

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: Septiembre

EL IMPACTO DE LA COVID-19 EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE
LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

The impact of COVID-19 on the patrimonial responsibility of the health Administration.

Realizado por el alumno/a Dña. Claudia Padrón Bencomo

Tutorizado por el Profesor/a D. Andrés M. González Sanfiel

Departamento: Derecho Administrativo

Área de conocimiento: Derecho Administrativo

ABSTRACT

This study aims to assess the impact that the Spanish 2020 COVID health crisis has had on the Public Administration's responsibility for damages caused to citizens' assets and rights as a consequence of the operation or performance of the public health services in that period.

It establishes the constitutional precepts and relevant laws where we can find the regulatory development of the matter, as a reference to its legal regime. Also, the requirements are set out for claiming and entitlement to an indemnity.

Once the general regime of health liability has been established in moments of legal normality, the incidence of the coronavirus in health care activity is analyzed, highlighting the regulatory uncertainty that it causes, as well as the problems that it entails when it comes to filing health claims currently against the administration.

Keywords: Health patrimonial responsibility; COVID-19; Public administration ; damage caused; normative uncertainty; claim; state of alarm.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del impacto que la crisis sanitaria declarada en España el pasado año 2020 por la COVID-19 ha supuesto en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños causados a los ciudadanos en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento o de la actuación de los servicios públicos sanitarios en dicha extraordinaria situación de emergencia sanitaria.

En él se establecen los preceptos constitucionales y respectivas leyes donde podemos encontrar el desarrollo normativo de la materia, como referencia a su régimen jurídico. Además, se indican los requisitos y características propias que permiten exigir responsabilidad sanitaria.

Una vez establecido el régimen general de la responsabilidad patrimonial sanitaria en momentos de normalidad jurídica, se pasa a analizar la incidencia del coronavirus en la actividad asistencial sanitaria, poniendo de manifiesto la incertidumbre normativa que ocasiona, así como, las problemáticas que conlleva a la hora de interponer reclamaciones de índole sanitaria en la actualidad contra la Administración pública.

Palabras clave : Responsabilidad patrimonial sanitaria; COVID-19; Administración Pública ; daños causados ; incertidumbre normativa ; reclamación ; estado de alarma.

ÍNDICE :

| | |
|---|-----------|
| I. INTRODUCCIÓN | 5 |
| II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA..... | 6 |
| 1. Marco Constitucional. | |
| 2. Fundamentos normativos de la responsabilidad patrimonial sanitaria. | |
| III. CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA (OBJETIVO- DIRECTO)..... | 12 |
| IV. REQUISITOS DE EXIGIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA | 14 |
| 1. DAÑO ANTIJURÍDICO. | |
| 2. IMPUTACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. | |
| 3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD. | |
| 4. AUSENCIA DE FUERZA MAYOR. | |
| V. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA COMO CONSECUENCIA DE LA ACTUACIÓN ANTE LA COVID-19 | 21 |
| 1. Incertidumbre normativa en el plano de la responsabilidad patrimonial y sus precedentes judiciales. | |
| 2. La creación o mala gestión de los riesgos para la salud como título de imputación del daño a la Administración sanitaria . | |
| 3. Daños creados a causa de la actuación de la Administración en la actualidad. | |

VI. PROBLEMÁTICAS ANTE LA POSIBILIDAD DE RECLAMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA EN LA ACTUALIDAD... 31

1. Claves jurídicas para la reclamación en la situación actual: referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad.

2. Causas de exoneración de la responsabilidad patrimonial.

VII. CONCLUSIONES 41

BIBLIOGRAFÍA44

I. INTRODUCCIÓN

En materia sanitaria, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se ha convertido en los últimos años en una cuestión de reciente actualidad para la sociedad dado la necesidad de determinar a quién le corresponde indemnizar el daño causado a los ciudadanos¹ por el funcionamiento del servicio público sanitario. Ello, como clara evidencia de una mayor reivindicación por parte de los perjudicados en defensa de sus derechos e intereses frente a la Administración, entre los que se encuentran el derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE) , a la integridad física y moral, así como el derecho a la vida (artículo 15 CE).

Ahora bien, la responsabilidad patrimonial sanitaria cobra aún más relevancia cuando el pasado 14 de marzo de 2020 mediante el Decreto 463/2020² se declara en España el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la enfermedad coronavírica de 2019 (COVID-19) causada por el coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave de tipo 2 (SARS- CoV-2)³, ya que, conllevó un rápido aumento en la interposición de reclamaciones por parte de la ciudadanía con fundamento en los daños y perjuicios creados a causa de la actuación de la Administración sanitaria, y ello no sólo por las lesiones derivadas de la adopción de diferentes medidas de carácter inmediato o eficaz para tratar de ponerle freno a la propagación de la enfermedad con la mayor brevedad posible, sino también por las causadas como consecuencia de la ausencia, el retraso o la deficiencia de la actividad asistencial sanitaria.

¹ TORRES GARCÍA , T.: ``Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria'', en AA.VV. (SÁNCHEZ, M. J., Coord) : *Lecciones de derecho sanitario*, 1999, págs. 569.

² *vid.* Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

³ CEQUIER FILLAT, A. Y GONZÁLEZ - JUANATEY, J. R. : ``COVID-19. Las consecuencias sociales, sanitarias y cardiovasculares'', *Revista Española de Cardiología*, Vol. 29, Nº. SE, 2020, pág. 1.

Sin embargo, dicha extraordinaria situación de emergencia sanitaria no se abstrae de ocasionar un aura de incertidumbre normativa en lo que a la responsabilidad sanitaria y sus reclamaciones se refiere, ahora bien, no sólo durante el estado de alarma o una vez finalizado este, sino también en momentos posteriores hasta llegar a la actualidad en el año 2021.

Por consiguiente, para abordar el estudio del impacto de la COVID-19 en la responsabilidad sanitaria, el presente trabajo tratará, en primer lugar, sobre el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria abordando su perspectiva constitucional y estableciendo un breve marco normativo de la misma ; en segundo y tercer lugar , se identificarán y desarrollarán los caracteres y requisitos que resultan necesarios para exigir responsabilidad sanitaria. Todo ello, para posteriormente entrar a analizar el plano actual de la responsabilidad patrimonial sanitaria como consecuencia del coronavirus, dejando entrever la incertidumbre normativa ocasionada, así como los daños creados a causa de la actuación del servicio público sanitario.

Y por último, se examinarán las problemáticas a las que tienen que hacer frente los particulares ante la posibilidad que se les presenta de interponer una demanda por el funcionamiento de la administración sanitaria en la actualidad, con especial referencia a las claves jurídicas que serán necesarias para que la acción prospere, además de las posibles causas de exoneración en dicha materia.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

La responsabilidad patrimonial administrativa entendida como *“ la obligación de las administraciones públicas de indemnizar por toda lesión que causen sus*

actividades en cualquier de los bienes y derechos de las personas , salvo en los casos de fuerza mayor , siempre que la lesión sea consecuencia de los servicios públicos'' tal y como expone textualmente el Diccionario Panhispánico del español jurídico⁴, ha tenido y tiene actualmente especial importancia en el ámbito sanitario, donde no siempre se tuvo claro a quién correspondía indemnizar el daño causado a los particulares en el funcionamiento de la asistencia sanitaria.

Por lo que, debemos entender por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, aquella institución que tendrá por obligación el resarcir económicamente los daños y perjuicios sufridos por un paciente, como consecuencia directa de la asistencia sanitaria recibida en un centro dependiente del Sistema Nacional Español de Salud (SNS)⁵. Si bien, la actividad de la Administración en materia sanitaria, engloba riesgos derivados no sólo por los propios médicos al servicio de las Administraciones públicas, sino también de todo el equipo sanitario (enfermeros, auxiliares , celadores...) e incluso de la organización de la sanidad a nivel administrativo.

Resulta clave esclarecer que en la responsabilidad patrimonial sanitaria, la imputación de la responsabilidad se dirige con carácter exclusivo hacia la Administración titular del servicio o centro público responsable donde se producen los daños como consecuencia de la asistencia, siendo un reflejo de los preceptos legales que tratan la materia (art. 106.2 CE o artículos 32 y ss de la Ley 40/2015) y no frente a los médicos o profesionales de la medicina encargados de velar por la salud de los ciudadanos.

⁴ Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/responsabilidad-patrimonial-de-la-administraci%C3%B3n> (fecha de última consulta : 10 de julio 2021).

⁵ BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad Civil Del Médico y Responsabilidad Patrimonial De La Administración Sanitaria*, Ed. Reus, Madrid, 2009, pág. 129.

Ahora bien, para discernir mejor lo que es la responsabilidad sanitaria en rasgos generales, debemos entrar a delimitar la perspectiva constitucional de la misma, así como, un pequeño marco normativo que nos permita obtener una idea de la prestación de dicho servicio.

1. Marco Constitucional

La Constitución establece el marco básico en el que se encuadra la prestación sanitaria pública, lo que va a tener una gran importancia de cara al reconocimiento de la indemnidad patrimonial de los ciudadanos por las actuaciones en el ámbito sanitario. De una parte, el artículo 41 CE reconoce un régimen público de Seguridad Social que garantiza una asistencia además de prestaciones sociales suficientes. De otra parte, el artículo 43 reconoce el derecho a la protección de la salud, marcando las pautas del sistema público sanitario en línea con la dimensión social y prestacional del Estado Social. Se trata de principios rectores que limitan la acción del legislador y del resto de poderes públicos, pero que condicionan el diseño legislativo a partir de tales principios⁶.

El legislador pretende garantizar por un lado, la universalidad de la atención sanitaria de todos los ciudadanos, y de otro lado, una igualdad en las condiciones jurídicas básicas de los ciudadanos en sus relaciones con las diferentes Administraciones Públicas⁷. Por lo que, el Estado tiene así, el deber de tutelar y garantizar la asistencia sanitaria mediante el reconocimiento del derecho a la salud.

Mientras la universalidad nos conduce hacia una administración de atención sanitaria sin más, es la igualdad de todo ciudadano en el acceso a las prestaciones en sí

⁶ GARCÍA CREMADES, G.: *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo. Análisis especial de la regla ``res ipsa loquitur``*. Dirigida por Juan José Díez Sánchez. Tesis doctoral. Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 2015.

⁷BELLO JANEIRO, D.: *op. cit.*, pág. 129.

misma la que nos lleva a considerar a la sanidad como un servicio público⁸. Ello conecta con la garantía patrimonial reconocida en el artículo 106.2 CE, toda vez que la misma cubre los daños realizados en el ámbito del servicio público sanitario.

Así se reconoció en el plano de la legalidad ordinaria , con los hoy derogados artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992 del 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, actuales artículos 32 y ss de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público , concretando la garantía de la indemnidad del artículo 106.2 y clarificando la importancia de que para que surja responsabilidad y por ende reparación, sólo serán indemnizables los daños que el ciudadano no tenga el deber de soportar, hoy previstos en la legislación de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico, tal y como veremos.

2. Fundamentos normativos de la responsabilidad patrimonial sanitaria

La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 (LGS) llevó a cabo la primera regulación a nivel legal tras la Constitución para hacer efectivo el reconocimiento del derecho a la protección de la salud⁹. Así pues, la Ley General de Sanidad 14/1986 regula los principios y criterios que permiten el ejercicio del derecho a la salud, concretados en diferentes aspectos como son la financiación pública , la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios en el momento del uso por los ciudadanos, lo que conlleva que la mayoría de las demandas se planteen frente a la Administración.

Se trata con ello de alcanzar y mantener el mayor nivel de salud posible de la población, así como, la integración del sistema sanitario público, es decir, el conjunto de

⁸ TORRES GARCÍA, T.: *op cit.*, pág. 569.

⁹ Ley que se dictó en sustitución de la antigua Ley General de Sanidad de 1944 , cuya última modificación se ha producido por la Ley Orgánica 6/2015, de 13 de junio. Siendo también de importancia la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

servicios de la salud de la Administración del Estado y de los servicios de la salud de las Comunidades Autónomas (artículo 42 LGS) mediante la creación de un Sistema Nacional de Salud (SNS), todo ello, junto con la importante descentralización política de la sanidad en las Comunidades Autónomas. Lo que faculta a dicha ley como un sistema de todos para todos¹⁰.

Por consiguiente, el Sistema Nacional de Salud en España (SNS) es, aquel que constituye todas las funciones y prestaciones sanitarias que suponen, de acuerdo con la mencionada ley, un grado de responsabilidad por parte de los poderes públicos, a través del conjunto coordinado de los servicios de salud de la Administración del Estado y los servicios de salud de las Comunidades Autónomas.¹¹

De manera que, la Ley General de Sanidad de conformidad con los criterios constitucionales, clarifica las competencias que se atribuyen a las diferentes Administraciones Públicas . Así, en el ámbito estatal podemos encontrar la relativa a las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales con actividades en materia de vigilancia y control de posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros (artículo 38 LGS).

Asimismo, como no puede ser de otro modo, habrá que tener en cuenta las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, así como, las posibles que les puede transferir el Estado en esta materia. El papel de las Corporaciones locales estará determinado por lo que la legislación autonómica establezca en cada caso.

Ahora bien, la asunción por las Comunidades Autónomas de competencias en materia sanitaria al amparo de los preceptos constitucionales y de los respectivos

¹⁰ HERNÁNDEZ LOMAS, V.: ``La responsabilidad jurídico-sanitaria en las nuevas formas de gestión ´´, *Unidades Docentes de la Escuela Nacional de Sanidad* , 2012 . Disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:500643/n6.10_La_responsabilidad_jur_dico-sanitaria.pdf (fecha de última consulta: 15 de julio de 2021).

¹¹ BELLO JANEIRO, D.: *op. cit.*, págs. 129-130.

Estatutos de Autonomía no es más que una consecuencia del diseño de organización territorial que establece la Constitución Española de 1978 . Así, fueron asumidas gradualmente competencias en el ámbito sanitario por las CCAA mediante un proceso de transferencia sanitaria por el Instituto nacional de salud INSALUD. De modo que, el Estado a través de su Administración central tan solo gestionaría la sanidad en la ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, mediante el Instituto nacional de gestión sanitaria INGESA, dando lugar a que las autonomías ejerzan plena competencia en materias de salud pública o planificación sanitaria¹², así como, tener que hacerse cargo económicamente gracias a los créditos presupuestarios que les fueran conferidos, a las posibles reclamaciones de indemnización por los supuestos daños y perjuicios ocasionados por su actividad.

Para el tema que estamos desarrollando, en la propia Ley General de Sanidad también se reconocen importantes cuestiones que guardan una estrecha relación con la responsabilidad patrimonial, configurando en el artículo 3.2 , un principio general que garantiza la asistencia sanitaria pública a toda la población. Ello, opera como sinónimo de la igualdad efectiva entre todos los ciudadanos sin distinción de sexo, tanto en el acceso y prestaciones sanitarias, como en la integración del derecho a la salud mediante su promoción. Asimismo, ello se proyecta en la promoción del interés individual y social por la salud , la garantía de cuantas acciones sanitarias se desarrollen dirigidas a la prevención y no solo a la curación y por último, a la atención primaria, la asistencia especializada y a la farmacológica¹³ (artículo 18 LGS).

En este caso, los titulares del ejercicio del derecho a la salud serán tanto los españoles como los extranjeros residentes. También los españoles en el extranjero de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales suscritos.

¹² *Idem*, pág. 130

¹³ HERNÁNDEZ LOMAS, V.: ``La responsabilidad jurídico-sanitaria en las nuevas formas de gestión'' , *Unidades Docentes de la Escuela Nacional de Sanidad* , 2012 . Disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:500643/n6.10_La_responsabilidad_jur_dico-sanitaria.pdf (fecha de última consulta: 15 de julio de 2021).

Así pues, con los precedentes de la Ley 30/1992 esta materia se encuentra también regulada a nivel legal en dos disposiciones, dando lugar a un leve aumento en su desarrollo normativo. La primera de ellas es la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece entre los artículos 32 al 34 los diversos supuestos que ocasionan el nacimiento de responsabilidad patrimonial, así como, ciertos criterios a seguir para la fijación de la indemnización. También regula en el artículo 35 la responsabilidad de la entidades de derecho privado, en el artículo 36 cuál es la responsabilidad a la que tienen que hacer frente los miembros del órgano de la Administración Pública y por último, en el artículo 37 los supuestos que pueden dar lugar a responsabilidad penal por parte del ente público.

En segundo lugar, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que regula dentro del Procedimiento Administrativo Común distintas especificaciones sobre responsabilidad patrimonial; el silencio administrativo negativo en el artículo 24.1; la obligación expresa de motivación dentro de la propuesta de resolución en el artículo 35.1.h); la responsabilidad patrimonial cuando la iniciación del procedimiento es razonado por otros órganos públicos en el artículo 61.4 mientras que en el artículo 65.1 dispone la iniciación de oficio con carácter general por las Administraciones Públicas; la iniciación a petición de los interesados en los artículos 67 y ss ; la regulación determinante de la reclamación en el artículo 87; así como, la necesidad del pronunciamiento sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización en el artículo 91, entre otros.

III. CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA (OBJETIVO- DIRECTO)

La responsabilidad patrimonial sanitaria, entendiéndose como una institución perteneciente al ámbito general de las Administraciones Públicas, se encuadra dentro de los caracteres propios y en que tradicionalmente se apoyan las mismas, instaurados en el desarrollo de la Ley 40/2015 y 39/2015 en relación con la Ley 30/1992 (LRJAP), derogada en la actualidad.

Su carácter objetivo, supone el abandono o exclusión de toda idea de culpa o negligencia como criterio de imputación por los daños cometidos por parte de los profesionales médicos encargados de prestar la asistencia sanitaria, así como, cualesquiera funcionarios o trabajadores al servicio. La clave es que el daño sea antijurídico, es decir, que el particular no tenga el deber jurídico de soportar ese daño que se ha desarrollado en el ámbito del servicio sanitario.

Por lo que, al mismo tiempo que no será necesario demostrar la culpabilidad o negligencia de la actividad sanitaria en el ámbito del Servicio Nacional de Salud (SNS), bastará que haya una relación causalidad entre el perjuicio provocado al ciudadano y la actuación del personal sanitario para que la Administración en cuestión sea responsable del deber de indemnizar declarado por los tribunales¹⁴.

Asimismo, como ejemplo de la instauración del criterio objetivo debemos de tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2018 de 17 de octubre mediante la cual se proclama del algún modo la constitucionalización de la responsabilidad objetiva de la Administración *“el tenor del artículo 106.2 supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad de la Administración previamente vigente en España, cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia.”* *“Así pues, el régimen constitucional de responsabilidad de las Administraciones públicas se rige por criterios objetivos, que*

¹⁴ LARIOS RISCO, D.: *“Casos de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria”*, *Unidades Docentes de la Escuela Nacional de Sanidad*, 2012. Disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:500638/n6-5_CASOS_RESPONSABILIDAD_PATRIMONIAL.pdf (fecha de última consulta: 15 de julio de 2021).

implican la necesidad, no sólo de examinar la relación de causalidad, sino también la de formular un juicio de imputación''¹⁵. Igualmente, el Consejo de Estado, en su Dictamen 3306/1999, de 2 de diciembre, señaló¹⁶ que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública *''es un instituto indemnizatorio de naturaleza estrictamente objetivo* ''.

No obstante, esa naturaleza objetiva o de resultado¹⁷ no se encuentra aislada del supuesto concreto en el que se encuentre el ciudadano o la sociedad en general. Así por ejemplo, como reflejo de lo que está sucediendo en la actualidad con la COVID- 19, puedan existir circunstancias , a parte de los posibles casos de fuerza mayor (artículo 32 y 34 LRJSP), que hagan eximir la responsabilidad de la Administración pública sanitaria. Tampoco, quedan atrás los distintas excepciones o límites creados jurisprudencialmente entorno a la responsabilidad objetiva sanitaria.

De otro lado, destacar el carácter directo de la administración sanitaria, de modo que la misma cubrirá directamente, y no sólo de forma subsidiaria, la actividad dañosa de sus autoridades, funcionarios y personal laboral, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar luego la acción de regreso cuando aquéllos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia graves.

IV. REQUISITOS DE EXIGIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

¹⁵ Es una cita de BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia, (los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)* , Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 , pág. 358-359.

¹⁶ SÁNCHEZ GARCÍA, M.M: *''Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria''*, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 23, Nº. Extra 1, 2013 (Ejemplar dedicado a: XVII Congreso "Derecho y Salud"), págs. 189-205.

¹⁷ PALOMAR, A y FUERTES, J.: *''Principios del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas''*, *Vlex información jurídica inteligente* . Disponible en <https://vlex.es/vid/principios-regimen-responsabilidad-patrimonial-427620406> (fecha de última consulta : 16 de julio de 2021).

1. DAÑO ANTIJURÍDICO

La existencia de la lesión o el daño resarcible son clave en el método de la responsabilidad patrimonial sanitaria, como reflejo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015 reconociendo a los particulares el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos.

Ahora bien, estos dos conceptos no son sinónimos, ni se identifican de la misma manera, puesto que, si lo entendemos como lo entiende MOLINA SERRANO¹⁸ desde un punto de vista técnico-jurídico, toda lesión es integrante de un daño, pero no todo daño es constitutivo de una lesión. De manera que, una lesión no es más que un daño que deberá de ser antijurídico.

La antijuridicidad del daño o lo que es lo mismo, la lesión producida al paciente que lo sufre proveniente de un daño que éste no tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo a la ley (artículo 34.1 ley 40/2015), supone que, solo será resarcible el daño que lesiona un derecho o interés legítimamente protegido del que sea titular el perjudicado, pues sólo así el perjuicio sería antijurídico. Sobre este extremo se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en numerosas ocasiones¹⁹.

De manera análoga, la antijuridicidad encuentra apoyo en los llamados títulos de imputación. Dichos títulos concurren como exigencia de la jurisprudencia²⁰ y permiten a los Tribunales abarcar en mayor medida la posible indemnidad del perjudicado, donde la Administración sanitaria tendrá el deber de responder por el daño que el ciudadano no

¹⁸ MOLINA SERRANO, P.: “La responsabilidad objetiva en el derecho sanitario a la luz de la jurisprudencia”, *Economist y jurist*. Disponible en <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-responsabilidad-objetiva-en-el-derecho-sanitario-a-la-luz-de-la-jurisprudencia/> (fecha de última consulta: 13 de julio de 2021).

¹⁹ BELLO JANEIRO, D.: *op. cit.*, pág. 242.

²⁰ GARCÍA CREMADES, G.: *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo. Análisis especial de la regla ‘res ipsa loquitur’*. Dirigida por Juan José Díez Sánchez. Tesis doctoral. Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 2015.

esta obligado jurídicamente a soportar. Así como, llevar a cabo su compensación económica . De modo que, si no concurre ese título de imputación el paciente deberá de soportar el daño y no recibirá indemnización de ningún tipo.

Los títulos de imputación como consecuencia del funcionamiento anormal de la sanidad pueden ser por ejemplo, la deficiencia del servicio público, la culpa o dolo del personal médico, la creación de riesgos que los particulares no tiene el deber de asumir, la infracción de la *lex Artis*, entre otros. Dando lugar a numerosos daños antijurídicos en el ámbito sanitario como, el error en el diagnóstico o retraso del mismo , la ausencia de consentimiento informado, el seguimiento incorrecto de la evolución de la enfermedad o la deficiente asistencia sanitaria, etc.

No obstante, en la actualidad como consecuencia del virus de la COVID-19 , los títulos de imputación no se aprecian de la misma forma por los Tribunales Contenciosos en comparación con un momento anterior de ``normalidad`` sanitaria, ya que, los magistrados deberán tener en cuenta más factores aparte de los mencionados con anterioridad . El desconocimiento en la prestación del servicio sanitario en un estado de emergencia de tal envergadura o sensibilidad de la sociedad, puede ser uno de los factores a tener en cuenta a la hora de enjuiciar un determinado caso , simpatizando con la idea de que el reconocimiento de esos títulos dependerá de los diversos factores que influyen en el desarrollo del servicio asistencial sanitario.

El daño resarcible, además de antijurídico, deberá cumplir con tres requisitos más, efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 32.2 ley 40/2015)

Que el daño sea efectivo, entraña que sea actual y cierto, siendo constatable en su totalidad a la realidad del supuesto concreto, no pudiendo entrar en juego daños eventuales, futuros o simplemente posibles , supuestos o hipotéticos²¹ . También se

²¹ BELLO JANEIRO, D.: *op. cit.*, pág. 227.

excluyen los daños dudosos o presumibles que dependen de circunstancias futuras no determinadas , así como los que son consecuencia de frustración de meras expectativas.

Que el daño sea evaluable económicamente, convierte a la lesión en cuantificable y valorable en dinero, calculando la indemnización conforme a los criterios del artículo 34.2 de la Ley 40/2015 ²² . En relación con este requisito del daño , la jurisprudencia también reconoce de manera repetitiva la viabilidad de la evaluación económica de los daños morales o corporales, los cuales deberán ser probados con exactitud por el perjudicado con el objetivo de que sean realmente indemnizables, debido a su carácter extrapatrimonial.

Y por último, el daño deberá afectar individualmente a una persona o grupo de personas y no a la generalidad de la población . De modo que , será ``residenciable``²³ directamente en el patrimonio del reclamante.

2. IMPUTACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Como punto de partida para exigir responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria ha de concurrir el fenómeno jurídico de la imputación²⁴ o también lo que se conoce como los títulos de imputación . En virtud de este requisito el

²² *vid.* Artículo 34.2. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.: ``La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.``. BOE núm. 236, de 02 de octubre de 2015.

²³ PUEYO CALLEJA, FJ.: ``La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa `` , *Revista Derecho y Salud* , DS Vol. 17, Nº. Extra 1, 2009 (Ejemplar dedicado a: XVII Congreso "Derecho y Salud"), págs. 81-100.

²⁴ MOLINA SERRANO, P.: "La responsabilidad objetiva en el derecho sanitario a la luz de la jurisprudencia", *Economist y jurist* . Disponible en <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-responsabilidad-objetiva-en-el-derecho-sanitario-a-la-luz-de-la-jurisprudencia/> (fecha de última consulta: 13 de julio de 2021).

ente público será el responsable de reparar la lesión producida, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio sanitario (artículo 32.1 LRJSP).

El funcionamiento anormal se produce en varios supuestos . Así por ejemplo, cuando la Administración ha actuado de forma incorrecta y por tanto, brinda un servicio asistencial deficiente . También cuando prestando debidamente el servicio se llevaba a cabo de manera tardía o se ha efectuado con rendimientos bajos no acabando de funcionar. Otros supuestos son aquellos en los que, los prestadores de la asistencia sanitaria causan el daño actuando, bien, ilícitamente incurriendo en culpa, incluido en dolo, o bien, llevan a cabo conductas ilegales incumpliendo la normativa vigente, mediante la acción u omisión de los estándares mínimos de calidad de la actuación desempeñada²⁵.

Sin embargo, dentro del funcionamiento anormal debemos destacar que no siempre serán autores de esa situación los propios médicos o enfermeros como personal al servicio de la Administración sanitaria , si no que también entrarán dentro de los eventuales supuestos :

- la posible actuación del centro sanitario;
- las deficiencias que pueda sufrir el sistema de organización del servicio²⁶ ;
- o cualquiera otra circunstancia del entramado sanitario que conlleve la reparación del daño.

²⁵ BELLO JANEIRO, D.: *op. cit.*, pág. 140.

²⁶ ``Elementos de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario (negligencias médicas)´´, *Iberly portal de información jurídica* ,2021 . Disponible en <https://www.iberley.es/temas/elementos-responsabilidad-patrimonial-ambito-sanitario-65326> (fecha de última consulta :14 de julio de 2021).

No obstante, la imputación no solo será consecuencia de la anormalidad de la prestación sino también del funcionamiento normal que se produce en los casos donde se imputan daños creados por un riesgo inherente a que su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.²⁷

3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La existencia de una relación de causa-efecto entre el hecho que se imputa a la Administración sanitaria y el daño producido siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA²⁸ en una de sus obras, será necesario como requisito para poder hablar de una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva.

La relación de causalidad fue tradicionalmente prevista como una *conditio sine qua non*²⁹, es decir, condición sin la cual no tendrá lugar el resultado, pese a los numerosos autores contrarios a esa idea. Por lo que, el requisito de causalidad se dispone como aquel carácter que en caso de desaparición comporta que el daño provocado se produzca en circunstancias distintas o en un momento diferente.

Por lo tanto, según la legislación de constante referencia, bastaría acreditar la causalidad entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y la lesión provocada para que proceda la responsabilidad patrimonial. Dejando a salvo los casos de fuerza mayor y aquellos que pueden ser responsabilidad del perjudicado o un tercero.

²⁷ PUEYO CALLEJA, FJ.: "La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa", *Revista Derecho y Salud*, DS Vol. 17, N°. Extra 1, 2009 (Ejemplar dedicado a: XVII Congreso "Derecho y Salud"), págs. 81-100.

²⁸ PUIGPELAT, O.M.: *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria: Organización, imputación y causalidad*, Ed. Cívitas, 2000, pág. 57.

²⁹ *Idem*, pág. 231.

De manera análoga , la jurisprudencia considera que en el ámbito sanitario no puede declararse sin más esa relación, sino que, cuando se proyecta sobre la responsabilidad de la Administración sanitaria, es necesario fijar un parámetro que permita establecer el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño , idea que fue establecida por la Sala del Tribunal Supremo en diferentes resoluciones³⁰ al disponer *''hay que diferenciar en qué supuestos el resultado dañoso se puede imputar a la actividad asistencial, y aquellos que derivan de la evolución natural de la enfermedad''*.

Ahora bien, para que dicha relación de causalidad se convierta en un requisito indispensable en aras de comprometer al servicio sanitario en la indemnidad del perjudicado, será necesario que la misma sea probada correctamente. Carga de la prueba que le corresponde en el caso concreto al sujeto que reclama la indemnización.

No obstante, si es bien cierto que en materia sanitaria, en algunas circunstancias excepcionales se produce un cambio de papeles en el sujeto encargado de probar los hechos, pues en la carga de la prueba de los hechos controvertidos, es la Administración quien debe probar que ha actuado con arreglo a la *“lex artis ad hoc”*³¹ . Pues en determinadas circunstancias de hecho extraordinarias, es evidente el mal funcionamiento del servicio sanitario, dado que, la gravedad del resultado lesivo habla por sí misma (crisis sanitarias por la COVID-19 por ejemplo). Por lo que, en este caso sin necesidad de prueba cabe concluir que existe culpabilidad de la Administración

³⁰ STSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2019 (rec. n.º 1071/2018) , STSJ de Asturias de 28 de febrero de 2019 (rec. n.º 166/2019) , y STSJ de Castilla y León de 19 de enero (rec. n.º 7/2015).

³¹ La *“lex artis ad hoc”* puede ser definida como el conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio. Su cumplimiento es determinante de la exoneración de responsabilidad en caso de que el ejercicio profesional haya ocasionado daños a terceros: «[...] la actuación médica dispensada al recurrente se ajustó a las exigencias de la lex artis. [...] la asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone» (STS, 18-VII-2016, rec. 4139/2014) . Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/lex-artis> (fecha de última consulta: 20 de julio de 2021).

sanitaria, donde el lesionado no tiene que demostrar o acreditar la vulneración de la “*lex artis*” cuando se producen daños atípicos o desproporcionados³².

4. AUSENCIA DE FUERZA MAYOR

Por último, el artículo 32 de la LRJSP excluye la responsabilidad patrimonial cuando un daño derive de la fuerza mayor.

El concepto de fuerza mayor se encuentra descrito por el artículo 1.105 del Código Civil: *“fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”*.

Ahora bien, también fue definida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995, como una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus propios riesgos, además de ser imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista.

Se trata de un requisito de carácter negativo³³ para la concurrencia de la responsabilidad patrimonial, pues para que ésta se determine es necesaria la ausencia de fuerza mayor en la producción o provocación del daño.

V. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA COMO CONSECUENCIA DE LA ACTUACIÓN ANTE LA COVID-19

³² BLANQUER CRIADO, D.: *op cit.*,pág. 426.

³³ GARCÍA CREMADES , G.: *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo. Análisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*. Dirigida por Juan José Díez Sánchez. Tesis doctoral.Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 2015.

1. Incertidumbre normativa en el plano de la responsabilidad patrimonial y sus precedentes judiciales.

El pasado marzo de 2020 , se decretó en España el estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020 del 14 de marzo³⁴ en correlación con el artículo 116 CE y la Ley Orgánica 4/1981 (LOAES), a raíz de la declaración de una crisis sanitaria a nivel mundial por la Organización Mundial de la Salud (OMS) , como consecuencia de la enfermedad COVID-19 (o coronavirus SARS-CoV-2) muriendo miles de personas y suponiendo graves estragos para la población española.

Esta situación conlleva numerosos cambios normativos en la legalidad actual. Así pues, la normativa en materia de la responsabilidad patrimonial de la Administración se ha visto afecta por la incertidumbre que una circunstancia tan anómala como ésta puede llegar a ocasionar en el plano jurídico.

La declaración de la pandemia creó toda una marea de dudas en el régimen de la responsabilidad patrimonial sanitaria. Comenzando en la idea de si había alguna posibilidad durante la vigencia del estado de alarma de que perpetuase la garantía de indemnizar que dispone el artículo 106.2 CE en relación con la Ley 40/2015 (LRJSP) o por el contrario se erradicaría completamente la misma, así como, pasando por la posibilidad de que el estado de alarma hubiera provocando únicamente una disminución del alcance a la indemnidad de los perjudicados. De la misma manera, el profesor BLANQUER CRIADO³⁵ plantea también la duda de si realmente la COVID-19 tuvo o no una incidencia real en la responsabilidad durante el estado de alarma y en la actualidad .

³⁴ Alarma que también se declaró mediante el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. BOE nº 268, de 9 de octubre . Y el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. BOE nº 282, de 25 de octubre.

³⁵ BLANQUER CRIADO , D.: *op cit.*,pág. 342.

De manera que , se aplicaría el sistema general de la responsabilidad patrimonial en situaciones de normalidad en el caso de que la COVID-19 no hubiera tenido incidencia alguna, haciendo caso omiso a la generalidad normativa en el caso contrario, siendo los tribunales los que decidirán en la forma que más adecuada crean, aplicando diferentes criterios a los utilizados en situaciones ordinarias o de normalidad constitucional³⁶, con fundamento en otros preceptos legales o en cualesquiera sentencias que sientan base en la jurisprudencia, llegando incluso a replantear una posible ampliación o reforma de los reglas que sustantivizan el resarcimiento de resultados lesivos (artículo 32 y siguientes de la LRJSP) vigentes hasta ese momento.

Ahora bien, esas dudas no sólo versan sobre los aspectos planteados con anterioridad , sino también , en aras de evidenciar cuales son los elementos que harán posible que la acción de reclamación contra la Administración ejercida por los sujetos afectos de daños a la salud como producto de las medidas adoptadas o la ausencia de ellas para combatir el coronavirus prospere, como puede ser la pérdida de oportunidad, así como, las problemáticas que pueden ser alegadas por la Administración sanitaria en la búsqueda de evitar cualquier demanda que evidencie su probable responsabilidad patrimonial. Cuestiones que serán objeto de debate en el siguiente epígrafe.

Dudas que se siguen planteando a día de hoy los magistrados en el momento de resolver las reclamaciones presentadas, no solo, por los ciudadanos que se han visto perjudicados por el deficiente funcionamiento del servicio público, sino por el propio personal sanitario que se ha visto gravemente dañado debido a la mala gestión sanitaria de la Administración , durante el estado de alarma o en momentos posteriores hasta llegar a la actualidad en el año 2021.

No es más bien cierto que, una crisis sanitaria a nivel global, probablemente nunca propiciará la formación de un buen derecho como muy bien expone BLANQUER CRIADO. Puesto que, los Tribunales competentes se ven sometidos a resolver

³⁶ *Idem*, pág. 346.

supuestos de gran dificultad a medida que las autoridades le hace frente a la evolución de la enfermedad (conocimiento de nuevos métodos de prevención, opción de vacunación gratuita en la mayoría de países ..) , con una legislación que quizás no es del todo completa, es decir, entreviendo la factible escasez normativa de la ley que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración³⁷ e incluso la escasa inclusión del resarcimiento por daños lesivos como imputación en la LOAES 4/1981 que regula el estado de alarma excepción y sitio, cuyo artículo 3.2 únicamente se limita a disponer que los perjudicados *«tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes»* remitiendo a las reglas generales o la Ley General de Salud Pública que tampoco regula la responsabilidad patrimonial³⁸ de la Administración. De modo que , nunca vamos a entender como una normativa completa aquella que se limita a establecer una cláusula general, sin entrar a valorar los factores que hacen que la misma pueda resultar insuficiente.

Por lo que, un situación de emergencia sanitaria unida a la probable escasez normativa permite entender que no siempre la actuación jurisdiccional en su deber de controlar la validez del Derecho³⁹ va ha ser la correcta, siguiendo nuevamente a BLANQUER CRIADO.

Sin embargo, lo expuesto anteriormente puede alejarse a la realidad de la COVID-19 en España , pues fue el 30 de enero del 2020 (dos meses antes de decretar el Estado de alarma) cuando el Estado Español tuvo conocimiento de la existencia de una inminente pandemia mundial en Fase 5, a través de la Emergencia Sanitaria Internacional emitida por la OMS *“la declaración de la fase 5 es una señal fuerte de que una pandemia es inminente y de que se dispone de poco tiempo para concluir la organización, la comunicación y la ejecución de las medidas planificadas de*

³⁷ *Idem*, pág. 348.

³⁸ DOMENECH, G.: ``Responsabilidad patrimonial del estado por la gestión de la crisis del covid-19 ``', *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* , N° . 86-87 , 2020 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), págs. 102-109.

³⁹ BLANQUER CRIADO, D.: *op cit.*,pág. 348.

mitigación''⁴⁰, junto con el informe aportado por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES) , que el 24 de febrero de 2020 también reconoció la alta posibilidad de que España sufriera brotes y se extendiera el coronavirus.

Hechos que de haberse puesto en consideración por el Gobierno desde un primer momento, hubiera permitido al mismo y a las Administraciones Públicas disponer de un poco más de tiempo para organizar la prevención del virus con la debida antelación, así como, una mejor organización nacional de la pandemia que estaba a punto de estallar y con ello, evitar en la medida de lo posible las reclamaciones indemnizatorias en contra de la Administración sanitaria .

No obstante, no resulta totalmente imposible que no se produzcan alguna que otra lesión a los ciudadanos en el funcionamiento del servicio público en una situación tan compleja y anómala como una crisis sanitaria inminente, llena de incertidumbres para el ejercicio del derecho y en constante evolución epidemiológica .

Así pues, se deja entrever el debate alrededor de si el coronavirus fue un riesgo conocido por España y por lo tanto, no se llevó a cabo una adecuada prevención como reflejo de un hecho previsible que daría lugar a la formación de un buen Derecho , o por el contrario , el Estado nunca tuvo el conocimiento real de la gravedad de la situación que en pocos meses vería perjudicar a gran parte del mundo, debido a los muy escasos contagios en la diferentes regiones del país. Quedando claro que la pandemia actual de la COVID-19 fue un riesgo cierto y conocido⁴¹ por la ciencia y los Estados, incluido el Español. Sin embargo, cuando llega fuertemente a España se demuestra que la

⁴⁰ Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV) , del Jueves 30 de enero de 2020. Disponible en <https://www.who.int/es> (fecha de última consulta : 21 de julio de 2021).

⁴¹ RODRÍGUEZ- CARRASCAL, MP.: ``Responsabilidad patrimonial del Estado por el Covid-19 `` , *Revista de la Abogacía Española , consejo general* , 2020. Disponible en <https://www.abogacia.es/gl/actualidad/opinion-y-analisis/responsabilidad-patrimonial-del-estado-por-el-covid-19/> (fecha de última consulta : 20 de julio de 2021).

Administración del Estado no estaba realmente preparada para hacerle frente por muy previsible que fuere.

Ahora bien, dejando a un lado el debate de la previsibilidad o imprevisibilidad de la COVID-19 por el Gobierno y volviendo a la incertidumbre sobre la deriva⁴² que pueden tomar las demandas presentadas ante los Tribunales Contenciosos-Administrativos y la respuesta de los mismos, será conveniente poner de relieve la jurisprudencia que sientan las diversas sentencias de los precedentes judiciales de índole sanitaria en el ámbito de las enfermedades infecciosas, como son la Gripe A (H1N1) y el Ébola. Así como, las resoluciones recaídas que versan sobre los daños provocados una vez se declara el primer estado de alarma en nuestra democracia, logrando una mejor fundamentación en las reclamaciones por lesiones a la salud como consecuencia del Decreto 463/2020 del 14 de marzo.

La jurisprudencia de los casos del Ébola, facilitará la defensa de la Administración al reconocer la posibilidad de alegar la cláusula de riesgos de progreso que le permita justificar sus actuaciones⁴³, mientras que las resoluciones en relación con la Gripe A, facilitan la acción de reclamación de los demandantes en base a la teoría de la pérdida de oportunidad. Asimismo, estas últimas, servirán de precedente en la problemática jurídica que rodea a la *lex artis* en tiempos de pandemia, además de ser pionera en la recomendación relativa al uso de Equipos de Protección Individual⁴⁴,

⁴² ZABALLOS ZURILLA, M.: ``Incierto destino de las reclamaciones contra la administración por los daños a la salud derivados de la COVID-19´´, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Nº 36, 2020, pág. 1.

⁴³ *Idem*, pág. 5.

⁴⁴ El 12/5/2009, como consecuencia de la alarma creada como consecuencia de la posibilidad de contagio de las personas por el virus de la gripe A (H1N1), el Ministerio de Trabajo publicó una recomendación relativa al uso de Equipos de Protección Individual, prevista en el Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Gripe del 2005. RODRÍGUEZ- CARRASCAL, MP.: ``Responsabilidad patrimonial del Estado por el Covid-19´´, *Revista de la Abogacía Española, consejo general*, 2020. Disponible en <https://www.abogacia.es/gl/actualidad/opinion-y-analisis/responsabilidad-patrimonial-del-estado-por-el-covid-19/> (fecha de última consulta : 20 de julio de 2021).

como las mascarillas FFP2 o FFP3 para el personal del sector sanitario que estuviera en contacto estrecho con las personas portadoras del virus.

Por lo que, para poder esclarecer si cabe alguna posibilidad de resarcimiento de los daños contra el derecho a la salud en el contexto de emergencia y anormalidad constitucional del estado de alarma , como también en un momento posterior , en primer lugar , debemos entender cuales son los títulos jurídicos de imputación del resultado lesivo a la Administración con especial mención al incremento de un riesgo externo a causa de una mala gestión, así como, los daños ocasionados en la esfera personal de los perjudicados que hacen surgir el ejercicio de la acción de reclamación, ambas cuestiones en el contexto de la crisis sanitaria proclamada por el COVID-19.

2. La creación o mala gestión de los riesgos para la salud como título de imputación del daño a la Administración sanitaria .

Los títulos de imputación objetiva del daño a la Administración sanitaria como persona jurídica, son diversos según la lesión provocada sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público (artículo 32.1 LRJSP) como ya hemos desarrollado previamente en otros apartados.

Ahora bien, en el contexto actual de la pandemia por la COVID-19 de entre todos los factibles títulos que pueden darse como resultado, concretamente del anormal funcionamiento de la Administración (culpa, invalidez de un acto o una disposición administrativa, entre otros), dejando a un lado los supuestos de normalidad del funcionamiento dado su poca habitualidad o frecuencia en este momento que estamos viviendo, será de especial mención la creación o gestión de riesgos sanitarios que afectan a la salud pública.

Pues, los servicios de salud pública desde el primer decreto del estado de alarma , pasando por los siguientes decretos (Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, y

el Real Decreto 925/2020, de 25 de octubre) hasta llegar a la actualidad tras las sucesivas olas de contagios, se han visto inmersos como responsables en el presunto incremento del ``riesgo inherente''⁴⁵ que la evolución de la enfermedad vírica del COVID-19 supone en la fisiología de las personas, así como, el simple contagio al haber propiciado un mal funcionamiento de la Administración sanitaria mediante el incumplimiento de los protocolos y disposiciones de asepsia⁴⁶ hospitalaria, contrario a Derecho, o al incumplir sus obligaciones para la prevención de riesgos laborales.

Así pues, para un mejor entendimiento de los riesgos que son imputables a la Administración, cabe destacar los tres criterios que establece MARGARITA BELADIEZ⁴⁷ en su obra, donde dispone que para que el resultado lesivo sufrido por el reclamante de la indemnización sea objetivamente imputable a la administración , el daño debe derivar de un riesgo inherente de un servicio público (actividad burocrática o administrativa) ; el riesgo inherente a su vez deberá de ser general en el sentido de que el daño le puede afectar a cualquier paciente ; y por último, el daño deberá de derivar de un riesgo que además de ser inherente al servicio público, no puede ser socialmente tolerado o admitido.

Asimismo, no se puede dejar de lado los dos principios informadores de las políticas en materia de salud pública , por un lado el principio de prevención y por el otro, el de precaución. Puesto que, ambos son garantes de los bienes y derechos de la población.

Si es bien cierto que , dicho riesgo sanitario no puede ser del todo acusable a la organización del servicio público, pues durante el confinamiento domiciliario, situación que duró aproximadamente tres meses, el contagio del virus SARS-CoV-2 y su

⁴⁵ BLANQUER CRIADO, D.: *op cit.*,pág. 575.

⁴⁶ Definición de la Real Academia Española : Conjunto de procedimientos científicos destinados a preservar de gérmenes infecciosos el organismos, aplicados principalmente a la esterilización del material quirúrgico. Disponible en <https://www.rae.es/> (fecha de última consulta : 21 de julio de 2021).

⁴⁷ BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Ed. Tecnos, Madrid 1997, pág. . 103 y 104.

incremento también pudieron ser consecuencia de las pocas posibilidades de libertad de movimiento por las vías o espacios de uso público para la realización de diferentes actividades individuales con sus excepciones⁴⁸, dando lugar alguna que otra interacción con más personas que pueden ser portadoras del virus, como acudir a la farmacia , al supermercado o desplazarse al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral. Situación de hecho que ocasionó en un nuevo riesgo durante el régimen de vida en el estado de alarma, dado el aumento de posibilidades de contagio por las actividades que los poderes públicos reconocen como lícitas por las personas de a pie . Eso sí, siempre y cuando no se cumplan las medidas de prevención por parte de los ciudadanos que salen a la calle, dado que en el caso contrario se trataría de un caso fortuito, inimputable . Sin embargo se traspa a la actualidad, una vez finalizado el confinamiento, quedando en manos de la responsabilidad de la ciudadanía el incremento de los contagios.

3. Daños creados a causa de la actuación de la Administración en la actualidad

Los daños y perjuicios provocados a los sujetos portadores del derecho fundamental de protección de la salud (artículo 43.1 CE) que podrían tener fundamento jurídico para que se motivase la formulación de alguna que otra reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración sanitaria, en el marco del estado de alarma o de momentos posteriores de la crisis sanitaria hasta llegar a la actualidad como consecuencia del virus de la COVID-19, pueden surgir⁴⁹ no sólo de la acción burocrática como actividad formal de la Administración , sino también de la inactividad o pasividad material de la Administración, o de la simple tardanza o retraso de la actividad asistencial sanitaria.

⁴⁸ *vid.* Artículo 7 del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

⁴⁹ BLANQUER CRIADO , D.: *op cit.*,pág.150.

Por lo que, los daños objeto de la acción de resarcimiento a título de responsabilidad patrimonial ejercitada por lo propios afectados o por sus familiares en base al funcionamiento en su conjunto de la sanidad pública a manos de sus autoridades o empleados pueden ser ; los contagios sufridos por el personal sanitario que carecía de los necesarios equipos de protección individual (EPIS) así como, por no haberles realizado las pruebas o test de detección rápida⁵⁰ ; el retraso en el traslado a un hospital de los ancianos residentes en residencias de titularidad pública; los contagios causados a pacientes que ya se encontraban ingresados por otras patologías previamente al estado de alarma como incumplimiento de los protocolos por parte de los sanitarios; las lesiones sufridas a raíz de la vacunación contra el coronavirus por reacciones adversas en el paciente; los retrasos hospitalarios en la atención de otras patologías distintas a la enfermedad COVID-19; los contagios sufridos por haber permitido la comercialización y el uso de mascarillas y otros equipos de protección individual que no cumplen las exigencias de calidad, entre otros.

Sin embargo, a pesar de que el trabajo no versa sobre el carácter formal de la Administración, sino más bien centrado en el ámbito asistencial sanitario, debemos de hacer mención que en función de la formalidad de la actividad del ente público, podemos encontrarnos con lesiones dañosas que pueden tener su origen en la acción burocrática de la Administración, mediante el dictamen de actos administrativos o la aprobación de reglamentos (Real Decreto 463/2020 del 14 de marzo por el que se decreta el estado de alarma o el Real Decreto 925/2020, de 25 de octubre que declara un nuevo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el coronavirus, la Orden del Ministro de Sanidad SND 399/2020, de 9 de mayo y la Orden del Ministro de Sanidad SND 414/2020, de 16 de mayo para el plan de desescalada domiciliaria , entre otras) puesto que, como ha explicado el autor BLANQUER

⁵⁰ ``Responsabilidad patrimonial de la administración derivada del covid-19 y el estado de alarma mayo 2020'', *Blog Servicio Jurídicos y Legales (URBE)*, 2020. Disponible en <https://www.urbeabogados.com/noticias/responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-derivada-del-covid-19-y-el-estado-de-alarma> (fecha de última consulta: 20 de julio de 2021).

CRIADO en el caso de que hipotéticamente fueran las mismas disposiciones inválidas por ser contrarias a Derecho, darían lugar al reconocimiento del derecho a ejercitar una acción encomendada a percibir una indemnización a título de responsabilidad patrimonial.

Por lo tanto, la responsabilidad patrimonial se puede atribuir a la Administración sanitaria en distintos escenarios del mal funcionamiento, así como en los pocos escenarios prácticos del buen funcionamiento o funcionamiento normal (vacunación máxima de la población, por ejemplo)⁵¹.

No obstante, todos estos daños mencionados no siempre van a conllevar el surgimiento del fundamento jurídico que haga posible la declaración de esa responsabilidad patrimonial que se pretende conseguir por los perjudicados, pues la cantidad tan variada de circunstancias en cada uno de los casos concretos o la diversidad de materiales probatorios que logre obtener cada reclamante, pueden determinar resoluciones distintas para asuntos aparentemente similares⁵² o incluso no ser supuestos que comportan la concurrencia de los requisitos que formalmente dispone los artículos 32 y ss de la LRJSP. Ello, pese a los distintos factores que presenten cada uno de los casos que evidencien una clara motivación y posible declaración de la responsabilidad patrimonial por parte del servicio público.

VI. PROBLEMÁTICAS ANTE LA POSIBILIDAD DE RECLAMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA EN LA ACTUALIDAD.

De lo expuesto anteriormente podemos deducir una clara posibilidad para el ejercicio del derecho de reclamación por los daños y perjuicios lesivos causados a los

⁵¹ BLANQUER CRIADO, D.: *op cit.*,pág.561.

⁵² *Idem*, pág. 150.

particulares con ocasión del funcionamiento de la Administración sanitaria pese al plano de incertidumbre normativa que supone la crisis sanitaria declarada como consecuencia de la COVID-19, pero ahora bien debemos de discernir cuales son las claves jurídicas que hacen posible este tipo de reclamaciones, haciendo referencia en ella a la teoría de la pérdida de oportunidad, así como, darle respuesta a las problemáticas que se pueden presentar en el ejercicio de la misma, entrando en juego las causas de exoneración de la responsabilidad patrimonial sanitaria.

1. Claves jurídicas para la reclamación en la situación actual: referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Ante la duda de si es posible que el personal sanitario pueda exigir responsabilidad patrimonial a la Administración por los daños padecidos durante la actual crisis sanitaria o si estaría cualquier ciudadano habilitado a exigir esa misma responsabilidad por falta, retraso, deficiencia de la atención médica, entre otras causas derivadas del funcionamiento del servicio de salud pública, debemos de destacar cuales son las claves para el ejercicio de la acción de reclamación de los daños y perjuicios a título de la responsabilidad patrimonial.

Las claves jurídicas para la reclamación del resultado lesivo comportan los requisitos y condiciones que necesariamente deberán de cumplirse en lo que al daño se refiere en cada caso concreto.

A tal efecto, los requisitos indispensables para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración como remisión al Capítulo IV de dicho trabajo, en el escenario de que el daño se derive de la actividad o inactividad normal o anormal de la Administración, serán, en primer lugar, que la lesión sea resultado de una actividad de

la administración, consistente en una mera actividad material, en una inactividad, en la adopción de un acto o en la aprobación de una disposición de carácter general , en segundo lugar ; que el daño sea antijurídico, pues la antijuridicidad exige que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño , en tercer lugar; que ese mismo daño antijurídico sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas , y por último ; que entre el daño sufrido y la actividad administrativa debe mediar una relación de causalidad directa y exclusiva , sin interferencia de factores ajenos que rompan la exclusividad de este nexo causal. Presentando la reclamación en el plazo y procedimiento adecuado. Requisitos que responden de la Ley 40/2015 (artículo 32 y ss) y de la numerosa jurisprudencia que se ha establecido tradicionalmente entorno a la materia.

No obstante, si bien esos requisitos responden a las acciones de resarcimiento en un plano de normalidad, ajeno a cualquier riesgo sanitario, en la situación extraordinaria actual como consecuencia de la pandemia mundial por el coronavirus, la acción de reclamación administrativa por daños encuentra su fundamento jurídico no solo en esos requisitos generales⁵³, sino que, también debe encuadrarse en la normativa desarrollada tradicionalmente por el Gobierno para hacerle frente a las crisis sanitarias, desde que se decretó el estado de alarma hasta la actualidad donde sigue persistiendo, haciendo alusión al artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, que sirvió de base para el desarrollo de los sucesivos decretos tales como el Real Decreto 463/2020 del 14 de marzo , por la que *“quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”* , dando cabida a la posibilidad de indemnización. Y de la misma manera, a la Ley Orgánica 3/1986, de 14

⁵³ “Reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, derivadas de su actuación frente a la crisis sanitaria COVID-19” , *Blog de servicios jurídicos iuris Corporate*, 2021. Disponible en <https://www.iuriscorporate.com/pdf/RPA.pdf> (fecha de última consulta: 23 de julio de 2021).

de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública en las que se contemplan una multiplicidad de medidas tendentes a combatir las crisis sanitarias.

Dejando entrever el supuesto de que si el daño que se entiende reclamable derivase única y directamente de los distintos decretos por los que se declaran los sucesivos estados de alarma o de las normas legales para evitar las crisis sanitarias⁵⁴, deberán de cumplirse, además de los requisitos reconocidos como generales del principio de responsabilidad del artículo 32 LRJSP , una serie de requisitos adicionales en relación con el apartado 4 de ese mismo artículo 32 LRJSP *“si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada”*.

Por lo tanto, con ello podemos deducir que la situación anómala que supuso el estado de alarma y supone la actual evolución de la COVID-19 no tendrán ningún tipo de incidencia en el régimen general y normal de la responsabilidad de la Administración. Puesto que, conviene señalar dentro de la escasa doctrina que hay sobre el tema como ha mantenido BLANQUER CRIADO , que el artículo 3.2 (Ley Orgánica 4/1981) debe ser interpretado en el sentido de que, a pesar de las circunstancias extraordinarias, no cabe aminorar la garantía indemnizatoria por los daños y perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos, sanitarios en este caso, siendo

⁵⁴ “Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas derivada de su actuación en el marco de la pandemia COVID-19 ”, en Ramón y Cajal Aboogados, 2021. Disponible en <https://www.ramonycajalabogados.com/es/noticias/responsabilidad-patrimonial-de-las-administraciones-publicas-derivada-de-su-actuacion-en-0> (fecha de última consulta: 23 de julio de 2021).

de aplicación el mismo régimen general de resarcimiento de resultados lesivos que es aplicable en situaciones de normalidad⁵⁵.

Dejando claro, asimismo, la idea de que no todo resultado lesivo para una determinada persona como consecuencia de la enfermedad de la COVID-19 hará surgir la responsabilidad patrimonial sanitaria (por los profesionales de la medicina, enfermeros, funcionarios al servicio de los hospitales y centros de salud..) y por consiguiente la indemnización con carácter inmediato que con la acción de resarcimiento se pretende , ya que, por mucha impotencia, lástima y compasión que generen las terribles desgracias sufridas personalmente , a familiares o alguna persona allegada , si no concurren los requisitos generales legalmente exigidos en el artículo 32 y siguientes de la LRJSP, las autoridades administrativas y judiciales no pueden tomarse la ley por su propia cuenta y decidir que lo más justo es declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración⁵⁶, sin una base jurídica.

Los escenarios que comportan una pérdida de oportunidad son diversos, por ejemplo, aquella situación en la que antes de la declaración del estado de alarma, con antelación ya se había programado en el calendario una intervención sanitaria para la mejora de cualquier problema médico y debido a la masiva avalancha en el hospital de contagiados por el coronavirus que colapsan el centro sanitario, supone numerosos perjuicios físicos, como sinónimo de la pérdida de oportunidad de una plena recuperación de la salud por el paciente que iba a ser operado . También puede comprometerse la misma , en el supuesto en el que por esas mismas circunstancias (colapso del sistema sanitario) , no se ha lleva a cabo o se lleva a cabo con retraso, el diagnóstico de una enfermedad grave o difícilmente curable como puede ser un cáncer

⁵⁵ BLANQUER CRIADO, D.: *op cit.*,pág. 561.

⁵⁶ ``Responsabilidad patrimonial de la administración derivada del covid-19 y el estado de alarma mayo 2020'', *Blog Servicio Jurídicos y Legales (URBE)* , 2020. Disponible en <https://www.urbeabogados.com/noticias/responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-derivada-del-covid-19-y-el-estado-de-alarma> (fecha de última consulta: 20 de julio de 2021).

de mama o de colon que sufre un paciente , impidiendo esa demora la aplicación de un tratamiento médico más idóneo y favorable para la salud del paciente o en los peores de los casos provocando el fallecimiento de la persona afectada.

No obstante, también procederá en los innumerables casos de retraso en el diagnóstico del virus, e incluso, de fallecimientos sin diagnosticar cuando la autopsia revela la existencia del mismo , así como en los déficits en la gestión de listas de espera o en la información proporcionada al paciente.

Ello puesto que, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, la doctrina de la pérdida de la oportunidad se aplica por los Tribunales Contenciosos-Administrativos en aquellos casos en los que hay un fallo individual del médico (a la hora de realizar un diagnóstico), o también cuando se produce un fallo por la pasividad o mal funcionamiento de la organización sanitaria en su conjunto. De esta manera, el retraso en el diagnóstico del virus o de cualesquiera otra enfermedad grave o el retraso de una intervención programada (al estar saturado el hospital por enfermos de la COVID-19), comportan un mal funcionamiento de la organización del servicio público, pese a que el servicio sanitario haya actuado conforme a la *lex artis ad hoc* y no se haya reconocido la existencia directa de una *mala praxis* por parte del profesional médico.

Por lo tanto, dichos escenarios en relación con la pérdida de una oportunidad que causan a los pacientes graves daños, son merecedores del ejercicio de una acción de reclamación a título de responsabilidad patrimonial sanitaria, al haberse producido un incremento del riesgo sanitario como consecuencia de la mala gestión sanitaria, y al haberse contrapuesto la posible evitación de la muerte de los pacientes carentes de un diagnóstico a tiempo, así como, las posibles mejoras o probabilidades de supervivencia de los particulares perjudicados por el retraso en la intervención médico sanitaria.

Ejemplo de ello fueron las distintas sentencias del precedente judicial de la Gripe A entre las que se encuentra la STSJ de Extremadura de 30 de abril de 2019 y de igual forma el Dictamen del Consejo de Estado de 6 de febrero de 2020 (expediente 1048/2019) , donde en el primer supuesto se aprecia por el Tribunal que ha existido pérdida de oportunidad, ya que si el diagnóstico hubiera sido más temprano y se hubiese puesto el tratamiento médico correcto⁵⁷, se hubiera podido evitar el fatal desenlace de la niña contagiada del virus de la Gripe A. Mientras que, en el segundo supuesto práctico , se evidencia que de haberse practicado dos pruebas contundentes en la evaluación y evolución de la enfermedad (una citología de orina y de una urografía por TAC) pautadas por el médico que atendía al paciente y que fueron omitidas por la Administración sanitaria , posiblemente habrían permitido diagnosticar con mucha más antelación una septicemia y así evitado la muerte de la paciente.

La pérdida de oportunidad terapéutica motivada por la crisis del coronavirus, así como las demás lesiones provocadas por los numerosos contagios y fallecimientos, presentan disputas acerca de la efectiva existencia de la relación de causalidad sobre el origen del resultado lesivo, pues no siempre es fácil probar por los perjudicados que la Administración es responsable de los daños producidos como consecuencia de la actividad , de la pasividad o mal funcionamiento mejor dicho en este caso concreto de prestación del servicio sanitario, es decir, en muchas ocasiones, se dificulta para las personas demostrar mediante la carga probatoria, como fundamento de una de las claves jurídicas para la reclamación (relación de causalidad) , el grado de probabilidades que afirmarían que de haberse actuado a tiempo por el servicio público habrían aumentando las circunstancias de supervivencia o mejora , pues se trata de una conjetura hipotética⁵⁸de lo que eventualmente podría haber sucedido en el futuro.

⁵⁷ ZABALLOS ZURILLA, M.: ``Incierto destino de las reclamaciones contra la administración por los daños a la salud derivados de la COVID-19'' , *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Nº 36 , 2020, pág. 8.

⁵⁸ BLANQUER CRIADO , D.: *op cit.*,pág. 483.

Por lo tanto en esta instancia, a pesar de las dificultades que pueden plantarse en alguno de los fundamentos jurídicos para el ejercicio de la reclamación en base a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, los sujetos afectados de su derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE) por los numerosos contagios o fallecimientos que se han producido durante la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, o posteriormente y por razón de la pandemia mundial que estamos viviendo, podrán interponer demandas de responsabilidad sanitaria siempre y cuando los daños causados cumplan con los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial (LRJSP) y las distintas normativas desarrolladas para hacer frente a una crisis sanitaria.

Asimismo, debe recordarse que el sistema de responsabilidad responde también por los supuestos de caso fortuito, es decir, elementos internos al funcionamiento de la organización que, incluso, permiten imputar el daño a la Administración pública. Esto debe valorarse también de cara a imputar el daño por retrasos, reprogramaciones o diagnósticos tardíos derivados de la situación de pandemia general que han afectado al funcionamiento interno de los centros hospitalarios. En otros términos, que un retraso en el diagnóstico de una enfermedad o en el inicio de un tratamiento, incluso teniendo como justificación la situación de saturación de los centros hospitalarios, no debe excluirse como daño antijurídico que puede imputarse a la Administración, aunque ello pueda ser considerado como un supuesto de caso fortuito.

2. Causas de exoneración de la responsabilidad patrimonial

No siempre es fácil comprender las posibilidades de reclamación, pues la Administración en su postura de defensa ante cualquier demanda tiende ampararse generalmente en la idea de que, a pesar que se entienda la responsabilidad patrimonial de la misma desde el punto de vista del carácter formalmente objetivo que lo

caracteriza, esa carga no debe concebirse como un sistema de aseguramiento universal de los riesgos sociales por parte de las Administraciones Públicas , para así alegar alguna de las causas que permitan excepcionar la obligación de la entidad pública de indemnizar en concepto de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del servicio (causas de exoneración) .

Teniendo en cuenta las diversas sentencias judiciales que versan sobre casos similares al actual que estamos viviendo generado por la COVID-19 (crisis sanitaria por la Gripe A, el Ébola , la Hepatitis C.) tendrán especial relevancia dos de esas causas, como son , la fuerza mayor o el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica , pues tal y como dispone el artículo 34 de la ya citada Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, no serán indemnizables los resultados lesivos que se *''deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos''*.

El desconocimiento científico completo de una determinada patología o infección, así como, de los medios concretos que puedan asegurar su curación o evitar o mitigar su propagación, tomando como referencia, en última instancia, el estado de los conocimientos médicos o sanitarios en el momento de producirse el daño, hacen que puede concebirse un posible debate sobre la existencia o no de ese desconocimiento derivado del estado de la ciencia o la técnica en todo lo relacionado con el virus COVID-19.

No obstante, como excepción a la obligación de la Administración de indemnizar en concepto de responsabilidad patrimonial relevante en la situación actual de epidemia de COVID-19, debemos de centrarnos en el supuesto de fuerza mayor, para poder ver si realmente la misma alegada por la defensa pública puede ser apreciada realmente por los Tribunales , y por tanto dificulte la posibilidad de fructificación de la acción de reclamación por daños y perjuicios presentadas por el paciente afectado o

familiar del mismo o si por el contrario ese hecho de fuerza mayor finalmente no sea concebido como una causa de exclusión, dando lugar al éxito de la pretensión alegada. De manera que si entendemos el coronavirus como un hecho de fuerza mayor se trataría de suceso imprevisible, insólito o de efectos inevitables, capaz de excluir la responsabilidad, al ser la causa del daño o perjuicio ajena a la Administración⁵⁹.

Sin embargo, aun cuando es probable que la crisis sanitaria del COVID-19, concebida en términos generales y abstractos, pueda considerarse como un supuesto de fuerza mayor, no cabría descartar que, en determinados casos específicos y especialmente gravosos, pudiera llegar a reconocerse el derecho al resarcimiento de determinados daños, debidamente individualizados o delimitados como los mencionados apartados anteriores. Para lo que será necesario acreditar que ha sido la actividad o inactividad de la prestación sanitaria la que, al margen de la situación sanitaria global, ha provocado el daño concreto en cuestión, por ejemplo, mediante decisiones desproporcionadas, no evitado o mitigado a tiempo la enfermedad (estando en su mano hacerlo según los estándares de seguridad exigibles), o ha incrementado significativamente el riesgo de que acabara materializándose en un peor escenario del previsible⁶⁰. Quedando este supuesto fuera de la fuerza mayor y, por tanto, pudiéndose exigir la responsabilidad patrimonial del art. 34 de la Ley 40/2015, siempre, que se cumplan el resto de los requisitos mencionados anteriormente. Recuérdese asimismo sobre lo que se ha adelantado en relación al caso fortuito, como elementos imputables al funcionamiento de la organización pese a la situación existente. Además, debe tenerse en cuenta que no es igual el momento inicial de la crisis, en la que cogió por sorpresa o desprevenido a la sociedad en general o, en particular, al sistema sanitario, que un año

⁵⁹ FERNÁNDEZ FERRE, V.: ``Responsabilidad Patrimonial del Estado : claves legales para reclamar por el COVID-19'', en *Blog de derecho Administrativo*, 2020 . Disponible en <https://www.hispacolex.com/blog/derecho-administrativo/responsabilidad-patrimonial-del-estado-claves-legales-para-reclamar-por-el-covid-19/> (fecha de última consulta : 24 de julio de 2021).

⁶⁰ ``COVID-19: Eventuales supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración por la gestión de la crisis sanitaria'', *Blog GARRIGUES Área de derecho administrativo*, 2020. Disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/covid-19-eventuales-supuestos-de-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-por-la (fecha de última consulta : 25 de julio de 2021).

después en los que se tiene un mayor conocimiento y una mejor organización para afrontar la situación. Ello es importante, como elemento fáctico, a la hora de valorar la posible viabilidad de la reclamación de responsabilidad.

Por lo tanto, debemos evidenciar que frente a las problemáticas que giran entorno a las causas de exoneración de la fuerza mayor o el desconocimiento de la ciencia por la crisis sanitaria de la COVID-19, cabrá posibilidad de resarcimiento de los daños contra el derecho a la salud tanto en el contexto de emergencia y anormalidad constitucional del estado de alarma , como también en un momento posterior , como es la actualidad en el que todavía sigue perviviendo una pandemia mundial, valorando las concretas circunstancias que en cada caso puedan darse.

VII. CONCLUSIONES.

PRIMERA: La responsabilidad sanitaria derivada de los efectos de la COVID-19 deben enmarcarse en la teoría general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, generándose un deber de indemnización cuando el particular no tenga el deber jurídico de soportar el daño y se cumplan el resto de requisitos y de más características en atención a las circunstancia del caso concreto. Ello, como reflejo del análisis que del régimen jurídico general de la responsabilidad patrimonial y su características he realizado en el presente trabajo.

SEGUNDA: La singularidad y gravedad de la situación sanitaria actual, cuyos efectos existen a nivel mundial, genera una serie de dudas que pueden llegar a cuestionar la existencia o no de dicha responsabilidad patrimonial, al entenderse dicha situación de carácter anómalo y extraordinaria emergencia sanitaria como una situación

de causa mayor exonerante de la responsabilidad misma. Dudas que ponen de manifiesto diferentes cuestiones entre las que se encuentra, la probable escasez normativa de la ley que regula la responsabilidad o incluso la escasa inclusión del resarcimiento por daños lesivos como imputación en las disposiciones desarrolladas tras el virus.

TERCERA: No obstante en relación con lo anterior, cabe sostener que podrían existir situaciones que a pesar de la pandemia puedan reconducirse a situaciones de responsabilidad sanitaria. En él estarían todos aquellos supuestos clásicos (negligencia en diagnóstico, retraso en la adopción de medidas, incumplimiento de protocolos de seguridad, etc.). En otros términos, que a pesar de la existencia de dicha situación de pandemia general en la que han sido miles de españoles perjudicados, no puede utilizarse por la Administración para eximirse por completo de la responsabilidad.

CUARTA: Corresponderá al interesado acreditar que se dan todos los requisitos generales desarrollados por el artículo 32 de la LRJSP (daño antijurídico, imputable a la Administración, que se de una relación de causalidad entre el daño provocado y el funcionamiento del servicio sanitario y por último, la ausencia de fuerza mayor) para considerar que se ha dado una situación de responsabilidad sanitaria, tanto en condiciones de normalidad jurídica ajena a cualquier riesgo sanitario, como en el escenario actual, teniendo en cuenta siempre las posibles excepciones.

QUINTA: Habrá situaciones en las que el interesado habrá participado activamente en la producción del daño, de tal modo que en estos supuestos se habrá roto la relación de causalidad (falta de diligencia en el cumplimiento de la normativa, no seguir las directrices o tratamientos médicos, etc.), que resulta esencial para poder determinar que nos encontramos ante un caso de clara responsabilidad patrimonial. Así pues, se deja entrever que no todos los sucesos ocurridos como consecuencia de la COVID-19 están a cargo de la Administración Pública.

SEXTA: No todo fallecimiento o daño derivado de la situación de COVID-19 puede ser considerada imputable a un incorrecto funcionamiento del servicio sanitario. Es decir, no se puede tratar la situación de COVID-19 como una cláusula general y universal de responsabilidad.

SÉPTIMA: Asimismo, conforme al criterio del estado de la ciencia, habrá que diferenciar aquellas situaciones o daños generados al comienzo de la pandemia, de aquellos otros producidos cuando se ha tenido una mayor conocimiento de la situación a la hora de valorar la imputación del mismo a la Administración pública.

OCTAVA: Corresponderá a los Tribunales de Justicia, como toda la materia de responsabilidad patrimonial, establecer las pautas en las que procede o no ante esta situación exigir responsabilidad a la Administración.

NOVENA: Debe reconocerse el gran esfuerzo de todos los profesionales sanitarios durante toda esta situación, realizando una labor encomiable a pesar de la gran presión social y laboral existente.

BIBLIOGRAFÍA

CEQUIER FILLAT, A. Y GONZÁLEZ - JUANATEY, J. R. : ``COVID-19. Las consecuencias sociales, sanitarias y cardiovasculares'', *Revista Española de Cardiología*, Vol. 29, N°. SE, 2020, pág. 1.

BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad Civil Del Médico y Responsabilidad Patrimonial De La Administración Sanitaria*, Ed. Reus, Madrid, 2009.

BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia, (los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

DOMENECH, G.: ``Responsabilidad patrimonial del estado por la gestión de la crisis del covid-19'', *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* , N°. 86-87 , 2020 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), págs. 102-109.

GARCÍA CREMADES , G.: *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo. Análisis especial de la regla ``res ipsa loquitur''*. Dirigida por Juan José Díez Sánchez. Tesis doctoral. Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 2015.

PUEYO CALLEJA, FJ.: ``La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa'', *Revista Derecho y Salud* , DS Vol. 17, N°. Extra 1, 2009 (Ejemplar dedicado a: XVII Congreso "Derecho y Salud"), págs. 81-100.

PUIGPELAT, O.M.: *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria: Organización, imputación y causalidad*, Ed. Cívitas, 2000.

RODRÍGUEZ - CARRASCAL, MP.: ``Responsabilidad patrimonial del Estado por el Covid-19´´, *Revista de la Abogacía Española , consejo general* , 2020.

SÁNCHEZ GARCÍA, M.M: ``Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria´´, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 23, Nº. Extra 1, 2013 (Ejemplar dedicado a: XVII Congreso "Derecho y Salud"), págs. 189-205.

TORRES GARCÍA, T.:``Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria´´, en AA.VV. (SÁNCHEZ, M. J., Coord) : *Lecciones de derecho sanitario*, 1999, págs. .569-594.

ZABALLOS ZURILLA, M.: ``Incierto destino de las reclamaciones contra la administración por los daños a la salud derivados de la COVID-19´´ , *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Nº 36 , 2020, pág. 1-8.