



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO SANITARIO

María José Moreno Padilla

Mayo, 2019

ÍNDICE	Págs.
1. INTRODUCCIÓN	4-6
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y MARCO NORMATIVO	7-12
3. REGULACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LAS LEYES 39/2015 Y 40/2015	12-14
4. CARACTERES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA	15-21
4.1. La pretendida objetividad de la responsabilidad sanitaria: el criterio de la <i>lex artis</i>	16
4.2. El carácter directo de la responsabilidad sanitaria	18
4.3. El carácter general y unitario: la unidad jurisdiccional	20
5. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA	21-40
5.1. La lesión resarcible	23
5.1.1. Daño antijurídico	23
5.1.2. Caracteres del daño	31
5.2. Imputación a la Administración Pública Sanitaria	33
5.3. Relación de causalidad	35
5.3.1. La concurrencia de causas	37
5.3.2. La carga de la prueba	38
5.3.3. Ruptura del nexo causal	38
5.4. Ausencia de fuerza mayor	39
6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	40-51
6.1. Inicio del procedimiento. Plazo para iniciarlo. Prescripción.	40
6.2. Desarrollo del procedimiento	44
6.3. Terminación del procedimiento	48
6.4. Procedimiento administrativo simplificado	50
7. CONCLUSIONES	51
8. BIBLIOGRAFÍA	53

Abreviaturas

Art. – Artículo

Arts. – Artículos

CC – Código Civil de 1889

CE – Constitución Española

FJ - Fundamento Jurídico

LEF – Ley de Expropiación Forzosa

LOPJ - Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LPACAP – Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LRJ-PAC – Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

LRJSP – Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

SAN – Sentencia de la Audiencia Nacional

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ – Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TS – Tribunal Supremo

RESUMEN

El siguiente trabajo versará sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, siendo una de las instituciones jurídicas de gran importancia en nuestro ordenamiento debido a la manifestación del Estado de Derecho, así como su presencia habitual en la vida cotidiana del individuo, ya que este sistema trata la relación que tiene la ciudadanía con la Administración Pública y la protección de los derechos del ciudadano frente a la vulneración por parte de la Administración.

En el ámbito sanitario a principios del siglo pasado podíamos decir que la responsabilidad patrimonial no existía, y a día de hoy es indudablemente un gran núcleo de reclamaciones judiciales, debido a ello se produce un aumento en el número de reconocimientos indemnizatorios a los administrados, cifras que no paran de crecer cada año, por ello resulta de interés el estudio de esta figura, las características, supuestos en materia sanitaria, así como su evolución jurisprudencial.

Palabras Clave: Responsabilidad Patrimonial, sanidad pública, Administración Pública, jurisprudencia, indemnización

ABSTRACT

The following work will deal with the patrimonial responsibility of the Public Administration, being one of the legal institutions of importance in our legal system due to the manifestation of the Rule of Law, as well as its habitual presence in the life of the individual, since this system It deals with the relationship that citizens have with the Administration and the protection of the rights of the citizen against the violation by the Administration.

In the health field at the beginning of the last century we could say that the patrimonial responsibility did not exist, and today is undoubtedly a large core of judicial claims, due to this there is an increase in the number of compensation recognitions to those administered, figures that they don't stop growing every year, therefore it's of interest the study of this figure, the characteristics, assumptions in health matters, as well its jurisprudential evolution.

Keywords: Patrimonial Responsibility, public health, Public Administration, jurisprudence, indemnification

1. INTRODUCCIÓN

De manera previa a este trabajo me gustaría hacer mención en primer lugar a los motivos por los que elegí el tema de la responsabilidad patrimonial, y es básicamente mi especial interés en el derecho público y en la rama del derecho administrativo ya que pienso que guarda una importante relación con el grado que he cursado en estos últimos 4 años. Para mí es fundamental el conocimiento de esa disciplina, sobre todo cuando se trata de la parte reguladora de las relaciones entre la Administración Pública y el administrado, y es que aunque no queramos la Administración forma parte nuestras vidas desde que nacemos, es por ello a su vez que he querido concretar en la responsabilidad patrimonial, que sin duda, es uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho y dentro de todas las áreas que abarca la responsabilidad patrimonial he decidido optar por la rama sanitaria.

En segundo lugar, quiero hacer una síntesis de los objetivos que pretendo con el desarrollo de esta memoria:

- Demostrar mi capacidad de reflexión crítica a través de la investigación sobre el contenido de mi TFG elaborando mi propia tesis.
- Afianzar mi nivel de conocimiento obtenido en la rama del Derecho Administrativo y en la materia de la responsabilidad patrimonial durante mi período de formación en el Grado de Gestión y Administración Pública.
- A través de la búsqueda de bibliografía y jurisprudencia ser capaz de manejar de forma eficiente y útil la información de la que dispongo a través de estos medios y sacar aquellos puntos que sean más relevantes para cualquier trabajo de investigación.
- Fomento de mis capacidades para incorporar con ingenio mis competencias en esta materia para tener la posibilidad de emplearlas en casos reales y poder solucionar problemas, así como para organizar una defensa consolidada de mis ideas y criterios propios reafirmandome en los conocimientos logrados.

Además de esta síntesis comentaré el procedimiento y metodología, así como las fuentes y bibliografía que voy a utilizar para la realización TFG.

Se utilizará una técnica descriptiva, ya que comenzaré introduciendo conceptos básicos y definiciones de la materia de la responsabilidad patrimonial apoyándome en material bibliográfico, así como en la legislación vigente, jurisprudencia y otro material

de interés facilitado por mi tutor Salvador Martín Valdivia cuando me impartió en el año 2017 la asignatura de Derecho Administrativo II.

El trabajo se articulará en ocho apartados, comenzando por una introducción básica del concepto y caracteres, pasando por los antecedentes históricos más destacables, incidiendo en su marco normativo básico tanto del régimen general como del marco sanitario, así como el fundamento y elementos que giran en torno a la responsabilidad patrimonial, sin perder de vista la concreción de la responsabilidad de la administración sanitaria, una vez que haya alcanzado una visión total y universal del tema realizaré una serie de conclusiones en base a la jurisprudencia vista y finalizaré este TFG con las referencias bibliográficas y jurisprudenciales en las que me he basado.

Antes de concluir con esta introducción me gustaría aproximarme al concepto de la responsabilidad patrimonial y añadir unos caracteres generales sobre este principio.

La responsabilidad patrimonial es uno de tantos tipos de responsabilidad jurídica que existen, aunque el término responsabilidad jurídica por su carácter general puede dar lugar a varias interpretaciones, y hay distintos tipos de responsabilidad como la penal que se exige ante un delito o falta tipificada, la civil derivada de los arts. 1001, 1006 y correlativos del CC que parte del concepto de culpa y si existe la culpabilidad existe por tanto la responsabilidad. Me centraré en la responsabilidad patrimonial la cual es el eje principal de este trabajo y se puede definir a esta responsabilidad como una institución que ampara la integridad patrimonial de los administrados frente a las injerencias e infortunios de los poderes públicos, atendiendo a la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, al margen de la potestad expropiatoria, como consecuencia de la actividad desarrollada en el ejercicio del poder.

También se configura como¹:

-General: en cuanto comprende a toda la actividad administrativa, tanto fáctica como jurídica, por acción o inacción.

-Directa: no actúa como un simple sistema de cobertura de las lesiones provocadas ilícitamente por la Administración Pública, el personal a su cargo o sus organismos, de

¹ Martín Rebollo, L. (septiembre-diciembre 1999) realiza una aproximación a las características de la responsabilidad patrimonial en “Ayer y Hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones”, *Revista de Administración Pública*, nº150, pp. 317-371

manera que da cobertura directamente y no de forma subsidiaria la eventual acción u omisión perjudicial de su personal.

-Objetiva: esto quiere decir a que es indeterminada a la culpabilidad del sujeto causante de esa responsabilidad, la existencia de la relación de causalidad se exige como uno de los requisitos, con la finalidad de eludir que cualquier imprevisto desfavorable o perjudicial para el administrado que pueda suceder con independencia del actuar administrativo varíe el sistema de responsabilidad patrimonial a una estructura jurídica demasiado provechosa y ventajosa para el administrado que no se encuentra recogida en el ordenamiento jurídico.

-Tendente a la reparación integral: incluye la reparación del daño físico o material, así como de los daños morales causados al administrado.

-Unidad de jurisdicción: no solamente en relación a la regulación material, sino a que esta unidad jurisdiccional supone poner fin a los interrogantes sobre cual jurisdicción competente de la responsabilidad patrimonial, que en este caso no hay lugar a dudas de que es la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Aparte de la identificación de características principales de la responsabilidad patrimonial es preciso conocer cuáles son los antecedentes históricos desde su aparición antes del S. XX, esta evolución y desarrollo que ha tenido este principio en nuestro Derecho Positivo nos permite saber cuáles son los caracteres fundamentales que conforman nuestro sistema actual de responsabilidad patrimonial.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

En el contexto europeo las intensas transformaciones de la sociedad sucedidas tras el período de la Revolución Francesa llevan a una modificación del paradigma social, el ciudadano cambia su percepción del Poder, no concibe que al Estado solo se le exija la salvaguarda de los derechos y libertades, sino también que los poderes públicos dentro de un marco económico-social debían de ofrecer una serie de prestaciones para garantizar así de forma explícita y directa estos derechos y libertades, de ahí surgía un deber del Estado con su ciudadanía.

La institución de la responsabilidad patrimonial tuvo distinta incidencia y desarrollo según el Estado del que se tratase. El comienzo de la responsabilidad patrimonial, de

forma contradictoria a lo que conocemos en la actualidad, el Estado no se veía comprometido por sus acciones u omisiones, es decir, no estaba obligado a responder por sus actos o inacciones justificándose en la inmunidad de la corona y el poder utilizando la famosa expresión “*the king can do no wrong*”.

En nuestro ordenamiento jurídico se protegía de forma ciertamente satisfactoria a la propiedad a través del cauce de expropiación forzosa regulado en la LEF de 1879, aunque carecía de una protección específica ante las actuaciones o inacciones que causasen un daño a un particular por parte de la Administración.² Ante esta circunstancia la única regulación compatible con este principio de responsabilidad era la que hacía el CC, que basaba la responsabilidad en la idea de culpa o negligencia, a su vez esto imposibilitaba la formación de una estructura de responsabilidad que fuese sencilla, directa y eficaz.

Décadas más tarde se comenzó a vislumbrar en la legislación administrativa de los años 50 y 60, así como en las leyes de Expropiación Forzosa de 1954 y del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 un sistema de responsabilidad patrimonial con caracteres y supuestos más similares al sistema que tenemos ya consolidado. El desarrollo de esta institución se caracterizó por ser paulatino y gradual en nuestro Derecho Positivo, como consecuencia del marco social y normativo de aquella coyuntura.

Como he mencionado antes en nuestro CC, aparecía regulado en el art. 1902³ el primer régimen jurídico de responsabilidad, el siguiente precepto el art. 1903 atribuye además esa responsabilidad no solo a los actos u omisiones propios, sino igualmente a los de aquellas personas de quienes se debe responder.

A pesar de ello, los tribunales decidieron que en los supuestos en los que la Administración Pública actuará a través de un funcionario público, era este el que debía asumir la responsabilidad como manifestación de la Ley de Responsabilidad Civil de

² Garrido Falla, F. (1989) “Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, nº 119 p 26 apunta a que “*durante el siglo XIX parte de una situación en la que contrasta la relativamente satisfactoria protección formal de la propiedad a través del cauce de la expropiación forzosa que, en desarrollo del artículo 10 de la Constitución de 1876, se contiene en la Ley de 10 de enero de 1879, con la falta de garantías específicas frente a cualesquiera otras actuaciones de la Administración que producen daños a los particulares.*”

³El art. 1902 CC establece que “*quien por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a indemnizar el daño causado*”

Funcionarios⁴ (LRCF) de 1904, como apunta Faya esto tiene un sentido lógico en la línea de actuación seguida en el ámbito del derecho privado y las limitaciones impuestas por el CC especialmente vinculado al principio de culpabilidad⁵, aunque ocurrió un problema en la interpretación que provocó la inaplicación del régimen jurídico hallado en este precepto y este impedimento resultó ser la complicación en la identificación de aquellos supuestos de quien actúa por cuenta de la Administración responde al concepto de agente especial.

En el ámbito de la prestación sanitaria la relación médico-paciente se encuadraba en un marco privado, además de la existencia del principio de confianza entre ambas partes y, en segundo lugar, el facultativo tenía una relación de supremacía con el paciente generando ciertas descompensaciones y desigualdades, por ello el usuario del servicio médico no tenía la posibilidad de reclamar por los daños sufridos durante la prestación de este servicio a causa de lo cual no se concebía exigir esa obligación de reparar las lesiones provocadas.

La salud forma parte sin duda aparente de uno de los pilares fundamentales para la calidad de vida de la persona. Desde tiempos remotos la humanidad ha procurado buscar tratamientos y remedios tanto dentro de la medicina tradicional como en la ciencia médica ante cualquier enfermedad. Debido a ciertas costumbres antiguamente se estimaba que el propio individuo era el que debía velar y cuidar de su estado vital sobre todo cuando se trataba de conservar y proteger su propia salud, ya que se consideraba que el mismo era el que mejor se conocía y sabía cómo cuidarse. Por ello el Estado solo ponía especial atención en la disciplina sanitaria cuando ya se veía afectada la calidad de la vida y la salud de la ciudadanía en general a niveles de pandemia, así que toda las medidas y la legislación que se aprobaban eran preventivas, por lo que ni siquiera se consideraba el servicio asistencial. Aunque si es cierto que existían colectivos que suplían esta carencia de trato asistencial, como aquellos relacionados con la iglesia o asociaciones voluntarias de interés público que prestaban sus servicios a los más necesitados como Cruz Roja.

Puede hablarse de una segunda etapa de transición en la responsabilidad patrimonial con la llegada de la efímera Constitución de 1931, que a tenor literal de su art. 41 “*Si el*

⁴ Conocida también como la Ley Maura determina que “*la responsabilidad del funcionario o autoridad dependa de la inobservancia de algún precepto cuya ejecución se les hubiese exigido previamente por escrito.*”

⁵ Faya Barrios, A. (2015) “Introducción y Régimen Jurídico”, *Manual de Responsabilidad Pública*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública pp 32-35

funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de terceros, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la ley.”

Haciendo un estudio y lectura de este precepto entendemos que se trata de una respuesta reaccionaria a lo que estaba anteriormente establecido en el sistema, y que desde este punto se marca el carácter directo y objetivo de la responsabilidad, en este caso la culpabilidad la asumirá el Estado o la Entidad donde el funcionario público esté ejerciendo un cargo y desde donde preste sus servicios. La responsabilidad que ocasionalmente se pudiese derivar de la asistencia sanitaria prestada por los servicios del Seguro Obligatorio de Enfermedad⁶ o de la Seguridad Social, tendría una particularidad administrativa pública en cuanto se refiere al funcionamiento de un servicio público, no obstante, el número de casos de responsabilidad patrimonial que finalmente acabaron en los tribunales fueron relativamente escasos.

A pesar de todos estos avances no podemos hablar de responsabilidad patrimonial con carácter general hasta la aprobación de la LEF⁷ en el año 1954, en su art. 121 se dictamina lo siguiente *“dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento una lesión que los particulares sufran en bienes y derechos, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (...) sin perjuicio de las responsabilidades que la administración pública exige de sus funcionarios...”*.

Si hacemos análisis del contenido de esa disposición encontramos similitudes con el art. 41 de la CE de 1931, se deduce que la responsabilidad es objetiva, directa, integral, indistintamente que el daño generado derivado de la operatividad de los servicios públicos fuera normal o anormal. Dicho de otra manera, cualquiera que sea el tipo de lesión que los administrados soporten en sus bienes y derechos siempre que haya sido consecuencia de la actuación administrativa, ya sea por funcionamiento normal o anormal, originaría el derecho a indemnización por parte de la Administración Pública hacia el afectado.

⁶ Cueto Pérez, M. (1997) “La sanidad pública con carácter asistencial: evolución histórica”, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Barcelona: Tirant lo Blanch sobre el Seguro Obligatorio de Enfermedad “*Su implantación tuvo que superar una serie de dificultades dadas principalmente por los intereses de sociedades mercantiles, antes de su aparición la protección de la salud de la población se hacía por regímenes de carácter voluntario establecidos por sociedades médicas y compañías de seguro (...) con un carácter marcadamente privado.*”

⁷ Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, BOE núm. 351 de 17 de diciembre de 1954, pp 8261-8268

Más adelante, en la LRJAE⁸ se va a extender el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial al daño y detrimento soportados por la persona en cualquiera de sus bienes y derechos, aunque seguía excluyendo, eso sí la causa de fuerza mayor, y se proyecta respectivamente una caracterización superior del daño para que sea susceptible de indemnización como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, estableciéndose que el daño debía ser efectivo, individual y evaluable en cuanto a un individuo o a un grupo de personas. Este sistema de responsabilidad, sin modificaciones de gran transcendencia fue el que se recogió en la anterior LRJ-PAC⁹ de 1992.

Una vez que la responsabilidad patrimonial quedo consolidada en nuestro ordenamiento jurídico, existía una necesidad imperiosa de conferirle un rango normativo superior para ello se incorporó a nuestra Carta Magna y se manifiesta en los arts. 9.3 y 106.2. En el art. 9.3 se va a garantizar esa responsabilidad de los poderes públicos, y en el art. 106.2¹⁰ se recoge el derecho que tienen los particulares a ser indemnizados de todo daño y lesión que les hayan causado precisamente esos poderes públicos al prestarles un servicio, estableciéndose, no obstante, una serie de excepciones y el condicionante de que el daño provocado sea consecuencia de un mal funcionamiento del servicio.

Entre estos servicios públicos se van a incluir las prestaciones sanitarias, que precisamente en nuestra CE viene recogido como un principio rector de la política social y económica, determinando el derecho de protección a la salud para el ciudadano existiendo un compromiso por parte del Estado para garantizarlo a través de la aprobación de distintas leyes para poder dotar al sistema de los servicios sanitarios necesarios y medidas preventivas que se les van a prestar a los administrados. La competencia exclusiva que le otorga la CE al Estado en materia de Sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos se halla en el art. 149.1.16. Ese carácter exclusivo marca que estas materias únicamente podrán

⁸ Decreto de 26 de julio de 1957 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, BOE núm. 195 de 31 de julio de 1957, pp 646-651

⁹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992, pp 40300 a 40319

¹⁰ Artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978, BOE núm. 311.1 de 29 de diciembre de 1978 establece que *“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.”*

ser reguladas por las leyes estatales, y no por las leyes aprobadas en los distintos Parlamentos autonómicos.

La distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en el ámbito sanitario, surgió del título VIII de la CE. A través de esta se creó unas Administraciones Públicas de base territorial que eran las CCAA, al crearlas era ineludible que a estas se le transfirieran una serie de competencias. Las competencias en nuestra CE vienen recogidas en los arts. 148 y 149, en el art. 148.1. 21º se le otorga a la CA competencias en “*las siguientes materias (...) Sanidad e higiene*” y en el art. 149.1.16 como bien he mencionado antes se delimita la competencia exclusiva del Estado en estas materias. Es preciso entonces para acotar con precisión el marco competencial entre el Estado y las CCAA, distinguir entre lo que es o no competencia del Estado, y si no es competencia exclusiva del Estado, la CA podrá atribuírselo.

En desarrollo del art. 43 de la CE, se aprobó la LGS¹¹, a lo largo de toda su estructura y como finalidad principal se va a garantizar la protección real de la salud, asimismo, las bases de la sanidad y su precisa coordinación general son parte del motivo por el que se promulgó esta ley y todos sus artículos son de obligado cumplimiento para cualquiera de las Administraciones Públicas. Tiene el carácter de legislación básica para las CCAA, que a la hora de legislar y coordinarse deben seguir lo dispuesto en esta ley.

Posteriormente para dotar y complementar a la LGS se aprobaron leyes de naturaleza autonómica en materia de ordenación sanitaria, así como normas estatales que fueron delimitando nuestro sistema sanitario, de estas las leyes estatales me gustaría destacar la ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias.

Llego a la conclusión de que lo esencial de toda esta normativa básica, es que se generan unas obligaciones básicas para todas las Administraciones en correlación con los derechos del paciente, que si la Administración no cumple con estas obligaciones podría ocasionar un perjuicio al usuario del correspondiente servicio sanitario y así dar lugar a la concurrencia de la responsabilidad patrimonial.

¹¹ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986

Transcurrió cierto tiempo hasta la regulación integral de la responsabilidad patrimonial, fue llevada a cabo a través de la LRJ-PAC en 1992 declarando en su Exposición de Motivos que *“hace realidad la previsión contenido en el art. 149.1.18ª de la CE sobre el establecimiento de un sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”*, aparte de *“constituir junto al principio de legalidad, uno de los grandes soportes del sistema”*, esta responsabilidad como bien he mencionado antes ya venía establecida en la LRJAE y no hay aparentes modificaciones al respecto. En la LRJ-PAC se desarrolla en su Título X, arts. 139 a 146 siendo algunos cambiados por la Ley 4/1999, de 13 de enero que modifica a la LRJ-PAC, además de la existencia de un Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial en virtud del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3. REGULACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LAS LEYES 39/2015 Y 40/2015

En el art. 149.1.18 de nuestro Texto Constitucional, se le confiere al Estado la competencia exclusiva sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por lo que el sistema queda unificado. La regulación vigente de la responsabilidad patrimonial es llevada a cabo por las LPACAP y LRJSP, ambas del 1 de octubre de 2015.¹²

La justificación de la aprobación de estas leyes viene derivada de la situación de recesión económica causada por un conjunto de malas prácticas bancarias e inmobiliarias que dio nombre a este período como la *“Crisis Financiera de 2008”*. Durante aquella fase de crisis derivó en que los Estados de la Unión Europea tomaran conciencia de la situación, y en el caso concreto de España se llevaron a cabo una serie de medidas para mitigar entre otros aspectos la ineficiencia de las Administraciones Públicas. Para ello se creó la CORA¹³ cuya principal obra fue el informe CORA para la modernización y

¹² Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, pp 89343-89530 que derogan a la LRJ-PAC y todas las leyes y reglamentos vinculadas a ella.

¹³ Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, creada mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012, con el *“objetivo de convertir a nuestras AAPP en un factor de competitividad de la economía española, para la cual se propuso más de 200 medidas de racionalización de estructuras, procedimientos y recursos...”*.

simplificación administrativa, que tanto a nivel estructural como normativa se plasmaría en el Informe a fecha de 21 de junio de 2013.

Este informe apuntaba a la exigencia de modificar el paradigma normativo de las Administraciones Públicas, y dos de las leyes que se aprobaron basándose en él, fueron la LPACAP y la LRJSP, que, un sector de la doctrina¹⁴ señala a que son insuficientes e ineficientes, y sí tenían el propósito de mejorar la legislación administrativa han tenido el efecto contrario empeorando la situación actual, por ejemplo, como ocurre con la potestad sancionadora que si se quiere saber cuál es la regulación vigente es preciso acudir a ambas normas, pues se ha disgregado la regulación de los principios de estas figuras jurídicas de la reglamentación de su procedimiento, procedimientos que han perdido su tradicional sustantividad propia respecto al procedimiento común convirtiéndose en meras especialidades de este último, precisamente en la Exposición de Motivos de la LPACAP se afirma que *“entre las novedades destaca que procedimientos especiales sobre potestad sancionadora y responsabilidad patrimonial, se integran como especialidades del procedimiento administrativo común (...) cumpliendo con el objetivo de simplificación de los procedimientos administrativos.”* Y es, que no se debe ni se puede categorizar a unas instituciones de gran importancia en nuestro Derecho Administrativo como es la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora como unos simples “procedimientos especiales”, su regulación precisamente por mandato constitucional debe abarcar todos los elementos y estructura de estas instituciones tanto en el ámbito del procedimiento como en otros aspectos sustantivos.

Esta valoración negativa por parte de la doctrina puede dividirse en dos grandes bloques. El primero de ellos a razón de la esencia de la regulación sostiene que no ha variado apenas su contenido en relación a la interpretación de la norma, y el otro apartado es referido a la naturaleza formal. La aparente intencionalidad de reglar aspectos indivisibles trae como consecuencias la aparición de ciertas anomalías como las relativas en la responsabilidad patrimonial, que se observa que la regulación no es más eficiente y comprensible sino todo lo contrario es dispersa y farragosa. Lo que la LRJ-PAC contenía de modo preciso en solo capítulo de la Ley, siendo desarrollado por tanto en un reglamento específico de la materia, en el presente cuenta con una estructura execrable

¹⁴ Dictamen del Consejo de Estado 275/2015, de 29 de abril de 2015, BOE, de 2 de octubre emitió un preceptivo trámite de valoración del Anteproyecto de la LPACAP

en la que los artículos aparecen diseminados por toda la LPACAP, mientras que el núcleo de la normativa se halla en otra ley distinta, en la LRJSP.

En relación a los requisitos específicos para advertir la concurrencia de responsabilidad, el régimen de responsabilidad patrimonial no sufre ninguna modificación. Su regulación se halla en el art. 32 de la LRJSP, y más en concreto en sus apartados 1 y 2, hay que señalar que dichos apartados son una reproducción literal de la regulación preexistente en la LRJ-PAC que regulaba de idéntica manera en los apartados 1 y 2 del art. 139.

La responsabilidad sigue siendo, por tanto, según lo establecido por el art. 32, directa y objetiva, resultando exigible la misma cuando se produzca una lesión en cualquiera de los bienes y derechos del individuo, debiendo como es habitual, ser efectivo el daño, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o a un grupo. A su vez el daño debe de ser, necesariamente imputable a la Administración, existiendo relación de causalidad entre la acción u omisión imputable y el resultado lesivo. El nexo de causalidad se romperá y no desplegará por lo tanto sus efectos en los casos de fuerza mayor o en los supuestos en los que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La LRJSP no estipula tampoco cambios significativos en cuanto a la responsabilidad concurrente de las Administraciones, en su art. 33 hace acopio de los preceptos del art. 140 de la LRJPAC y del art. 18 del RD 429/1993.

Sin perjuicio de que, si existe una novedad en la legislación consistente en el establecimiento de un plazo *“para el cumplimiento del trámite preceptivo por el que la Administración competente de instruir y resolver el procedimiento administrativo para la determinación de la responsabilidad patrimonial concurrente ha de consultar al resto de las Administraciones implicadas”*, cuya fecha está fijada en la actualidad en unos 15 días, y el art. 18.2 del RD 429/1993 no hacía ninguna mención del plazo en la fase de consulta entre Administraciones.

En la regulación de la indemnización si existen ciertas modificaciones, pero son bastante moderadas. Así, en el art. 34 de la LRJSP se sigue con lo determinado en la legislación anterior en cuanto a las reglas para concretarla, el momento en el que hay que realizar la valoración y en la forma en la que hay que hacer el pago o indemnización económica por el daño ocasionado.

No obstante, si se puede considerar como novedad destacable que en los supuestos de hecho de muerte o lesiones físicas se puede coger como referencia la estimación integrada en los baremos de la legislación vigente en el ámbito de los Seguros obligatorios y de la Seguridad Social, previsión que era ignorada por el art. 141.3 de la LRJPAC.

Acerca de las novedades procedimentales de la LPACAP que la LRJSP deberá sustanciar en cuanto al procedimiento para exigir la responsabilidad, las comentaré más adelante en un apartado específico sobre esta cuestión.

4. CARACTERES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

Los caracteres de la institución de responsabilidad patrimonial de la Administración conforman un término ya asentado y precisado tanto por la Doctrina como por la Jurisprudencia. El TS los ha definido en diversas ocasiones “(...) Dichos preceptos establecen, en sintonía con el artículo 106.2 de la CE, un sistema de responsabilidad patrimonial unitario, general que abarca toda la actividad por acción u omisión, de responsabilidad directa, objetiva, y, tendente a la reparación integral”. (STS del 22 de diciembre de 2014¹⁵)

La responsabilidad patrimonial sanitaria comparte con la responsabilidad patrimonial general la misma naturaleza y caracteres, por lo que toda la doctrina y la mayor parte de la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial administrativa se le puede atribuir, no obstante, en el ámbito sanitario existen ciertas particularidades que requieren de correcciones y modulaciones que iré desarrollando y mencionando en estos epígrafes.

La mayor parte de los autores la califican de responsabilidad extracontractual, lo más habitual es que la responsabilidad patrimonial sanitaria tenga este carácter porque se engloba en el marco de la actividad del servicio público sanitario que se sufraga a través de las aportaciones de los contribuyentes a las arcas públicas. No tendrán por tanto la condición de contractuales los servicios públicos destinados a atender a las necesidades básicas de la población, dicho con otras palabras, la relación en la que coexisten el Estado y su ciudadanía es la de un servicio público, por lo que no será contractual.¹⁶

¹⁵ Rec. 737/2014. Ponente: Sancho Gargallo, I.

¹⁶ Espinosa Fernández F. (2009) “La responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria” *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*, 1ª ed. Cizur-Menor: Aranzadi p 155

4.1 La pretendida objetividad de la responsabilidad sanitaria: el criterio de la lex artis

El hecho de que la responsabilidad tenga carácter objetivo supone que no es necesaria una actuación culpable para que pueda surgir dicha responsabilidad. Al contrario de lo que sucede en la responsabilidad civil, el art. 1902 del CC requiere la injerencia de una actuación culposa para que se manifieste la responsabilidad del sujeto, la responsabilidad de la Administración surge tanto por funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos. Indudablemente, esta regulación favorece la posición jurídica del particular, que no está obligado en probar la ilicitud de la actuación administrativa, sólo la relación de causalidad entre dicha actuación y la lesión sufrida. Nuestro Derecho Positivo fue estimado y valorado como uno de los más evolucionados y progresistas en comparación con otros ordenamientos jurídicos en la materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque a día de hoy lo que fue ensalzado y reconocido en aquel momento se ha convertido en objeto de crítica, hasta el punto en el que podemos mencionar la existencia de cierto retroceso. Si en el punto inicial se alabó de forma generalizada el talante objetivo de la responsabilidad, el paso del tiempo ha suscitado interrogantes en relación a lo adecuado de preservar un sistema de responsabilidad tan extenso, y más aún cuando se trata de la especialidad sanitaria.

El art. 106.2 CE y el art. 32.1 de la LRJSP dictan la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Aunque en la responsabilidad dicha objetividad se encuentra matizado por el criterio de la lex artis.

Por lo tanto, este sistema objetivo no es del todo aplicable a la administración sanitaria, como bien señala Gallardo Castillo¹⁷ *“no porque se incorpore la culpa entre los presupuestos de la responsabilidad, sino porque se carga las tintas en la antijuricidad y en la relación de causalidad en donde se añade un plus de exigencia que actúa de contrapeso del pretendido carácter objetivo del instituto resarcitorio.”*

Al final es la jurisprudencia la que ha incorporado en la institución de la responsabilidad una amplia cantidad de coherencia por medio del término de la lex artis. De esta manera empieza a ser de interés si el facultativo ha desempeñado su actuación

¹⁷ Gallardo Castillo, M. J. (2009) “Las características de la responsabilidad patrimonial sanitaria” La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, 1ª ed. Barcelona: Bosch pp 13-16

conforme a los criterios médicos establecidos cuando haya que delimitar si existe o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño ocasionado. Se puede definir a la *lex artis* según la STS 18 de diciembre de 2006 como *“aquel criterio valorativo para calibrar la diligencia correcta y adecuada exigible en todo acto o tratamiento médico, o aquellos principios esenciales que tienden a su normal desenvolvimiento”*¹⁸ aunque esta interpretación pueda resultarnos apropiada, no es la más idónea sino que hay que completarla, dicho de otro modo, la técnica ha de adaptarse a las condiciones del caso clínico en particular, esto es la denominada *lex artis ad hoc*, el TS señala en diversas sentencias que la *lex artis* *“comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolario de las técnicas previstas, aceptadas generalmente por la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza.”*¹⁹

La *lex artis* pasa a ser un principio de normalidad que ha de vulnerarse en la prestación del servicio sanitario para que surja la obligación de indemnizar y que es, al fin y al cabo, lo que termina rectificando la demasía de la objetivación de la responsabilidad. Un criterio de normalidad que permite evaluar el grado de corrección de las actuaciones de los facultativos y que obliga al profesional el tener que actuar a la orden de la diligencia debida y que es el que, al fin, permite definir los hechos que en realidad ocasionan la responsabilidad, requiriéndose para ello no sólo que exista el elemento de la lesión, sino además que se quebrante la citada “*lex artis*”, el incumplimiento de esta “ley del arte” trae consigo por defecto la inobservancia de la garantía de medios, garantía que, hay que indicar además, no entraña obligaciones cuantitativas ni cualitativas de forma categórica, ya que ello obligaría a brindar y administrar, continuamente y en cualquier caso caso, al paciente lo que la medicina actual pueda ofertar como más innovador y progresivo en ese preciso momento, se deduce que esto es imposible, por lo que una apreciación prudencial de tal garantía supone que la amoldemos a los límites que procedan de las condiciones del Estado, conocimientos y recursos económicos y monetarios, siempre que, eso sí quede amparado un estándar medio de prestación médica, que sería, de cualquier modo, reivindicable.²⁰

¹⁸ Rec. 59/2000 Ponente: Seijas Quintana, J. A. Núm. 1342/2006

¹⁹ Rec. 2761/1999 Ponente: Xiol Rios, J. A.

²⁰ Espinosa Fernández, F. (2009) Manual Responsabilidad Sanitaria p. 162

Finalmente, ni la Jurisprudencia ni el CdE han acabado por admitir totalmente los efectos posibles de esta realidad. Del mismo modo que aceptan la objetividad de la responsabilidad sanitaria, exponen que sin la regla correctiva de la *lex artis* se terminaría alterando el sistema. Así lo expuso el Consejo de Estado en uno de sus dictámenes señalando que *“Este carácter objetivo (...) no implica que todos los daños producidos en los servicios públicos sanitarios sean indemnizables, pues eso llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos, de forma amplia y contraria a los principios que la sustentan, que supondrían una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial es preciso acudir a parámetros como la lex artis, de modo que tan sólo en caso de una infracción de esta ley cabrá imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados. En el caso de que no se infrinja la lex artis, ha de concluirse que tales perjuicios no son imputables a la Administración y han de ser soportados por el particular sin que generen, en modo alguno, el derecho a percibir una indemnización.”*²¹

4.2 El carácter directo de la responsabilidad sanitaria

El carácter directo de la responsabilidad de la Administración significa que todos los particulares tienen la posibilidad de demandar ante la Administración cuando han sido lesionados por la actuación de los poderes públicos, es decir, podrán reclamar siempre frente a la Administración, esto incluye los supuestos los que el daño sea debido en indefinido a la función administrativa, como en los casos en los que la lesión sea consecuencia de las acciones del personal destinado en la Administración. Lo cual brinda al ciudadano una postura más beneficiosa que si la responsabilidad de la Administración tuviera la condición de subsidiaria, ya que le permite reparar el daño de forma más eficaz y precisa, en un tiempo más exiguo y salvando la posible aparición de insolvencias. En el caso de España el papel que adquieren las Administraciones es el de responsabilizarse precisamente de las actuaciones dañinas de sus autoridades y personal, sin exceptuar la posterior obligación de realizar la acción de regreso frente a ellos cuando estos hubieran incidido en dolo, culpa o negligencia grave.²²

²¹ Dictamen 989/1999, de 3 de junio del Consejo de Estado.

²² Cueto Pérez (2013) La Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

La responsabilidad patrimonial sanitaria también muestra este carácter directo, cualquier daño causado al administrado como resultado del funcionamiento de los servicios sanitarios, obliga a que el particular damnificado ejerza su derecho a reclamar ante la entidad donde se ha prestado la asistencia, con independencia de que la lesión se haya producido como consecuencia de una actuación del personal sanitario o bien como consecuencia de una actuación directamente imputable al servicio.

A pesar de ello, conviene aclarar de que no siempre es así, por ejemplo existe un hecho en el que la Administración responde con carácter subsidiario, a pesar de que el daño sea provocado durante la prestación del servicio público, me refiero a los casos en los que se procede y demanda por la vía penal las acciones de los profesionales de la medicina y otro personal sanitario en el SNS, supuestos bastante reiterados debido a la existencia de mayor celeridad del proceso penal, hay quien no duda en tratar de imputar al personal sanitario una responsabilidad de tipo penal, acumulando a la acción penal, lo que verdaderamente les importa en estos casos, que es la solicitud de reparación de los perjuicios padecidos.

Parte de la doctrina no se encuentra conforme con que la *“Administración responda de forma subsidiaria y no directa, como procede en los supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”*²³, porque lo que no parece tener mucho sentido es que en el momento en el que el administrado se reserva la acción de responsabilidad para actuar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la Administración se comprometa de modo directo, y si ejerce la acción a la misma vez además ante la jurisdicción penal entonces la responsabilidad patrimonial de la administración tendría carácter subsidiario, y de ello pueden derivarse ciertos pronunciamientos parciales.

El TS ha tenido la oportunidad de detallar algunas apreciaciones que son de especial interés²⁴:

-Aparte del hecho de que en la sentencia judicial se exponga la carencia del supuesto del que pudiese acarrear la responsabilidad, las resoluciones absolutorias por la vía penal

²³ Pemán Gavín, J.: "La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público", Documentación administrativa, 237-238, 1994. p. 307; Martín Rebollo, L.: "Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad", Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor E. García de Enterría, CIVITAS, 1992, vol. III; Pedreira Andrade, A.: "Ejercicio de los derechos y reclamaciones de los usuarios", en la ob. col. Jornadas sobre derechos de los pacientes 1990, INSALUD, 1992, pp. 699 y ss

²⁴ Rec. 2807/1993 y Rec. 455/1997 Ponente: González Rivas, J. J.

no impiden que la jurisdicción contenciosa puedan proclamar la responsabilidad patrimonial. Dicho de otro modo, el vínculo entre la sentencia penal y la declaración de la responsabilidad no es de causa-efecto, por lo que habiéndose proclamado la libre absolución por la carencia de engaño o de falta en la producción del supuesto, cabe seguirse el procedimiento de responsabilidad patrimonial que acabe con una resolución estimatoria a la pretensión indemnizatoria.

-Ninguna Jurisdicción, en este caso concreto la Penal tiene posibilidad de restringir ni incidir en la responsabilidad patrimonial, esta es considerada una facultad propia del orden contencioso-administrativo, pues cada una de las obligaciones surgen debido a motivos diferentes: en la penal, para determinar la responsabilidad condenable de los autores, y en la contencioso-administrativo dimana del funcionamiento de los servicios públicos y es precisa para concretar la responsabilidad patrimonial o contractual de la Administración.

4.3 El carácter unitario: la unidad jurisdiccional

Es unitario no solo en lo que respecta a su ordenación material, sino además en lo que supone una unificación de fuero jurisdiccional. Este carácter destaca por ser uno en los que más se ha pronunciado los distintos Tribunales y Juzgados, sobre todo a la hora de precisar quién es la jurisdicción competente para resolver las demandas en relación a la responsabilidad patrimonial, ha habido sentencias que le daban la razón la jurisdicción contencioso-administrativa como otras tantas que estaban en contra de que esta fuera la que tuviera esta atribución de juzgar esta cuestión.

Y ello pese a que en la regulación que de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que se contiene en nuestro Derecho Positivo, principio sobre el que se distingue el fundamento de la unidad jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo, con la LRJ-PAC, el RPR y la LOPJ²⁵, se realizó una apuesta concluyente y firme por la unidad del régimen jurídico, procedimental y jurisdiccional. Aún más decisivo, si es posible, se expresaba la LJCA a tenor de su art. 2. e) *“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo*

²⁵ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en la redacción del art. 9.4 *“Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo (...)”*

de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.”

Como podemos observar no eran suficientes ni totalmente esclarecedoras, pues estas leyes no terminaban de resolver los problemas que planteaba la intervención de sujetos privados a la producción del daño. Desde hace unos años y tras numerosos pronunciamientos del Tribunal de Conflictos, se decide concluir con el peregrinaje jurisdiccional en aquellos casos en los existían interrogantes en relación a la jurisdicción ante la que había que acudir para esclarecer tales demandas. Dicha unificación ante la jurisdicción contencioso-administrativa queda del todo arraigada con el artículo 35 de la LRJSP.

5. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

Tanto por parte de la Doctrina como el TS indica en su Sentencia de 28 de marzo de 2014²⁶ y en reiterada jurisprudencia que la responsabilidad patrimonial se condensa, en suma, en los siguientes requisitos:

“a) Que se haya generado un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

b) Que se trate de relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin la concurrencia de circunstancias que puedan enervar el nexo causal, tales como la fuerza mayor o la conducta propia del perjudicado.

c) La antijuridicidad de la lesión, entendida como la ausencia de la obligación de soportar el referido daño por parte del ciudadano.

d) Que la reclamación se efectúe en el plazo de un año desde que se ocasionó el citado daño.”

Nos encontramos básicamente con que los cuatro requisitos propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración²⁷:

- Existencia de lesión resarcible.

²⁶ Rec. 4160/2011. Ponente: Robles Fernández, M.

²⁷ Dichos requisitos podemos hallarlos en la LRJSP en el art. 32 “Principios de la responsabilidad”

- Dicha lesión sea atribuible a la Administración
- Relación de causalidad.
- Ausencia de fuerza mayor.

Las particularidades existentes en la responsabilidad sanitaria son originarias de la naturaleza propia del caso, es lógico que el restablecimiento de la calidad de vida y de la salud no sea posible garantizarlo ni con los medios más superiores y avanzados con los que pueda contar la ciencia médica, la mayor parte de la ciudadanía asiste a que les presten atención sanitaria porque se sienten enfermos/as derivado de la existencia de una posible lesión o enfermedad, y normalmente esa aparición no ha sido desencadenada por la actuación de la administración sanitaria. Por consiguiente, se estima *“que la obligación de los servicios sanitarios es una obligación de medios, no de resultados.”* Esta pauta general solo se exceptúa en aquellos individuos que se presentan en servicios médicos para obtener un resultado, por medio asiduamente del contrato pertinente. Es la medicina “satisfactiva” que por lo común se aparta del ámbito de actuación de la Administración Pública sanitaria. La formación de la responsabilidad patrimonial sanitaria se determina por la inflexión de los presupuestos generales de la responsabilidad de la Administración como es la antijuricidad del daño para que se trate de lesión resarcible, es decir, *“el deber jurídico de soportar un daño, como consecuencia de la aplicación de la doctrina de la lex artis que exonera a la Administración de su actuación cuando se han seguido los protocolos de actuación recomendados en la profesión médica, y también modulan ese régimen general elementos decisivos como la lex artis ad hoc, el consentimiento informado o la cláusula del estado de los conocimientos.”*²⁸

Una vez que hemos expuesto de forma concisa estos requisitos en este y otros apartados anteriores, es el momento de analizar uno por uno los presupuestos de responsabilidad y concretarlos al ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria.

5.1. La lesión resarcible

La responsabilidad patrimonial yace sobre la presencia del daño. Y tras ella, el concepto de lesión, es bien sabido que no es suficiente con la determinación del primero para que surja el motivo para ser resarcido, ya que se requiere que este se convierta en

²⁸ Sanz Gandasegui, F. A. (2009) “La responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria” Manual de Responsabilidad Sanitaria, 1ª ed. Cizur Menor: Aranzadi pp 183-186

una lesión indemnizable. Con el criterio del daño, aunque sea requerido, no posee como tal de capacidad para que sea resarcible, mientras que de ser que sí, la Administración dada la objetividad que se deriva de su responsabilidad, que, en esencia de su fundamento, le exime de demostrar la culpa el funcionamiento anormal del servicio, debería entonces de responsabilizarse por cualquier perjuicio patrimonial se produzca.²⁹ Como bien afirma la SAN de 24 de mayo de 2000, *“la lesión se define como daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el sentido técnico-jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio no todo daño y perjuicio es constitutivo de lesión.”*

El TSJ de Baleares, en su sentencia de 3 julio 2018, afirma que las lesiones resultantes en la Sanidad Pública pueden ser físicas o morales, esto implica la disminución de la salud, integridad física e incluso de la calidad de vida, originados por dispares actuaciones sanitarias, pasando por los daños causados en operaciones quirúrgicas, como a infecciones víricas, hasta provocar el fallecimiento de la persona por administrarle algún medicamento inadecuado, entre otras actuaciones. Estos, que como bien he dicho pueden ser tanto de condición física como moral, con frecuencia su reconocimiento y valoración presentan importantes impedimentos. Si hablamos de la restitución por el daño moral, esencialmente por su naturaleza emotiva y de “pretium doloris”, adolece de parámetros o módulos imparciales, por lo que ha de ser estimado en una cantidad prudencial que asiduamente tendrá un componente subjetivo.³⁰

5.1.1. Daño antijurídico

La antijuridicidad interviene como requisito de la imputación del daño. Para que sea antijurídico el daño ocasionado a uno o varios particulares por el funcionamiento del servicio basta con que el *“riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.”* (STS 9 de octubre de 2012³¹)

La Jurisprudencia requiere de modo vehemente que el daño sea antijurídico, y es que la responsabilidad de la administración pública, de índole objetiva, se orienta en el resultado antijurídico en vez de la naturaleza de la actuación administrativa, se afina en

²⁹ Gallardo Castillo, M. J. (2009) “Las características de la responsabilidad patrimonial sanitaria” pp 57-67

³⁰ Rec. 46/2016 Ponente: Delfont Maza, Pablo. Núm. 350/2018

³¹ Rec. 40/2012 Ponente: Martínez-Vares García, S.

el entorno de las prestaciones sanitarias, de forma que a la administración sanitaria “no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica científica y médica. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente.”³² Además, en el art. 34.1 de la LRJSP se establece una definición del concepto de antijuricidad entendido como tal que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. (...)” O dicho de otro modo, se hace referencia a que el daño por el que va a responder la Administración tiene que tener la característica de que el administrado no tenga la obligación de soportar ese daño, asimismo en el caso especial de la salud, se entiende que el paciente debe estar atendido correctamente en tiempo y forma conforme a los protocolos médicos, pero más allá de eso, no es requisito sine qua non la absoluta curación o éxito en cada caso o enfermedad.

Con el propósito de obtener pautas de general aplicación, observando y analizando distintas sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa se pueden concretar los sucesivos hechos de daños que pasan a ser una lesión resarcible antijurídica:

-Retraso en el diagnóstico

STSJ de Madrid de 19 abril de 2018.³³ Retraso en el diagnóstico de un cáncer con múltiples metástasis, se infringe la lex artis porque se omiten las pruebas que habrían hallado a tiempo la enfermedad mortal de la paciente.

STS de 22 de enero de 2016³⁴. En STSJ de Castilla y León de Valladolid de 1 de marzo de 2013 impugnada³⁵ se declara como probado la existencia de retraso injustificado en el diagnóstico definitivo de una tumoración intraaxial con afectación troncoencefálica y de médula espinal cervical de aspecto infiltrativa, ya que tras múltiples atenciones en los servicios de urgencias y en atención primaria no se le llegaron a practicar las pruebas pertinentes. Cuando acudió a una consulta especialista de ORL en la sanidad privada se le realizó TAC con contraste complementándolo con una resonancia magnética se le

³² Véase Rec. 836/1995 Ponente: Mateos García, P. Rec. 4596/97 Ponente: González Navarro, F. Rec. 681, 2003 Ponente: Lucas Murillo de la Cueva, P. M. y Rec. 166/2005 Ponente: Herrero Pina, O. J.

³³ Rec. 141/2016 Ponente: Rufz Rey, A. Núm. 274/2018

³⁴ Rec. 2414/2014 Ponente: Requero Ibáñez, J. L.

³⁵ Rec. 671/2009 Ponente: Lallana Duplá, M. A. Núm. 344/2013

diagnostico este tumor, así que de esto se repercute la existencia de la antijuridicidad del daño causado.

-Error en el diagnóstico

En la STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 2012³⁶ se apunta a que el error de diagnóstico es fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración, por *“incumplimiento de la obligación de aplicar las técnicas sanitarias en función del proceso a conocimiento de la práctica médica.”* De todos modos, hace una aclaración en que no todas las equivocaciones cometidas al diagnosticar dan pie a la responsabilidad por parte de la Administración, para que ello ocurra es requisito indispensable que derivado del fallo en el diagnóstico no se haya procurado al usuario del servicio la asistencia sanitaria requerida.

STS de 16 de mayo de 2012.³⁷ Existe un error de diagnóstico en la prueba prenatal de amniocentesis, se le concede por tanto la indemnización a la madre de una niña nacida con Síndrome de Down. Se hace una correcta apreciación de la sentencia de instancia³⁸ que considera antijurídico el diagnóstico de la prueba incurriendo en una auténtica infracción de *lex artis ad hoc*, aun cuando la paciente consintiera someterse a aquella prueba y aceptar los riesgos inherentes. Se entiende como acreditado que se ha producido un error diagnóstico que pudo haber sido evitado, y que como consecuencia de ese error los padres de la niña se vieron en su momento privados de la posibilidad legal de interrumpir el embarazo.

-Incorrecta gestión de las listas de espera

Se entiende que en los servicios públicos de salud haya las denominadas “listas de espera”, ya que el propio Sistema sanitario tiene una serie de limitaciones y déficits donde no puede absorber toda la demanda médica, en la SAN de 31 de mayo de 2000³⁹ se procede a declarar la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por deficiente asistencia sanitaria, el daño sufrido es antijurídico, es decir, no había deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley, ya que aunque existan listas de esperas y sean legales

³⁶ Rec. 124/2011 Ponente: Borrell Mestre, J. Núm. 914/2012

³⁷ Rec. 1777/2010 Ponente: Martí García, A.

³⁸ Rec. 14/2007 Ponente: Samanes Ara, C STSJ de Aragón de 25 de enero de 2010 Núm. 18/2010

³⁹ Rec. 1/1998 Ponente: Requero Ibáñez, J. L.

esto no implica la soportabilidad de daños irreparables, ya que el paciente falleció cuando estaba en lista de espera para ser intervenido de una afección cardíaca.

En circunstancias similares en la STSJ de Valencia de 21 de enero de 2014⁴⁰ se declara procedente la indemnización debido al fallecimiento del paciente por una hemorragia cerebral con infarto en lista de espera para practicarle una embolización, se infringe la “lex artis” ya que no se justifica el motivo de espera tan prolongado en la lista en una intervención que era imperiosa y necesaria para el enfermo y su salud.

-Omisión en la prestación del servicio

Esto se refiere a aquellos casos clínicos donde no se utiliza método alguno para conseguir el restablecimiento o mejora de la salud del paciente, en los que no se realizan los procedimientos que los protocolos sanitarios aconsejan y son utilizados habitualmente. O aquellos supuestos donde no se llevan a cabo las pruebas pertinentes para detectar la enfermedad o prevenir sus efectos.

La STSJ de Valencia de 4 de marzo de 2016⁴¹ reconoce el derecho a la reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento del paciente debido a un infarto en el centro sanitario, se señala la pérdida de oportunidad por la omisión de pruebas diagnósticas sugeridas por el estado del paciente, si se hubiera efectuado un estudio adecuado de la historia clínica se hubiera evidenciado que el enfermo había presentado anteriormente dolor en el tórax, por lo tanto, queda constancia de inadvertencia de pruebas que junto a la demora en la asistencia hospitalaria provocan un resultado de gravísima lesividad como es la defunción del asistido.

En la STSJ de Aragón de 9 de octubre de 2018⁴² es procedente la indemnización debido a una deficiencia en la asistencia médica que provocó la defunción por sepsis de la paciente, la actuación médica no se ciñó a la “lex artis”, por tanto, no se siguió el protocolo que estaba establecido para estos supuestos. La mujer embarazada acudió a los servicios urgencias con fiebre de 39º, y ante la presencia de fiebre alta lo recomendable era la instauración de terapia antibiótica, asimismo la paciente ya había padecido bronquitis durante su embarazo siendo atendida en ese hospital. No obstante, de manera previa a la cesárea si se le suministró antibiótico y anestesia, pero en el postoperatorio si

⁴⁰ Rec. 1392/2007 Ponente: Manzana Laguarda, R. Núm. 32/2014

⁴¹ Rec. 180/2014 Ponente: Soler Margarit, M. A. Núm. 116/2016

⁴² Rec. 208/2017 Ponente: Zubiri de Salinas, F. Núm. 476/2018

era preciso según los protocolos clínicos que en estas situaciones se debe de continuar con el tratamiento antibiótico, en cuyo caso no fue así, provocando en la paciente una sepsis siendo remitida a la UCI sin que pudieran hacer nada más los médicos. Aunque, se señala a que el uso de esta técnica no podía garantizar el resultado de control y curación de la infección, sí se privó a la paciente de una oportunidad curativa, por lo que se estima la existencia de responsabilidad patrimonial.

-Insuficiencia de medios diagnósticos de contraste requeridos legalmente y deficiente actuación en los servicios de archivo y documentación:

A veces no son las actuaciones de los profesionales sanitarios los que causan el perjuicio ni en los diagnósticos que realizan, sino que es el personal administrativo sanitario el que obra mal o no utiliza los medios requeridos para realizar correctamente su función de gestión e información.

Por ejemplo, en la SAN de 5 de noviembre de 2003⁴³ se declara la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, ya que existe un mal funcionamiento del Servicio prestado por el INSALUD al no haber procedido a comunicar al paciente el resultado del análisis anatopatológico realizado, de manera que el paciente al no acudir a la consulta que tenía asignada en ese momento, se archivó el documento sin que al paciente se le advirtiera de la presencia de un melanoma dos años posteriores, falleciendo por la extensión del mismo.

-Utilización de técnicas inadecuadas o indebidas:

En la STSJ de Asturias de 18 de febrero de 2019⁴⁴ se declara procedente la indemnización por la defectuosa atención sanitaria recibida en la Administración sanitaria, que determinaría el fallecimiento del padre de la recurrente. Se determina por tanto, que hubo infracción de la “lex artis”, ya que no se utilizaron los medios más idóneos y debidos, porque el paciente no recibió en primer momento el tratamiento quirúrgico que precisaba de manera urgente cuando fue ingresado en el hospital, y por el contrario, fue adoptada una actitud de inacción y desinterés, procediéndose a la adopción de una actitud conservadora a pesar del riesgo de afectación medular derivada de las fracturas que presentaba, y se utilizó una técnica inadecuada y uso indebido de medios para inmovilizar inicialmente las fracturas que presentaba el atendido con meros esparadrapos, que

⁴³ Rec. 694/2002 Ponente: García Gonzalo, T.

⁴⁴ Rec. 21/2018 Ponente: Robledo Peña, A. Núm. 121/2019

determinó una pérdida de oportunidad traducida en su mayor exposición a complicaciones.

-Carencia absoluta o parcial del consentimiento informado. Deber de información al paciente:

La Jurisprudencia reitera en que la obligatoriedad de conseguir el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la “lex artis” ya que el paciente tiene el derecho a elegir, también la falta del consentimiento es considerada una manifestación anormal del servicio sanitario, pero no da lugar por sí a una indemnización cuando no se ha producido un daño.⁴⁵ Comprende esta infracción, además, la ausencia del deber de información apta y lógica al usuario de todos los riesgos y contingencias que pueden provenir de una intervención quirúrgica y los resultados derivados de la misma. Hay que aclarar en que por un lado está la incerteza o improbabilidad de un riesgo concreto, y otra cosa bien distinta es su baja o reducida tasa de probabilidad, aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o padecimiento.

En la STS de 30 de septiembre de 2011⁴⁶ se procede a estimar la reclamación de responsabilidad por una paciente que sufrió importantes secuelas de minusvalía tras ser intervenida de hernia discal. La recurrente no fue informada claramente de los riesgos y complicaciones de la intervención, teniendo en cuenta que en el párrafo final del consentimiento firmado por la paciente se indica en cuanto a las complicaciones que pudieran surgir “*que prácticamente todas tienen solución con diversas medidas y los medios de este Hospital*”. En el documento del consentimiento no hay suficiente certeza sobre si se informó debidamente a la paciente, dado que las secuelas provocadas por la operación de hernia no tuvieron remedio y esa falta de información provoca infracción de la lex artis ad hoc. Con ello “*el defecto o insuficiencia en el consentimiento constituye, en sí mismo, mala praxis.*”

En líneas similares la STSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2015⁴⁷ estima la vulneración lex artis por defectos del consentimiento informado en traumatología. La

⁴⁵ Vid. Sentencia de 16 de enero 2007, Rec. 5060/2002 Ponente: Robles Fernández, M. Sentencia 1 de febrero 2008 Rec. 2033/2003 Ponente: Robles Fernández, M. y Sentencia de 25 de marzo 2010 Rec. 3944/2008 Ponente: Picó Lorenzo, C.

⁴⁶ Rec. 3536/2007 Ponente: Menéndez Pérez, S.

⁴⁷ Rec. 328/2013 Ponente: Rosas Carrión, F. M. F. Núm. 740/2015

falta de mención específica a la tetraplejia que pudiera padecer no queda subsanada por la referencia genérica a las lesiones neurológicas.

Esto también, lo subraya el TC en su sentencia de 28 de marzo⁴⁸, que en ella se *“consideró que la ausencia o el defecto del consentimiento informado no sólo constituyen una mala praxis por vulneración de los derechos reconocidos en la Ley Básica de Autonomía del Paciente, sino también una lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad, que no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que éstos también tienen el mandato constitucional de proteger, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo”*

En la STS de 9 de octubre de 2012⁴⁹ se estima parcialmente la responsabilidad de la administración sanitaria, ya que por un lado si se siguieron los procedimientos adecuados en la vacunación, pero al recurrente la dispensación de una vacuna antigripal le provocó el Síndrome de Guillain-Barré cuyas consecuencias finales fueron la declaración de la incapacidad permanente absoluta. Se parte de la base de que existe antijuridicidad de la lesión, del daño, en cuanto que el mismo es ilegítimo, ya que no es un daño que tenga el deber jurídico de soportar, asimismo se prueba que existe relación de causalidad entre el suministro de la vacuna y la aparición de la enfermedad. Existe también “mala praxis” o infracción de la “lex artis ad hoc” en la infracción del deber de información a los efectos de conocer los riesgos y posibles consecuencias de la vacunación al amparo de lo establecido por el art. 4 de la ley básica de autonomía del paciente⁵⁰. Como bien indica el TS *“La prestación de la información suficiente ha de permitir al paciente formar libremente una decisión sobre las distintas alternativas.”* En este caso, derivado de la administración de dicha vacuna se originó unos efectos secundarios que no fueron advertidos al vacunado, él tenía la decisión o no de ponerse esa vacuna, ya que tiene ese derecho de libre determinación, aun así, la desinformación de todas las reacciones adversas que podían derivarse se considera vulneración de la “lex artis”.

⁴⁸ Rec. 3574/2008 Ponente: Pérez Vera, E. Núm. 37/2011

⁴⁹ Rec. 6878/2010 Ponente: Martínez-Vares García, S.

⁵⁰ Art. 4.1 del Derecho a la información asistencial 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. BOE núm. 274, de 15 de diciembre de 2002 pp 40126-40132, establece que “Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvándolos supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.”

-Causación de daños que no son los inherentes, típicos, propios ni traen su causa en la prestación sanitaria realizada.

Estos daños pueden provenir de la actuación de un facultativo que ha dejado en el interior del paciente un instrumento o material quirúrgico tal y como se puede observar en la STSJ de Asturias de 29 de julio de 2013.⁵¹ Existe vulneración de la “lex artis”, ya que hubo un error médico consistente en dejar material quirúrgico en el campo operatorio, lo que supone por tanto, un mal funcionamiento del servicio público sanitario, pues derivado de la presencia de este artilugio la paciente tuvo que ser sometida a una segunda intervención quirúrgica para proceder a su extracción, lo que ocasiono daños antijurídicos.

O de la falta de coordinación objetiva que provoca el quebrantamiento de la “lex artis” como ocurrió en el caso de una paciente que falleció a causa de un retraso de 116 días para la realización de la intervención quirúrgica, este retraso fue ocasionado por la insuficiente coordinación de los servicios sanitarios que provocó un retraso en el diagnóstico y tratamiento del tumor. (STS de 22 de junio de 2017⁵²)

-Daños no antijurídicos

En oposición a lo manifestado, pueden existir daños pero que no den lugar a la lesión resarcible, ¿cuándo ocurre esto? Cuando se entiende que el paciente se somete a ciertos tratamientos y operaciones que pueden acarrear unos resultados riesgosos consustanciales a estos para su salud, y que los facultativos y el resto de personal médico han seguido correctamente el criterio de la “lex artis”. De modo que, aunque se asuman las consecuencias negativas derivadas de la operación, tratamiento o medicación que se le ha suministrado, si se han provisto con la suficiente diligencia y adecuados a los protocolos estipulados dentro de la ciencia médica y de lo que permita según lo desarrollada y avanzada que este, presenciamos por tanto un daño con carácter no antijurídico, el administrado no tiene ese deber de tolerarlo.

Ante todo, el componente que suprime la antijuricidad sería la incapacidad de pronosticar o impedir el daño en función de los avances existentes en las técnicas y procedimientos existentes en la ciencia médica cuando se ocasiono del daño, incluyendo en nuestro ordenamiento jurídico como causa de justificación los denominados “riesgos

⁵¹ Rec. 178/2012 Ponente: Fonseca González, R. Núm. 910/2013

⁵² Rec. 1405/2012 Ponente: Rufz Rey, A. Núm. 424/2017

del progreso”.⁵³ En segundo lugar, tampoco se puede considerar como antijurídico el daño que proviene de “causas endógenas” del paciente ni las secuelas naturales o propias de la evolución de la enfermedad.

5.1.2. Caracteres del daño

El daño ocasionado no debe ser solamente antijurídico, igualmente tiene que cumplir con otras condiciones. Según el art. 32.2 de la LRJSP “(...) *el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.*”

Esta disposición es por igual fundamental en referencia a las posibles reclamaciones, por consiguiente, se asocia con otras disposiciones legales, como es el art. 67 de la LPACAP, en cuyo contenido se regula la iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial y por tanto que es lo que tiene que acreditar y exponer el administrado ante la Administración para iniciarlo. De modo similar en cuanto a la indemnización, se enlaza con el art. 34 de la LRJSP.

Se manifiesta la naturaleza propia de la responsabilidad patrimonial en el daño al ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, dicho de otro modo, si el daño fuese general no existiría base para iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

-Daño efectivo

¿A qué se refiere con efectivo? Se alude a “*el daño cierto ya producido, actual, no simplemente posible, contingente, hipotético o futuro.*”⁵⁴ El daño para tener la condición de lesión resarcible debe ser real, por lo tanto, tampoco están incluidas la frustración de expectativas, ni daños que sean inciertos. Sin embargo, aunque no se contenga en esta definición daños eventuales o hipotéticos, detrimentos que no estén acontecidos en el presente. Si pueden ser reclamados aquellos daños que años más adelante sigan provocando perjuicios y lesiones.

-Evaluable económicamente

⁵³ Gallardo Castillo, M. J. (2009) La responsabilidad patrimonial de la Administración p 74

⁵⁴ Montañés-Castillo, L. Y. (2011) “Requisitos de la Responsabilidad Sanitaria” *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, 1ªed, Madrid: La Ley.

En primer lugar, para que el daño se pueda cuantificar económicamente, tiene que haber dado lugar un acontecimiento patrimonial relevante cuya estimación se pueda realizar términos monetarios, pero no así cuando únicamente hayan existido simples molestias o perjuicios sin trascendencia económica subjetiva. Aunque, *“hay que tener en cuenta que en dicho término no solo se incluyen los daños en bienes y derechos patrimoniales, como sucedía cuando compartía el mismo ámbito de aplicación que la expropiación forzosa”*, sino que la indemnización ha de alcanzar a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, incluidos los daños morales, corporales y los de otra índole.⁵⁵

La STS 23 de marzo de 2010⁵⁶ citando la reiterada jurisprudencia del TS⁵⁷ dicta que en virtud del principio de reparación integral de la responsabilidad patrimonial y en relación a la cuantificación de los daños morales, *“los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos valiables, ello incluye la reparación del daño moral, a cuyo efecto ha de tenerse en cuanto que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que se conduce a valorarlo en una cifra razonable, que la jurisprudencia apunta tendrá un cierto componente subjetivo debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en cada caso.”*

- Daño individualizado con relación a una persona o grupo de personas

Cuando se hace mención a que sea individual, no se refiere a que solo se haya provocado un daño a un único individuo, sino que es posible que sea individualizado en relación a un grupo de individuos, con esta expresión se trata de evitar que la administración tenga que responsabilizarse de las cargas e incomodidades generales, ya que se entiende que existen carencias en nuestro Sistema de Salud, por ello y razones de interés público, los administrados deban de soportar ciertos perjuicios en general, aun cuando ciertos particulares hayan soportado más que otros, del funcionamiento de este de los servicios públicos.⁵⁸

⁵⁵ Montañés Castillo, L. Y. (2011) *La responsabilidad jurídico-sanitaria*

⁵⁶ Rec. 4925/2005. Ponente: Herrero Pina, O. J.

⁵⁷ Doctrina asentada por las Sentencias del TS 6 de noviembre de 1998, 7 de octubre y 4 de diciembre de 1980, 12 de mayo de 1982, 12 y 22 de noviembre de 1985, 20 de julio de 1996, citadas por la de 18 de octubre de 2000.

⁵⁸ Montañés Castillo, L. Y. (2011) *La responsabilidad jurídico-sanitaria*

Una muestra de daño individualizado a un grupo de personas lo encontramos en la STS de 13 de julio de 2007⁵⁹ cuando se determina la existencia de daño antijurídico al producirse un contagio de Hepatitis C a 22 pacientes que recibían tratamiento de hemodiálisis en una clínica concertada con la Administración.

Aunque pueda existir un perjuicio a varios particulares no siempre se estima la existencia de responsabilidad por parte de la Administración, se puede citar la SAN de 8 de marzo de 2017⁶⁰ que desestima la reclamación de indemnización al Estado, ya que la AEM⁶¹ actuó conforme a la ley al conocer de los primeros avisos procedentes de las Autoridades francesas sobre los defectos detectados en unas prótesis mamarias. Como bien señala es *“imposible exigir a la Administración un deber genérico de vigilancia en la prestación de los servicios públicos fuera del propio marco legal.”*

En el sector de la sanidad los supuestos y casos son bastante heterogéneos, por ello es de sumo interés precisar cuáles son los efectos o consecuencias en el tratamiento de una enfermedad o en una intervención quirúrgica. Por lo que conociendo esas posibles consecuencias se sabe si han obrado bien o dentro de la normalidad las actuaciones de los facultativos o si por el contrario el funcionamiento del servicio no ha sido correcto ni la actuación de estos profesionales se haya fuera de la ciencia médica.

5.2. Imputación a la Administración Pública sanitaria

En este supuesto, al contrario de lo que sucede con el titular del derecho a indemnización, el art. 106.2 de la CE no hace mención expresa de quién es el sujeto pasivo de la relación de responsabilidad, ya que indica solamente *“el funcionamiento de los servicios públicos”*, por lo que se deduce que el daño o lesión resultará imputable al titular de esos servicios públicos, sin perjuicio lógicamente, siempre y cuando concurran los requisitos, tales como el nexo causal entre el daño y la atención sanitaria prestada, la antijuridicidad del daño, etc.

Con la aprobación de la LRJSP en los arts. 32 al 34 se apunta a que la responsabilidad la tendrán las Administraciones Públicas, mientras que, en los supuestos de responsabilidad patrimonial de Derecho Privado el sujeto responsable no solo lo serán las Administraciones Públicas cuando actúen directamente sino además cuando *“actúen a*

⁵⁹ Rec. 6133/2003 Ponente: Robles Fernández, M.

⁶⁰ Rec. 3683/2012 Ponente: Gandarillas Martos, M. S. Núm. 142/2017

⁶¹ Agencia Española de Medicamentos

través de una entidad de derecho privado". En consecuencia, las Administraciones Públicas que actúen de forma directa o a través de una entidad de derecho privado, pueden ser sujetos pasivos de la reclamación patrimonial, es decir a quien atribuir la acción u inacción que provoque el daño patrimonial que determine la obligación de indemnizar a la víctima.⁶²

Si hablamos en específico de la administración pública sanitaria, partimos de la base de la imputación del art. 32.1 de la LRJSP donde se exige el funcionamiento de un servicio público como supuesto para que concurra responsabilidad patrimonial *"salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley"*. Como ocurre en otras administraciones que prestan servicios públicos, la responsabilidad patrimonial puede emanar de una actuación normativa, material y jurídica, normalmente en el supuesto de la responsabilidad sanitaria suele provenir tanto de las acciones materiales como de los casos de inactividad de la Administración sanitaria.

Al mismo tiempo debemos tener en cuenta de que la gestión de la sanidad pública no se va a llevar a cabo siempre de forma directa, por lo que la cuestión se dificulta, sino que la Administración proporciona servicios sanitarios además por medios de gestión indirecta o a través de personificaciones como puedan ser consorcios, empresas públicas o fundaciones.⁶³ Estas formas de gestión se encuentran fundamentalmente recogidas en la Ley de 15/1997 de 25 de abril sobre habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud. En su única disposición precisa *"la prestación indirecta del servicio público y de la posibilidad de suscribir acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas."*

El art. 33 de la LRJAP fija el *"régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cuando está deriva de una lesión provocada en el seno de una gestión conjunta."* Se determina como regla general la responsabilidad solidaria, si bien posteriormente el mecanismo que regula la actuación en conjunto puede esclarecer la responsabilidad entre ellas.

⁶² Carbajo Rodríguez, J. R. (2017) "La responsabilidad patrimonial de Derecho Privado de las Administraciones Públicas", *Actualidad Administrativa*, nº 1, Sección Actualidad, Wolters Kluwer

⁶³ Cueto Pérez, M. (2013) "Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el ámbito sanitario." *La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Barcelona: Tirant Lo Blanch.

Otro de los sujetos responsables de responsabilidad patrimonial sanitaria serían las personas que se hallan al servicio de las Administraciones Públicas sanitarias. Una de las formas más notables del desempeño de la profesión médica es hacerlo a través del servicio público y dependiente, en esta profesión es donde se encuadra el personal médico y sanitario. A priori debemos saber qué no se le puede exigir directamente la responsabilidad patrimonial a este personal sanitario, por lo que habría que hacerlo ante la Administración Pública en la que esté prestando sus servicios.

Y así es como se manifiesta un sistema inaccesible para el damnificado que no puede demandar evidentemente al personal médico, solamente el ente público como bien indica el art. 36 de la LRJSP *“es el que podrá ejercitar por la vía de regreso la única afección patrimonial posible al personal sanitario”*⁶⁴ y con las particularidades existentes en la gestión interna del empleo público.

Al hilo de lo expuesto la Administración sanitaria se comprometerá únicamente de los daños patrimoniales que le sean asignables bien porque los ha ocasionado a través de una conducta directa o por inobservancia, deduciendo que son concernientes de la Administración sanitaria las acciones llevados a cabo por los facultativos y empleados a su servicio, así que el daño será atribuible a la Administración titular del servicio sanitario, obligándose de forma directa, pero solo de aquellas actuaciones que estén englobadas en funciones atribuidas al personal, fuera de esta atribución ya respondería por la vía civil el personal implicado. Asimismo, esta imputación directa de la responsabilidad patrimonial se origina hasta cuando la Administración preste la atención sanitaria por medio de entidades concertadas. La actuación de estos centros privados que actúen de parte de la Administración en la asistencia sanitaria se atribuye a la Administración y traen consigo *“todo su régimen jurídico, incluido el procedimental y el orden jurisdiccional competente.”*⁶⁵

5.3. Relación de causalidad

El componente clave de la responsabilidad patrimonial sanitaria lo conforma la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el perjuicio causado en la salud o integridad del paciente. La responsabilización del resultado pasa a ser, así pues, una de

⁶⁴ Dias Pereira, A. G. y Barceló Doménech, J. (2016) “Marco normativo y jurisdiccional de la responsabilidad médica en España y Portugal” *Práctica de Derecho de Daños*, nº 127, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer

⁶⁵ Sanz Gandasegui, F. A. (2009) *Manual de Responsabilidad Sanitaria* pp 192-194

las piezas constituyentes sobre la que gravita la construcción de la responsabilidad patrimonial sanitaria, no siendo encausado el comportamiento propio del facultativo que dispensa el tratamiento del que puede derivar el perjuicio, sino que, para que se estime la responsabilidad patrimonial de la Administración, bastará con que el resultado sea imputable a la actividad administrativa, lo cual no depende sólo de la existencia de la relación de causalidad, sino que se requerirá la concurrencia de otros requisitos.

Dicho de otro modo, el nexo causal es condición imprescindible, sin la cual no se puede estimar la responsabilidad patrimonial sanitaria. En este aspecto, la STS de 20 de marzo de 2013⁶⁶ apunta a que:

“conviene detenerse en que, tratándose de una responsabilidad, cuyo débil criterio de imputación es el funcionamiento normal o anormal del servicio público, es importante el establecimiento de la causalidad entre el servicio prestado y el daño real o supuestamente producido. Se desplaza pues la necesidad de un criterio de imputación nítido (culpa, negligencia, riesgo...), a uno que raya en la que se considera "responsabilidad objetiva": el funcionamiento del servicio público y da lo mismo sea normal o anormal. Debe probarse pues esa causalidad; es decir, establecerse que el daño sufrido derivó indudable, directa e inequívocamente del funcionamiento del servicio recibido, si no fuese así la conclusión sería la de que debería otorgarse la indemnización por el sólo y mero hecho de la producción del daño. Una responsabilidad sin criterio de imputación y sin relación de causalidad. Una responsabilidad objetiva. Pero no es esto lo que quiere la ley...”

Presenciamos una responsabilidad que tiene un talante marcadamente objetivo, el empleo del criterio de la “*lex artis*” y su quebrantamiento, propicia a aminorar los supuestos de responsabilidad patrimonial solamente a los casos de verdadera necesidad, hace necesario que no se aprecie solamente la culpa o la ilicitud, sino en combinación con un criterio distinto, la rectificación de los servicios sanitarios suministrados al paciente en base al principio de la *lex artis*.⁶⁷ Reitero, por consiguiente, que en la responsabilidad patrimonial sanitaria no bastará con exigir la existencia de la relación de causalidad. El

⁶⁶ Rec. 2238/2012 Ponente: Ponente: Enríquez Sancho, R. Núm. 1259/2013

⁶⁷ Roig Serrano M. y Burón García I. (2010) “Responsabilidad de la administración por el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios: responsabilidad patrimonial y *lex artis*.” *Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, ed.º 1. Madrid: Editorial LA LEY

criterio estándar utilizado por la Jurisprudencia para pivotar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la “*lex artis*”.

5.3.1. La concurrencia de causas

La lesión, en la mayoría de casos del ámbito sanitario, es bastante común no haya sido causada por un único motivo o no siempre resulta adecuado imputársela en solitario a la Administración, puesto que es bastante habitual que aquella pueda ser atribuida de la situación preexistente en la propia patología del paciente, por acción u omisión, a la producción del resultado, lo que termina, en ocasiones, por desplazar la antijuricidad de la lesión, en otras por anular el nexo causal y en otras por tener que negar la imputabilidad a la Administración sanitaria. La relación de causalidad abarca una multitud de circunstancias que dan lugar a un resultado, aunque entre ellas hay un hecho o condición que puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final como presupuesto.⁶⁸

Las condiciones necesarias para demostrar la existencia de relación de causalidad se han delimitado de modo habitual por la necesidad de que entre la actuación de la Administración y el daño “*concurra una relación directa, inmediata y exclusiva*” y es que la jurisprudencia ha tendido a exigir ese tipo de relación de causalidad entre el funcionamiento de la administración y la producción del daño, de manera que, si la víctima o un tercero intervenían en esa producción, esto derivaba en que la administración no tenía la obligación de indemnizar. Por suerte, el tipo de relación ha ido cambiando y se ha abierto paso a el criterio de admitir la responsabilidad de la Administración, aunque su acción o inacción, no haya sido la única causa concurrente al daño, sobre todo cuando la concausa es la acción de un tercero. Debido a lo cual, estos caracteres se han ido amoldando en el sentido de que es suficiente que la relación sea mediata, indirecta o incluso concurrente, para reconocer la responsabilidad de la administración.

En este sentido literal, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R.⁶⁹ mencionan que a priori la jurisprudencia al entender “*que la relación entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido debía ser directa y exclusiva*” interpretaban que el nexo causal quedaba paralizado a partir del momento en que se

⁶⁸ Sanz Gandasegui, F. A. (2009) Manual de Responsabilidad Sanitaria pp 196-197

⁶⁹ García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez T.R. (2018) Curso de Derecho Administrativo, vol. II. 15ªed. Madrid: Thomson-Civitas.

consideraba la concurrencia en el daño producido por intervención de la víctima o de un tercero, impugnando por tanto, la pretensión indemnizatoria, y que posteriormente fue avanzando *“hacia la postura más acertada de la jurisprudencia civil, concurso causal en la producción del daño, en el sentido de aceptar la concurrencia de culpas, no como circunstancia exonerante por completo de responsabilidad, sino como criterio de moderación y distribución proporcional de la responsabilidad, atendiendo a las circunstancias concretas del caso”*

5.3.2 La carga de la prueba

En la responsabilidad patrimonial se requiere que haya prueba del nexo causal entre la acción de la Administración sanitaria y el daño ocasionado. De forma genérica al que le concierne demostrar la existencia del nexo causal será quien reclame la indemnización por responsabilidad patrimonial, tal y como viene establecido en el art. 217.2 y 3 LEC.⁷⁰

De cualquier modo, en la disciplina sanitaria esta carga se atempera con la aplicación del “principio de disponibilidad y facilidad probatoria” en consecuencia al paciente no se le solicitará una prueba compleja o bastante dificultosa de aportar dada las limitaciones del ámbito hospitalario, cuando por el contrario la Administración se encuentra en una posición prevalente por la disponibilidad o proximidad de la fuente de prueba.

En diversas sentencias se 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.”* (STS de 27 de abril de 2015)⁷¹ 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”* (STS 19 de mayo de 2015)⁷² por lo tanto se infringe la *lex artis*, ya que si no se proporciona a los damnificados esa información o documentación se les impide acreditar la existencia del nexo causal.

5.3.3 Ruptura del nexo causal

⁷⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil BOE núm. 7 de 08 de enero de 2000, pp 575-728

⁷¹ Rec. 2114/2013 Ponente: Requero Ibáñez, J. L.

⁷² Rec. 4397/2010 Ponente: Cudero Blas, J.

El nexo causal requerido para la concurrencia de responsabilidad patrimonial se puede ver interrumpido por determinadas razones como son la conducta del administrado o por la concurrencia de fuerza mayor.

En el ámbito sanitario la ruptura del nexo causal se produce cuando es el propio paciente el que suspende o no cumple adecuadamente con el tratamiento recomendado, o cuando realiza actuaciones sin las que, con toda certeza o con toda probabilidad, el resultado lesivo no se hubiera producido.

De esta forma la ruptura se ocasiona en los supuestos en los que el paciente por su propia voluntad decide no someterse a determinadas pruebas diagnósticas o tratamientos, o incumplir las indicaciones médicas recibidas, lo que establece la obligación de soportar los daños que de ello derive, como ocurre en el caso de un paciente que acaba sufriendo paraplejía al no acudir a la prueba de diagnóstico que hubiera permitido apreciar su enfermedad y que los servicios sanitarios tomarán las medidas adecuadas para tratarla, el TS estima que no puede imputarse el retraso en el diagnóstico a la Administración y por lo tanto, se rompe el nexo causal entre la actuación médica y la enfermedad del paciente. (STS de 27 de enero de 2010⁷³)

5.4. La ausencia de fuerza mayor

Para determinar la responsabilidad patrimonial de la administración, es requisito indispensable que haya una ausencia de fuerza mayor, ya que si concurre la fuerza mayor en los múltiples casos de responsabilidad patrimonial se exonera a la Administración de tener que indemnizar al particular, aunque el daño exista y ya se haya ocasionado, porque con la existencia de la fuerza mayor se rompe el nexo causal, pero no cuando se trate de un caso fortuito.

El TS en diversas sentencias señala que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes⁷⁴:

En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida, interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la

⁷³ Rec. 1285/2008 Ponente: Martínez-Vares García, S.

⁷⁴ Rec. 2132/1995: Ponente: González Navarro, F.

STS del 11 de diciembre de 1974 lo define como *“evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”*.

En la fuerza mayor, al contrario de lo que ocurre con el caso fortuito, hay determinación irresistible y exterioridad, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista, exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS del 23 de mayo de 1986 define a la fuerza mayor como *“Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado”*.

Se estima, por tanto, a la fuerza mayor como el único fundamento de exoneración legalmente admitido.

La fuerza mayor en materia de responsabilidad sanitaria se relaciona con los supuestos en que la ciencia o los tratamientos médicos preventivos y curativos no han evolucionado lo suficiente para identificar o sanar una enfermedad. Se considera un elemento que interrumpe la relación de causalidad y se manifiesta en aquellos casos en los que los avances técnicos no permitían el diagnóstico o la curación de una determinada enfermedad.

6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Tras haber examinado los caracteres y elementos conformantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria, en este apartado voy a analizar el procedimiento por medio del cual se declara en vía administrativa la concurrencia o no de dicha responsabilidad. El procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial se encuentra regulado con carácter general en la LPACAP.

6.1. Inicio del procedimiento. Plazo para iniciarlo. Prescripción.

El artículo 67.1 de la LPACAP dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Cuando se trata del daño, tanto físico como psíquico, el plazo comenzará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

La prescripción se genera cuando la reclamación en vía administrativa se presenta cuando ha concurrido el plazo de un año.

Los casos esenciales de la jurisprudencia del TS respecto a la prescripción de la responsabilidad patrimonial sanitaria son los siguientes:

a) El inicio del cómputo del plazo de la prescripción

Se produce cuando se han curado los daños físicos o psíquicos o cuando se conoce el alcance de las secuelas, dicho de otro modo, el “*dies a quo*” del cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados por una prestación médica de los servicios públicos, es el de la fecha de curación, o desde la fecha en la que, con conocimiento del afectado, las secuelas han quedado definitivamente estabilizadas, con independencia de que con base en dichas secuelas, se siga expediente para la declaración de incapacidad y cualquiera que sea su resultado. (STS de 4 de abril de 2019⁷⁵)

El TS además estima que no está permitido abrir el plazo para el ejercicio de la acción de reclamación cada vez que un paciente se dirige a un organismo evaluador para cuantificar el grado de minusvalía, la realización de controles ambulatorios así como también la elaboración de dictámenes o propuestas de organismos evaluadores a efectos de la declaración de invalidez, no ha de tener incidencia automática a efectos de inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción, a excepción de aquellos casos en los que esos documentos fijen definitivamente el alcance de lesiones y secuelas. (STS de 28 de junio de 2011⁷⁶)

Asimismo, dispone que el plazo no puede quedar eternamente abierto, de forma indefinida y al arbitrio del paciente, sino que ha de estarse al momento concreto en el que se determina el alcance de las secuelas, pues existen enfermedades que por su evolución unido a las propias características limitadas de la naturaleza humana van a impedir conocer las consecuencias exactas y definitivas. (STS de 24 de octubre de 2011⁷⁷ y STS de 15 de diciembre de 2009⁷⁸)

⁷⁵ Rec. 4399/2017 Ponente: Huerta Garicano, I. M.

⁷⁶ Rec. 6372/2009 Ponente: Martí García, A.

⁷⁷ Rec. 4816/2009 Ponente: Lecumberri Martí, E.

⁷⁸ Rec. 1096/2008 Ponente: Lecumberri Martí, E.

- b) Establecimiento de diferencias entre los tratamientos médicos curativos y paliativos a efectos de cómputo de prescripción.

En primer lugar, quiero referirme a los tratamientos médicos aplicados al paciente para la curación o mejora de las secuelas producidas, de las que todavía no se conoce su alcance o extensión específica. La STS de del 7 de noviembre de 2011⁷⁹, menciona que *“en dicho supuesto las intervenciones quirúrgicas de la menor no eran paliativas sino curativas, no conociéndose todavía el alcance de las secuelas que derivan del daño, por lo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción.”*

En el caso de los tratamientos paliativos su propósito es el de producir una mejora en la calidad de vida del paciente o prevenir detrimento en su salud, pero no debilita el hecho de que el daño ya se mostró con todo su alcance (STS de 15 de febrero de 2011⁸⁰). Una muestra de esta clase de tratamientos son los rehabilitadores. Los tratamientos paliativos suministrados posteriormente, no interrumpen el plazo del cómputo de prescripción, que habría comenzado con la determinación del alcance definitivo de las secuelas.

- c) Asimismo, hay que discernir entre el daño que sea permanente y el que prosiga en el tiempo, como es el daño continuado.

La jurisprudencia del TS viene distinguiendo, por un lado, entre los daños continuados, que no pueden conocerse en el momento en que se producen los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el *“dies a quo”* será aquél en que dicho conocimiento se alcance. Y, por otro, los daños permanentes, que se refieren a lesiones irreversibles e incurables, que no obstante pueden ser tratadas, y cuyas secuelas resultan previsibles en relación a su fijación y evolución, siendo por tanto cuantificables, de modo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores deben estar encaminados o bien a obtener una cierta calidad de vida, o bien a evitar indeseables complicaciones, o bien, en fin, a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no desmienten el hecho cierto de que el daño ya se había manifestado completamente y determinado el *“alcance”*. (STS de 28 de noviembre de 2017⁸¹)

6.1.1. Modalidades de oficio o a solicitud del interesado

⁷⁹ Rec. 5686/2009 Ponente: Lecumberri Martí, E.

⁸⁰ Rec. 1638/2009 Ponente: Menéndez Pérez, S.

⁸¹ Rec. 2552/2015 Ponente: Teso Gamella, M. P.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial puede iniciarse de dos formas, bien por oficio o a través de la reclamación de los interesados (art. 54 LPACAP). En el asunto de iniciación como he mencionado en el anterior punto la acción de reclamación está sujeta al plazo de prescripción de un año. A ello ha de adicionarse que el art 65.1 LPACAP agrega que *“El procedimiento se podrá iniciar de oficio mientras no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado.”* Así que la Administración solo puede dar inicio al procedimiento de responsabilidad siempre y cuando al interesado no se le haya concluido el plazo legal del derecho a reclamar, es decir, haya prescrito.

6.1.2.1. Iniciación de oficio

La iniciación de oficio se recoge en el art. 58 LPACAP *“Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia”*. Con el propósito de determinar el órgano competente, será necesario acudir a las disposiciones que delimitan las funciones y competencias en cada Consejería.

Los supuestos diferentes de iniciación de oficio del procedimiento se regulan con carácter general en los arts. 59 y posteriores LPACAP. Las especialidades en materia de procedimientos de responsabilidad patrimonial se recogen en el citado artículo 65, existiendo asimismo una particularidad en relación con los procedimientos iniciados por petición razonada de otros órganos, respecto de los que el artículo 61.4 LPACAP indica que *“la petición deberá individualizar la lesión producida en una persona o grupo de personas, su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, su evaluación económica si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo”*.

Una vez adoptado el acuerdo de inicio, prevé el art. 65.2 de la LPAC un trámite de información que se dé conocimiento del mismo al interesado, estableciéndose plazo de diez días *“para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo”*.

6.1.2.2. Iniciación a solicitud del interesado.

Esta clase de inicio es la más habitual en la práctica. El interesado presenta su solicitud, que deberá reunir los requisitos generales que se recogen en el art. 66.1

LPACAP, entre estos requisitos encontramos por ejemplo el nombre y apellidos del interesado, o la persona que lo represente, los hechos y razones acontecidos para la presentación de la solicitud, lugar y fecha, órgano y unidad administrativa a la que se dirige, firma del solicitante, etc.

Por su parte, el 67.2 LPACAP indica que: *“Además de lo previsto en el artículo 66, en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante”*.

Lo manifestado enfatiza en que la reclamación erige el propósito sobre el que se promoverá el procedimiento, por tanto, en ella se deben concretar los acontecimientos destacados, especificar cuál ha sido el perjuicio que motiva la solicitud y, si es factible, cuantificar el perjuicio sufrido. Del mencionado artículo se deduce que aun cuando no se pueda cuantificar económicamente la responsabilidad, se podría dar inicio al procedimiento.

6.2. Desarrollo del procedimiento

Una vez que se dicte el acuerdo de inicio, el procedimiento comenzará a desarrollarse por los medios habituales, sometido al principio de celeridad, que *“se impulsará de oficio en todos sus trámites y a través de medios electrónicos, respetando los principios de transparencia y publicidad.”* (art. 71 LPACAP).

6.2.1. La instrucción del procedimiento: nombramiento y funciones

El artículo 75 LPACAP establece que:

“1. Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio y a través de medios electrónicos, por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.

2. Las aplicaciones y sistemas de información utilizados para la instrucción de los procedimientos deberán garantizar el control de los tiempos y plazos, la identificación de los órganos responsables y la tramitación ordenada de los expedientes, así como facilitar la simplificación y la publicidad de los procedimientos.

3. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más conveniente para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales.

De todas formas, aunque la competencia radique en el órgano, es una persona física la que llevará a cabo los actos de instrucción, siendo plausible la delegación de la competencia dentro de lo establecido por el art. 7 LPACAP. Cuando se realiza la designación del instructor, esta debe hallarse concretamente al inicio de la actuación administrativa, debiendo recogerse, por tanto, en el acuerdo de inicio o posteriormente a la recepción de la reclamación presentada por el interesado. En el ejercicio de las funciones de impulso del procedimiento es el instructor el primero que estará habilitado para llevarlas a cabo, siendo el encargado principal de velar por las pruebas que se pueden practicar y sean aplicables al caso, procurará que se sigan cada uno de los trámites que conforman el procedimiento, siendo reflejados en el expediente administrativo, llevando a cabo las notificaciones que sean necesarias, así como realización de la propuesta de resolución.

La instrucción del procedimiento se encuentra regulada en el Título IV, Capítulo IV de la LPACAP, abarcando del art. 75 al art. 83, considerándose con carácter general la manera en que el interesado podrá aducir las alegaciones y aportar documentos que estime necesarios, el período de prueba, la petición y emisión de informes, el trámite de audiencia al interesado y el período de información pública.

Al mismo tiempo de la elaboración de la instrucción, se va concretando el expediente administrativo, de ahí que sea vital que la tramitación sea correcta, así como la preservación de todas las actuaciones administrativas que se han llevado a cabo. una adecuada tramitación y conservación de la totalidad de actuaciones practicadas. Así, el art. 70 LPACAP hace mención al expediente administrativo como el “conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla”. Como novedad respecto a la anterior legislación se establece el carácter electrónico de dicho expediente.

6.2.2. Subsanación de deficiencias en la solicitud

Cuando existe carencia de algún requisito que obligatoriamente deba aparecer en el escrito de reclamación esto ocasionará el requerimiento de subsanación por parte de la Administración al interesado, a tenor literal del art. 68 LPACAP.

El interesado contará con un plazo de diez días, *“para que subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición.”* En resumen, el requerimiento de subsanación en el ámbito del procedimiento de responsabilidad patrimonial tendrá que ajustarse a aquellos requisitos esenciales que deben aparecer en la solicitud, y que bien se hallan en esta de forma defectuosa o incompleta, o el reclamante no los ha incluido en la solicitud.

6.2.3. Pruebas, informes y traslado a terceras personas para alegaciones

6.2.3.1. Prueba

A continuación de producirse la reclamación por el interesado, y ya subsanadas las posibles deficiencias si hubiese procedido, el instructor es el responsable de encauzar el procedimiento a la obtención de los elementos requeridos para fundamentar la resolución que lo concluya. Los medios, período de la prueba y su práctica se recogen en los arts. 77 y 78 LPACAP, que indican que la duración de esta fase será de entre diez y treinta días, con la posibilidad de que el instructor a petición de los interesados la amplíe en un período extraordinario no superior a diez días.

Es preciso señalar el art. 77.3 LPACAP que indica que, si el interesado propone pruebas, las pruebas solamente podrán ser rechazadas por el instructor cuando resulten improcedentes o innecesarias, y esta negativa tendrá que ser debidamente motivada.

6.2.3.2. Informes

Además de la prueba, la legislación recoge la posibilidad de recabar informes con el fin de obtener conocimientos de los hechos para que repercutan en la resolución que finalice el procedimiento administrativo, estos informes serán reunidos por el instructor.

El art. 79 LPACAP señala que:

“1. A efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por las disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para

resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos.

2. En la petición de informe se concretará el extremo o extremos acerca de los que se solicita”.

6.2.3.3 Traslado a terceras personas interesadas.

Aparte de la prueba y los informes, cabe la posibilidad de trasladar la reclamación a un tercero, por la existencia en éste de un interés legítimo que le incumbe por la mencionada reclamación.

6.2.3.4 Alegaciones del interesado.

El trámite de audiencia al interesado lo podemos hallar en el art. 82 LPACAP. Esta fase comienza una vez que ha concluido la fase de instrucción, pero siendo anterior a la redacción de la propuesta de resolución. Así, el interesado contará con otras las pruebas practicadas y los informes emitidos además de las alegaciones de terceros, en el caso de ser necesaria su presencia en el procedimiento. Esta fase de audiencia se consagra como una pieza clave del procedimiento, en aras a impedir la indefensión del interesado. A través del trámite de audiencia al reclamante se le posibilita valorar las pruebas realizadas y podrá formular las consideraciones que estime necesarias sobre la misma, además de la forma en que entiende acreditadas las consideraciones realizadas en su solicitud.

El art. 83 LPACAP posterior y ligado al trámite de audiencia recoge la opción de que el órgano competente para resolución convoque, de considerarlo preciso, un período de información pública. En el punto 3 de este artículo se enfatiza en el hecho de que si el interesado no comparece en esta fase no le imposibilita la interposición de algún recurso posterior a la resolución definitiva. De igual manera, si bien la simple personación no otorga la condición de interesado, la persona que presente alegaciones durante esta fase obtendrá el derecho a recibir una respuesta fundamentada, que podrá ser general a todas las pretensiones esencialmente análogas que se expongan.

6.2.3.5. Intervención del Consejo Consultivo

El art. 81.2 LPACAP establece que:

“Cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en

aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

A estos efectos, el órgano instructor, en el plazo de diez días a contar desde la finalización del trámite de audiencia, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen una propuesta de resolución, que se ajustará a lo previsto en el artículo 91, o, en su caso, la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento.

El dictamen se emitirá en el plazo de dos meses y deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley”.

De lo manifestado se destaca el carácter no preceptivo del dictamen en el supuesto de que proceda tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial como abreviado. De otro lado, el Consejo Consultivo emitirá el dictamen en 30 días, excepto si se declara su urgencia, por lo que tendría que ser emitido en la fecha que se haya propuesto para cada caso.

6.2.3.6. Propuesta de resolución

Una vez que se ha dado por finalizada la anterior etapa, *“en el supuesto de que la competencia para instruir y resolver un procedimiento no recaiga en un mismo órgano, será necesario que el instructor eleve al órgano competente para resolver una propuesta de resolución.”* (art. 88.7 LPACAP). La resolución habrá de hacer mención a los distintos extremos que, preceptivamente, han de constar en la resolución.

6.3. Terminación del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo puede concluir de diferentes formas, como precisa el art. 84 LPACAP, concluirá bien por la finalización convencional, el desistimiento, la renuncia o la declaración de caducidad. Además de ello se admite la imposibilidad de proseguir con el procedimiento debido a causas sobrevenidas, que, por supuesto se deberá de fundamentar, y que solo se permitiría en el ámbito de la responsabilidad patrimonial en casos ciertamente excepcionales.

6.3.1. Resolución del procedimiento

El órgano competente dictará la resolución, o si lo estima necesario, *“una vez recibido, en su caso, el dictamen al que se refiere el artículo 81.2 o, cuando éste no sea preceptivo, una vez finalizado el trámite de audiencia, el órgano competente resolverá o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo.”* (art. 91.1 LPACAP)

Respecto al contenido de la resolución, el art. 88 LPACAP determina que *“habrá de resolver todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”*. La resolución, por tanto, ha de ser congruente con lo pedido, y no se permite que se agrave la situación del interesado. Por norma, deberá incluir mención a los recursos que fueran procedentes, el órgano o tribunal competente para conocer de los mismos, y el plazo para interponerlos.

Asimismo, a tenor literal del art. 91.2 LPACAP las resoluciones dictadas en procedimientos de materia de responsabilidad patrimonial tendrán que pronunciarse sobre si concurre o no la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión ocasionada y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda, de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla se establecen en el art. 34 LRJSP.

Junto a lo anterior, que supone la emisión de una resolución expresa, lo que constituye una obligación para las Administraciones Públicas, el artículo 91.3 LPACAP respecto al silencio administrativo mantiene que, si han pasado seis meses desde el comienzo del procedimiento administrativo y no ha habido notificación de resolución expresa, o en su caso, haya habido acuerdo, se puede interpretar como que la pretensión indemnizatoria del particular ha sido denegada.

6.3.2. Finalización convencional

La finalización convencional se encuentra regulada en el art. 86 de la LPACAP, que únicamente contiene, respecto al procedimiento de responsabilidad patrimonial, la especialidad de exigir que *“el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”*.

6.3.3. Desistimiento y renuncia

El desistimiento y la renuncia tienen su fundamento en que el interesado o la administración de oficio que incoan el procedimiento deciden no proseguir con la tramitación del mismo. El art. 93 LPACAP estima que en el supuesto de que el procedimiento se iniciase de oficio, este desistimiento deberá ser fundamentado atendiendo a los requisitos establecidos en la Ley.

En los supuestos de que se diera inicio por la solicitud del interesado, se le da la posibilidad al reclamante de que renuncie en cualquiera de las fases del procedimiento, además del aviso de que eso podría conllevar a la pérdida de sus derechos, en caso de no estar prohibido por el ordenamiento jurídico. (art. 94 LPACAP).

Se estima que es recomendable que, si se desiste o se renuncia, se lleve a cabo por cualquier medio donde quede constancia de la misma, además de ser firmada conforme a la normativa aplicable, debiendo ser admitida de pleno por la Administración declarando la finalización del procedimiento, a excepción de si hubieran comparecido terceras personas con interés legítimo, y que instasen la continuidad del procedimiento en el plazo de diez días desde que se les notificase el desistimiento o la renuncia.

6.3.4. Caducidad.

No existen singularidades en relación al procedimiento de responsabilidad patrimonial, en el art. 95 LPACAP se detalla que, para los procedimientos iniciados por la reclamación del interesado, y donde se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración tiene la obligación de advertir que el procedimiento caducará pasados tres meses, si no realiza aquellas actividades que sean precisas para reanudarlo. Se advierte, asimismo, que: *“No podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite”*.

Asimismo, el art. 95.4 LPACAP advierte que *“podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento”*.

6.4. Procedimiento administrativo simplificado

Aparte del procedimiento ordinario de responsabilidad patrimonial, existe un procedimiento de carácter abreviado. La LPACAP recoge este procedimiento en el art.

96 de la LPACAP, y posee una condición claramente subsidiaria, debido a que, si cualquier interesado manifiesta su preferencia por el procedimiento ordinario, se iniciará el ordinario y, del mismo modo, cuando se solicite la tramitación abreviada, el silencio administrativo de la Administración se entenderá como desestimatoria de tal pretensión.

Por último, cuando se trata de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, si una vez iniciado *“el procedimiento administrativo el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación de un procedimiento simplificado.”* (art. 96.4 LPACAP)

7. CONCLUSIONES

Para ir finalizando mi memoria de fin de grado, y tras haber estudiado de forma exhaustiva la institución de la responsabilidad patrimonial, desde la evolución histórica en su inicio allá en el siglo XIX, el marco normativo y legislación vigente, así como los caracteres y supuestos aplicables de la responsabilidad en el ámbito sanitario, hasta llegar al procedimiento administrativo para reclamar la responsabilidad patrimonial, se pueden alcanzar las siguientes conclusiones:

La primera de ellas es que en la interpretación y análisis de la responsabilidad patrimonial se requiere de cierta prudencia y equilibrio que eluda cualquier visión extremista, ya que las Administraciones Públicas forman parte de la vida cotidiana del ciudadano manifestándose en las actividades y servicios prestados, y no es adecuado que se oriente a dar un sentido desfigurado deformado del Estado social y democrático de Derecho, dicho de otro modo, es fundamental que esta institución se interprete virtuosamente evitando cualquier deformación del denominado “Estado del bienestar” que comporte a identificarlo como “asegurador universal” de todos los infortunios que sobrevengan al individuo, si esto sucediera se quebraría el equilibrio entre las garantías que protegen a los ciudadanos y las que defiende el interés general.

En segundo lugar, quiero hacer mención a la percepción de la sociedad del sistema público sanitario y cómo influye el criterio de la “lex artis” en la determinación de la responsabilidad patrimonial. En estos últimos años el ciudadano percibe que la sanidad en sí está perdiendo calidad asistencial en diversos aspectos, como por ejemplo ocurre a

la hora de acudir al servicio de urgencias, en la demora de las listas de espera para intervenciones en quirófano o en citas de especialistas, además de la escasez de recursos tanto de personal médico como materiales, que son los propios facultativos los que denuncian esta situación. Bien todas estas carencias, pueden explicar el por qué cada vez hay más demandas de responsabilidad a la Administración, y es que, si no hay un correcto funcionamiento ni una actuación adecuada conforme a los criterios de la “lex artis” o bien se produce una omisión en la prestación del servicio que también supondría el quebrantamiento de la “lex artis”, existe, por tanto, mayor disposición a que el ciudadano se vea damnificado por la actuación sanitaria.

Por eso mismo es vital el requisito de la “lex artis” en la responsabilidad patrimonial sanitaria que habilita y garantiza que las actuaciones médicas se ajusten a los protocolos y al estado de los conocimientos de la ciencia médica actual, ya que en ocasiones se provocan daños que el administrado debe legalmente de soportar, y habitualmente son estos casos en los que se ha actuado conforme a lo que estaba establecido, este criterio proporciona el equilibrio necesario entre el daño infligido y que le sea imputable a la Administración, además de determinar el nexo causal por el funcionamiento del servicio público.

En tercer lugar, el origen de esta institución y sus primeros indicios jurisprudenciales los hallamos en el estado anglosajón y francés, este sistema se fue introduciendo gradualmente a distintos ordenamientos jurídicos de todo el mundo, y entre estos se encuentra el ordenamiento jurídico español. Igualmente, incluso, ha llegado a desarrollarse en las esferas supranacionales como en la UE.

Aunque esta figura jurídica sea de gran transcendencia y relevancia en nuestro Estado de Derecho, durante el estudio jurisprudencial que he llevado a cabo he percibido que son los Tribunales y la Doctrina los principales encargados de modular y desarrollar los elementos de la responsabilidad patrimonial, sigue sin haber, por tanto, un reconocimiento detallado de esta institución, y cuyo efecto más inminente es la existencia de jurisprudencia cada vez más extensa y casuística. En mi opinión, la disparidad de criterios utilizados por el TS a la hora de concretar los distintos supuestos de responsabilidad en casos similares confirma lo dicho anteriormente. En relación a la doctrina estamos ante un problema semejante al existir ciertas controversias acerca de sus elementos.

Entiendo, en fin, que debería proponerse una modificación de la legislación actual de responsabilidad patrimonial, donde se clarifiquen y especifiquen mejor cuáles son los requisitos para exigirla y haya una unificación y homogeneidad jurídica para que resulte más sencillo analizar cada cuestión concreta de responsabilidad, y a su vez facilite a los Tribunales la resolución de estos casos.

8. BIBLIOGRAFÍA

CARBAJO DOMINGO, M. A. y VEGA FELGUEROSO, J. (2018) La Responsabilidad Patrimonial en las Leyes 39 y 40/2015. El Consultor de los Ayuntamientos, nº 6. Wolters Kluwer.

CARBAJO RODRÍGUEZ, J. R. (2017) La responsabilidad patrimonial de Derecho Privado de las Administraciones Públicas. Actualidad Administrativa, nº 1, Sección Actualidad, Wolters Kluwer

CUETO PÉREZ, M. (1997) Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria. Barcelona: Tirant lo Blanch.

CUETO PÉREZ, M (2013) Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el ámbito sanitario. La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. Barcelona: Tirant Lo Blanch.

DIAS PEREIRA, A. G. y BARCELÓ DOMÉNECH J. (2016) Marco normativo y jurisdiccional de la responsabilidad médica en España y Portugal. Práctica de Derecho de Daños, nº 127, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer

ESPINOSA FERNÁNDEZ, F. (2009) La responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria. Manual sobre Responsabilidad Sanitaria, 1ª ed. Cizur Menor: Aranzadi

GALLARDO CASTILLO, M. J. (2009) La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Barcelona: Bosch.

GÓNZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2017) Presupuestos de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas en la LRJSP 40/2015. Actualidad Administrativa, Nº 5, Sección Actualidad, Editorial Wolters Kluwer

MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y. (2011) La responsabilidad jurídico-sanitaria, 1ªed, Madrid: La Ley.

GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R. (2017) Curso de Derecho Administrativo, vol. II. 15ªed. Madrid: Thomson-Civitas.

GÓNZÁLEZ PÉREZ, J. (2006) Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, 4ª ed. Madrid: Thomson-Civitas

MARTÍN REBOLLO, L. (1999) Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones. Revista de Administración Pública, nº150

PÉREZ GÓNZALEZ, J. (2006) Los sujetos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, 4ª ed. Madrid: Thomson-Civitas

PÉREZ PINO, M. D. Et al. (2015) Manual sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

ROIG SERRANO M. y BURÓN GARCÍA I. (2010) Responsabilidad de la administración por el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios: responsabilidad patrimonial y lex artis. Anuario contencioso para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos, ed.º 1. Madrid: Editorial LA LEY