



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2021/2022

Convocatoria: Junio

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. ERRORES SANITARIOS.

PATRIMONIAL RESPONSIBILITY OF THE PUBLIC
ADMINISTRATIONS. SANITARY ERRORS.



Realizado por la alumna D. Ariadna-Valeska Arrate Partenheimer.

Tutorizado por el Profesor Dr. Luis Fernando Prieto González.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho Administrativo.



ABSTRACT

In the present work we will study the patrimonial responsibility of the public administration, regulated in the Spanish Constitution, and developed by the current Law 39/2015, specifically when we are faced with sanitary errors, differentiating the type of damage produced, which may be moral or corporal.

In order for the patrimonial responsibility of the administration to arise, and also to display all the effects established by law, a series of assumptions must be met, such as the normal or abnormal functioning of the public administration, the production of a compensable damage, the existence of a causal link and absence of force majeure or cause of unpredictability with the knowledge of science at that time.

Of special importance, in order to determine responsibility, there are certain figures such as the doctrine of loss of opportunity, the correct use of the *lex artis* and the presence of informed consent when carrying out a medical intervention.

Lastly, once the responsibility has been determined, we move on to the compensation procedure for the damage caused by the normal or abnormal functioning of the public administration, and the due request must be made so that the appropriate procedure can be initiated. To conclude the procedure, two different modes of termination may be given: early or ordinary.

Key Words: patrimonial responsibility, *lex artis*, administration, force majeure, loss of opportunity, compensation, moral damage, bodily harm.



RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

En el presente trabajo nos dedicaremos a estudiar la responsabilidad patrimonial de la administración pública, regulada en la Constitución Española, y desarrollada por la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015, concretamente cuando nos encontramos ante errores sanitarios, diferenciando el tipo de daño producido, pudiendo ser moral y/o corporal.

Para que nazca la responsabilidad patrimonial de la administración, y asimismo despliegue todos los efectos establecidos en la ley, se deberán cumplir una serie de presupuestos, como son el funcionamiento normal o anormal de la administración pública, la producción de un daño resarcible, la existencia de un nexo causal y ausencia de fuerza mayor o causa de imprevisibilidad con los conocimientos de la ciencia en ese momento.

Especial importancia cobran, de cara a determinar la responsabilidad, ciertas figuras como son la doctrina de la pérdida de oportunidad, el uso correcto de la *lex artis* y la presencia de un consentimiento informado a la hora de realizar una intervención médica.

Por último, una vez determinada la responsabilidad, daría inicio el procedimiento de indemnización del daño producido por el funcionamiento normal o anormal de la administración pública, debiendo formularse la debida solicitud para que se inicie el procedimiento adecuado. Para concluir el procedimiento, se podrán dar dos diferentes modos de finalización: la anticipada o la ordinaria.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial, *lex artis*, administración, fuerza mayor, pérdida de oportunidad, indemnización, daño moral, daño corporal.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.....	8
1.1. ORÍGENES Y REGULACIÓN ACTUAL.....	8
1.2. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.....	11
1.3. CARACTERES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.....	13
1.3.1. La responsabilidad extracontractual de las administraciones como responsabilidad directa.....	13
1.3.2. El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial.....	14
2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO.....	15
2.1. CARÁCTER OBJETIVO.....	15
2.2. RESPONSABILIDAD DIRECTA.....	15
2.3. REQUISITOS MATERIALES.....	16
a) Existencia real y efectiva de naturaleza antijurídica o ilegítima.....	17
b) Lesión resarcible.....	19
c) Daño individualizado.....	23
d) Funcionamiento normal o anormal de la administración pública.....	23
e) Nexos de causalidad.....	25



f) Ausencia de fuerza mayor o causa de imprevisibilidad con los conocimientos de la ciencia en ese momento.....	28
g) Doctrina de la “ <i>lex artis</i> ”.....	29
h) Consentimiento informado.....	31
i) Doctrina de la pérdida de oportunidad.....	34
2.4. REQUISITOS FORMALES	36
a) La carga de la prueba	36
b) El plazo de prescripción.....	37
3. TIPOS DE DAÑO.....	39
3.1. DAÑOS CORPORALES.....	39
3.2. DAÑO MORAL	40
a) Daño moral efectivo.....	41
b) Daño evaluable.....	42
c) Daño individualizado.....	43
4. PROCEDIMIENTO PARA LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.	44
4.1. RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD.....	44
4.2. INICIO DEL PROCEDIMIENTO.....	46
4.3. INSTRUCCIÓN.....	47
4.4. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.....	48
4.5. TERMINACIÓN ANTICIPADA	49



5. LA INDEMNIZACIÓN O EL RESARCIMIENTO	51
CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFÍA	55

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo está dedicado a analizar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública desde el punto de vista de las lesiones ocasionadas como consecuencia de errores sanitarios, de acuerdo con la legislación española.

En España, la sanidad es un derecho constitucional, y por tanto un derecho público, encontrándose al alcance de todos los ciudadanos. Por ello, al tratarse de un derecho de carácter público, serán los poderes públicos los encargados de organizar y tutelar el derecho a la sanidad a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios¹. Al ser la sanidad una ciencia inexacta, pueden ocasionarse ciertos resultados lesivos al sujeto que ha sido intervenido en el establecimiento público, naciendo así la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública para indemnizar a los perjudicados. Se trata de un derecho de carácter constitucional que se le adjudica al particular de ser indemnizado por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos² por el funcionamiento normal o anormal de la Administración, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, debiendo cumplirse una serie de requisitos expresados concretamente en la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Esta materia a lo largo de los años ha sido objeto de cambios en cuanto a su regulación, comenzando con su primera interpretación en la Constitución Republicana de 1931 y actualmente recogida en la Constitución Española de 1978 en su artículo 106. Además obtuvo un importante desarrollo en la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la cual se encuentra actualmente derogada y sustituida por la ley 39/2015 de 1

¹ Véase el art. 43 de la Constitución Española, publicada en «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

² Ibidem, art. 106.2

de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Por último, para que se pueda obtener un título ejecutivo de indemnización por parte de la administración en concepto de responsabilidad patrimonial, se deberá iniciar el procedimiento adecuado, a instancia de parte o de oficio. Para ello se deberá presentar ante el juzgado competente la correspondiente solicitud regulada en la ley 39/2015, siempre que no haya prescrito el plazo para iniciarlo. Para determinar si la administración es responsable, cobrará especial importancia tanto la prueba pericial como la documental. Finalmente, el procedimiento puede concluir de dos formas diferentes: mediante la terminación anticipada cuando no resulte complejo el procedimiento o cuando existan razones de interés general, o mediante terminación ordinaria: por resolución jurídica, por desistimiento, por renuncia al derecho en que se funde la solicitud, siempre y cuando no esté prohibido por el ordenamiento jurídico, y, por caducidad.

1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

1.1. ORÍGENES Y REGULACIÓN ACTUAL.

La responsabilidad patrimonial de la administración viene contemplada en nuestro derecho ya desde el Antiguo Régimen, sin embargo, ha sufrido una gran evolución a lo largo de los años hasta llegar al concepto del que partimos en la actualidad, que será desarrollado en el epígrafe siguiente.

La primera aparición se contempla en el Código Civil de 1889 (en adelante CC), concretamente en sus arts. 1902 y siguientes, sin embargo, resultaba bastante limitada su regulación con respecto a la responsabilidad en derecho administrativo dado que contemplaba principalmente la responsabilidad civil.

Destacamos el art. 1903.5 del CC que establecía lo siguiente: *“El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”*³. De este artículo se entendió que la administración solo tendría la obligación de responder siempre y cuando la actuación perjudicial hubiese sido a través de agente especial, debiendo así responder los funcionarios de sus propios actos, y no la Administración, como se da actualmente. En defecto, este precepto fue suprimido con la Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado.

No obstante, a criterio de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *“habría sido perfectamente posible interpretar los preceptos señalados de diversa forma, es decir, si conforme al*

³ Véase el art. 1903.5 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil., publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.



art. 1903.5 la Administración responde al entender que cuando actúa por medio de agente especial lo hace por tercero ajeno a ella, ya que éste no se integra en la misma, podría haberse deducido que cuando lo hace a través de funcionario que sí forma parte de su organización debía responder, al imputarse a ella la actuación de éste.”⁴.

Posteriormente con la Constitución Republicana de 1931 se comenzó a dar pinceladas a lo que conocemos actualmente como responsabilidad patrimonial de la Administración, dándose un ligero acercamiento en su artículo 41 donde se exponía que *“Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determina la Ley.”*. Por tanto, ya no solo tenía una responsabilidad directa, sino que también debía responder la Administración por la actuación incorrecta de sus funcionarios.

La ley de Régimen Local de 1950 hace un primer reconocimiento mediante su artículo 405 de la responsabilidad directa y subsidiaria de los entes locales. Dicho artículo concretamente dice lo siguiente: *“Las Entidades locales responderán civilmente, en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el artículo siguiente, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas. El daño habrá de ser efectivo, material e individualizado.”*.

No es hasta la promulgación de Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (en adelante LEF) que se da el gran paso al concepto actual sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, introduciendo la responsabilidad por funcionamiento normal o anormal de la administración, concretamente con su artículo 121 que dispone que se *“Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda*

⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M^º., “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)” en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, p. 40.

lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.”.

Gran importancia tiene para la responsabilidad patrimonial de la administración la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, la cual obtuvo desde un primer momento la resistencia doctrinal ya que no se veía normal que la Administración estuviese obligada a indemnizar todo tipo de daños.

Atendiendo a su régimen jurídico actual, nos encontramos ante un principio de carácter constitucional se encuentra regulado en la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), concretamente en el artículo 106.2 que establece que *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”*⁵.

Este artículo se desarrolló posteriormente por la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC) regulando esta las notas básicas de la responsabilidad patrimonial, al igual que el carácter directo y objetivo de esta, así como los presupuestos que presenta. Esta ley sufrió ciertas modificaciones con la ley 4/1999.

Actualmente la LRJPAC se encuentra derogada y ha sido sustituida por la nueva ley aprobada en 2015, concretamente, la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

⁵ Véase el art. 106.2 de la Constitución Española, publicada en «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

1.2. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

No es desconocido el alto índice de demora que presenta desde antaño la administración de justicia a la hora de dar respuesta de carácter judicial ante los agravios e ilegalidades producidas por la misma, generando así un elevado número de daños y perjuicios sobre los cuales los sujetos no tienen el deber de soportar, debiendo ser, por tanto, resarcidas por medio de la indemnización administrativa.

Así, aparece por primera vez el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración como una de las garantías fundamentales del ciudadano, perteneciente al Derecho Administrativo, y no como una responsabilidad civil propia del Derecho Privado como lo era en sus inicios.

Autores conocidos en la materia como son DIEZ PICAZO y GARCÍA DE ENTERRÍA⁶, han defendido la importancia que tiene en la sociedad la regulación de los daños que se puedan producir, para así tener un buen funcionamiento de la economía. Por lo contrario, si no existiese un funcionamiento correcto del sistema de reconocimiento y compensación de los daños generados por el poder público, tanto los particulares como las empresas se retraerían a la hora de tomar decisiones ya que tendrían que sopesar cada acción con su posible consecuencia, lo cual reduciría notoriamente la actividad de estos.

En cuanto a su definición, MENÉNDEZ SEBASTIÁN lo define como “*una garantía del ciudadano, que surge bajo el sentimiento popular confirmado a lo largo del S. XIX por la jurisprudencia del Conseil d’ETAT “qu’elle (la Administración) fasse, mais*

⁶ Citado por RIVERO ORTEGA, R., *Derecho administrativo*, p. 189.

qu'elle indemnise”⁷. Además, enfocándonos en el régimen del que nace la nombrada responsabilidad patrimonial, GONZÁLEZ ALONSO establece que se trata de una responsabilidad extracontractual dado que si se tratase de una responsabilidad contractual, nacería de un contrato celebrado entre la Administración con particulares, ya sea de naturaleza pública o privada, teniendo así régimen de resarcimiento por los daños y perjuicios causados, previstos en la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público⁸.

La responsabilidad de la administración, según RIVERO ORTEGA, puede derivarse de diferentes actos, actuaciones, omisiones y dilaciones, como son el dictado de actos, actividades materiales, pasividades o inactividades, tanto formales como materiales; dilaciones procedimentales o por la aprobación de reglamentos⁹. Por ello, al tratarse de situaciones que han sido generadas por la mala praxis de la administración, deberá responder por el mismo el órgano autor del acto o de la actuación en cuestión.

En cuanto al tipo de daño, podemos distinguir entre el producido por acción y el producido por omisión. Entre los daños producidos por acción destacamos aquellos generados por actos administrativos, reglamentos, vías de hecho o la actividad material. En cambio, también puede producir un daño, tanto la pasividad de la administración como el silencio administrativo, aunque al tratarse de una omisión, no es sencillo concretar la relación de causalidad, generando así un menor número de condenas a la administración por su inactividad.

⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M^a., “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)” en QUINTANA LÓPEZ, TOMÁS (Dir.), *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales.*, p. 37.

⁸ GONZÁLEZ ALONSO, A., *Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Administración de Justicia: funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, p. 16.

⁹ RIVERO ORTEGA, R., *Derecho administrativo*, p. 193.

1.3. CARACTERES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Los caracteres de la responsabilidad patrimonial de la administración los encontramos, en primer lugar, expuestas en el art. 32.3 de la Ley 40/2015, que dice lo siguiente: *“Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen”*¹⁰.

Por tanto, encontramos dos caracteres que fundamentan la responsabilidad patrimonial de la administración: un carácter directo y un carácter objetivo.

1.3.1. La responsabilidad extracontractual de las administraciones como responsabilidad directa.

La responsabilidad directa como carácter de la responsabilidad se fundamenta en la respuesta que debe dar la Administración, de manera directa, por los perjuicios que ha causado el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

¿Por qué debe responder la administración y no el funcionario concreto responsable del daño? La respuesta la encontramos dentro de dos criterios:

En primer lugar, gracias a la teoría de la personalidad jurídica de la Administración, teoría defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA¹¹, y de la teoría de la

¹⁰ Véase el art. 32.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público., publicada en «BOE» núm. 236, de 02/10/2015.

¹¹ Lo refleja GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*, pp. 29 y ss. Citado por: MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M^a., “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)” en QUINTANA LÓPEZ,

imputación a la administración de la actuación de sus funcionarios, por la que el funcionario actúa en nombre de la administración, respondiendo esta frente al ciudadano por los daños derivados del funcionamiento normal o anormal del servicio. No obstante, en determinados casos se puede ejercitar, posteriormente, la vía de regreso frente al funcionario¹².

En segundo lugar, atendiendo a la garantía patrimonial que presenta la administración para así poder responder a la indemnización que proceda en cada caso, ya que la administración ostenta una solvencia económica notablemente superior a la que pudiese tener el funcionario causante del daño.

1.3.2. El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial.

Aquí encontramos la principal diferencia entre el derecho civil y el derecho administrativo. Es relevante determinar el carácter de la responsabilidad a la hora de establecer el alcance del deber de indemnización de la Administración.

El artículo 1902 del Código Civil establece que *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”*¹³. Sin embargo, el art. 32 de la ley 40/2015 citado anteriormente, no observa estos requisitos, dotando así a la responsabilidad patrimonial dicho carácter objetivo, bastando únicamente con que los daños se deriven del funcionamiento normal o anormal del servicio, salvo causas de fuerza mayor.

T. (Dir.), *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales.*, p. 46.

¹² Ídem.

¹³ Véase el art. 1902 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO.

2.1. CARÁCTER OBJETIVO.

El artículo 32 de la Ley 40/2015 reconoce el carácter objetivo, dejando atrás la necesidad de observar si el daño ha sido resultado de una negligencia o por dolo, como si ocurre en el carácter subjetivo de la responsabilidad penal; observándose únicamente el daño que se ha generado como resultado del funcionamiento del servicio público y la necesidad de resarcirlo. Además también viene reflejada jurisprudencialmente en sentencias como la STS de 10 de octubre del 2000¹⁴.

Por tanto, es requisito indispensable la responsabilidad objetiva para que se demuestre la existencia de una lesión y el nexo de causalidad que une la actuación, ya sea por acción o por omisión, de la Administración con la lesión causada.

2.2. RESPONSABILIDAD DIRECTA.

La responsabilidad patrimonial de la administración también presenta un carácter directo, regulado en un principio en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, y actualmente en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre. La

¹⁴ STS de 10 de octubre del 2000, rec. nº 3931/1996, FJ 3. ““[...] la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquélla se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado; señalando que esta fundamental característica —« carácter objetivo de la responsabilidad »— exige que no sólo no es menester demostrar, para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio se ha desarrollado de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos.”.

responsabilidad directa quiere decir que cuando se produzca un daño como consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios, el perjudicado tiene derecho a exigir de la administración una reclamación independientemente de quien lo haya realizado, pudiendo ser tanto una actuación del personal sanitario como consecuencia de una actuación imputable directamente al servicio prestado.

En España, la Administración presenta una responsabilidad directa ante los perjuicios que le atañen, asumiendo así desde un primer momento la responsabilidad directa de esta. No obstante, cuando el resultado desafortunado sea consecuencia de una actuación en la que medie culpa, dolo o negligencia grave, posteriormente la administración tendrá el deber de ejercitar la acción de regreso.

Podemos distinguir dos tipos de responsabilidad: la directa y la subsidiaria. En sus inicios, la Administración Pública respondía tanto directa como subsidiariamente por los daños causados. Esa idea ha cambiado ya que actualmente, con carácter general, la Administración responderá por responsabilidad directa, siéndole esta más favorable al particular dado que así el perjudicado podrá obtener una reparación de forma más rápida. Sin embargo, se contempla un caso concreto en el que la administración será responsable subsidiariamente. Esto sucede cuando la lesión que se derive del funcionamiento de un servicio público se siga por un procedimiento penal por la actuación del personal en el ámbito del Sistema Nacional de Salud.

2.3. REQUISITOS MATERIALES.

Los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario tienen carácter jurisprudencial, distinguiéndose así, por ejemplo, en la STS de 27 de julio del 2002, los siguientes:

STS de 27 de julio de 2002 “Según la Jurisprudencia, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de las Administraciones Públicas es necesario que concurran cuatro requisitos o elementos:

- a) *hecho imputable a la Administración;*
- b) *lesión o perjuicio antijurídico, efectivo, económicamente evaluable e individualizado con relación a una persona o grupo de personas;*
- c) *relación de causalidad entre hecho y perjuicio;*
- d) *que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.”¹⁵.*

a) Existencia real y efectiva de naturaleza antijurídica o ilegítima.

La antijuricidad viene definida por la Real Academia Española como la condición de un perjuicio provocado por la administración cuando el administrado no tiene el deber de soportarlo y puede, en consecuencia, exigir responsabilidad patrimonial¹⁶.

Por tanto, cuando hablamos de antijuricidad en la prestación sanitaria entendemos que, como establece el art. 32 de la ley 40/2015, la Administración deberá responder tanto por su funcionamiento normal como por su funcionamiento anormal de los servicios públicos cuando se cumplan las condiciones establecidas para que se genere dicha obligación. Así, no es necesaria que la actividad administrativa sea

¹⁵ STS de 27 de julio de 2002, rec. nº 4012/1998.

¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dpej.rae.es/lema/antijuridicidad>> [Consultado el 10/08/2021].

antijurídica ya que puede nacer la obligación por el funcionamiento normal de esta. Por consiguiente, será necesario analizar el resultado para saber si el perjudicado tiene o no el deber de soportarlo, es decir, si es antijurídico o no lo es. De esta manera lo ha establecido el Tribunal Supremo creando jurisprudencia, como por ejemplo en la Sentencia de 20 enero 2014. RJ 2014\639 diciendo lo siguiente: *“Por tanto, para que el daño sea indemnizable es necesario que se trate de una lesión antijurídica, en los términos expuestos, es decir, que el particular no tenga el deber jurídico de soportar. Dicho de otra forma, para que el daño sea indemnizable es necesario que el mismo carezca de justificación, por no imponer el ordenamiento jurídico al perjudicado esa carga patrimonial, mientras que en caso contrario, si concurre una causa de justificación impuesta por el ordenamiento jurídico, el daño no será indemnizable.”*¹⁷.

La actuación sanitaria debe ser analizada en el sentido de que la obligación que presenta es de actividad o de medios, no de resultado¹⁸. Por ello, a la hora de analizar su actividad para considerar si ha sido correcta o no, se hará un juicio de valor de la actuación a partir de un “baremo de normalidad” y así saber si se ha cumplido con la *lex artis ad hoc*.

Una vez localizado el resultado lesivo, debemos atender a una serie de requisitos regulados tanto legislativamente como jurisprudencialmente. El primer requisito atiende a la certeza del daño, es decir, que sea un daño real. Para ello debemos distinguir lo que es un daño real de un daño eventual.

El daño eventual es aquella lesión que puede ocurrir o puede no ocurrir, por tanto, no hay una seguridad plena del daño en el momento en el que se solicita la indemnización y por ello no se admitirá ya que podría surgir un enriquecimiento injustificado. Consecuentemente, no será indemnizable un daño eventual, así como

¹⁷ STS de 20 de enero de 2014, rec. nº 6299/2011, FJ 5.

¹⁸ HURTADO DÍAZ-GUERRA, M^a. I., *El Daño Moral en la Responsabilidad Patrimonial Sanitaria*, p. 68.



expone la STS de 17 noviembre 1990 en su fundamento jurídico tercero “*Se excluyen solamente -como expresa la doctrina- «y no por su naturaleza, sino por su falta de efectividad, los llamados daños eventuales o simplemente posibles, pero no actuales» sin perjuicio de que puedan ser reclamados cuando esa actualización se produzca en el futuro.*”.

Sin embargo cuando nos encontramos ante un daño real, si podrá ser objeto de indemnización si se cumple el resto de requisitos, ya que el daño es objetivo, es decir, ya existe. Lo mismo ocurre con los daños futuros cuando no hay lugar a dudas de que este se va a producir, como puede ser por ejemplo las secuelas que se producen tras las malformaciones de un niño en el parto.

La autora HURTADO DÍAZ-GUERRA precisa que para poder acreditar que el daño es cierto, el perjudicado tendrá la carga de aportar la prueba atinente a los dos extremos siguientes: “*a) de una parte, debe probar que el daño es real en su existencia, lo cual no significa que deba haberse verificado ya en el momento en que se ejercita la acción dirigida a la declaración de la responsabilidad, puesto que como hemos visto es perfectamente posible la existencia de un daño futuro y, a la vez, cierto; b) y, por otro lado, debe demostrar igualmente que el daño es real o cierto también en su cuantía.*” .

b) Lesión resarcible.

La lesión es el fundamento principal que caracteriza la responsabilidad objetiva dado que debe haber una lesión para que pueda nacer la responsabilidad patrimonial.

El concepto de lesión se ha generado con la evolución del derecho administrativo, reconociéndose este en varios artículos, como son el artículo 121 LEF¹⁹ y el artículo 131 LRJPAC²⁰, entre otros. Estos artículos hacen referencia a la producción de una lesión sobre los bienes y derechos del particular que no está obligado a soportarlo.

La Constitución Española, norma con el máximo rango en nuestro ordenamiento jurídico, reconoce ciertos derechos fundamentales como son el derecho a la integridad física y moral y el derecho a la vida en el art. 15, los cuales no deben ser vulnerados dado que se estaría actuando contra los derechos de la persona. Por tanto, cuando por medio de la actividad administrativa se atenta contra dichos derechos, surgiendo así una lesión que no tiene el deber jurídico de soportar, se deberá compensar o resarcir de alguna manera ese derecho vulnerado, surgiendo así responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento normal o anormal de la Administración.

Para delimitar la lesión susceptible de responsabilidad patrimonial, la autora HURTADO DÍAZ-GUERRA realiza las siguientes precisiones²¹:

- La lesión deberá ser considerada como una lesión antijurídica, por lo que no será objeto de responsabilidad cualquier pérdida.

¹⁹ Véase el art. 121 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, publicado en «BOE» núm. 351, de 17 de diciembre de 1954, páginas 8261 a 8278 (18 págs.): “Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda **lesión** que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.”.

²⁰ Véase el art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, publicado en «BOE» núm. 285, de 27/11/1992: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda **lesión** que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.”. [Disposición Derogada]

²¹ HURTADO DÍAZ-GUERRA, M^a. I., *El Daño Moral en la Responsabilidad Patrimonial Sanitaria*, p. 87.

- La antijuricidad se fundamenta en que el perjudicado no deba soportar el daño, independientemente de que sea contraria a derecho o no.

Una vez definida la lesión nos surge la pregunta de cómo podemos aplicar la teoría a la práctica, es decir, cuando sabemos si la lesión es resarcible o no lo es. El art. 32.2 Ley 40/2015, de 1 de octubre (anteriormente el art. 149.2 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre) señala que el daño deberá ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Estos requisitos ya se contemplaban jurisprudencialmente antes de la ley 30/1992 como por ejemplo en la STS de 17 de noviembre de 1990²².

Es importante a la hora de indemnizar que el daño pueda ser evaluable económicamente, tal y como establece el art. 34 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, es decir, que podamos establecer una cantidad de dinero concreta con la que deberá la administración compensar el daño.

Es el art. 34 de la Ley 40/2015 el que se centra en establecer que el requisito esencial de la posible evaluación del daño. Para ello no solo se observará el valor del menoscabo sufrido. El Tribunal Supremo ha creado jurisprudencia a este respecto con la STS de 17 de noviembre de 1990, entendiendo que también se deberá evaluar lucro

²² Tal y como señala la STS de 17 de noviembre de 1990, FJ 3: “*La jurisprudencia de esta Sala posterior a la Constitución «ad exemplum» -Sentencias de 16 de julio de 1984 (RJ 1984\4231); 7 de octubre y 1 de diciembre de 1989 (RJ 1989\7331 y RJ 1989\8992)- viene interpretando más ampliamente el expresado precepto legal -que se corresponde con el art. 133 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1957\843 y NDL 12533), respecto a los supuestos a que se refieren los arts. 120 y 121 de esta Ley (RCL 1954\1848 y NDL 12531)- dando al concepto de lesión resarcible su más exacto sentido que comprende no sólo los perjuicios económicos concretos, evaluables e individualizados que producen un detrimento en el patrimonio del reclamante, sino las lesiones físicas o mentales y los sufrimientos causados por el acto u omisión resarcible (daños morales), de manera que la reparación alcance todas las consecuencias producidas por el funcionamiento de los servicios públicos en la esfera del individuo afectado que no deben ser soportadas por él y sí por la Administración, que asegura aquellos servicios en el cumplimiento de sus fines.”.*

cesante²³, es decir, el dinero que se ha dejado de obtener a raíz de la lesión. Por ejemplo: un atleta al que por error le amputan una pierna, a pesar del daño sufrido, también dejará de obtener el salario que anteriormente obtenía con su profesión, lo cual también será objeto de evaluación económica de cara a la futura indemnización.

Cuando nos encontramos ante daños materiales sobre bienes o derechos patrimoniales nos resultará sencilla su evaluación ya que se determinará por el valor que los bienes o derechos tengan en ese momento en el mercado (Art. 34.2 Ley 40/2015).

Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando nos encontramos ante un daño moral como puede ser el dolor de una madre por el fallecimiento de su hijo por el funcionamiento de la administración. Como es obvio, el dolor no viene cuantificado en una tabla de valores para saber exactamente la cantidad en la que se deberá de indemnizar. A este respecto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentencias como la STS de 17 de noviembre de 1990, en la cual establece que en dichos casos, será el propio tribunal quien tenga la potestad de realizar un juicio estimativo analizando todos los datos y circunstancias del perjudicado para así señalar una compensación adecuada de acuerdo con los daños y perjuicios sufridos²⁴.

²³ La importancia del lucro cesante a la hora de la evaluación económica se contempla en la STS de 17 de noviembre de 1990, FJ 3: “La reparación se extiende no sólo al valor de la pérdida o menoscabo sufrido -daño emergente- sino también a la ganancia dejada de obtener -lucro cesante- -Sentencias de 26 de septiembre de 1984 (RJ 1984\4548), 9 de marzo y 27 de septiembre de 1985 (RJ 1985\1498 y RJ 1985\4295) y 21 de junio de 1988 (RJ 1988\4408)- siempre que quien lo alega pruebe suficientemente su realidad, que puedan ser evaluadas económicamente según una ponderación equilibrada y que sean consecuencia directa o indirecta del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Se excluyen solamente -como expresa la doctrina- «y no por su naturaleza, sino por su falta de efectividad, los llamados daños eventuales o simplemente posibles, pero no actuales» sin perjuicio de que puedan ser reclamados cuando esa actualización se produzca en el futuro.”.

²⁴ Ídem.

c) Daño individualizado.

La necesidad de que el daño sea individualizado viene regulado en el art. 32.2 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre y antes el art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, señalando que el perjuicio se haya creado un quebrantamiento sobre patrimonios concretos y singularizados, no solo de personas determinadas, sino también de grupos o colectivos de individuos que estén perfectamente definidos. Quedaría fuera del ámbito del daño individualizado, por ejemplo, una molestia por esperar más tiempo del esperado a ser atendido, dado que esto sería considerado como una carga general que deberá ser soportada dado que se trataría de una exigencia de la vida. Sin embargo, si por dicha demora se produce la muerte del paciente, en dicho caso si podríamos hablar de un daño individualizado objeto de responsabilidad patrimonial administrativa.

d) Funcionamiento normal o anormal de la administración pública.

La ley reconoce un reconocimiento patrimonial a la administración tanto por un funcionamiento normal como por el funcionamiento anormal de la misma.

Este precepto viene regulado en el artículo 32 LEY 40/2015, estableciendo que la responsabilidad patrimonial de la Administración puede deberse tanto al funcionamiento normal como al funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Autores como CUETO PÉREZ distinguen ambas defendiendo que hay un funcionamiento anormal cuando el servicio actúa de forma defectuosa, no actúa o, actúa

de forma tardía, como, por ejemplo, errores en la realización o valoración de las pruebas, no atender a un paciente o la existencia de listas de espera excesivas²⁵.

Ahora nos toca saber cuándo considerar que hay un funcionamiento normal o un funcionamiento anormal.

Nos encontramos ante un funcionamiento anormal cuando se produce un daño como consecuencia de una conducta dañosa de un agente en la que se aprecian elementos ilícitos o culpabilidad sin darle importancia al grado que sea. Sin embargo, no solo hay un funcionamiento anormal cuando media la culpabilidad, también la hay cuando el daño sea fruto de la ilegalidad de una actividad administrativa dañosa que no sea culpable.

Por lo contrario, la responsabilidad por el funcionamiento normal de la administración surge cuando el perjudicado no esté obligado por norma alguna a soportar el daño que ha surgido. Por funcionamiento normal entendemos que la Administración ha actuado de forma ajustada a la ley sin que haya habido culpabilidad de los agentes, pero se haya producido un riesgo que derive en un daño. Si el daño se produce por un caso fortuito o por fuerza mayor, ¿será la administración responsable? La ley ha sido muy clara al regular este aspecto, tanto en el artículo 139 de la ley 39/1992 como en el artículo 32 de la ley actual, la ley 40/2015, estableciendo que “*será responsable de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”. Por tanto, deja fuera de su responsabilidad los casos en los que el daño se produzca por fuerza mayor.

²⁵ CUETO PÉREZ, M., “Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario” en QUINTANA LÓPEZ, TOMÁS (Dir.), *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*.

El Alto Tribunal se ha encargado de definir ambos conceptos en sentencias como STS de 1 noviembre 2001 FJ2²⁶, siendo el caso fortuito el suceso generado por el funcionamiento de los servicios públicos de los que se desconoce la causa generatriz del daño. Por lo contrario, la fuerza mayor es aquella circunstancia generada en el exterior del funcionamiento del servicio público del que, aun siendo previsible, el resultado es inevitable²⁷.

e) Nexos de causalidad.

La relación de causalidad es un requisito de la responsabilidad, esto quiere decir que debe haber un nexo causal entre la actuación u omisión de la Administración y el daño producido. Para poder determinar dicha relación, a criterio de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, debemos atender a la imputación de la actividad del agente que causa el daño a la administración a la que pertenece²⁸.

No toda actividad lesiva genera una imputación objeto de responsabilidad patrimonial de la administración. Por ello, se distingue entre el resultado lesivo producido por el funcionario en el ejercicio de sus funciones y el resultado lesivo producido por el funcionario en su vida privada.

En ambos casos se produce un daño por un funcionario, es decir, que el resultado es el mismo, sin embargo, debemos atender al momento en el que se produce. En el primer caso, el funcionario actúa en nombre de la administración dado que está realizando una actividad en un servicio público, como es el caso de la actuación de un

²⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) Sentencia de 1 noviembre 2001. RJ 2001\10098, FJ 2.

²⁷ STS de 1 de noviembre de 2001, rec. n° 6972/1997, FJ 2.

²⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M^a., “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)” en QUINTANA LÓPEZ, TOMÁS (Dir.), *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales.*, p. 59.

médico en el hospital, por tanto, si nace la responsabilidad de la administración, ya que se ha generado el daño dentro de su núcleo. Por lo contrario, cuando este funcionario realiza un daño fuera del núcleo de la administración, es decir, en su vida privada como sujeto individual, no nace dicha responsabilidad dado que es el propio sujeto quien deberá responder por sus actos. No obstante, la propia jurisprudencia del Alto Tribunal ha introducido alguna excepción a lo anteriormente comentado.

Desde un primer momento se entendía que el nexo de causalidad debía ser directo, inmediato y exclusivo. Sin embargo, el TS en su Sentencia de 25 enero 1997²⁹ declaró que no se puede interpretar dicha declaración dado que también se puede producir un resultado dañoso bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes.

Por tanto, se dejó atrás la primera tesis, aplicándose desde entonces la tesis defendida por el Tribunal Supremo en la que también puede haber un resultado dañoso producido de forma mediata, indirecta o concurrente.

Dentro de la relación de causalidad, podemos distinguir diferentes teorías:

- a) Teoría de la causalidad **exclusiva**: esta teoría defiende que existe un nexo causal cuando el único interviniente sea la administración. Esto quiere decir que se haya producido una lesión de manera directa, por tanto, si ha incurrido también la intervención de tercero o incluso del propio lesionado, la administración no deberá responder ya que dicha intervención exonera su obligación de reparar el daño. Actualmente esta teoría se encuentra en desuso dado que posee un carácter bastante restrictivo.
- b) Teoría de la causalidad **adecuada**: Esta teoría es la que defiende la jurisprudencia ya que considera que será necesario que, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, queden excluidos tanto los indiferentes

²⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) Sentencia de 25 enero 1997. RJ 1997\266. Recurso de Casación núm. 2471/1994, FJ 2.

como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor³⁰.

- c) Teoría de la **equivalencia de condiciones**: teoría en la cual todos los hechos o condiciones que contribuyen a que se produzca el resultado lesivo deben ser calificado como causas³¹.

El nexo de causalidad no siempre es claro, es más, en pocas ocasiones está totalmente definida dado que es usual que medien incidencias de causa externa lo cual podría modificar o incluso extinguir la responsabilidad de la administración. Así, MENÉNDEZ SEBASTIÁN analiza qué ocurre cuando la víctima tiene culpa, cuando interfiere el hecho de un tercero o cuando se percibe una concurrencia de causas³².

Como comentamos anteriormente, la teoría de causalidad exclusiva se encuentra en desuso, por lo que mediando culpa de la víctima o de tercero, no se exonera de manera automática la culpa total de la administración. Lo que si puede ocurrir es que dicha intervención condicione la indemnización que proceda. Por tanto, no solo debe concurrir la culpa de un tercero o del lesionado para que la administración no responda:

- a) Culpa de la víctima: únicamente quedará excluida la responsabilidad de la administración cuando haya mediado intencionalidad o negligencia grave por parte del perjudicado.
- b) Hecho de tercero.
- c) Concurrencia de causas: esto ocurre cuando son responsables varias Administraciones Públicas, produciéndose la solidaridad entre estas para responder del daño.

³⁰ STS de 5 de junio y 26 de septiembre de 1998.

³¹ GARCÍA DE ENTERRIA, E. y RAMÓN FERNANDEZ, T. en “Curso de Derecho Administrativo II” p. 426.

³² MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M^a., “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)” en QUINTANA LÓPEZ, TOMÁS (Dir.), *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales.*, p. 68.

f) Ausencia de fuerza mayor o causa de imprevisibilidad con los conocimientos de la ciencia en ese momento.

La Constitución Española dota a esta característica de fuerza de carácter constitucional, regulándose la misma concretamente en su artículo 106.2³³, en relación con el artículo 9.3.

Además, ley 40/2015 también se ha encargado de regular los principios de responsabilidad de forma más concreta, en la cual señala en su artículo 32 la condición para que se pueda excluir la responsabilidad patrimonial de la administración siendo, por tanto, necesario que la lesión se haya producido por causa de fuerza mayor o que el lesionado no tenga el deber jurídico de soportarlo.

En cuanto a causa de imprevisibilidad con los conocimientos de la ciencia en ese momento podemos señalar a modo de ejemplo *“el Abogado del Estado sostiene que la pretensión de la parte recurrente de indemnización por contagio de hepatitis C no debió estimarla la Sala porque estamos ante un caso de fuerza mayor porque –según bibliografía que cita– la identificación del virus de esa enfermedad no tuvo lugar hasta 1988, siendo el 1989 el año en que ese descubrimiento se comunica a la comunidad científica internacional, y que es a partir de esas fechas cuando el Estado español – como la propia sentencia reconoce– establece la obligación de detectar con las técnicas conocidas ya en esa fecha los anticuerpos del virus, lo que ocurre concretamente desde 3 de octubre de 1990.”*. En este caso observamos como al no ser

³³ Véase art. 106.2 de la Constitución Española, publicado en «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”*

conocido en el momento de la reclamación la identificación del virus, no procederá la indemnización por falta de conocimiento por la ciencia.

g) Doctrina de la “*lex artis*”.

Tratándose de una responsabilidad de la administración en materia sanitaria, debemos partir del concepto de qué es la sanidad. La RAE lo define como el “*conjunto de servicios gubernativos ordenados para preservar la salud del común de los habitantes de la nación, de una provincia o de un municipio.*”³⁴. Si analizamos detalladamente dicha definición, muestra importancia a preservar la salud de los habitantes, es decir, que la finalidad de la sanidad se encuentra en poner todos los medios para conseguir un resultado lo más favorable posible. Este concepto se fundamenta en que la sanidad es una ciencia inexacta e incompleta, es decir, que no es una fórmula matemática que tiene un resultado asegurado, sino que hay un gran abanico de resultados. Por ello, se han creado ciertos requisitos que deben cumplirse para determinar quién es el responsable patrimonial del resultado lesivo, naciendo así la *lex artis*³⁵.

³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es/sanidad>>. [Consultado el 08/08/2021].

³⁵ STS de 19 de mayo de 2015, rec. nº 4397/2010, FJ 5: “*En relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribunal con reiteración (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1165) , dictada en el recurso de casación núm. 4229/2011 , y 4 de julio de 2013, recaída en el recurso de casación núm. 2187/2010) que " no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente ", por lo que " si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido" ya que " la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados "".*

La *lex artis* ha sido creada por la doctrina, definiéndola como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida³⁶.

Por tanto, a pesar de haber un resultado dañoso por una situación de riesgo que comporta el paciente o por el riesgo propio de una intervención, por ejemplo, quirúrgica, deberá enjuiciarse la situación de acuerdo con la *lex artis* para determinar la responsabilidad. Esto quiere decir que, si se ha actuado de acuerdo con la *lex artis*, la administración no será responsable patrimonialmente dado que ha cumplido con su deber de actuación.

Cuando hablamos de la *lex artis*, nos referimos a las obligaciones que deben cumplir los profesionales sanitarios para una correcta actuación en su ámbito, pero ¿en qué consisten las referidas obligaciones?. No disponemos de una ley que señale estrictamente cuales son las actuaciones que deben adoptar los sanitarios, sin embargo, ha sido la doctrina del Tribunal Supremo que, a lo largo de los años, ha señalado un listado de obligaciones que deben ser cumplidas para una actuación diligente del personal sanitario, siendo estas las siguientes³⁷:

- Prestar al paciente y/o familiares una información adecuada sobre el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (con expresión de los riesgos).

³⁶ GONZÁLEZ GONZÁLEZ E. (2019), “Administración sanitaria y responsabilidad por productos sanitarios defectuosos con marchamo CE.” *Revista española de Derecho Administrativo* num.200/2019.

³⁷ HURTADO DÍAZ-GUERRA, M^a. I., *El Daño Moral en la Responsabilidad Patrimonial Sanitaria*, p. 70.

- Aplicación de los medios técnicos, humanos y materiales disponibles, en el tiempo y lugar de la asistencia, y adecuados al estado de la ciencia.
- Garantizar la continuidad e ininterrupción del tratamiento, hasta el alta médica, con advertencia del riesgo de abandonarlo.
- Información de la necesidad de cuidados o actuaciones posteriores para evitar el agravamiento o repetición de la dolencia en las enfermedades crónicas o evolutivas.

Para poder determinar si se ha actuado de acuerdo con la *lex artis*, recaerá la carga de la prueba sobre el solicitante de la indemnización, debiendo probar el nexo causal entre la actuación médica y el resultado lesivo el sujeto que, así como determina el alto tribunal en su reiterada jurisprudencia³⁸.

h) Consentimiento informado.

El consentimiento informado lo encontramos definido jurisprudencialmente por el TS y regulada en el artículo 3 de la ley 41/2002 entendiendo el consentimiento informado como “*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente,*

³⁸ STS de 19 de mayo de 2015 “Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, hemos señalado (sentencias de 2 de enero de 2012 (RJ 2012, 3) , recaída en el recurso de casación núm. 3156/2010 , y de 27 de abril de 2015, recurso de casación núm. 2114/2013) que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales " puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido ", cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.” .

*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*³⁹.

Nos encontramos ante un requisito esencial que debe cumplirse considerar que la conducta del funcionario se ha realizado correctamente, es decir, que este se encuentra actuado de acuerdo con la *lex artis*. Por tanto, si no se produce el consentimiento informado del paciente, se estaría incurriendo en una infracción, la cual desemboca en situación antijurídica, objeto de responsabilidad patrimonial de la Administración. Así mismo lo ha determinado el Tribunal Supremo en la STS de 13 de noviembre de 2012 expresando que *“sobre la falta o ausencia del consentimiento informado, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar recientemente que “tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la “lex artis ad hoc”, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan.”*⁴⁰.

La regulación de este requisito se encuentra en la 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. Su primera expresión la encontramos en el artículo 2, poniendo como requisito para una que se pueda dar una eficiente actuación en el ámbito de la sanidad, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios, debiendo dicho consentimiento obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. Por lo consiguiente, el funcionario deberá en un primer momento informar al paciente de la intervención o actuación que se realizará, dejando claro en todo momento la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y las consecuencias que se puedan

³⁹ Véase el art. 3 de la 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, publicada en «BOE» núm. 274, de 15/11/2002.

⁴⁰ STS de 13 de noviembre de 2012, rec. n° 5283/2011, FJ 5.

derivar del mismo para que así sea el propio paciente el que decida si quiere someterse o no a la actuación sanitaria. Una vez se haya informado al paciente, será este el que presente su conformidad para que así el médico pueda actuar.

Nos podría surgir la duda si este consentimiento debe ser escrito u oral. La regla general nos dice que el consentimiento será verbal, recogido ello en el artículo 8 de la Ley. Sin embargo, la ley observa ciertas intervenciones que, si necesitarán un consentimiento escrito, como es el caso de *“intervención quirúrgica, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”*⁴¹. Ejemplo: TS estableciendo que el *“consentimiento que ha de ser escrito en los casos de intervenciones quirúrgicas y bien entendido que la información que ha de proporcionarse al paciente ha de consistir en " la finalidad y naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias ”*⁴².

A pesar de ser un requisito esencial, puede darse el caso en el que el paciente no quiera dar su consentimiento o quiera revocar de él. En dicho caso deberá realizarse de forma expresa, es decir, no basta con que se sobreentienda, sino que se debe documentar. Sin embargo, es importante distinguir qué tipo de intervención es aquella que no consiente el paciente dado que la ley 41/2002, en su artículo 9.2, permite a los facultativos a llevar a cabo ciertas intervenciones indispensables como son:

“a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la

⁴¹ Véase el art. 8.2 de la 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, publicada en «BOE» núm. 274, de 15/11/2002.

⁴² Sentencia de 13 noviembre 2012 RJ\2013\1659 (Recurso de Casación 5283/2011).

autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.”⁴³.

i) Doctrina de la pérdida de oportunidad.

Como bien se viene comentando a lo largo del presente trabajo, uno de los requisitos fundamentales que se deben cumplir para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración es la relación de causalidad, es decir, la relación clara y directa entre el resultado lesivo y la actuación de la administración, en este caso, la sanitaria. Sin embargo, no es tan fácil probar dicha causalidad ya que nos podemos encontrar ante casos en los que surja cierta duda sobre si realmente hay o no relación de causalidad. Así, surge la doctrina de la pérdida de oportunidad en el derecho español para poder resolver aquellos casos en los que surgen dudas relativas a la causalidad.

Como dice la Sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1298) (recurso de casación nº 5893/2006), y reitera la de 22 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6930) (recurso de casación nº 2755 / 2010), *“la denominada " pérdida de oportunidad " se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuyente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil*

⁴³ Véase el art. 9.2 de la 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, publicada en «BOE» núm. 274, de 15/11/2002.

concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo.”

Podemos referirnos a la pérdida de oportunidad, tanto en los casos en los que pudiendo vivir una persona acaba falleciendo o cuando surge un daño que se pudo haber evitado de haber actuado diferente, y es así como lo expresa el Tribunal Supremo es la STS 1832/2016 de 18 de julio “*Es sabido que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de pérdida de oportunidad, de vida o de curación, cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación,*”⁴⁴. Por tanto, entendemos que habiendo posibilidades de tener un resultado más favorable, resulta el peor de los resultados como consecuencia por obviado cierta actuación necesaria y, sobretodo, posible.

Encontramos una serie de supuestos específicos de pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria⁴⁵ entre las que destacamos:

- 1. Error en el control ecográfico gestacional y en diagnósticos prenatales:** la doctrina del wrongful birth o wrongful life (nacimiento injusto o vida injusta).
- 2. Retraso y error en el diagnóstico:** Sólo si el error o retraso de diagnóstico se produce conllevando una probabilidad considerable de haber producido el agravamiento o el fallecimiento o se han privado

⁴⁴ STS núm. 1832/2016 de 18 de julio de 2016, rec. nº 4139/2014, FJ 5.

⁴⁵ GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESUS «Causalidad probabilística, incertumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad» en Revista Aragonesa de Administración Pública ISSN 2341-2135, núm. 45-46, Zaragoza, 2015, pp. 35-66.

de tiempo de supervivencia, generará derecho a indemnización por pérdida de oportunidad.

3. Ausencia de consentimiento informado.

2.4. REQUISITOS FORMALES.

a) La carga de la prueba.

La prueba es el elemento fundamental por excelencia en derecho para poder obtener una sentencia favorable al caso en cuestión, dado que le da certeza a los hechos que se aleguen.

Por este motivo, para que nazca la responsabilidad de la administración, se deberán probar los hechos por lo que se pretende una indemnización o el resarcimiento, pero, ¿quién tiene el deber de probar?, el perjudicado.

La autora HURTADO DÍAZ-GUERRA distingue dos extremos a la hora de probar. En primer lugar, el perjudicado deberá probar la existencia del daño real, por tanto, deberá estar ya verificado en el momento de ejercer la acción dirigida a la declaración de la responsabilidad; y en segundo lugar, se deberá demostrar que el daño es real o cierto en su cuantía⁴⁶.

De este modo, la jurisprudencia del alto tribunal se pronuncia acerca de la carga de la prueba en sentencias como la STS de 23 de mayo de 2012 “[...] *la carga de la prueba del nexo causal corresponde al que reclama la indemnización consecuencia de la responsabilidad de la Administración. Y la que añade, [...], que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, o*

⁴⁶ HURTADO DÍAZ-GUERRA, M^a. I., *El Daño Moral en la Responsabilidad Patrimonial Sanitaria*, p. 91.

la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o por haberse procedido, al hacer la indicada valoración, de manera ilógica, irracional o arbitraria [...]”⁴⁷.

b) El plazo de prescripción.

La prescripción se reguló en el artículo 132 de la ley 30/1992 (LRJPAC), y actualmente se regula en el artículo 67 Ley 39/2015 (LPAC).

En primer lugar, para poder solicitar el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, no deberá haber prescrito el plazo para poder reclamar. Por regla general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse producido el hecho o el acto que motive la indemnización o desde que se manifieste el efecto lesivo.

Si nos encontramos frente a daños físicos o psíquicos, el plazo comenzará una vez se produzca la cura de la lesión o desde que se determine el alcance de las secuelas. Pero, ¿qué ocurre cuando nos encontramos ante una *infracción continuada* o *permanente*⁴⁸? En estos casos, el plazo comenzará a contar desde que finalizó la conducta infractora.

⁴⁷ STS de 23 de mayo de 2012, rec. nº 6010/2010, FJ 3.

⁴⁸ Tal y como señala la STS de 6 de mayo de 2015, rec. nº 2099/2013, FJ 2: “se considera lesión continuada a aquella “que no permiten conocer en el momento en que se producen los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el día a quo será aquél en que ese conocimiento se alcance; y daños permanentes a aquellos “que aluden a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables”.

La regla general viene estableciendo el plazo para la reclamación en un año desde que se produjo el hecho motivo de indemnización, o desde que se manifieste el efecto lesivo⁴⁹.

⁴⁹ Véase el art. 67 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, publicado en «BOE» núm. 236, de 02/10/2015.

3. TIPOS DE DAÑO.

3.1. DAÑOS CORPORALES.

Nos encontramos ante un daño corporal cuando la lesión o el daño que se ha producido afecta a la integridad física de la persona, como por ejemplo, la amputación errónea de un miembro.

Estos daños pueden ser de dos tipos: lesiones de carácter temporal o secuelas de carácter permanente, pudiendo estas incapacitar al afectado.

Claros ejemplos de daños corporales son aquellos que expone HURTADO DÍAZ-GUERRA en su libro *“El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria: Criterios de racionalización”*⁵⁰, siendo estos los siguientes:

- Complicaciones o secuelas tras intervenciones quirúrgicas, pruebas diagnósticas o tratamientos.
- Efectos adversos de medicamentos, vacunas, o productos sanitarios (prótesis).
- Los llamados “daños iatrogénicos”.
- Contagios víricos o infecciosos.
- Agravamiento de enfermedades por error o demoras, o alargamiento de los días de ingreso o tratamiento.
- Los derivados del seguimiento del embarazo y la consecución del parto.
- Los derivados de los ensayos médicos (sometidos a normativa especial).

⁵⁰ HURTADO DÍAZ-GUERRA, M^a. I., *El Daño Moral en la Responsabilidad Patrimonial Sanitaria*, p. 103.

En cuanto al fallecimiento, en primer lugar lo catalogaríamos como un daño de carácter corporal, sin embargo, a la hora de reclamar ante la administración, serán los allegados quienes realicen esta acción, reclamando así una indemnización por el daño moral que se les ha ocasionado por perder a un ser querido.

3.2. DAÑO MORAL.

La autora HURTADO DÍAZ-GUERRA define los daños morales como aquellos que afectan a la personalidad del individuo, a su libertad, identidad, intimidad, dignidad e integridad. Estos daños los podemos dividir en dos categorías: aquellos daños morales que se encuentran ligados a los daños corporales y los daños morales de carácter individual.

Dentro de los daños morales derivados de una lesión física encontramos, daños directos, como son el *pretitum doloris* y el perjuicio estético; y los daños indirectos, como son el fallecimiento o lesión de un familiar o persona allegada.

Por otro lado, dentro de los daños morales autónomos, también debemos distinguir los siguientes daños⁵¹:

1. Falsos positivos o falsos negativos.
2. Retraso de diagnóstico o asistencial.
3. Extravío y descoordinación en las pruebas diagnósticas.
4. Angustia por la necesidad de intervención o por la suspensión de la intervención programada.
5. Daños morales por privación/demora de asistencia o de decisión de tratamiento: las listas de espera.

⁵¹ HURTADO DÍAZ-GUERRA, M^a. I., El Daño Moral en la Responsabilidad Patrimonial Sanitaria, p. 190.

6. Las acciones derivadas del nacimiento de un hijo: Wrongful Actions (Wrongful conception, wrongful Birth y Wrongful Life).
7. Daño moral por imposibilidad de tener descendencia.
8. Daño moral por extravío, deterioro o privación del uso de material biológico o material genético.

En cuanto al derecho se refiere, como se ha pronunciado el Tribunal Supremo en repetidas ocasiones⁵², nos resulta complicado objetividad el daño moral que le nace a cada persona de manera individual dado que como sabemos, el dolor, la vergüenza, el luto, la ansiedad, etc., son elementos subjetivos que no afecta a todo el mundo de igual manera. Sin embargo, para poder objetivizar dicho daño moral, se analizarán todas las circunstancias y manifestaciones relacionadas con el hecho concreto mediante las cuales se pueda de alguna manera ayudar a determinar el daño.

a) Daño moral efectivo.

Para poder considerar que nos encontramos ante un daño moral, se debe acotar el significado del mismo. Por ello, para estar ante un daño moral efectivo debemos excluir la mera situación de malestar, incertidumbre o incomodidad, así como la simple frustración de una expectativa, tal y como se ha pronunciado el Supremo considerando que *“el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad*

⁵² Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia de 3 diciembre 2012. RJ 2013\582 *“En cuanto a la valoración del daño indemnizable la jurisprudencia, derive de una <<apreciación racional aunque no matemática>>, pues como refiere la Sentencia de 17 de noviembre de 1993 , “se carece de parámetros o módulos objetivos”, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo con la Sentencia de 23 de febrero de 1988 (RCL 1988, 1451) “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria”. La Sentencia de 19 de julio de 1997 (RJ 1997, 6732) refiere “la existencia de un innegable componente subjetivo en la determinación de los daños morales”.*

patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre -ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata-, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.”⁵³.

b) Daño evaluable.

Los daños morales deben ser indemnizados, no siendo fácil fijar reglas objetivas de valoración. A este respecto se ha señalado que la indemnización se efectúa, generalmente, atemperándose a los módulos valorativos convencionales utilizados por las jurisdicciones civil, penal y laboral y sin que en ningún caso haya de reputarse necesario que la cantidad globalmente fijada represente la suma de las parciales con las que se cuantifique cada uno de los factores o conceptos tomados en consideración.

Asimismo señala el alto tribunal en la STS *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) Sentencia de 13 julio 2002. RJ 2002\7655* que, al tratarse el daño moral de un daño subjetivo, quedará al arbitrio del Tribunal competente la fijación de la cuantía en cada caso concreto, no siendo este objeto de casación, siempre que se hayan respetado la razonabilidad y ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados y probados por la propia sala de instancia.

⁵³ TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 19 de mayo de 2015, rec. nº 3743/2013.



c) Daño individualizado.

Para que el daño moral pueda ser resarcido o indemnizado, es necesario identificar al sujeto o sujetos susceptibles de reclamar por haberse visto afectados por la producción del daño. Resulta un elemento relevante dado que ya ha ocurrido que en muchas situaciones no se ha procedido a la indemnización por falta de individualización del daño.

4. PROCEDIMIENTO PARA LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

4.1. RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD.

La Constitución Española regula en su artículo 106 el derecho a la indemnización como consecuencia del funcionamiento de la administración, el cual recoge lo siguiente: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Además, la reclamación de la responsabilidad se reguló en los artículos 142 y 143 de la Ley 30/92 así como en el RD 429/93, encontrándose actualmente regulada en la ley 39/2015, de 1 de octubre.

En el derecho administrativo encontramos un régimen general a la hora de regular la reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración, por tanto, el procedimiento será igual para todo tipo de reclamaciones administrativas, no habiendo uno específico, por ejemplo, para el ámbito sanitario.

La reclamación podría ser iniciada tanto de oficio, así como establece el art. 65 LPAC como a instancia de parte⁵⁴, siendo esta última la habitual por el alto número de reclamaciones que reciben nuestros tribunales, sobretodo en el ámbito sanitario.

A la hora de redactar la reclamación, se deberá hacer de acuerdo con las exigencias establecidas en la ley 39/2015, de 1 de octubre⁵⁵. Tanto si es iniciada de oficio como si lo es a instancia de parte, deberá incluir lo siguiente:

⁵⁴ Véase el art. 54 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, publicado en «BOE» núm. 236, de 02/10/2015.

⁵⁵ Ibidem, art. 61.4. y 66.

- a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.
- b) Las lesiones producidas.
- c) El nexo causal entre el resultado y el funcionamiento de la administración.
- d) Una evaluación económica del daño si fuese posible.
- e) La fecha del momento de la lesión.

En cuando al momento de la lesión, no es fácil determinarla con exactitud cuando hablamos del ámbito sanitario, por tanto valdrá la fecha de la actividad sanitaria o el periodo de la estancia en el centro sanitario en el cual se pudo producir el resultado⁵⁶.

A la hora de analizar ante quién se deberá presentar la reclamación, debemos distinguir si la lesión fue producida en un centro sanitario público o en un centro sanitario privado. En ambos casos se deberá presentar ante el Servicio de Salud, ya que como hemos venido diciendo, es responsable la administración. Sin embargo, cuando el responsable sea un centro sanitario concertado, puede ocurrir que la reclamación se presente ante la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado de España (MUFACE), la cual presta cobertura a los funcionarios públicos. Aquí surgiría un problema ya que se estaría iniciando una reclamación frente a un sujeto privado, y no frente a la administración. A raíz de este problema, la jurisprudencia en la STS de 23 de abril de 2008, señala que *“la reclamación dirigida al ente concertado, en su condición de representante o mandatario de la sanidad pública en el ejercicio de sus funciones, ha de tener los mismos efectos que la efectuada a la Administración pública y, en consecuencia, los requerimientos efectuados a dicha entidad, a quien la Administración encomienda la asistencia sanitaria, tienen efectos interruptivos de la prescripción.”*⁵⁷.

⁵⁶ CUETO PÉREZ, M., “Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario” en QUINTANA LÓPEZ, TOMÁS (Dir.), *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales.*, p. 1078.

⁵⁷ STS de 23 de abril de 2008, rec. n.º 2911/2003, FJ 2.

4.2. INICIO DEL PROCEDIMIENTO.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial se puede iniciar tanto a instancia de parte, como contempla el artículo 67 LPAC, como de oficio, de acuerdo con el artículo 65 LPAC.

Para poder iniciar dicho procedimiento, en primer lugar, deberá realizarse dentro del plazo legal para reclamar, es decir, que no haya prescrito su derecho a reclamar. Este derecho, tal y como establece el artículo 67 LPAC, prescribirá al año de haberse producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo.

No obstante, el citado artículo hace una clara diferencia del momento de la prescripción dependiendo de si nos encontramos ante un daño de carácter material, siendo este el caso citado en el párrafo anterior, o si nos encontramos ante un daño corporal. Por ello, cuando nos encontramos ante un daño físico o psíquico, el plazo para reclamar se comenzará a computar desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

Asimismo, atendiendo al artículo 32.4 y 5 de la Ley 40/2015, cuando nos encontremos ante una lesión producida como consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley que sea declarada inconstitucional, o fuese consecuencia de una norma declarada contraria al derecho de la UE, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el «BOE» o «DOUE» de la sentencia correspondiente que declare la inconstitucionalidad señalada.

Una vez determinado el momento en el que prescribe el derecho a reclamar, debemos acotar el contenido de la solicitud. De esto se encargan los artículos 66 y 67.2 LPAC, por lo que, en primer lugar, se identificará el interesado, mediante nombre y apellido, los hechos, razones y petición concreta que se solicita, el lugar en el que se

produjo la lesión, así como la firma del solicitante e identificación del órgano al que se dirige.

Además, se deberá especificar la lesión o lesiones producidas, la relación de causalidad entre esta y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica y el momento en el que la lesión se produjo, si fuese posible determinarlo. Además acompañará a la solicitud todas las alegaciones oportunas como documentos e informaciones convenientes junto a la proposición de la prueba.

4.3. INSTRUCCIÓN.

Una vez iniciado el procedimiento, todos los actos de instrucción se harán de oficio, sin perjuicio del derecho que tienen los interesados en proponer las actuaciones que estimen pertinentes.

Centrándonos en el ámbito sanitario, cabe destacar la importancia de dos pruebas concretas para así averiguar si se ha actuado, o no, de acuerdo con la *lex artis*: las pruebas periciales y los informes técnicos sobre la asistencia prestada.

No obstante, anteriormente a la solicitud de los informes se dará una audiencia a los interesados (art 82 LPAC), pudiendo estos en un plazo superior a diez días pero inferior a quince, alegar y presentar los documentos y justificaciones que consideren oportunas. Sin embargo, se podrá prescindir de dicha audiencia cuando solo se tengan en cuenta de cara a la resolución aquellas alegaciones y pruebas aducidas por el interesado.

El artículo 81 LPAC regula la solicitud de los informes y dictámenes en los procedimientos de responsabilidad patrimonial. Este diferencia dos tipos de informes diferentes: en primer lugar, el informe que deberá emitir el servicio que haya

ocasionado la lesión; y en segundo lugar, el informe del Consejo del Estado, o en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando la indemnización que se reclama sea igual o superior a 50.000€ o en los casos regulados específicamente en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

El informe del servicio tiene un carácter preceptivo, es decir, que será de obligatoria presentación, dándose un plazo de no más de diez días para su emisión, no pudiendo el procedimiento seguir su curso sin que se presente el mismo.

4.4. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

La terminación del procedimiento viene regulado en el Título X, Capítulo V de la LPAC, estableciéndose que, con carácter general, la terminación podrá darse de cuatro modos diferentes: por resolución jurídica, por desistimiento, por renuncia al derecho en que se funde la solicitud, siempre y cuando no esté prohibido por el ordenamiento jurídico, y por caducidad.

Adicionalmente, la propia ley dedica dos artículos a la terminación del procedimiento cuando nos encontramos ante un caso de responsabilidad patrimonial del estado, siendo estos los artículos 91 y 92.

Será necesario cuando nos encontremos ante un caso de responsabilidad patrimonial, pronunciarse sobre lo establecido en el artículo 88 LPAC junto a la existencia, o no, de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, cuando convenga, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización cuando esta proceda.

Además, cuando se produzca un *silencio administrativo negativo*⁵⁸ transcurridos seis meses desde el inicio del procedimiento, se podrá entender que la resolución es contraria a la indemnización del particular.

4.5. TERMINACIÓN ANTICIPADA.

Con carácter general, se podrá dar una tramitación simplificada del procedimiento cuando no se considere complejo o cuando existan razones de interés público. Esta tramitación podrá ser acordada tanto de oficio como a instancia de parte, acordándolo así las Administraciones públicas (art. 96 LPAC).

En tal caso, debemos diferenciar cuando se acuerde de oficio o a instancia de parte. Si se acuerda de oficio, se deberá notificar a los interesados, pudiendo ocurrir que alguno presente oposición a la tramitación simplificada, debiendo entonces proceder con la ordinaria. En cambio, si se solicita por los interesados, el órgano deberá confirmar que concurre alguna de las circunstancias citadas anteriormente, pudiendo desestimar la solicitud en el plazo de cinco días desde la presentación.

Concretamente cuando nos encontramos frente a un procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se puede suspender el procedimiento general e iniciar el procedimiento simplificado cuando existe una clara relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y así como la valoración del daño y cálculo de la cuantía de la indemnización (art. 96.4 LPAC).

⁵⁸ CONCEPTOS JURÍDICOS, <<https://www.conceptosjuridicos.com/silencio-administrativo/>> “El silencio administrativo es un mecanismo que protege a los ciudadanos frente a los incumplimientos de la Administración Pública en la resolución de sus procedimientos administrativos. Se produce cuando la Administración no contesta a alguno de los actos administrativos que se le hayan interpuesto.”. [Consulta. 01/03/2022]

El plazo para este tipo de procedimientos es de treinta días para que se dicte su resolución, contándose el plazo desde que se notifique al interesado el acuerdo del trámite por esta vía. En esta constarán los siguientes trámites (art. 94.6 LPAC):

- a) Inicio del procedimiento de oficio o a solicitud del interesado.
- b) Subsanación de la solicitud presentada, en su caso.
- c) Alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante el plazo de cinco días.
- d) Trámite de audiencia, únicamente cuando la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado.
- e) Informe del servicio jurídico, cuando éste sea preceptivo.
- f) Informe del Consejo General del Poder Judicial, cuando éste sea preceptivo.
- g) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos en que sea preceptivo. Desde que se solicite el Dictamen al Consejo de Estado, u órgano equivalente, hasta que éste sea emitido, se producirá la suspensión automática del plazo para resolver.
- h) Resolución.

En el caso de que falte alguno de los trámites nombrados anteriormente, se pasará a tramitar de manera ordinaria (art. 96.7 LPAC).

5. LA INDEMNIZACIÓN O EL RESARCIMIENTO.

Para calcular la indemnización correspondiente nos dirigimos a la normativa reguladora de esta materia, que se encuentra en el artículo 34 L 40/2015, la cual ha añadido ciertos criterios respecto al art. 141 LRJPAC.

Dicho artículo señala que solo serán indemnizables aquellas lesiones producidas al particular por daños que este no tenga el deber jurídico de soportar. Por tanto, no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar según el estado del conocimiento de la ciencia o técnicas existentes en el momento de la producción de la lesión, sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

Con la derogación de la LRJPAC y la entrada en vigor de la nueva L 40/2015, se añadió a lo dispuesto anteriormente que, en los casos en los que la responsabilidad patrimonial nazca como consecuencia de la aplicación de una ley inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea⁵⁹, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la ley u otra norma contrario al Derecho de la Unión Europea.

Atendiendo al segundo punto del artículo 141 LRJPAC, para realizar el cálculo de dicha indemnización, se atenderá a lo dispuesto en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

⁵⁹ Véase el art. 32 puntos 4 y 5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Publicado en «BOE» núm. 236, de 02/10/2015.

Dicho artículo también ha sido ampliado en la L 40/2015, añadiendo que cuando el daño sea la muerte o lesiones corporales, se tomara como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

La cuantía de la indemnización se contará desde el día que se produjo efectivamente la lesión, sin perjuicio de la actualización de la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, incrementándose cuando procedan intereses de demora en el pago de la indemnización fijada, que se exigirá en virtud de la Ley General Presupuestaria⁶⁰.

Finalmente, una vez se haya concretado la cantidad indemnizatoria, la cual será de manera monetaria, será abonada mediante pagos periódicos. La ley da la opción de poder sustituir la indemnización monetaria por una compensación en especie cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado, pero no es lo más habitual⁶¹.

⁶⁰ Ibidem, art. 34.3

⁶¹ Ibidem, art. 34.4

CONCLUSIONES.

PRIMERA. - A pesar de tratarse de un tema actual, sobre todo durante los últimos años en los que nos hemos encontrado ante un estado de alarma por la emergencia sanitaria como consecuencia del COVID-19, se trata de una rama poco desarrollada legislativamente dado que encontramos su regulación únicamente en la ley 39/2015 y ley 40/2015, las cuales no profundizan en caracteres especiales como son los requisitos esenciales para determinar la responsabilidad. Sin embargo, si encontramos un desarrollo más profundo por parte de la jurisprudencia y la doctrina gracias a la cantidad de incidencias que se producen a diario.

SEGUNDA. - La sanidad pública en España sufre de un gran colapso en sus hospitales, ya sea en urgencias o lista de espera para intervenciones quirúrgicas o citas con médicos especialistas, lo cual deriva en un elevado número de daños por su lentitud y demora. Este déficit ha incrementado en los últimos dos años como consecuencia de la COVID-19, habiendo más retrasos de lo habitual, incluyendo la paralización de intervenciones quirúrgicas, e incluso la falta de material y de personal, no pudiendo, por ejemplo, ingresar a un número indeterminado de personas por falta de recursos. Como consecuencia, también han incrementado las demandas contra la administración pública por parte de los perjudicados o personas allegadas con el fin de que se les compense por el daño sufrido, ya sea material o moral, produciéndose así una masificación y colapso a la hora de dar una respuesta jurídica al conflicto.

La responsabilidad patrimonial viene siendo una garantía del sujeto damnificado para así compensar el daño sufrido, lo cual no conlleva que vaya a ser indemnizado por cualquier circunstancia dado que ello daría un trato de aseguradora universal en lugar de

institución pública. En dicho punto cabe mencionar la importancia el criterio de la “lex artis” al acotar la responsabilidad patrimonial.

Una vez más nos encontramos ante un requisito esencial de escasa, por no decir nula, regulación jurídica, habiendo sido creada doctrinalmente. Este criterio habilita y determina que las actuaciones médicas se realizan de acuerdo a los protocolos y al actual conocimiento de la ciencia. En mi opinión, al tratarse de un requisito tan importante, ya que es el factor por el cual se determinará quién es el responsable patrimonial, deberá ser objeto de modificación y ampliación legislativa la propia legislación actual, para así concretar qué es la “lex artis” y cuáles son los requisitos que deben cumplir para así estar actuando de acuerdo con la misma.

TERCERA. - En la práctica, debido a la escasa regulación existente en la materia, juega un papel importante la figura del juez a la hora de determinar la responsabilidad y la indemnización, primando la libre valoración de la prueba.

El principal problema dentro de la responsabilidad patrimonial es la determinación del daño moral dado que no se trata de un daño físico evaluable por su gravedad, sino ante un daño de carácter subjetivo. La escasez de regulación contenciosa-administrativa ante esta situación nos lleva a guiarnos de parámetros de otras ramas del derecho, como son el derecho penal o el civil, los cuales sirven para tener un modelo pero no como norma vinculante.

Por tanto, es de especial importancia que se regule esta cuestión dado que, al quedar al arbitrio del juez la valoración de la prueba ante las lesiones, se podría crear un trato diferente dependiendo del caso ante nos encontremos, no habiendo una objetividad absoluta frente a la totalidad de casos de naturaleza similar o igual.

BIBLIOGRAFÍA

- CUETO PÉREZ, M., “Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario” en QUINTANA LÓPEZ, TOMÁS (Dir.), *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESUS «Causalidad probabilística, incertumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad» en Revista Aragonesa de Administración Pública ISSN 2341-2135, núm. 45-46, Zaragoza, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo II, 16ª edición*, ed. Civitas, 2020.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E. (2019), “Administración sanitaria y responsabilidad por productos sanitarios defectuosos con marchamo CE.” Revista española de Derecho Administrativo num.200/2019, ed. Civitas, SA, Santa Cruz de Tenerife, 2019.
- HURTADO DÍAZ-GUERRA, M^a. I., *El Daño Moral en la Responsabilidad Patrimonial Sanitaria.*, ed. Tirant lo Blanch, 2018
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M^a., “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)” en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- RIVERO ORTEGA, R., *Derecho administrativo*, ed. Tirant lo Blanch, 2019.

ÍNDICE DE SENTENCIAS.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 17 de noviembre de 1990.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 10 de octubre del 2000 (recurso 3931/1966).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 1 de noviembre de 2001 (recurso 6972/1997).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 27 de julio de 2002 (recurso 4012/1998).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 23 de abril de 2008 (recurso 2911/2003).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 23 de mayo de 2012 (recurso 6010/2010).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 13 de noviembre de 2012 (recurso 5283/2011).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 20 de enero de 2014 (recurso 6299/2011).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 19 de mayo de 2015 (recurso 4397/2010).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 6 de mayo de 2015 (recurso 2099/2013).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1832/2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 18 de julio de 2016 (recurso 4139/2014).