Centro de Estudios de Consumo

PUBLICACIONES JURÍDICAS
http://centrodeestudiosdeconsumo.com

EL "DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR" LA PANDEMIA*

Ángel Carrasco Perera**
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 15 de enero de 2021

Toda lesión de bienes o derechos *individualizados* que se produzca como consecuencia del funcionamiento *normal* (y, con mayor razón, si *anormal*) de los servicios públicos y que el/los dañados no tengan el *deber jurídico de soportar*, hace que la Administración actuante (u omitente impropia de su deber de garante) devenga responsable de la indemnización correspondiente. Esta regla compuesta, que hoy se localiza, algo dispersa, en los arts. 32.1, 32.2 y 34.1 Ley 40/2015, es uno de los más acendrados principios del Estado de Derecho. Debo advertir que el tratamiento que sobre este huidizo deber jurídico de soportar realiza la ciencia jurídica administrativa nunca me ha parecido suficientemente productivo. Y resulta ahora tanto más acuciante la reflexión desde el momento en que (i) el COVID-19 se instaló en nuestras vidas, (ii) que la jurisprudencia contencioso-administrativa está aplicando la "cláusula de progreso" del art. 34.1 como un remedo del principio de responsabilidad por negligencia y (iii) que, sin arrobo alguno, ha venido a prevalecer en la jurisprudencia contencioso-administrativa la idea de que, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria (al menos), la Administración no responde por los daños causados por el funcionamiento normal del servicio público, sino por antijuricidad, por el incumplimiento de la *lex artis*.

Ilicitud y *daño*, dos conceptos que la Ciencia y la Jurisprudencia administrativa no manejan con soltura. En un reciente seminario de jueces de lo contencioso, organizado y

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" del que soy Investigador Principal con la profesora Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con SBPLY/19/180501/000333, del que soy Investigador Principal con la profesora Ana Isabel Mendoza Losana.
** ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-3622-2791

difundido por el CGPJ, se lee que el confinamiento-COVID impuesto por el RD 463/2020 debe considerarse una carga general de la ciudadanía, lo que excluye su condición de daño individualizado. Y que en lo que atañe a enfermedades y muertes causadas por el virus, la Administración pública (sanitaria) sólo responde por el funcionamiento anormal de los servicios públicos de salud.

Yo no creo que se trate aquí de un intento de rebajar el nivel de protección de los ciudadanos, sino de la persistencia de no malintencionados errores conceptuales. Se verá con este ejemplo. La STSJ 237/2017, Madrid, Contencioso administrativo, 6 abril 2017, declaró que la enfermera, contagiada por el Ébola, y propietaria de un perro que hubo que sacrificar por principio de precaución, estaba sujeta al deber jurídico de soportar este sacrificio, como claramente imponían diversas normas, por lo que no podría reclamar indemnización. Esto es un error, sin duda. La mujer en cuestión estaba sujeta al "deber jurídico de soportar que su perro fuera sacrificado", pero no al "deber jurídico de soportar el daño (moral) individualizado" que este sacrificio pudo comportar para ella (otra cosa es si hubo o no daño real). Es evidente que no estaba gravada con este segundo deber. Por lo mismo, el sujeto constreñido a confinamiento-COVID está "obligado" a soportar tal confinamiento, de modo que *éste no puede calificarse en cuanto tal de daño individualizado*, ni pueden valer como daño los "halos generalizados" de este confinamiento: aburrimiento, falta de solaz, renuncia al ejercicio físico, a la socialización y al *ligoteo* en espacios públicos, etc. Pero un ciudadano con diagnóstico depresivo no tiene que soportar el daño individualizado que le adviene a él como consecuencia del agravamiento que el confinamiento le produce. Por tanto, como no era el sacrificio del perro, tampoco es el confinamiento como tal un daño indemnizable, pero el deber de soportar unos y otros no equivale al deber de asumir finalmente el riesgo del daño real, que es claramente individualizado. Así, que todos deban soportar en abstracto que sus perros sean sacrificados en aras del interés más alto de la salud pública no comporta que el propietario *cuyo perro sea efectivamente sacrificado* tenga que interiorizar a su cuenta el (eventual) daño que la muerte del animal le causa (imaginemos, un perro de ciego). Que todos estén sujetos a quedarse en sus casas en la primavera del COVID, y que tengan que soportarlo con el añadido de inconvenientes, chascos y molestias, no equivale a que quede sin indemnización el paciente que, de resultas de este confinamiento, agrave su enfermedad depresiva y acabe tirándose por la ventana. Se ha trastocado un asunto de antijuricidad (deber jurídico de soportar la medida) con otro que pertenece a la teoría del daño (deber de soportar un daño individualizado). ¿Y por qué esto último "no se tiene que soportar"? Porque es un daño que deriva de una conducta pública cuyo desenvolvimiento *normal* es típicamente productor de *ese* daño.

Si la comparamos con la STS (civil) 446/2019, 18 de julio (daños por infección nosocomial contraída en un establecimiento sanitario), la jurisprudencia contenciosa y la

praxis literaria de sus comentaristas se nos revela regresiva. La sentencia civil resuelve bien, aunque argumenta prolija y confusamente. Me quedo con el resultado, aunque desecho el proceso discursivo, que les omito. Resulta que el 80% de los daños por infecciones nosocomiales son *inevitables.* ¿Quiérese decir con esto que no se responde por ellos en un sistema de responsabilidad por culpa, pero debería responderse en uno de responsabilidad objetiva? En absoluto. El tipo y clase de responsabilidad (la eterna cancioncilla de la distinción) carece de importancia para el caso. Tanto en un sistema de responsabilidad por culpa (y da igual si éste es o no el sistema de responsabilidad sanitaria de la Ley de Consumidores) como en uno de responsabilidad "objetiva" (y da igual si éste es el que se asume o no en la Ley 40/2015), siempre se responde *por el riesgo propio de la actividad peligrosa lícitamente creada.* La infección nosocomial no es una fuerza mayor, sino un riesgo propio y típico del establecimiento y gestión de hospitales. Este riesgo *extraordinario y lícito* dispara la responsabilidad por la infección. Y más evidente (¡pero nada distinto en sustancia!) en la Administración sanitaria, porque es un riesgo *típico del funcionamiento normal del servicio público hospitalario,* y váyase al cubo de basura toda la superflua retórica sobre la *lex artis*. Aplicado al COVID-19, la ecuación también resulta. El sujeto que se contagia por COVID en la calle, en el gimnasio, en casa de la novia, no puede pretender responsabilidad de la Administración, porque el virus COVID no es el riesgo típico del funcionamiento de ningún servicio público ni el Estado se halla en posición de garante llamado a impedir el advenimiento del COVID. Y no puede pretenderlo, aunque el sujeto resulte luego ingresado en la UCI y allí fallezca como consecuencia del desarrollo típico del COVID o del desarrollo del COVID unido a la patología personal del enfermo. Pero el paciente que llega a un servicio hospitalario para una diálisis y se infecta por el virus en el hospital, *sin importar nada si la Administración siguió o no un riguroso protocolo de evitación de infecciones COVID,* y fallece, hace a la Administración deudora de responsabilidad porque el riesgo de infección COVID sí es un riesgo típico del funcionamiento, incluso normal, de un servicio hospitalario.

En el fondo, no es más que reproducir la vieja e insustancial pregunta de si el sistema de responsabilidad administrativa va a llevarse hasta el extremo de hacer responder por la muerte *natural* del paciente en la sala de operaciones. Los administrativistas piensan que la "responsabilidad objetiva" de la Administración lleva a esto, y por eso rechazan aquélla. Pero se trata de una ilusión. El paciente que muere así realiza el riesgo típico de su enfermedad, que no está agravado ni desviado por el riesgo propio del servicio hospitalario. Cuando el daño *no realiza el riesgo del servicio,* sino de otros factores concurrentes, la Administración sólo respondería por el funcionamiento *anormal,* y, además, con la restricción derivada del principio de imputación objetiva, a saber, si el hipotético empleo (alternativo) de la *lex artis* hubiera o no evitado la realización del daño. Porque si no lo hubiera evitado, ni por el funcionamiento anormal, se responde, al menos en la comisión por omisión.