



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2019/2020
Convocatoria: Septiembre

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE
LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.
ESPECIAL REFERENCIA A LOS DAÑOS CAUSADOS DURANTE
LA PANDEMIA COVID-19.**

[The responsibility of the administration in the health sector. Special reference to the damage caused during the covid-19 pandemic]

Realizado por la alumna D^a Lorena Díaz González

Tutorizado por la profesora D^a Susana Eva Franco Escobar
Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas
Área de conocimiento: Derecho Administrativo



ABSTRACT

Patrimonial responsibility of Public Administration is configured mainly in the Spanish Legal System through two normative references. First, article 106.2 of the Spanish Constitution and, on the other hand, Chapter IV of Law 40/2015, on the Legal Regime of the Public Sector.

Also, the procedure to follow to demand this responsibility is regulated in Law 39/2015, of Common Administrative Procedure of Public Administrations. However, its defining elements do not find further normative development.

That is why this project focuses on its doctrinal and jurisprudential interpretation to try to analyze in depth each of its shaping elements.

Finally, this study contains a brief reflection on the deaths that occurred during the COVID-19 pandemic under the jurisdiction of the health authorities, as a consequence of the lack of means and organization, and the possible patrimonial responsibility of Public Administration due to the management done.

Key Words:

Patrimonial responsibility of Public Administration, Health administration, elements of responsibility, COVID-19.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se configura principalmente en el Ordenamiento Jurídico español a través de dos referencias normativas. En primer lugar, el artículo 106.2 de la Constitución Española y, por otro lado, el Capítulo IV de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

De otra parte, el procedimiento a seguir para exigir esta responsabilidad, se encuentra regulado en la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Sin embargo, sus elementos definitorios no encuentran un mayor desarrollo normativo.



Es por ello que el presente proyecto se centra en su interpretación doctrinal y jurisprudencial para tratar de analizar en profundidad cada uno de sus elementos configuradores.

Finalmente, este estudio contiene una breve reflexión sobre los fallecimientos sucedidos durante la pandemia del COVID-19 bajo el ámbito competencial de las autoridades sanitarias, como consecuencia de la falta de medios y organización, y la posible responsabilidad patrimonial de las mismas debido a la gestión realizada.

Palabras clave

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; Administración Sanitaria; elementos de la responsabilidad; COVID-19



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
 - 2.1 CARACTERES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
 - 2.2 LA NOCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA
 - 2.3 PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD
 - 2.3.1 LESIÓN RESARCIBLE
 - 2.3.2 IMPUTACIÓN DEL DAÑO
 - 2.3.3 RELACIÓN DE CAUSALIDAD: TEORÍAS.
 - 2.4 CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN LA RESPONSABILIDAD
3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. MARCO NORMATIVO
4. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA:
 - 4.1 LESIÓN RESARCIBLE
 - 4.2 IMPUTACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SANITARIA
 - 4.3 RELACIÓN DE CAUSALIDAD
 - 4.4 AUSENCIA DE FUERZA MAYOR
 - 4.5 CONCEPTO DE RIESGO SANITARIO
 - 4.6 EL RIESGO SANITARIO COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN DEL DAÑO
 - 4.7 EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE



5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

5.1 PLAZO DE ACCIÓN

5.2 PROCEDIMIENTO GENERAL DE RECLAMACIÓN

- INICIO
- INSTRUCCIÓN
- TERMINACIÓN

6. CONCLUSIONES

7. BIBLIOGRAFÍA



1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca analizar los caracteres elementales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas según está configurada en el Ordenamiento Jurídico español, en particular, de las Administraciones Sanitarias.

Para ello, se analizará cada uno de los elementos sustantivos después de la búsqueda planteamientos doctrinales y jurisprudenciales, si bien, se trata de una figura de escaso desarrollo.

La motivación principal para elegir este estudio se encuentra en los recientes acontecimientos derivados de la pandemia COVID-19, la cual ha puesto de manifiesto una serie de carencias, tanto de capital humano como de materiales, como organizativas, que se achacan al sistema público sanitario de nuestro país.

En consecuencia, el objetivo último del presente trabajo es valorar la posibilidad de una responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria española, ya sea por los fallecimientos ocurridos como consecuencia de la falta de medios de protección y las deficiencias de la organización en sus centros públicos sanitarios.



2. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN¹.

2.1 CARACTERES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Desde un enfoque teórico se comenzará el estudio analizando los distintos caracteres de la responsabilidad extracontractual de la administración pública, distinguiendo un carácter total, directo y objetivo.

Elementos que la doctrina ha dado por llamar esenciales basándose en su estudio e interpretación de la regulación estatal sobre la materia, hoy en día comprendida sustancialmente en el Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público² (en adelante, LRJSP).

A) Carácter total:

La responsabilidad patrimonial de la administración pública posee un carácter total, dado que abarca todos los daños realizados por la actuación de la Administración, así como de la totalidad de los poderes públicos. Respecto a los daños ocasionados por las distintas administraciones públicas, reviste la actividad dañosa independientemente de la personificación, es decir, a pesar de que el daño producido haya sido ocasionado por una administración primaria o instrumental, y de igual manera, si actúa bajo el derecho administrativo o con sumisión al derecho privado. Cubrirá también los daños efectuados por los órganos legislativos así como los producidos por los órganos judiciales,

¹ Sobre la base de la línea doctrinal y teorías expuestas por SÁNCHEZ MORÓN, M. y SANTAMARÍA PASTOR, J.A. en SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo Parte General*, 13ª edición, Tecnos, Madrid, 2017 y SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, 5ª edición, Iustel, Madrid, 2018.

² Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. BOE nº 236, 2 de octubre 2015.



condicionandose en este último caso, a los supuestos de funcionamiento anormal y de error judicial.

B) Carácter directo:

Nota principal de la responsabilidad patrimonial de la administración, lo que quiere decir que ésta responderá directamente por los daños ocasionados en el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, careciendo de responsabilidad subsidiaria de las autoridades o funcionarios que causen en concreto el daño.

Por lo que la Administración como persona jurídica responderá directamente ante el ciudadano, una vez abonada la indemnización por parte de esta dispondrá de la acción de repetición de cara al funcionario a quien hubiera ocasionado el daño atribuido siempre que la conducta hubiere incurrido en dolo, culpa o negligencia grave.

C) Carácter objetivo:

Su carácter objetivo es otra de las notas esenciales con las que cuenta la responsabilidad patrimonial de la administración, siendo innecesario que concurra culpa, dolo o negligencia grave en sus agentes o funcionarios al contrario del Derecho Civil, también indiferente que dicha conducta sea legal o ilegal (artículo 32.1 LRJSP).

2.2 LA NOCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La jurisprudencia ha delimitado este concepto tanto en un sentido positivo, al establecer una rigidez de su vigencia, que no puede ser modulada por el legislador por mandato constitucional; como también en un sentido negativo, al fijar igualmente estrictos límites para su aplicación.



1. La responsabilidad objetiva de la Administración como mandato constitucional:

Desde el primer punto de vista, bajo un análisis constitucional, la objetividad de la responsabilidad administrativa es el presupuesto esencial para su propia existencia y esta circunstancia no puede resultar modulada por el legislador.³

2. La responsabilidad objetiva de la Administración como un límite:

Sin embargo, el mismo concepto ha sido utilizado asimismo por la jurisprudencia para delimitar los supuestos en que no concurre dicha responsabilidad, poniendo el foco en las circunstancias concurrentes del daño.

En particular, nuestro Alto Tribunal se ha esforzado por matizar que las Administraciones no pueden convertirse en “aseguradoras universales”⁴, y su responsabilidad viene modulada por los principios de causalidad y fuerza mayor; además, en particular, en el ámbito sanitario como en muchos otros, las obligaciones de la Administración serían de resultados, bastando con ello acreditar el debido cumplimiento de la *lex artis* para quedar exonerada.

2.3 PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Interesa analizar los requisitos de la responsabilidad patrimonial con el fin de comprobar si existe el deber jurídico de indemnizar, para el cual será requerido la presencia de una serie de elementos:

³ STS 112/2018 (Tribunal Constitucional) de 17 de octubre de 2018.

⁴ STS (Sala de lo Contencioso) de 15 de marzo de 2018. (rec. núm. 418/2018).



- Lesión resarcible: características del daño.
- Imputación del daño: que la lesión sea imputable a la Administración como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
- Relación de Causalidad: relación existente entre la lesión efectuada y el daño producido.

2.3.1 Lesión resarcible:

Para poder adquirir la indemnización correspondiente es necesario que el daño encaje en el concepto de lesión resarcible, siendo exigible la concurrencia de una serie de requisitos que se expondrán a continuación, y que se encuentran precisados por la ley.

1. La antijuricidad: La responsabilidad patrimonial dado que tiene carácter objetivo requiere de la existencia de una lesión antijurídica. Se trata de un daño que el sujeto no tiene el deber jurídico de soportarlo, pero sí tiene el derecho de recibir la indemnización por parte de la administración⁵, así lo establece de igual manera el artículo 34.1 de la LRJSP, el cual establece: *“sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*.

No es precisa una actuación ilegal, dado que la responsabilidad tendrá lugar por la actividad normal o anormal del servicio público, el perjuicio será antijurídico y se convierte en lesión resarcible *“siempre que y solo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo”*.⁶

Para Santamaría Pastor la dificultad reside a la hora de diferenciar cuando se produce el deber jurídico de soportar dicho perjuicio, existiendo tal deber como

⁵ STS, Sala 3ª, del 22 abril de 1994, rec. nº 3197/1991 (FJ 2º, *in fine*).

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La responsabilidad patrimonial de la administración”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, 14ª edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, p. 379.



consecuencia de obligaciones o cargas impuestas por la ley (por ejemplo, un tributo) de un contrato o incluso de un acto administrativo. Señalando éste que dicha indemnización no tendrá lugar cuando se trate de *“daños que 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”*.⁷

2. La efectividad: No todo daño del que no se tenga deber jurídico de soportar será asegurado por la responsabilidad patrimonial deberá además ser: efectivo, evaluable económicamente e individualizable.

Este requisito tiene alusión a una doble cuestión, por un lado, es necesario que el daño sea real y actual, no puede responder la Administración sobre daños futuros o eventuales. Y, por otro lado, debe tener una repercusión negativa en los bienes o derechos del particular refiriéndose tanto a los de carácter patrimonial, como los de carácter moral y personal.

3. La evaluabilidad: Otro de los requisitos que se exige para poder hablar técnicamente de lesión resarcible es que el perjuicio debe de ser evaluable económicamente, *no incluyendo las simples molestias o perjuicios sin transcendencia patrimonial apreciables*.⁸ Podrá incidir ante cualquier tipo de bien y derecho, afectando tanto a los daños patrimoniales, personales como a los morales. Es de resaltar que la Jurisprudencia tardó en admitir la inclusión de los daños morales, incorporándolo de manera continua a partir de la STS de 26 septiembre de 1977.

El problema no recae a la hora de evaluar el daño sobre bienes o derechos patrimoniales, ya que viene fijado por el valor de éstos en el mercado, sin embargo,

⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.F.: *“Principios de Derecho Administrativo General II”*, op cit., p. 432.

⁸ APARICIO DE LÁZARO, J.R. (Técnico Superior de la Comunidad de Madrid): *“La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Enfoque Jurisprudencia”*, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 30 de junio de 2010, p. 4.



plantea mayor dificultad los daños personales o morales, que cuenta con una evaluación convencional.

4. La individualización: éste último requisito viene a decir que el daño debe de ser individualizable a una persona o a un grupo de personas, quedan por tanto excluidos los daños generales de una actuación normal por parte de la administración (por ejemplo, los surgidos de un cambio del régimen de precios).

2.3.2 Imputación del daño:

Para que tenga lugar la responsabilidad, es necesario que la lesión provocada sea como consecuencia de la actuación de la administración. Diferenciamos una doble faceta en la imputación⁹:

Primero una vertiente subjetiva, el sujeto autor del daño, el perjuicio debe de derivarse de la actuación de las personas que se encuentren incluidas en la organización administrativa, en sentido amplio, de los servicios públicos siendo indiferente si estos han sido o no identificados.

Por otro lugar, una vertiente objetiva, la actividad dañosa, que cuenta con un grado de complejidad superior que requiere diferenciar el aspecto formal y material

- Aspecto formal: las actividades dañosas indemnizables serán aquellas causadas por cualquier clase de actividad que sean imputables a la administración. Tal responsabilidad se plantea por los perjuicios causados por las actividades materiales de la Administración, por su inactividad sobre las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, también por los daños causados por la emisión de normas reglamentarias dirigidas a un grupo reducidos e identificables que no tengan el deber jurídico de soportar. Asimismo, podrá ser causado el daño

⁹ FUENTES ABRIL, J.: *“La Responsabilidad Patrimonial de la Administración (análisis jurisprudencial)”*. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/>



por actos administrativos formales, a raíz de su proclamación de ilegal en vía de recurso.

- Aspecto material: Por funcionamiento anormal nos referimos a los supuestos en que la administración haya actuado de manera inadecuada, es decir, no solo si concurre dolo, culpa o ilegalidad del acto, sino también cualquier actuación de la administración que ha infringido los estándares medios admisibles de rendimiento y calidad de los servicios¹⁰. En casos de daños causados por funcionamiento normal de la administración hace referencia al caso en que se hubiesen respetado todas las normas y estándares de calidad del servicio, pero se debe a un caso fortuito (no daños ocasionados por causas de fuerza mayor) y a supuestos de enriquecimiento injusto de la Administración como consecuencia de un daño o disminución del patrimonio de un tercero.¹¹

2.3.3 Relación de causalidad:

- Causa del daño y concurso de causas: Para que tenga lugar la indemnización es indispensable que el daño sea consecuencia de la actuación de la administración. En algunos casos la relación de causalidad es clara y la actuación de la administración aparece como única pero lo normal es que den un conjunto de causas en la producción de dicho daño.
- Teorías sobre la causalidad: En la doctrina se distingue entre las teorías de causalidad exclusiva, la equivalencia de las condiciones y la causalidad adecuada. La primera concepción¹², actualmente en desuso, exigía que no se presentará ninguna causa extraña, pues esta exoneraría a la Administración del deber indemnizatorio. Por su parte, la teoría

¹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo Parte General*, 13ª edición, Tecnos, Madrid, 2017, p.965.

¹¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.F.: “*Principios de Derecho Administrativo General II*”, op cit., p. 439.

¹² MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M.: “*Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*” en AA.VV. (QUINTANA LOPEZ, T., Dir.): *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 58.



de la equivalencia de las condiciones, que tal como dice Sánchez Morón¹³: *“todas las causas que concurren a la producción del daño y son necesarias para ello – de manera que faltando una, no se hubiera producido- tienen, en principio, igual entidad y permiten atribuir la responsabilidad, siquiera sea de manera solidaria a cualquiera de los sujetos causante.”*

Respecto a la última teoría, actualmente la más aplicada por la jurisprudencia en base la cual es necesario escoger la causa que sea por sí sola idónea o adecuada para producir el daño, con arreglo a la experiencia común.

2.4 CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO.

El concepto de servicio público protagoniza un papel importante desde que se incorpora en la Ley de expropiación Forzosa de 1954 el principio de responsabilidad de las Administraciones Públicas, resultante del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, debiéndole considerarse un concepto muy amplio.

Debe entenderse según la Jurisprudencia más reciente, así como a los fines del artículo 106.3 de la Constitución Española (en adelante, CE) como:

*“toda actuación, gestión o actividad, o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo”*¹⁴.

3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

¹³SÁNCHEZ MORÓN, M.: *“Derecho Administrativo Parte General”*, op cit., p. 967.

¹⁴ STS, Sala 3ª del TS, de 22 de marzo de 1995, Rec. n.º. 9194/1992. (FJ 3º).



La responsabilidad sanitaria es un tema significativo y de actualidad, especialmente por su frecuencia y trascendencia ya que repercute sobre los bienes más apreciados por cualquiera, la salud y la vida. Nos encontramos ante una cuestión compleja que a diario se confunde con los llamados errores médicos o mala praxis.

Se define la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria como la *obligación de 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 de Salud.*¹⁵

MARCO NORMATIVO

a) Regulación general:

La base sobre la que se sustenta la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública es en la Constitución Española, destacando sus artículos 9.3 y 106.2, además del artículo 43 donde se configura la asistencia sanitaria como un servicio público.

En este sentido, MIR PUIGPELAT¹⁶ señala que: *“la propia concepción constitucional de la Administración Pública española se vincula de forma esencial al sometimiento a responsabilidad extracontractual por los daños que su actuación pueda ocasionar”*.

Actualmente, la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁷, y en la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector

¹⁵ LARIOS RISCO, D. (Letrado de la administración de seguridad social): “Casos de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria”, Unidades Docentes de la Escuela Nacional de Sanidad. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/>

¹⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “Responsabilidad Médica y hospitalaria”, Ed. Bosh, Barcelona, 2004, p. 203.

¹⁷ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE nº 236 de 2 de octubre de 2015 (en adelante LPAC)



Público, forman el marco normativo de la responsabilidad patrimonial de la administración.

b) Regulación específica:

En materia sanitaria, es imprescindible acudir a la jurisprudencia, dado que su creación doctrinal se ha efectuado mediante ella.

No obstante, para delimitar el ámbito objetivo de la responsabilidad sanitaria, esto es, en qué supuestos podremos exigir un resarcimiento de los daños a las distintas Administraciones Sanitarias, resulta necesario acotar normativamente el marco de competencias estatales y autonómicas en el ámbito de la salud.

En particular, cuando nos encontramos ante supuestos de responsabilidad por omisión o inactividad de la Administración.

Para ello, debemos acudir necesariamente a las diferentes regulaciones que configuran el sistema nacional de salud. Como cuerpos normativos más relevantes podemos citar:

- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
- Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y los procedimientos para su actualización.

c) Particularidades derivadas de la pandemia por COVID-19:

Ante la gran convulsión que estamos viviendo en la actualidad debemos hacer hincapié en las circunstancias derivadas de la pandemia del COVID-19.



Razón por la cual se ha impulsado a la promulgación de una serie de normas, resoluciones y medidas por parte de los poderes públicos, en concreto del Gobierno Nacional y de la Administración del Estado, por la que se limita los derechos y actividades de los ciudadanos y de las empresas, o incluso llegando a generar la paralización de la actividad o requisas fundadas en la necesidad de luchar contra la pandemia.

Respecto al régimen de responsabilidad patrimonial válido ante dicha situación de emergencia, emitida por el Gobierno de España mediante el Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma del país, debe atenderse a lo estipulado en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981¹⁸, por el que se ratifica el sometimiento de todas las actuaciones que puedan adoptar las Administraciones Públicas durante ese espacio temporal al principio de responsabilidad, al indicar 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”.

Cierto es que la LO 4/1981 no establece una clara correspondencia entre las medidas que pueden adoptarse por el Gobierno y demás autoridades habilitadas en función del estado excepcional que se declare, y el régimen de responsabilidad patrimonial indicado. De hecho, algunas de las medidas que se contemplan (como las requisas, las ocupaciones o intervenciones temporales de inmuebles o empresas, o las prestaciones personales forzosas) tendrán su cauce de resarcimiento en otras normas, como la Ley de Expropiación Forzosa.

¹⁸ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y de sitio. BOE nº 134 de 5 de junio de 1981.



4. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

Anteriormente hemos estudiado los presupuestos generales necesarios para que pueda contemplarse responsabilidad patrimonial de la Administración.

De acuerdo con lo expuesto, procedemos a analizar cada uno de los presupuestos y requisitos generales, concretándolos al ámbito de la responsabilidad sanitaria.

4.1 LESIÓN RESARCIBLE

El carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración elimina por completo la noción de culpa, la existencia de lesión resarcible constituye el fundamento de la responsabilidad objetiva.

En el ámbito del servicio público sanitario es indispensable indicar algunas singularidades del concepto de lesión.

Es de resaltar que las lesiones derivadas del funcionamiento normal o anormal del servicio público sanitario afectan a derechos de las personas protegidos constitucionalmente, como son el derecho a la integridad física, a la vida y a la salud.

Para que la lesión sea indemnizable debe de tratarse de un daño efectivo, es decir, cierto y ya producido¹⁹, el cual puede ser material (pérdida de salud) o moral. Tal como expone Villar Rojas²⁰, su aplicación en el servicio público de asistencia sanitaria no sustenta ninguna singularidad.

Asimismo, el daño deberá de ser evaluable económicamente, ya se trate de daños materiales o morales, e individualizable, en relación con una persona o grupo de personas,

¹⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P (2004), “Responsabilidad médica y hospitalaria”, op. cit., p. 217.

²⁰ VILLAR ROJAS, F., *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamentos y límites*. Ed. Praxis, Barcelona, 1ª Edición, 1996, p.49.



tratándose de unos daños concretos, directos en el patrimonio del reclamante y que exceda a demás de lo que puedan contemplarse como cargas comunes de la vida social.

No obstante, el daño debe de ser antijurídico, como ya se ha relevado anteriormente, un daño que el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar.

Pese a que la responsabilidad patrimonial de la administración se configura como una responsabilidad objetiva, los tribunales han aceptado el criterio de la *lex artis* como fundamental para determinar la antijuricidad del daño en materia sanitaria.

La jurisprudencia atiende al concepto de la *lex artis*, que supone que a los servicios de salud no se les podrá exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica diaria.

*“Se basa en que la obligación del profesional de medicina es de medios y no de resultados, de tal forma que los profesionales de salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuentas medidas diagnosticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen en su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a obtención de un resultado satisfactorio, por ser contrario a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y ciencia. Esto es, si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*, no naciendo entonces responsabilidad alguna.”*²¹

4.2 IMPUTACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SANITARIA

Para que tenga lugar la responsabilidad patrimonial por parte de la Administración sanitaria hace falta que la lesión, ya sea por su comportamiento activo u omisivo, se le pueda imputar a la misma.

²¹ ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, DIRECCIÓN JURÍDICA DEL ESTADO (2009), Manual sobre la Responsabilidad Sanitaria, Ed. Aranzadi, 1ª edición, p.218.



Ésta responderá directamente, a pesar de que el daño haya sido ocasionado por personas encargadas de realizar dicho servicio independientemente de la relación laboral existente entre ambos, consecuencia de su carácter directo.

Debemos recordar que el funcionamiento de los servicios sanitarios determinantes del nacimiento de esta responsabilidad incorpora tanto el funcionamiento normal como el anormal²².

La imputación respecto al funcionamiento normal tiene lugar cuando se genera un riesgo por la actuación administrativa. Estamos ante daños causados por actuaciones lícitas por parte de la Administración que el perjudicado no tiene obligación de soportar.

En cuanto al funcionamiento anormal de los servicios sanitarios no solo incluye la posibilidad de imputación de los daños causados por culpa (incluido el dolo) o ilegalidad, sino que también se incluye los casos de falta de servicio, o funcionamiento tardío o defectuoso.²³

4.3 RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Dado que nos encontramos ante un sistema de responsabilidad objetiva el nexo causal es un requisito decisivo a la hora de determinar la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria al desaparecer el elemento de culpa, siendo necesario la existencia de una relación de causalidad entre la actuación sanitaria y la lesión producida en el perjudicado, bajo el respeto en todo caso, de los criterios de la *lex artis*.

Ello no quiere decir que cualquier daño resultante de la asistencia sanitaria esté cubierto por un seguro que garantiza, su adecuada reparación, con olvido de que la

²² Vd al artículo 32 LRJS /sts 3 noviembre de 2011 TS

²³ RANGEL ARIAS, P. “La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria” en Noticias Jurídicas, Diciembre, 2005.



jurisprudencia ha repetido multitud de veces que el instituto de la responsabilidad patrimonial no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales²⁴.

Anteriormente, en dicho nexo causal se venía exigiendo la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva. Tal tesis hoy en día se encuentra totalmente superada, habiendo declarado la jurisprudencia que es suficiente que la relación sea inmediata, indirecta e incluso concurrente.²⁵

En definitiva, no se exonera a la administración de esta responsabilidad la concurrencia de causas, siempre y cuando haya propiciado de algún modo a la generación del daño, aunque si puede repercutir o mitigar a la hora de establecer la cuantía indemnizatoria que corresponde abonar a la Administración, ya que, si el propio perjudicado o un tercero han contribuido a la elaboración del daño, la cuantía indemnizatoria correspondiente a la administración debe de ser menor, siendo preciso en todo caso analizar cuidadosamente los hechos.

En el ámbito sanitario, la complejidad en el esclarecimiento de la causalidad entre la conducta de la administración y el daño sufrido ha dado lugar a varias teorías:

A) Teoría de la equivalencia de las condiciones: tendrán consideración de causa del hecho cualquier elemento que condicione el resultado, sin la existencia del cual no hubiese tenido lugar al daño producido.

B) Teoría de la adecuación de la causa: señala el hecho que pueda considerarse como decisivo y motivador directo del daño, en separación de todas las demás concausas.

4.4 AUSENCIA DE FUERZA MAYOR

²⁴ STSS (Sala 3º) de 7 de Febrero de 1998, 19 de Junio de 2001, 26 de Febrero de 2002 y 21 de Octubre de 2002.

²⁵ ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, DIRECCIÓN JURÍDICA DEL ESTADO (2009), Manual sobre la Responsabilidad Sanitaria. op.cit. p. 401.



El carácter objetivo de la responsabilidad administrativa se ve modulado, como es doctrina general de las obligaciones, por la exoneración en supuestos de fuerza mayor. Semejante límite ha sido profundamente estudiado por nuestra jurisprudencia en el ámbito sanitario, dados los problemas originados por la circunstancia de ser una obligación de medios, no de resultado, unida a las particularidades de la ciencia médica.

Para clarificar este concepto, es necesario acudir a otros dos elementos integrantes de la responsabilidad administrativa en estos casos: la previsibilidad del daño, por un lado, y la *lex artis* para complementarla.

En cuanto a la previsibilidad del daño, es necesario para que la responsabilidad de la Administración sanitaria quede exonerada, que la causación de la lesión resarcible se enmarcara completamente dentro de lo imprevisible y, en consecuencia, o por otros motivos, también de lo inevitable.

Por supuesto, para definir qué es imposible de prever y evitar, se acude al estado actual de la ciencia y la técnica, es decir, a la *lex artis* médica y sanitaria, además de valorar las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Sobre esta materia, parece que la línea doctrinal de nuestro Tribunal Supremo se inclina hacia una interpretación estricta de los conceptos de imprevisibilidad e inevitabilidad, exigiendo por lo general un alto grado de pericia y esfuerzo a las administraciones médicas.

De otra parte, también es requisito esencial para la apreciación de fuerza mayor la ajenidad de la causación del daño. Es decir, que la supuesta fuerza mayor, debe provenir de un fenómeno extraño al servicio, totalmente fuera del poder de control de la administración sanitaria, ya que es lo único que justifica su exoneración.

Una muy buena diferenciación de ambos fenómenos la podemos encontrar literalmente en la STS de 24 de junio de 2020²⁶

²⁶ STS, Sala 3ª, del 24 de junio de 2020, rec. nº 289/2018 (FJ 2º. D).



“(…) La fuerza mayor entroncaría con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, mientras que el caso fortuito haría referencia a aquellos eventos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida”.

Por último, es necesario señalar que la carga de la prueba de la fuerza mayor recae evidentemente en la Administración en cuestión.

En definitiva, la apreciación de fuerza mayor es restrictiva. Si acudimos al caso real que se enjuiciaba en las sentencias que citábamos al principio de este apartado, como soporte doctrinal, la STS de 5 de febrero de 2007, vemos un claro ejemplo de este criterio interpretativo.

Llama la atención del caso lo que a primera vista pudiera resultar un evidente supuesto de fuerza mayor, el cual, tras la larga argumentación del Tribunal, comprobamos que no lo sería por muchos motivos.

Se trata del fallecimiento de una paciente ingresada en un psiquiátrico, causado por haberse ésta sumergido en una bañera hasta ahogarse. Como adelantábamos, intuitivamente podríamos pensar que no es imputable al centro sanitario dado que fue un acto individual de la propia accidentada, imprevisible y totalmente ajeno a los servicios prestados por la institución.

Si bien, muy al contrario, el Tribunal considera que se trata de un caso fortuito, ya que el cuidado de los pacientes forma parte de los servicios propios del hospital, lo cual unido al trastorno psicológico de la paciente, obligaban a tenerla siempre bajo vigilancia conforme al juicio de valoración *ex post*.

4.5 EL CONCEPTO DE RIESGO SANITARIO



Lo anterior entronca con el concepto mismo de riesgo sanitario, puesto que para definir la ajenidad o no del suceso, se hace necesario delimitar específicamente los supuestos que forman parte del ámbito de actuación de la Administración sanitaria.

En el caso anterior, la clave está en que la posibilidad de que la paciente sufriera un accidente de tales características, formaba parte del riesgo previsible para su enfermedad, y de los riesgos generales a los que debe hacer frente una institución psiquiátrica.

Villar Rojas²⁷, a partir de la doctrina francesa, ofrece una clasificación con diferentes tipos de riesgos dentro de la asistencia sanitaria:

1. Riesgo ordinario: Referido al riesgo que es propio de todo acto médico, como por ejemplo serían los efectos secundarios, que para ser considerados como una carga general de la vida en sociedad deben de ser conocidos.
2. Riesgo terapéutico: Estamos ante un riesgo conocido pero excepcional en relación con el riesgo habitual del tratamiento y reducido a un número limitado de víctimas, que será objeto de responsabilidad y por tanto indemnizable, ante la imposibilidad de conectarlo con la enfermedad del paciente o su evolución previsible.²⁸
3. Riesgo del desarrollo médico: Desconocido y excepcional, se trata de riesgos cuya peligrosidad se desconoce por las limitaciones de la ciencia que en tal momento no advertía de tales riesgos²⁹. No se puede considerar como un supuesto de fuerza mayor, debido a que su causa se produce antes de la realización del servicio, sin embargo, se puede tipificar como caso fortuito y, por consiguiente, reparable.

²⁷ VILLAR ROJAS, F.: *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias (...)*, op. cit., p.140.

²⁸ *Idem*, p.141.

²⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “Responsabilidad Médica y hospitalaria”, op. cit., p.234.



4.6 EL RIESGO SANITARIO COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN DEL DAÑO

Ahora bien, no todo riesgo sanitario implica una responsabilidad administrativa. En el ámbito puramente teórico, no podríamos excluir ningún tipo de daño causado por una enfermedad de la responsabilidad administrativa porque se trata de sucesos siempre intrínsecos a su ámbito de actuación, pero semejante conclusión no sería verdaderamente lógica.

Para salvar esta contradicción, la Jurisprudencia ha acudido al concepto mismo de la antijuridicidad del daño, considerando finalmente que existen ciertos resultados dañosos que el paciente tiene la obligación de soportar. El resultado no sería antijurídico porque nadie puede exigir a la Administración el control de cierto tipo de riesgos sanitarios, de aquéllos totalmente imprevisibles e inevitables conforme al estado actual de la ciencia.

De esta manera, se configura un sistema sobre la base de la evaluación de los riesgos sanitarios. Existen riesgos previsibles y evitables, en relación con los que cualquier centro médico debe proveer una serie de medidas de control y aseguramiento cuya correcta implementación asegura la salvación del riesgo, anulando la posibilidad de una lesión resarcible.

Por otro lado, hay riesgos asumidos como imprevisibles e inevitables, que el particular está obligado a soportar y cuya materialización no daría lugar a responsabilidad administrativa alguna, siempre que se hubiera recabado el oportuno consentimiento informado del paciente.

Esta cuestión se estudió en profundidad por el Tribunal Supremo con ocasión de un suceso común, el cual había generado multiplicidad de reclamaciones de responsabilidad administrativa: los contagios por el virus de la hepatitis causados por transfusiones de sangre.



El Tribunal Supremo llegó a la conclusión, dado el estado de la ciencia en el momento que no permitía la detección del virus, de que aun no pudiendo considerar el supuesto de fuerza mayor, tratándose de un riesgo intrínseco al servicio “*lo cierto es que resultaba imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus C de la hepatitis, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar la propia paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo tal transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquélla y ésta se realizasen para atender al restablecimiento de su salud, razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial*”.³⁰

Y ahí es donde el Tribunal Supremo recoge la clave del concepto de riesgo sanitario: la Administración sanitaria actúa siempre en beneficio de los particulares, sin ánimo de lucro y con la finalidad de reparar un daño previo debido a otras causas, por lo tanto, éstos están obligados a soportar una eventual materialización de los riesgos inherentes al tratamiento.

4.7 EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE

En España el primer reconocimiento del consentimiento informado se sitúa en la antigua Ley General de Sanidad de 1986. Actualmente es uno de los principios básicos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre³¹, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, exigiendo que todo profesional que intervenga en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información

³⁰ STS, Sala 3ª, del 19 de junio de 2001, rec. nº 1406/1997 (FJ 4º).

³¹ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE nº: 274, de 15/11/2002.



y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.³²

Por lo tanto, nos encontramos ante un elemento estrechamente ligado a la exoneración de la responsabilidad patrimonial y de la *lex artis*, el cual podemos definir como “*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*”³³. Esta definición acoge tanto las actuaciones menores o casos donde se pone en peligro la salud de las personas.

La existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada, por cuanto el de información es un deber autónomo, que ha de ser cumplido a la par que la obligación de la actuación correcta, por tanto, el hecho de que la correcta información se integre en la *lex artis* no supone que una vez que se ha informado al paciente, el médico se exonere de tal responsabilidad.

La jurisprudencia acerca de la responsabilidad por falta de consentimiento informado ha evolucionado de forma notable en los últimos años, pasando de la concepción del defecto u omisión del consentimiento como daño moral autónomo, a la exigencia de que exista relación causal entre el acto médico y el daño para que sea resarcible.

5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Después de haber analizado los caracteres y elementos correspondientes a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria, pasaremos a

³² Vid. Artículo 2.4

³³ ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, DIRECCIÓN JURÍDICA DEL ESTADO (2009), Manual sobre la Responsabilidad Sanitaria. op.cit. p. 239.



examinar el procedimiento a través del cual se manifiesta en vía administrativa la presencia o no de dicha responsabilidad.

El procedimiento por el que se reclama a la Administración la indemnización de los perjuicios resultantes del funcionamiento normal o anormal del servicio público es un procedimiento administrativo de reclamación.

Debemos analizar las diversas materias fundamentales que se plantean:

5.1 EL PLAZO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN³⁴

El plazo para el ejercicio de acción de reclamación de responsabilidad es de un año. Estamos ante un plazo de prescripción, no de caducidad, existiendo la posibilidad de ser interrumpido³⁵ por múltiples circunstancias.

En lo relativo al *dies a quo*³⁶ para el cómputo de este plazo, como regla general se fija al inicio de la fecha en que se se hubiera producido el hecho o manifestase el efecto lesivo.

La declaración de incapacidad o invalidez, ya sea permanente total o absoluta, consecuencia precisamente de los daños que se le han producido a la persona, no enerva el plazo de prescripción del derecho y por tanto el *dies a quo* se fija en el momento en que quedaron definitivamente fijados esos daños personales, sin que por tanto aquella declaración tenga influencia alguna sobre el plazo de prescripción.³⁷

A esta regla general se le añade una serie de excepciones, al establecer dicho precepto que «en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo

³⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.F.: “*Principios de Derecho Administrativo General II*”, op cit., p. 445.

³⁵ ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: “*El plazo para pedir responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas*” en AA.VV. (QUINTANA LOPEZ, T., Dir.): *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 200.

³⁶ Artículo 67 LPAC

³⁷ STS (Sala de lo Contencioso) de 8 de febrero de 2017 (resol. núm. 207/2017)



empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas».

Ahora bien, la jurisprudencia insiste en la importancia entre la distinción entre daños permanentes y daños continuados:

*«Los primeros son aquellos en que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, en tanto que los segundos, los daños continuados, son aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada y sin solución de continuidad».*³⁸

La segunda excepción la encontramos en el artículo 67.1 LPAC, que determina que, en casos de responsabilidad a causa de la anulación de un acto administrativo, el derecho de reclamar prescribirá al año de enviar la resolución administrativa o la sentencia definitiva.³⁹

5.2 PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD

La iniciación del procedimiento se inicia mediante solicitud a instancia del perjudicado o de oficio por la propia Administración (siendo lo más atípico).

Dicha reclamación deberá de integrar una descripción de las lesiones, la acción causante de las mismas y el nexo causal entre ambas, a ser posible la evaluación económica, la identificación del momento en que se produjo, además de los documentos e informaciones que estimen convenientes.⁴⁰

³⁸ STS (Sala de lo Contencioso) de 10 de mayo de 2017. (resol. núm. 820/2017).

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La responsabilidad patrimonial de la administración”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., op cit. p. 431.

⁴⁰ HERNÁNDEZ VILLALÓN, Y.: “La responsabilidad patrimonial en la Ley 39/2015 y en la Ley 40/2015”. Disponible en: <https://www.administracionpublica.com>. (fecha de última consulta: 9 de diciembre de 2016).



En cuanto a la instrucción del procedimiento tienen como finalidad clarificar los hechos y configurar el contenido de la resolución. Abarcan la prueba (elemento esencial que inculpará o exculpará al médico), los informes (emitidos por el centro en el que ocurrieron los hechos) y el trámite de audiencia al interesado (examen por éste del expediente íntegro y disposición del mismo para obtener copia, si así lo desea, de algún documento).

En materia sanitaria, cuando la solicitud se inicie a instancia del perjudicado irá dirigida al Director Provincial de las entidades responsables de la asistencia sanitaria establecido en el centro o servicio sanitario causante del perjuicio.

En tercer lugar, respecto a la terminación ordinaria, finaliza mediante resolución administrativa la cual agotará la vía administrativa y da paso a la contenciosa. El procedimiento puede finalizar también por silencio administrativo negativo, tras el intervalo de seis meses sin dictar resolución alguna. Es posible finalizar de una manera convencional por medio un acuerdo entre el perjudicado y en este caso la administración sanitaria, fijando una indemnización de mutuo acuerdo.

Además del procedimiento ordinario se prevé un procedimiento de tramitación simplificada en el artículo 143 LRJPAC, para los supuestos en que, iniciado el procedimiento general, sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización. Ante dicho supuesto, el órgano competente podrá acordar la sustanciación de un procedimiento abreviado, a fin de reconocer el derecho a la indemnización en el plazo de treinta días. El silencio tendrá carácter desestimatorio.⁴¹

6. CONCLUSIONES

⁴¹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: “*Derecho Administrativo Parte General*”, op cit., p.970



Como se adelantó al comienzo de este trabajo, la finalidad última de acercarnos al estudio de los elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria ha estado motivado por la comprensión de la figura que nos permitiera valorar la posibilidad de concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, ya sea por las muertes acaecidas en las clínicas y hospitales españoles durante la crisis provocada por la pandemia COVID-19. Junto con las de todos aquellos ciudadanos que ni siquiera llegaron a recibir atención hospitalaria debido a los criterios de admisión que preveían los propios centros.

En particular, nos hemos preguntado por los fallecimientos en clínicas y hospitales debidos a la falta de medios. Así como a los decesos de personas en sus propios hogares o internas en residencias de ancianos, que son consecuencia directa de las instrucciones que recibían por parte de los propios centros hospitalarios, los cuales denegaban la derivación de personas en estado muy grave o con pocas posibilidades de sobrevivir.

En última instancia, todo se refiere a los fallecimientos producidos durante la pandemia COVID-19 motivados por la falta de medios (médicos, enfermeras, respiradores y camas en las unidades de cuidados intensivos) en los hospitales españoles.

Dentro de los mismos, hay dos supuestos particulares:

- Fallecimientos directos: Los ocurridos dentro de los propios hospitales, al carecer de medios humanos y materiales suficientes para ofrecer un tratamiento adecuado.

- Fallecimientos indirectos: Los de aquellas personas que ni siquiera llegaron a recibir tratamiento hospitalario, debido a las decisiones que tomaron las autoridades sanitarias correspondientes, relativas a no permitir la entrada en clínicas y hospitales de determinados grupos de personas (en especial, de mayor edad), como consecuencia igualmente de la falta de medios que achacaba a estos centros.

a) Lesión resarcible:



El daño moral causado a los familiares y allegados es la vía resarcitoria para este tipo de sucesos.

No cabe duda de que el daño moral sufrido por parientes y otras personas unidas por análoga relación de afectividad es una lesión resarcible dentro de la figura de la responsabilidad de la Administración sanitaria, en términos de efectividad, evaluación e individualización.

El daño moral, particularmente el sanitario, tiene un largo recorrido jurisprudencial y así se ha llegado a configurar fuera de la normativa, pero con notable consistencia jurídica y perfiles bien definidos por el Tribunal Supremo. En particular, en su STS 139/2001, de 22 de febrero⁴², se contiene un buen resumen de la doctrina existente.

Específicamente reconocido como resarcible está el daño causado por el sufrimiento que ocasiona la pérdida definitiva de un ser querido, entendido como familiar cercano “*o incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales*”⁴³. Es decir, que esta doctrina permitiría en un principio pedir responsabilidad tanto a los parientes directos de los fallecidos, como a aquéllos más lejanos pero unidos por lazos estrechos de convivencia, e incluso a amigos con las mismas condiciones.

Continuando con nuestro análisis, debemos detenernos con cautela en el elemento de antijuridicidad del daño. Como hemos visto ya, el riesgo sanitario inherente a las actividades médicas, unido a la circunstancia de que la suya sea una obligación de medios, y no de resultado, tienen como consecuencia que debemos atender a un posible quebranto de la *lex artis*.

Desde el punto de vista adoptado en esta exposición, parece patente la infracción de las mínimas normas de actuación por los protocolos adoptados por las autoridades

⁴² STS (Sala 1ª del Tribunal Supremo) de 22 de febrero de 2001 (resol. núm. 139/2001).

⁴³ *Ibid.* FJ 6º. 2º.



sanitarias en esta pandemia. Para ello, tenemos en cuenta la multiplicidad de informes de distintos organismos médicos, nacionales e internacionales, conforme a los cuales cuanto menos han existido errores evidentes.

Por otro lado, y respecto al deber de soportar el daño que pudiera darse en el caso de pacientes e internos, ya que está claro que el criterio de imputación por riesgo sanitario exime a la Administración que actúa para proteger la salud del ciudadano, aunque finalmente cause su muerte, cuando ha provisto todos los cuidados adecuados, haremos dos precisiones:

La primera, que, si bien por aquí pudiera decaer la posible acción de responsabilidad, no dejaremos de argumentar que, si bien el enfermo se pone a disposición de la Administración asumiendo unos riesgos legítimos para su curación, no está obligado a soportar las lesiones producidas por la falta de medios materiales y humanos, cuando según el estado actual de la ciencia y la técnica los mismos existen.

Si volvemos al ejemplo de los casos de contagios del virus de la hepatitis por causa de transfusiones de sangre, se verá que no se cumplen los requisitos para considerar que el paciente debía soportar estos riesgos:

Sobre esto, destacar que según el estado de la ciencia era perfectamente factible evitar los contagios si se hubieran dispuesto los medios y organización adecuadas. Asimismo, los pacientes y residentes no eran confinados en pos de su propia salud, sino de la protección de los demás ciudadanos para evitar la propagación del virus. Por muy loable que esto sea, la legítima defensa no es un presupuesto de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque pudiera hacerla decaer en términos de imputabilidad

b) Imputación:



No obstante, tanto en su vertiente subjetiva como material, no dudamos de la imputabilidad de los daños causados por las muertes en hospitales, o debidas precisamente a la negativa de estos centros de admitir pacientes, durante la pandemia provocada por el COVID-19 a la Administración sanitaria española.

En este caso, estamos hablando tanto de una omisión en los deberes de la Administración sanitaria, que se hace patente por la ausencia de medios personales y materiales, especialmente los dispositivos respiradores, y es completamente imputable a una falta de previsión.

Por otro lado, al respecto de los fallecimientos en los propios hogares de las personas más gravemente afectadas por el virus, así como en residencias de la tercera edad, la Administración Sanitaria dictó unas órdenes y protocolos que impedían la derivación a hospitales, lo cual se trata de una imposición de normas a un grupo específico de personas que no tenían la obligación de soportarlas.

c) Causalidad:

Aun empleando el criterio más extendido de causalidad adecuada, y teniendo en cuenta que el origen de los fallecimientos se encuentra en la infección por el virus COVID-19, no se puede negar que se han sucedido una serie de eventos intermedios coadyuvantes todos a la consecuencia final y trágica. Es por ello que aun debiendo atender al caso concreto, se podría afirmar que la causa eficiente ha sido en la gran mayoría de los casos la ausencia de medios, personales y materiales, tanto como graves fallos de organización.

Restaría por analizar el elefante en la habitación, la alegación que instintivamente acecha la mente del lector: una posible existencia de fuerza mayor.

Sin embargo, una vez desechada una concepción intuitiva del concepto de fuerza mayor, y acudiendo a sus elementos técnicos como ya se ha expuesto en el presente



trabajo, es posible descartar de plano cualquier argumento de este tipo, pues no se da ni uno solo de sus presupuestos configuradores.

Como fundamento principal de lo anterior, está la circunstancia de la evidente previsibilidad del fenómeno pandémico, que se desató medio año antes en el resto del mundo, por lo que muy difícilmente nuestra Administración podría defender, que le resultó imposible prever lo sucedido.

Numerosísimas recomendaciones de otros Estados y de organismos médicos internacionales avalan la anterior conclusión.

Cabria la posibilidad de que se hubiesen podido evitar muertes si se hubiese contado con más respiradores, EPIS, sanitarios e instalaciones adecuadas, junto con un sistema organizativo eficaz. Pero es que aun si esto no fuera así, ya que corresponde a los profesionales médicos su valoración, en todo caso decaería la posible existencia de fuerza mayor por no tratarse de un elemento ajeno al servicio: estamos hablando de una enfermedad respiratoria, un riesgo sanitario intrínseco de nuestro sistema sanitario público.

Es jurisprudencia ya muy antigua la que viene diferenciando entre la fuerza mayor, totalmente externa al servicio público, y el caso fortuito, que puede desconocerse, pero debería haberse conocido ya que forma parte del servicio. Podemos citar literalmente, por su claridad expositiva y valor histórico-jurídico, la STS de 15 de febrero de 1968⁴⁴, que fija doctrina:

“Es preciso distinguir entre lo que fatalmente se debe a fuerzas externas o acontecimientos trágicos, como son guerras o movimientos sísmicos, entre otros, que es lo que caracteriza la fuerza mayor de aquellos eventos internos, intrínsecos, ínsitos al funcionamiento de los servicios públicos producidos por su misma naturaleza, por la

⁴⁴ STS (Sala de lo Contencioso) de 15 de febrero de 1968.



misma resistencia de sus elementos, por su mismo desgaste, con causa desconocida, pero que debiera conocerse, que es lo que caracteriza el fenómeno del caso fortuito”.

Dado que las enfermedades respiratorias son un riesgo inherente del sistema de salud, la ausencia de medios para su curación no puede estimarse fuerza mayor, estando obligada la Administración a garantizar su mejor tratamiento; más aun, cuando ni siquiera es caso fortuito porque sí era previsible y evitable.

d) Otras teorías:

Existen otras visiones técnicas que podrían ayudar a la configuración de una acción de responsabilidad bien fundada.

La teoría del daño desproporcionado⁴⁵, por ejemplo, sirve para no precisar la individualización de qué profesional concreto causó el daño a través de la referencia al “conjunto de posibles deficiencias asistenciales”⁴⁶. Se trata de un criterio habitualmente usado como un argumento adicional para la prueba del nexo causal, que puede servir para invertir la carga de la prueba del mismo.

Es factible demostrar que el resultado de muerte por complicaciones respiratorias salvables de haber dispuesto de los medios adecuados, es sin duda un daño desproporcionado en relación con la enfermedad de los pacientes.

Finalmente, también la teoría de la pérdida de oportunidad⁴⁷ contribuye igualmente a demostrar la responsabilidad de las Administraciones. Se basa en el análisis ex post del resultado dañoso, para concluir, sobre la base probabilidades inciertas, que

⁴⁵ ELIZARI UTASUN, L.: *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p.133.

⁴⁶ STS (Sala 1ª) de 17 de mayo de 2002 (resol. núm. 495/2002).

⁴⁷ HURTADO DÍAZ-GUERRA, M.I.: *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 253.



otro tratamiento distinto al administrado hubiera evitado a todas luces la lesión del paciente.

De nuevo, es bastante evidente la pérdida de oportunidades sufrida por los fallecidos a causa de la enfermedad en cuestión, muchos de los cuales hubieran salvado su vida de contar con los medios necesarios para el tratamiento, aunque este criterio queda obviamente a valoración individual del caso concreto.

En conclusión, todos los elementos se muestran favorables a atribuir responsabilidad patrimonial a las Administraciones sanitarias españolas. Aunque también podemos adelantar un probable rechazo jurisprudencial a admitir esto, dadas las consecuencias económicas y políticas gravísimas que pudiera derivar.



7. BIBLIOGRAFÍA

- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, DIRECCIÓN JURÍDICA DEL ESTADO, Manual sobre la Responsabilidad Sanitaria, 1ª ed., Aranzadi, 2009.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: “El plazo para pedir responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas” en AA.VV. (QUINTANA LOPEZ, T., Dir.): *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- APARICIO DE LÁZARO, J.R. (Técnico Superior de la Comunidad de Madrid): “La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Enfoque Jurisprudencia”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 30 de junio de 2010, p.4.
- ELIZARI UTASUN, L.: *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- FUENTES ABRIL, J.: *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración* (análisis jurisprudencial). Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/>
- GARCÍA ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo II*, 14ª ed., Thomson Reuters, 2015.
- HERNÁNDEZ VILLALÓN, Y.: *La responsabilidad patrimonial en la Ley 39/2015 y en la Ley 40/2015*. Disponible en: <https://www.administracionpublica.com>
- HURTADO DÍAZ-GUERRA, M.I.: *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- LARIOS RISCO, D. (Letrado de la administración de seguridad social): “Casos de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria”, Unidades Docentes de la Escuela Nacional de Sanidad. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/>
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M.: “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública” en AA.VV. (QUINTANA LOPEZ, T., Dir.): *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.



- MIR PUIGPELAT, O., *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Thomson Civitas, 2007.
- RANGEL ARIAS, P.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria* en Noticias Jurídicas, Diciembre, 2005.
- RIVAS VALLEJO, P y GARCÍA VALVERDE, M, *Derecho y medicina Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, 1ª ed., Thomson Reuters, 2009.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Responsabilidad médica y hospitalaria*, 1ªed., Bosch, 2004.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo parte general*, Capítulo XXI, 13ª ed., Tecnos, 2017.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.J., *Principios de derecho administrativo general*, Capítulo XXII, 4ª ed. Iustel, 2016.
- VILLAR ROJAS, F.J., *La responsabilidad de las administraciones sanitarias: Fundamento y límites*, Praxis, 1996.