

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, especial mención al ámbito sanitario.

The patrimonial responsibility of the Public Administration, special mention to the sanitary field.

Martín Moreno Bodes¹

Universidad Europea de Madrid

Sumario: Introducción: El derecho universal a la protección de la salud. La responsabilidad patrimonial de las AAPP. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo fin de máster está estructurado en dos grandes partes; la primera versa sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en un ámbito genérico y la segunda sobre la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario.

Tras una breve introducción acerca de la configuración del derecho a la protección de la salud en los Estados modernos, analizaremos las características y los elementos generales de este tipo de responsabilidad, determinando la jurisdicción competente y el procedimiento de reclamación. En el segundo bloque se estudiará el ámbito de aplicación de la responsabilidad sanitaria y se abordarán criterios establecidos en la Ley Ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente como el de la *lex artis* y el consentimiento informado.

Abstract: The present master's thesis is structured in two main parts; the first one will deal with the patrimonial responsibility of the Public Administrations in a generic area and the second one on the patrimonial responsibility in the sanitary area.

After a brief introduction about the configuration of the right to health protection in modern states, we will analyze the characteristics and the general elements of this type of responsibility and determine the competent jurisdiction and the procedure to claim it.

The second block will analyze the scope of health responsibility and will address the criteria established in Law 41/2002, of November 14, on the autonomy of the patient as the *lex artis ad hoc* and informed consent.

Palabras clave: responsabilidad, daño, lesión, Administración, extracontractual, patrimonial, *lex artis ad hoc*, consentimiento informado.

Keywords: responsibility, damage, injury, administration, extra-contractual, patrimonial, *lex artis ad hoc*, informed consent.

Introducción: El derecho universal a la protección de la salud

El derecho a la salud está configurado como uno de los principios rectores y como un pilar básico en la configuración de los Estados Modernos. De este modo, son multitud los textos legales tanto a nivel internacional,

¹ Máster en Abogacía por la Universidad Europea de Madrid. Graduado en Derecho.

comunitario y nacional que reconocen la protección a la salud como un derecho fundamental que todo Estado² ha de respetar, entre ellos se pueden destacar los siguientes:

- **La Declaración de los Derechos Humanos (ONU, 1948).** Este texto, firmado el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, reconoce en su artículo 25 que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la salud y el bienestar...”.
- **La carta social Europea del Consejo de Europa (1961).** También este texto, en su artículo 11 establece la obligación de protección de la salud a las partes contratantes.
- **El pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (ONU, 1966).** Es el artículo 12 el que establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”
- **Constitución Española de 1978.** El capítulo III de la Carta Magna, bajo la rúbrica “Principios Rectores de la Política Social y Económica” en su **artículo 43** reconoce el derecho a la protección de la salud. Además, se establece en este mismo precepto que les competirá a los poderes públicos la organización y tutela del derecho a la protección de la salud, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Del mismo modo, el **artículo 41 de la CE** reconoce el derecho de todo ciudadano **a disfrutar de un régimen público de Seguridad Social** que garantice la asistencia y prestaciones suficientes en caso de necesidad, recalándose en el mismo el carácter libre de las mismas. Para el desarrollo de este derecho, se creó – aunque actualmente está derogada- la Ley General de la Seguridad Social en el año 1994, por la que se garantizaba el derecho de todo español y todo ciudadano extranjero (con residencia en España) a la protección de la salud y a la atención sanitaria.

En virtud de lo dispuesto, y como sostiene GUERRERO ZAPLANA puede definirse la organización sanitaria como ““el sistema organizativo previsto para la prestación de servicios a través de relaciones contractuales y extracontractuales que garantizan la prestación de medios idóneos tanto en tratamiento hospitalario, ambulatorio en el propio domicilio del enfermo, tendente a facilitar el estado de salud de las personas, facilitar su recuperación su curación o disminuir sus efectos perniciosos.”³

A pesar de que no es objeto de estudio en el presente trabajo, es necesario -debido a la actual configuración de nuestro Estado de Autonomías- hacer referencia, al menos de un modo genérico, al reparto de competencias en materia sanitaria entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En este sentido, cabe señalar que el artículo 148.21 de la CE dispone que las CCAA podrán asumir competencias en materia de sanidad e higiene. Asimismo, el

² Para más información sobre el Estado moderno, puede consultarse al respecto: DEL MASSO, Fabiano, MIRANDA GONÇALVES, Rubén y ZEFERINO FERREIRA, Rui Miguel, (2015) “A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático” Revista Internacional Consinter de Direito, Vol. I, pp. 306 y ss.

³ Guerrero Zaplana, J. (2006). Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Valladolid: Lex Nova, p.40.

artículo 149.1.16 del mismo texto reconoce como competencia exclusiva del Estado la sanidad exterior, determinar las bases y la coordinación general de la sanidad y elaborar la legislación sobre productos farmacéuticos.

¿Qué entendemos por responsabilidad? Posibles vías de reclamación en el ámbito sanitario.

El derecho a la protección de la salud se ha configurado, en las últimas etapas de nuestra historia como un derecho fundamental y fuertemente protegido por los Estados. Como señala el profesor MIRANDA GONÇALVES⁴ para entender qué se entiende por responsabilidad sanitaria, resulta necesario esclarecer el concepto de responsabilidad en general. La RAE dispone que el concepto responsabilidad se identifica con la “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.” Extrapolando este concepto al ámbito de la responsabilidad sanitaria, podríamos definirla como la obligación de reparación del daño producido (tanto al causante directo del daño como a las AAPP) como consecuencia de una defectuosa asistencia sanitaria.

Aunque a lo largo del presente trabajo haremos más hincapié en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en materia Sanitaria, la producción de un daño a consecuencia de la defectuosa asistencia sanitaria, otorga al perjudicado diferentes vías de reclamación, las más frecuentes son:

- Responsabilidad Civil. Se podrán reclamar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al paciente en base a la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil (en adelante CC) por la que se establece que “el que por acción u omisión cause un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Del mismo modo, el artículo 1903 establece la responsabilidad de las personas que estuvieran a cargo de la productora del daño. Resulta también importante mencionar la vía de la acción directa que nos otorga el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, por la que se podrá reclamar directamente la indemnización del daño a la compañía aseguradora.
- Responsabilidad Penal. La producción de un daño en que intervenga culpa o negligencia en materia sanitaria, podrá dar lugar al nacimiento de responsabilidad penal.
- Responsabilidad Administrativa. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, otorga al paciente otra vía de reclamación de los daños ocasionados por la defectuosa asistencia sanitaria. A través de la exigencia de responsabilidad patrimonial, las AAPP responderán de los daños que los personales a cargo de éstas ocasionen a terceros, incluso en lo que al ámbito sanitario se refiere.

La responsabilidad patrimonial de las AAPP

Antes de entrar en detalle sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, conviene delimitar el ámbito subjetivo de la misma. Para ello, debemos de acudir al artículo 2 de la Ley 39/2015 de 1 de

⁴ Miranda Gonçalves, R. (2017) “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ámbito sanitario español”, *Direito á saúde*, Ed. Juruá, Lisboa, pp. 247-268.

octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas pues, en él, se establece que dicha Ley se aplicará al sector público, que está compuesto por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades que integran las Administración local y también al sector público institucional.

Características esenciales de la responsabilidad patrimonial.

A diferencia de lo que sucede en otro tipo de responsabilidades, como es el caso de la responsabilidad aquiliana o extracontractual del CC, la responsabilidad patrimonial de la Administración, en general, se caracteriza por los siguientes aspectos:

- * Responsabilidad **objetiva**. Al contrario de lo que sucede con la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 de CC, la responsabilidad patrimonial de las AAPP, se caracteriza por ser una responsabilidad objetiva. El criterio responsabilidad objetiva atiende a que no es necesario que concorra una actuación dolosa o negligente por parte del sujeto causante, sino que será suficiente la producción de un daño para que surja la obligación de indemnizar. Este carácter diferenciador de la responsabilidad patrimonial de las AAPP, viene establecido en el artículo 32 de la Ley 40/2015 donde se establece que las AAPP responderán de toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión producida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En el ámbito sanitario sucede exactamente lo mismo, la Administración responderá ante el ciudadano siempre que exista un daño, tanto si los servicios sanitarios públicos han funcionado de manera normal como anormal. Este carácter también ha sido reconocido reiteradamente por el Tribunal Supremo como en el caso de la sentencia de 3 de noviembre de 2011 que estableció que “la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se considera una responsabilidad objetiva por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que, como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado”. Como resulta lógico, al ser la sanidad un servicio público prestado por las AAPP, entendemos que el criterio de la objetividad es extrapolable al ámbito sanitario⁵. No obstante, también ha sido matizado por los tribunales, que la administración sanitaria, no es una aseguradora universal y la responsabilidad no es puramente objetiva sino modulada o casi objetiva⁶.
- * Carácter **directo** de la responsabilidad. Las AAPP serán responsables directas y automáticas de los daños ocasionados por el personal al servicio estas. Así lo establece el artículo 36 de la Ley 40/2015 cuando señala que “Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares **exigirán directamente a la Administración Pública** correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.” No obstante, siempre y cuando haya intervenido en la

⁵ STS 20 de junio de 1997.

⁶ STS de 9 de octubre de 2012.

producción del daño culpa o negligencia, y previo abono de la indemnización al lesionado, las AAPP podrán repetir contra el causante del daño.

- * Como sostiene el profesor MIRANDA GONÇALVES, la responsabilidad patrimonial de la administración es una responsabilidad de carácter **general** en el sentido de que “afecta a todas las Administraciones Públicas por el mero hecho de prestar servicios públicos, entendidos como actividad administrativa”⁷.
- * Otra nota diferenciadora de la responsabilidad patrimonial es su carácter **integral**. El carácter integral implica que la Administración deberá cubrir la totalidad de los daños y perjuicios causados al administrado por el funcionamiento de los servicios públicos. El carácter integral de la responsabilidad patrimonial ha sido reconocido de pacíficamente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que “es, por lo demás muy claro: la indemnización debe dejar «indemne» a la víctima del daño injusto, debe procurar una reparación integral del detrimento que dicho daño ha supuesto para su patrimonio, debe restituir éste en su pleno valor anterior a los sucesos dañosos, debe cubrir, por tanto, todos los «daños y perjuicios» sufridos «en cualquiera de sus bienes o derechos», como decía el artículo 40 de la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (y hoy repite el art. 139.1 Ley 30/1992)”⁸. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo:
 - o Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS el 17 de abril de 1998, donde se define con especial claridad esta nota diferenciadora que caracteriza este tipo de responsabilidad. “Es principio consagrado por la Jurisprudencia (S 11 Jul. 1997, entre otras) que a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se persigue la consecución de una **situación de indemnidad**, o reparación integral, para aquel que ha sufrido una lesión antijurídica como consecuencia del normal o anormal funcionamiento de un servicio público”.
 - o STS de 10 de octubre de 2011 establece que “El principio de reparación integral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la administración comprende **todos los daños alegados y probados sufridos por el perjudicado**, tanto los de índole material económicamente valorable como los de índole inmaterial o moral”.
 - o STS de 3 de noviembre de 2008 “la reparación integral del daño que rige en esta materia, en cuanto **completa dicha reparación hasta cubrir la totalidad de los daños y perjuicios sufridos** y lograr la indemnidad del derecho subjetivo o del interés que resulta lesionado”.

7 Miranda Gonçalves, R. (2017). La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ámbito sanitario español. Direito á saúde, Lisboa: Ed. Juruá, p.254.

8 García de Enterría, E. y Fernández, T. (2002) Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid: Civitas, p.418-419.

Elementos generales para la concurrencia de responsabilidad patrimonial

La ya derogada Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establecía – del mismo modo que hace la LRJSP en su artículo 32 - los principios y elementos generales para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial. No obstante, ha sido la constante y reiterada jurisprudencia⁹ la que ha establecido una enumeración detallada de los mismos:

- I. El daño producido ha de tratarse de un **daño efectivo, individualizado y en relación con una persona o grupo de personas**, es decir nunca potencial o futuro.
- II. El daño debe ser **consecuencia del funcionamiento** –normal o anormal- de **los servicios públicos**.
- III. Ha de existir una **relación de causalidad** directa entre la acción (u omisión) de la Administración y del resultado producido, sin que existan elementos que puedan romper el nexo causal.
- IV. Ausencia de fuerza mayor
- V. Que el **daño sea antijurídico**, en el sentido de que el reclamante “no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta”¹⁰.

Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las AAPP

Como hemos señalado anteriormente, el **carácter objetivo** de la responsabilidad patrimonial hace responsable a las Administraciones Públicas de los daños producidos a los administrados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, **sin que sea exigible la intervención de culpa o negligencia en la acción que ocasiona el daño producido**. El apartado 1º del artículo 32 de la Ley 40/2015 recoge la extensión de esta responsabilidad rezando que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.”

La responsabilidad patrimonial de la Administración comprende aquellos supuestos en los que los daños sean causados directamente por el personal a su servicio. Por ello, el art. 36 de la LRJSP establece que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública, los daños y perjuicios derivados causados por las autoridades y personal a su servicio. No obstante, siempre y cuando hayan intervenido dolo, culpa o negligencia grave en la producción del daño, y una vez haya sido satisfecha la indemnización de los daños producidos al particular, dispone el ya referido artículo 36 que la Administración iniciará de oficio un procedimiento de reclamación frente al personal a su servicio.

⁹ Sentencias TS de 24 de marzo de 1992, 5 de octubre de 1993 y 22 de marzo de 1995.

¹⁰ STS de 21 de abril de 2005.

Funcionamiento normal de la Administración.

Como hemos detallado anteriormente, el carácter objetivo de la responsabilidad implica que para que esta tenga lugar, no es necesaria la intervención de una conducta dolosa o culposa por parte del personal a cargo de la AP, basta con que se produzca un resultado dañoso. Por ello, siempre y cuando no intervenga fuerza mayor o el sujeto no esté obligado por una norma a soportar el daño producido, la Administración será responsable de los daños que se puedan producir.

Pero es que incluso el **funcionamiento normal** de la Administración, entendido como “aquel comportamiento totalmente ajustado a la legalidad y sin presencia de culpa de personas a cargo de la misma, **puede provocar riesgos que produzcan daños antijurídicos**”¹¹.

Del mandato constitucional que el art. 106.2 de la CE, así como del propio art. 36.1 de la LRGSP, cabe englobar el caso fortuito dentro del funcionamiento normal de los servicios públicos, pero en todo caso estarán excluidos los de fuerza mayor, como veremos más adelante.

Funcionamiento anormal

Cuando nos referimos al término funcionamiento anormal de los servicios públicos, nos referimos a aquellos supuestos en los que el daño producido se debe a la conducta culposa o negligente del agente que lo causa. Por ello, siempre y cuando concurra culpa en la acción u omisión del causante del daño, nos encontraremos ante un supuesto de funcionamiento anormal de la AP.

No obstante, la jurisprudencia sostiene que el funcionamiento anormal de la AP, no solamente comprenderá los supuestos en los que haya intervenido culpa del agente causante del daño. Se comprenderán también como tales, “los daños que se deban a la ilegalidad de una actividad administrativa dañosa, sin que en la realización de tal conducta se pueda apreciar culpabilidad”¹².

En este sentido, ha venido estableciéndose por los tribunales que el funcionamiento anormal del servicio público que es causante del daño, no tiene que estar obligatoriamente conectado a la omisión de los deberes del personal a cargo del servicio público sino que “En efecto, el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que la anormalidad en el servicio no debe necesariamente estar conectada a la existencia de una infracción subjetiva de los deberes de los funcionarios, sino que **basta con demostrar, como aprecia la sentencia de instancia, que objetivamente existió una deficiencia, determinante de la omisión de cuidados** que pudieron evitar el fallecimiento. El no haberse advertido al centro penitenciario de los antecedentes de tendencia suicida del interno constituye por sí mismo un elemento demostrativo de que la vigilancia practicada no fue suficiente, pues de haberse conocido esta circunstancia las autoridades del centro

¹¹ Jurídicas, N. (2009). La responsabilidad patrimonial de la administración (análisis jurisprudencial) · Noticias Jurídicas. [online] Noticias Jurídicas. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/> [Revisado el 3 Oct. 2017].

¹² Jurídicas, N. (2009). La responsabilidad patrimonial de la administración (análisis jurisprudencial) · Noticias Jurídicas. [online] Noticias Jurídicas. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/> [Revisado el 3 Oct. 2017].

hubieran, como afirma la sentencia de instancia, ordenado cuidados especiales que hubieran podido impedir el suicidio”¹³.

Caso fortuito vs fuerza mayor

Como ya hemos comentado con anterioridad, nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el artículo 106.2 de la CE como en el artículo 32.1 de la LRJSP, determina que la responsabilidad patrimonial de las AAPP se extenderá a los supuestos de caso fortuito, pero no a los casos de fuerza mayor. Por ello, conviene distinguir qué es lo que entiende la doctrina y la jurisprudencia por ambos conceptos.

1. Caso fortuito. Los daños producidos por caso fortuito son aquellos daños producidos por hechos que no pudieron ser previsibles o evitables, pero que son producidos por el funcionamiento de los servicios públicos.
2. Fuerza mayor. Son aquellos daños que han sido producidos por hechos imprevisibles o irresistibles, pero que son completamente ajenos a la actividad administrativa.

En tal sentido, resulta de especial relevancia la distinción que la jurisprudencia ha realizado respecto de ambas figuras “El motivo ha de ser desestimado en el primero de los aspectos planteados por cuanto como ha establecido esta Sala, por todas sentencias de 31 May. 1999, importa recordar, y en esto se muestran hoy coincidentes la doctrina científica y la jurisprudencia, que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes:

a) En el **caso fortuito hay indeterminación e interioridad**; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); 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 STS de 11 Dic. 1974: «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.»

b) En **la fuerza mayor**, en cambio, **hay determinación irresistible y exterioridad**; indeterminación absolutamente irresistible, 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 de 23 May. 1986: «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»¹⁴

Respecto a la carga de la prueba en los supuestos excluyentes de responsabilidad patrimonial, establece el TS que “el carácter objetivo de la responsabilidad impone que **la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la**

¹³ STS 28 de marzo del 2000.

¹⁴ STS 10 de octubre de 2002.

Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia”¹⁵.

Resulta relevante conocer el significado conceptual de ambas figuras, pues la Ley 40/2015 en su artículo 34 dispone que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”. Por ello, debido al carácter previsible y evitable del caso fortuito, todos aquellos supuestos que puedan producirse en relación a los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos, deberán extenderse al ámbito de la responsabilidad patrimonial, siempre y cuando se vulneren las pautas de conducta científica o técnicamente correctas.

Daño

Antes de entrar en detalle sobre los presupuestos necesarios para que los daños producidos por las AAPP sean indemnizables, debemos conocer el alcance de la indemnización. En este sentido, conviene señalar lo establecido en el artículo 1106 del CC pues, “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”. Es decir, será indemnizable por la Administración tanto el **daño emergente** como el **lucro cesante**. Dentro del daño emergente han de englobarse tanto los daños materiales producidos al particular, así como los daños morales.

En lo que a la cuantificación del lucro cesante se refiere, y con la finalidad de evitar un enriquecimiento injusto por parte del lesionado, la jurisprudencia viene exigiendo que el reclamante pruebe de forma clara y efectiva la ganancia dejada de obtener, evitando estimaciones dudosas o meramente contingentes¹⁶.

El daño producido al particular por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos debe ser ante todo un daño **antijurídico**, en el sentido de que el mismo no tenga el deber jurídico de ser soportado por el perjudicado. Como establece nuestra jurisprudencia en multitud de sentencias “no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que **tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica**, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”¹⁷.

El párrafo 2º del artículo 32 de la Ley 40/2015 establece los elementos generales del daño indemnizable en materia de responsabilidad patrimonial:

1. Efectivo
2. Evaluable económicamente
3. Individualizado

¹⁵ STS de 4 de octubre de 1999.

¹⁶ STS de 25 de noviembre de 2009.

¹⁷ STS de 18 de junio de 2012.

Estos requisitos, que analizaremos a continuación, vienen establecidos en la norma, pero han venido desarrollados por la jurisprudencia.

Efectivo

El requisito de la efectividad del daño hace referencia a que el daño producido como consecuencia del funcionamiento de la Administración, ha de ser un daño real "excluyéndose las indemnizaciones de daños hipotéticos ni futuros relacionados con las ganancias futuras o esperadas."¹⁸

Evaluable económicamente

El apartado 3º del artículo 32 de la Ley 40/2015, reconoce el derecho que ostentan los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas, de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que la lesión producida sea consecuencia del funcionamiento de la Administración y siempre y cuando el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo.

Cuando el daño se produce sobre bienes de carácter patrimonial resulta sencilla, en la mayoría de los casos, la evaluación económica de los mismos puesto que esta vendrá determinada por el valor económico de los mismos. Debido a su carácter integral, la Administración responderá también de los daños morales ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos, aunque la valoración de estos será más compleja.

Finalmente, conviene añadir que "a través de la exigencia de la evaluación económica del daño, han de excluirse las molestias que sufran los particulares cuando éstas carezcan de transcendencia patrimonial apreciables"¹⁹.

Individualización del daño

El daño producido por la AP solamente será indemnizable si está individualizado. La individualización del daño implica que este haya afectado a una persona (ya sea física o jurídica) o a un grupo de personas determinadas.

Relación de causalidad e imputabilidad

Haciendo nuevamente mención al carácter objetivo (o cuasi objetivo) de la responsabilidad patrimonial, hemos de matizar que no es suficiente con que se produzca un daño a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sino que también es necesario que ese daño sea antijurídico (no puede existir deber jurídico de soportarlo) y que exista una relación de causalidad entre la actividad o inactividad administrativa y la lesión producida al particular. Se ha establecido por la jurisprudencia que la relación de causalidad deberá de atender a una relación directa, inmediata y exclusiva de causa efecto.²⁰

Como hemos comentado anteriormente, tanto el artículo 106.2 de la CE como el artículo 32.1 de LRJSP establece que no serán indemnizables los

¹⁸ STS de 19 de octubre de 1990.

¹⁹ Jurídicas, N. (2017). La responsabilidad patrimonial de la administración (análisis jurisprudencial) · Noticias Jurídicas. [online] Noticias Jurídicas. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/> [Revisado el 2 Oct. 2017].

²⁰ Sentencias TS 25 de mayo de 1995, 19 noviembre de 1994 o 4 de mayo de 1995.

daños producidos por casos de fuerza mayor, por entender que se produce una ruptura en el nexo causal, al no darse una relación directa, inmediata y exclusiva de causa efecto.

Jurisdicción competente

Con anterioridad a la entrada en vigor de la anterior Ley 30/1992, la responsabilidad patrimonial podía ser reclamada en tres órdenes jurisdiccionales diferentes: el orden civil, el contencioso administrativo y el social. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y con la actual Ley 39/2015 y la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (por la que se deroga la Ley 30/1992), no cabe duda de que la responsabilidad patrimonial de la Administración compete única y exclusivamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Así lo establece la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que, en su artículo 2 apartado E establece que “El **orden jurisdiccional contencioso-administrativo** conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

e) **La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas**, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo 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.”

Al ser competente la jurisdicción contencioso-administrativa, para acudir a la vía judicial será obligatorio **agotar la vía administrativa previa**.

Plazo de prescripción

Del mismo modo que sucede en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 CC), el plazo de prescripción en los supuestos de responsabilidad patrimonial de las AAPP será de un año. Así lo establece el artículo 67.1 de la Ley 39/2015 cuando señala que “el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo”. Este mismo precepto dispone que el plazo empezará a computar desde la curación o desde la determinación del alcance de las secuelas.

El principio de actio nata

Con arreglo a un criterio jurisprudencial muy bien asentado²¹, en virtud del principio actio nata (nacimiento de la acción) el cómputo para su ejercicio sólo puede comenzar si se conocen con plenitud los aspectos de índole fáctica y jurídica que constituyen presupuestos para determinar su alcance, esto es, cuando se manifiestan al afectado en su precisa dimensión los dos elementos del concepto de lesión: el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

Es por ello que el dies a quo comenzará en el mismo momento que se determine con exactitud el alcance de los efectos lesivos y no en el momento de la producción del daño²². Asimismo, el dies ad quem será transcurrido el año desde que se conoce el alcance de los daños.

²¹ Sentencias TS 22 de febrero de 1993, 18 de abril de 2000, 27 de febrero de 2001 y 9 de abril de 2007, entre otras.

²² STS de 21 de diciembre de 2010.

Interrupción de la prescripción

Dispone el CC en su artículo 1973 que la prescripción de la acción se podrá interrumpir de tres modos, siendo estos mismos aplicables al orden administrativo:

1. Por su ejercicio ante los Tribunales
2. Por la reclamación extrajudicial del acreedor
3. Por el reconocimiento de la deuda por parte del deudor

La interrupción de la prescripción es de carácter automático, de tal modo que se producirá en el mismo momento en el que se cumpla alguno de los supuestos establecidos en el CC. En el ámbito de la responsabilidad patrimonial, el principal efecto que conlleva es el reinicio del cómputo del plazo que el perjudicado ostenta para ejercitar su derecho.

Procedimiento para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

El procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, regulado en la Ley 39/2015, debe pasar por las dos fases que son preceptivas en toda reclamación que se dirige contra la Administración; la vía administrativa previa y, en muchos casos, cuando no prospere la pretensión en ella, la vía contencioso-administrativa. Solamente si la Administración Pública le deniega la responsabilidad patrimonial de forma expresa o tácita (a través del silencio administrativo), se podrá acudir a la vía contencioso-administrativa. El procedimiento administrativo en materia de responsabilidad patrimonial, podrá iniciarse de dos modos que serán abordados a continuación; a instancia de parte o de oficio.

Iniciación a instancia de parte

Cuando el procedimiento se incoe a instancia de parte, establece el artículo 66 la ley 39/2015 que la solicitud de iniciación deberá contener:

- I. Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente;
- II. Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación;
- III. Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud;
- IV. Lugar y fecha;
- V. Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio;
- VI. Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su correspondiente código de identificación.

Aunque el procedimiento administrativo se caracteriza por su "informalismo", dispone el párrafo cuarto del artículo 66 que las AAPP deberán de establecer modelos de uso voluntario a disposición de los interesados.

Además de los requisitos establecidos por el artículo 66, dispone el artículo 67 que, en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, en la solicitud que realicen los interesados, se deberán de especificar:

- ✓ Lesiones producidas,
- ✓ Relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento de la AP,

- ✓ Evaluación económica del daño producido,
- ✓ El momento en el que la lesión efectivamente se produjo.

Otra de las peculiaridades del procedimiento de responsabilidad patrimonial, es que será preceptivo solicitar un informe al servicio cuyo funcionamiento haya producido la lesión indemnizable.

Una vez que el particular recibe el dictamen, el órgano competente resolverá o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo. Cuando no se estimase procedente formalizar la propuesta por el órgano competente para suscribirlo, será necesario que la resolución se pronuncie sobre:

- ✓ La existencia o inexistencia de la relación de causalidad.
- ✓ La cuantía y el modo de indemnización.

Iniciación de Oficio

En la Ley 39/2015 se reconocen tres formas de iniciación de oficio del procedimiento administrativo:

1. Por acuerdo del **Órgano Competente**.
 - a. Por iniciativa propia. De acuerdo con el artículo 59, por iniciativa propia ha de entenderse la actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación.
 - b. Orden Superior. También se contempla la posibilidad de que se incoe el procedimiento por orden superior, entendida la misma como la emitida por un órgano superior jerárquico del competente para iniciar el procedimiento.
2. **Por petición razonada de otros órganos**. Se entiende por petición razonada, la propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el mismo y que ha tenido conocimiento de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.
3. **Por denuncia**. La denuncia debe ser entendida como aquella actuación llevada a cabo por cualquier persona en la que se pone en conocimiento a un órgano administrativo la existencia de un hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado de oficio, establece dos peculiaridades:

- Que **el derecho a la reclamación del interesado no haya prescrito** en el momento de la incoación.
- Se les **concederá a los presuntamente lesionados, un plazo de diez días** para que formulen cuantas alegaciones, documentos, pruebas e informes estimen oportunos. Aunque no se hayan personado en plazo los presuntamente lesionados, el procedimiento se instruirá de igual manera.

Competencia para resolver en la vía administrativa

Para determinar la competencia para resolver de aquellos asuntos de responsabilidad patrimonial de las AAPP, habrá de determinarse el ámbito de producción de la lesión; Si la lesión se produce en el ámbito de la Administración General del Estado, será competente el **ministro** respectivo²³, si se produce en el ámbito autonómico o local, la competencia la ostentarán **los órganos correspondientes de las CCAA** o las Entidades que integran la Administración Local (por ejemplo, los ayuntamientos).

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, en los supuestos de Entidades de Derecho Público, el órgano competente para resolver será aquel que se haya determinado en su régimen jurídico, y solamente con carácter subsidiario se aplicarán las normas del ámbito de aplicación.

Es importante recalcar que la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las AAPP, **pondrá fin a la vía administrativa**²⁴. Por ello, el perjudicado tendrá diferentes opciones en caso de que se desestimen sus pretensiones:

- I. Continuar con la vía administrativa, interponiendo el **recurso potestativo de reposición** ante el mismo órgano que dictó la resolución.
- II. Iniciar la vía contencioso-administrativa a través del **recurso contencioso-administrativo** en el plazo de dos meses desde el día siguiente en que se notifique.

Silencio administrativo

Por silencio administrativo se entiende el transcurso del plazo sin que se dicte resolución. En este sentido, se establece en el artículo 24.1 de la LRJSP que "el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario." Es por ello, que se establece el silencio positivo como regla general en los procedimientos administrativos iniciados a solicitud del interesado. No obstante, el mismo artículo 24.1 en su párrafo segundo anuncia que el silencio tendrá efecto desestimatorio - y, por lo tanto, negativo- en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El artículo 91.3 de la Ley 39/2015, establece que, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, transcurridos seis meses desde que se haya iniciado el procedimiento sin que se haya recaído o notificado resolución expresa, podrá entenderse que la resolución es desestimatoria por silencio negativo.

Una vez transcurrido el plazo de seis meses, el particular estará habilitado para iniciar la vía contencioso-administrativa, mediante la interposición del recurso contencioso-administrativo.

²³ O el consejo de ministros en los supuestos previstos en el artículo 32.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público o cuando una Ley así lo disponga.

²⁴ Así lo dispone el artículo 114 de la Ley 39/2015.

La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria

Una vez abordado el estudio sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, nos centraremos en la responsabilidad en el ámbito sanitario. Es evidente que todo lo dicho hasta el momento sobre la responsabilidad patrimonial en general, es aplicable a la responsabilidad patrimonial sanitaria, al tratarse de un servicio de carácter público prestado por la Administración Pública.

Delimitación Objetiva

En el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial sanitaria, es necesario concretar cuál es el concepto de actuación de la Administración sanitaria para determinar cuáles son los supuestos de responsabilidad. En este sentido, GUERRERO ZAPLANA²⁵ engloba la actuación de la Administración sanitaria en tres supuestos:

- I. Por imperativo del artículo 43.2 de la Constitución Española, “compete a los poderes públicos, organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.” Por lo tanto, se podrá hablar de responsabilidad en los casos en los que se produce la **actividad material ordinaria de la Administración sanitaria** prestando los servicios a los que está obligada.
- II. También existirá responsabilidad patrimonial sanitaria en aquellos supuestos en los que el daño se produzca como consecuencia de la **omisión de los deberes legalmente atribuidos** a la Administración Sanitaria.
- III. Finalmente, también cabría encajar dentro del ámbito de la responsabilidad sanitaria y, por lo tanto, dentro de la responsabilidad patrimonial, los daños ocasionados a terceros mediante el **ejercicio de potestades administrativas** o de carácter reglamentario, como sería el caso de las vacunaciones obligatorias.

En definitiva, la actividad de la Administración en materia sanitaria, engloba riesgos derivados por los propios médicos al servicio de las Administraciones públicas, del equipo sanitario e incluso de la organización de la sanidad desde un punto de vista meramente administrativo.

Delimitación subjetiva

Es conveniente esclarecer que la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario, es una responsabilidad que no se le imputa al médico o profesional sanitario, sino que se trata de una responsabilidad exclusiva de la Administración, como resulta de los preceptos legales que la regulan (art. 106.2 CE o artículos 32 y ss de la Ley 40/2015).

Como sostiene GUERRERO ZAPLANA “quiere ello decir que, aunque es necesario analizar la actividad de todos los profesionales médicos que intervengan en el proceso curativo que se trate, en lo supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, las hipotéticas sentencias condenatorias que se dicten solo pueden ir referidas a la Administración responsable del resultado dañoso producido en la salud del paciente por el que se reclama”²⁶.

²⁵ Guerrero Zaplana, J. (2004). Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Valladolid: Lex Nova, p.128-129.

²⁶ Guerrero Zaplana, J. (2004). Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Valladolid: Lex Nova, p.129.

También es por ello que el artículo 46 de la Ley 40/2015 reza “para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 46, la misma ley 40/2015 en su artículo 47 dispone que una vez resarcido el daño producido a los lesionados, y siempre y cuando haya intervenido dolo, culpa o negligencia grave por parte del personal al servicio de la administración, se les exigirá a estos de oficio en vía administrativa la responsabilidad en la que hubieran incurrido. Para exigir dicha responsabilidad y para cuantificarla se tendrán en cuenta criterios como el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso, según infiere el artículo 48 del mismo texto.

Fundamento garantía de la integridad física, psíquica y moral del paciente

Como se ha comentado en la introducción del presente trabajo, el derecho a la salud, así como la competencia atribuida a la Administración pública en materia sanitaria, viene reconocido en el artículo 43 de la Constitución Española. También cabe hacer referencia a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ya que en los artículos 1 a 6 de la misma, se hace alusión al deber de prestación de la atención sanitaria que compete a la Administración (tanto a nivel estatal como a nivel autonómico). En el mismo sentido, conviene nombrar el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, puesto que, en su artículo 148, se contempla la responsabilidad derivada de la prestación de servicios sanitarios.

También sirve de fundamento lo establecido en el Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial Española de 1999. En él se establecen determinadas obligaciones tanto a los médicos como al personal sanitario tales como el secreto profesional, la obligación de informar al paciente, y la de actuar siempre conforme a la *lex artis*.

Obligación de medios vs obligación de resultado

Tradicionalmente, ha sido objeto de discusión si la obligación que opera en el ámbito de la responsabilidad profesional médica se trata de una obligación de medios o de una obligación de resultados.

Es conveniente dilucidar, antes de determinar qué tipo de obligación opera en el ámbito de la sanidad pública, qué ha de entenderse por obligación de medios y por obligación de resultados; Como sostiene MORENO QUESADA²⁷, la obligación de medios es “aquella por la cual el deudor se compromete solamente a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que éste espera: no se compromete a procurarle, cueste lo que le cueste, un resultado, sino a actuar diligentemente. Son obligaciones en que la diligencia misma del deudor se hace objeto de la obligación”. En cambio, la obligación de resultados es “aquella en las que se es deudor de un resultado

²⁷ “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, 1976, pp. 474 y ss.

que el obligado se compromete a procurar cualesquiera que sean las dificultades que pueda encontrar, le cueste lo que le cueste, siendo responsable de la no obtención del mismo, salvo que pruebe la fuerza mayor".

Con anterioridad a la línea jurisprudencial seguida en la actualidad, el TS establecía distinción de la obligación a prestar si se tratase de medicina satisfactiva/voluntaria o medicina curativa/asistencial. La medicina voluntaria, estaba sujeta a una obligación de resultado puesto que la relación médico paciente se perfeccionaba en un contrato de arrendamiento de obra y el no cumplimiento del mismo supondría el nacimiento del denominado cumplimiento defectuoso. Por otro lado, la anterior doctrina jurisprudencial, coincidente con la actual, establecía una obligación de medios en lo que a la medicina curativa o asistencial se refiere.

Es en el año 2009 cuando el TS en su sentencia de 20 de noviembre adopta un cambio interpretativo²⁸ en el tipo de obligación a la que se compromete el médico. La misma corriente se adopta en la STS de 7 de mayo de 2014 en donde se establece que "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención"²⁹.

Por lo tanto, el criterio empleado en la actualidad por el TS es el de que la obligación médico paciente siempre será una obligación de medios. Cosa diferente es que el médico garantice la obtención de un resultado concreto pactado con el paciente. En estos supuestos, al tratarse de un contrato de obra, el paciente adopta la postura del cliente, y el incumplimiento de un resultado previamente pactado, será exigible vía responsabilidad contractual del 1101 del CC.

Presupuestos de la responsabilidad patrimonial sanitaria

Los presupuestos exigibles para la concurrencia de la responsabilidad patrimonial general, son predicables al ámbito sanitario de la misma. Como se ha analizado anteriormente, el primer presupuesto exigible para la concurrencia de la responsabilidad es la producción de un daño. Ese antijurídico, efectivo, evaluable económicamente e individualizado (a persona o grupo de personas) también es exigible en el ámbito sanitario. También resulta obligatoria la existencia de un nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público sanitario puesto que de lo contrario no estaríamos ante supuestos indemnizables por la Administración sanitaria.

El criterio de la lex artis. Concepto.

La lex artis, es un término frecuentemente utilizado por los Juzgados y Tribunales de nuestro país para hacer referencia a la responsabilidad

²⁸ Sentencias TS 20 noviembre de 2009, 3 marzo 2010 y 19 julio 2013 entre otras.

²⁹ STS 7 de mayo de 2014.

derivada de la actuación médica. Por ello y al encontrarse íntimamente ligado a los supuestos de responsabilidad extracontractual de la Administración sanitaria, es un término empleado reiteradamente en el orden contencioso-administrativo.

La jurisprudencia define la *lex artis* como “aquel criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”³⁰. Dentro de dicho concepto, han de incluirse “no solamente 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”³¹.

La actuación negligente contraria a la *lex artis*, entiende el TS “...permite imputar el resultado dañoso a la demandada, por cuanto implica una actuación negligente de los facultativos, no por el resultado, puesto que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, sino por una mala praxis médica”³².

Por todo ello, resulta vital aplicar el criterio de la *lex artis* médica a la hora de reclamar la responsabilidad correspondiente, puesto que de lo contrario “implicaría acoger una responsabilidad basada exclusivamente en la producción de un resultado, ajena a cualquier valoración sobre la culpa”³³

Lex artis ad hoc y los protocolos de actuación médica

La *lex artis ad hoc* ha sido definida por la jurisprudencia como “aquel criterio valorativo de corrección del acto médico teniendo en cuenta las características del autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital”³⁴. La *lex artis ad hoc* determina que el médico estará sujeto a cumplir los elementos formales y protocolarios de las técnicas previstas, así como la aplicación de las mismas con la precisión técnica y el cuidado exigible para cada caso concreto.

Es importante destacar que con afán de garantizar la buena praxis médica y con ánimo de orientar al médico en su labor de diagnóstico, se suelen elaborar protocolos de actuación médica. En los protocolos de actuación médica “se trata de plasmar en documentos las directrices o recomendaciones que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales con el fin de mejorar la calidad y la eficacia de la actuación sanitaria[...]Son normas técnicas que carecen de juridicidad, si bien pueden ser acogidas como reglas por el juez para configurar el deber objetivo de cuidado en el caso concreto que se le

³⁰ STS 18 de diciembre de 2006.

³¹ STS 23 de mayo de 2006.

³² STS 18 de diciembre de 2006.

³³ [Guiasjuridicas.wolterskluwer.es](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es). (2017). *Lex artis médica*. [online] Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAC1Owa7CQAJ8G47G6uF54dL6bubFaGO80pa0xHVXF1rt37t1H8kAYYaB58hxrvtmBCpDX7JNpIDnX3w8x3rODIYNYpryNQ-tLhdepm4pibNQ-w4IjNuwlKRO7HibgM6hNcfTdKTSfAlxewlXYe_1_USxbb4KWDiqEmAF-nZG8Mg_XBIsKwnVdEquHRHmWI7HKInrGQStyJ9vMH5W3rp_OXyStaVo1mybcxnDlqX6p6MK3Lsu_-HPvALTGOEAQAAWKE [Revisado el 2 Oct. 2017].

³⁴ Sentencias TS 11 de marzo de 1991, 7 de febrero de 1990 y 20 de octubre de 1997.

plantea, ya sea en el ámbito de la imprudencia penal o en el marco de la culpa civil”³⁵.

La responsabilidad administrativa. Referencia a los servicios médicos

No resulta necesario volver a enumerar los requisitos exigibles para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Sin embargo, si resulta interesante, en lo relativo al criterio de la *lex artis*, mencionar el artículo 34.1 de la Ley 40/2015, pues en él se establece que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”. En sensu contrario hemos de entender que si serán indemnizables todos aquellos actos que hubieran podido evitarse según el estado de la ciencia y de la técnica en el momento de su producción.

Conviene hacer mención, aunque sea de forma breve, a lo que nuestros tribunales entienden por daño desproporcionado puesto que en los supuestos en los que un paciente, en el ámbito de la sanidad pública, sufre un daño desproporcionado, deberá de probar el causante del daño que actuó con la diligencia exigible, invirtiéndose por lo tanto la carga de la prueba. En este sentido, nuestros Tribunales entienden que “la doctrina jurisprudencial “del daño o resultado desproporcionado”, trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa, como señalábamos en nuestra Sentencia de 30 de septiembre de 2.011 (recurso de casación núm. 3.536/2.007), «en la 48 afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado como aquél, ya que por sí mismo, por sí sólo, un daño así denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción»³⁶. No obstante, también ha sido nuestra doctrina jurisprudencial la que ha establecido que siempre exista un riesgo considerable de que el resultado pueda producirse, no podremos hablar de daño desproporcionado³⁷.

El derecho a la información asistencial y el consentimiento informado. Concepto y requisitos.

La falta de consentimiento informado en la relación médico-paciente, constituye uno de los presupuestos principales alegados ante los Tribunales españoles para reclamar la defectuosa asistencia sanitaria. Por lo tanto, es necesario entrar a valorar esta cuestión que cobra especial importancia en ámbito del derecho sanitario.

Desde un punto de vista dogmático, sostiene DOMÍNGUEZ LUELMO que la necesidad del consentimiento informado se puede enfocar desde dos puntos de vista: “como derecho del paciente a proteger su autonomía personal, de manera que su ausencia implicaría en sí misma un actuar antijurídico del que debería responder el médico, con independencia de la causación de un daño corporal sobre el enfermo; o bien como un deber más del médico para

³⁵ Sentencia AP Madrid 25 de noviembre de 2008.

³⁶ STS de 19 de septiembre de 2012.

³⁷ Sentencias TS de 9 de marzo de 2011 o 2 de enero de 2012.

con sus pacientes, incluido dentro de la actividad curativa, de manera que aquél sólo debería responder cuando realmente se provocara un daño”³⁸.

Para abordar el concepto de información asistencial y consentimiento informado, es necesario analizar, al menos de forma sucinta, la Ley 1/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y el desarrollo de ambos por nuestra jurisprudencia. Esta Ley, tiene por objeto regular tanto los derechos como las obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, tanto públicos como privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica.

El derecho a la información asistencial -comúnmente conocido como “derecho a la información” viene regulado y desarrollado en los artículos 4 y ss de la LAP. Este derecho faculta a los pacientes a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito sanitario (tanto público como privado), toda la información disponible sobre cualquier intervención a la que vaya a ser sometido. La obligación de informar al paciente la ostenta tanto el médico responsable como los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial. Esta información deberá de contener como mínimo la finalidad, la naturaleza, los riesgos y las consecuencias de la intervención. La norma general es que dicha información se preste de forma verbal y que se deje constancia de la misma en el historial clínico del paciente. Es requisito exigible que la información facilitada al paciente sea veraz y se le deberá de comunicar al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, facilitándole la toma de decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

En todo caso, el titular del derecho a ser informado será el paciente, no obstante, dispone el artículo 5.3 que “Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

El capítulo IV de la Ley de autonomía del paciente relativo a “el respeto de la autonomía del paciente”, en los artículos 8 y ss hace mención al consentimiento informado, sus condiciones y sus límites.

Por consentimiento informado, debemos de entender aquel consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información asistencial, haya valorado las opciones propias del caso. La norma general es que el consentimiento sea verbal, no obstante, la ley enumera una lista de supuestos en los que el consentimiento será necesariamente por escrito:

1. Intervenciones quirúrgicas
2. Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores
3. Aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria o previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente

El paciente podrá revocar libremente y por escrito el consentimiento prestado en cualquier momento. Antes de recabar el consentimiento por escrito del paciente, el facultativo deberá informarle de al menos la siguiente información básica:

³⁸ Domínguez Luelmo, A. (2007). Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid: Editorial Lex Nova, pp.310-311.

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, se establecen determinados supuestos en los que el facultativo podrá llevar a cabo intervenciones clínicas a favor de la salud del paciente:

- Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
- Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que “no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad”³⁹.

Responsabilidad patrimonial sanitaria. Consecuencias de la ausencia de consentimiento informado

Resulta determinante comprender los efectos o las consecuencias que la ausencia del consentimiento informado puede acarrear desde el punto de vista de la responsabilidad sanitaria de la AP.

Es igualmente importante esclarecer que la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, constituye siempre una **obligación de medios**⁴⁰. En este sentido, establece el Tribunal Supremo “frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/2004, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad

³⁹ STC de 28 de marzo de 2011.

⁴⁰ STS de 16 de mayo de 2012.

de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles⁴¹.

Y es que, se ha señalado, el consentimiento informado se configura como uno de los derechos esenciales que tiene el paciente y se encuentra dentro de la obligación de medios a la que está sometida el médico⁴². Por ello, el consentimiento informado ha de englobarse dentro en el concepto de *lex artis*. Es decir, la ausencia de un consentimiento adecuadamente informado implicará una mala praxis médica. La jurisprudencia⁴³ es muy pacífica al afirmar que, para declarar la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, será necesario que se produzca una infracción de la *lex artis*. En este sentido, TS ha establecido que “La observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración”⁴⁴. En definitiva, la ausencia de consentimiento informado supone uno de los presupuestos de responsabilidad administrativa, puesto que el consentimiento informado tiene su encaje específico dentro del criterio de *lex artis*.

Conclusiones

A lo largo del presente trabajo hemos analizado y desarrollado los principios jurídicos que presiden y las normas que regulan la responsabilidad patrimonial exigible a las Administraciones Públicas y su aplicación al específico ámbito de la sanidad.

La reflexión tras el estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial de la materia nos permite sentar, las siguientes conclusiones:

I

Cuando hablamos de responsabilidad patrimonial de la Administración, nos referimos a aquellos supuestos en los que la Administración se configura como la responsable de los daños que el funcionamiento sus servicios públicos pueda ocasionar.

II

Este tipo de responsabilidad se caracteriza por su carácter objetivo, directo y de reparación integral. Para que se produzca la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario que el daño producido sea antijurídico, efectivo, esté individualizado en una persona o en un grupo de ellas y que exista una relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público en cuestión.

III

Aunque el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial está regulado en la Ley 40/2015, el procedimiento de reclamación de la misma viene reconocido por la Ley 39/2015. Es importante tomar nota del plazo de prescripción del derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial ya que, al tratarse de un tipo de responsabilidad extracontractual, prescribirá al año desde el conocimiento del alcance de la lesión, aunque, como hemos visto,

⁴¹ STS 5 de junio de 2012.

⁴² STS 8 de septiembre de 2015.

⁴³ Sentencias del TS de 5 de junio, 9 de octubre, 28 de marzo y 10 de junio de 2012.

⁴⁴ STS 29 de junio de 2011.

el código civil contempla diferentes supuestos en los que se produciría la interrupción de la prescripción.

IV

La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, será necesario agotar la vía administrativa antes de que la jurisdicción contencioso-administrativa conozca de este tipo de procedimientos.

V

La responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende a los supuestos de responsabilidad sanitaria, al ser la sanidad un servicio de carácter público.

VI

Las Administración responderá de los daños ocasionados por el personal a su cargo, por ello, y por su carácter objetivo, responderá de los daños producidos por los sanitarios a cargo de la administración.

VII

La jurisprudencia entiende que la relación que existe entre el médico y el paciente es siempre una obligación de medios y nunca una obligación de resultados. El deber de información y la obligación de obtener el consentimiento del paciente debe incluirse dentro de esa obligación de medios

VIII

Para poder hablar de responsabilidad patrimonial sanitaria, la jurisprudencia exige que el daño producido por el personal a cargo de la Administración sea consecuencia del incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. La ausencia de consentimiento informado, al ser uno de los supuestos de vulneración de *lex artis médica*, supone uno de los principales fundamentos de reclamación ante los Tribunales.

Bibliografía

- Del Masso, Fabiano, Miranda Gonçalves, Rubén y Zeferino Ferreira, Rui Miguel, (2015) "A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático" *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vol. I
- Domínguez Luelmo, Andrés. (2007). *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid: Editorial Lex Nova.
- Fuentes Bardají, J. (2009). *Manual sobre responsabilidad sanitaria*. Cizur Menor (Navarra, España): Thomson Reuters-Aranzadi.
- Galán Cortés, J. (2001). *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (1993). *Curso de derecho administrativo II*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2002) *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid: Civitas.
- Miranda Gonçalves, R. (2017) "La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ámbito sanitario español", *Direito á saúde*, Ed. Juruá, Lisboa, 2017.
- Guerrero Zaplana, J. (2003). *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Guerrero Zaplana, J. (2004). *Las Reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*. Valladolid: Lex Nova.

- Guerrero Zaplana, J. (2013). *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*. Valladolid. Lex Nova.
- Palomar Olmeda, A. (2017). *Practicum ejercicio de la abogacía*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.
- Rodríguez López, P. (2007). *Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria*. Barcelona: Atelier.
- Zabala Guadalupe, J. (2009). *Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- Carro González, F. (2012). *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*. Doctorado. Universidad de la Coruña.

Recursos electrónicos

- Responsabilidad de las Administraciones Públicas: plazo de prescripción. (2009). Guíasjuridicas.wolterskluwer.es. Revisado el 28 de septiembre de 2017 a partir de: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNzQzMDtbLUouLM_DxblwMDSwNTA1OQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAqimUxjUAAAA=WKE
- Lex artis médica. (2017). Guíasjuridicas.wolterskluwer.es. Revisado el 28 de septiembre de 2017 a partir de: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQ3NDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAU1zl8zUAAAA=WKE
- La responsabilidad patrimonial de la administración (análisis jurisprudencial) (2009). Noticias Jurídicas. Revisado el 28 de septiembre de 2017 a partir de: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/>
- Autonomía del paciente. Consentimiento informado (2012). Elderecho.com. Revisado el 28 de septiembre de 2017 a partir de: http://www.elderecho.com/administrativo/Autonomia-paciente-Consentimiento-informado_11_489430006.html

Legislación

- Constitución Española, 1978.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- 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.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Jurisprudencia

Tribunal Supremo	7 de febrero de 1990	18 de diciembre de 2006
	19 de octubre de 1990	9 de abril de 2007
	11 de marzo de 1991	3 de noviembre de 2008
	24 de marzo de 1992	20 de noviembre de 2009
	22 de febrero de 1993	25 de noviembre de 2009
	5 de octubre de 1993	3 de marzo de 2010
	19 de noviembre de 1994	21 de diciembre de 2010
	22 de marzo de 1995	9 de marzo de 2011
	4 de mayo de 1995	29 de junio de 2011
	25 de mayo de 1995	10 de octubre de 2011
	20 de junio de 1997	3 de noviembre de 2011
	20 de octubre de 1997	2 de enero de 2012
	17 de abril de 1998	28 de marzo de 2012
	4 de octubre de 1999	16 de mayo de 2012
	28 de marzo de 2000	5 de junio de 2012
	18 de abril de 2000	10 de junio de 2012
	27 de febrero de 2001	9 de octubre de 2012
	10 de octubre de 2002	19 de julio de 2013
	21 de abril de 2005	7 de mayo de 2014
	23 de mayo de 2006	8 de septiembre de 2015
Tribunal Constitucional	28 de marzo de 2011	
Audiencia Provincial de Madrid	25 de noviembre de 2008	