

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2020

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliati, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Coccozza, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



La responsabilità de los profesionales sanitarios ante la crisis del covid-19.

di Alberto Palomar Olmeda

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

Sommario

1. La situación de crisis sanitaria. – 2. Esquema de responsabilidad. – 2.1. Las responsabilidades exigibles por los profesionales. – 3. La responsabilidad por la elegibilidad ¿a quien salvar y a quien no? – 4. Las responsabilidades de los sanitarios: la situación de crisis como eximente o atenuante en los supuestos.

Abstract

An unprecedented and unprecedented crisis in healthcare management is what we are experiencing at this time, which is disrupting some of the central pauses in professional performance. Also of the common rules of legal institutions that were explaining or determining the legal relationships that occur in the aforementioned area. In many cases, these are novel issues that, probably, had not been raised so far in the specific terms that have now been raised.

It seems clear that we are facing an emergency situation in which many measures have been adopted that have overturned the threshold of "normality" in healthcare provision both in the field of public and private management, although it is true that with different rules and guidelines in both cases.

Before any other consideration, we can analyze, as a priority, the development of the crisis, in legal terms, and then try some observations on the conceptual scheme of responsibility centered, in this case, on that of professionals.



1. La situazione de crisis sanitaria.

Una crisis sin precedentes y sin antecedentes en la gestión sanitaria es la que estamos viviendo en este momento esta trastocando algunas de las pausas centrales de la actuación profesional¹. También de las reglas comunes de las instituciones jurídicas que venían explicando o determinando las relaciones jurídicas que se dan en el citado ámbito. Se trata, en muchos casos, de cuestiones novedosas que, probablemente, no se habían planteado hasta el momento en los términos concreto que, ahora, se han planteado.²

Parece evidente que nos encontramos ante una situación de emergencia en la que se han adoptado muchas medidas que han trastocado el umbral de la "normalidad" en la prestación sanitaria tanto en el ámbito de la gestión pública como en la privada, aunque es cierto que con reglas y pautas diferenciadas en uno y otro caso.³

Antes de cualquier otra consideración podemos analizar, con carácter prioritario, el desarrollo de la crisis, en términos jurídicos, para seguidamente intentar algunas acotaciones sobre el esquema conceptual de la responsabilidad centrada, en este caso, en el de los profesionales.⁴

2. Esquema de responsabilidad.

2.1. Las responsabilidades exigibles por los profesionales⁵

Los profesionales de la sanidad han tenido que trabajar en unas condiciones que los medios de comunicación han denominado gráficamente como heroicas. Más allá de

¹ MUÑOZ MACHADO.S. Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil). *Documentación Administrativa*. Núm. 237. Madrid. 1994. Pág. 255-282.; FERNANDEZ HIERO. J.M. *Responsabilidad civil médico-sanitaria*. Pamplona.1983.

² DE FUENTES BARDAJI. J. (Dir.). *Manual sobre responsabilidad sanitaria*. Cizur Menor.2009. BELLO JANEIRO. D. *Régimen Jurídico de la responsabilidad sanitaria*. *Reus*. 2013; SANCHEZ GARCIA, M. Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. *Derecho y Salud*. Núm. 23 (1). Madrid. 2013. Págs. 189-205; BAUZA MARTORELL. F. Algunas precisiones sobre el elemento subjetivos en la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria. *Revista Española de la función consultiva*. Núm. 22. 2014. Págs. 59-72; MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria: organización, imputación y causalidad*. Civitas. Madrid. 2000.; MIR PUIGPELAT, O *Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)* <https://repositori.upf.edu/handle/10230/43097>. Acceso. 10 de abril de 2020.

³ LLAMAS POMBO. E. *Estudios sobre la responsabilidad patrimonial sanitaria: un análisis interdisciplinar*. Madrid. 2014.; CUETO PEREZ, M. Incidencia de las leyes 39/2015 y 40/2015 en la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria en los supuestos de gestión privada. *Revista de Administración Pública*. Núm. 2016.Madrid. Pág. 303-333.

⁴ CUETO PEREZ. M. Notas sobre la responsabilidad de la administración sanitaria en el derecho comparado. *Revista de Administración Pública*. Núm. 146. Madrid. 1998. Págs. 429-466.

⁵ NAVARRO RODRIGUEZ, S. Responsabilidad sanitaria: vías de reclamación. *Actualidad práctica del derecho*. Núm. 91. Madrid. 2005. Págs. 58-63.; PUEYO CALLEJA. F. J. La responsabilidad sanitaria. *Derecho y salud*. Vol.17 (1). Madrid. 2009. Págs. 81-100.



lo accertado del calificativo lo que es cierto es que los profesionales se han visto en la necesidad de realizar su trabajo en un contexto complejo en relación con la prestación habitual de estos servicios y de lo que constituiría, analizada objetivamente, la *lex artis* del momento. Con vocación de síntesis podríamos intentar una sistematización mínima de dichas condiciones:

A) Prestación del servicio sin los medios suficientes para el ejercicio convencional de la profesión.

Sin ningún tipo de valoración y con el máximo deseo de objetividad esta situación se ha afrontado desde cualquier punto de vista que se quiera adoptar sin los medios suficientes. Es evidente que la relación necesidades-medios no puede estar nunca pensada en clave de emergencia y, probablemente, menos aún en el caso de la emergencia sanitaria pensar en una pandemia. Una situación como la que estamos viviendo no es previsible en términos de medios, pero la situación vivida nos demuestra que los medios (directos o potenciales) estaban muy lejos de estar pensados. Nadie había previsto, pese a que existían algunas evidencias científicas que pudieran parecer suficientes en términos de un prudente gobernante, la necesidad de acuñar los medios o, cuando menos, la de tener previsión sobre los canales de abastecimiento suficientes para cubrir la situación. No es el momento de entrar en debates sobre la actuación operativa en estos días, pero si de indicar algunos datos más o menos relevantes estaban siendo presentados a la opinión pública y a las autoridades por lo que en términos de mínima eficacia la previsión o la fijación de canales de abastecimiento parece una exigencia más que razonable.

El resultado ha resultado complejo porque esta falta de previsión directa o de fuentes de aprovisionamiento (diferida) es la que coloca a los profesionales ante la tesitura de haber prestado el servicio en condiciones insuficientes. Siendo claro que la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario y en el marco de la atención es una responsabilidad de medios y no de fines (nadie tiene derecho, en si mismo considerado, a la curación), la cuestión se centra, precisamente, en los medios.

Hasta ahora habíamos hecho en debate cuya resolución no nos sirve para la resolución de esta cuestión. El debate medios- fines no tiene sentido porque, como venimos diciendo, está abandonado en la propia jurisprudencia actual. Pero, más allá de aquel, la cuestión central es la de qué medios. De alguna forma este parámetro de los medios lo hemos identificado con una cierta comparación temporal. Los medios son aquellos de los que se dispone en un momento determinado y no son susceptibles de compararse con los de otro momento histórico. Aquí es donde surge la denominada cláusula de progreso, interpretada, en este caso, al revés, esto es, la atención conforme al estado de la ciencia y con los medios de los que se dispone en el momento temporal.



Sin embargo, lo que se ha apreciado en una situación como la que estamos viviendo es que los medios no han sido suficientes y que, por tanto, los servicios no se han podido prestar en condiciones de normalidad coetánea con el momento histórico al que corresponde el enjuiciamiento. Entendemos, en este caso, por normalidad el mismo tratamiento que se podría haber proporcionado, con los medios actuales, un día y un momento diferente al de la crisis. Es la situación de crisis y la capacidad de proveer de bienes y servicios en la misma la que genera, a su vez, una situación en la que los medios puestos a disposición de los pacientes en esta situación han sido, en algunos o en muchos casos, insuficientes en relación con el umbral habitual de prestación del servicio. De alguna forma podría decirse que la atención se ha degradado como consecuencia de la insuficiencia de medios inmediata y, sobrevenida incapacidad de allegar los mismos en un plazo razonable o, cuando menos, en condiciones de servir al tratamiento correspondiente.

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

A partir de aquí parece razonable pensar que pueden existir acciones de responsabilidad por la carencia de medios y, como posteriormente analizaremos, por las reglas de uso de estos. Es cierto que, al menos, en el primero de los supuestos, el término final de la ecuación es o son los Poderes Públicos que son los que han tenido la improvisación, han generado la incertidumbre sobre los canales de distribución, han centralizado las mercancías existentes y, por tanto, agravado la situación allí donde se producían las decisiones de centralización y los que, finalmente, han precisado un tiempo poco razonable para allegar mínimamente bienes y servicios necesarios para solventar la crisis.

A este planteamiento teórico podemos, posteriormente, ponerle hechos y circunstancias acreditativas o matizadoras de las circunstancias descritas que nos llevarán a una determinación, si era o no justificada la posición de los poderes públicos y, por tanto, la determinación de si existe o no un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Esta conclusión es la que permitirá determinar la existencia de responsabilidad, pero lo que es evidente es que el hecho que nos sirve de fundamento resulta indiscutido: la atención se ha prestado en condiciones de



medios que, a todas luces, pueden considerarse insuficientes y que la política para subvenirlos no puede considerarse, en ningún caso, satisfactoria.

Desde el punto de vista del personal sanitario lo que está claro es que la posición expuesta nos permite indicar que este debate tiene un tinte diferente al que se nos venía planteado. Un profesional sanitario que, potencialmente, puede usar unos medios no los usa en el ejercicio de su autonomía profesional. En el presente supuesto no los usa simplemente porque no se le ponen a su disposición por la sencilla razón de que no existen o no están disponibles en la organización para la que trabaja. Por tanto, la responsabilidad será institucional o no será porque por esta vía (usar lo que se tiene) las acciones de regreso contra los profesionales tienen una escasa virtualidad y fundamento.

B) Prestación del servicio en condiciones contrarias a la salud laboral convencional en un supuesto de crisis.

Desde el punto de vista de lo que aquí venimos analizando es, igualmente claro, hasta el punto de que podríamos aludir, en términos procesales, a que se trata de un hecho notorio que los profesionales sanitarios se han visto abocados o compelidos o, cuando menos, no dispensados a prestar sus servicios en condiciones – igualmente de medios- que no son las más idóneas para su salud ni para su vida. Las imágenes de estos días que a todos se nos vienen a memoria y el propio número de profesionales contagiados o que, incluso, han perdido la vida son datos que, prácticamente, no exigen una prueba adicional.

Esto nos genera un importante y novedoso debate: la prestación del servicio de riesgo en condiciones que no previenen ni minimizan el riesgo y su compatibilidad con el marco general de prevención de riesgos laborales y de protección de la salud de los empleados.

Con carácter general podemos indicar que es la Ley 31/1995, de 8 de noviembre la que regula la prevención de riesgos laborales. Es el artículo 2º de la misma el que establece el objeto de la norma en los siguientes términos:

<<...1. La presente Ley tiene por objeto promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo.

A tales efectos, esta Ley establece los principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales para la protección de la seguridad y de la salud, la eliminación o disminución de los riesgos derivados del trabajo, la información, la consulta, la participación equilibrada y la formación de los trabajadores en materia preventiva, en los términos señalados en la presente disposición.

Para el cumplimiento de dichos fines, la presente Ley regula las actuaciones a desarrollar por las Administraciones públicas, así como por los empresarios, los trabajadores y sus respectivas organizaciones representativas.



Este marco de protección resulta aplicable al conjunto de relaciones laborales que se rigen tanto por el Estatuto de los Trabajadores como por, actual, TREBEP y demás legislaciones especiales reguladoras de las relaciones de derecho público.

El concepto esencial que maneja la Ley (art. 4) es el de prevención, actividad que consiste en el conjunto de actividades previstas en todas las fases de la actividad de una empresa con fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo. A su vez, se entiende por riesgo laboral la posibilidad de que un trabajador sufra un daño derivado del trabajo, teniendo la consideración de tal las enfermedades, patológicas y lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo.

Este marco descriptivo de alcance general se concreta en el artículo 14 de la Ley con el reconocimiento al derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de salud en el trabajo, derecho que encuentra su correlato en el apartado 2 del propio artículo cuando señala que «...2. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta ley...».

Como puede verse se configuran tres ámbitos diferenciados de actuación: a) el de carácter preventivo; b) la adopción de medidas necesaria; y c) la adopción de las medidas en caso de emergencia y de riesgo grave e inminente.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la situación en la que se plantea esta reflexión parece necesario situarnos directamente en el artículo 20 que se refiere a las medidas de emergencia.

El artículo establece que:

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



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

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

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

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

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

c) Disponer lo necesario para que el trabajador que no pudiera ponerse en contacto con su superior jerárquico, ante una situación de peligro grave e inminente para su seguridad, la de otros trabajadores o la de terceros a la empresa, esté en condiciones, habida cuenta de sus conocimientos y de los medios técnicos puestos a su disposición, de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro.

La paradoja de la situación que estamos viviendo es que el empresario se encuentra (al margen de si está en dicha situación por su propia ineptitud o por una circunstancia sobrevenida que es otro debate) ante una tesitura importante: si cumple la norma de prevención de riesgos tendría que ordenar la retirada de aquel personal que no pueda prestar su actividad en condiciones mínimas, esto es, sin sufrir un daño o una enfermedad como consecuencia de su prestación aboca al conjunto de la población a un daño superior. El equilibrio está en la decisión de renunciar al derecho de los trabajadores o renunciar a los derechos de los ciudadanos. Es probable que, en términos tan severos como ahora, se había planteado una dicotomía en la que, el extremo, es la propia vida o la del "trabajo" que realizas y, ciertamente, podemos convenir que, en este caso, ha opción de proteger la segunda ha sido claramente ganadora.

El problema es complejo ya que no se sitúa en el plano de un servicio de emergencia convencional donde siempre hay un riesgo de la propia vida sino que la cualificación de esta situación deriva de las condiciones en las que los profesionales médicos se



han visto en la obligación (o en la profesionalidad) de prestar un servicio de riesgo en condiciones que no son las comunes, con una evidente degradación de sus niveles de protección y, por tanto, arriesgando su propia vida o sus condiciones de salud.

Este debate conduce probablemente a lo que establece el artículo 42 de la LPRL según el cual:

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

Específicamente, el RDL de Infracciones y sanciones en el ámbito laboral en su artículo 13 determina una infracción muy grave que consiste en:

<<...3. No paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización...>>, apartado que se completa con lo que establece el apartado 6 según el cual <<...6. Superar los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, originen riesgos de daños para la salud de los trabajadores sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, cuando se trate de riesgos graves e inminentes.

Ambos preceptos y, por tanto, la infracción que suponen es plenamente de aplicación a un supuesto como el que se analiza en el que un profesional ante una situación de emergencia que afecta a su salud es conminado a continuar en su trabajo sin el equipamiento y los medios necesarios. No es el trabajo, en si mismo, considerado sino, sobre todo, las condiciones en las que se ha tenido que establecer o realizar dicha prestación.

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

Estos elementos son los que deben valorarse a la hora de determinar si existe infracción o no de la normativa de salud laboral. Los hechos parecen evidentes pero



la calificación jurídica está en función de la culpabilidad y aunque parece claro que ninguna de estas circunstancias es achacable al dolo es cierto, sin embargo, que pueden conectar directamente con la negligencia inexcusable de la que se derivan daños.

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

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

C) Prestación del servicio en condiciones inadecuadas en relación con la ecuación demanda-satisfacción.⁶

Desde una perspectiva muy complementaria a la que se ha visto en los apartados anteriores cabría indicar que los profesionales del sistema de salud y los profesionales de los centros de titularidad privada como consecuencia de la afección y la puesta a disposición general de sus servicios han tenido que prestar sus servicios fuera del intervalo habitual de actuación tanto en el ámbito público como en el privado. En este segundo puede, incluso, ser un ámbito contractualizado en el que se señalen tiempos. Es la vertiente privada de la atención que puede haberse visto

⁶ GONZALEZ GONZÁLEZ, E. Administración sanitaria y responsabilidad por productos sanitarios defectuosos con marchamo CE. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Núm. 200. Navarra. 2019. Págs. 259-290



afectada tanto por la puesta a disposición general de la sanidad pública como por la ocupación general de esta o la dedicación del conjunto de la sanidad al objetivo común que supone la superación de la crisis.

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

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

La STS de 3 de diciembre de 2012 define **la pérdida de oportunidad** como el elemento que sirve para concretar el esquema de responsabilidad y señala que <<...Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once (RJ 2012, 939), recurso de casación 6280/2009, en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores:

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

"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio (RJ 2005, 9611) y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993), configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º).



Por lo tanto, no cabe duda de que la Sentencia recurrida contiene una doctrina contraria a la recogida en las sentencias de contraste, las cuales, por el contrario, se pronuncian en los términos que hemos recogido...>>.⁷

Este terreno, en el plano indemnizatorio o de responsabilidad es, igualmente, complejo por inexistencia de una doctrina general sobre esta materia ya que la jurisprudencia ha resuelto estas cuestiones sobre la base de los medios habituales y otras expresiones que denotan una aplicación media o ponderada en función de lo que constituye la práctica habitual. Pues bien, este parámetro no sirve en los momentos actuales porque entonces generaría una responsabilidad patrimonial de un tamaño tan importante que sería, prácticamente, inasumible. Por tanto, la demora o el retraso en el acceso al sistema o en el acceso al tratamiento son elementos que, en una situación como ésta, exigen encontrar un parámetro de normalidad o de habitualidad que no puede ser contextual ni con referencia histórica pero que tampoco puede llegar a negarse que la no asistencia o el no tratamiento – estando indicado- no son susceptibles de indemnización como consecuencia de la responsabilidad. Sin embargo, un detalle de esto superior se realiza en otro apartado al que nos remitimos en este momento.

D) Realización de actuaciones reservadas, habitualmente, a profesionales de cualificación específica.

Otro de los elementos que han resultado claros en la realidad y en la propia disposición es la necesidad de profesionales. Las normas habilitantes – a las que nos hemos referido- han supuesto una cierta derogación del sistema médico de atención por la movilización general de profesionales de todas las disciplinas, la incorporación de profesionales sin más cualificación que la de médico y la admisión de médicos con especialidades no acabadas o en trámite de aprobar el MIR.

Esto supone, claramente, una degradación del nivel de atención. En el fin de la balanza se puede alegar la situación de emergencia y, eventualmente, la fuerza mayor que tantas veces repetiremos, pero el hecho objetivo es que el nivel de pericia profesional se ha reducido al ampliarse la habilitación para la actuación por profesionales en condiciones de normalidad no hubieran prestado ese servicio. Si

⁷ GALLARDO CASTILLO. M.J. Causalidad probabilísticas, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la pérdida de la oportunidad. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Núm. 45. Zaragoza 2015. Págs. 35-66; LUNA YERGA. A. Oportunidades perdidas: la doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *Revista para el Análisis del Derecho*. Núm. 2. 2005.; YZQUIERDO TOLOSA, M. La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo: los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia. *Derecho y Salud*. Madrid. 2001. Vol. 9(1) Pág. 35-50; TRIGO GARCIA. M.B. Responsabilidad por eventos adversos, diagnósticos tardío o erróneo y derecho a una segunda opinión médica. *Derecho y Salud*. Núm. 24. *Extraordinario*. Madrid. 2014. Pág. 245-252-; VICANDI MARTINEZ, A. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria ¿se puede cuantificar lo incuantificable?. *Derecho y Salud*. Núm. 25. Num.2. Madrid. 2015. Págs. 9-66.



esto supone una responsabilidad es algo que habrá que precisar en la doctrina sobre que la actuación sanitaria es una actuación de medios. Venimos insistiendo en esta tesis que es la que admite el Tribunal Supremo como elemento de conectividad con la institución de la responsabilidad, pero es cierto que "esos medios" están definidos por la situación de normalidad y no por los de anormalidad. Y este el momento de indicar si la expectativa de medios puede ser modulada por los disponibles, concepto jurídico indeterminado que en una situación como la presente podría tener alguna justificación pero que, admitido sin otras consideraciones, permitiría la degradación selectiva de los servicios de salud de forma que no hay o no puede establecerse un estándar convencional de funcionamiento, sino que cada persona puede esperar que le atiendan con los medios que se pueda. Es evidente que esta posición nos lleva al extremo y desconfigura notablemente la institución de la responsabilidad, pero solo entendiendo esto se puede entender el peligro de admitir incondicionadamente que, en un supuesto como el presente, la expectativa de atención es la que se pueda dar en cada momento con independencia de la configuración media admisible.

Sea como fuere y al margen del problema interpretativo del concepto de medios aplicado a la realidad concreta lo que es evidente es que se trata de determinar los límites de la responsabilidad patrimonial por haber admitido, ordenado o establecido esta situación y que las responsabilidades del sanitario quedan al margen de la habilitación concedida.

E) La atención centros sanitarios que no lo son, estrictamente, considerados. Probablemente en el mismo contexto y armazón teórico al que nos acabamos de referir se sitúa esta cuestión puntual que parte de la posibilidad de habilitar como centro sanitario instalaciones que, de ordinario, tienen otra finalidad o que, directamente, se construyen para esto.

Esta habilitación ha merecido en el extremo más conocido (hospital de IFEMA) muchas alabanzas por su funcionalidad y la rapidez con la que se ha construido o habilitado. Nada que objetar a la operatividad de esta decisión, pero el problema teórico que se plantea es que, realmente, la atención se ha producido, en este y en otros casos, en centros que, solo en estas condiciones, pueden haber tenido la consideración de centros sanitarios.

De nuevo y no vamos a insistir en ello nos planteamos el problema del umbral de atención, de la polémica sobre los medios admisibles y sobre las consecuencias de las decisiones tomadas en este ámbito. Nos remitimos aquí a lo que hemos indicado en los apartados anteriores no sin recalcar que, de nuevo, nos encontramos ante una eventual consideración de la responsabilidad patrimonial de la que quedan al margen, incluso en las acciones de regreso personal los profesionales sanitarios que han sido ajenos a las decisiones organizativas en esta materia.



3. La responsabilità por la elegibilidad ¿a quien salvar y a quien no?

Este es, sin duda, uno de los temas más novedosos y complejos que se pueden llegar a plantear. Los medios de comunicación han transmitido una idea que, más allá de su virtualidad real y su demostración que corresponden al caso y al tratamiento concreto y sobre el que, por tanto, solo se puede, en este momento, formular un planteamiento hipotético para el supuesto que lo dicen que ha ocurrido hubiera, realmente, ocurrido.

Nos referimos, en concreto, a la elegibilidad de las personas a las que se puede tratar y, una vez en este esquema, cómo se la trata y si se les priva de algunos de los medios sanitarios por una razón objetiva: la edad o por una razón subjetiva representada por la previsión o el pronóstico de menor viabilidad que otros. Este es el criterio novedoso y la cuestión que emerge con el mismo calificativo es, precisamente, la del pronóstico como elemento centrado o basado en una percepción técnica o en un hecho objetivo como puede ser la edad, pero referido no a un perfil subjetivo y a un juicio técnico-sanitario del momento correspondiente sino al criterio de que existen otros más viables.⁸

Este criterio de comparación con otros ante medios escasos plantea, como hemos visto, el problema de los medios, pero, adicionalmente, plantea el si puede producirse un hecho objetivo que impida el acceso al sistema o un grado de tratamiento del mismo. Podemos incluso profundizar en el criterio de exclusión ya que la edad es un criterio objetivo que no depende de la voluntad humana ni está vinculada a una conducta previa que permita la exclusión. Esto ocurría en los debates que, en algún momento, se han planteado sobre los fumadores. La diferencia fundamental está en que, en estos casos, la exclusión o la preterición deriva de una "mala" conducta previa que demanda una mayor utilización de medios en una persona que, de alguna forma, perjudica con su conducta previa el sistema.

El Documento del Ministerio de Sanidad denominado Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: EISARS-CoV-2 indica que en relación con los criterios de priorización que <<...^{3ª} Las medidas que se adopten estarán presididas por los principios de equidad, no discriminación, solidaridad, justicia, proporcionalidad y transparencia, entre otros. En este sentido, resulta también irrenunciable la continua (re)evaluación de los criterios orientativos o prescriptivos adoptados, a la luz de los cambios que se produzcan en la evolución de la pandemia.^{4ª} La escasez de recursos, temporal o duradera, puede exigir el establecimiento de criterios de priorización de acceso a los mismos, lo que se hará con base en criterios objetivos, generalizables, transparentes, públicos y consensuados, sin perjuicio de valorar también los aspectos singulares e individuales

⁸ PEREZ TOLON. E Y LARIOS D. La teoría del daño desproporcionado sobre la responsabilidad sanitaria en el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*. Núm. 47. Toledo. 2009. Págs. 65-105.



que presente cada persona enferma por el virus.^{5a} Es inaplazable el diseño del escenario sanitario y post-confinamiento y del retorno progresivo a la situación de normalidad social previa al desencadenamiento de la pandemia SARS-CoV-2, tomando las precauciones necesarias para evitar una segunda oleada de personas infectadas...>>.

En el caso propuesto no hay esa conducta previa salvo que muy groseramente comencemos a plantearnos si la edad y la utilización potencial del sistema lo son, en si mismas. No parece que sea un argumento ni con consistencia general ni siquiera esgrimible en una situación especial como la que se propone en el caso que se plantea.

Pero es cierto, según se indica, que ha existido una preterición de aquellos que se valoraban como menos salvables frente a los que se consideraban más salvables. Este riesgo de elegibilidad es, sin duda, una cuestión que muy probablemente no se había planteado hasta ahora más allá de algún supuesto de emergencia o de accidente colectivo. En estos supuestos es, sin embargo, la urgencia el elemento central mientras que aquí el hecho diferencial está en que no es la urgencia sino la falta de material sanitario o de instrumentos para aplicar la curación.

4. Las responsabilidades de los sanitarios: la situación de crisis como eximente o atenuante en los supuestos.

En el otro lado de las cuestiones que hemos indicado y con un carácter complementario a la misma para obtener una visión de carácter general más allá de las referencias específicas que se han ido haciendo en los apartados respectivos a la posición de sujeto pasivo de las responsabilidades en las que pudieran verse envueltos los profesionales de la sanidad, cabe indicar que, desde esta perspectiva general, la actuación de los profesionales en este momento y en estas circunstancias parece que está lejos de tener (salvo los supuestos dolosos y específicos) que pudieran plantearse un componente personal que afecte directamente a los profesionales sanitarios.⁹

Una primera aproximación como la que se hace en este ámbito nos permite indicar que cualquiera que sea el ámbito del reproche de responsabilidad tendrá un primer debate frontal: el determinar la previsión exigible a los Poderes Públicos. Como hemos señalado este debate va a estar presidido por la idea de si las advertencias fueron suficientes, al menos, para minimizar la crisis o para prever algunos de las consecuencias más agudas como la falta de medios para la subvención de las necesidades en un momento de emergencia como el declarado. Este no es, desde luego, un debate sencillo ni en términos jurídicos ni en términos de prueba. No es

⁹ LUNA YERGA. A Y SALVADOR CODERCH. P. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria: culpa y causalidad*. Thomson-Civitas. Madrid. 2004.



fácil saber ni encontrar expertos que determinen cuanto se pudo (si es que se pudo) minimizar la crisis y, por tanto, el grado de responsabilidad que los poderes públicos han asumido en este ámbito. Es cierto que en un segundo círculo de responsabilidad estará el análisis de lo hecho y no de lo dejado de hacer y la efectividad de las medidas tomadas para paliar las consecuencias de la situación creada.

En este punto si hay alguna certeza mayor. Aquí no puede haber riesgo imprevisible porque el siniestro se había producido más allá que sea un siniestro continuo que se proyecte en el tiempo. Pero la característica diferencial es que el siniestro se ha producido y los esfuerzos de los Poderes Públicos ya no son de previsibilidad sino de reparación.

En este punto cabe indicar que, en términos sociales, la falta de eficacia y los fracasos (reales o imaginarios) en la adopción de medidas que hemos vividos en los últimos tiempos nos ha situado ante un problema central: la eficacia del funcionamiento de lo público, incluso, en tiempos de crisis. Parece que este punto sí que se separa conceptualmente de la situación descrita en el apartado anterior y nos sitúa ante un funcionamiento administrativo clásico que, obviamente, se caracteriza por las circunstancias en las que se ha producido, pero sin que las mismas operen, necesariamente, como una exigente total del cumplimiento de las obligaciones administrativas y de la responsabilidad derivada de su mala praxis. En este segundo bloque los términos serán de graduación, de proporcionalidad, pero no de exención o derogación del régimen general de la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración. Se cumplen todos los requisitos para dicha responsabilidad más allá de las modulaciones o adaptaciones que se hayan de observar en los casos concretos y en función de las medidas, igualmente, específicas.

El tercer gran círculo, el que ha intentado diseccionarse en este trabajo es el de la responsabilidad de los profesionales. En este sentido -patología al margen- cabe indicar que la actuación de los profesionales a los que la sociedad entera reconoce su mérito tarde tras tarde con el merecido aplauso son partes de un sistema organizado por otros y, por tanto, su nivel de actuación debe enmarcarse en un contexto en el que la responsabilidad personal o profesional (insisto en patologías y situaciones concretas, al margen) lo es en un diseño organizativo decidido por otros y en otras instancias y, por tanto, utilizando términos penales, podríamos decir que se sitúa en el plano de la aplicación de eximentes o atenuantes concretas derivadas de las formas, las condiciones y el servicio prestacional que se ha podido dispensar al conjunto de la población.

Es posible que los próximos tiempos nos presenten acciones de responsabilidad de todo tipo dirigidas frente a la Administración, frente a sus profesionales ya sea por los interesados, sus familiares, las compañías de seguros, los agentes de prestación de servicios conexos, etc...todo ello es posible que lo veamos en los próximos meses pero la cordura nos debe llevar a que los términos de responsabilidad que aquí hemos analizado sean los que determinen esquemas



institucionales de responsabilidad frente a esquemas individuales y profesionales de responsabilidad y sin confundir unos con otros.