaraciones testificales los especialistas en cirugía maxilofacial que lo intervinieron, «vieron al enfermo por primera vez, al día siguiente del ingreso, y no fueron avisados con anterioridad, de forma que vieron al enfermo, cuando iniciaron su jornada habitual de trabajo».

OCTAVO.- Tales circunstancias fácticas expresan, como mínimo una falta de coordinación en los servicios del centro hospitalario y una inicial valoración de la gravedad del padecimiento, poco acorde con la realidad subyacente que exigía una rápida intervención. No demostrada, de otra parte, la inevitabilidad del resultado, ni facilitado medios convincentes de prueba, acreditativos del empleo de toda la diligencia exigible en un caso de esas características, se entra, de lleno, en la aplicación del artículo 1903 del Código Civil, cuyos elementos constitutivos concurren, ya que es constante la jurisprudencia de esta Sala que declara con reiteración la responsabilidad directa de los centros y servicios sanitarios por hecho ajeno, atribuye a los facultativos y personal dependiente, que surge de la relación de dependencia del médico, al entrar en juego los conceptos de «culpa in vigilando» o «culpa in eligendo» (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 abril 1997, entre otras muchas)".

Los párrafos transcritos demuestran cómo el razonamiento esencial del TS para condenar al demandado es la convicción de que éste ha actuado negligentemente, dejando en un segundo plano el problema causal *-lato sensu-* entre dicho comportamiento y el daño ocasionado. Debido a la incertidumbre en cuanto a saber lo que habría ocurrido de haber intervenido con mayor prontitud, el juzgador opta por solventar el déficit causal con la superposición de un razonamiento más seguro y convincente: la actuación negligente basada en una conducta omisiva ("no haber intervenido antes"). Pero con este esquema teórico, queda sin resolver el problema que aquí estamos planteando: ¿el comportamiento de la entidad sanitaria es causa o mera ocasión del daño?; ¿se habría producido el daño si se hubiera realizado lo omitido? Entiendo que estas respuestas deben obtener una solución desde los criterios aplicables según la teoría de la imputación objetiva. Y, en este sentido, la primera valoración que efectúa el TS sobre lo que

habría ocurrido de haber intervenido antes, se corresponde con el razonamiento propio de lo que doctrinalmente se conoce por "conducta alternativa conforme a Derecho". El desarrollo de esta teoría serviría para no imputar el daño al demandado cuando, al aplicar al caso criterios de imputación objetiva como el del "fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad" o el del "incremento del riesgo", se hubiera producido con una probabilidad rayana en la certeza el mismo resultado negativo de haber actuado el demandado con diligencia (véase Pantaleón Prieto [1990], págs. 1580 y ss.). Pero el TS acaba condenando a la entidad demandada, lo que aleja el resultado del proveniente de aplicar dicha teoría. Con todo, la solución no es sencilla. De hecho, el TS reconoce la inseguridad en cuanto al resultado que se obtendría tras la aplicación de ese juicio hipotético; y, pese a todo, condena al demandado. Ahora bien, el fallo condenatorio se produce porque la valoración acerca de la culpa o negligencia en que ha ocurrido el demandado suplanta y absorbe el razonamiento deficitario sobre el nexo causal *-lato sensu* (más bien sobre el problema de si el daño es o no objetivamente imputable al comportamiento del demandado)-.

- *STS 18 diciembre 2002 (Ar. 2003, 914)*. La paciente sufre una dolencia cardiaca, por lo que es sometida a una revisión. En dicha revisión se detecta un tumor maligno, que posteriormente es extirpado y remitido al Servicio de Anatomía Patológica para estudio de biopsia intraoperatoria. Mientras se esperaba el resultado de esta prueba, la paciente presentó una intensa bradicardia, por lo que se procedió a realizar maniobra de reanimación, consiguiendo la recuperación de la paciente. Superada la complicación descrita, se decidió continuar la intervención, y se practicó la mastectomía derecha con la técnica de Patey, que fue completada sin problemas. A las veinticuatro horas de la intervención, la paciente seguía en coma profundo; situación que no varía en los días siguientes. Catorce días después, es trasladada al «Hospital Río Hortega» de Valladolid para valoración; vuelve al «Hospital Virgen de la Concha» de Zamora con diagnóstico de estado vegetativo por encefalopatía hipóxica, e ingresa en la planta de neurología. Finalmente, la paciente presenta tetraparesia (se encuentra prácticamente inmóvil); permanece con los ojos abiertos sin fijar la mirada; no responde a estímulos visuales ni auditivos, aunque sí lo hace a estímulos dolorosos; respira espontáneamente por traqueotomía, pero precisa de un aspirador para las secreciones cada cierto tiempo; se alimenta por sonda nasogástrica; no tiene sonda vesical, pero sí pañales de incontinencia. Según los conocimientos científicos actuales, no existe posibilidad de curación ni mejoría.

Los actores demandan a una de las doctoras que intervino a la paciente, a la compañía aseguradora "Wintentur" y al INSALUD; reclamando, en concepto de responsabilidad civil, una indemnización a favor de la víctima de 71.000.000 pts. y, subsidiariamente, una pensión vitalicia del doble del salario mínimo interprofesional; una indemnización de 15.480.000 pts., a favor de los familiares más próximos, más otra de 252.190 pts., por otros gastos. El Juzgado de 1^a Instancia desestima la demanda, pero la *SAP Zamora, 19 mayo, 2000* estima parcialmente el recurso de apelación, en el sentido de condenar únicamente al INSALUD a satisfacer a la paciente la pensión vitalicia solicitada y a indemnizar a los familiares (marido e hijas) una cantidad de 12.000.000 pts. El INSALUD interpone recurso de casación y el TS lo desestima. Junto a estos presupuestos

fácticos, conviene resaltar dos datos más que la sentencia de la AP considera como hechos probados:

“10.- No ha sido posible determinar la causa del bloqueo auriculo-ventricular, aunque se intuye que fue desencadenado por un reflejo vaso-vagal, que se produce frecuentemente durante la anestesia.

11.- El Hospital “Virgen de la Concha” de Zamora disponía antes del día 20 de octubre de 1994 [fecha en que tuvo lugar la intervención quirúrgica] de un ecocardiógrafo operativo en la Unidad de Cardiología, que no fue empleado en el preoperatorio de la paciente. Utilizando dicho aparato es detectable tanto la existencia de cardiopatías morfológicas como congénitas, si bien algunas cardiopatías morfológicas sólo son detectadas mediante estudios microscópicos” (F. D. 3º).

Pues bien, a la vista de estos hechos, la AP -y después el TS- basándose en una doctrina, ya consolidada jurisprudencialmente (la del “daño desproporcionado”), presumen la existencia tanto de culpa como de nexo causal *-lato sensu-* entre el comportamiento omisivo del INSALUD y el daño, presupuestos necesarios para condenar a la entidad. El siguiente extracto resume perfectamente lo dicho:

“Es un resultado desproporcionado, la cosa habla por sí misma («res ipsa liquitur») y hay clara apariencia de prueba (Anscheinsbeweis) de la culpa, culpa virtual («faute virtuelle») que si no consta la negligencia de médicos concretos, sí aparece, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996, una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización, pues, aunque no consta que la paciente padeciera ninguna cardiopatía congénita o morfológica con anterioridad a la intervención quirúrgica, que hubiera alertado a los médicos dependientes del Instituto Nacional de la Salud, lo que no cabe duda es que no se agotaron todos los medios e instrumentos disponibles del Centro Hospitalario para indagar sobre la posible existencia de dicho padecimiento pues, si bien es cierto que las cardiopatías congénitas o morfológicas no son detectables en todos los casos mediante la utilización de un ecocardiograma, no cabe duda que en algunos casos sí se detectan los indicados padecimientos mediante la utilización de dicho instrumento, por lo que al no haberlo empleado, disponiendo de él en el Servicio de Cardiología, es evidente que es imposible saber si se hubiera detectado algún padecimiento cardíaco y, en su caso, actuar en consecuencia” (F. D. 9º).

Al igual que en ocasiones precedentes, asistimos a un déficit causal; más bien, a una “no certeza” sobre lo que hubiera pasado de haber utilizado el INSALUD el ecocardiógrafo; lo que sitúa la solución del problema en sede de imputación objetiva y no en el ámbito estricto de la causalidad material. Téngase presente que el juzgador lo que hace es decantarse por dicha imputación, pese a no estar completamente seguro de lo que habría ocurrido de no haberse omitido la conducta exigida -la propia AP reconoce la imposibilidad de saber si se hubiera detectado algún padecimiento cardíaco con la utilización del ecocardiógrafo-. Esto no es ni más ni menos que acudir al criterio de la probabilidad, ya aludido anteriormente, con el fin de decidir si el daño es o no objetivamente imputable a la conducta omisiva del INSALUD -una vez aplicados cualquiera de los criterios de imputación objetiva enumerados por la doctrina (adecuación, incremento del riesgo, etc..).

Por último, y como también ocurre en la *STS 22 mayo 1998*, en la sentencia ahora comentada se observa cómo el TS se preocupa especialmente por hacer prevalecer el carácter negligente del comportamiento del demandado sobre la cuestión puramente causal –en sentido amplio-. Dicho de otro modo, volvemos a presenciar un asedio del presupuesto culpabilístico sobre el causal, presupuesto este que queda, en cierta medida, postpuesto a un segundo lugar en cuanto a trascendencia jurídica –y en concreto en lo relativo a su constatación-.

Para finalizar, conviene recordar que no sólo se observan problemas de comprensión relativos al nexo causal cuando el comportamiento del sujeto demandado se caracteriza por ser omisivo. En un terreno como el de la responsabilidad médica-sanitaria, los supuestos donde la conducta se identifique con una acción son igualmente controvertidos, si de lo que se trata es de constatar con seguridad, primero, la existencia o no de un nexo causal (material) entre esa acción y el daño y, segundo, si éste es imputable objetivamente a aquélla. A ello se añade la cuestión de la denominada *imputatio iuris*, y la conexión –a veces derivada en confusión- entre el criterio de imputación subjetivo y los problemas causales –*lato sensu*-, que tantos problemas de fundamentación jurídica ocasionan al juzgador, a la vista de los razonamientos en que apoyan el fallo.

9. Bibliografía

Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, “Responsabilidad civil médica”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Navarra, 2002.

Margarita BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.

José Manuel BUSTO LAGO, *Régimen jurídico estatutario del personal facultativo al servicio del SERGAS. Análisis de su responsabilidad civil y disciplinaria*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2001.

Ángel CARRASCO PERERA, “Comentario arts. 1104-1107 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, t. XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989.

Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995.

Calixto DÍAZ-REGAÑÓN Gª-ALCALÁ, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

Calixto DÍAZ-REGAÑÓN Gª-ALCALÁ, “Riesgos del desarrollo y sangre contaminada: tres jurisdicciones, tres respuestas distintas”, *Repertorio de Jurisprudencia*, Aranzadi, nº 41-42, 1999.

Luis DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo, II*, 7^a ed., reimpresión 2001, Civitas, Madrid, 2001.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG, "Causalidad, omisión e imprudencia", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVII, 1994.

Diego Manuel LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996.

Juan José MARÍN LÓPEZ, "Comentario a la STS 15-11-2000", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 56, 2001.

Luis MARTÍN REBOLLO, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica", *Documentación Administrativa*, nº 237-238, 1994.

Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.

Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 6^a ed., Barcelona, 2002.

Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.

José Luis MUGA MUÑOZ, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas por el contagio de SIDA", *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995.

Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en AA.VV, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid, 1990.

Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Comentario art. 1902 CC", en PAZ-ARES/BERCOVITZ R./DÍEZ-PICAZO/SALVADOR CODERCH, (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Los anteojos de un civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas", *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994.

Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993.

Javier PLAZA PENADÉS, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Navarra, 2002.

Luis Fernando REGLERO CAMPOS, "El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas", en *Tratado de responsabilidad civil*, coord. REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Navarra, 2002.

Yasid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2^a ed., revisada, Santa Fe de Bogotá, 1996.

Pablo SALVADOR CODERCH, "Causalidad y responsabilidad", *InDret*, 1/2000, [<http://www.indret.com>].