



FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL AMBITO SANITARIO

Ramón Alberto Garcia De La Pastora Gutiérrez

Realizado bajo la tutela del profesor:

Dr. José Antonio Tardío Pato

Septiembre – 2017

RESUMEN

En este trabajo va tratar de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. Examinaremos: la historia de la responsabilidad Patrimonial en el ámbito de la medicina de una manera resumida, los sujetos que pueden ser responsables, los elementos necesarios de la responsabilidad sanitaria, la lex artis como norma de conducta para los profesionales, la importancia de los daños morales en el ámbito sanitario, las particularidades del procedimiento administrativo de las reclamaciones administrativas, el uso destacado de dos figuras en el ámbito sanitario: la doctrina Res Ipsa Loquitur y la doctrina del Daño desproporcionado, la responsabilidad del personal al servicio de la administración pública y por ultimo las indemnizaciones en el ámbito sanitario. Todo ello estará acompañado de sentencias del Tribunal Supremo que nos servirán de ejemplo y aclaración.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad, Administraciones Publicas, servicios públicos sanitarios, ley, jurisprudencia, Daño desproporcionado.

ABSTRACT

This project is about Public Administrations' Financial Liability within the health scope. We will briefly analyse the history of Financial Liability, the subjects that may be responsible, the elements needed in health liability, lex artis as rule for conduct for professionals, the importance of moral damages, the peculiarities of the process for administrative complaints, the noted use of two doctrines (Res Ipsa Loquitur and Disproportionate Damage), the liability of the Public Administration staff, and the compensations. All of that shall go with sentences of the High Court that will be used as examples and clarifications.

KEYWORDS: *Responsibility, Publics Administrations, Public health services, law, jurisprudence, Disproportionate Damage.*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA.	5
3. ENTES RESPONSABLES.	11
4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA.	16
4.1 Existencia de lesión resarcible	16
4.2 Antijuricidad de la lesión	18
4.3. Que la lesión esté conectada a la actividad administrativa, es decir que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.....	22
4.3.1 <i>Funcionamiento anormal</i>	22
4.3.2 <i>Funcionamiento normal</i>	26
4.4. Relación de causalidad entre la lesión y la actividad administrativa	27
4.5 Ausencia de fuerza mayor.....	28
5. LA LEX ARTIS MÉDICA.....	31
6. LOS DAÑOS MORALES.	34
7. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LAS RECLAMACIONES SANITARIAS.	39
8. RES IPSA LOQUITUR Y EL DAÑO DESPROPORCIONADO.	43
8.1. Res Ipsa Loquitur	43
8.2 El daño desproporcionado.....	46
8.3 Distinción entre ambas figuras	48
9. RESPONSABILIDAD DE AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA.	48
10. FIJACIÓN DE LA CUANTÍA.....	51
11. CONCLUSIONES.....	53
SENTENCIAS UTILIZADAS.	55
BIBLIOGRAFIA.	60

ABREVIATURAS

- C.E.: Constitución Española
- Cc.: Código Civil
- CCAA: Comunidades Autónomas
- INS: Instituto Nacional de Salud
- LEF: Ley de Expropiación Forzosa
- LGS: Ley General de Sanidad 14/1986
- LJCA: Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
- LOFAGE: Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
- LRJAE: Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado
- LRJAP: régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común 30/1990
- LRJSP: Ley de Régimen Jurídico del Sector Público 40/2015
- INGESA: Instituto de Gestión Sanitaria
- LPACAP: Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas 39/2015

1. INTRODUCCIÓN.

Si enumerásemos los bienes más valorados en el ser humano, sin ningún género de dudas consideraríamos que la salud estaría entre las primeras. *La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*¹. De ahí que debemos de proteger ya no solo la salud con una asistencia sanitaria, sino también el modo en que se practica dicha asistencia. Por ello hay una obligación de resarcir económicamente los daños que sufre un paciente como consecuencia directa de la asistencia recibida en un centro sanitario del Sistema Nacional de Salud llamada responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

La medicina surge de un modo natural. Es la respuesta del propio individuo que busca remediar sus padecimientos, convirtiéndose en el primer médico. Y del mismo modo que nace la medicina también surge la necesidad del ser humano de protegerse de los malos usos y sus abusos.

¹ Constitución de la organización mundial de la salud celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados.

Es la sociedad la que demanda que los servicios sanitarios ofrezcan una mayor calidad en su actuación, presionando a los jueces a pronunciarse sobre un aumento de las cautelas y las obligaciones de los facultativos a medida que la preparación de los médicos es más exquisita y los avances de la ciencia cada vez nos ofrecen unos mejores resultados. En consecuencia, la responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria ha crecido en importancia en los últimos años, tanto en reclamaciones como en la doctrina.

Son innumerables los factores que se pueden presentar durante una actuación médica y que dan resultados completamente diferentes: desde la persona sobre la que se intervenga a la complejidad de la operación. Por eso se debe de delimitar en qué momento y en qué casos surge la responsabilidad de la Administración. Porque la actividad sanitaria es una actividad de medios y no de resultados, es necesario analizar, dentro de todos los casos en los cuales no sea dado el resultado correcto, si se ha podido incurrir en algún defecto a lo largo de la asistencia o si por el contrario el resultado es la consecuencia normal de la lesión.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA.

En los últimos años hemos observado como el número de reclamaciones judiciales en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se ha disparado, pasando de ser prácticamente inexistente a ser uno de los mayores focos de reclamaciones que se presentan ante las Administraciones Públicas², tanto por la abundancia de las reclamaciones que se presentan como por las exorbitantes cuantías de las indemnizaciones. Los datos nos muestran que estamos ante una tendencia ascendente y como consecuencia, últimamente, la doctrina administrativa en este campo ha tenido que crecer y zanjar los problemas derivados tanto de la normativa, como de la jurisprudencia.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario hasta hace escaso tiempo no existía. La protección de la salud y su restablecimiento o su supuesto empeoramiento dependía exclusivamente de la propia

² GUERRERO ZAPLANA, J. "Las peculiaridades de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: el criterio de la lex artis". Cuadernos de derecho judicial nº1, 2002, pág. 56.

persona. La actividad médica provenía de una relación médico-paciente de carácter privado³. En este aspecto las reclamaciones fueron muy inusuales e infrecuentes y seguidas desde el ámbito del Derecho Civil, aunque también es cierto que las leyes sobre la responsabilidad de los médicos han venido siendo establecidas desde la antigüedad. Así, pues, se tiene constancia que en el imperio babilonio ya estaba regulado en el Código de Hammurabi⁴ el precio de las operaciones más comunes llevadas a cabo por los médicos así como la sanción que debía sufrir el médico si erraba en su intento (Art. 218⁵, 219⁶ y 220⁷). En el Antiguo Egipto⁸, se sabe que la medicina estuvo regulada desde la época de Imhotep⁹, en la cual el médico del faraón redactaba los tratados de medicina en los cuales se detallaban las normas de aprendizaje, práctica, métodos e higiene que debían seguir estrictamente los médicos en su actividad, aunque no ofrecieran los resultados deseados, pues su obediencia al tratado les eximía de toda responsabilidad o reproche, en cambio su incumplimiento podía ser motivo de su propia ejecución. En el Imperio Romano, la responsabilidad del médico se situaba en la Lex Aquilia establecida en el Digesto, Libro IX, Título II, en los arts. 7, 8 y 9: *“Si un médico hubiese operado con impericia a un esclavo, compete la acción de locación o la de la lex Aquilia y lo mismo si hubiese usado mal un medicamento”*. *“El que hubiere operado bien y hubiese abandonado la curación no estará exento, sino que se considerará reo de culpa”*. En el derecho visigodo¹⁰, la medicina era una obligación de

³ ROYO-VILLANOVA MORALES, R. “Responsabilidad profesional del médico”, Cultura Clásica y moderna, 1958 pág. 70.

⁴ FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, M “Los daños y la responsabilidad objetiva”, Aranzadi, 1972 págs. 23

⁵ Art. 218 del Código de Hammurabi: *“Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha causado la muerte de ese señor o (si) ha abierto la cuenca del ojo de un señor con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor, se le amputará la mano”*.

⁶ Art. 219 del Código de Hammurabi: *“Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en el esclavo de un subalterno con una lanceta y le ha causado la muerte, entregará esclavo por esclavo”*.

⁷ Art 220 del Código de Hammurabi: *“Si ha abierto la cuenca de su ojo con una lanceta de bronce y ha destruido su ojo pesará plata por la mitad de su precio”*.

⁸ QUINTANA FERGUSON, M. “Responsabilidad civil del médico” 1949 págs. 29

⁹ Erudito egipcio de la tercera dinastía del antiguo Egipto. Sus conocimientos en ingeniería, astronomía, medicina y arquitectura le llevaron a ser el primer magistrado del faraón Zoser. Se le atribuyen varios tratados de medicina (papiro Edwin Smith) que siglos más tarde le elevarían al rango de dios de medicina y la sabiduría en Egipto.

¹⁰ LLAMAS POMBO, E. “La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos”, Trivium, 1988 pág. 11.

resultados y no de medios. Por lo tanto, si el paciente no sanaba el médico no recibiría sus honorarios junto con la singularidad de que si el paciente fallecía por negligencia del médico, la familia podía vengarse como si hubiese sido una muerte intencionada, bien matándolo o convirtiéndolo en su esclavo. Posteriormente, en Las Partidas¹¹, se condenaba al destierro en una isla por 5 años a los médicos y cirujanos que se presentasen como tales y causaren graves daños debido a su desconocimiento; *“pero si alguno de los físicos o cirujanos lo hiciese a sabiendas y maliciosamente por ende debe morir”*¹².

Las primeras prestaciones sanitarias a nivel estatal las encontramos en la beneficencia pública, que cuidará y dará asistencia a las personas carentes de un caudal suficiente como para cubrirse los gastos médicos, al menos hasta la revolución francesa, donde se exige que el Estado adopte una posición más activa prestando servicios y necesidades que requieran sus ciudadanos¹³. En un primer momento, el Estado actúa en el ámbito sanitario solo en las ocasiones en las que la salud de la sociedad en general se encuentra en peligro, tales como epidemias¹⁴.

En España, la primera ley de carácter plenamente sanitario fue la Ley del Servicio General de Sanidad de 28 de Noviembre de 1855¹⁵, aunque la Ley de beneficencia del 23 de Enero de 1822 ya acogía algunas normas acerca de la asistencia sanitaria. En 1942, entraría en vigor la ley del Seguro Obligatorio que supuso una variación en la práctica de la medicina tradicional por 2 motivos: el primero debido a que aumentaría en gran medida la población con derecho a atención médica; y en segundo lugar porque se empezó a utilizar y a generalizar el uso de maquinaria, medios y técnicas más sofisticadas ubicadas en los hospitales, que en la gran mayoría de los

¹¹ FERNANDEZ COSTALES, J: “Responsabilidad civil médica y hospitalaria”, La Ley, 1987 pág. 71

¹² Partida VII, Título VIII, Ley VI.

¹³ GARCIA DE ENTERRIA, E y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: “Curso de Derecho Administrativo II” 2011 pág. 69

¹⁴ SANTAMARIA DE PAREDES V.: “Curso de derecho Administrativo” 1888 pág. 372

¹⁵ La 28 de Noviembre de 1855 del Servicio General de Sanidad comporta grandes cambios en el sector de la sanidad española de la época, estando vigente hasta el primer cuarto del siglo XX. A partir de esta ley, la sanidad queda vinculada al Estado, estableciendo Consejos de Sanidad y Juntas Provinciales y cubriendo aspectos preventivos de enfermedades y la hospitalización en domicilio a cargo de los ayuntamientos.

casos no estaban disponibles (a nivel económico) para el médico de una consulta privada¹⁶.

Respecto de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, hemos de entender que hasta principios del siglo XX la idea mantenida por la Administración, ya no sólo en el ámbito de la Salud sino más bien de manera general, era *“lo propio de la Soberanía es imponerse a todos sin compensación”*¹⁷. El Consejo de Estado en España parte de que *“El Estado como sucesor de la corona no podía ser demandado ante sus tribunales e igualmente el Estado al ser el sucesor de la corona no podía dañar a nadie”*¹⁸. Una de las primeras leyes que reconoce la responsabilidad administrativa la encontramos en 1842 al declarar que es obligación del Estado en *“indemnizar los daños materiales causados así en el ataque, como en la defensa de las plazas, pueblos, edificios, etc.”* respecto de la primera guerra carlista. En 1836, con la primera ley de expropiación forzosa, la responsabilidad del Estado se limitaba exclusivamente a cubrir los daños provocados por la ejecución de actos ilegales o por la actuación *“anormal”* de sus funcionarios o agentes.

El Código Civil (Cc.) Español de 1889, aunque en su artículo 1902 establece la responsabilidad por cualquier acción u omisión que cause a otro interviniendo culpa o negligencia, en su siguiente artículo (1903) exceptúa la responsabilidad, a la hora de la práctica, en la Administración, al delimitar que solo responderá ante la culpa o negligencia cuando son causadas por la mediación de un agente especial. La jurisprudencia fue reacia a admitir la responsabilidad patrimonial de la Administración por el art.1903 debido a la dificultad del supuesto de encontrar un *“agente especial”*.

Posteriormente, en la Segunda República, en la Constitución de 1931 se estableció la responsabilidad subsidiaria de la Administración en su artículo 41.3 cuando el funcionario en el ejercicio de su cargo transgrediera sus deberes y se le declarase insolvente¹⁹. Cuatro años más tarde, se establecería que las entidades

¹⁶ POSADA, C.G.: *“Los seguros sociales obligatorios”* Revista de Derecho privado, 1949 pág. 332

¹⁷ LAFERRIERE: *“Tratado de la jurisdicción administrativa y de los recursos contenciosos”* 1896

¹⁸ CHECA GONZALEZ: *“La responsabilidad patrimonial de la Administraciones públicas: Alcance y delimitación y contenido de la misma”*, 2003.

¹⁹ *“Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la ley.”*

municipales responderían *“civilmente de los daños y perjuicios a los particulares debido a la actuación de sus funcionarios u órganos de gobierno en la esfera de sus atribuciones”*²⁰.

No sería hasta 1954 cuando encontraríamos una responsabilidad patrimonial objetiva y directa de la Administración, con la ley de la Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre, en su artículo 121²¹, que en su artículo 128²² otorgaría el conocimiento de los asuntos al orden contencioso-administrativo. La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), de 26 de julio de 1957, consolidó la responsabilidad patrimonial administrativa con carácter objetivo y directo, pero atribuyó la competencia para su conocimiento a la jurisdicción Civil²³ a través de los artículos 1902 y 1903 del Cc., quebrantando la unidad jurisdiccional que había sido implantada un año antes con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de Diciembre de 1956.

En esta etapa, los pacientes excepcionalmente acudieron a la vía administrativa con quejas sobre la actividad sanitaria, pero hay dos sentencias que resultaron trascendentales en la responsabilidad patrimonial en el marco de las Administraciones públicas y que curiosamente ambas se enmarcaron dentro del ámbito sanitario. En 1972, sería condenada la diputación de Oviedo por una operación quirúrgica que produjo graves daños a un paciente²⁴. El 12 de Marzo de 1975, en la STS 1181/1975, se

²⁰ Art. 209 de la Ley Municipal de 1935, de 31 de octubre.

²¹ Art. 121.1 LEF de 1954 *“Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.”*

²² Art 128 LEF de 1957 *“En todos aquellos casos en que, con arreglo a esta Ley, la Administración esté obligada a indemnizar daños y perjuicios, la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa”.*

²³ CUETO PEREZ, M.: *“Responsabilidad de la Administración por asistencia sanitaria”*, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 65.

²⁴TS sala 1, 7 de Febrero de 1972. Un paciente es operado en el Hospital General de Asturias por un médico elegido por el propio paciente. A consecuencia de los daños, presenta una reclamación a la Diputación Provincial de Oviedo. Como el médico fue elegido por el propio paciente, el tribunal determinó que se trataba de una relación privada entre las partes y que por tanto la jurisdicción competente era la Civil. Los magistrados resolvieron condenando a la diputación por actuar como agente causal aplicando el derogado artículo 1903.5 del Cc. y reconociendo al facultativo médico, una actuación negligente.

produciría la primera declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la asistencia sanitaria en la jurisdicción contencioso-administrativa, en el famoso caso “Los novios de Granada”²⁵ (igualmente este caso también cobraría su importancia ya que aplicaría de forma novedosa el daño moral tanto de la novia como de la familia del fallecido como un efecto indemnizable).

La Constitución española de 1978 (C.E.) elevaría a rango constitucional la responsabilidad patrimonial de las administraciones Públicas en su artículo 106.2²⁶, tratándolo de una manera muy similar al art. 40 de la LRJAE. De la C.E. debemos extraer dos puntos de importancia en el ámbito sanitario. En el primer punto, de una combinación del artículo 43 con el 14, se desprende los principios de universalidad de servicios y prestaciones necesarias para la protección de la salud, así como la igualdad de acceso a los mismos, dando por concluido el sistema de clientelas que había predominado hasta el momento²⁷. En el segundo punto, que el art. 149.1.18²⁸ establece la competencia en exclusiva para regular la responsabilidad de todas las

²⁵TS 1181/1975, 12 de Marzo de 1975. Una pareja de prometidos deambulaba por los extramuros del Hospital San Juan de Dios ubicado en la ciudad de Granada. Un enfermo mental, que se encontraba ingresado en el mismo, consiguió evadirse de los empleados del hospital, acceder al tejado, y desde allí arrojarse a la calle, cayendo sobre el novio y causando la muerte de éste y diversas heridas a la novia. La familia del difunto exigió la responsabilidad por el fallecimiento del novio, pero la diputación negó la reclamación achacando que dicho accidente era consecuencia de un agente externo al funcionamiento del centro y que por lo tanto no existía dicha responsabilidad. El TS reconoció la responsabilidad de la diputación al ser el titular del servicio en el que se había producido un funcionamiento anormal y que terminó con un resultado lesivo, negando la argumentación de la diputación al aclarar que el enfermo mental “no constituía un agente extraño al funcionamiento del centro, sino un usuario interno que como tal se integraba en su organización y disciplina”, a la par que establecía que había habido un funcionamiento defectuoso del servicio, pero señalando que, aunque la actividad del centro hubiese sido la correcta, la responsabilidad de la Administración se hubiese producido de todas formas.

²⁶ Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

²⁷ GARRIDO FALLA F.: “El modelo económico en la Constitución vol. 1”, Instituto de Estudios Económico, 1981 pág. 71.

²⁸ 149.1: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:” 149.1.18 “Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.”

Administraciones Públicas, con el ánimo de asistir del mismo modo con indiferencia del organismo o la Administración (local, autónoma, estatal) pública ante la que se exige.

La Ley 17/1986, General de Sanidad, de 25 de Abril, (LGS), ha desarrollado el art.43 de la Constitución instaurando un Sistema Nacional de Salud que dispone la actividad sanitaria como un servicio público, dando la opción de ser gestionado de manera indirecta. Otras leyes importantes que han desarrollado este artículo, reconociendo a los particulares sometidos a asistencia sanitaria una serie de derechos cuya infracción da lugar a una responsabilidad de la administración, son la Ley 41/2002, “*de autonomía del paciente y de derechos en materia de información y documentación clínica*” y la 16/2003, “*de cohesión y calidad del Sistema de Salud*”.

El carácter directo de la responsabilidad de la Administración establecido en la C.E. fue de nuevo recogido por las leyes 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) y, posteriormente, en la Ley 40/2015²⁹, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público (LRJSP). Ello será más ventajoso para el particular, que se podrá dirigir frente a la Administración en vez de contra el agente o funcionario que haya cometido el daño lesivo y solo la Administración responderá de manera subsidiaria cuando la lesión deba de seguir un proceso penal contra su personal.

3. ENTES RESPONSABLES.

La responsabilidad patrimonial se puede originar a través de la actividad administrativa material o técnica (que en el ámbito sanitario es la predominante: operaciones quirúrgicas, diagnósticos médicos, etc.), jurídica (actos administrativos previos, concomitantes o subsiguientes a la material), normativa (preceptos reglamentarios), e incluso de la inactividad (supuestos en que la Administración sanitaria debió intervenir y no intervino). El hecho lesivo que da lugar a la responsabilidad puede surgir de una persona física al servicio de la Administración o de una institución, pero, en ambos casos, el ente responsable es una Administración

²⁹ MARTIN REBOYO L.: “Ayer y hoy de la Responsabilidad patrimonial de la Administración”. Revista de Administración Pública Núm. 150. 1999 pág. 334

pública, que en el ámbito sanitario viene dada, principalmente ~~son~~ por los Servicios de Salud de las CCAA.

Hasta el 27 de diciembre de 2001, no todas las CCAA habían asumido tales competencias, pero a partir de dicha fecha, mediante varios decretos, se traspasaron a aquellas Comunidades que quedaban sin asumir competencias los servicios y funciones del INS. Tras esto, es cuando las CCAA pasaron a ser responsables de las lesiones causadas en la prestación de sus servicios sanitarios.

Pero la gestión de los servicios sanitarios no tiene por qué ser desarrollada de manera directa por la Administración de las CCAA, sino que también está permitido que se desarrolle por entes institucionales suyos (Entidades Gestoras de la Seguridad Social, que ostentan personalidad jurídica pública y sigue suponiendo gestión directa de los servicios sanitarios) como por manifestaciones de gestión indirecta a través de entidades públicas con personalidad jurídica privada (fundaciones, sociedades mercantiles públicas) contempladas hasta 2015 a la ley 6/1997 (LOFAGE) y posteriormente ~~por~~ a la ley, del 1 de Octubre, 40/2015 Ley del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)³⁰. Pero también por personas jurídicas privadas mediante conciertos u otras modalidades del contrato de gestión de los servicios públicos.

Ahora que estamos en un aumento de la gestión indirecta en el ámbito sanitario³¹, lo cierto es que no se ha regulado con claridad la responsabilidad que tienen los contratistas cuando prestan servicios públicos. El art. 32.9 de la LRJSP se refiere sólo a los daños provocados por el contratista en el cumplimiento de una orden directa de la Administración³² y el art. 82.5 de la LRJAP establece aún menos³³, con la única

³⁰ MERINO MOLLINS. V: "La responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad", Actualidad Administrativa nº6, 2003, pág. 143.

³¹ BELADIEZ ROJO, M.: "Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos", Tecnos, 1997.

³² Art 32.9 LRJSP: "Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público."

³³ Art 82.5 LRJAP: "En los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el artículo 32.9 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, será necesario en todo caso dar audiencia al

obligación del contratista de presentarse para que se le dé audiencia en los casos del actual art. 32.9 de la LRJSP³⁴.

Pero tras dicha exposición sigue sin quedar claro en aquellos casos en los que el daño se provoque a causa del contratista sin que medie una orden inmediata de la Administración.

Por un lado, se defiende el criterio de la LEF en la que un servicio concedido sigue siendo responsabilidad del concesionario y solo responde la Administración cuando se produce la insolvencia del contratista³⁵. En este aspecto se ha pronunciado Lomas Hernández³⁶.

Pero, por otro lado se destaca que el régimen jurídico, las prestaciones y las garantías a los particulares no deberían ser afectadas por la forma de gestión escogida en

contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios.”

³⁴ MIR PUIGPELAT, O.: “La responsabilidad de la Administración sanitaria”, prólogo de Tomas FONT I LLOVET, Civitas, 1991.

³⁵ MUÑOZ MACHADO, S.: “La responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas”, Civitas, 1992 pág. 135.

³⁶ “La legislación de contratación pública ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta misma cuestión, pudiendo destacar por su importancia el artículo 97 del ya derogado Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, efectuó una interpretación sistemática de dicho precepto legal y la disposición adicional 12ª de la ley 30/92, de modo que en los supuestos concretos de causación de daños a pacientes por tratamientos producidos en centros sanitarios privados concertados el procedimiento al que alude el apartado 4 del artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la reclamación de los daños imputados al centro sanitario concertado con la Administración, sería el procedimiento de responsabilidad patrimonial al que se refiere la indicada disposición adicional 12ª, que conduce lógicamente al ulterior conocimiento de la cuestión por los jueces y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. De este modo, en el caso de que el procedimiento de responsabilidad patrimonial antedicho concluyera con una resolución estimatoria para el perjudicado, que declare la responsabilidad del centro concertado y la suma en que se cifre la indemnización, éste último, a quien se habrá de notificar la resolución adoptada, podrá impugnar la decisión de la Administración llevando a conocimiento del orden contencioso-administrativo todas la cuestiones suscitadas, con plena salvaguarda de los intereses del damnificado, o aceptar dicha declaración de responsabilidad permitiendo su firmeza, con la consiguiente asunción de la obligación de indemnizar, que deberá cumplir, bien de forma directa, bien mediante repetición de la suma abonada por la Administración.” Novedades en responsabilidad patrimonial sanitaria en las Leyes 39/2015 y 40/2015, 2015.

los servicios público³⁷. La jurisprudencia entiende que es la Administración Sanitaria Pública la que en último lugar es responsable, dado que el centro sanitario concertado tiene la condición de mandatario.

Igualmente debe repararse en que los contratos de concesiones de obras públicas últimamente han aumentado en gran número en el ámbito sanitario. Se contrata la construcción del centro sanitario y su posterior gestión de servicios complementarios y también se realizan contratos de concesión de servicio público que igualmente implican la construcción de hospitales y su posterior gestión de los servicios médicos.

En base a la ley 15/1997, de 25 de abril, también se han creado sociedades mercantiles que tienen un régimen jurídico de responsabilidad patrimonial de carácter privado³⁸ que sigue el régimen de responsabilidad extracontractual previsto en el Cc. pese a que su capital sea superior al 50%, como expone el art 113 de la LRJSP³⁹. Algo parecido ocurre respecto a las fundaciones públicas⁴⁰, que son aquellas que se constituyen de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta de la Administración o que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público. El régimen jurídico de las fundaciones viene determinado por el art. 130 de la LRJSP⁴¹.

³⁷ VILLAS ROJAS, F.: "La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria", Praxis, 1996, pág. 84.

³⁸ MERINO MOLLINS, V.: "La responsabilidad Patrimonial de la administración en el ámbito de la sanidad", Actualidad Administrativa nº6 2003, pág. 144.

³⁹ 113 de la LRJSP: "Las sociedades mercantiles estatales se registrarán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas."

⁴⁰ MIR PUIGPELAT, O.: "La responsabilidad Patrimonial de la Administración sanitaria", Civitas 1991

⁴¹ 130 de la LRJSP: "Las fundaciones del sector público estatal se rigen por lo previsto en esta Ley, por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, la legislación autonómica que resulte aplicable en materia de fundaciones, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control económico-financiero y de contratación del sector público."

Pero el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, establece en su art. 3 la posibilidad de gestionar y administrar los centros, servicios y establecimientos sanitarios del INS a través de consorcios, sociedades y fundaciones públicas sanitarias y, en su artículo 35, se dispone que *“Las reclamaciones que formulen los ciudadanos encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de las entidades recogidas en el artículo 3 del presente Real Decreto, se regirán por lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial. Tales reclamaciones, conforme a lo previsto en el Título X de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se dirigirán por los interesados al Instituto Nacional de la Salud, contra cuya resolución cabe recurso contencioso-administrativo, pudiendo actuar los centros sanitarios, en virtud de su personalidad jurídica, como codemandados. En tal caso, se considerarán parte demandada las personas legitimadas, conforme se establece en el artículo 21.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”*. Aunque todo esto se dicta en el marco del INSALUD, que en el 2002 paso a denominarse Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), podemos pensar que es perfectamente aplicable a las entidades que gestionan los servicios sanitarios en las CCAA con independencia de si su naturaleza es pública o privada.

Así pues, el régimen de responsabilidad patrimonial es el de Derecho Público y no el de Derecho Privado, con independencia del tipo de personalidad jurídica del ente instrumental de la Administración o del régimen de gestión del servicio público.

Y cuando el daño que produce la responsabilidad patrimonial es generado entre varias administraciones de forma conjunta, las administraciones responderán de forma solidaria como se establece en el artículo 33.1 de la LRJSP⁴², pudiéndose dividir y distribuir, por el instrumento jurídico regulador, la responsabilidad entre las distintas

⁴² 33.1 de LRJSP: *“Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.”*

administraciones causantes atendiendo a las competencias y a la intensidad de las intervenciones de cada una de ellas.

4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA.

4.1 Existencia de lesión resarcible

El artículo 32.2 de la LRJSP establece que *“En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.”*

El primer requisito es que se manifieste una lesión, un daño por producirse una muerte, una amputación de miembros, que el enfermo quede en estado vegetativo, que se produzcan daños psíquicos, etc.

Y tal lesión o daño deben ser efectivo, individualizable y evaluable económicamente.

Que el daño sea *efectivo* supone que se negarán toda clase de daños posibles que en el momento de presentarse la reclamación no se hayan producido. Los daños futuros hipotéticos, eventuales, dudosos o presumibles, así como la frustración de expectativas o el lucro cesante han sido negados por la jurisprudencia del TS de forma sistemática. Pero cuando los daños futuros son más que probables, el TS ha entendido que de algún modo pueden ser apreciados. En la Sentencia 8634/1999, de 23 de abril del 2004, el TS tiene en cuenta, a la hora de valorar la indemnización, la edad, el tratamiento y las repercusiones que tendrá la infección de la hepatitis c en un menor a lo largo de su vida⁴³.

⁴³ *“Para ello tuvo en cuenta las circunstancias singulares del supuesto concreto, que, al menos, de modo parcial, también valoró la Sentencia de instancia; de modo particular apreció la edad a la que el menor contrajo la enfermedad, diez años, y que ésta sea crónica y activa, y que, además, afecte a persona que por su patología inicial es muy vulnerable a los daños que la contraída a posteriori puede acarrear. Junto a lo expuesto no es posible prescindir del tratamiento al que se ve sometido el paciente que genera dependencias que afectan a la actividad ordinaria de la vida que ha de desarrollar, y a las incógnitas que en su desarrollo vital el ser portador de la enfermedad le producen. Así no es posible conocer, y esos no son daños hipotéticos sino concretos, pero de difícil evaluación, qué repercusiones va a tener la*

El segundo requisito al que hace referencia el artículo 32.2 de la LRJSP es que *pueda ser evaluable económicamente*, lo cual conlleva que tenga una relevancia patrimonial notable.

Esto suscitó la duda, en un primer momento, de que a los daños morales y personales no les correspondiera una indemnización, debido a su imposibilidad de valorarlos económicamente de manera objetiva. La ley 39/2015 en su artículo 67.1 prevé los daños físicos o psíquicos⁴⁴ como lesiones indemnizables; lo cual ha sido utilizado por la jurisprudencia, manifestando asimismo la dificultad de valorarlos de una manera adecuada. Los daños morales a su vez presentan mayores dificultades, ya que al carecer de parámetros objetivos produce que sean valorados de forma subjetiva. Así se pronunció la STS 2191/2000, de 11 de mayo de 2004, en el caso de una menor es contagiada de SIDA al practicársele una transfusión de sangre durante una intervención quirúrgica, declarando que, *“por su carácter afectivo y de pretium doloris carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo”*. Los tribunales a la hora de valorar los daños morales han de atender a las circunstancias del caso, como edades, lesiones irreversibles, fallecimientos, dependencia económica de los familiares, existencia de hijos menores, etc...

En cuanto al contenido de los daños morales es muy extenso en el ámbito sanitario, pudiendo ir desde sufrimientos físicos, pérdida de familiares, hasta repercusiones que la lesión pueda tener entorpeciendo la vida cotidiana.

El tercer requisito que establece el artículo 32.2 es que el daño *sea individualizado* respecto a un grupo de personas, puesto que de no ser así perdería el carácter de sacrificio especial que hemos expuesto en el apartado anterior, impidiendo

enfermedad en su vida académica para su formación y posterior trayectoria laboral y familiar, si bien, sin duda, la enfermedad las va a condicionar, y de qué modo va a acortar su trayectoria vital, o de qué manera va a condicionar su calidad de vida. Y por otra parte esa indemnización debe comprender también el daño que constituye el que existan fundadas posibilidades de que la enfermedad degenere, con lo que supone de espada de Damocles sobre el futuro de la persona, en una agravación que concluya en una cirrosis hepática o en un carcinoma que afecte a ese órgano con las consecuencias que eso supone”.

⁴⁴Art. 67.1 de la ley 39/2015 *“Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.”*

indemnizar de daños a grupos producidos por medidas de carácter general que constituyen una carga social que deben de soportar legalmente.

4.2 Antijuricidad de la lesión

La antijuricidad de la lesión es la base sobre la cual se apoya la responsabilidad objetiva, tanto como que la culpa es el elemento principal de la responsabilidad subjetiva. Es importante matizar el concepto de lesión pues en todas las leyes que han regulado la responsabilidad patrimonial de la Administración desde la LEF se ha utilizado este término⁴⁵. Ergo no todos los perjuicios son lesiones, sino que utilizamos la expresión lesión cuando nos referimos a un perjuicio del que no existe un deber jurídico de soportar establecido en la legislación vigente correspondiente.

En el ámbito sanitario las lesiones no afectan a los bienes materiales de los particulares, sino que lastiman derechos inherentes de la propia persona que están consagrados en los artículos 15 y 43 de la C.E., que son el derecho a la vida, a la integridad física, a la integridad moral y a la protección de la salud. Pero en un ámbito como el sanitario que se dedica a la previsión y reparación de la salud resulta especialmente complicado saber cuándo se ha producido un daño que no se tenga el deber jurídico de soportar o una reparación de la salud incompleta (ej: pérdida de miembros, de funciones o de capacidad).

Como se recogen en algunos Dictámenes de los órganos jurídico-consultivos de las Comunidades Autónomas (que tienen la obligación de emitir Dictamen en estos casos, a partir de determinada cuantía), la antijuricidad del daño viene determinado por el incumplimiento en la actividad sanitaria pública de la *lex artis* o de las exigencias del consentimiento informado y su juridicidad su conformidad con ésta o con lo derivado del referido consentimiento.

Así, cabe citar el Dictamen 116/2009, de 26 de febrero, del Consejo jurídico-consultivo de Castilla-León en el que, tras apreciar que no había existido mala praxis durante la intervención quirúrgica realizada, se analizó la antijuricidad o no del daño reclamado y se destacó que "respecto a la lesión que padece el reclamante, todos los informes afirman que se trata de una de las posibles complicaciones de este tipo de

⁴⁵GARCIA DE ENTERRIA, E.: "Los principios en la nueva ley de expropiación forzosa", Civitas, 1984, pág. 163

cirugía, cuya frecuencia oscila entre el 0,5% y el 2%. En el documento de consentimiento informado firmado por el paciente antes de la intervención, constan de forma expresa como complicaciones, la “lesión de los nervios adyacentes” y la “parálisis, cojera y acortamiento del miembro”; riesgos que, según expone el dictamen médico, están relacionados con posibles lesiones nerviosas. El dictamen médico considera difícil determinar la causa de la lesión nerviosa, pero descarta inicialmente la posibilidad de hematoma postquirúrgico, al no haberse presentado ninguna complicación en el postoperatorio inmediato. En definitiva, la secuela padecida por el reclamante es una complicación inherente a la cirugía practicada, no apreciándose indicios de que se realizara en contra de la *lex artis ad hoc*. Además, el paciente fue informado de esta posible complicación, lo que excluye la antijuridicidad del daño”.

Y, en sentido contrario, cabe citar el Dictamen 400/2014, de 4 de septiembre, que apreció daño antijurídico por vulneración de la *lex artis ad hoc*, ante el olvido de una gasa en el organismo del paciente durante una cirugía. Y así se dice en el mismo que, constatado tal dato en el informe de la Inspección Médica, se pone de manifiesto una mala praxis en la comprobación de la retirada del lecho quirúrgico del material empleado previamente a proceder al cierre de la herida quirúrgica, y que determina la procedencia de la indemnización.

Una explicación distinta (no falta de controversia) la encontramos en algún autor, que ha destacado que la lesión la debemos de entender como un sacrificio especial⁴⁶ en relación con los otros usuarios que se sirven del servicio sanitario. Es la razón por la que se deben establecer cuáles son las posibles secuelas que son frecuentes en cada intervención médica, para entender si nos encontramos dentro de las variables habituales o si por el contrario estamos ante un sacrificio especial en un particular concreto. Cuando los resultados de una intervención sean incompatibles con los resultados normales que se producen con otros pacientes en intervenciones similares podremos hablar de sacrificio especial.

Ante esto, será la jurisprudencia la que debe fijar la divisoria de cada caso específico, declarando la responsabilidad de la administración cuando en un lance se dé un sacrificio especial, debido a que la responsabilidad de la administración actúa de

⁴⁶ CUETO, M.: “Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública”, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 1064.

manera objetiva incluso cuando se haya intervenido de manera diligente por los propios médicos y miembros del personal del centro sanitario. Así pues, resultará determinante seguir los criterios de la *lex artis ad hoc*, tanto como evaluar el estado de la salud, edad o circunstancias del paciente, para poder valorar la antijuricidad del daño.

La falta del consentimiento informado es, según la jurisprudencia, una infracción de la *lex artis*, considerándose antijurídicos todos aquellos daños que se deriven de esta circunstancia⁴⁷. Dicho reconocimiento informado vino recogido en el art. 10 de la LGS y está ahora recogido principalmente en 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. En dicha ley se estipula que se debe de dar toda la información disponible de manera verbal de modo comprensible al paciente y sus allegados y de manera escrita en el historial, donde se mencionaran los posibles riesgos (salvo que renuncie por escrito a ser informado)⁴⁸. El consentimiento libre y voluntario deberá ser necesario en cada actuación en el ámbito de la salud del paciente, salvo en los supuestos del art. 8.2⁴⁹.

Todo esto quedó reflejado en la STS 19 de junio de 2008, recurso de casación 4415/2004⁵⁰. De esta forma también se puede afirmar que no todo consentimiento

⁴⁷ DOMINGUEZ LUELMO, A.: "Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la ley 41/2002, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)", Lex Nova, 2003

⁴⁸ Un análisis del consentimiento informado puede verse en GUERRERO ZAPLANA, J.: "El consentimiento informado en la ley de Castilla y León 8/2003, sobre derechos de las personas en relación con la salud", Revista jurídica de Castilla y León nº1, 2003 pág. 17.

⁴⁹ Art.9.2 de la ley 41/2002: "Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: **a)** Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. **b)** Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él".

⁵⁰ Dice dicha Sentencia que "El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada --puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente-- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica --no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o

informado debe ser admisible; la información insuficiente o excesiva deberían ser evitados, ya que una información excesiva, cuyo propósito es eximir la responsabilidad asociando cualquier intervención a cualquier daño (STS 5060/2002), puede generar daños psicológicos inútiles y provocar en el paciente la elección de medidas contrarias a sus intereses y deseos, lo que a la larga generaría una responsabilidad en el transmitente de la información⁵¹.

La suficiencia de información no estará sometida al grado de participación que tenga el paciente en obtener la información a través de preguntas, pues el hecho que el paciente no pregunte no implica ni la plenitud ni la conclusión de la información, la cual debe ser dada atendiendo a las circunstancias y al grado de comprensión. Ni la ley 41/2002, ni las leyes autonómicas de consentimiento informado estipulan cual es la responsabilidad que surge de la omisión de la obligación de información. Según la jurisprudencia, para que exista responsabilidad por falta de consentimiento informado es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico, porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado constituye simplemente una mala praxis ad hoc que no puede por sí dar lugar a responsabilidad patrimonial como se observa en la STS 890/2001⁵². El consentimiento informado debe ser probado por la

inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-- , sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario. Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)".

⁵¹ GALAN CORTES, J.C.: "Responsabilidad médica y consentimiento informado", Civitas Ediciones, 2001.

⁵² Dicha Sentencia enjuicia un caso de una mujer operada de varices, que recurre contra la desestimación de reclamación dirigida al INSALUD derivada de los daños y perjuicios ocasionados en el curso de la intervención quirúrgica, que le daña el nervio safeno de la pierna afectada. La mujer alega que no fue informada de los riesgos de la intervención y que, de haberlos sabido hubiera preferido su leve cojera anterior a la discapacidad derivada de la intervención. Tras diversas pruebas, se determina que tiene dañadas ambas piernas, incluida la no operada, que mejoran a lo largo del tiempo hasta no poder apreciarse la lesión por ningún especialista, aunque la recurrente sigue manteniendo la existencia de dolores. El INSALUD a su vez presenta informes en los cuales se demuestra que la recurrente ya padecía de dolores antes de la intervención. El TS termina declarando lo siguiente: "Al no haberse llegado a acreditar ni

propia Administración así como los supuestos de exoneración, de modo que también es la Administración la responsable de probar que la ciencia o las técnicas no estaban preparadas para evitar los daños en el momento de la intervención.

4.3. Que la lesión esté conectada a la actividad administrativa, es decir que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Los títulos de imputación son “aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y sujeto imputado que justifique atribuir a este el deber de reparación que la antijuricidad del daño impone”, según E. GARCIA DE ENTERRÍA⁵³. Conociendo esto, podemos pasar a los supuestos elementales de imputación que se encuentran en el art. 32 de la LRJSP, que son el funcionamiento normal y el funcionamiento anormal.

4.3.1 *Funcionamiento anormal*

En el funcionamiento anormal estaríamos ante los casos en los que daños causados son imputables a una persona en concreto o a la administración de manera general, por culpa o ilegalidad⁵⁴. Este funcionamiento anormal abarcaría la falta de servicio, el funcionamiento defectuoso o el funcionamiento tardío.

4.3.1.1 Funcionamiento defectuoso

siquiera la existencia de una lesión objetiva, que es el primer requisito de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento del servicio, que sea consecuencia de la intervención quirúrgica practicada, no puede imputarse a la supuesta falta de consentimiento informado la producción del resultado dañoso; no se olvide que, independientemente de que se haya informado correctamente o no a la paciente, si no se ha acreditado la existencia de una lesión ni la relación de causalidad, no puede hacerse recaer en la falta de consentimiento el hipotético daño producido”. “Si entre la actuación administrativa y el daño ocasionado tiene que haber una relación de causalidad, una conexión de causa a efecto, en el caso que enjuicamos, no existe una conexión directa entre uno y otro –«daño y servicio público»–, ya que de los hechos declarados como probados por la sentencia recurrida en modo alguno puede deducirse, siquiera sea por vía indiciaria, que los dolores padecidos por la recurrente deriven de la intervención quirúrgica practicada; y así, expresamente se pronuncia el Tribunal de instancia, al valorar los informes de los doctores que a lo largo del procedimiento dictaminaron acerca de la lesión de la paciente.”

⁵³ GARCIA DE ENTERRIA, E.: “Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa”, Civitas, pág. 203

⁵⁴ RANGEL ARIAS, P.: “La responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria”, Noticias Jurídicas, 2005

Incluye todos los casos en los que tiene que responder la Administración a causa de un daño a los pacientes que es provocado por no contar con infraestructuras, servicios y materiales apropiados y en buen estado (lesiones provocadas por la caída de ascensores en hospitales públicos [STS 2 de abril de 1985]⁵⁵ o el uso de aparatos de respiración defectuosos [STS de 5 de mayo de 1988]).

La jurisprudencia también ha hecho mención del funcionamiento defectuoso cuando los daños han sido generados por culpa de la vigilancia, sobretodo en centros psiquiátricos, para achacar la responsabilidad a la Administración. Ejemplo de lo anterior son las Sentencias del TS 6151/2002, de 21 de marzo de 2007⁵⁶ ; 751/1999, de 7 de octubre de 2003⁵⁷ ; y 2467/1993, de 22 de julio de 1997⁵⁸ .

⁵⁵ Precisamente, hace muy poco hemos tenido noticia de la muerte de una mujer que acababa de dar a luz en un hospital de Sevilla, por el aplastamiento que le produjo el ascensor en el que era conducida por un empleado del hospital (noticia recogida en El Mundo digital del día 21 de agosto de 2017).

⁵⁶ Un paciente diagnosticado de esquizofrenia paranoide es internado en el Hospital Príncipe de Asturias de Madrid, donde se advierte que tiene alucinaciones y escucha voces, de las cuales indica que una es de Dios que le habla de la muerte y de quitarse la vida. Tras una visita de sus familiares y estando bajo vigilancia mínima decide que debe salir del centro y se arroja en carrera por una ventana cerrada, lo cual le causa graves lesiones. El TS consideró que el intento de suicidio era bastante probable, dado que en el pasado ya lo había intentado y que el hospital debía de haberlo impedido con más vigilancia y con su ingreso en la zona de psiquiatría (pues estaba ingresado en otra zona diferente), y por ello reconoció la responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal del mismo.

La esquizofrenia paranoide es una alteración constitucional, ligada con la evolución, y caracterizada por la disociación y la discordancia de las funciones psíquicas (afectivas, intelectuales y psicomotrices), con pérdida de la unidad de personalidad, ruptura del contacto con la realidad y aislamiento, con tendencia a encerrarse en un mundo interior.

⁵⁷ Una paciente es ingresada en el hospital Militar Vázquez Bernabéu de Valencia, con presencia de un cuadro clínico cuyo diagnóstico fue el siguiente: sobredosis de Midazolam. Tras el lavado de estómago, la paciente se dedica a desobedecer a los médicos, quitándose todo el equipamiento médico y sin respetar la orden de reposo. El personal médico decide ingresarla en zona de psiquiatría, momento que aprovecha la paciente, en el trayecto de una estancia a la otra, para salir inesperadamente y arrojarse por una ventana situada a 2 metros de altura sobre el suelo. El TS declara que, aunque no hubo defectos en la asistencia prestada a la enferma, en cuanto al hecho de que pudiera arrojarse por la ventana del pasillo, afirma que este es un elemento de funcionamiento anormal y responsabiliza a la Administración de las lesiones sufridas por el paciente.

⁵⁸ Un paciente es fue nuevamente ingresado en la Unidad de Psiquiatría del Hospital General «Río Carrión», de Palencia, en cuya Unidad quedó internado, procedente del Servicio de Urgencias, después de un nuevo intento autolítico por intoxicación. Sobre las 23.35 horas salió

4.3.1.2 Falta de funcionamiento del servicio

Es la conocida culpa in omittendo de la Administración cuando esta no interviene cuando tiene la obligación de intervenir. Son los supuestos en los que la Administración procede pasivamente o se produce una omisión de su deber de actuar. A este supuesto responde los casos resueltos en las SSTS 89/1995, Sala de lo Civil⁵⁹, y 6369/2003⁶⁰.

de la referida Unidad de Psiquiatría, sin que se lo impidiera ningún celador, ATS o vigilante de la misma, subió a la planta undécima del edificio y, penetrando en una sala de espera y de televisión de dicha planta, abrió una ventana de la misma y se arrojó al vacío, golpeándose contra el suelo; como consecuencia de lo cual falleció. En la Sentencia se reconoce la responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal del servicio, diciendo que *“la más elemental prudencia profesional, por parte de los encargados de dicho servicio, exige que la salida de la Unidad de Psiquiatría de un enfermo psíquico que en ella se encuentra internado y bajo tratamiento, no sea decidida por el propio paciente, sino que debe ser controlada por dicho servicio de vigilancia, nada de lo cual se hizo en el caso concreto aquí enjuiciado”*.

⁵⁹ Una doctora actuó con negligencia y descuido, pues no se cercioró debidamente del grupo sanguíneo correspondiente a la paciente a la que correspondía el B positivo y no el AB que se le atribuyó en los análisis precipitadamente realizados a su instancia y con los que operó, ocasionando de esta manera error transfusional; por lo cual resultaba perfectamente previsible la producción de efectos negativos, principalmente la disminución de la función renal, al no haber optado por el grupo universal. Y frente a ello dice la Sentencia lo siguiente: *“Lo que se presenta claro es que si bien no caben exigencias de que se dé rigurosa exactitud, sí en cambio, y no resulta en forma alguna disculpable, es que tanto la actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateos de medios y esfuerzos, ya que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone. Por tanto son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en la que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina, que causen resultados nocivos, como sucede en el supuesto de autos”*.

⁶⁰ Una paciente es ingresada por un aneurisma (dilatación limitada y permanente de un vaso sanguíneo, normalmente producido en arterias donde se encuentra a mayores presiones que en las venas, o también del propio corazón) y es intervenida, con realización de una craniectomía pterional (operación quirúrgica en que parte del hueso del cráneo se extrae con la finalidad de exponer el cerebro y las estructuras del sistema nervioso central, el colgajo óseo se retira temporalmente y al final de la cirugía se vuelve a colocar para darle nueva protección al cerebro y sus estructuras)⁶⁰ izquierda que redujo el aneurisma, en un primer momento, pero produjo un infarto de ambas arterias cerebrales anteriores y la muerte cerebral de la paciente. El TS reconoce una mala praxis por parte del equipo médico que no es fue observada por el Tribunal de Instancia, puesto que se demuestra que el médico de atención primaria solicitó, por escrito y subrayándolo, la necesidad de descartar la posible existencia de una hemorragia subaracnoidea, que se habría contemplado con la simple prueba del TAC, que no se realizó, y habría podido advertir a los médicos de la necesidad de realizar una angiografía (técnica radiológica exploratoria que consiste en la eliminación de la transparencia de la sangre, inyectando un contraste en el sistema vascular que permite observar el estado interno de los vasos sanguíneos) y una embolización en la misma intervención. Entiende por ello el TS que existió una deficiente

4.3.1.3 *Funcionamiento tardío*

Esta responsabilidad surge como consecuencia de los daños y lesiones que son causadas por la demora injustificada en la prestación de la asistencia sanitaria. Este supuesto elemental de imputación siempre ha de ser valorado en función de los medios materiales y humanos disponibles, pues los recursos que se emplean son limitados y las reglas sobre lo que puede considerarse como normal son siempre subjetivas. Piénsese que no es viable ser atendido en el instante en el que se entra en el centro sanitario ni que se practiquen al momento intervenciones que requieren grandes esfuerzos materiales y que por razón de ello existen las listas de espera⁶¹. Así pues, tendremos que analizar los estándares de rendimiento medio para valorar los retrasos injustificados y a las consecuencias derivadas de la atención tardía. Existen varias sentencias que se pronuncian sobre el funcionamiento tardío, entre las que destaca la STS 4776/2004, de 7 de julio⁶², por estar excelentemente fundada e ilustrada, y la STS 1112/2001, de 10 de febrero de 2005⁶³.

actuación de la Administración que debe conducir al reconocimiento del derecho de indemnización.

⁶¹ ROMERO COLOMA, A.M.: "La responsabilidad de la Administración pública sanitaria: imputación y relación de causalidad", Revista española de Derecho Administrativo nº117, 2003, pág. 115

⁶² Un buceador con escafandra sufre un percance que le lleva a una descompresión, en Cullera, alrededor de las 13:00 horas. Fue llevado directamente al centro de salud, desde el cual, sin realizarse ninguna exploración y a la vista de lo ocurrido, es trasladado al hospital "La Fe" en Valencia, al cual llega a las 14:45 horas. En dicho hospital, no disponen de la cámara hiperbárica necesaria para accidentes de descompresión, por lo cual deciden enviarlo al Hospital de Barcelona que sí dispone de ésta; siendo imperativo introducirlo lo antes posible en ella, pues, "a mayor demora más riesgo de que el tratamiento resulte ineficaz". Tras llegar al hospital de Barcelona el paciente finalmente sufre una paraplejía, que le deja en silla de ruedas. Según el TS la responsabilidad aquí deriva de dos consecuencias:

- 1) No haber trasladado al paciente en helicóptero a Barcelona, que fue debido a un malentendido (por información errónea) con el piloto respecto de la altura que debía volar el helicóptero sin dañar aún más al paciente.
- 2) Las cerca de 4 horas que tardó el Hospital "La Fe" de Valencia en enviar al paciente a Barcelona (llegó a las 14'45 y la ambulancia salió a las 18'30).

El TS culpa a la Administración de un funcionamiento anormal tardío, pues, aunque no le hubiese podido curar con plenitud, le hubiese ofrecido un resultado más favorable, y de un funcionamiento defectuoso, pues el Hospital de Valencia debió tener una cámara hiperbárica. Dice el TS que, en "una zona de España, esencialmente marítima, en la que la práctica autorizada de los deportes subacuáticos se encuentra muy extendida, carecía a la sazón de cámara hiperbárica, siendo

4.3.2 Funcionamiento normal

El artículo 32 de la LRJSP establece que los títulos de imputación son tanto el funcionamiento anormal como el funcionamiento normal de los servicios públicos, pero la jurisprudencia ha sido muy reacia a condenar a la Administración por un funcionamiento en el que no haya mediado culpa. Son escasas las sentencias que se encuentran en las que se reconoce una responsabilidad objetiva de la Administración cuando esta actúa de manera correcta.

Una excepción a lo anterior se dio cuando la Administración fue condenada por la transmisión del VIH y la Hepatitis C en los centros sanitarios cuando aún no había medios para detectar dichos virus por las ciencias médicas⁶⁴. Estos supuestos entraban

aconsejable, ante accidentes de descompresión, el traslado urgente de los afectados a centros que dispusieran de ese contenedor a presión". Y finaliza diciendo que "una evidente e indebida demora, que provocó que no fuera introducido en la cámara sino transcurridas más de diez horas desde que el percance aconteció; este tipo de incidencias debe recibir tratamiento a la mayor precocidad, pues, a medida que avanza el tiempo, la lesión neurológica puede agravarse, disminuyéndose las posibilidades de curación".

⁶³ Un paciente de 38 años es ingresado en el hospital Valle del Nalón, con epigastralgia (dolor localizado en el epigastrio, desde el abdomen al ombligo) aguda, pendiente de confirmación diagnóstica y vigilancia de complicaciones. Posteriormente se demuestra la existencia de úlceras gástrica y duodenal. Al día siguiente de su ingreso, comienza una fuerte fiebre de origen desconocido y, tras realizarse unas exploraciones simples, deciden mantenerlo bajo vigilancia durante los dos días siguientes a su ingreso. Al cuarto día, tras episodios de gran agitación, el paciente se autoextuba y ello le produce una encefalopatía anóxica (ocurre cuando no llega suficiente oxígeno al cerebro). Tras este incidente, se procede a hacer una exploración más profunda, para averiguar el origen de la gran excitación que sufre el paciente y así se percatan de una perforación gástrica en avanzado estado, que desencadena una peritonitis (inflamación aguda o crónica de la membrana peritoneal, de forma localizada o genérica) y un cuadro de sepsis (infección generalizada del organismo originada por el paso de micro-organismos al torrente sanguíneo), que acaba conduciendo, tras larga estancia hospitalaria, al fallecimiento del paciente.

El TS entiende que se produjeron dos negligencias médicas: la primera la falta de vigilancia en la UCI cuando se desencadenó la encefalopatía anóxica y la segunda porque no se le realizaron durante esas horas las pruebas diagnósticas conducentes a descartar la perforación gástrica como causa del cuadro febril (dice exactamente: *"En esta secuencia de hechos sorprende que a un paciente ingresado para vigilar la aparición de complicaciones de una úlcera gástrica demostrada no se le hayan realizado durante esas horas las pruebas diagnósticas conducentes a descartar la perforación gástrica como causa del cuadro febril, que sí se realizaron tras el cambio de guardia el día 14"*, lo cual supone *"una omisión relevante que impide detectar la perforación gástrica en un momento en que hubiera sido susceptible del oportuno tratamiento"*).

⁶⁴ El número de reclamaciones fue tan alto que llevó al Gobierno a aprobar un Real Decreto (9/1993) que diese ayudas a los infectados por el VIH y una ley que lo amplió a los infectados por Hepatitis C (ley 55/1999). A las personas que aceptaban las ayudas se les obligó a renunciar

dentro de un funcionamiento normal producido por un caso fortuito, debido a la inexistencia de medios para detectarlos. Pero, una vez que la ciencia avanzó y se hizo posible detectar tales virus, la responsabilidad de la Administración en los contagios posteriores ya no derivó de un funcionamiento normal por caso fortuito (puesto que se obligó desde 1985 a hacer pruebas anti VIH) sino de un funcionamiento anormal en los servicios públicos.

Pese a que los supuestos en los que los tribunales han admitido una responsabilidad objetiva a la Administración son muy pocos, la doctrina se ha mostrado en contra de dichas sentencias, subrayando los inconvenientes de dichas sentencias, como ya ocurrió en 1991 con el célebre y conocido caso de “los aneurismas gigantes”, acometido por la STS (5115) de 14 de junio de 1991⁶⁵.

4.4. Relación de causalidad entre la lesión y la actividad administrativa

Para que exista un derecho a una indemnización debido a una responsabilidad patrimonial debe haber una relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño causado⁶⁶.

En el inicio para que se diese lugar una indemnización, el daño solo podía haber sido causado por la Administración, excluyéndose todos aquellos casos en los que

a reclamar a las Administraciones por el contagio de la infección, para disuadir a los afectados de entrar en un pleito y así evitar las elevadas cuantías que se otorgaban, una vez probada la responsabilidad.

⁶⁵ En dicho caso, una paciente es ingresada de urgencia afectada por dos aneurismas gigantes, el derecho de 3,5 cm y el izquierdo de 2,8 cm. Es intervenida de urgencia y se opta por reducir en un primer momento el aneurisma derecho por ser el de mayor tamaño y en principio el más grave, pero se produjo una hemiparasia (consecuencia de una lesión cerebral, normalmente producida por una falta de oxígeno en el cerebro) braquiofacial.

El TS declaró que los médicos actuaron bajo la *lex artis*, pues no pudo ser previsto que el aneurisma izquierdo fuese a ser más dañino que el derecho, pese a ser más pequeño, y que se produjese una hemiplejía con severas dificultades motoras. En el fallo, se admite una responsabilidad objetiva por un funcionamiento normal del servicio público, pues, la intervención en el aneurisma derecho, aunque fue correcta, al no saberse que el izquierdo era el que debía ser reducido en primer lugar, “*resulto a posteriori y a nivel de experiencia, desafortunada, convirtiéndose en una de las causas relevantes a la hora de valorar las consecuencias lesivas de la lesión*”.

⁶⁶ RANGEL ARIAS, P.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria”, Noticias Jurídicas, 2005.

interviniese un tercero o el propio paciente participaba en la conclusión del perjuicio. A día de hoy, el TS se muestra más favorable a admitir indemnizaciones en las que la Administración interviene aunque sea de manera parcial⁶⁷, valorando el grado de intervención de la misma que ha tenido respuesta en el resultado negativo y reduciéndose la cuantía de la indemnización que no proceda de esa valoración (intervenciones de la propia víctima o de terceros)⁶⁸, lo cual en el ámbito sanitario resulta especialmente difícil, pues separar la actuación de la Administración de la del propio paciente y su enfermedad o su alteración del resultado final se deduce extremadamente complejo.

En esta línea podemos observar dos casos muy similares con resultados muy diferentes: las SSTS 11532/1990 y la 3560/1999, ambos casos de niños prematuros que sufren de ceguera. En el primero de los casos no fue posible mostrar una relación causal entre la ceguera y el suministro de oxígeno en el prematuro, siendo la causa según los especialistas la falta de madurez de la retina la que provocó su desprendimiento, pues según el historial clínico se actuó conforme a la *lex artis*. Sin embargo, en la segunda se prueba que el suministro de oxígeno no fue conforme a la *lex artis* y faltó control oftalmológico, que debió producirse de manera periódica al necesitar mayores cantidades de oxígeno suministrado⁶⁹.

4.5 Ausencia de fuerza mayor

El artículo 32.1 de la Ley 40/2015 establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas por las lesiones que se les provoquen a consecuencia de los servicios públicos, salvo que concurren casos de fuerza mayor, ya que esta característica actúa como elemento de exoneración.

⁶⁷ GARCIA DE ENTERRIA, E y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: “Curso de derecho Administrativo II”, 2011 pág. 400

⁶⁸ NIETO, A.: “La relación de la causalidad en la responsabilidad administrativa”, Revista española de Derecho Administrativo nº51, 1986 pág. 234

⁶⁹ Dice la última Sentencia citada que “*se produjeron deficiencias asistenciales en el suministro del oxígeno y considera que ésta es la causa de las penosas secuelas psíquicas y físicas padecidas por el hijo de la recurrente*”. Y ante la comparación de ambos casos realizado por el letrado del INSALUD, se añade que “*La diferencia estriba que, mientras en la sentencia que invoca el letrado se aplicó correctamente el tratamiento, en el caso que nos ocupa ocurrió exactamente lo contrario*”.

La jurisprudencia lo ha delimitado con claridad y el Consejo de Estado, tras utilizarlo con cierta frecuencia para evitar responsabilidades, lo definió en su dictamen 55.472 1991 del siguiente modo: *“La fuerza mayor es propiamente el acaecimiento extraño al campo normal de las previsiones típicas de cada servicio, según su propia naturaleza, como recordaba este Alto Cuerpo en alguna ocasión. La doctrina de este Consejo de Estado y la jurisprudencia han completado el concepto de fuerza mayor, según el clásico criterio del Derecho común, agregando el supuesto irresistible, aun en el caso de que hubiera podido ser previsto. Queda ceñido el concepto de fuerza mayor <<al suceso que esté fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuese inevitable, pero no a aquellos eventos internos intrínsecos, ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos>>”*.

Esta definición es sumamente importante, puesto que, como hemos expuesto, la Administración tiene una responsabilidad objetiva respecto de los daños que se producen bajo sus actuaciones y aquí es donde entra en juego la figura de los casos fortuitos, de los que la Administración como responsable objetiva sí que responde. Y es que la Administración suele utilizar con frecuencia el término fuerza mayor (eximente de responsabilidad) cuando realmente se trata de un caso fortuito (responsabilidad objetiva) para evitar su responsabilidad.

JIMÉNEZ BOLAÑOS⁷⁰ manifiesta que, aunque pudiera establecerse cierta diferencia entre el significado de ambas expresiones, en la práctica carecería de utilidad, pues las leyes modernas, al igual que las romanas, emplean indistintamente una u otra en el sentido de impedimento insuperable y que solo se deben delimitar ambos conceptos para diferenciarlos en el trato que les da el CC.

Con dicha declaración no estoy de acuerdo, puesto que sí que nos tiene que parecer importante la distinción de ambas figuras, aunque algunas veces las mismas se hayan confundido. No podemos negar que la conceptualización de la fuerza mayor ha sido una construcción doctrinal y jurisprudencial que, partiendo de lo expuesto en el artículo 1105 de nuestro CC⁷¹, es totalmente insuficiente (dicha falta de precisión también se

⁷⁰ JIMENEZ BOLAÑOS, J.: “Caso fortuito y fuerza mayor diferencia conceptual”. Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (69-98) setiembre-diciembre 2010. Pág. 85.

⁷¹ Art. 1105 del CC “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables.”

puede observar en otros artículos como son los art. 1602⁷² y 1625⁷³) y que, por el contrario, sí se puede contemplar en el artículo 1575⁷⁴ de forma conjunta y de forma excluyente en otra gran cantidad de artículos (casos fortuitos, en los arts. 1745⁷⁵, 1891⁷⁶, 1896⁷⁷ y fuerza mayor, en los arts. 1777⁷⁸, 1784⁷⁹, 1995⁸⁰), que han dado lugar a que sea la doctrina y la jurisprudencia las que hayan tenido que fijar la distinción entre ambas figuras.

Ex professo se pronunció en este aspecto la Sentencia del TS 1969/1997 (Sala de lo Social), de 22 de diciembre de 1997, cuando mencionó que *“Ante todo hay que poner de manifiesto que no existe en nuestro derecho una definición de la fuerza mayor distinguiéndola del caso fortuito, puesto que en el artículo 1105 del Código Civil se establece una regulación omnicomprendensiva de ambos supuestos, en la que se exige,*

⁷² Art. 1602 del CC *“Responden igualmente los conductores de la pérdida y de las averías de las cosas que reciben, a no ser que prueben que la pérdida o la avería ha provenido de caso fortuito o de fuerza mayor.”*

⁷³ Art. 1625 del CC. *“Si por fuerza mayor o caso fortuito se pierde o inutiliza totalmente la finca gravada con censo, quedará éste extinguido, cesando el pago de la pensión.”*

⁷⁴ Art.1575 del CC, hace mención expresa en su supuesto de efectos diferentes entre casos fortuitos ordinarios y extraordinarios. *“El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos provenientes de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario”*

⁷⁵ Art. 1745 del CC *“Si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responderá el comodatario del precio, a no haber pacto en que expresamente se le exima de responsabilidad.”*

⁷⁶ Art. 1891 del CC *“El gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de hacer, o cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio.”*

⁷⁷ Art. 1896 del CC *“Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó.”*

⁷⁸ Art. 1777 del CC *“El depositario que por fuerza mayor hubiese perdido la cosa depositada y recibido otra en su lugar, estará obligado a entregar ésta al depositante.”*

⁷⁹ Art. 1784 del CC *“La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros, como por los extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor.”*

⁸⁰ Art. 1995 del CC *“El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido.”*

como señala el precepto, que estemos en presencia de sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables. *La distinción pone su acento bien en la imprevisión e inevitabilidad -fuerza mayor-, o en la previsión y evitabilidad -caso fortuito- o por el contrario en que el acaecimiento se origine fuera de la empresa o círculo del deudor-fuerza mayor-, o en el ámbito interno -caso fortuito-. Se menciona así en esta doctrina, como expresiones del segundo, las averías, accidentes profesionales y como ejemplo de la primera causa de exclusión, los supuestos de guerra, rayo, etc., pero indudablemente estos ejemplos son simplemente orientativos.*

Así, conforme con la doctrina y la jurisprudencia, podemos describir que en el caso fortuito hay indeterminación, porque la causa que origina el daño es desconocida, e interioridad, porque el daño está relacionado con la organización en donde se produjo el daño a razón de que el daño está intrínsecamente relacionado con el funcionamiento de la organización. En la fuerza mayor hay una indeterminación absolutamente irresistible, aun pudiéndose ser prevista, y exterioridad, pues la fuente productora del daño es ajena al servicio y riesgo que le es propio. Por lo tanto, en el ámbito sanitario que es el que nos atañe, estaremos ante un caso fortuito, e indemnizable, cuando el evento causante del daño se encuentre dentro del servicio sanitario prestado. La fuerza mayor es un supuesto totalmente excepcional y singular, como lo son las catástrofes naturales, las guerras, etc., que ha sido usado indebidamente, en ciertos casos (transmisión de VIH o de VHC) por la Administración sanitaria para evadirse de su responsabilidad objetiva.

5. LA LEX ARTIS MÉDICA.

Una buena forma de empezar es definir a grandes rasgos que engloba el significado de *lex artis* (*leges artis* o *leges artium*). Por dicho término podemos entender una serie de actitudes y conocimientos aplicables a su ejercicio cuya obtención y práctica conlleva que el profesional sea socialmente reconocido como tal⁸¹; ergo, como aquella esfera de autonomía profesional cuya regulación incumbe únicamente a sus individuos, que serán los que establezcan un modelo de conducta formado por reglas o

⁸¹ OROZCO PARDO, G.: "La aplicación del concepto de <<lex artis>> al campo de la actividad profesional. El caso de la profesión médica", Publicaciones de la Universidad de Granada, 1993, pág. 513.

técnicas específicas de un concreto oficio⁸². Todas las *leges artis* de una profesión son las que rigen la actuación de los profesionales conforme al modelo de conducta de un buen padre de familia y por lo tanto *“la negligencia del médico reside en no actuar con la misma diligencia con que los hombres que tienen la misma profesión, comúnmente actúan”*⁸³.

Esto supone, por un lado, que la *lex artis* actúa como un conjunto de normas y criterios que gobiernan la actividad de los profesionales, pero que, en la gran mayoría de los casos, no están establecidas por escrito⁸⁴, salvo en algunos códigos y manuales, que en la mayoría de los casos no son textos legales; lo cual supone una dificultad añadida para aquellos que no participan en la profesión en cuestión. Puede entenderse así que la *lex artis* se halla compuesta por los usos, costumbres y prácticas profesionales (en constante desarrollo) de obligada vigilancia a lo largo de la actividad profesional, desde el momento en que pueden catalogarse (por ejemplo, en mandatos o abstenciones). Pero esto es algo en lo que no todos los autores coinciden, pues, para autores como PENNEAU, los usos profesionales no integran la *lex artis* (*“los usos nacen de la práctica, por lo que poseen un origen convencional basado en la autonomía de la voluntad, que es extraño por naturaleza a la formación de las reglas del arte y a su esencia”*⁸⁵).

Por otro lado, sirve como un modelo jurídico o arquetipo de conducta para enjuiciar a aquellas acciones u omisiones profesionales y para decretar una posible responsabilidad provocada por el dolo, la culpa o la negligencia. En este sentido, dicho modelo, que representa unas reglas o técnicas del oficio, nos lleva a observar si se ha dado una pauta de apreciación sobre si el trabajo del profesional es adecuado o incorrecto⁸⁶. Así pues, la *lex artis* no se configura únicamente como una pauta del

⁸² BADOSA COLL, F.: “La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil”, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, pág. 121.

⁸³ ATAZ LOPEZ, J.: “Los médicos y la responsabilidad civil”, Montecorvo, 1985, pág. 20.

⁸⁴ OROZCO PARDO, G.: “La aplicación del concepto de <<lex artis>> al campo de la actividad profesional. El caso de la profesión médica”, Publicaciones de la Universidad de Granada, 1999, pág. 521.

⁸⁵ OROZCO PARDO, G.: “La aplicación del concepto de <<lex artis>> al campo de la actividad profesional. El caso de la profesión médica”, Publicaciones de la Universidad de Granada, 1999, pág. 521, nota número 17 sobre PENNEAU “La responsabilité du médecin”.

⁸⁶ MARTINEZ CALCERRADA, L.: “La responsabilidad civil profesional”, Colex, 1996, pág. 17.

comportamiento profesional sino también como una pauta del comportamiento moral. El convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de Biología y Medicina de 1997, que, pese a su artículo 4 (bajo la rúbrica de obligaciones profesionales y normas de conducta)⁸⁷, no determina con certeza el alcance de la *lex artis*, es considerado un texto vinculante con apariencia tanto jurídica como ética-médica, aunque estas últimas normas no se encuentran recogidas previamente⁸⁸.

Finalmente MARTINEZ-CALCERRADA nos da la explicación, según sus propias resoluciones, de lo que debe ser entendido por *lex artis ad hoc*, a través de sus 5 características: 1º) Como tal, la *lex* supone una regla de medición de una conducta, que, en base a unos baremos, medirán el comportamiento; 2º) Su objetivo se basa en valorar la corrección del resultado de dicha conducta o su conformidad con la técnica normal requerida (la actuación en cuestión debe ser adecuada con la generalidad de conductas de otros profesionales ante casos similares); 3º) La técnica; 4º) El objeto sobre el que recae (la clase de acto o intervención, estado del enfermo, gravedad...); y 5º) Concreción de cada acto médico o presupuesto *ad hoc*, que será la que mejor refleje la *lex artis*, pues esta característica responde a las peculiaridades de cada acto e influirá en el resto de los factores.

En cuanto al cometido que desarrolla la *lex artis*, en función de lo expuesto anteriormente, podemos indicar 5 líneas sobre las que actúa.

1. Para concebirse como elemento normativo de la imprudencia o la negligencia en el ejercicio profesional que permite calificar cuando una conducta es calificable de imperita.
2. Como un imperativo de la conducta profesional, o, dicho de otro modo, como el deber principal al que debe atender el profesional, como lo concibe la mayoría de la jurisprudencia.

⁸⁷ Art. 4 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de Biología y Medicina de 1997: *Toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la investigación, deberá efectuarse dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso.*

⁸⁸ Según el Informe explicativo del Convenio *“puede tratarse aquí tanto reglas escritas como normas no escritas”*.

3. Como elemento que da lugar a una responsabilidad jurídica o moral del profesional y de la entidad a la que está vinculado, cuando este elemento es incumplido.
4. Como contenido objetivo vinculante incorporado tanto a la relación extracontractual como contractual, en virtud del artículo 1258 del Código Civil, atendiendo a que dicho precepto no establece un orden de prelación⁸⁹.
5. Como una norma para complementar a otras normas en blanco que se remitan a ella y también como propia normativa en blanco a la que se puede acudir para consultar si la conducta del profesional ha observado tal lex. *“Ciertas conductas biomédicas dependerán... exclusivamente de los juicios morales del profesional responsable, pero no por ello se desenganchan del ordenamiento vigente”*⁹⁰.

6. LOS DAÑOS MORALES.

En el ámbito sanitario, la existencia de daños de carácter moral suele ser muy habitual, teniendo en cuenta que el deterioro sobre la salud y la integridad física suele conllevar en muchos casos, aparte de la propia lesión, otros daños de diferente naturaleza (laborales, familiares, ...) que se tratan de recoger bajo la denominación de “pretium doloris”. Tan importante se ha tornado en la responsabilidad patrimonial sanitaria que, hoy en día, muchas de las reclamaciones interpuestas y resoluciones judiciales están exclusivamente fundadas en esta clase de indemnización. Pensemos en demandas por fallecimientos de familiares, el error o retraso de un diagnóstico e, incluso, como ya anteriormente hemos expuesto, la falta de consentimiento informado.

El daño moral lo podríamos definir como *“aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la transgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física,*

⁸⁹ ROCA GUILLAMON, J.: “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, tomo XVII, VOL. 1”, 1993, Edersa, pág. 461.

⁹⁰ MARTIN MATEO, R.: “Bioética y derecho”, 1987, Ariel, pág. 162

privacidad o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual”⁹¹.

Presenta algunas características que se deben destacar. En primer lugar, es subjetivo y está vinculado con la parte afectiva del ser humano, pues, según el damnificado, puede reaccionar de manera diferente con diversos estados psicológicos. Ahora bien, en ningún momento lo debemos de confundir con una situación de mero malestar o incertidumbre (como puede ser el inesperado embarazo tras una operación de vasectomía). Y, en segundo lugar, el daño moral no se identifica directamente ni indirectamente con consecuencias patrimoniales económicas que se puedan evaluar, sino con una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo.

La doctrina en nuestro país es unánime al considerar que los daños morales pueden ser reparados, pero esta unanimidad no siempre existió en nuestro país y en su momento generó una cuestión jurídica muy discutida. Los motivos que se argumentaban frente a su negación eran muy variados, desde el enriquecimiento injusto hasta la incapacidad de la reparación de los daños morales mediante la indemnización pecuniaria. Razón por la cual se pronunció el civilista DE CASTRO al indicar que *“el reconocimiento, en base a los principios tradicionales, del carácter indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico. Con él se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general”*⁹². Consecuencia misma de este debate jurídico es que terminó por embarrar el camino de las indemnizaciones de daños morales ante nuestros tribunales hasta fechas bastante recientes.

Originalmente la figura del daño moral tiene su nacimiento en la revolución industrial, donde la doctrina francesa⁹³ la definía como el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual y en general los padecimientos infligidos a la víctima o a su entorno. La primera sentencia española que reconoció la figura del daño moral fue la STS del 6

⁹¹ MAYOR GOMEZ, R.: “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: Análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas”, Gabilex, 2015, pág. 8.

⁹² DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Temas de derecho civil”, 1972, pág. 2.

⁹³ DIEZ PICAZO, L.: “Derecho de daños”, Civitas, 2000, pag.93.

de diciembre de 1912⁹⁴. Tras este caso, diversos tribunales empezaron a reconocer la figura de los daños morales, pero no sería hasta 1975 (por motivos políticos, inexistencia de legislación y la dificultad de valorar los daños morales) cuando se reconocería en el ámbito Contencioso-Administrativo con el famoso, y ya mencionado anteriormente, caso “los novios de Granada” enjuiciado por la STS 1181/1975.

Es necesario recalcar a modo recordatorio, que de cualquier manera, para que los daños morales sean indemnizables es requisito indispensable que concurren todos los elementos de la responsabilidad patrimonial sanitaria expuestos en el capítulo 4⁹⁵. A pesar de ello existen una serie de cuestiones derivadas de su diferente naturaleza jurídica:

- La primera de ella es relativa a la legitimación activa en los supuestos de daños morales o, en otras palabras, quienes pueden ser vistos desde la perspectiva jurídica como perjudicados a fin de exigir el resarcimiento de los daños morales sufridos. Al contrario que otras materias, como la penal⁹⁶ o la de accidentes de tráfico⁹⁷, el ámbito sanitario adolece de unos parámetros objetivos vinculantes para determinar la condición de perjudicado, de ahí que se haya de acudir a distintos criterios, los cuales regulan de manera muy dispar esta figura, cuestión que no ha sido analizada por la jurisprudencia de manera uniforme, generando no pocos reparos (STC 190/2005⁹⁸).

⁹⁴ STS del 6 de Diciembre de 1912; Una mujer recurre ante el TS por una demanda contra el director del periódico “El Liberal” y la empresa editora, motivada por una noticia falsa publicada en 1910 que dañaba claramente su honor y su honra. Los demandados recurrieron en casación considerando que los daños morales no eran indemnizables en el ordenamiento jurídico español.

⁹⁵ Antijuricidad de la lesión, Lesión resarcible, relación de causalidad entre el hecho y la lesión, Ausencia de fuerza mayor y un funcionamiento anormal o normal.

⁹⁶ Artículo 113 del Código Penal 10/1995: *La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.*

⁹⁷ Real Decreto 8/2004 Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en sus anexos se detallan las cuantías a indemnizar a los perjudicados e interesados

⁹⁸ STC 190/2005: Se planteó una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 1.2 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, a la que se le acompañó el procedimiento judicial que planteaba la cuestión. A la edad de 21 años J.G.T. falleció en un accidente de coche, cuando convivía con sus padres y sus 3 hermanos y se procedió a indemnizar por daños morales tanto a los progenitores como al hermano menor de

- La segunda cuestión que plantean los daños morales gira en torno a la carga de la prueba, pues son muy discordantes los laudos judiciales en cuanto al grado probatorio exigido.

El TS se manifestó dando respuesta respecto a este desajuste en la STS 533/2000, donde dice que: *“La temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfía) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (S. 21 octubre 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (S. 15 febrero 1994), o que la existencia de aquel no depende de pruebas directas (S. 3 junio 1991), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (s. 14 diciembre 1993), o no se admita la indemnización -compensación o reparación satisfactoria- por falta de prueba (S. 19 octubre 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo, sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las Sentencias de 29*

edad, excluyendo por consiguiente a los 2 hermanos mayores de edad, por descartarlos del grupo IV. Pero éstos consideraron transgredidos sus derechos a la igualdad por razón de la edad. El auto suscitó la duda concerniente a que si el objetivo mismo de la norma era la reparación de los daños morales derivados del "grado o intensidad de la aflicción por la pérdida de un familiar próximo" y no de razones de dependencia o económicas, no era viable la discriminación en razón de la edad. El TC finalmente se pronunció del siguiente modo: *“La tabla I contempla como perjudicados-beneficiarios a los hermanos mayores de edad de la víctima mortal en el siguiente grupo de la misma, el V y último, bajo la rúbrica "Víctima con hermanos solamente". Esta previsión evidencia que el legislador no niega el carácter de perjudicados morales a los hermanos mayores de edad de la víctima fallecida, sino, antes bien, que caso de que pervivan a la misma sus ascendientes, opta (grupo IV) por concentrar las cantidades resarcitorias en éstos y en los hermanos menores de edad. Dicho de otro modo, la ausencia de los hermanos mayores de edad... no se debe a ningún propósito del legislador de excluirlos de la condición de perjudicados-beneficiarios, sino a la concreta circunstancia que es, a la existencia de ascendientes y eventualmente de hermanos menores de la víctima del accidente de tráfico... y es que la concurrencia con unas u otras personas puede dar lugar a supuestos indemnizatorios diferenciados” “Se desprende fácilmente de la regulación cuestionada, que a la finalidad de la misma de reparar predominantemente un daño afectivo se añade otra que es la de prestar la protección derivada del derecho a recibir indemnización a una categoría de personas también típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad”.*

de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (s. 19 octubre 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la "in re ipsa loquitur", o cuando se da una situación de notoriedad (Ss. 15 febrero 1994, 11 marzo 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria”⁹⁹.

- La tercera y última cuestión que nos plantean los daños morales en el ámbito de la sanidad es su transmisibilidad procesal en los supuestos en los que el recurrente fallece. Para ser más específicos, el daño moral se dispone como un derecho personalísimo, que solo puede ser invocado por la propia persona perjudicada y en el caso concreto, por un tercero cuando se le hubiese otorgado su representación o fuese el representante legal de menores o discapacitados. “El derecho moral es tan personal que no puede trascender a quien los padece y, por tanto, la reclamación de indemnización por tales daños es intransmisible, ya que como el bien o derecho dañado esta fuera del comercio de los hombres, no cabe que su resarcimiento se transmita ni inter vivos ni mortis causa”¹⁰⁰. Al tratarse de un derecho personalísimo y debido a su imposibilidad de transmitirse a los herederos¹⁰¹, conlleva la extinción y finalización del proceso en curso, empero, la jurisprudencia lo matizó, dando lugar a la diferenciación de 3 supuestos:

Reclamación de daño físico y moral propio de un paciente que ya ha fallecido antes de ejercitar la acción: La doctrina y la jurisprudencia es adversa a reconocer esta reclamación que pretende la exigencia de una indemnización por los daños físicos y morales del fallecido, mediante subrogación. La razón de la negativa radica en que es un derecho que es originario del fallecido y que debido a su carácter personalísimo

⁹⁹ GUERRERO ZAPLANA, J.: “Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios”, Lex Nova, 2006, pág. 55.

¹⁰⁰ MAYOR GOMEZ, R.: “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: Análisis jurídico y practico de las cuestiones más problemáticas”, Gabilex, 2015, pág. 27.

¹⁰¹ Art. 659 Cc.: “La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte.”

encuentra su ausencia en el artículo 659 del Cc. En palabras del TSJ de Madrid, en una sentencia de 2011 *“No es transmisible mortis causa, ni los hijos ni el cónyuge del fallecido tienen el carácter legal de perjudicados, pues no cabe el derecho a una indemnización que no era debida al fallecido, en tanto este, en vida, por el motivo que fuera, no considero procedente solicitarla”*.

Reclamación de daño físico y moral propio de un paciente que ha fallecido tras el ejercicio de la acción: Sí que es exigible esta reclamación, puesto que la muerte del causante en el seno de un proceso abre la posibilidad a suceder en el ejercicio de acciones como herederos; considerando que la expectativa o derecho a recibir una indemnización se integró en el caudal hereditario del fallecido conforme el art 659 del Cc. Por lo tanto la suma de la indemnización no es debida a la transmisión del derecho de reclamar los daños morales y físicos, sino al patrimonio correspondiente al fallecido que es heredado.

Reclamación del daño moral que provoca la muerte de un familiar o un allegado: Según el TS, este derecho no es transmitido por el fallecido, sino que es originado en el perjuicio moral y material causado en terceros a consecuencia de la muerte de un familiar, una persona a la cual tuviesen fuertes lazos afectivos o dependiesen económicamente del fallecido. Por lo tanto, al nacer este derecho en la persona del perjudicado (que puede tener la condición de heredero o no) y no del fallecido, es ejercitable y reclamable.

7. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LAS RECLAMACIONES SANITARIAS.

El procedimiento de las reclamaciones administrativas para exigir la responsabilidad patrimonial en general viene establecido en los artículos 65 y 67 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas (LAPCAP) y en el artículo 96 de la misma Ley para el procedimiento simplificado.

En el ámbito sanitario también se sigue el procedimiento común, aunque posee ciertas particularidades.

Al igual que en la responsabilidad general, no se puede acudir como regla general a la vía contencioso-administrativa, sino que ha de seguirse previamente la vía administrativa. La iniciación del procedimiento de ésta puede ser de oficio o a instancia de parte, siendo este último el modo habitual debido a la gran cantidad de actuaciones médicas que se producen en nuestro país a diario.

La reclamación ira dirigida contra la Administración responsable y no contra el personal o funcionarios públicos que en ella trabajen, salvo que nos encontremos frente a una responsabilidad penal que será tramitada ante la jurisdicción penal. La responsabilidad penal del personal de las administraciones no exime a la Administración de responsabilidad puesto que seguirá siendo responsable de manera subsidiaria en caso de que la autoridad o funcionario público sea declarado insolvente.

En gran cantidad de casos, las reclamaciones se interponen ante los centros sanitarios donde se prestaron los servicios. Si esto ocurre frente a un centro de salud público, al estar integrado en el sistema de servicios de salud de la Comunidad Autónoma, será dicha CCAA la que responderá de la reclamación pues son ellas las que tienen asumidas tal competencia.

En el caso de que la actuación sanitaria determinante de la responsabilidad sea un centro privado concertado, hay que estar, en principio, a lo establecido en la legislación contractual pública al efecto, cuando regula la responsabilidad de los contratistas de la Administración. Pero la STS 2911/2003 ha declarado lo siguiente: *“Es cierto que hasta esta última reclamación al Instituto Nacional de la Salud los recurrentes habían dirigido sus peticiones a la Clínica -La Luz-, entre otros, pero ello no obsta para considerar que este Centro, en cuanto concertado con la Administración, actúa por cuenta y encargo de las Administraciones, en calidad de agente suyo y a los efectos de la reclamación por responsabilidad ha de entenderse que es la Administración misma”*. Lo cual supone que, a partir de esta sentencia, abrir un proceso contra una clínica concertada por motivos relativos al servicio sanitario, conllevará el inicio de un procedimiento contra la propia Administración.

En la reclamación deberán de figurar todos aquellos datos que sean necesarios, conocidos y relevantes al caso, entre ellos las lesiones sufridas, el nexo causal que vincula las lesiones con la actuación de la administración, su evaluación económica,

momento y lugar donde se produjeron dichas lesiones, así como alegaciones y otras pruebas que obren en su poder.

En relación con el plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la LAPCAP indica 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. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”*¹⁰².

Es importante hacer hincapié en la última parte mencionada, pues respalda una doctrina jurisprudencial que entendía que el plazo de estos supuestos debía de empezar en el momento de la curación del lesionado, puesto que si empezara antes, se dañarían las garantías de aquellos que estando ingresados no pudieran interponer la reclamación. Dicha mención, que ya fue expuesta en la ley 30/1992, es acertada, aunque generó el problema de determinar el momento exacto de la curación satisfecha, pues, en ciertos casos, como en el de las lesiones psíquicas, el cómputo puede ser realmente difícil. Respecto de las secuelas, el plazo de prescripción comienza en el momento en el cual se estabilizan, según viene entendiendo la jurisprudencia (STS 3560/1999), a no ser que se trate de enfermedades crónicas con secuelas indeterminadas, en las cuales la acción de responsabilidad durará de por vida, como se estableció en el 2000 y que se puede observar en las sentencias posteriores que lo ratifican (STS 7191/2000¹⁰³ y STS 7392/2001¹⁰⁴).

¹⁰² CUETO, M.: “Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública”, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 1080.

¹⁰³ STS 7191/2000 de 25 de Enero de 2005. En este caso, a una paciente se le realiza una transfusión de sangre de carácter urgente. Dos meses después a la paciente se le diagnostica *“una hepatitis no A no B (post-transfusional)”* que le ocasiona principalmente *“laxitud permanente y fatiga de mínimos esfuerzos, mareos y pérdida de conocimiento al movimiento brusco y vértigos”* entre otros síntomas. Dos años tras su detección, la paciente ejercita su derecho de reclamar la responsabilidad ante la Administración debido al contagio, pero la reclamación es rechazada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al estimar la excepción de prescripción planteada por la demandada. El TS estima la impugnación del fallo del TSJ, pues al considerar que las secuelas atraviesan diversos estadios y que ello impidió que las secuelas pudiesen quedar fijadas en el momento al que el TSJ hace referencia. *“Se afirma que la hepatitis C es una enfermedad crónica cuyas secuelas, aunque puedan establecerse como posibles, están indeterminadas en el caso concreto, desconociéndose la incidencia de la enfermedad en el futuro de la víctima, por lo que se está claramente ante un supuesto de daño continuado y, por tanto, el plazo de prescripción queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas, pero*

El fallo tanto de la Administración, en primer lugar, como de los tribunales, posteriormente, sobre la estimación o la desestimación de la reclamación, así como sobre la magnitud de la lesión y su pertinente indemnización, debe estar fundado en las pruebas practicadas y en los informes periciales. A la Administración le corresponde el cometido de obtener los informes médicos vinculados a la intervención y el informe de la Inspección médica. Tanto unos como otros, en principio y en virtud del artículo 26.1 de la LAPCAP¹⁰⁵, deberían tener la consideración de documento público, pero este criterio, siempre sostenido por la Administración, ha sido rechazado de manera tajante y



nunca en el momento del diagnóstico, pues una enfermedad crónica con una evolución paulatina impide tomar como fecha para el cómputo del plazo de prescripción la que consideró la Sala de instancia”.

¹⁰⁴ STS 7391/2001, de 10 de mayo de 2006. Se interpone un recurso de casación ante el TS contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias. La sentencia recurrida declara acreditado que el diagnóstico de la hepatitis C que padece el recurrente se produjo en enero de 1.992 cuando, al serle practicada biopsia hepática percutánea, se determinó la existencia de la hepatitis crónica persistente, por lo que había transcurrido el plazo del año establecido en el artículo 142 de la Ley 30/92. El TS, haciendo mención a la Sentencia 7391/201 (expuesta arriba), casa la sentencia recurrida y entra a resolver el debate en los términos en que ha sido planteado en instancia. La pretensión formulada por el recurrente se fundamentó en que el contagio de la enfermedad se produjo a consecuencia de una operación de anastomosis (conexión quirúrgica entre dos estructuras) entre la arteria mamaria interna y la coronaria descendente anterior, realizada en mayo de 1.990 y durante cuya operación el paciente fue transfundido con una unidad de sangre que no fue expuesta a los reactivos de detección del virus C que habían sido implantados un año antes. El TS reconoce el derecho del recurrente a ser indemnizado por los servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma de Canarias en la cifra de 60.000, al no haber realizado dicha prueba sobre la sangre y verse incapaz de encontrar a los 3 donantes (2 en localización desconocida y 1 fallecido) y probar que dicha transfusión estaba libre del virus.

¹⁰⁵ Dice el art. 26.1 de la LAPCAP: **1.** *“Se entiende por documentos públicos administrativos los válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas. Las Administraciones Públicas emitirán los documentos administrativos por escrito, a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia.”*

contundentemente por la jurisprudencia, como muestran las SSTS 285/1999¹⁰⁶, de 10 de junio del 2003, y 3641/2000¹⁰⁷, de 24 de septiembre del 2004.

8. RES IPSA LOQUITUR Y EL DAÑO DESPROPORCIONADO.

Res ipsa loquitur y el daño desproporcionado son dos figuras sumamente importantes en los procesos del ámbito sanitario y que en gran número de veces se confunden, incluso por nuestros propios tribunales.

8.1. Res Ipsa Loquitur

El elemento primordial de un proceso de responsabilidad subjetiva o de culpa reside en que quien alega haber soportado un daño debe de acreditar de manera fehaciente la culpabilidad del acusado ante los tribunales o de lo contrario la demanda será desestimada. Este procedimiento es absolutamente garantista con los procesados. Persigue que no se pueda condenar a una persona sin pruebas que evidencien la culpabilidad, pero presenta una deficiencia que se observa cuando el proceso gira en torno a un profesional y el demandante debe presentar unas pruebas técnicas que, muchas veces, se tornan sobre conocimientos especializados que el demandante no posee y, en otros casos, ni siquiera sabe que ha ocurrido, como en el ámbito médico cuando se utiliza la anestesia.

La doctrina Res Ipsa Loquitur parte de la búsqueda de un equilibrio entre las partes cuando éste no se da en el seno de un proceso. El empleo de esta doctrina podría pensarse que invierte la regla general de responsabilidad hacia una responsabilidad

¹⁰⁶ STS 285/1999: "Los informes médicos expedidos en un centro sanitario público por funcionario público no son encuadrables en ninguno de los seis supuestos del artículo 317: no son resoluciones, ni diligencias, ni testimonios judiciales (ordinal 1º), no son documentos notariales (ordinal 2º), no están intervenidos por Corredor de Comercio Colegiado (ordinal 3º), no son certificaciones expedidas por Registrador de la Propiedad o Mercantil (ordinal 4º), ni están expedidos por funcionario público legalmente habilitado para dar fe (ordinales 5º y 6º)". "Un centro o establecimiento sanitario público no es un órgano de la Administración pública en sentido jurídico y, por tanto, los informes médicos que se emitan en el mismo ni siquiera pueden tener la consideración de documento público administrativo."

¹⁰⁷ STS 3641/2000: "En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado."

objetiva, pero, lejos de ello, se parte a de presumir la culpa del profesional (generando una pseudo-presunción de negligencia) a partir de la demostración del daño¹⁰⁸. La diferencia radical entre la doctrina Res Ipsa Loquitur y la responsabilidad objetiva se centra en que mientras la segunda no requiere culpables, la primera busca compensar las partes, imponiendo al que se encuentra en una situación predominante que explique cómo sucedieron los hechos y demuestre su diligencia¹⁰⁹.

El origen de la doctrina del Res Ipsa Loquitur se encuentra en EEUU, en el caso *Byrne vs. Boadle*¹¹⁰ cuando se forzó a los jueces a utilizarla porque los médicos se fraternizaron de manera general delante de los jueces, negándose a hablar, declarar o elaborar informes que pudiesen perjudicar a sus compañeros de profesión y así evitar cualquier tipo de prueba que les pudiese culpar, provocando en 1944 el famoso caso americano de *Ybarra vs. Spangard*¹¹¹.

Los elementos constitutivos que configuran la regla del Res Ipsa Loquitur son:

1. Un acontecimiento dañoso que en principio sólo podría generarse por una conducta negligente. Debe estar basado en un juicio de probabilidad acerca de la

¹⁰⁸ GARCIA GUERNICA, M.C.: "Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica", Thomson- Aranzadi, 2010, pág. 14.

¹⁰⁹ VAZQUEZ BARROS, S.: "Prueba de la responsabilidad", 2009, pág. 3, Tirant lo Blanch.

¹¹⁰ *Byrne vs Boadle*: En 1863, un viandante sufre unas lesiones en la cabeza y el hombro generadas por la caída de un barril de harina desde la ventana de la primera planta de una tienda. El demandante careciendo de pruebas no pudo demostrar la negligencia del dueño de la tienda. El juez Pollock consideró que la caída de un barril desde la ventana de una primera planta hace presumir la negligencia del propietario o de sus empleados, que puede destruirse mediante prueba del demandado que justifique el resultado dañino de otra manera "*debido a que los barriles no caen desde la ventana de un edificio, si están bien cuidados*".

¹¹¹ *Ybarra vs Spangard*: Un paciente ingresa en quirófano con un cuadro de apendicitomía y, como resultado de la intervención, finalizó con parálisis y atrofia del hombro derecho. En el juicio, todos los intervinientes en la operación se negaron a declarar o a dar explicaciones validas, impidiendo al juez conocer el motivo de la parálisis del hombro y a su o sus responsables. El Tribunal determinó que todos los que habían participado en la operación (cirujanos, anestelistas y enfermeros) debían ser condenados, debido a que, cuando un sujeto recibe una lesión inusual estando inconsciente en el curso de una intervención médica, todos los demandados que tuvieron un control sobre su cuerpo o instrumentos que pudieron haber causado las lesiones deben ser convocados para que enfrenten la inferencia de culpa suministrando una explicación de comportamiento, es decir, que explicaran de qué manera se había dañado al paciente. CALVO COSTA C.A.: "La responsabilidad del médico ante los olvidos quirúrgicos: el principio "res ipsa loquitur", Thomson La ley 2009, pág. 4.

negligencia del médico, que demuestre que es más probable que el daño se produjese por una negligencia que debido a otra circunstancia¹¹². Dicho lo anterior debe de excluirse el ejercicio del Res Ipsa Loquitur cuando el daño causado se encuentra dentro de los riesgos propios de la intervención practicada.

2. Que el evento dañino surja por alguna conducta dentro del entorno de actuación del demandado, aunque no se conozca la causa exacta. Es imprescindible que el profesional tenga un control adecuado sobre el evento (STS 1202/2002¹¹³). En contraste con lo anterior, pueden surgir variadas circunstancias que perturben el acto médico rompiendo el nexo causal, siempre y cuando estas no debiesen de ser conocidas por el médico o su resultado fuese inevitable. Como ya se explicó en el apartado C (“Relación de causalidad entre el hecho y la lesión”) del capítulo 4 (“Los elementos de la Responsabilidad Sanitaria”), cuando tanto el medico como otro factor externo (como puede ser el propio paciente) han determinado la aparición del daño de modo conjunto, la responsabilidad del profesional se valorará en función de la parte proporcional, minorada en la proporción exacta a la contribución del agente externo en el resultado.

La doctrina del Res Ipsa Loquitur activa una pseudo-presunción de negligencia del profesional, pues no es una presunción en sentido estricto recogida en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)¹¹⁴. La diferencia entre ambas figuras radica en que, en la presunción, el demandante debe de demostrar el hecho indicio (el resultado dañoso) y la relación causal, permitiendo al Tribunal que construya una relación causa-efecto, en cambio en la doctrina Res Ipsa Loquitur el demandante sólo debe probar el hecho indicio, ya que el nexo causal se refleja en las circunstancias del daño¹¹⁵. Esto se evidencia con claridad en los casos en los cuales el hecho indiciario es el olvido de

¹¹² BULLARD GONZALEZ, A.: “Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”, Revista de Derecho nº 50, 2005, pág. 220.

¹¹³ STS 1202/2002; Se estimó que el estado vegetativo de la paciente era consecuencia de unas cardiopatías congénitas no detectadas. El Tribunal considera que los médicos son culpables puesto que el daño se podría haber evitado con un chequeo de un ecocardiógrafo, que debió ser utilizado.

¹¹⁴ Art 386 LEC: “A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.”

¹¹⁵ BULLARD GONZALEZ, A.: “Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”, Revista de Derecho nº 50, 2005, pág. 252.

material quirúrgico alojado en el interior del paciente, puesto que es indiscutible la obra humana (STS 1116/1996).

En relación a la carga de la prueba, la doctrina Res Ipsa Loquitur no cambia este principio general, pues el demandante sigue obligado a probar los daños causados por el personal sanitario. En definitiva, el juez debe valorar las causas precisas que provocaron el daño de los hechos alegados por ambas partes y no solamente de lo expuesto por el demandado y si de ellas se deduce una responsabilidad. En contraste con lo anterior, la inversión de la carga de la prueba implica que es el demandado el que debe aportar las pruebas que le exoneren y que la ausencia de ellas genera automáticamente su responsabilidad. Cuando se aplica la doctrina Res Ipsa Loquitur, la ausencia de pruebas que demuestren la diligencia del médico no será suficiente para declarar su responsabilidad, si de las alegaciones practicadas por el demandante no puede observarse de manera obvia la responsabilidad del sanitario¹¹⁶.

De acuerdo con las exigencias de la lex artis, no es necesario que la prueba presentada por el profesional demandado detalle el motivo exacto que causó el daño. Sin embargo tampoco puede ceñirse a presentar posibles causas que lograrían provocar el daño. Por lo tanto, la prueba presentada debe de probar coherentemente que la lesión no es debida a una negligencia y que por otro lado actuó diligentemente.

8.2 El daño desproporcionado

La doctrina del daño desproporcionado tiene su origen en la Francia de 1960, cuando, en la Cour de Cassation, fue llevado un caso de un paciente que sufrió radiodermatitis como consecuencia de la radiación de un aparato de rayos X, motivado por no haber cerrado correctamente las puertas el radiólogo¹¹⁷.

¹¹⁶ NAVARRO MICHEL, M.: "Sobre la aplicación de la regla Res Ipsa Loquitur en el ámbito sanitario", Anuario de Derecho Civil nº 56, 2003, pág. 121¹¹⁶ BULLARD GONZALEZ, A.: "Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil", Revista de Derecho nº 50, 2005, pág. 252.

¹¹⁶ NAVARRO MICHEL, M.: "Sobre la aplicación de la regla Res Ipsa Loquitur en el ámbito sanitario", Anuario de Derecho Civil nº 56, 2003, pág. 121.

¹¹⁷ SANCHEZ GARCIA, M.A.: "El daño desproporcionado", Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 8/2013, pág. 242.

El TS considera que es necesario cambiar las pautas de la responsabilidad civil médica en el momento que se provoca un daño claramente desproporcionado respecto del que sería usual o previsible, cuando el médico no puede dar una respuesta racional que justifique ese daño, generando una negligencia, como en el caso enjuiciado por la STS 461/2003¹¹⁸.

El daño desproporcionado surge cuando una intervención médica genera un desenlace anormal, inaudito y grave en comparación con los riesgos que son frecuentes y que, por tanto, resulta incomprensible. Incluso en algunas sentencias se ha llegado a afirmar que el daño desproporcionado no tiene que ser exagerado o de increíbles consecuencias en el paciente, sino que es suficiente con que no deba ocurrir normalmente y no esté en consonancia con la *lex artis* debida, pues *“el daño desproporcionado no es un daño importante o catastrófico o con un gran número de víctimas sino el daño que presenta una anómala relación con el comportamiento”*¹¹⁹. En realidad, la desproporción de la conclusión no se infiere únicamente de los actos médicos, sino que también va ligado a la desproporción del tratamiento de la lesión sufrida.

De lo dicho se desprende que los daños que sean típicos o frecuentes de una intervención no generaran una responsabilidad profesional del sanitario, puesto que la actividad sanitaria es una obligación de medios y no de resultados.

Una particularidad recae sobre aquellos daños que son inherentes a una intervención médica, pero que, debido a su escasa probabilidad o aparición, se deciden omitir de la información que se le debe de dar al paciente (*“la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada y en un padecimiento innecesario para el enfermo”*¹²⁰). Respecto de ellos la jurisprudencia del TS ha indicado que los

¹¹⁸ STS 461/2003: Una joven, practicando esquí, sufre una caída de leve gravedad (fractura tibial). Tras diversas intervenciones, la paciente sufre una cojera irreversible, que no se consigue explicar por los médicos, los cuales probaron su diligencia. El TS apuntó a un daño desproporcionado *“una joven va a esquiar (como tantas), se cae (como tantas), se rompe la rodilla (como tantas) y el resultado (desproporcionado) es que queda coja.”*

¹¹⁹ DIEZ PICAZO, L.: *“La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”*, Dykinson, 2001, pág. 109.

¹²⁰ STS 4415/2004 de 19 de Junio de 2008

daños típicos y los atípicos no pueden tener un doble cometido exculpatorio (de su mal desenlace en la intervención y de su omisión en la información).

8.3 Distinción entre ambas figuras

La línea que divide la figura del Res Ipsa Loquitur de la figura del Daño desproporcionado no es habitualmente clara para la doctrina. La doctrina Res Ipsa Loquitur genera una pseudo-presunción de negligencia del profesional por la manifestación de un resultado que no tiene la obligación de ser anormal, inaudito o grave, pero si la sospecha que se ha producido por una negligencia. En contraste con lo anterior, la doctrina del daño desproporcionado no genera una pseudo-presunción de negligencia del profesional, sino que le traslada la responsabilidad de explicar cómo se ha generado el daño anormal, siendo la ausencia de la explicación lo que puede generar la negligencia.

En conclusión, nuestros tribunales las usan indistintamente, porque en la práctica ambas figuras tienden a un idéntico fin, que es *“presumir la culpa y el nexo causal a través de la evidencia (res ipsa loquitur), la anormalidad del resultado (culpa virtual) o de máximas de experiencia (prima facie), que encierran la misma idea de que, según las reglas de la lógica o de la experiencia humana, la conducta del médico tuvo que ser negligente para causar ese resultado”*¹²¹.

9. RESPONSABILIDAD DE AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA.

El artículo 36 de la LRJSP nos habla de la responsabilidad que tienen los empleados y autoridades de la Administración Pública. Dicho artículo nos expone, en primer lugar, y como hemos indicado anteriormente, que los particulares no podrán reclamar al personal ni a las autoridades de las Administraciones que les causen lesiones

¹²¹ SANCHEZ GARCIA, M.A.: “El daño desproporcionado”, Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 8/2013, pág. 251.

en su servicio, sino que en vez de ello deberán reclamar directamente contra la Administración.

Cuestión más compleja nos plantea el 2º apartado del citado artículo pues afirma: *“La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento”*. Dicho de otro modo nos encontramos frente a una acción de regreso obligatoria ante el personal o autoridad de la Administración.

Aunque si bien es cierto que fue una buena idea por parte del legislador que reformo la ley 30/1992 (4/1999) pasando de ser facultativo a obligatorio¹²², se quedó en saco roto, incluso tras la LRJSP del 2015, puesto que, por un lado, requiere que la Administración ya haya abonado el pago de la indemnización y, por otro lado, precisa la culpa, el dolo o la negligencia no de una manera común o general sino de una manera grave e importante.

Por si no fuese ya difícil aplicar la acción de regreso, posteriormente el mismo artículo 36 exige que se valoren los criterios del resultado dañoso producido, del grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso, para modular la responsabilidad y en su caso valorar la cuantía a resarcir. Un conjunto de autores¹²³ considera que estos criterios realmente tratan de dar un margen de acción a la Administración para dirimir si considera oportuno proceder contra sus propios empleados.

¹²² ALARCON SEVILLA, V.: “La responsabilidad Patrimonial en la Administración Sanitaria”, Revista Anales del Derecho N°27, 2009, pág. 327

¹²³ DOMENECH PASCUAL, G.: “Por qué la administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, Indret: revista para el análisis del Derecho nº 2, 2008 pág. 8 y MARTIN REBOLLO, L.: Luís, “La acción de responsabilidad contra los profesionales sanitarios (algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, 2009, pág. 9

El tercer apartado del artículo 36 de la LRJSP nos indica que se procederá contra sus empleados y autoridades de igual modo que en los casos del apartado 2 (párrafo anterior) cuando por dolo, negligencia o culpa grave provoquen un menoscabo o un daño en los bienes de la Administración. Con ello se pretende que aparatos que acarreen un alto coste para la administración sean debidamente utilizados por su personal y que si se hiciera una mala utilización de ellos, se pasaría a valorar los criterios anteriores (del resultado dañoso producido, del grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso) para proceder contra los autores materiales¹²⁴.

Debemos de tener en cuenta que estas acciones de regreso son independientes y acumulables a la responsabilidad disciplinaria y responsabilidad penal que pudiese originarse. El legislador de la 4/1999, disponiendo la obligatoriedad de la acción de regreso, tenía un objetivo claro: evitar que fuesen los contribuyentes en general, los que a la larga tuvieren que pagar el coste de la indemnización al no repercutirse sobre el autor material. Pero en una época donde los pilares de la sociedad se asientan en la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad, extraña encontrar bases de datos de jurisprudencia llenas de sentencias que declaran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, por dolo, culpa o imprudencia graves, y hallar sin embargo una ausencia alarmante del ejercicio de la vía de regreso por la Administración. Insistiendo en esto, SAURA FRUCTUOSO¹²⁵ expone clara y rotundamente que *“la acción de regreso de la Administración respecto a su personal no existe”*.

Explicaciones sobre la falta de este ejercicio han sido dadas por diversos autores, entre ellas se habla de su elevado coste político, las presiones y resistencias corporativas y sindicales, el poco atractivo para el nuevo personal, etc¹²⁶.

Todo esto tiene como consecuencia que los autores de dichos actos (algunos rozando el ámbito penal) no tienen ningún incentivo o estímulo que les lleve a corregir

¹²⁴ MERINO MOLLINS, V.: “La responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad”, “Actualidad Administrativa nº6, 2003, pág. 153

¹²⁵ SAURA FRUCTUOSO, C.: “La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad”, DA nº 2, ISSN: 1989-8983, 2015 pág. 1

¹²⁶ DOMENECH PASCUAL, G.: “Por qué la administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, Indret: revista para el análisis del Derecho, nº 2, 2008 pág. 10

sus conductas, haciendo buena la frase célebre de “disparar con pólvora del Rey” y generando una disminución de la eficacia y eficiencia del servicio público, lo que “contribuye decisivamente al aumento de la sensación de impunidad pública, de desconfianza ciudadana y de desapego y desdén hacia la Administración”¹²⁷. Y, finalmente, hay que considerar el artículo 37 de la LRJSP, que contempla que la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas y la civil derivada de un delito será requerida de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. Dicho de otro modo, será la jurisdicción penal la competente para atender los casos de delitos y faltas que cometan el personal y las autoridades de las administraciones públicas en el ejercicio de su actividad, así como la responsabilidad civil que derivase del delito o la falta. En su segundo apartado se indica que el inicio de un proceso contra un empleado público no impedirá que se inicien los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que sea necesaria la determinación de los hechos en la jurisdicción penal para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

10. FIJACIÓN DE LA CUANTÍA.

Los criterios básicos para la fijación de las cuantías de las indemnizaciones por responsabilidad de la Administración se establecen en el artículo 34.2 de la 40/2015 con remisión a las reglas contenidas en otras leyes como la de expropiación forzosa o la de Seguros Obligatorios y Seguridad Social

No obstante, en la práctica las sumas determinadas en los tribunales son muy inconstantes y variables. Es por esta razón por la cual nos encontramos con indemnizaciones muy distintas para casos muy semejantes. Esta situación se remarca en el ámbito sanitario, pues es verdaderamente complicado tasar a través de unos criterios fijos el valor de las lesiones físicas, morales o incluso la de la misma vida (reconocido en la STS 1232/1998 de 28 de diciembre de 1998¹²⁸). Los tribunales en este aspecto no

¹²⁷ SAURA FRUCTUOSO, C.: “La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad”, DA nº 2, ISSN: 1989-8983 2015 pág. 14

¹²⁸Dice la STS 1232/1998 que “se habla de tal dificultad, porque en el área de los daños morales, es francamente imposible llevar a los mismos las normas valoradoras que establece el artículo 141.2 de dicha LRJ-PAC, cuando habla de las «valoraciones predominantes en el mercado”.

han encontrado unas pautas predeterminadas de como valorar tales lesiones y así *“el pretium doloris carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra que si bien debe ser razonable, siempre tendrá un componente subjetivo”* (STS 7508/1998). A pesar de ello, sí que se ha intentado que aspectos como la edad, el esfuerzo familiar para hacer frente a la lesión o el grado de incapacidad en el ámbito laboral queden reparados o al menos compensados.

Respecto a los daños y perjuicios morales sufridos, la suma de la indemnización, debido a su componente subjetivo, queda reservado al órgano de instancia, a pesar de que el TS pueda tener una opinión distinta en relación a la cuantía de la reparación del perjuicio moral. El importe de la indemnización no podrá ser revisado en casación siempre que el órgano de instancia haya observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad del daño moral y razonabilidad en la compensación.

La cuantía de la indemnización será calculada en alusión al día en que se produjo la lesión, a los cuales se sumarán los intereses de demora, que se exigirán conforme a la Ley 47/2003, de 26 noviembre, General Presupuestaria o por las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

El artículo 34.4 de la LRJSP permite que la indemnización puede ser satisfecha en especie o en pagos periódicos *“cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”*.

Una buena muestra de lo anterior se expone en la STS de 24 de septiembre del 2004, numero de recurso 3641/2000, mencionada anteriormente, en la cual el Tribunal individualiza claramente la indemnización correspondiente a cada daño y acuerda un pago periódico anual para cubrir los gastos con los que la familia tendrá que hacer frente a la parálisis infantil con ausencia de actividades mentales superiores. Fija *“Por las lesiones padecida por el menor: 20 millones de pesetas. Por el daño moral sufrido por sus padres: 20 millones de pesetas. Por el costo de cambio de la vivienda se reconoce una indemnización de 10 millones de pesetas. Por los gastos futuros necesarios para el cuidado del niño la Administración deberá abonar la cantidad anual de 7 millones de pesetas, a partir de la fecha de publicación de esta sentencia, que deberá hacer efectivos entre los días 1 y 10 de enero de cada año, cantidad que se modificará de acuerdo con el incremento del IPC del año anterior; esta cantidad*

deberá abonarse cada año mientras viva [...] debiendo acreditarse por sus padres o tutores su supervivencia entre los días 10 y 20 de diciembre de cada año, pagándose en caso de fallecimiento la parte correspondiente; durante el primer año se abonará solo la parte proporcional que corresponda a partir de la fecha de publicación de esta sentencia.”

11. CONCLUSIONES.

En síntesis observamos que la Administración Pública en el ámbito sanitario es una aseguradora universal de los daños en base al artículo 32 de la LRJSP que establece la garantía para que todos los ciudadanos sean indemnizados de cualquier lesión que sufran a consecuencia de un funcionamiento anormal o normal de los servicios públicos. Dicho brevemente, estamos asignando una responsabilidad objetiva y directa a la Administración. Este es un camino muy arriesgado¹²⁹ pues aunque podríamos decir que los particulares gozan de una protección legal frente a las lesiones que se encuentran vinculadas con la asistencia médica, también parece oportuno advertir que al mismo tiempo y en la misma medida se incrementa la carga fiscal sobre los particulares. Por suerte, los tribunales, salvo en contadas y muy criticadas ocasiones, no dictaminan la responsabilidad objetiva y aún menos en los últimos años (como en el ámbito que nos atañe, el sanitario), puede que a consecuencia de la situación económica actual, entre otros motivos. Los tribunales nos han recordado que la actividad médica es una obligación de medios y no de resultados, y que por ello no se puede exigir la indemnización de unos daños que tras una actuación médica son consecuencia directa y propia de la intervención a la que se ha sometido el paciente.

Otro tema que me parece interesante resaltar, es el relativo a la responsabilidad del personal y de las autoridades de las Administraciones públicas, pues parece una falacia la obligación de la acción de regreso establecida en el segundo párrafo del artículo 36 de la LRJSP, cuando resulta prácticamente imposible encontrar sentencias en este aspecto con la gran cantidad de bases de jurisprudencia que existen hoy en

¹²⁹ RODRIGUEZ LOPEZ, P.: “Responsabilidad Patrimonial de la Administración en materia sanitaria”, Atelier, 2007, pág. 163.

día¹³⁰. Podríamos llegar a pensar incluso que tal vez, desde el establecimiento de dicha acción, no se han dado las circunstancias que exige el artículo 36 para su reclamación, sino fuera porque hay multitud de sentencias estimatorias que reconocen la culpabilidad o negligencia grave de los empleados de la Administración. Resulta tan frustrante que se eleven los impuestos a la sociedad para pagar las lesiones de una responsabilidad objetiva, producto por ejemplo del deseo de un individuo de practicar deportes de riesgo, tanto como que se deban de subir los impuestos a la sociedad debido a la negligencia o culpa de un facultativo. Es curioso que el Estado, que es el primer guardián de las garantías de la nación, en este punto decida costear las indemnizaciones con los tributos de los ciudadanos antes que ejercer la acción de regreso, que por otra parte sí que se intuye en el ámbito privado, como por ejemplo el típico caso de hostelería, donde el empresario advierte la falta de dinero en caja y ejerce la acción de regreso contra la nómina de sus empleados. Esta situación solo puede arreglarse mediante su modificación, ante la cual se me plantean varias propuestas. La primera de ellas, basada en la resignación ante su notorio incumplimiento, sería su eliminación, una proposición indeseable políticamente, pues se suprimiría una medida con un carácter embellecedor; la segunda propuesta sería de carácter pragmático: que, con algunos ligeros cambios, se establecieran vías para su efectivo cumplimiento; y, por último, una propuesta reformadora, basada en innovar toda una serie de medidas de amplia gama, comenzando por conceder legitimación al Ministerio Fiscal.

La responsabilidad patrimonial sanitaria es, ante todo, una “responsabilidad patrimonial” y que en ningún momento se debe de confundir con la Seguridad Social. Tendemos a pensar que cuanto más grave es el daño sufrido que se deriva de la asistencia sanitaria, más razonable nos parece que se indemnice dicho supuesto, pero debemos de reflexionar sosegadamente ante cada caso si la lesión se ha producido a través de una inadecuada práctica médica o se ha ocasionado porque debía de ocurrir así conforme a la evolución natural de la enfermedad. Por lo tanto, lo esencial no es la existencia de un daño, sino que éste sea antijurídico y para ello acudiremos a la *lex artis*.

¹³⁰ SAURA FRUCTUOSO, C.: “La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad”, DA nº 2, ISSN: 1989-8983 2015 pág. 4.

SENTENCIAS UTILIZADAS.

- **STS** sala 1, 7 de Febrero de 1972.
- **STS 1181/1975** de 12 de Marzo de 1975 (To15.096.906).
Cabecera: Expropiación forzosa, Procedimiento administrativo, Recurso de reposición, Responsabilidad patrimonial, Buena fe, Lesión, Negligencia, Plazo de caducidad, Relación de causalidad, Acto administrativo, Embargo, Matrimonio, Plazos, Tratamiento médico.
- **STS 5060/2002** 16 de Enero 2007.
Cabecera: indefensión a la actora, consentimiento informado, documento específico, formalismo, información detallada sobre la enfermedad y tratamiento.
- **STS 4415/2004** de 19 de Junio de 2008 (To11.335.851).
Cabecera: Incapacidad, Responsabilidad patrimonial de la administración, Expediente administrativo, Información previa, Lesión, Protección de datos de carácter personal, Responsabilidades sanitarias, Agresión, Asistencia sanitaria, Datos de carácter personal, Embargo, Lex artis, Otros supuestos.
- **STS 890/2001** de 26 de Marzo de 2002 (To11.717.963).
Cabecera: Principios constitucionales, Responsabilidad patrimonial, Responsabilidad patrimonial de la administración, INSALUD, Informe de la inspección, Lesión, Relación de causalidad, Asistencia sanitaria, Derecho a la tutela judicial efectiva, Falta de información, Historia clínica, Médico forense, Plazos.
- **STS 8634/1999** de 23 de Abril de 2004 (To1421.454).
Cabecera: Indemnización por anormal funcionamiento de la Administración Sanitaria. Hepatitis C. Falta de motivación. Fijación de indemnización.
- **STS 2191/2000** de 11 de Mayo de 2004 (To1463.008).
Cabecera: Responsabilidad extracontractual del INSALUD por acto sanitario realizado a una niña de dieciséis meses en 7 de julio de 1986 en el Hospital Nuestra Señora de Covadonga, dependiente de la Administración del Estado (INSALUD).
- **STS 1112/2001** de 10 de Febrero de 2005 (To1582.734).
Cabecera: Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Asistencia sanitaria. Nexo causal entre el funcionamiento anormal del servicio y

el daño. Funcionamiento anormal del servicio. Demora de 48 horas en prácticas las pruebas a un paciente en estado febril que hubieran permitido tomar las medidas asistenciales necesarias para atajar las consecuencias de su enfermedad. Indemnización procedente. Responsabilidad patrimonial negligencia médica. Negligencia médica por omisión de diagnóstico.

- **STS 863/2008** de 23 de Septiembre de 2010 (To11.969.518).
Cabecera: responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria: “Perdida de oportunidad “. Responsabilidad patrimonial de la administración diagnóstico pérdida de oportunidades. Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria por asistencia en sanidad privada. Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria daños morales.
- **STS 11532/1990** de 10 de Febrero de 1998 (To11.715.018).
Cabecera: responsabilidad patrimonial de la administración: fibroplasia retrolental. Inexistencia de nexo causal.
- **STS 3560/1999** de 6 de Mayo de 2004 (To1421435).
Cabecera: Responsabilidad patrimonial de la Administración, Dies a quo del plazo, daños sufridos, asistencia sanitaria, nacimiento, gestación en incubadora, desprendimiento de retina, fibroplasia retrolental, ceguera total.
- **STS 1969/1997** de 22 de Diciembre de 1997.
Cabecera: Recurso de casación para la unificación de doctrina. Reclamación de prestaciones. Aplicar la doctrina del hecho externo con la significación de referirla únicamente a hechos extraordinarios de la naturaleza o de la actividad humana sin ninguna matización.
- **STS 2** de Abril de 1985.
Cabecera: Caída de ascensores en Hospitales Públicos. Funcionamiento anormal de Servicios Públicos.
- **STS** de 5 de Mayo de 1988.
Cabecera: Materiales defectuosos. Responsabilidad Patrimonial. Funcionamiento anormal de servicios Públicos.
- **STS 276/2003** de 21 de Marzo de 2007.
Cabecera: Responsabilidad patrimonial de la administración, Indemnización procedente, Lesión, Principios generales del derecho, Antijuridicidad, Deber jurídico, Médico forense, Obligación de indemnizar. Tentativa de suicidio.

- **STS 751/1999** de 07 de Octubre de 2003.
Cabecera: Relación de causalidad. Responsabilidad. Funcionamiento anormal de la Administración. Jurisdicción contencioso-administrativa. Daños y perjuicios. Asistencia sanitaria. Responsabilidad de la Administración.
- **STS 2467/1993** de 22 de Julio de 1997 (RJ 1998\221).
Cabecera: Culpa extracontractual, responsabilidad, INSALUD, culpa «in vigilando» o «in eligiendo»: suicidio, enfermo psíquico, unidad psiquiátrica del Hospital, falta de control y vigilancia de los encargados del servicio, relación de causalidad entre su omisión y el resultado luctuoso.
- **STS 89/1995** de 16 febrero 1995 (RJ 1995\844).
Cabecera: Médicos. Prestación de servicios. Responsabilidad: exclusión de la objetiva: es necesaria una relación de causalidad culposa, Responsabilidad de aquellas conductas que causen resultados nocivos por omisión, negligencia, irreflexión.
- **STS 6369/2003** de 28 febrero 2007. (RJ 2007\3306).
Cabecera: Responsabilidad patrimonial de la administración pública. Nexo causal: prueba de: responsabilidad médica. Mala praxis médica. Ausencia de consentimiento informado suficiente. Resultado dañoso. Derechos del paciente.
- **STS 4776/2004** de 7 julio 2008. (RJ 2008\6872).
Cabecera: Responsabilidad patrimonial de la administración pública: Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos: sanidad: lesiones producidas en accidente de descompresión: secuelas: parálisis y postración en silla de ruedas: nexo causal existente: pérdida de oportunidad: indemnización procedente.
- **STS 1112/2001** de 10 de Febrero de 2005 (RJ 2005\1548).
Cabecera: Responsabilidad patrimonial de la administración pública. Nexo de causalidad. Antijuridicidad del resultado o lesión. Nexo causal existente. Asistencia sanitaria. Demora en la realización de las pruebas que detectasen supuesto de perforación gástrica que condujo a la muerte del paciente. Responsabilidad patrimonial existente. Indemnización procedente.
- **STS 5115** de 14 de Junio (RJ 1991/5115).
- **STS 2911/2003** de 23 de Abril del 2008 (TOL1.369.911).

- Cabecera:** Responsabilidad patrimonial, Silencio administrativo, Daños y perjuicios, Expediente administrativo, Entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social, INSALUD, Mandatario, Prestaciones sanitarias, Régimen jurídico de las administraciones públicas, Asistencia sanitaria, Cuantía de la indemnización, Plazos de prescripción.
- **STS 7191/2000** de 25 de Enero de 2005 (TOL 564916).
Cabecera: Patentes, Responsabilidad extracontractual, Responsabilidad patrimonial de la administración, Silencio administrativo, Seguridad social, Afianzamiento, INSALUD, Invalidez permanente, Plazo de prescripción, Procedimiento administrativo común.
 - **STS 7392/2001** de 10 de Mayo de 2006 (TOL953049).
Cabecera: Responsabilidad patrimonial, INSALUD, Procedimiento administrativo común, Plazos de prescripción, Régimen jurídico de las administraciones públicas.
 - **STS 285/1999** del 10 de Junio del 2003 (TOL305.918).
Cabecera: Defensor del pueblo, Funcionarios públicos, Incapacidad, Responsabilidad patrimonial, Concepto de documentos, Daño moral, Derecho a la integridad física, Documentos administrativos, INSALUD, Jubilación, Procedimiento administrativo común, Reglas de valoración, Relación de causalidad, Asistencia sanitaria, Documentos notariales, Fuerza probatoria de los documentos públicos, Integridad física.
 - **STS** del 24 de Septiembre del 2004, numero de recurso 3641/2000, (TOL515.330).
Cabecera: Registradores de la propiedad, Responsabilidad patrimonial de la administración, Silencio administrativo, Concepto de documentos, Daño moral, Documentos administrativos, Entidades de derecho público, INSALUD, Asistencia sanitaria, Cuantía de la indemnización, Fuerza probatoria de los documentos públicos, Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva.
 - **STS** del 6 de Diciembre de 1912 (Ref. Jurisprudencia civil. T.125. número 95. Magistrado Rafael Bermejo).
Cabecera: Daños morales, Cuantía de la indemnización, Daños y perjuicios, daños al honor.

- **STC 190/2005** de 7 de Julio de 2005 (Cuestión de inconstitucionalidad 4904/1998).
Cabecera: Daños morales, Accidente de tráfico, Cuestión de inconstitucionalidad, Derecho a la tutela judicial efectiva, Menor de edad, Responsabilidad civil, Derecho de igualdad, Tutela, Principio de igualdad, Legitimación activa, Indemnización del daño, Sucesión intestada.
- **STS 533/2000** 31 de Mayo de 2000 (Número de Recurso 2332/1995).
Cabecera: Costas procesales, contratos mercantiles, Transporte aéreo, Responsabilidad civil, Daños morales, Responsabilidad contractual, Indemnización de daños y perjuicios, Responsabilidad extracontractual.
- **STS 1232/1998** de 28 de Diciembre de 1998, Sala de lo Civil (RJ 1998\10161).
Cabecera: Responsabilidad objetiva y directa, orden jurisdiccional civil, virus del SIDA, nacimiento prematuro, fallecimiento, funcionamiento anormal, daños morales, INSALUD.
- **STS 7508/1998** de 16 enero de 2003. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ 2003\1031).
Cabecera: Responsabilidad patrimonial de la administración pública, daños morales, daños psicológicos sufridos, reclamación en vía administrativa, INSALUD, pretium doloris.
- **STS 1202/2002** de 18 de Diciembre de 2002. Sala de lo civil, Sección 1ª (RJ 2003\47).
Cabecera: INSALUD, daño desproporcionado, pensión vitalicia, indemnización, incongruencia por alteración de la causa pretendí, culpa extracontractual.
- **STS 1116/1996** de 26 de Diciembre de 1996, Sala de lo Civil (RJ 1996\9222).
Cabecera: Culpa extracontractual, jurisdicción civil, culpa extracontractual, responsabilidad, fallecimiento, jurisdicción Contencioso-administrativa, Res Ipsa Loquitur, nexo causal.
- **STS 461/2003** de 8 mayo de 2003, Sala de lo Civil (RJ 2003\3890).
Cabecera: Responsabilidad contractual y extracontractual, Resultado desproporcionado, responsabilidad, INSALUD, Jurisdicción civil, daños, Res Ipsa Loquitur.

BIBLIOGRAFIA.

- ALARCON SEVILLA, V.: “La responsabilidad Patrimonial en la Administración Sanitaria”, Revista Anales del Derecho Nº27, 2009.
- ATAZ LOPEZ, J.: “Los médicos y la responsabilidad civil”, Montecorvo, 1985.
- BADOSA COLL, F.: “La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil”, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987.
- BELADIEZ ROJO, M.: “Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos”, Tecnos, 1997.
- BULLARD GONZALEZ, A.: “Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”, Revista de Derecho nº50, 2005.
- CALVO COSTA C.A.: “La responsabilidad del médico ante los olvidos quirúrgicos: el principio "res ipsa loquitur", Thomson La ley, 2009.
- CUETO PEREZ M.: “Responsabilidad de la Administración por asistencia sanitaria”, Tirant lo Blanch, 1997.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Temas de derecho civil”, 1972.
- DIEZ PICAZO, L.: “Derecho de daños”, Civitas, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, L.: “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, Dykinson, 2001.
- DOMENECH PASCUAL, G.: “Por qué la administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, Indret: revista para el análisis del Derecho, nº 2, 2008.
- DOMINGUEZ LUELMO, A.: “Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la ley 41/2002, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)”, Lex Nova, 2003.
- FERNANDEZ COSTALES, J.: “Responsabilidad civil médica y hospitalaria”, La Ley, 1987.
- FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, M “Los daños y la responsabilidad objetiva”, Aranzadi, 1972.
- GALAN CORTES, J.C.: “Responsabilidad médica y consentimiento informado”, Civitas Ediciones, 2001.
- GARCIA DE ENTERRIA, E y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: “Curso de Derecho Administrativo II” 2011.
- GARCIA DE ENTERRIA, E.: “Los principios en la nueva ley de expropiación forzosa”, Civitas, 1984.

- GARCIA GUERNICA, M.C.: “Aspectos básicos de la responsabilidad civil medica”, Thomson- Aranzadi, 2010.
- GARRIDO FALLA F.: “El modelo económico en la Constitución vol. 1”, Instituto de Estudios Económico, 1981.
- GUERRERO ZAPLANA, J. “Las peculiaridades de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: el criterio de la lex artis” cuadernos de derecho judicial nº1, 2002.
- GUERRERO ZAPLANA, J.: “El consentimiento informado en la ley de Castilla y León 8/2003 sobre derechos de las personas en relación con la salud”, Revista jurídica de Castilla y León nº1, 2003.
- GUERRERO ZAPLANA, J.: “Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios”, Lex Nova, 2006.
- JIMÉNEZ BOLAÑOS, J.: “Caso fortuito y fuerza mayor - diferencia conceptual” Revista de Ciencias Jurídicas Nº 123 (69-98) setiembre-diciembre 2010.
- LAFERRIERE: “*Tratado de la jurisdicción administrativa y de los recursos contenciosos*”, 1896.
- LLAMAS POMBO, E. “La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos”, Trivium, 1988.
- MACIÁ SOLER, L.: “Historia del sistema sanitario español (debates parlamentarios, 1812-1986)”, Revista de Enfermería vol.6, 2007.
- MARTIN MATEO, R.: “Bioética y derecho”, Ariel, 1987.
- MARTIN REBOYO L.: “Ayer y hoy de la Responsabilidad patrimonial de la Administración”, Revista de Administración Pública Núm. 150, 1999.
- MARTINEZ CALCERRADA, L.: “La responsabilidad civil profesional”, Collex, 1996.
- MAYOR GOMEZ, R.: “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: Análisis jurídico y practico de las cuestiones más problemáticas”, Gabilex, 2015.
- MERINO MOLLINS. V: “La responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad”, Actualidad Administrativa nº6, 2003.
- MIR PUIGPELAT, O.: “La responsabilidad de la Administración sanitaria”, Civitas, 1991.
- MUÑOZ MACHADO, S.: “La responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas”, Civitas, 1992.
- NAVARRO MICHEL, M.: “Sobre la aplicación de la regla Res Ipsa Loquitur en el ámbito sanitario”, Anuario de Derecho Civil nº56, 2003.

NIETO, A.: “La relación de la causalidad en la responsabilidad administrativa”, Revista española de Derecho Administrativo nº51, 1986.

OROZCO PARDO, G.: “La aplicación del concepto de <<lex artis>> al campo de la actividad profesional. El caso de la profesión médica”, Servicio de Publicaciones de Granada, 1999

POSADA, C.G.: “Los seguros sociales obligatorios” Revista de Derecho privado, 1949.

QUINTANA FERGUSON, M. “Responsabilidad civil del médico”, Artes Gráficas Editorial, 1949.

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

RODRIGUEZ LOPEZ, P.: “Responsabilidad Patrimonial de la Administración en materia sanitaria”, Atelier, 2007.

ROCA GUILLAMON, J.: “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales tomo XVII, VOL. 1”, Edersa, 1993.

ROMERO COLOMA, A.M.: “La responsabilidad de la Administración pública sanitaria: imputación y relación de causalidad”, Revista española de Derecho Administrativo nº117, 2003.

ROYO-VILLANOVA MORALES, R. “Responsabilidad profesional del médico”, Edit. Cultura clásica y moderna, 1958.

SANTAMARIA DE PAREDES V.: “Curso de derecho Administrativo”, 1888.

SAURA FRUCTUOSO, C.: “La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad”, DA nº 2, ISSN: 1989-8983, 2015.

VAZQUEZ BARROS, S.: “Prueba de la responsabilidad”, Tirant lo Blanch, 2009.

SANCHEZ GARCIA, M.A.: “El daño desproporcionado”, Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 8, 2013.