



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2013-2014

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO SANITARIO Y
LA PROTECCIÓN DEL PACIENTE DESDE LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO DE CONSUMO**

**THE PATRIMONIAL RESPONSIBILITY OF THE PUBLIC
ADMINISTRATION IN THE HEALTHCARE SECTOR AND THE
PROTECTION OF THE PATIENT FROM THE PERSPECTIVE
OF CONSUMER LAW.**

AUTOR

Francisco Julio Dosal Gómez

TUTOR

Prof. Dr. D. Jorge Luis Tomillo Urbina

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
SUMARIO	3
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN.....	7
DESARROLLO DEL TRABAJO.....	8
1. CAPÍTULO PRIMERO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.	8
1.1. LÍNEA GENERAL: DE LA IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO HACIA LA CREACIÓN DE UNA ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE.....	8
1.2. SIGLOS XIX Y XX: CONTINUIDAD EN LA SITUACIÓN DE IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DISPARIDAD DE SISTEMAS. HACIA LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	9
1.2.1. Siglo XIX y XX en Francia.....	10
1.2.2. Siglo XIX y XX en Alemania.....	11
1.2.3. Siglo XIX y XX en España.	12
1.3. ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	14
2. CAPÍTULO SEGUNDO: CARACTERES GENERALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	16
2.1. GENERAL Y UNITARIO.	17
2.2. DIRECTO.....	17
2.3. OBJETIVO.....	18
2.4. TENDENTE A LA REPARACIÓN INTEGRAL.....	19
3. CAPÍTULO TERCERO: PRESUPUESTOS O REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	20
3.1. ÁMBITO SUBJETIVO.....	20
3.1.1. El perjudicado o lesionado.	20
3.1.2. La Administración o ente público responsable del daño.....	20
3.2. ÁMBITO OBJETIVO.....	21
3.2.1. Lesión resarcible.	21
3.2.1.1. Efectivo.....	22
3.2.1.2. Evaluable económicamente.	22
3.2.1.3. Individualizado en relación a una persona o grupo de personas.....	23
3.2.1.4. Antijurídico.....	23
3.2.2. Imputación de la actividad dañosa: debate y títulos jurídicos de imputación.....	25

3.2.2.1. Funcionamiento normal.	26
3.2.2.2. Funcionamiento anormal.	27
3.2.2.3. Concepto de servicio público.....	28
3.2.3. Relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio público.	28
3.2.3.1. Teoría de la causalidad exclusiva.	28
3.2.3.2. Teoría de la equivalencia de condiciones.	29
3.2.3.1. Teoría de la causalidad adecuada.....	29
4. CAPÍTULO CUARTO: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.....	29
4.1. CAMBIO DE PARADIGMA EN LA RELACIÓN SANITARIA: DEL SISTEMA TRADICIONAL INSPIRADO POR EL PRINCIPIO DE BENEFICENCIA AL SISTEMA MODERNO CONSTRUIDO DESDE LA ÓPTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	29
4.2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA: REVISIÓN A LOS CARACTERES ESENCIALES DEL RÉGIMEN GENERAL.....	31
4.2.1. Revisión al carácter general y unitario del sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Aplicación en materia sanitaria y mecanismos de corrección.	31
4.2.2. Revisión al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la administración pública en materia sanitaria.....	32
4.3. IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A LA ADMINISTRACIÓN POR EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASISTENCIA SANITARIA.....	35
4.3.1. Funcionamiento anormal del servicio público: aplicación del título jurídico de imputación por culpa y consideraciones sobre la lex artis.	35
4.3.1.1. El criterio de la lex artis como elemento esencial en la valoración del funcionamiento anormal del servicio público.....	38
4.3.2. Funcionamiento normal del servicio público: centro de aplicación de los mecanismos correctivos de la responsabilidad objetiva.	41
4.3.2.1. Limitación de la responsabilidad por funcionamiento normal a aquellos supuestos de riesgo jurídicamente relevante.....	42
4.3.2.2. Limitación de la responsabilidad por funcionamiento normal en aplicación del criterio del fin de protección de la norma.	43
4.4. LA VIRTUALIDAD DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: ARMA DE DOBLE FILO EN LA LIMITACIÓN Y SURGIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	44
4.4.1. El consentimiento informado como causa de limitación de la responsabilidad.	45
4.4.2. La ausencia de consentimiento informado como causa del nacimiento de la responsabilidad.	45

5. CAPÍTULO QUINTO: EL DERECHO DE CONSUMO EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.	46
5.1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PROPIO DEL DERECHO DE CONSUMO EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASISTENCIA SANITARIA.....	47
5.2. APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO AL ÁMBITO CONCRETO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASISTENCIA SANITARIA.	49
5.2.1. Reflexiones entorno el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la normativa en materia de defensa de consumidores y usuarios.....	50
5.2.2. El sistema de responsabilidad en materia de consumidores y usuarios como mecanismo tuitivo de la protección del paciente como consumidor.....	53
EPÍLOGO	56
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	60

ABSTRACT

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se configura como uno de los pilares esenciales del Derecho Administrativo y del Estado Social, la cual opera en garantía de los ciudadanos frente a las lesiones producidas como consecuencia de la prestación de un servicio público.

Sin embargo, y a pesar de la aparente claridad en su formulación legal llevada a cabo en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, sus caracteres y requisitos, distan mucho de encontrarse ajenos de toda crítica –como ya ha puesto de manifiesto la doctrina de la última década–, máxime en un ámbito del servicio público tan sensible como es el sanitario, donde se advierte, con claridad meridiana, la confusión e incertidumbre entorno a sus presupuestos.

El ámbito médico y en definitiva, la prestación sanitaria pública, como uno de los principales focos de reclamación de los últimos tiempos, demandan la articulación de un adecuado sistema de responsabilidad frente a los daños producidos como consecuencia de la prestación del servicio, que deje atrás la perniciosa inseguridad jurídica tradicionalmente existente en dicho ámbito, en beneficio de la viabilidad del sistema para la Administración, pero sobre todo, en beneficio del paciente como usuario del servicio público sanitario.

A este respecto, la normativa en materia de defensa de los consumidores y usuarios, como la última frontera en la ampliación y garantía de los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, articula un sistema de responsabilidad, que pudiera operar en beneficio de los pacientes del servicio público de asistencia sanitaria.

The responsibility of the Public Administration is configured as one of the essential pillars of the Administrative Law and the Welfare State, which serves as security for the citizens from injuries and damages caused by the provision of a public service.

However, despite the superficial clarity in its legal formulation carried out in Articles 139 and the following of the Law 30/1992, its characters and requirements are far from any criticism, as it has already highlighted by the doctrine of the last decade, especially in the field of the public healthcare service, where its components appears with confusion and uncertainty.

The medical field and definitely, public healthcare services, as one of the main sources of complaint in recent times, demand the articulation of a proper system of public responsibility for the damages caused by the provision of the service, to overcome the traditionally harmful legal uncertainty in this area, in benefit of the viability of the system, but above all, for the benefit of the patients as users of the public healthcare service.

In this regard, the rules of protection of consumers and users, as the last frontier in the guarantee of the rights of the users, articulate a responsibility system that could operate in benefit of the patients as users of the public healthcare service.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, servicio público sanitario, inseguridad jurídica, paciente, usuario, defensa de los consumidores y usuarios.

Key words: responsibility of the Public Administration, public healthcare service, legal uncertainty, patient, user, protection of consumers and users.

INTRODUCCIÓN

No es ajeno a nuestra realidad social y jurídica, que durante las últimas décadas, se ha venido produciendo un importante cambio en el inconsciente colectivo, cuya consecuencia directa –la cual toma como base el creciente aumento y adquisición de derechos por parte de los ciudadanos-, ha de radicarse en la notable intensificación del espíritu reivindicativo por parte de los mismos, fundamentalmente por lo que respecta al ámbito de las prestaciones públicas. Cambio de paradigma en la realidad social, que nos muestra una sociedad consciente de sus derechos, la cual ya no admite ni tolera las tradicionales situaciones de sometimiento asistencial –frente a las que, hasta hace relativamente poco tiempo, se mostraba transigente-, abogando por la creación un nuevo sistema de servicio público, construido desde la óptica de los derechos fundamentales y libertades públicas, y dejando atrás la realidad jurídica de indefensión e impunidad, propia de siglos anteriores.

En consecuencia, y derivado del agravamiento de éste carácter reivindicativo, asistimos durante los últimos años, a una multiplicación exponencial y desbordante de las reclamaciones por los daños y perjuicios producidos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que sitúa en el punto de mira del jurista actual –y del político, del economista, y, a fin de cuentas, del ciudadano-, la creciente importancia de una institución tan imprescindible y pilar de nuestro ordenamiento, como es la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, y del conjunto de fundamentos y criterios que configuran dicho sistema.

Por otro lado, y entroncando nuevamente con éste cambio de paradigma en el inconsciente colectivo, la práctica médica, tradicionalmente desligada del Derecho, continúa su progresivo acercamiento y andadura –sobre todo, por lo que hace a la relación médico-paciente, a su control judicial y a la articulación de un adecuado sistema de responsabilidad por la prestación sanitaria-, emergiendo de la reserva de alegalidad en la que habitualmente se había desenvuelto y convirtiéndose, en la actualidad, en foco y reflejo del interés social, económico, pero sobre todo, jurídico, al ser, a día de hoy, uno de los grandes debates abiertos para el derecho, respecto del cual, ha de advertirse, la necesaria prudencia y cautela en cuanto a su análisis, y ello por cuanto nos encontramos ante un tema de inabarcable amplitud y complejidad, aún susceptible a críticas y opiniones, y muy lejos de encontrarse plenamente cerrado, al caminar, de forma paralela, a los avances de la ciencia médica y a los planteamientos políticos, económicos y jurídicos entorno al sistema de responsabilidad. Un debate, hoy plena efervescencia, que entronca directamente, con el cuestionamiento de los postulados tradicionales del Estado Social y de Derecho, y que, llevado al concreto ámbito médico, ha de caracterizarse por el advenimiento de múltiples cambios y redefiniciones entorno a los derechos de los ciudadanos como usuarios de los servicios sanitarios, la relación médico-paciente, las nuevas fórmulas de gestión del servicio público o, por lo que ahora interesa, la configuración del sistema de responsabilidad de la Administración Pública por los daños producidos como consecuencia de la prestación del servicio de asistencia sanitaria.

Cuestiones sin duda interesantes, que reclaman la atención del jurista actual, y que, al hilo de las consideraciones previas, nos llevan a la necesidad de centrarnos, en el desarrollo de este trabajo, en el análisis de estas claves de bóveda, referidas específicamente a la evolución histórica de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; al conjunto de caracteres y requisitos que configuran el sistema general preconizado por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, y a los problemas que de la interpretación de los mismos se derivan –con el consecuente replanteamiento de sus bases dogmáticas, de su adecuación y sostenibilidad-; a las especialidades circundantes entorno a la responsabilidad patrimonial en un ámbito tan sensible como es el sanitario; y a la posibilidad –y, en su caso, de las ventajas o inconvenientes- que la aplicación del derecho de consumo pudiera suponer de cara a la ampliación de los derechos de los pacientes como usuarios del servicio público de asistencia sanitaria.

DESARROLLO DEL TRABAJO

1. CAPÍTULO PRIMERO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

1.1. LÍNEA GENERAL: DE LA IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO HACIA LA CREACIÓN DE UNA ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE.

La consagración del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, como sistema de garantía patrimonial de los particulares, es el resultado de una accidentada y sinuosa evolución, caracterizada por el enfrentamiento y superación de los arcaicos dogmas y axiomas que fundamentaran cada una de las etapas de su recorrido histórico. Transformación, en la que serán los cambios e innovaciones doctrinales y jurisprudenciales, gestados esencialmente en el Derecho comparado y posteriormente recibidos y adaptados por el legislador español, los que tracen la línea conductora, común y determinante en la configuración del mismo.

El punto de partida en el proceso de afirmación del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se encuentra determinado por un clima general de absoluta irresponsabilidad tanto del soberano como del propio Estado. Será en este periodo, primero desde la perspectiva teocéntrica de la monarquía y posteriormente desde el advenimiento del Estado moderno, que imperen y se materialicen viejas formulaciones del *ius eminens* y del brocardo *rex non potest peccare*, cristalizadas a través del principio anglosajón “*the king can do not wrong*” –el rey no puede realizar ilícito- y cuya consecuencia directa se resume en la enunciación francesa de EDOUARD LAFERRIÈRE¹ “*le propre de la souveraineté est de s’imposer à tous, sans qu’on puisse réclamer d’elle aucune compensation*” –la esencia de la soberanía es imponerse a todos, sin que pueda reclamarse ninguna compensación por ello-. Fundamentos últimos, que fueron génesis en el común de los ordenamientos jurídicos de la época y que suponen, en definitiva, un antagonismo entre soberanía y responsabilidad² que se mantuvo hasta finales del siglo XIX.

Con base en esta situación de nula responsabilidad del Estado, se dio paso a una segunda etapa, caracterizada por la adopción de un sistema de responsabilidad personal del funcionario, el cual tomara como fundamento la exclusiva imputación de los daños a los agentes públicos responsables de los mismos. Sistema del que, a pesar de advertirse de forma temprana su inviabilidad –al constatar, por un lado, que la cuantía de los daños resultantes no podía ser cubierta por el insuficiente patrimonio particular de los funcionarios agentes de los mismos; y por otro, la dificultad existente en orden a la identificación de su autoría material-, se mantuvo durante largo tiempo, como la única vía posible en la reparación de los daños producidos a los perjudicados de la actuación del Estado.

A partir de este momento y de forma paulatina, surgen en el común de los ordenamientos una disparidad de sistemas de responsabilidad patrimonial del Estado, los cuales, si bien no presentaron vocación de constituir un principio general en la mayoría de los casos, sí que fueron determinantes en la gestación de un posterior cambio, el cual pivotará y evolucionará en el común del Derecho continental sobre la concurrencia de tres factores:

- La integración de la teoría de la personalidad jurídica del Estado, procedente de la doctrina iuspublicista alemana encabezada por GERBER, LABAND, JELLINEK, y que convirtió al Estado –más concretamente, a la Administración en el ordenamiento

¹ LAFERRIÈRE, *Traité de la Jurisdiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1887-1888, 2ª Ed. 1986.

² SANCHEZ GARCÍA, M.M. *Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Vol. 23. Extraordinario XXII Congreso 2013, pág. 190, citando a CHECA GONZALEZ, E. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Alcance, delimitación y contenido de la misma*, hace una breve referencia a la doctrina del Consejo de Estado español, desde la base de un rotundo argumento, cual es que el Estado español, como heredero de la Corona, no podía dañar a nadie ni ser demandado ante sus propios tribunales.

español-, en sujeto de Derecho, sometido a Derecho, titular de la soberanía y susceptible de imputación³;

- La superación de los obstáculos existentes en orden a la identificación o localización del origen o autoría material del daño, al impersonalizar al funcionario dentro de la organización de la Administración;
- La dirección hacia la creación de un sistema autónomo de responsabilidad pública, distinto del régimen de responsabilidad entre sujetos privados, propugnado por la legislación civil;

Será durante este periodo y en diversos ordenamientos incluido el español, que se adopten sistemas de responsabilidad subsidiaria, directa en algunos casos, cuya falta de arraigo y trabas aplicativas hicieron de su aplicación práctica una simple ilusión.

La tercera y última etapa en la línea evolutiva de la responsabilidad de la Administración Pública nos lleva a asistir al tránsito desde un sistema de responsabilidad personal del funcionario agente del daño, a otro en que es la persona jurídica del Estado –o, en definitiva, de la Administración- la que asume, de forma directa, la obligación de responder. Un sistema que se erige como pilar fundamental y una de las grandes conquistas del Estado de Derecho, y que configura a la Administración como ente responsable por los daños ocasionados por sus funcionarios y agentes.

1.2. SIGLOS XIX Y XX: CONTINUIDAD EN LA SITUACIÓN DE IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DISPARIDAD DE SISTEMAS. HACIA LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Dada la poca fortuna que la disparidad de sistemas de responsabilidad cosecharan en la práctica, se mantuvo en la mayoría de ordenamientos jurídicos y durante la práctica totalidad del siglo XIX, una situación de nula responsabilidad del Estado, restando como única vía a los particulares el defectuoso sistema de responsabilidad personal del funcionario agente del daño.

En consecuencia, no será hasta bien entrado el siglo XX que se comience a producir, a resultas de la reivindicación de la autonomía del principio de responsabilidad del Estado, el reconocimiento de un sistema de responsabilidad patrimonial de carácter directo, verdaderamente eficaz y garantista.

No obstante, la afirmación de este principio y su configuración no se presentarán en igual forma en todos los ordenamientos de los Estados de nuestro entorno. Mientras que en Estados adscritos al sistema jurídico anglosajón o *common law* –Reino Unido⁴ o EEUU⁵-, se

³ La integración de la teoría de la personalidad del Estado como fenómeno o técnica jurídica, ha sido, durante largo tiempo, objeto de debate entre la doctrina. Mientras que ciertos autores, como SANTAMARÍA PASTOR, o GARCÍA DE ENTERRÍA (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de Derecho Administrativo II*, Duodécima Edición, pp. 368 y ss.) defienden que en el ámbito interno, y sobre la base del Derecho positivo, el Estado español carece de personalidad jurídica –no así “en el seno de la comunidad de los Estados”, esto es, como sujeto de Derecho en el contexto internacional-; otros autores, como LUIS LOPEZ GUERRA y LAUREANO LOPEZ RODO –en LÓPEZ GUERRA, L. *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, Revista del Departamento de Derecho Político, núm. 6, 1980, y LÓPEZ RODO, L. *Personalidad Jurídica del Estado en el Derecho interno*, en Revista de Derecho Político, núm. 11, 1981, respectivamente-, consideran que el Estado español sí que ostenta personalidad jurídica en el orden interno, como sujeto de derechos y obligaciones, homologando la situación jurídica española con la realidad doctrinal del Derecho comparado, propugnada por GERBER, LABAND, JELLINEK, WOLFF y BACHOF en Alemania; WALINE, LAUBADÈRE, RIVERO y PEYSER en Francia; y ZANOBINI, MORTATI y LESSONA en Italia. No obstante las polémicas doctrinales, y a los efectos prácticos que verdaderamente interesan en esta concreta etapa, será la creación e identificación de un sujeto de imputación de responsabilidad –bien en la persona del Estado, bien en la Administración- lo que suponga una verdadera ruptura con el pasado a la hora de defender los intereses del ciudadano.

⁴ En el ámbito anglosajón, la *Crown Proceeding Act*, de 1947, supuso la ruptura de la doctrina del *non suability* por el sometimiento de la Corona al sistema de responsabilidad igual que si fuera una persona privada mayor de edad y con plena capacidad por los daños cometidos por sus funcionarios y agentes, respecto a la infracción de aquellos deberes que según el Derecho común tiene todo patrono para con sus sirvientes y respecto del incumplimiento de sus obligaciones –salvo ciertas excepciones, tales como la responsabilidad derivada de actos de naturaleza judicial-.

⁵ A través de la *Federal Tort Claims Act de 1946*, se supera el heredado principio anglosajón *the king can do not wrong*, al establecerse un sistema de responsabilidad directa por los daños causados por los funcionarios y agentes al servicio de la

adopta un sistema equivalente al que se derivaría de las relaciones con cualquier otro particular –al someterse a las reglas del derecho común y no al derecho administrativo-; en ordenamientos adscritos al sistema de *derecho continental*–Francia, Alemania, o España- se adoptan criterios totalmente distintos.

1.2.1. Siglo XIX y XX en Francia.

Partiendo de una situación de irresponsabilidad del Estado por actos *iure imperii* –en contraposición con los actos *iure gestionis*, en los que el Estado obra como sujeto privado, y que sí podían dar lugar a responsabilidad-, y quedando a salvo aquellas reclamaciones frente al propio funcionario, será durante esta etapa –a finales del siglo XIX, y durante la práctica totalidad del XX-, que comience a desarrollarse una precursora tendencia en Francia, en la que cobran especial relevancia por su prontitud diversas resoluciones⁶ del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos. Resoluciones mediante las cuales se alcanzaron tres conclusiones de gran importancia:

- La diferenciación entre la “*fautes personnelles*” –responsabilidad por hechos propios, e imputables a la persona del funcionario- y aquellas *faits d’autrui*, que cristalizarían en las “*fautes de service*”⁷ –responsabilidad por hechos ajenos, configurada como falta anónima, imputable a la administración, en la que su autor no ha sido identificado o es desconocido, de forma tal que la falta se atribuye al servicio-⁸, base del actual sistema de responsabilidad francés;
- La ampliación de la responsabilidad patrimonial a aquellos actos del Estado en que éste actúa con potestad de imperio y sometido al Derecho Público –actos *iure imperii*⁹-, gestando el incipiente concepto de Administración responsable.
- La necesidad de construir una teoría autónoma en relación con la responsabilidad de la Administración, que prescindiera de la aplicación del Código Civil¹⁰; y

Administración de los Estados Unidos en las mismas condiciones que otro particular. Así, “*The United States shall be liable, respecting the provisions of this title relating to tort claims, in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances, but shall not be liable for interest prior to judgment or for punitive damages*” (Fuente: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/2674>)

⁶ En el desarrollo de la misma, si bien los *arrêts* comentados se configuran como resoluciones verdaderamente innovadoras, lo cierto es que no supusieron un cambio drástico a la situación existente de irresponsabilidad del Estado, sino un cambio de tendencia, como se deduce de las palabras de A. DE LAUBADÈRE, al disponer que “*Al final del siglo XIX los autores comprueban todavía la existencia de estos principios –irresponsabilidad del poder público salvo en aquellos actos iure gestionis, o aquellos limitados supuestos previstos por la ley-, y si el arrêt Blanco, afirma la autonomía de la responsabilidad administrativa, lo es en el sentido de su aplicación restrictiva [...]*”

⁷ Procedente de la distinción entre el *faute personnelle* y el *faute du service* llevada a cabo a raíz del *arrêt Pelletier* de 1873, y fundamento de la responsabilidad administrativa, la falta de servicio en el derecho francés se define como aquella falta a las obligaciones del servicio mismo, consistente en una acción u omisión, dolosa o imprudente, sea ilegal o no, y que puede suponer tanto un defecto en la organización del servicio como un fallo de su funcionamiento. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso...*, II, *op. cit.* pp. 368 y ss, se entiende constitutivo del *faute du service*, toda negligencia, error u omisión, cuando no tenga el carácter de falta personal determinante de la responsabilidad exclusiva del funcionario mismo. Sin embargo, no toda *faute du service* es susceptible de comprometer la responsabilidad de la Administración; al efecto – como dispone DELPIAZZO en *Enfoque actual de la responsabilidad administrativa*-, habrá de atender a la naturaleza y dificultad de la actividad, y a las concretas circunstancias del caso.

⁸ Hasta 1909, la responsabilidad administrativa solo se produce respecto de las faltas leves, consideradas estas como “*fautes de service*”, mientras que las faltas graves con ocasión del mismo eran consideradas como “*fautes personnelles*”. Sobre la base jurisprudencial de diversos *arrêts* –de 12 febrero y 25 de junio 1909, *arrêt Compagnie commerciale de Colonisation du Congo français* y *arrêt Carretier*; y 26 de julio de 1918, *arrêt Lemonnier*-, se amplía la consideración de *fautes de service*, permitiendo al perjudicado reclamar directamente contra la persona pública que ostenta la gestión del servicio demandado a fin de reparar el perjuicio sufrido.

⁹ A principios del SXX, asistimos a una innovación en el Derecho administrativo procedente de la jurisprudencia francesa que ampliará –al menos en su plano teórico- el principio de responsabilidad patrimonial del Estado a aquellos actos en los que éste actúa con potestad de *imperium* –actos *iure imperii*-; cambio en el que se erigen como punta de lanza el *arrêt Grosson* 31 de enero de 1902 en relación con los actos de policía, doctrina consolidada por el *arrêt Zimmermann* y *Olivier* de 27 de febrero de 1903, *Tomaso-Grecco* 10 de febrero 1905 y *Leontieff* de 25 de mayo de 1906

¹⁰ El *arrêt Blanco* del Tribunal de Conflictos francés, de 8 de febrero de 1873, hito fundamental en la construcción de la teoría de la responsabilidad administrativa, estableció las bases elementales de la autonomía de esta institución, al disponer que los daños causados por los funcionarios no podían regirse por los mismos principios que regían las relaciones entre particulares –Código civil-, ni que la responsabilidad era general ni absoluta: “*Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l’État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier; Que*

- La ampliación competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de responsabilidad de la Administración, primero extracontractual o cuasidelictual¹¹ y posteriormente contractual¹².

En consecuencia, y bajo la elaboración doctrinal en materia de responsabilidad llevada a cabo por HAURIOU, se mantiene la distinción tripartita entre las ya comentadas *fautes personnelles* –faltas personales de los funcionarios respecto de los cuales existe un régimen de responsabilidad personal exclusivo-, *fautes de service* –de las que responde directamente el Estado por resultar de los hábitos del servicio mismo y ser una falta impersonal, que no se individualiza en un funcionario concreto ni requiere su culpa-, y *responsabilidad por enriquecimiento indebido* –en la que han de incluirse aquellos “daños causados por el ejercicio normal de los derechos del poder público”¹³. Clasificación, a la que habrían de añadirse, como mera singularidad, aquellos supuestos de responsabilidad por “cosas peligrosas”, relativa a la creación de un riesgo excepcional que justifica la responsabilidad sin existencia de falta¹⁴.

1.2.2. Siglo XIX y XX en Alemania.

El primer paso en la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho alemán¹⁵ se produjo a finales del siglo XIX, mediante su formulación como un sistema de responsabilidad indirecto subjetivo –consecuencia de los actos ilícitos de los funcionarios-, el cual se acogiera por primera vez en el *Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB –Código civil alemán-, cuyo artículo 839 establecía que “*si un funcionario infringe dolosa o culposamente el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, ha de indemnizar a dicho tercero por el daño causado. Si al funcionario sólo le es imputable culpa –y no dolo- sólo cabe dirigirse contra él si el lesionado no puede obtener indemnización de otra forma*”¹⁶-. Fundamento que más tarde fuera transferido, si bien con algunas modificaciones, a la Constitución de Weimar de 1919¹⁷ –la cual

cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés”.

¹¹ Calificado como “*l'un des grands arrêts de la jurisprudence administrative*” por el derecho francés, y continuador de la línea jurisprudencial unificadora abierta por el *arrêt Blanco*, la resolución del Tribunal de Conflictos de 29 de febrero de 1908 conocida como *arrêt Feutry*, supuso un cambio transcendental en la doctrina administrativa de la época, al localizar la competencia por las reclamaciones en materia de responsabilidad cuasidelictual o extracontractual de la Administración –esto es, por los daños y perjuicios causados con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos- en sede de jurisdicción contencioso administrativa. Sistema posteriormente trasladado al Derecho comparado, incluido al nuestro.

¹² Mediante la resolución del Consejo de Estado francés de 9 de marzo de 1910, conocida como *arrêt Théron*, se cierra el círculo en la unificación y homogenización de la jurisdicción contencioso-administrativa francesa, al incluir dentro de las competencias de dicho orden jurisdiccional aquellas controversias suscitadas en materia de responsabilidad contractual. Este planteamiento, al igual que el que fuera preconizado por el *arrêt Blanco* y el *arrêt Feutry* en materia extracontractual, fue igualmente trasladado a nuestro ordenamiento con posterioridad.

¹³ GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo II, Parte General*, pp. 318 y ss, citando a HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, ed. 1927, pp. 308, 309 y 335.

¹⁴ Comenta GARRIDO FALLA, F. *Tratado..., II, Parte General, op. cit.*, pp. 318 y ss que dicha puntual admisión tiene su origen en el *arrêt* de 22 de diciembre de 1924, de Sociedad de seguros mutuos “los trabajadores franceses”, citando como ejemplos, relativamente recientes los *arrêts Dame Saulze* 6 denoviembre de 1968, y *Dejous*, 7 de marzo de 1958.

¹⁵ Sitúa GARRIDO FALLA, F. *Tratado..., II, Parte General, op. cit.*, pp. 318 y ss como primer precedente, citando a O. MAYER, *Le droit administratif allemand, trad. Fr. T. 1. p. 56*, la primera formulación indemnizatoria como consecuencia del ejercicio del poder en la Alemania del *Polizeistaat* –Estado policía-. Desde la construcción doctrinal de la teoría del *Fisco*, se daba cierta solución al existente antagonismo entre soberanía y responsabilidad, al configurar al mismo como “persona moral”, frente al que dirigir reclamación de indemnización ante los tribunales por las imposiciones coactivas del Estado –expropiación- que suponían un sacrificio especial de carácter pecuniario al súbdito. En relación con esta perspectiva, la doctrina alemana de FLEINER incide en la teoría de los *iura quaesita*, base de la garantía de propiedad privada, que impiden la expropiación sin indemnización, y que se mantuvieron hasta el siglo XVIII, momento en que se dio paso al *cura promovendae salutis*, que si bien sometía el derecho de los particulares al bien común, establecía la obligación del Estado de indemnizar a aquellos cuyos derechos particulares y ventajas se ha visto obligado a sacrificar al bien de la Comunidad (GARRIDO FALLA, F. *Tratado..., II, Parte General, op. cit.*, pp. 318 y ss, citando a FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. Esp. pp. 435 y ss).

¹⁶ SAINZ MORENO, F. *El Tribunal Constitucional alemán declara la nulidad de la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, de 26 de junio de 1981, Revista de Administración Pública, núm. 98, 1982 pp. 382 y ss. incluye la traducción de MELON INFANTE, C. *Apéndice al Tratado de Derecho civil Ennecerus-K* pp. Wolff 1955. Las traducciones de los posteriores artículos citados (131 de la Constitución de Weimar y 34 de la Ley Fundamental de Bonn), han sido extraídas de éste artículo.

¹⁷ Artículo 131 de la Constitución de Weimar “*Si en el ejercicio de la potestad pública a él confiada, el funcionario infringe los deberes que el cargo le impone frente a tercero, la responsabilidad alcanza por principio al Estado o a la Corporación*

influyó notablemente en la Constitución Española de 1931- y posteriormente trasladado a la Ley Fundamental de Bonn de 1949, cuyo artículo 34¹⁸ cambia el centro de imputación desde la persona del funcionario a la persona del Estado.

Se establece así, un sistema resarcitorio en el que coexisten tres formas de indemnización: en primer lugar, aquellas indemnizaciones en cobertura del *daño ilícito o responsabilidad propiamente dicha*, mediante la cual se establece un sistema de responsabilidad directo de la Administración por las infracciones del deber que la función le imponga al funcionario con respecto a un tercero; en segundo lugar y sobre la base de la “teoría de la indemnización de Derecho Público”, aquellas *indemnizaciones procedentes de intervenciones conforme a derecho fundadas en un sacrificio especial no exigible a la generalidad de los ciudadanos*¹⁹; y en tercer lugar, aquellas indemnizaciones procedentes de supuestos *responsabilidad por aplicación de la doctrina del riesgo e intervenciones antijurídicas sin culpa*.

Esta situación, que diera lugar a un proceso de reforma legislativa, cristalizó en la promulgación de la Ley Federal de 26 de junio de 1981 “*Staatshaftungsgesetz*” o StHG, la cual consagra un sistema de responsabilidad directa, en el que el daño se configura como una infracción en un deber de derecho público causada por el poder público. Dicho sistema, que prescindiera de la existencia de culpa²⁰ –lo cual no suponía una novedad radical, al entroncar con una práctica jurisprudencial habitual-, si bien con algunas limitaciones, sustituía a ésta por el concepto de “mal funcionamiento” de la organización, como así se desprende de sus artículos 1 y siguientes. Régimen que unificase los diversos institutos de la responsabilidad patrimonial del Estado hasta entonces vigentes y diera solución a la dispersión normativa²¹.

1.2.3. Siglo XIX y XX en España.

A diferencia de la evolución de marcadamente jurisprudencial acontecida en otros ordenamientos, y a pesar de que durante la práctica totalidad del siglo XIX se advierta una clara continuidad de la situación de irresponsabilidad patrimonial del Estado –constante en siglos anteriores y en la mayoría de los Estados de nuestro entorno-, asistiremos en España a una lenta pero gradual transformación doctrinal y legislativa, salpicada por el puntual reconocimiento de específicos sistemas de responsabilidad patrimonial. Textos normativos entre los que cabe destacar la Ley General de Expropiación Forzosa de 17 de julio de 1836, vigente el Estatuto Real de 1834²², –cuyo sistema de responsabilidad se limitaba a aquellos supuestos en que la obligación de indemnizar surge como consecuencia de una lesión producida por la ejecución de actos ilegales o irregulares por parte de las autoridades, funcionarios o agentes al servicio de la Administración-; y la Ley de 9 de abril de 1842, por la cual se establece el sistema

a cuyo servicio se hallare el funcionario. Se mantiene la acción de regreso contra el funcionario. No se puede excluir la vía del recurso ordinario. La regulación detallada corresponde al legislador competente”.

¹⁸ Artículo 34 de la Ley Fundamental de Bonn “*Cuando alguien, en ejercicio de una función pública que le fuera confiada, violare los deberes que la función le imponga con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o el órgano a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o negligencia grave queda reservada la acción de regreso. Para la reclamación de daños y perjuicios, así como para la acción de regreso, no podrá excluirse la vía judicial ordinaria*”.

¹⁹ GARRIDO FALLA, F. *Tratado...*, II, *Parte General*, op. cit., pp. 318 y ss. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso...*, II, op. cit. pág. 375.

²⁰ Parte de la doctrina considera que además de directa es objetiva, lo cual no está claro, de la literalidad del texto. Sin embargo, se aprecian parcelas de responsabilidad de corte claramente objetivo, como en aquellos supuestos de intervención antijurídica de un derecho fundamental (EMBED IRUJO, *La codificación de la responsabilidad patrimonial del Estado: el ejemplo de la Ley alemana de 26 de junio de 1981*, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 34, 1982 citado por GARRIDO FALLA, F. *Tratado...*, II, *Parte General*, op. cit., pp. 318 y ss. Igualmente, SAINZ MORENO, F. *El Tribunal Constitucional alemán...*, op. cit. pp. 382 y ss).

²¹ GARRIDO FALLA, F. *Tratado...*, II, *Parte General*, op. cit., pp. 318 y ss. FORSTHOFF distingue entre reparaciones por actos delictivos o ilícitos –responsabilidad del Estado; indemnizaciones por actos no delictivos o lícitos –expropiaciones y cargas particulares-; e indemnizaciones por riesgo.

²² SANCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*, 1955, pp. 213 y ss.

indemnizatorio de los daños materiales causados tanto en el ataque como en la defensa en la primera guerra carlista²³.

Con la promulgación del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil, se consagró el primer sistema de responsabilidad civil de la Administración Pública de corte subjetivo, al disponer en su artículo 1902, que “*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”; y directo, por mor de lo dispuesto en su artículo 1903, al aludir a la exigibilidad de la obligación impuesta por el artículo anterior “*no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder*”. Régimen equivalente al que pudiera surgir de las relaciones *inter privados*, en el que fue determinante la referencia indicada en el párrafo 5º del artículo 1903, mediante el cual se establecía –hasta la reforma obrada por la Ley 1/1991, de 7 de enero–, que “*el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior*”.

Una interpretación en sentido amplio, que fuera recibida por una primera línea jurisprudencial²⁴, amparaba un sistema de responsabilidad subjetivo y directo tanto *por hechos propios* –aquellos derivados de la actuación de sus funcionarios–, como *por hechos de terceros* –en referencia a la actuación por medio del “agente especial” indicada por el párrafo 5º del artículo 1903–.

Sin embargo, fue una segunda interpretación más restrictiva –que tomara como base la literalidad de la referencia establecida en el párrafo 5º del artículo 1903–, la que terminó por imponerse sobre la tesis más garantista. Línea jurisprudencial, que limitara los supuestos de responsabilidad del Estado a aquellas situaciones de *culpa in vigilando* en la que ésta actuara por medio de un “agente especial”²⁵, cuyo resultado fue la eliminación a raíz de cualquier atisbo de responsabilidad de la Administración en los supuestos ordinarios, al considerar ajena a la organización de los servicios públicos cualquier referencia subjetiva por dolo, culpa o negligencia. Interpretación, en definitiva, que mantuvo el *status* de nula responsabilidad del Estado durante la totalidad del siglo XIX.

Como consecuencia de la prevalencia de esta restrictiva tesis, y bajo el imperio de la irresponsabilidad absoluta del Estado, la única vía posible que restaba a los perjudicados en orden a la reparación de los daños producidos era la reclamación personal frente al propio funcionario agente del daño. Reclamación, a cuyas limitaciones habituales –tales como la insuficiencia patrimonial del funcionario agente del daño o la dificultad en orden a la identificación de la autoría material del mismo–, había que sumarle el conjunto de trabas procedimentales²⁶ que restringían igualmente la responsabilidad del funcionario al extremo de hacerla impracticable.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso... op. cit.*, pp. 365 y ss.

²⁴ SSTs de 20 de enero de 1892, 2 de enero de 1899, 20 de febrero de 1900, 17 de diciembre de 1902, 9 de abril de 1913, 6 de julio de 1917, 18 de abril de 1927, 2 de octubre de 1934, etc.

²⁵ MARTÍN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, RAP, núm. 150. 1999, pp. 368 y ss. “¿Y cuándo actuaba el Estado a través de un agente especial?, ¿qué era un agente especial? Un extraño personaje que nadie conocía y que hizo decir, tiempo después, a SÁNCHEZ ROMÁN que el único agente especial reconocible había sido el General Primo de Rivera”.

²⁶ Entre estos obstáculos en la tramitación cobran especial relevancia –tanto en el ámbito civil como en el penal, y en diversos ordenamientos como el español, el francés o el alemán–, la exigencia de una *autorización administrativa previa*, concebida como requisito *sine qua non*, esencial para la incoación de cualquier procedimiento frente al concreto funcionario. Autorización que se mantuvo en España hasta 1869 y que supuso un gran obstáculo en la reclamación de la responsabilidad, al impedir que se enjuiciase a los funcionarios y agentes públicos sin consentimiento de la Administración.

Por su parte, en el ámbito de la responsabilidad civil personal de los funcionarios, la Ley Maura de 5 de abril de 1904, y su Reglamento de 23 de septiembre del mismo año, establecieron el requisito de infracción de un precepto legal por parte del funcionario con culpa o negligencia graves, el cual habría de ser identificado y comunicado mediante la correspondiente intimación previa por escrito. Exigencia cuya ausencia, circunstancia común en la práctica, conducía a un mismo resultado de irresponsabilidad.

Será a finales del siglo XIX y durante la práctica totalidad del siglo XX, que germine y se exteriorice en el legislador español una aguda tendencia hacia la dispersión de sistemas de responsabilidad mediante la creación de tímidas manifestaciones de concretos regímenes diseminados por el ordenamiento; los cuales, si bien no presentaron verdadera vocación de instituir de una teoría general sobre la misma, coadyuvaron de forma sustancial al reconocimiento de este principio²⁷.

Entre las aportaciones más significativas de este siglo, cabe destacar la contribución llevada a cabo por la Constitución Republicana de 1931, mediante cuyo artículo 41.3 –por el cual se dispone que “*si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes, con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes conforme determine la ley*”–, se estableció un sistema de responsabilidad subsidiario de corte subjetivo, cuya aplicación –si bien inexistente en su desarrollo legislativo dada la corta vida de la II República²⁸ y absolutamente nula en su aplicación práctica–, supuso un importante paso adelante en la constante y gradual evolución en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado.

El único desarrollo normativo que obtuvo este precepto fue a través de la aprobación de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935²⁹, seguida posteriormente por la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950³⁰, y el Texto articulado (y refundido) de 24 de junio de 1955³¹; textos normativos determinantes en la formulación de un sistema de responsabilidad de alternativo –directo o subsidiario, según los casos–, en los cuales ya se reconocieran algunos supuestos de responsabilidad directa de la Administración. Un sistema desviado de la regulación general, cuyo reducido ámbito de aplicación –exclusivo del ámbito municipal y local–, hiciera patente la necesidad de extender al plano estatal, un principio común de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de carácter directo, que permitiera la superación, de una vez por todas, de la tradicional de responsabilidad personal del funcionario agente del daño.

1.3. ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

El resultado al que se llegara por vía doctrinal y jurisprudencial a mediados del siglo XX en el derecho francés, alemán o italiano –que aplicaban a la Administración las mismas

²⁷ GUERRERO ZAPLANA, J. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Formularios*, 5ª edición, Lex Nova, 2006, pp. 101 y ss; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso..., II, op. cit.* pp. 368 y ss., destacan los artículos 3 y 14 de la Ley de Policía de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877; los Arts. 56 y 162 de la Ley de Aguas; el artículo 132 de la Ley de Instrucción de Sanidad de 12 de enero de 1904 y la Ley de Responsabilidad Civil de los Funcionarios del mismo año y su Reglamento de 23 de septiembre; el artículo 24 de la Ley de la Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911; y la Ley de 31 de diciembre de 1945 de responsabilidad del Estado en caso de muerte o incapacidad permanente por causa de uso reglamentario de armas en actos propios del servicio por las fuerzas militares o de orden público, entre otras muchas.

²⁸ SANCHEZ GARCÍA, *Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Vol. 23. Extraordinario XXII Congreso 2013, pp. 191 y ss. indica que “*la breve vida de la Segunda República impidió que se dictase una norma legal que desarrollara un precepto constitucional que mantenía la responsabilidad subjetiva y subsidiaria de la Administración, que sólo respondería en aquellos casos en que el funcionario resultase insolvente. La responsabilidad directa y objetiva tardaría aún veinte años en llegar al ordenamiento jurídico español*”.

²⁹ Establece el Art. 209 de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 que “*Las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos*”. En referencia a éste precepto y como ya comentara MARTÍN REBOLLO –en MARTÍN REBOLLO, L. *La responsabilidad patrimonial... op. cit.* Revista de Documentación Administrativa, núm. 237 – 238, enero – junio, 1994, pp. 15 y ss.–, a pesar de la minoración ordenada a través del párrafo segundo –que remitía a la Ley de 5 de abril de 1904–, y de que sus posibilidades aplicativas fueran cercenadas por los trágicos acontecimientos posteriores, no puede obviarse su significación inspiradora de la regulación llevada a cabo posteriormente por la Ley de Régimen Local de 1950.

³⁰ Con causa en la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945, señala el Art. 405 de la Ley de Régimen Local de 1950 que “*las entidades locales responderán civilmente, en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el artículo siguiente, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes en la esfera de sus atribuciones respectivas. El daño habrá de ser efectivo, material, e individualizado*”.

³¹ GUERRERO ZAPLANA, J. *Las reclamaciones..., op. cit.* 5ª edición, Lex Nova, 2006, pág. 103.

reglas que regían la reparación de los daños en el tráfico privado junto con algunas propias de la Administración-, fue la base que los legisladores de 1954 en España tuvieron en cuenta para dar un giro a la inestable situación que aportaba el régimen hasta entonces vigente³².

En consecuencia, no será hasta la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954³³ –cuyo artículo 121 disponía que “*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*”–, que se produjera una auténtica ruptura con la dicotomía existente entre responsabilidad directa o subsidiaria, mediante la articulación del principio indemnizatorio con pretensiones unificadoras que fundamentara un sistema de responsabilidad que garantizara al perjudicado la cobertura de la Administración³⁴. Principio general, que encontrara su primera positivación en relación con el común de los servicios públicos en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, la cual vendría a trasladar, con algunas mejoras técnicas y aclarando ciertas dudas³⁵, lo dispuesto por el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa.

La radical transformación llevada a cabo, primero desde la Ley de Expropiación Forzosa y más tarde con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, significó un drástico cambio en la situación de la Administración, que nunca había respondido virtualmente de nada, y que, ahora, se convertiría en objetivamente responsable de todas las lesiones antijurídicas que se produjeran como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Tránsito que supuso un giro completo a nuestro sistema de responsabilidad y que, a pesar del rechazo inicial por parte de doctrina y la jurisprudencia de la época³⁶, terminó por imponerse a finales de la década de los 60, principios de los 70.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso...*, II, *op. cit.* pp. 368 y ss.

³³ A pesar de la diferenciación existente entre el instituto expropiatorio y el instituto jurídico de la responsabilidad sobre la base de su distinto fundamento y naturaleza, no puede desconocerse la similitud y vinculación existente entre ambas instituciones. De forma tal, que, empero la dicotomía que llevara a cabo la doctrina italiana y que distingue ambas indemnizaciones en función de su origen en una actividad *lícita* –procedentes de supuestos en que la Administración actúa legítimamente en la producción de un daño que el particular tiene la obligación de soportar, y cuyo fundamento radica, por un lado, en la idea de “sacrificio especial”, en relación con la igualdad de los ciudadanos en el levantamiento de las cargas públicas y por otro, en el enriquecimiento sin causa de la Administración Pública-, o *ilícita* –por inexistencia de un título jurídico sobre el cual el particular tenga la obligación de soportar dicho daño-, “*no puede desconocerse, sin embargo, que existe una similitud básica, derivada de su común finalidad resarcitoria, entre la indemnización por expropiación forzosa y la que procede del daño o perjuicio causado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, como la jurisprudencia pone de manifiesto al acudir al instituto de la responsabilidad (admitiendo que pueda utilizarse la vía procedimental a él correspondiente) en supuestos relacionados con la expropiación*” (STS 11 de noviembre de 1997; reconocen esta similitud básica derivada de su finalidad resarcitoria las SSTs 22 de septiembre de 2003, 19 de abril de 2007 o 27 de septiembre de 2010, entre otras muchas).

Aun con todo, y a pesar de la recalcada necesidad de acabar con la situación de irresponsabilidad administrativa anterior –como así se derive de la propia Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa-, no puede obviarse la limitación aplicativa apuntada por dicho artículo, que obligó a esperar a la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 para su ampliación al ámbito de la responsabilidad patrimonial.

³⁴ Como señala DE FUENTES BARDAJÍ –en DE FUENTES BARDAJÍ, J. *Manual de Responsabilidad Pública*, 2ª Edición, Aranzadi, 2010, pág. 85-, la razón de la inclusión de una disposición como la transcrita en una Ley de Expropiación Forzosa, como así se deriva de su Exposición de Motivos, estribaba en el hecho de aquélla de aspirar a ofrecer una garantía patrimonial integral a los particulares lesionados en su patrimonio por cualquier actuación administrativa, tanto si fuera ésta directamente encauzada a una privación patrimonial imperativa de alcance singular –de naturaleza expropiatoria-, como si se tratase de una afección accidental o, al menos, no deliberada –responsabilidad por daños-.

³⁵ Entre estas mejoras cabe destacar, por un lado, la introducción de la fuerza mayor como causa exoneradora de la responsabilidad, y por otro, la eliminación de los actos discrecionales.

³⁶ Del estudio de la jurisprudencia de la época se advierte una clara continuación en la aplicación, por parte los tribunales contencioso-administrativos, del sistema de responsabilidad preconizado por el Código civil, que mantuviera el *status* de irresponsabilidad patrimonial de la Administración Pública. La verdadera receptación de la nueva regulación, prescrita por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no se produjo por la jurisprudencia sino hasta la década de los setenta. Arraigo del que son un primer reflejo las SSTs de 28 de enero de 1972 y 8 de febrero de 1973. El esfuerzo que desde la doctrina española se hiciera en la superación de ese rechazo inicial, contribuyó a perfilar técnicamente el sistema de responsabilidad, al tiempo que ensalzara sus ventajas y atributos, reiterando de forma constante que su corte objetivo no convertía a éste en un sistema conducente a la instauración de una suerte de seguro universal del Estado frente a todo daño, sino que, al eliminar cualquier referencia subjetiva al dolo o culpa, centraba el criterio indemnizatorio en la existencia de un daño que el perjudicado no estuviera jurídicamente obligado a soportar.

Con la promulgación de la Constitución Española de 1978, se vino a ratificar el principio general ya recogido en la normativa administrativa y plenamente aceptado entre la costumbre y doctrina jurisprudencial –sin reservas ni reticencias de ninguna clase-, estableciéndose en el Art. 106.2 el soporte constitucional del actual sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, al disponer que *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

El desarrollo normativo de dicho precepto, que se enmarcara dentro del título competencial habilitante del Art. 149.1.18ª CE –por el cual se establece que *“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”*–, obtuvo su articulación legislativa a través de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), –artículos 139 a 146³⁷–; y reglamentariamente por el Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de noviembre, de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

En consecuencia, será el Título X de la Ley 30/1992 el que consagre el marco regulador del actual sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Un sistema directo y objetivo, general y unitario, que tiende a la reparación integral de las lesiones padecidas por el perjudicado como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que junto con el principio de legalidad –preconizado por los artículos 9 y 103 de la Constitución Española–, constituye uno de los soportes estructurales fundamentales del Derecho Administrativo³⁸ y una de las más importantes conquistas del Estado de Derecho, como ya señalara MAURICE HAURIOU³⁹, destacado a su vez por GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍN REBOLLO.

2. CAPÍTULO SEGUNDO: CARACTERES GENERALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Partiendo de su análisis exclusivamente teórico –y por lo tanto, sin entrar en las reflexiones prácticas que posteriormente se abordarán–, interesa ahora comentar los distintos rasgos y caracteres definitorios del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Consideraciones que, desde la perspectiva de la doctrina administrativista y de forma esquemática, nos permitirá comprender –si bien someramente, y con todas las precauciones que desde aquí se advierten–, la naturaleza de nuestro actual sistema de responsabilidad patrimonial, cuyas cualidades y fundamentos definen a éste como un sistema unitario y general, directo, objetivo y tendente a la reparación integral. Un sistema, a cuyas características y de cuyo análisis doctrinal y jurisprudencial baste para advertir su conflictividad y divergencia interpretativa en numerosos aspectos, sobre todo en relación con ciertos elementos, de los que, si bien la mayoría están resueltos, otros siguen siendo objeto de estudio.

³⁷ Parcialmente modificados por la Ley 4/1999, de 13 de enero; por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial; y por la disposición final cuarenta y tres de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

³⁸ Así se desprende de la propia Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, apartado XV, al disponer que *“El título X, «De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus Autoridades y demás personal a su servicio», incorpora la regulación de una materia estrechamente unida a la actuación administrativa y que constituye, junto al principio de legalidad, uno de los grandes soportes del sistema”*.

³⁹ Citando a MAURICE HAURIOU, *“Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca a la Ley; que actúe, pero que pague el perjuicio. El principio de legalidad y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen, por ello, los dos grandes soportes estructurales del Derecho Administrativo”* (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso..., II, op. cit.* pp. 368 y ss. citando a y MARTÍN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial..., op. cit.* RAP, núm. 150. 1999, pp. 318 y ss)

Baste por ahora subrayar la definición fundamental de cada uno de tales elementos, sin entrar, más que someramente, en las profundas disquisiciones doctrinales que afectan a la materia.

2.1. GENERAL Y UNITARIO.

La caracterización del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración pública como *general y unitario* supone la existencia de un régimen jurídico único que, en desarrollo del Art. 106.2 CE y sobre la base del título competencial habilitante referido en el Art. 149.1.18ª CE⁴⁰, fue articulado legislativamente a través de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común. Regulación universal, que será de aplicación a todas de las Administraciones Públicas sin excepción –estatal, autonómica, local e institucional-⁴¹, tanto si actúan con sometimiento al Derecho administrativo o con sujeción al Derecho privado⁴²; y en relación a toda actividad administrativa, con independencia de su carácter jurídico o puramente fáctico o material, sea ésta pública o privada, y tanto por acción como por inactividad u omisión⁴³. Carácter unitario que también se colige –sin entrar en mayores disquisiciones- del orden jurisdiccional competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, al atribuirse a la jurisdicción contencioso-administrativa, las pretensiones que se deduzcan en relación con la misma, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que se derive⁴⁴.

Se produce así, una unificación personal, material, procedimental y jurisdiccional en la resolución de supuestos de responsabilidad de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de las causas que la motiven o el tipo de relación, pública o privada, de la que se derive⁴⁵.

2.2. DIRECTO.

Configurado como un rasgo inherente a la culminación misma en la evolución del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado⁴⁶, el carácter *directo* del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública supone que la Administración, a diferencia de los anteriores regímenes de responsabilidad personal o subsidiaria, habrá de responder directamente frente a los perjudicados–los cuales habrán de reclamar en todo caso

⁴⁰ El Art. 149.1.18ª atribuye al legislador estatal la competencia exclusiva en la regulación del sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (la cursiva es nuestra).

⁴¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, Segunda edición, 2009, pág. 497.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Curso..., II, op. cit. pp 368 y ss. La tradicional discusión entorno al régimen jurídico aplicable a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública respecto de la prestación de servicios en régimen de Derecho Privado, cuyo fundamento último residía en la discriminación de la actuación de los entes públicos en régimen de derecho público o de derecho privado a razón de la naturaleza del ente público prestador del servicio, queda zanjada de conformidad con lo establecido por el Art. 144 LRJPAC, en cuya redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, dispone que “*Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley*”.

⁴³ “[...] de ahí que siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello; ya que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración, que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal” (SSTS 18 de diciembre de 1986, 13 de marzo de 1989, 7 de abril de 1989, y 4 de enero de 1991)

⁴⁴ Así se deduce en la lógica del antecitado artículo 144 LRJPAC, y por mor de lo dispuesto en el párrafo segundo del Art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en cuya redacción dada por el apartado uno del artículo único de la L.O. 19/2003 se dispone que “*Los del orden contencioso-administrativo [...] Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive.*”.

⁴⁵ COSCUELLELA MONTANER, L. *Manual de Derecho Administrativo, Parte General*, 23ª Edición, Civitas, 2012, pág. 560.

⁴⁶ Sobre la base de la teoría de la personalidad jurídica del Estado, la Administración, como persona jurídica dentro de la que se integran los funcionarios o agentes a su servicio, habrá de responder por los daños y perjuicios ocasionados por estos.

frente a la Administración titular del servicio- de las lesiones causadas por la actuación de sus funcionarios, autoridades y agentes, de conformidad con la redacción dispuesta por el Art. 145.1 LRJPAC⁴⁷. Garantía patrimonial directa, que hace innecesaria la identificación o reclamación previa de la autoridad o funcionario agente de dicho resultado lesivo –al darse cobertura ahora tanto a los daños causados por acciones administrativas imputables a agentes públicos concretos, como a las lesiones patrimoniales producidas por el funcionamiento impersonal o anónimo de la organización administrativa⁴⁸-, y que pone fin a la problemática situación de insuficiencia patrimonial del funcionario, reinante durante la etapa en que la responsabilidad personal era la única vía posible.

Sin embargo, ello no excluirá en modo alguno la responsabilidad del agente del daño, el cual habrá de responder frente a la Administración mediante la preceptiva vía de regreso⁴⁹, siempre que hubiera incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, y previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Procedimiento frente al funcionario a cuya exigencia de responsabilidad quedará sujeto a la ponderación diversos criterios, tales como el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas o su relación con la producción de dicha lesión.

2.3. OBJETIVO.

La tercera característica en cuanto a la fundamentación del sistema de responsabilidad de la Administración Pública –cual es, sin duda, la más sobresaliente y controvertida de nuestro régimen de responsabilidad-, hace referencia al carácter objetivo u *objetivizado* de la misma. Este criterio, que a grandes rasgos supone prescindir de cualquier referencia subjetiva a la concurrencia de dolo, culpa o negligencia en la persona del funcionario agente del daño –*dimensión negativa, por contraposición a la responsabilidad subjetiva*-, centra su fundamento en la existencia de un daño o lesión resarcible –*dimensión positiva*-, desplazando el eje mismo del sistema de responsabilidad.

Ahora bien, a pesar de la extraordinaria amplitud con que se formula dicho sistema, ello no significa que todos los daños ocasionados como consecuencia de la actuación los funcionarios o agentes al servicio de la Administración constituyan título jurídico suficiente para ser indemnizados⁵⁰. Al contrario, sólo adquirirá el carácter de lesión verdaderamente resarcible aquel daño que presente determinados requisitos objetivos: habrá de ser efectivo, evaluable económicamente, individualizado en relación con una persona o grupo de personas, y antijurídico. Además, dicha lesión habrá de ser imputable a la Administración –mediando pues, entre ambos elementos, un nexo o relación de causalidad-, al producirse como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público.

⁴⁷ Dispone el Art. 145.1 LRJPAC, que “Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”

⁴⁸ LEGUINA VILLA, J. y DESDENTADO DAROCA, E. *La protección jurídica del Administrado. La responsabilidad patrimonial de la Administración: evolución y principios actuales*, pág. 4.

⁴⁹ Antes de la reforma operada por el Art. 139 de la Ley 4/1999, de 13 de enero, el Art. 145.2 LRJPAC establecía que “La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca”. Posteriormente, la nueva reforma eliminaba el carácter potestativo, haciéndola preceptiva, al disponer que “La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.”

⁵⁰ Consideración que nos lleva a adscribirnos a la tesis formulada por MEDINA, la cual defiende que el régimen de responsabilidad de la Administración Pública en el Derecho español ni es púramente objetivo, lo que supone prescindir de cualquier título que justifique la responsabilidad para basarse exclusivamente en la existencia del daño, como sostiene la mayor parte de la doctrina, ni es prevalentemente subjetivo, como sostienen otros. (COSCULLELA MONTANER, L. *Manual... op. cit.*, 23ª Edición, pág. 550; MEDINA ALCÓZ, L. *La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo*, Civitas, 2005).

A pesar de la aparente sencillez en aplicación de éste sistema y aunque la jurisprudencia mayoritaria suela interpretar dicho criterio de forma prudente y moderada, la realidad palpable es que durante los últimos años hemos asistido a una creciente tendencia doctrinal muy crítica por lo que respecta al actual sistema de responsabilidad objetiva, sobre todo a raíz de la existencia de diversos sectores y materias –véase, urbanismo, asistencia sanitaria, educación, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad e inspección administrativa, entre otros-, en las que éste carácter objetivo aparece ciertamente desdibujado⁵¹.

Esbozado pues el planteamiento básico, volveremos sobre el mismo con detenimiento en el desarrollo específico de los distintos criterios de la responsabilidad patrimonial del capítulo tercero.

2.4. TENDENTE A LA REPARACIÓN INTEGRAL.

El último de los caracteres que configuran del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública hace referencia al principio de reparación íntegra o de plena indemnidad, fundamento básico derivado de los Arts. 106.2 CE y 139.1 LRJPAC, que preside el instituto jurídico indemnizatorio y que se traduce en la necesidad de que el daño padecido por el perjudicado debe quedar reparado. Así lo entiende el común de la doctrina y la jurisprudencia, al afirmar que dicha institución persigue, fundamentalmente, asegurar la garantía patrimonial de los particulares⁵², debiendo el perjudicado quedar indemne de toda lesión que sufra en cualquiera de sus bienes y derechos.

En consecuencia, y sobre la base de lo que la jurisprudencia ha querido denominar “*principio de reparación integral del daño sufrido por quien no tenía el deber de soportarlo*”⁵³, ha alcanzarse una situación de plena indemnidad patrimonial, mediante la íntegra reparación de los daños y perjuicios ocasionados en el patrimonio del perjudicado porque el funcionamiento de los servicios públicos. Reparación compatible con otras indemnizaciones y prestaciones, siempre que tengan causa en los mismos hechos pero en títulos jurídicos diferentes⁵⁴ y sean

⁵¹ SANCHEZ MORON, M. *Derecho Administrativo, Parte General*, 8ª Edición, Tecnos, 2012, pp. 897 y ss. Comenta dicho autor que la doctrina más crítica, encabezada por PANTALEÓN –por primera vez, en PANTALEÓN PRIETO, F. *Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, en *Derecho Administrativo*, núm. 237-238, 1994- y MIR PUIGPELAT –en MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Primera edición, 2002- ha puesto de relieve los efectos perniciosos del sistema de responsabilidad objetiva vigente, señalando sus defectos y contradicciones, y preconizando un sistema de responsabilidad más limitado, preciso y articulado, que dote de mayor concreción normativa y que permita superar la insoportable inseguridad jurídica actual. Un sistema, en definitiva, que pivote sobre la cláusula del funcionamiento anormal de los servicios públicos, acudiendo sólo en supuestos excepcionales al criterio objetivo de responsabilidad. Considera SANCHEZ MORON, que la responsabilidad objetiva, en un momento en que la Administración actúa y adopta continuamente decisiones en múltiples ámbitos de la vida económica y social, no tiene ni puede tener realmente una finalidad socializadora de los daños producidos, puesto que no es instrumento de justicia redistributiva ni, en la práctica, otorga siempre mayores indemnizaciones a quien más lo necesita.

⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, pp. 174 y ss; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso..., II*, op. cit. pp 355 y ss; y MARTÍN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial...*, op. cit. RAP, núm. 150. 1999, pp. 318 y ss.

⁵³ Muy ilustrativo, al efecto, lo dispuesto por la STS de 12 de marzo de 1991 “*En nuestro sistema, uno de los más progresivos del mundo, rige el principio de reparación integral del daño sufrido por quien no tenía el deber de soportarlo, en función de otro principio implícito, el de la solidaridad social. Estos criterios, con una raíz profunda, han sido formulados explícitamente por este Tribunal Supremo hasta consolidarse en «doctrina legal», pero con el valor normativo complementario que le asigna el Código Civil dentro de las fuentes del Derecho (art. 1.º 6). En efecto, un conjunto muy numeroso de nuestras sentencias ha proclamado, sin desmayo alguno, que la indemnización debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos, hasta conseguir la reparación integral de los mismos y con ello la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado [SS. 9-4-1979 y 2-2-1980, como más significativas]. Sólo así se cumple la exigencia constitucional de que la tutela judicial sea efectiva y, por lo tanto, completa, como esta misma Sala Especial ha cuidado de advertir en ocasiones no muy lejanas en el tiempo [SS. 20 septiembre y 15 octubre 1990, con más de un centenar en el mismo sentido pronunciadas a partir de esa fecha, en el último trimestre de tal año y en el primero de 1991]”*

⁵⁴ La línea jurisprudencial que declarara la incompatibilidad entre ambos sistemas, al considerar que las prestaciones devengadas inhabilitaban una posterior reclamación de responsabilidad por los mismos hechos, por cuanto que el resarcimiento del daño producido quedaba cubierto por la pensión –v.gr. SSTs de 9 de febrero de 1987 y 21 de marzo de 1989-, quiebra con la STS de 12 de marzo de 1991, al disponer ésta que ambas prestaciones serán compatibles por tener su causa en títulos jurídicos diferentes y ser exigencia de la plena indemnidad de la víctima, ya que la compensación percibida normalmente “*es una evaluación apriorística y objetiva del quebranto mínimo de carácter exclusivamente económico sufrido*”, que “*no cuida, pues, de individualizar o matizar los perjuicios cuantitativa y cualitativamente, en función de las*

exigencia de la plena indemnidad de la víctima, con el único límite del enriquecimiento injusto o sin causa.

3. CAPÍTULO TERCERO: PRESUPUESTOS O REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

3.1. ÁMBITO SUBJETIVO.

3.1.1. El perjudicado o lesionado.

Conforme a la redacción de los artículos 139.1 LRJPAC y 106.2 CE, ostentan la condición de *perjudicado o lesionado* aquellos particulares que sufran una lesión en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento –normal o anormal- del servicio público y salvo casos de fuerza mayor.

La referencia al término “*particulares*” –como sujetos pasivos de la lesión, activos de la relación de responsabilidad-, debe ser objeto de una interpretación extensiva e integradora⁵⁵, incluyendo no sólo a las personas físicas en tanto que ciudadanos, administrados o incluso funcionarios de la propia Administración, sino también a todas aquellas personas jurídicas o incluso otras Administraciones y entes públicos distintos de la Administración responsable del daño, que sufran una lesión en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público.

3.1.2. La Administración o ente público responsable del daño.

Como ya comentáramos anteriormente, y de conformidad con lo dispuesto por el Art. 145.1 LRJPAC, el carácter directo del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública supone que la Administración habrá de responder frente a los perjudicados de “*los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio*”. En consecuencia, ostentará la consideración de *sujeto responsable del daño* aquella Administración por las lesiones producidas con ocasión de la actuación de las personas integradas en su organización o a su servicio, y ello con independencia de su condición como funcionario o laboral, fijo o eventual, interino o contratado, y sean o no, efectivamente identificados.

Se excluye de ésta condición aquellos daños causados por actividades constitutivas de delito o falta, que fueran llevadas a cabo por las autoridades y agentes públicos, y frente a las que el sujeto perjudicado podrá interponer –ahora sí, directamente- la acción penal correspondiente.

Tampoco se imputarán a la Administración aquellos perjuicios producidos como consecuencia de la actuación de colaboradores externos, siempre que los daños producidos no hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden administrativa o por vicios del proyecto elaborado por la Administración en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación-; aquellos producidos por los concesionarios, con la salvedad de

distintas circunstancias personales, familiares o profesionales”, siendo, por tanto, insuficiente y estando, en consecuencia, “*necesitada de un complemento que le sirva para conseguir la plenitud de la reparación*” en aquellos casos en que no se ha producido esa reparación integral. Completa esta tesis la jurisprudencia posterior (v.gr. SSTs de 10 de abril de 2000; 5 de febrero y 2 marzo de 2000), indicando que, ante la concurrencia de ambos sistemas de reparación, las cantidades percibidas por una y otra vía deben compensarse de tal forma, que la indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial debería comprender únicamente aquella cantidad que, no cubierta por la vía específica de las prestaciones, restara para entender plenamente indemnizado el daño sufrido, pues lo contrario “*nos llevaría a un enriquecimiento injusto no permitido por el ordenamiento jurídico*” (Por todas, STS de 7 de febrero de 2002).

⁵⁵ Como dispone la STS 2 de julio 1998, “*la referida expresión «particulares» debe ser objeto de una interpretación integradora, de modo que no sólo comprende a los ciudadanos que en el Derecho Administrativo reciben la denominación de administrados, sino también a las distintas Administraciones Públicas cuando sufren lesión en sus bienes y derechos, consecuencia de la relación directa de causa-efecto como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de servicios públicos [...]*”. En el mismo sentido, SSTs de 24 de febrero de 1994 y 2 de octubre de 1999, y las SSTSJ de Castilla y León, Valladolid 1266/2001, de 31 de julio; de Andalucía, Granada, 428/2001, de 18 de junio; y de Madrid, 168/2001, de 14 de febrero y 1272/2001, de 13 de noviembre.

aquellos daños que tengan su origen en cláusulas impuestas por la Administración y cuyo cumplimiento sea ineludible⁵⁶; así como los ocasionados por ciertos profesionales que ejercen funciones públicas, tales como Notarios y Registradores⁵⁷.

3.2. ÁMBITO OBJETIVO.

Recogida reiterativamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública surge de la concurrencia cumulativa de diversos requisitos: a) una lesión patrimonial efectiva, evaluable económicamente, individualizada y antijurídica; b) una actuación llevada a cabo por la Administración al ser reconducible a la cláusula general del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (riesgo específico, sacrificio especial, incumplimiento o culpa⁵⁸); c) nexo o relación de causalidad, relevante y probable, entre la lesión producida y la actuación de la Administración; y d) ausencia de fuerza mayor.

3.2.1. Lesión resarcible.

La configuración del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como objetiva o por el resultado, supone fundamentar la obligación de indemnizar en la simple existencia de un daño o perjuicio, entendido éste, como la mera pérdida o menoscabo patrimonial⁵⁹; *ratio essendi* del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y núcleo del Derecho de daños, que fuera defendida por la doctrina administrativista desde la década de los cincuenta –impulsada por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA-, y que preconiza un sistema de responsabilidad por el daño, prescindiendo de cualquier referencia subjetiva por dolo o culpa.

Sin embargo, y a pesar de la apariencia omnicomprensiva de éste criterio, no todo daño o menoscabo patrimonial que se produzca con ocasión de la actuación administrativa ha de resultar indemnizado. Al contrario, sólo adquirirán dicha consideración aquellos daños y perjuicios efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a una persona o grupo de personas⁶⁰, cualificados como verdaderas *lesiones resarcibles*⁶¹ por la concurrencia del criterio de antijuridicidad⁶², no por la forma en que éste se produzca (*antijuridicidad subjetiva*), sino por cuanto que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo (*antijuridicidad objetiva*)⁶³.

⁵⁶ SSTs de 31 de marzo y 18 de mayo de 1998; de 9 de febrero de 1999; y 12 de febrero de 2000, entre otros.

⁵⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios...* op. cit. Segunda edición, 2009, pág. 503.

⁵⁸ MEDINA ALCOZ, L. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (II). Elementos. Factores de exoneración.* Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo IV, Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas / coord. por Tomás Cano Campos, 2009, Pp. 69 y ss.

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Curso..., II, op. cit. Pág. 391. En un sentido puramente económico o material se entiende por daño o perjuicio un detrimento o pérdida patrimonial cualquiera.

⁶⁰ Dispone el Art. 139.2 LRJPAC que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

⁶¹ Es pacífico entre la doctrina y jurisprudencia que “[...] para que el derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido deben cumplimentarse los restantes requisitos exigidos en el artículo 139 de la Ley: daño efectivo individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia del deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo.” (SSTs de 15 de abril de 1999, y 26 de septiembre de 2000, entre otras muchas); es decir, “que estemos ante un daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado con relación a una persona o grupo de personas, y antijurídico, es decir, que no se tenga el deber jurídico de soportarlo” (SSTs de 29 de noviembre de 2013, 31 de enero y 19 de mayo de 2014, entre otras muchas)

⁶² GARRIDO FALLA, F. *Tratado...*, II, Parte General, op. cit., Pág. 346. “La existencia de un daño [...] que el particular no tenga la obligación de soportar viene siendo admitido por la jurisprudencia como elemento desencadenante de la responsabilidad patrimonial del Estado ya desde las SSTs de 27 de enero 1971 y 22 de abril de 1994”.

⁶³ Es pacífico entre la doctrina y jurisprudencia que “[...] para que el derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido deben cumplimentarse los restantes requisitos exigidos en el artículo 139 de la Ley: daño efectivo individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia del deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo.” (SSTs de 15 de abril de 1999, y 26 de septiembre de 2000, entre otras muchas); es decir, “que estemos ante un daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado con relación a una persona o grupo de personas, y antijurídico, es decir, que no se tenga el deber jurídico de soportarlo” (SSTs de 29 de noviembre de 2013, 31 de enero y 19 de mayo de 2014, entre otras muchas)

3.2.1.1. Efectivo.

El requisito de efectividad del daño implica la necesidad de probar la existencia de un perjuicio o afección negativa⁶⁴, real y cierto, que se produzca sobre cualquiera de los bienes o derechos del perjudicado, incluyéndose bajo este concepto tanto los daños patrimoniales como los personales⁶⁵ –físicos o morales–, el daño emergente y el lucro cesante⁶⁶, y sean éstos directos o indirectos⁶⁷, pasados o futuros⁶⁸, siempre que su existencia sea cierta⁶⁹, y no meramente conjeturada, hipotética, o eventual⁷⁰.

3.2.1.2. Evaluable económicamente.

Mediante la referencia al requisito de la evaluabilidad económica se incluyen únicamente, como daños indemnizables, aquellos susceptibles de valoración económica, dineraria o pecuniaria, determinables en términos monetarios atendiendo a pautas objetivas o de razonabilidad.

En el caso de los perjuicios patrimoniales, la evaluación de los mismos no presenta mayor dificultad, al ser éstos fácilmente calculables por el valor convencional que tuvieran en el mercado. Se realiza, en consecuencia, una compensación simétrica por el equivalente dinerario del perjuicio material padecido. Sin embargo, cuando los daños se producen en relación a ciertos bienes y derechos personales –concretamente, aquellos daños morales o *pretium doloris*–, o en supuestos de lucro cesante, se plantea la cuestión de su difícil o imposible valoración económica, como así se desprende de doctrina y jurisprudencia al respecto⁷¹. Hecho

⁶⁴ MARTÍN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial...*, op. cit. RAP, núm. 150. 1999, Pág. 46.

⁶⁵ Una primera clasificación en la tipología de daños, sobre la base de la distinta naturaleza de los bienes afectados, distingue entre aquellos detrimentos o menoscabos que afectan a los bienes que integran el patrimonio económico de la persona –*daño económicos*–, y aquellos perjuicios que afectan a los bienes y derechos de la personalidad, entendidos por tales, aquellos referidos a la vida e integridad física, y a la moral –*daños personales*–.

⁶⁶ En relación al surgimiento y consistencia del daño, se distingue una segunda clasificación, entre aquellos daños que se producen en el patrimonio actual de la persona –*daño emergente*–, y aquellos otros perjuicios que frustran una expectativa cierta en las ganancias patrimoniales futuras, que hubieran sido obtenidas de no haber mediado la causa lesiva –*lucro cesante*–.

⁶⁷ Atendiendo a la conexión causal existente entre la producción del daño, se atiende a una tercera clasificación que distingue entre aquellos inmediatamente derivados de la actuación administrativa –*daños directos*– y aquellos otros de producción mediata –*daños indirectos*–.

⁶⁸ MEDINA ALCOZ, L. *La responsabilidad...* op. cit. Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo IV, Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas / coord. por Tomás Cano Campos, 2009 Pág. 72, dispone que la *ratio dividendi* de esta cuarta clasificación aparece constituida por la fecha en que se produce la liquidación del daño y no por la fecha del hecho generador.

⁶⁹ “[...] la declaración de responsabilidad patrimonial exige la acreditación de un perjuicio real, actual y efectivo, lo que corresponde acreditar al recurrente de manera completa y no mediante la genérica invocación de una posibilidad o eventualidad [...]” (SSAN de 29 de enero de 2002, 17 de abril de 2013, entre otras). Muy ilustrativa al respecto, la STS de 10 de febrero de 1998, citada posteriormente por STS 29 de octubre de 1998 y otras muchas, al disponer que “Un examen sucinto de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, permite concretarlos del siguiente modo: [...] d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.”

⁷⁰ No puede hablarse de efectividad de la lesión “cuando se perjudican meras expectativas que no son derechos adquiridos” (SSTS de 12 de mayo de 1997, 3 de julio de 2001, y 10 de abril de 2012, entre otras). En otras palabras, “la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado, que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del da efectivamente causado” (SSTS de 20 de enero de 1990 y 25 de septiembre de 1995)

⁷¹ “Es doctrina constante de esta Sala el carácter indemnizable de los daños morales” (STS de 24 de abril de 2003). “A la hora de valorar el daño, en particular el daño moral, son indudables las dificultades que se presentan [...]” (SAN de 16 de junio de 1999); “[...] la pregunta que cabe hacerse es si el daño efectivo de orden moral que se persigue reparar es evaluable económicamente. La respuesta es afirmativa; cuestión distinta es, no obstante, el «quantum» a fijar [...]” (STSJ de Baleares, 7 de marzo de 1996); “Para el particular que sufre la lesión le es indiferente quién sea el responsable de dicha lesión, su sufrimiento espiritual y corporal es de la misma identidad; luego si, en el supuesto [...], cabe la indemnización por «precium doloris», no existe razón jurídica alguna para excluir de referida posibilidad, cuando la colisión se produce con ocasión de la circulación de un automóvil, sin culpa o negligencia alguna del conductor, contra un obstáculo de la carretera que la Administración debió a su tiempo haber evitado [...]” (STS de 16 de diciembre de 1994); “el importe de la indemnización reconocida –referida a la indemnización de los daños morales– haya de fijarse estimativamente por el

que no impide, por otro lado, que tales daños sean indemnizables, por más que su estimación haya de efectuarse con arreglo a criterios probabilísticos, aproximativos o presuntivos siempre opinables⁷².

3.2.1.3. Individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

El requisito de individualización del daño supone la identificación o singularización de la persona o grupos de personas concretas y determinadas que ostentan la condición de perjudicado, quedando fuera, en consecuencia, los daños producidos a sujetos o grupos indefinidos o indeterminados, o aquellos otros, producidos de forma generalizada, cuyo elevado número de perjudicados haga impracticable su reparación⁷³.

Sostienen algunos autores, como SANTAMARÍA PASTOR⁷⁴, que la inclusión por el legislador del criterio de individualización del daño en relación a “*un grupo de personas*”, responde a dos fines u objetivos: por un lado, la ampliación de los daños indemnizables a aquellos que se produzcan en una pluralidad de sujetos inicialmente determinados y a colectivos no excesivamente amplios; y por otro, la exclusión de los daños causados a colectivos indeterminados –que en relación con el resto de los ciudadanos se entiende que no entrañan un sacrificio especial o la ruptura del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas-, o de aquellos cuyo elevado número haga económicamente inviable su reparación.

3.2.1.4. Antijurídico.

La existencia de un sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de corte objetivo o por el resultado, no supone, en ningún caso –como la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en reiterar hasta la saciedad⁷⁵–, que la obligación jurídica de indemnizar surja por la simple producción de un daño o menoscabo patrimonial originado como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Al contrario, y dado el carácter *objetivado* del sistema, éste deber jurídico únicamente se manifestará ante la concurrencia de determinados requisitos, siendo no solamente preciso que dicho perjuicio sea efectivo, evaluable económicamente, e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, sino que ostente, en todo caso, la condición de antijurídico.

El requisito de antijuridicidad del daño, entendido por el común de la doctrina y la jurisprudencia como criterio cualificador del mismo –convirtiendo a éste en lesión y por tanto, en título jurídico suficiente en orden a su caracterización como resarcible- y límite al carácter objetivo del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública⁷⁶, aparece referido a la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño o perjuicio⁷⁷ (*antijuridicidad objetiva*) y no a la legalidad o ilegalidad de la actuación administrativa (*antijuridicidad subjetiva*), como así se desprende de la redacción del Art. 141.1 LRJPAC, al disponer que “Sólo

tribunal teniendo en cuenta las circunstancias, las cantidades reconocidas en casos análogos y las que pudieran resultar aplicables, en su ámbito [...]” (STS de 4 de octubre de 1999)

⁷² STS de 20 de julio de 1996, 5 de junio de 1997 y 20 de enero de 1998, entre otras.

⁷³ LEGUINA VILLA, J. y DESDENTADO DAROCA, E. *La protección jurídica...* op. cit., pág. 10

⁷⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios...* op. cit. Segunda edición, 2009, pág. 503.

⁷⁵ Por todas, STS de 3 de noviembre de 2009.

⁷⁶ Citando a A. NIETO, *La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa*, REDA, nº 51, Madrid, 1986, pp. 427 y ss –en GARRIDO FALLA, F. *Tratado...*, II, *Parte General*, op. cit., pp. 337 y ss- “*La responsabilidad objetiva necesita un contrabalance técnico que ponga límite a su ambiciosa formulación inicial [...]. Sólo de esta manera dejará de ser el instituto de la responsabilidad administrativa un juego de azar o una adivinanza. Es importante también encontrar un equilibrio sin oscilar pendularmente, como hasta ahora viene haciendo la jurisprudencia en su casuística, entre desestimaciones que pueden parecer excesivamente rigurosas y estimaciones que también pueden parecer excesivamente generosas*”.

⁷⁷ SSTs de 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993; 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio 27 de septiembre 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1.994., y 25 de febrero y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996; 25 de enero de 1997; 21 de noviembre de 1998; 13 de marzo y 24 de mayo de 1999, entre otras.

serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley” y de la jurisprudencia al respecto⁷⁸.

Por tanto, si el particular no está expresamente obligado a soportar los resultados perjudiciales de la actividad administrativa, tales perjuicios serán antijurídicos y por tanto, indemnizables, y ello con independencia de la licitud o ilicitud en que ésta hubiera actuado; o dicho de otro modo, en caso de existir alguna causa que justifique la obligación de soportar el referido daño, éste no será antijurídico y en consecuencia, la Administración no estará obligada a repararlo.

Sin embargo, dada la imprecisión de éste criterio, se plantean ciertos problemas entorno a la identificación de aquellos supuestos en que no exista el deber jurídico de soportar dicho daño⁷⁹, a cuya aproximación, diversos autores –siguiendo la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA⁸⁰–, han considerado que el perjuicio será injustificado o relevante, toda vez que no existan causas de justificación, legalmente previstas –tales como el ejercicio legítimo de un derecho⁸¹–, que impongan el citado deber de tolerarlo. Solución complementada mediante la referencia adicional a criterios de relevancia dañosa⁸², los cuales, sin embargo –considera MEDINA ALCOZ–, serán insuficientes, tanto por la creciente relevancia y complejidad de los nuevos bienes y valores personales que afectan a la existencia del individuo –y que adoptan carta de naturaleza al reclamar, según el sentir general, la protección resarcitoria⁸³–; como por su

⁷⁸ El criterio de antijuridicidad ha de analizarse desde la perspectiva de los daños o resultados lesivos producidos y no desde la legalidad del acto generador de los mismos. Así se deduce de la jurisprudencia al respecto: “[...] lesión que constituye un perjuicio antijurídico, no por la forma de producirse, sino en si mismo, el cual, el titular del bien, o derecho, no tiene el deber jurídico de soportar, aunque el funcionario que lo ocasione obre con toda licitud” (STS de 16 de diciembre de 1994); “no es el aspecto subjetivo del actuar jurídico de la Administración, el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo. En definitiva, la antijuridicidad es un elemento objetivo del daño, no una cualificación subjetiva de la actividad dañosa” (STS de 3 de diciembre de 2002). Revista de Documentación Administrativa, núm. 237 – 238, enero – junio, 1994,

⁷⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios...* op. cit. Segunda edición, 2009, pág. 503.

⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso...*, II, op. cit. pp 378 y ss; MARTÍN REBOLLO, L. en *La responsabilidad patrimonial...* op. cit. Revista de Documentación Administrativa, núm. 237 – 238, enero – junio, 1994, Pág. 13; COSCULLELA MONTANER, L. *Manual...* op. cit, 23ª Edición, pág. 554; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios...* op. cit. Segunda edición, 2009, pág. 503; MEDINA ALCOZ, L. *La responsabilidad...* op. cit. Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo IV, Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas / coord. por Tomás Cano Campos, 2009, Pág. 75; GARRIDO FALLA, F. *Tratado...*, II, *Parte General*, op. cit., pp. 337 y ss; y SANCHEZ MORON, M. *Derecho Administrativo...* op. cit., pp. 902 y ss, entre otros.

⁸¹ MEDINA ALCOZ, L. *La responsabilidad...* op. cit. Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo IV, Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas / coord. por Tomás Cano Campos, 2009, Pág. 75; y SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios...* op. cit. Segunda edición, 2009, pág. 503. La referencia a causas de justificación puede encontrarse hoy en el ejercicio legítimo de un derecho –una obligación impuesta directamente por la ley, actos administrativos dictado de acuerdo con la ley, contratos, etc.–, o incluso en diversas causas justificativas trasladadas desde el ámbito penal, tales como el ejercicio de la legítima defensa –la actuación de un policía que, en ejercicio de su cargo, causa un daño en legítima defensa no puede calificarse como antijurídica. No obstante –comenta MEDINA ALCOZ–, no todas las causas de justificación procedentes del ámbito penal tienen virtualidad exoneradora en el ámbito Administrativo, como así ocurre con los daños antijurídicos causados a los particulares constante el estado de necesidad.

⁸² LEGUINA VILLA, J. y DESDENTADO DAROCA, E. *La protección jurídica...* op. cit., pág. 8. “El requisito de la antijuridicidad del daño se ha visto afectado también por [...] una cierta escala o gradación en la responsabilidad según el tipo de actividad administrativa desarrollada. Los primeros pasos se han dado en el ámbito de los actos administrativos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales y en los supuestos de normas jurídicas que contienen conceptos jurídicos indeterminados, cuya aplicación implica un juicio de oportunidad por parte de la Administración. Entiende esta jurisprudencia que debe existir un cierto margen de apreciación o tolerancia cuando, a pesar de que el acto administrativo haya sido anulado por vicio de ilegalidad, el ejercicio de la potestad discrecional o la concreción del concepto jurídico indeterminado se haya llevado a cabo por la Administración de forma razonada y razonable. En tales supuestos el daño sufrido por el particular no debe considerarse antijurídico y, en consecuencia, está obligado a soportarlo, pues en caso contrario, según el TS, se vería gravemente comprometido el interés general, dado que la Administración tendería a demorar sus resoluciones ante la permanente duda sobre su legalidad o ilegalidad. [...] SSTs de 11 de marzo de 1999 y de 13 de enero de 2000”

⁸³ MEDINA ALCOZ, L. *La responsabilidad...* op. cit. Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo IV, Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas / coord. por Tomás Cano Campos, 2009, Pp. 75 y ss. “Existen a su vez, determinados criterios de relevancia [entendidos por tales, aquel conjunto de pautas dirigidas a la determinación de la relevancia resarcitoria de un concreto perjuicio] que, junto con las causas de justificación, conforman un nutrido conjunto de pautas de relevancia dañosa. Sin embargo, son insuficientes: [...] es, aménudo, una cuestión vidriosa. Y es que, en la actualidad, asistimos a una creciente adaptación de la relevancia de nuevos daños personales que afectan a la existencia del individuo, con el complejo de bienes y valores que integran su dignidad, como

problemática identificación, conducente a una situación de inseguridad jurídica al determinarse de forma casuística y atendiendo a la realidad social y al sistema de valores imperante en el momento.

En consecuencia, habrá de apelarse al criterio de la razonabilidad, proporcionalidad o legítima confianza para determinar, en el caso concreto, cuando un daño es o no antijurídico⁸⁴. Delimitación que la jurisprudencia ha venido resolviendo mediante el empleo del criterio de “estándares de seguridad exigibles”, según el cual, el daño será antijurídico sólo cuando la actividad administrativa haya rebasado los límites impuestos por la conciencia social⁸⁵.

3.2.2. Imputación de la actividad dañosa: debate y títulos jurídicos de imputación.

La configuración del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como objetivo o por el resultado, supone prescindir de cualquier referencia subjetiva a la concurrencia de dolo o culpa en la persona del funcionario agente del daño, empleando, como criterio determinante, la existencia de una lesión efectiva, evaluable económicamente, individualizada y antijurídica, que en el sentido de los Arts. 139.1 LRJPAC y 106.2 CE, habrá de ser consecuencia del funcionamiento –normal o anormal- de los servicios públicos.

La referencia al “*funcionamiento normal o anormal del servicio público*” opera, pues, en definitiva, como título jurídico de imputación de la responsabilidad patrimonial a la Administración Pública⁸⁶. Expresión que, sin embargo, ha sido objeto de un amplio debate por las discrepancias en torno a su alcance y contenido⁸⁷, no sólo por su referencia a la formulación

concepto distinto al de sus pertenencias. Los derechos de la personalidad se revelan como un elenco en absoluto cerrado, surgiendo nuevas manifestaciones que reclaman, según el sentir general, de la protección resarcitoria. En estas nuevas circunstancias, la aparición de nuevos perjuicios relevantes que afectan a nuevas esferas efectivas de la personalidad, es un fenómeno primordialmente sociológico que adopta carta de naturaleza cuando lo que antes se captaba como leve molestia ahora socava la dignidad de la persona”

⁸⁴ SANCHEZ MORON, M. *Derecho Administrativo...* op. cit., pp. 902 y ss

⁸⁵ “De ahí, debe concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.” (STS 10 de octubre de 2000); “En relación con la antijuridicidad del daño en tales casos en la que ha incidido de manera especial la jurisprudencia, entre otras, en sentencias de 5-2-96, 4-11-97, 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados” (STS 18 de julio de 2011); “Debe pues concluirse que, como enseña la STS de 4 de marzo de 1998, para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable” (STSJ de País Vasco, 620/2000); “la antijuridicidad o no del hipotético daño, o lo que es igual, el deber jurídico o no de soportarlo, dependerá de que el análisis y valoración de las circunstancias concretas que acontecían en el supuesto” (STS 19 de abril de 2011)

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, pág. 203

⁸⁷ Distingue COSCUELLA MONTANER (en COSCUELLELA MONTANER, L. *Manual...* op. cit, 23ª Edición, pág. 554), la existencia de los siguientes títulos jurídicos de imputación: a) Que la lesión o el sacrificio que justifica el deber de indemnizar se haya producido incidentalmente como consecuencia de acciones emprendidas por la Administración por razones de interés general; b) Por la asunción del riesgo que se deriva de emprender actividades legales que entrañen peligro; c) Por culpa o negligencia en el funcionamiento del servicio público; d) Por violación del principio de buena fe que genera confianza en la conducta que previsiblemente debe seguir la Administración dentro de la legalidad, que supone una violación de la confianza generada por el otorgamiento de un acto favorable que posteriormente es anulado por ilegal; e) Por el incumplimiento de deberes específicos de acción de la Administración Pública.

Al efecto, MEDINA ALCOZ (en MEDINA ALCOZ, L. *La responsabilidad...* op. cit. Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo IV, Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas / coord. por Tomás Cano Campos, 2009, pp. 97 y ss) advierte como títulos jurídicos de imputación los siguientes: A) El riesgo específico y los riesgos de desarrollo; B) El sacrificio especial; C) El incumplimiento; a) Del deber de actuar conforme a Derecho, o ilegalidad; b) Del deber de resolver dentro de plazo, o mora; y c) Del deber de actuar de buena fe, o deslealtad; D) La culpa.

Por su parte, GARRIDO FALLA (en GARRIDO FALLA, F. *Tratado...*, II, Parte General, op. cit., pp. 337 y ss), considera que la referencia establecida por el Art. 139.1 LRJPAC engloba y yuxtapone, sin reducirlos a un fundamento jurídico único, una serie de títulos jurídicos para fundamentar la petición de responsabilidad, amparandolos siguientes títulos para fundamentar la petición de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas: A) Responsabilidad por actos administrativos ilegales, dentro de la cual se distingue, a su vez, a) Responsabilidad por actuación culpable o negligente de la Administración, y b) Responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio público; y Responsabilidad objetiva sin

del concepto de servicio público, sino por la existencia de múltiples títulos jurídicos de imputación, como así han considerado la doctrina y la jurisprudencia.

3.2.2.1. *Funcionamiento normal.*

Se entiende por funcionamiento normal del servicio público aquella actuación administrativa ajustada a legalidad, prescindiendo de cualquier referencia subjetiva a la concurrencia de dolo, culpa o negligencia en la persona del funcionario agente del daño, o del conjunto de la organización administrativa⁸⁸.

La referencia al título jurídico de imputación por el funcionamiento normal del servicio público ha sido objeto de amplia discusión y continuo debate por parte de la doctrina y la jurisprudencia, existiendo, diversas tesis al respecto:

- a) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública desde la perspectiva panobjetivista: responsabilidad objetiva global.* Considera esta tesis que la Administración ha de reparar todos los daños que causa, salvo que demuestre la concurrencia de fuerza mayor externa o extraña al servicio prestado, prescindiendo de cualquier criterio de imputación, y centrando la resarcibilidad de la lesión en la mera existencia de un daño antijurídico, un hecho lesivo y un vínculo causal entre ambos⁸⁹.
- b) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública desde la perspectiva prevalentemente subjetiva.* Rompe con el sistema monogenético del panobjetivismo administrativo y de la culpa de la doctrina clásica del Derecho civil, al defender un sistema policéntrico, que pivota sobre la idea de la existencia múltiples títulos de imputación, siendo la culpa el criterio principal o prevalente –identificada con el funcionamiento anormal–, y respondiendo únicamente en casos excepcionales por el simple riesgo objetivo –identificado funcionamiento normal–, cuando venga así establecido específicamente por la legislación sectorial.
- c) *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como un sistema poligenético de responsabilidad.* Tesis que choca nuevamente con los sistemas monogenéticos, al adoptar una concepción de responsabilidad policéntrica, mediante el reconocimiento de múltiples títulos jurídicos de imputación incluidos en la formulación del funcionamiento normal (por riesgo, sacrificio especial, incumplimiento, etc.), e identificando funcionamiento anormal con la exigencia de dolo o culpa. Difiere del

falta, dentro de la cual se distingue, por su parte, a) Responsabilidad por actos administrativos válidos; b) Responsabilidad por la creación de situaciones de riesgo objetivo; y c) Responsabilidad por actos no fiscalizables (o no anulables) en vía contencioso-administrativa.

⁸⁸ La referencia al funcionamiento normal del servicio público redundante en la concepción objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, en el sentido de que bastará con que se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado, y antijurídico, a efectos de la declaración de la responsabilidad. En consecuencia, “ésta fundamental característica –«carácter objetivo de la responsabilidad»– exige que no sólo no es menester demostrar, para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos. De ahí, debe concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.” (SSTS de 8 de octubre y 6 de noviembre de 1998, 5 de julio y 27 de noviembre de 1999, 10 de octubre de 2000, entre otras).

⁸⁹ Esta tesis, sostiene MEDINA ALCOZ (en MEDINA ALCOZ, L. *La responsabilidad... op. cit.* Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo IV, Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas / coord. por Tomás Cano Campos, 2009, Pp. 94 y ss.), no fue llevada hasta sus últimas consecuencias, pues, “aunque en los primeros considerandos o fundamentos jurídicos de sus sentencias declara la pura objetividad de la responsabilidad de la Administración, sólo condena al resarcimiento en presencia de un título de imputación, normalmente la culpa. La tendencia prevalente es la de ocultar el juicio de imputación y, en particular, el juicio de culpabilidad dentro de los juicios de antijuridicidad y causalidad. Esto consiste, básicamente, en que, tras afirmar la objetividad del entero sistema de responsabilidad patrimonial, sólo se afirma la antijuridicidad del daño o la existencia de nexo causal si la Administración incurrió en culpa o subsiste algún otro criterio de imputación”.

sistema de responsabilidad prevalente subjetiva, en que otorga idéntico valor a los distintos títulos de imputación.

En aplicación de ésta última tesis, la doctrina encuadra dentro de la fórmula genérica de funcionamiento normal diversos supuestos:

- a) *Responsabilidad por creación de situaciones de riesgo objetivo*. El hecho dañoso constituye la realización del riesgo típico, derivado de la mera existencia de la organización o del desenvolvimiento de la actividad administrativa. Quedan comprendidos bajo este concepto aquellos supuestos de caso fortuito⁹⁰, con el límite operado por el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, y la exclusión de los daños ocasionados por fuerza mayor –Arts. 106.2 CE y 139.1 LRJPAC–.
- b) *Responsabilidad por enriquecimiento sin título*, es decir, aquellos supuestos en que la Administración obtiene un beneficio cualquiera, tanto positivo como negativo, como consecuencia de un daño o una disminución patrimonial producidos a un tercero.
- c) Aquellos otros supuestos de *responsabilidad por actos administrativos válidos o que se produzcan como consecuencia directa del ejercicio ordinario del servicio; la responsabilidad por actos no fiscalizables (no anulables) en vía contenciosa-administrativa; la responsabilidad por sacrificio especial; etc.*

En consecuencia, y por aplicación de éste límite, en los supuestos de actividad administrativa sujeta a los límites del estado de la ciencia y de la técnica –como pueda ser el ámbito de la asistencia sanitaria–, la Administración sólo responderá en caso de vulnerar o contravenir las pautas de conducta científica o técnicamente establecidas.

3.2.2.2. Funcionamiento anormal.

La alusión al funcionamiento anormal del servicio público hace referencia a todos aquellos supuestos en que la Administración hubiera actuado *de forma objetivamente inadecuada* en la comisión de un hecho dañoso. Situación, que no vendrá referida únicamente –o al menos, no sólo– a la concurrencia de dolo, culpa o negligencia en la persona del funcionario agente del daño, sino que habrán de incluirse aquellos supuestos en que exista una actividad administrativa ilícita o contraria a la ley; así como aquellos otros en que el daño se produzca como consecuencia de la deficiente organización de los servicios públicos⁹¹, entendiendo por tales, tanto la inexistencia del servicio mismo, como su funcionamiento defectuoso, bien por haberse desarrollado tardíamente, o por debajo de los umbrales de diligencia exigibles.

Es por ello que, en orden a la determinación del funcionamiento anormal de los servicios públicos, doctrina y jurisprudencia identifiquen la actuación administrativa objetivamente inadecuada o técnicamente incorrecta, con la *vulneración de los estándares de diligencia y calidad*⁹² que deben presidir el funcionamiento normal del servicio público.

⁹⁰ Se entiende por caso fortuito, aquellas lesiones producidas por hechos imprevisibles o inevitables, producidos dentro de la prestación del servicio público, propias de la organización administrativa. Es decir, aquellos “*eventos internos intrínsecos, inscritos en el funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida*” (STS de 11 de diciembre de 1974, entre otras). Por su parte, la fuerza mayor hace referencia a aquellos supuestos en los que concurre una determinabilidad inevitable, insuperable e irresistible, en los que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio –es decir, ajenas a la actividad administrativa– como así disponen las SSTs de 19 de abril de 1997, 3 de diciembre de 1999 y 1 de noviembre de 2001.

⁹¹ “El carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que la anormalidad en el servicio no debe necesariamente estar conectada a la existencia de una infracción subjetiva de los deberes de los funcionarios, sino que basta con demostrar, como aprecia la sentencia de instancia, que objetivamente existió una deficiencia, aun cuando fuera aislada, determinante de la omisión de cuidados que pudieron evitar el fallecimiento”. (STS de 28 de marzo de 2000).

⁹² En relación a su fundamento, autores como LEGUINA VILLA y DESDENTADO DAROCA –en LEGUINA VILLA, J. y DESDENTADO DAROCA, E. *La protección jurídica del Administrado... op. cit.* Pp. 6 y ss–, consideran que este criterio toma su base en la cláusula dispuesta por el Art. 141.1 LRJPAC –por el cual se establece que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”–, la cual vincula el

El principal problema se plantea, sin embargo, en identificar cuáles son los concretos parámetros o niveles de diligencia exigibles, a los que debe someterse la Administración⁹³, cuya actual falta de regulación –salvo casos concretos, como las denominadas cartas de servicios⁹⁴– conduce inevitablemente a una situación de inseguridad jurídica⁹⁵, al ser estos criterios fijados de forma casuística y empírica por el juez.

3.2.2.3. Concepto de servicio público.

La expresión “funcionamiento de los servicios públicos” –realizada por los Arts. 139.1 LRJPAC y 106.2 CE–, ha sido tradicionalmente interpretada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como *equivalente general al común de la actuación administrativa*. Concepto amplísimo, que abarca cualquier tipo de actuación, gestión o actividad desarrollada por la Administración Pública, que se ejerza tanto por acción como por inactividad u omisión, desarrollada tanto en el marco de sus potestades públicas como privadas⁹⁶.

3.2.3. Relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio público.

El último requisito o elemento preceptivo en orden al nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, hace referencia a la necesaria existencia de una relación de causalidad, entendida ésta como el vínculo jurídico existente entre una acción –funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos– y un resultado –daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado y antijurídico–, mediante el cual se pueda afirmar que éste ha sido consecuencia de aquella.

La aparente sencillez en la formulación de esta requisito, choca con la complejidad de su aplicación práctica, por cuanto que los resultados dañosos no suelen responder a una única e identificada causa lesiva, sino que, a menudo, son el resultado de un conjunto dinámico de hechos causales autónomos, que pueden concurrir, en igual o desigual medida, a la formación del perjuicio final. No obstante, la jurisprudencia se decanta por el empleo de fórmulas flexibles, que contemplen y resuelvan las singularidades y circunstancias concurrentes en cada caso, centrándose en la relevancia e idoneidad del hecho específico. Existen, al efecto, tres teorías sobre la relación de causalidad:

3.2.3.1. Teoría de la causalidad exclusiva.

Teoría restrictiva según la cual, la Administración habrá de responder únicamente cuando exista un nexo causal directo y exclusivo entre la actuación administrativa y el perjuicio causado, sin que puedan concurrir otros factores o causas ajenas a ambos elementos, tales como

surgimiento de la responsabilidad de la Administración a la existencia de una lesión, derivada de hechos o circunstancias previsibles o evitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, pero que no fueron evitados. De esta forma, se limita nuevamente el alcance de la responsabilidad objetiva de la Administración, la introduciendo la concurrencia de la culpa como criterio de imputación de los daños producidos en el ámbito de la asistencia sanitaria y de otros servicios públicos en los que la Administración actúa guiada por criterios técnicos o científicos, identificándose, en todo caso, con el título de imputación del funcionamiento anormal del servicio.

Sin embargo, ha de advertirse que de la literalidad de la redacción del Art. 141.1 LRJPAC, ésta formulación puede extenderse a cualquier campo de la actividad dañosa de la Administración y no sólo a los supuestos en los que ésta actúa guiada por criterios técnicos o científicos en los que probablemente estaba pensando el legislador, motivo por el cual habrá de interpretarse restrictivamente.

⁹³ Nuevamente SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Principios... op. cit. Segunda edición, 2009, pág. 507. En el mismo sentido, SANCHEZ MORON, M. Derecho Administrativo... op. cit., pp. 902 y ss.

⁹⁴ MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad...* op. cit. Primera edición, 2002, pp. 254 y ss. Cobran especial relevancia al efecto las denominadas *cartas de servicios*, las cuales, pese a su indudable utilidad, siguen resultando insuficientes, y ello por la propia falta de ambición de las mismas, por la generalidad e indeterminación de sus postulados así como por la imposición de obligaciones de resultado y no de medios.

⁹⁵ Opción mucho más deseable, por redundante en beneficio de la seguridad jurídica, (nuevamente MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad...* op. cit. Primera edición, 2002, pp. 254 y ss), radicaría en la elaboración exhaustiva y detallada de las normas de diligencia específicas, cuya contravención diera lugar a la existencia de responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio público. Estándares elaborados de acuerdo con las exigencias sociales, las limitaciones presupuestarias y los contenidos irrenunciables impuestos por la Constitución y las Leyes, que señalaran los niveles de diligencia en la actuación de las Administraciones Públicas, indicando cómo han de funcionar normalmente los servicios públicos.

⁹⁶ SSTs de 5 de junio de 1989, de 22 de marzo de 1995, y de 23 de diciembre de 1998, entre otras.

la intervención de terceros o del propio perjudicado. En aplicación de esta tesis, la intervención de cualquiera de estos elementos produce la ruptura del nexo causal, exonerando a la Administración de su deber de reparación.

3.2.3.2. Teoría de la equivalencia de condiciones.

Teoría mediante la cual se equiparan todos los factores concurrentes en la producción del daño, asignando la misma relevancia a cada una de las causas –y ello con independencia de que éstas se encuentren o no alejadas en su producción–, de tal forma que la obligación de indemnizar alcanzará a todos los agentes que hubieran participado en la realización de la lesión.

3.2.3.1. Teoría de la causalidad adecuada.

Teoría que postula la posibilidad de concurrencia de diversas causas generadoras del daño, sin que ello suponga la ruptura del nexo causal. En la aplicación de esta tesis se hace necesario, se hace necesario realizar un análisis de la idoneidad o adecuación de cada una de las causas en la producción del daño. La causa adecuada o causa eficiente exige, en consecuencia, un presupuesto o *conditio sine qua non*, sin el cual es inconcebible que se hubiera producido el perjuicio o lesión.

Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento, o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios⁹⁷.

4. CAPÍTULO CUARTO: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

4.1. CAMBIO DE PARADIGMA EN LA RELACIÓN SANITARIA: DEL SISTEMA TRADICIONAL INSPIRADO POR EL PRINCIPIO DE BENEFICENCIA AL SISTEMA MODERNO CONSTRUIDO DESDE LA ÓPTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

No es ajeno a nuestra realidad social y jurídica que durante las últimas décadas se ha venido produciendo una multiplicación exponencial y desbordante de las reclamaciones por los daños y perjuicios producidos con ocasión de la prestación del servicio público de asistencia sanitaria⁹⁸. Incremento que, si bien desde la perspectiva del jurista pudiera advertirse como una “señal del progreso” –como MUÑOZ MACHADO intentara hacernos creer–, ha suscitado no

⁹⁷“El problema se reduce a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final. De las soluciones brindadas por la doctrina la teoría de la condición o de la equivalencia de las causas que durante tanto tiempo predominó en el Derecho Penal, según la cual es causa del daño toda circunstancia que de no haber transcurrido hubiera dado lugar a otro resultado, está hoy sensiblemente abandonada. La doctrina administrativista se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada, que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una «conditio sine qua non» esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada. Es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento, o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo; sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño («in iure non remota causa, sed proxima spectatur»). De esta forma quedan excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”. (STS de 5 de diciembre de 1995. En el mismo sentido, SSTs de 28 de octubre y 28 de noviembre de 1998, 16 de febrero de 1999, 5 de abril de 2011)

⁹⁸ Multiplicación que no es exclusiva de España, sino que “es un fenómeno universal en los países con servicios sanitarios desarrollados” (MUÑOZ MACHADO, S. Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria, Revista de Documentación Administrativa, núm. 237 – 238, enero – junio 1994).

pocas críticas, tanto por parte de los profesionales sanitarios –cuya reacción frente al auge en la litigiosidad redundaba en el desarrollo de conductas que, en verdad, pervierten la esencia del servicio mismo⁹⁹–, como desde la óptica de la doctrina y la jurisprudencia, ante la ausencia de un adecuado régimen de responsabilidad patrimonial, coherente con la realidad social, económica y jurídica del momento, y al albur de requisitos y criterios inequívocos y realistas.

Esta expansión en las reclamaciones –que no queda reducida únicamente al ámbito de los daños sanitarios, sino que afecta a la totalidad de sectores que integran el omnicomprendido concepto de servicio público–, responde a un importante cambio de tendencia en la sociedad y en el inconsciente colectivo, no admitiéndose ya las desgracias y siniestros producidos, los cuales fueran tradicionalmente asumidos como un *fatum* insalvable a consecuencia de la concepción religiosa y señorial de la vida¹⁰⁰. Un tránsito que, llevado al ámbito estrictamente sanitario, conlleva la superación de un modelo tradicional de “*sometimiento asistencial*”, de carácter vertical y corte paternalista, inspirado en el principio de confianza o beneficencia, desde cuya perspectiva, el paciente –como mero destinatario, sumiso y obediente, a las órdenes del facultativo–, debía asumir los inconvenientes, peligros y errores de la medicina y del acto médico, del mismo modo en que acepta la enfermedad en sí misma¹⁰¹.

En efecto, la sociedad moderna, ya no admite ni tolera estos arcaicos modelos de sometimiento –frente a los que hasta hace relativamente poco tiempo se mostraba transigente–, sino que, al contrario, los rechaza y se rebela frente ellos, abogando por un modelo de servicio público constitucionalizado, construido desde la óptica del respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas. Concepción garantista que, junto al progresivo acercamiento entre Derecho y la Medicina, ha supuesto una redefinición de la relación médico-paciente, el reconocimiento de sus derechos –a destacar el consentimiento informado, el derecho a las voluntades anticipadas o el conjunto de derechos fundamentales de los que es titular y que el ordenamiento le atribuye en su calidad de ciudadano, tales como el derecho a la protección de datos de carácter personal y la protección de datos sanitarios–, así como la creciente salvaguarda de su autonomía¹⁰².

⁹⁹ En efecto, y durante largo tiempo, el incremento de las reclamaciones judiciales en materia de responsabilidad sanitaria –bien desde el ámbito privado o desde el estrictamente público–, ha sido vista con malos ojos desde la posición del médico, como una suerte de “inquisitorial caza al facultativo”. Consideración que no ha hecho sino fomentar la consecución de prácticas como la medicina defensiva –que consiste en someter a los pacientes a pruebas y consultas con otros especialistas innecesarias, generando un coste económico incalculable para el sistema, en opinión de los expertos, que podría dedicarse a investigación o a otras prioridades médicas– o la exclusión de decisiones que supongan la asunción de riesgos, dirigidas no tanto a la mayor seguridad, certeza o precisión en el diagnóstico o en la realización del tratamiento u operación, por cuanto a una mayor protección jurídica, vinculada a una menor probabilidad de condena ante un eventual procedimiento de reclamación de responsabilidad. Ejemplificativo del trasfondo de angustia que aún subsiste en ciertos colectivos sanitarios –aunque cada vez menos–, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. *La medicina ante el derecho: problemas del lenguaje y de riesgo profesional*, Dykinson, 2014, pág. 9, al indicar que “*La actividad profesional del médico se ha convertido, hoy por hoy, en una actividad de riesgo legal.*”

¹⁰⁰ Certeramente, como siempre, MARTÍN REBOLLO, en MARTÍN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial...*, op. cit. RAP, núm. 150. 1999, pág. 320.

¹⁰¹ Conforme a la perspectiva de TOMILLO URBINA (en TOMILLO URBINA, J. *Tipicidad del usuario de servicios sanitarios como consumidor*. La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico: (actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores) / coord. por Julio Álvarez Rubio; Jorge Luis Tomillo Urbina, 2011, pp. 356 y ss; y TOMILLO URBINA, J. L. *La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor*, La protección jurídica del paciente como consumidor: selección de intervenciones en el I y II Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor / coord. por Jorge Luis Tomillo Urbina, Joaquín Cayón de las Cuevas, 2010, pp. 55 y ss), el acto médico, desde el sistema tradicional, no es sino “un acto de beneficencia que el facultativo realiza con entrega, inspirado por la idea de hacer el bien de forma altruista”, cuya fundamentación radica en la sanación y no en la remuneración o retribución mercantilista. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. *Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales*, Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 3 (mayo 2004), pp. 155 y ss. dispone que “a partir del comienzo del siglo XIX se inicia un movimiento de afirmación de la autonomía de la persona enferma que se enfrenta con la tradicional concepción paternalista de la figura del médico. Ahora se admite que la persona enferma tiene un poder de autodeterminación que debe ser respetado por el médico, quien no puede imponerle tratamientos coactivos, por bienintencionados que sean”.

¹⁰² GARCÍA GARNICA, M.C. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, 2010, pág. 1

4.2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA: REVISIÓN A LOS CARACTERES ESENCIALES DEL RÉGIMEN GENERAL.

4.2.1. Revisión al carácter general y unitario del sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Aplicación en materia sanitaria y mecanismos de corrección.

Como ya se comentara anteriormente, la actual configuración del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como general y unitario, supone la existencia de un régimen jurídico único, preceptuado por los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, de aplicación uniforme frente a todos aquellos daños y perjuicios que se produzcan con ocasión del “funcionamiento del servicio público”¹⁰³, entre los que han de incluirse –como no puede ser de otra manera-, los derivados de la prestación del servicio de asistencia sanitaria.

Sin embargo, dada la excesiva generalidad e indeterminación en la concreción de sus presupuestos y de los fundamentos del deber de reparación y su alcance –que ya fueran advertidos y criticados por autores como ASÚA GONZÁLEZ, PANTALEÓN PRIETO, o MIR PUIGPELAT¹⁰⁴-, este régimen planteaba –y plantea- graves problemas interpretativos y aplicativos que, al no ser corregidos por el legislador –y con independencia de las posiciones doctrinales existentes-, han llevado a que sea la propia doctrina jurisprudencial la que perfile el alcance de los distintos criterios y requisitos que configuran el sistema general de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública¹⁰⁵, mediante su modalización entorno

¹⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios...* op. cit., pág. 200. Recordemos que el concepto de funcionamiento del servicio público comprende no sólo el conjunto de actividades de carácter prestacional o material llevadas a cabo por la Administración, sino que incluye todas aquellas fórmulas de actuación típica, tanto jurídicas como materiales, tanto por acción como por inactividad u omisión, así como el giro o tráfico administrativo.

¹⁰⁴ ASÚA GONZÁLEZ, C.I. *Responsabilidad civil médica*, Tratado de Responsabilidad Civil, 2002, pp. 1010 y ss; PANTALEÓN PRIETO, F. *Los anteojos del civilista...* op. cit., Documentación Administrativa, núm. 237 – 238, 1994; y MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Segunda Edición, 2012, pp. 275 y ss. Desbordamiento e incertidumbre que advirtiera igualmente MARTÍN REBOLLO con claro acierto en su referencia a la “manifestación de esa vaga e imprecisa sensación de insatisfacción derivada del casuismo, de los bandazos jurisprudenciales, de las argumentaciones contradictorias, de algunos supuestos especialmente significativos, de ciertos excesos también, de los cambios en el papel de la Administración y de la inseguridad que todo ello produce; [y que] proporciona una cierta impresión de vacío, al que tiene horror siempre el jurista” (MARTÍN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial...*, op. cit. RAP, núm. 150. 1999, pág. 364).

¹⁰⁵ El amplísimo margen interpretativo del que dispone el Juez ante la indefinición de los requisitos concurrentes en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, ha sido objeto de fuertes críticas por parte de los sectores disidentes de la doctrina administrativista tradicional, representados por autores como PANTALEÓN PRIETO, al considerar que el enjuiciamiento de la imputación de la responsabilidad a la Administración ha de llevarse a cabo a la luz de los presupuestos designados por el legislador, al objeto de evitar que acabe siendo el Poder Judicial el que decida la distribución del Presupuesto General del Estado (PANTALEÓN PRIETO, F. *Los anteojos del civilista...* op. cit., Documentación Administrativa, núm. 237 – 238, 1994, pág. 249).

Nuevamente, MIR PUIGPELAT (en MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial...* op. cit., Segunda Edición, 2012, pp. 256 y ss) considera inadmisibles dichas situaciones sobre la base de tres grandes razones: por cuanto *representa una subversión del principio democrático* –ya que la determinación de los criterios que fundamenten la responsabilidad extracontractual ha de corresponder a la colectividad a través de sus representantes, y no a los jueces-, *amenaza gravemente a la seguridad jurídica* –en tanto que la generalidad de los presupuestos y el amplio margen interpretativo del juez, redundan en la incertidumbre entorno al alcance de la solución que pudiera adoptar el órgano jurisdiccional o las reglas empleadas por el mismo- y supone un grave peligro al principio de igualdad –por cuanto habrá ciudadanos que se beneficien de las interpretaciones más amplias, mientras que otros serán perjudicados por interpretaciones más restrictivas-. En el mismo sentido, y con exquisita precisión, MARTÍN REBOLLO establece que “El juez es quien condena. Y el juez, al condenar a la Administración, tiene necesaria e inconscientemente a la vista el desideratum de cómo debería ser la Administración. ¿Y cómo debe ser? No parece irrazonable pensar que es preferible que esas pautas estén ya prefijadas, preestablecidas de antemano. Que esas pautas vengan establecidas desde fuera. Desde la propia Administración o, en su caso, desde el legislador. Pautas que, al ser fijadas, han pasado por el tamiz de lo que se quiere y lo que se puede. Esto es, por los condicionantes políticos e ideológicos (lo que se quiere) y los condicionantes económicos (lo que se puede)” (MARTÍN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial...*, op. cit. RAP, núm. 150. 1999, pág. 364). Con respecto a esta última obra, y en relación a los estándares del calidad que el propio juez ha de tener en consideración como punto de referencia en la valoración del funcionamiento anormal del servicio público, cobra especial relevancia la puntualización que hace MARTÍN REBOLLO a la obra de JIMÉNEZ BLANCO (JIMÉNEZ BLANCO, A. *Responsabilidad administrativa por culpa “in vigilando” o “in ommittendo”*, en el volumen Gobierno y Administración en la Constitución, tomo I, IEF, Madrid, 1988, pp. 906 y ss. [antes, en Poder Judicial, núm. 2 (1986) pp. 121 y ss]), por la cual se establece que “la jurisprudencia es la que debe fijar en cada momento el “standard” del funcionamiento anormal de los servicios públicos”, al señalar que

a sectores concretos de la actuación administrativa y el empleo de diversos mecanismos correctores¹⁰⁶.

En consecuencia, y ante la ausencia de una regulación específica, el régimen de responsabilidad de aplicación a los daños producidos como consecuencia de la prestación del servicio de público de asistencia sanitaria¹⁰⁷ –y que convierte al ente público encargado de la misma en lo que se concibe como Administración Sanitaria¹⁰⁸–, será partícipe del elenco de caracteres y requisitos esenciales, presentes en el régimen general preconizado por los artículos 139 y siguientes LRJPAC, si bien con las consecuentes singularidades y especialidades, derivados del particularismo de la materia y que comentaremos en los siguientes apartados.

4.2.2. Revisión al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la administración pública en materia sanitaria.

Tomando como referencia la multitud de reflexiones críticas sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública –cual es, no cabe duda, la más controvertida del sistema y a cuya interpretación y encaje en la realidad social, jurídica y económica, corrieron ríos de tinta entre doctrina y jurisprudencia, fundamentalmente a partir de la década de los ochenta¹⁰⁹–, comentábamos anteriormente, si bien de forma sucinta, que tal característica supone la traslación del eje central del sistema de responsabilidad, desde la referencia subjetiva a la concurrencia de dolo, culpa o negligencia en la persona del funcionario agente del daño, a la existencia de una lesión resarcible, concebida como aquél daño antijurídico, efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

Sin embargo, la práctica jurisprudencial de principios de los noventa dará fe de una realidad completamente distinta, habida cuenta de la aplicación excesivamente rigurosa –al igual que equivocada, en mi opinión– de los presupuestos y requisitos que configuran el régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, toda vez que, en orden al nacimiento del deber de indemnizar, y como consecuencia de la obligación de responder por las lesiones que se deriven del “*funcionamiento normal o anormal del servicio público*”, únicamente eran exigidas la efectividad de los daños y la existencia de un adecuado nexo de

“Seguramente es inevitable que sea así, pero ello no obsta para propiciar que, en lo posible, ese estándar venga dado desde fuera, porque si no las pautas para fijar los criterios de la normalidad dependerán de las personales convicciones de cada juez. Ahí está el riesgo al que se refería A. NIETO hace ya casi veinte años: que los tribunales coloquen ficticiamente «los estándares de normalidad de los servicios a unos niveles desproporcionados con la calidad de los servicios del país»”.

¹⁰⁶ En efecto, la intensa desazón entorno a la correcta identificación de los fundamentos del deber de reparación y su alcance –núcleo central de la discusión, especialmente trascendente en el ámbito de la prestación del servicio la asistencia sanitaria pública–, ha llevado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a la reflexión y exégesis sobre la amplitud del sistema, y no sólo en lo que respecta al marco de cobertura de la responsabilidad, sino también a la extensión y niveles de prestación del servicio público. Una redefinición del régimen de responsabilidad patrimonial –que entronca con la búsqueda de la utópica seguridad jurídica, y que pretende evitar los comunes bandazos jurisprudenciales, excesos y contraindicaciones y el amplio casuismo a los que ya estábamos acostumbrados–, a cuyo efecto, la modalización jurisprudencial y el empleo de diversos mecanismos correctores, si bien absolutamente necesarios, se han demostrado ciertamente insuficientes.

¹⁰⁷ PEMÁN GAVÍN, J. Las prestaciones sanitarias públicas. Configuración actual y perspectivas de futuro, Revista de Administración Pública, núm. 156 (septiembre – diciembre 2001), pp. 105 y 106. Por la amplitud y heterogeneidad de su contenido, el servicio público de asistencia sanitaria engloba un amplio abanico de prestaciones complejas, que van desde el característico y prototípico “*facere cualificado o técnico, a cargo de los correspondientes servicios asistenciales –el tratamiento médico [...] en todas sus variantes y modalidades, que van desde el simple reconocimiento o revisión, hasta las intervenciones quirúrgicas más complejas o los tratamientos con aparatos altamente sofisticados*”; como al típico tópico *dare*, referido a la “*entrega de algún objeto o cosa que requiera la persona atendida*” –tales como “*medicamentos y efectos sanitarios, prótesis o vehículos para inválidos*”, en el que pueden incluirse aquellos supuestos de reintegro de gastos–; o incluso, aquellas prestaciones indirectas tales como el transporte de enfermos o personas inválidas o aquellas actuaciones administrativas o de mera gestión del servicio.

¹⁰⁸ Configurada como el conjunto de Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, y demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y centros sanitarios concertados, conforme a la Disposición adicional duodécima, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹⁰⁹ Así pone de manifiesto MARTÍN REBOLLO (en su artículo MARTÍN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial...*, op. cit. RAP, núm. 150. 1999, pág. 323), al disponer que “*Hasta la década de los años ochenta se puede decir que no eran excesivos los trabajos dedicados al tema de la responsabilidad [...] Hoy la bibliografía ha crecido enormemente. No cabe ya retener una lista omnicompreensiva de los numerosísimos trabajos publicados*”

causalidad¹¹⁰. Situación que condujo, ciertamente, a excesos inadmisibles y desorbitantes¹¹¹ que no hicieron sino fomentar los bandazos jurisprudenciales y el amplio casuismo, sobre todo en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario¹¹².

En consecuencia, y con la finalidad de restringir el exacerbado rigorismo en la aplicación del carácter objetivo y del potencial efecto expansivo de la responsabilidad –sobre todo, como decimos, en un ámbito tan sensible como es el sanitario–, este criterio vino a concebirse como una suerte de obstáculo en la práctica jurisprudencial, que hubiera de salvarse a través su modulación mediante el recurso a diversos mecanismos. En efecto, y como ya fuera reiterado insistentemente por la doctrina y la jurisprudencia en su interpretación¹¹³ –por otra parte obvia, aunque sin embargo, en aquel momento, absolutamente necesaria–, la caracterización del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como objetivo o por el resultado ni supone, ni puede suponer, la existencia de un sistema de responsabilidad global frente a todos los riesgos posibles, que se produzcan como consecuencia de la actuación administrativa, máxime en un campo como es el sanitario, en el que no parece en modo alguno razonable que la mera existencia de un simple daño, vinculado a través de un nexo causal al funcionamiento de un servicio público, conlleve el deber de indemnizar al perjudicado siempre y en todo caso, ya que dicha situación se encuentra más cercana en su naturaleza a la garantía de asistencia universal de los seguros sociales, que a la propiamente resarcitoria del sistema de responsabilidad¹¹⁴.

En definitiva, la caracterización del sistema de responsabilidad como objetivo o por el resultado, supone, única y simplemente, el desplazamiento de su eje central desde el criterio de la culpa –propio del régimen de responsabilidad civil–, a la existencia de una lesión resarcible como elemento nuclear del sistema, cuya característica de antijuridicidad –como elemento determinante y cualificador del daño–, define al mismo como aquel perjuicio que el particular no tenga el deber jurídico de soportar, por no existir causas de justificación, expresamente previstas

¹¹⁰ A título ejemplificativo, cabe citar la STS de 24 de mayo de 1994 por la cual se dispone que “la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños que puedan derivarse del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos tiene carácter objetivo y *depende, exclusivamente, con abstracción de todo juicio de intencionalidad, de que se demuestre la efectividad de los daños y el adecuado nexo de causalidad*” (la cursiva es nuestra).

¹¹¹ Superada la etapa de práctica irresponsabilidad del Estado a mediados de la década de los setenta, y posteriormente, con el advenimiento de la Ley 30/1992, asistiremos a un viraje de ciento ochenta grados en las posiciones adoptadas frente al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Una nueva perspectiva, presente entre la doctrina y la jurisprudencia de los primeros años de la década de los noventa, de cuya realidad dan fé las múltiples resoluciones de la época, y en cuya virtud, bastaba constatar la existencia de una lesión individualizada que trajera causa del acto médico para que, en tales casos, procediera la indemnización.

¹¹² ASÚA GONZÁLEZ, C.I. *Responsabilidad... op. cit.*, Tratado de Responsabilidad Civil, 2002, pp. 1016 y ss. identifica al ámbito sanitario público como uno de los campos donde se han puesto de manifiesto, de forma más contundente, los excesos del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

¹¹³ Comenta SÁNCHEZ GARCÍA, M.M. Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, Vol. 23 Extraordinario XXII Congreso (2013), que dicha concepción operó a su vez como un límite al nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido como único criterio atributivo de responsabilidad patrimonial, tal como se prevé en el art. 139.1 de la LRJPAC. Orientación acogida por la jurisprudencia en diversas ocasiones, entre las que cabe citar las SSTS de 7 de febrero, 6 de marzo, 4 de mayo y 5 de junio de 1998, por las cual se dispone que “[...] la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de las Administraciones Públicas convierta a estas en aseguradoras eventualidad desfavorable o dañosa por los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque, de lo contrario, se transformaría aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”. En el mismo sentido, STS de 14 de octubre y 30 de septiembre de 2003, 17 de abril de 2007, 25 de mayo y 15 de junio de 2010 y SSTSJ Castilla y León, Valladolid, 2491/2011, de 2 de noviembre, y TSJ Madrid, 28/2011, de 24 de enero.

¹¹⁴ MARTÍN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial...*, op. cit. RAP, núm. 150. 1999, pág. 323, “La responsabilidad no es, no puede ser, un seguro universal. Y su faceta asistencial –obligada en un Estado social de Derecho– debe entenderse cubierta por el segundo inciso transcrito, que remite a cuestiones de política legislativa y presupuestaria”, reiterando nuevamente que “el régimen de dicha responsabilidad no deba equipararse o confundirse con un sistema de asistencia social universal. Si se confunde, el resultado será más inseguridad y el correlato de que o no se aplica el régimen resarcitorio con todas sus consecuencias o, de aplicarse en su integridad, puede cuestionar sus propios condicionantes económicos. El sistema asistencial es diferente del régimen de responsabilidad, aunque mantenga con él una relación de vasos comunicantes: a más seguridad social, menos espacio social, cubre la responsabilidad”.

en la ley, que le impongan dicha obligación¹¹⁵. No supone en modo alguno, como decimos, que la Administración deba responder, siempre y en todo caso, de los daños objetivamente causados, aun cuando se hubiera acreditado el nexo causal entre el daño y el agente dañoso, ya que no es razonable confundir la imputación objetiva con la causalidad objetiva. En palabras de PANTALEÓN¹¹⁶, “*Es equivocado buscar un concepto específico de causalidad jurídica. El derecho no puede sino partir de un concepto de causalidad propio de la lógica y de las ciencias de la naturaleza: la llamada concepción “nomológico funcional” de la causalidad. Los operadores jurídicos no son productores sino consumidores de las leyes causales. Por ello puede afirmarse que la decisión sobre la existencia o no de la relación de causalidad es una cuestión de hecho, libre de valoraciones específicamente normativas. Por el contrario, el problema de la imputación objetiva es una cuestión claramente jurídica, un problema de valoración a resolver con pautas más o menos precisas, ofrecidas por el sistema normativo de responsabilidad. No es correcto, por tanto, considerar las que verdaderamente son teorías de imputación objetiva (entre ellas la mal llamada “teoría de la causalidad adecuada”) como si se tratara de teorías sobre la relación de causalidad*”.

No obstante, y si bien bajo este razonamiento quedan aclarados, en cierto modo, la definición y consecuencias del carácter objetivo del sistema de responsabilidad, existen todavía múltiples cuestiones entorno a varios de sus elementos y presupuestos, en lo que respecta al concreto ámbito de la asistencia pública sanitaria. ¿Qué derechos e intereses son susceptibles de lesión en dicho ámbito¹¹⁷? ¿Cuál es la trascendencia de los títulos jurídicos de imputación de la

¹¹⁵ Cobra especial relevancia como causa de exoneración de la responsabilidad, aquella derivada de los denominados “riesgos del progreso” o “riesgos del desarrollo técnico”, referidos en el artículo 141.1 LRJPAC, por el cual se dispone que “*No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*”. Imprevisibilidad o inevitabilidad conforme al estado de la ciencia, que imposibilitó la imputación de la responsabilidad a la Administración por los contagios hospitalarios de VIH (SIDA), VHB (Hepatitis B), y VHC (Hepatitis C), por vía parental, hasta que tales riesgos de contagio pudieron ser previsibles o evitables. Al efecto, han sido múltiples los autores que han comentado con gran tino este precepto, entre los que destacan ASÚA GONZÁLEZ, CASTÁN MARTÍNEZ, ESTEVE PARDO, GÓMEZ CALLE, PARDO GATO, o VILLAR ROJAS, entre otros muchos (en ASÚA GONZÁLEZ, C.I. *Responsabilidad... op. cit.*, Tratado de Responsabilidad Civil, 2002, pp. 1016 y ss; en CASTÁN MARTÍNEZ, L.M. *Doctrina de los riesgos del progreso o derivados del avance técnico. Artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Anales de la Abogacía General del Estado – Núm. 2001, enero 2003, pág. 3; ESTEVE PARDO, J. *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999; GÓMEZ CALLE, E. *El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario*, Anuario de derecho civil. Vol. 51, núm. 4, 1998, pp. 1725 y ss; PARDO GATO, J.R. *La responsabilidad civil sanitaria por riesgos de desarrollo, y La excepción de los medicamentos respecto a las causas de exoneración de responsabilidad civil por “riesgos de desarrollo”: Un “antes” y un “después” de la sentencia de 10 de Mayo de 2001 del TJCE*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 3, 2003, págs. 1735-1749; y VILLAR ROJAS, F.J. *La responsabilidad de las administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 140 y ss, respectivamente).

¹¹⁶ PANTALEÓN PRIETO, F. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, Centenario del Código Civil 1889-1989, Vol. 2, 1990, págs. 1561-1592. Continúa dicho autor exponiendo que “*desde cualquier punto de vista, dogmático o práctico, el separar las cuestiones causales de los problemas de imputación objetiva no puede sino merecer aplauso. Es un paso imprescindible para una racionalización del derecho español de daños, que permita, mediante la elaboración doctrinal y jurisprudencial de criterios claros y uniformes de imputación objetiva, reducir la elevada dosis de incerteza que hoy caracteriza a esa rama del ordenamiento jurídico*”.

¹¹⁷ Sin ánimo de exhaustividad, en relación a la primera de estas cuestiones y por su propia naturaleza, la asistencia sanitaria pública afecta a un amplio abanico de derechos que derivan directamente de la dignidad de la persona, tanto a los derechos fundamentales a la protección de la salud, a vida y a la integridad física, como a otros derechos, tales como el derecho a la intimidad, la libertad ideológica, la libertad religiosa, o a los más recientes derechos del paciente, fundamentalmente relacionados con su autonomía e información. Un conglomerado de derechos, cuya lesión entronca con el tradicional *alterum non laedere*, y que comprende aquellas actuaciones administrativas, tanto por acción como por inactividad u omisión, que supongan un daño antijurídico. En palabras de CASTÁN MARTÍNEZ, (en CASTÁN MARTÍNEZ, L.M. *Doctrina de los riesgos del progreso o derivados del avance técnico. Artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Anales de la Abogacía General del Estado – Núm. 2001, enero 2003, pág. 3) “*Sólo será antijurídico aquel daño que constituya una lesión en sentido técnico-jurídico. Técnicamente hablando, por tanto, la lesión sólo existe cuando el daño sea antijurídico; es decir, cuando la actuación administrativa suponga la infracción o, si se quiere, la no realización de una prestación que tenga derecho a obtener el administrado en su esfera relacional con la administración pública actuante. Ni que decir tiene que esa prestación debida e insatisfecha con virtualidad para engendrar la lesión puede consistir en un dare/facere (en cuyo caso, la lesión surgiría de una simple omisión) o en un non facere u omittere (en cuyo caso, la lesión surgiría de la eventual causación de un riesgo o daño positivo evitable. Si esa prestación jurídica existe a favor del administrado, surgirá la lesión en caso de que la Administración demandada no haya satisfecho la misma (por omisión o*

responsabilidad por funcionamiento normal o anormal en esta materia? ¿Cuáles son aquellos daños antijurídicos que el usuario del servicio sanitario no se encuentra jurídicamente obligado a soportar? O ¿cuál es el fundamento de la obligación del servicio público sanitario? Cuestiones sin duda de gran trascendencia a los efectos que ahora interesan, algunas de las cuales serán abordadas pormenorizadamente los capítulos siguientes.

4.3. IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A LA ADMINISTRACIÓN POR EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASISTENCIA SANITARIA.

Como ya pudiéramos observar en la referencia general a los títulos jurídicos de imputación de la responsabilidad a la Administración – y a diferencia del criterio de culpa, operante en sede de responsabilidad civil por los daños producidos en el ámbito de la sanidad privada-, el criterio de imputación en el estricto ámbito de la prestación del servicio de asistencia sanitaria pública se configura como título jurídico de atribución de la responsabilidad de carácter objetivo, derivado del “*funcionamiento normal o anormal del servicio público*”. Sin embargo, surgen ciertas dudas en torno a la fórmula concreta de integración de dichos títulos jurídicos de imputación objetiva, en referencia al funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria.

Ya vimos en apartados anteriores, que la crítica general al carácter objetivo del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se centraba fundamentalmente en los excesos derivados de la interpretación tradicional de dicho criterio, toda vez que bajo tal perspectiva, la Administración había de responder frente a toda lesión, que de forma indiferenciada se hubiera producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Sin embargo, y como antes comentáramos, la caracterización del responsabilidad patrimonial como objetivo no significa que la Administración deba responder frente a todos los hechos dañosos objetivamente causados –y ello aunque hubiera sido acreditado el nexo causal entre el daño y el evento dañoso-, sino solamente frente aquellas lesiones objetivamente imputables a la Administración Pública, debiendo distinguirse, por tanto, los conceptos de causalidad objetiva e imputación objetiva.

En consecuencia, será en referencia a dicha diferenciación –concretamente, en sede de imputación objetiva- donde encuentren su encaje y fundamento los títulos jurídicos de imputación por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, como criterios jurídicos de atribución de la responsabilidad –distintos, por tanto, de la carácter puramente fáctico de la causalidad objetiva-, los cuales vendrán configurados por el recurso a distintas pautas y criterios más o menos precisos –y que, desde nuestra perspectiva, integran lo que pudieran considerarse como *subtítulos jurídicos de imputación*-, limitando la potencial expansividad de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Títulos de atribución de la responsabilidad, que referidos al concreto ámbito de la prestación del servicio público de asistencia sanitaria, operan como criterios verdaderamente esenciales en la configuración de dicho régimen, al integrar –bajo los denominados subtítulos de imputación- el conjunto de especialidades y particularidades en la materia.

4.3.1. Funcionamiento anormal del servicio público: aplicación del título jurídico de imputación por culpa y consideraciones sobre la *lex artis*.

Comenzando precisamente por el título jurídico de imputación más habitual en la práctica jurisprudencial, la alusión al funcionamiento anormal del servicio público hace referencia a todos aquellos supuestos en que la Administración hubiera actuado *de forma objetivamente inadecuada* en la comisión de un hecho dañoso. Un amplísimo margen de imputación que, como dijimos en su momento, no vendrá referido únicamente –o al menos, no sólo- a la concurrencia de dolo, culpa o negligencia en la persona del funcionario agente del daño, sino que habrán de incluirse, en adición, todos aquellos “subtítulos jurídicos de

por causación de riesgos que podrían haberse precavido o eliminado) con independencia de que el órgano administrativo haya obrado o no conforme a sus reglamentaciones o directrices de actividad [...]”

imputación” relativos a la existencia de una actividad administrativa ilícita o contraria a la ley; así como aquellos otros en que el daño se produzca como consecuencia de la deficiente organización de los servicios públicos, entendiendo por tales, tanto la inexistencia del servicio mismo, como su funcionamiento defectuoso, bien por haberse desarrollado tardíamente, o por debajo de los umbrales de diligencia exigibles¹¹⁸.

No es por ello extraño, que en base a la amplia cobertura del concepto de “actuación objetivamente inadecuada”, la jurisprudencia haya empleado el funcionamiento anormal del servicio público como título jurídico de imputación habitual y criterio básico de atribución de la responsabilidad a la Administración, por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la prestación del servicio de asistencia sanitaria.

No obstante, para poder determinar la existencia de un funcionamiento anormal en los servicios públicos –sobre todo, por lo que respecta al subtítulo jurídico de imputación por defectuosa prestación del servicio de asistencia sanitaria-, habrá de hacerse necesariamente una reflexión previa en orden a identificar cómo debe ser el funcionamiento normal del servicio público –esto es, cuáles son las concretas normas o modelos de diligencia y calidad media a los que debe someterse la actuación administrativa-, ya que sólo en su relación negativa con éste último, podrá determinarse si la actuación o funcionamiento de la Administración fue objetivamente inadecuada¹¹⁹. De ahí que sea conveniente la tipificación –como elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración¹²⁰-, de los estándares o niveles de diligencia y calidad media, que deben presidir el funcionamiento normal de los servicios públicos.

Sin embargo, y a pesar de la evidente idoneidad en la positivación de tales elementos, existe una amplia problemática e incertidumbre en torno a la identificación de los poderes nomológicos que deben elaborar y establecer dichos estándares, los criterios que han de seguir a su fijación, o la determinación misma de tales pautas o cotas diligencia media.

En respuesta a la primera de estas cuestiones, y en opinión de MIR PUIGPELAT¹²¹, tales modelos de conducta habrán de ser elaborados por el legislador y por la propia Administración –“*de acuerdo con las exigencias sociales, las limitaciones presupuestarias y los contenidos irrenunciables impuestos por la Constitución y las Leyes*”-, encargándose de definir con precisión, exhaustividad y detalle, cuál es y cuál debe ser el funcionamiento normal de los servicios públicos, así como el nivel cuantitativo y cualitativo de diligencia específica en el desarrollo de los mismos¹²². Dichos estándares –dispone el autor- “*permiten garantizar que el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración sea realista y se adapte con*

¹¹⁸ En relación a la prestación del servicio de asistencia sanitaria, el título jurídico de imputación por el funcionamiento anormal del servicio público, abarcaría los siguientes criterios o “subtítulos jurídicos de imputación”: a) Cuando la Administración actúa defectuosamente, esto es, ante la falta de medios adecuados, negligencias médicas, errores en la realización o valores en el diagnóstico, culpa in vigilando o incumplimiento del deber de informar; b) cuando esta actúa de forma tardía, es decir, en vulneración de las listas de espera; y c) cuando directamente no presta el servicio, supuestos tales entre los que habrán de incluirse la negativas a atender a un paciente, así como la indisponibilidad de los servicios de urgencia.

¹¹⁹ Reflexión que ha de ponerse en estrecha relación con la progresiva tendencia a la objetivación del criterio de la culpa – presente de igual modo tanto en el ámbito de la responsabilidad civil como en el de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por funcionamiento anormal del servicio público-, y que supone, que la simple infracción de las normas objetivas de cuidado sea causa suficiente en el nacimiento de la culpa. En palabras de MIR PUIGPELAT “*no se adapta el examen de la culpabilidad a las concretas características del sujeto que ha causado el daño* –como en la postura tradicional de responsabilidad civil, respecto de la cual, no bastaba que la conducta violara objetivamente la norma de cuidado o diligencia fijada por el ordenamiento, sino que se requería, en adición, que dicha norma fuera violada subjetivamente por el sujeto concreto, esto es, a la luz de sus conocimientos y capacidades concretas-. *Sólo se compara la conducta realizada con el modelo de conducta que se deriva de la norma objetiva de cuidado fijada en el ordenamiento. En el Derecho civil español [...] la conducta se toma como referencia, como modelo*”. (MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial...* op. cit., Segunda Edición, 2012, pág. 225).

¹²⁰ MARTÍN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial...*, op. cit. RAP, núm. 150. 1999, pp. 364 y 365.

¹²¹ MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial...* op. cit., Segunda Edición, 2012, pp. 230 y ss.

¹²² PEMÁN GAVÍN, J. Las prestaciones sanitarias... op. cit., Revista de Administración Pública, núm. 156 (septiembre – diciembre 2001). Pp. 102 y ss. “*Las prestaciones sanitarias constituyen, en efecto, muy frecuentemente un servicio desarrollado sobre las personas atendidas con aplicación de los conocimientos y técnicas que proporcionan las ciencias médicas con finalidades preventivas, curativas o rehabilitadoras.*

exactitud al modelo de Administración y de servicios públicos que la colectividad (representada directamente por el poder legislativo e, indirectamente, por la propia Administración) exige y desea en cada momento”, redundando en un mayor beneficio a la seguridad jurídica, de la cual serán partícipes tanto los ciudadanos –que sabrán con certeza cuando tendrán, en principio, derecho a indemnización–, como la Administración –ya que ésta y sus funcionarios harán todo lo posible para no incurrir en tales presupuestos–, e incluso, los propios jueces –al asegurar un buen funcionamiento de la administración de justicia, mediante el recurso a criterios claros y determinados–.

Sin embargo, la realidad que obra en la práctica es bien distinta, por cuanto que la actual falta de regulación de dichos estándares y niveles de calidad y diligencia media, supone que tales criterios sean fijados habitualmente de forma casuística y empírica por el juez. Realidad que conduce ineludiblemente a una situación de inseguridad jurídica, toda vez que son –y serán– los propios jueces quienes, de forma inevitable y conforme a sus propias convicciones personales, fijen los estándares medios de calidad o normalidad sobre la base de la prueba practicada, y en consecuencia, determinen dónde se sitúa el límite en la consideración del funcionamiento anormal u objetivamente inadecuado de los servicios públicos¹²³.

Al respecto, y en relación a la delimitación de tales estándares o niveles de calidad en la prestación del servicio de asistencia sanitaria, ha de reconocerse la utilidad –o por lo menos, un brindis a las buenas intenciones– de las cartas de servicios comunes y premios a la calidad –cuya importancia ya fuera reseñada con particular insistencia por MARTÍN REBOLLO¹²⁴ y VILLAR ROJAS¹²⁵– así como del sistema de garantía de plazos máximos de respuesta¹²⁶.

¹²³ Con absoluta precisión, señala MARTÍN REBOLLO que “si el juez pone idealmente el elemento comparativo presuponiendo un estándar alto de calidad en el funcionamiento medio de los servicios, los supuestos de responsabilidad se amplían, pues todo funcionamiento por debajo de ese nivel óptimo –e irreal– implicaría un «funcionamiento anormal» cuyos daños serían siempre indemnizables. Mientras que si la comparación se hace a partir del presupuesto de un funcionamiento medio de los servicios muy bajo sucedería lo contrario: los supuestos de responsabilidad se reducirían porque por encima de ese estándar medio no existiría un «funcionamiento anormal». Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración. En algunos casos podría pretenderse que fuera el legislador quien, en la medida de lo posible, fijara pautas, criterios, reglas, principios orientadores, parámetros de calidad o de frecuencia que, en caso de incumplimiento, omisión o tardanza, y supuesta la existencia de lesión, pudieran constituir un punto de referencia más o menos seguro para los tribunales a la hora de determinar, allí donde sea posible, si hubo o no retraso, omisión o mala actuación administrativa. En otros casos la fijación del deseable criterio sería facultad de cada Administración –reglamentos internos, cartas de servicio, otras referencias semejantes–, considerando sus opciones políticas y las técnicas de gestión y medición derivadas de la Ciencia de la Administración” (MARTÍN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial...*, op. cit. RAP, núm. 150. 1999, pp. 364 y 365).

¹²⁴ “Un elemento comparativo [la pauta o la cota de calidad de los servicios] que bien podría venir precisado en las llamadas «cartas de servicios», que constituyen un elemento importante a estos efectos y a los más amplios de otro tipo de «responsabilidades» y de percepción ciudadana” (MARTÍN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial...*, op. cit. RAP, núm. 150. 1999, pág. 31).

¹²⁵ VILLAR ROJAS, F.J. *La responsabilidad...* op. cit., 1996, pp. 125 y ss.

¹²⁶ Entorno a la problemática actual de las listas de espera e ilustrativamente como siempre, señala CAYÓN DE LAS CUEVAS (en CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. *El sistema de garantías de tiempos máximos de respuesta como instrumento jurídico de reacción frente a las listas de espera en Tratado de medicina legal y ciencias forenses. Tomo I. Derecho sanitario y medicina legal del trabajo*, Barcelona, 2011, pp. 381-399, así como en CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. *Tratamiento jurídico de las listas de espera y garantías de tiempo de las prestaciones sanitarias*, La protección jurídica del paciente como consumidor: selección de intervenciones en el I y II Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor / coord. por Jorge Luis Tomillo Urbina, Joaquín Cayón de las Cuevas, 2010, pp. 73 – 112), que parca era la respuesta normativa al respecto hasta que la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud, estableciera en sus artículos 23 y siguientes, las garantías de accesibilidad, movilidad, de tiempo, de información, de seguridad y de calidad. Garantías, las cuales –posteriormente desarrolladas por el Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud–, constituyen un instrumento tuitivo del usuario que guarda ciertos paralelismos con las técnicas de protección de consumidores y usuarios. Sin embargo –considera el autor– el Derecho de Consumo no ha conseguido articular con carácter general un sistema de garantía de servicios más allá del régimen legal indemnizatorio o en

En referencia a las primeras –cartas de servicios comunes-, y en relación al ámbito sanitario, aparecen reguladas, fundamentalmente, en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Regulación que, sin embargo –y como ya dispusiera GUERRERO ZAPLANA¹²⁷-, “no indica ni cuáles son los medios adecuados para atender a cada enfermo, para atender a cada enfermedad, ni en qué momento deben ser utilizados, ni las pruebas diagnósticas que deben practicarse en cada caso, ni cuáles son, en definitiva, los niveles de calidad dentro de los que debe moverse la prestación de los servicios sanitarios”.

En conclusión –y de conformidad con la opinión de MIR PUIGPELAT¹²⁸-, las cartas de servicios comunes siguen resultando ciertamente insuficientes, y ello en parte por la generalidad e indeterminación de sus presupuestos, por la propia falta de ambición e imperatividad de las mismas –ante la inexistencia de sanciones en caso de su incumplimiento, por ejemplo-, así como por la imposición de obligaciones de resultado y no de medios.

4.3.1.1. El criterio de la *lex artis* como elemento esencial en la valoración del funcionamiento anormal del servicio público.

Junto a los antecitados parámetros o estándares de calidad media –los cuales, podemos decir, aluden al conjunto de la prestación del servicio desde una perspectiva global o genérica-, habrán de incluirse, en adición, el conjunto de normas de diligencia y códigos deontológicos, dirigidos específicamente a los facultativos y demás personal sanitario. Elementos valorativos de la correcta ejecución y desarrollo del concreto acto médico, donde encuentra su fundamento y perfecto encaje el criterio de la *lex artis médica*, como regla esencial y determinante, cuya constatación será imprescindible en la aplicación del subtítulo jurídico de imputación por culpa, radicado dentro del título de imputación por el funcionamiento anormal de los servicios públicos.

En efecto, el criterio de la *lex artis* –el cual entroncara, desde la perspectiva de algunos autores y líneas jurisprudenciales, de forma, a mi parecer, incorrecta, con el criterio de antijuridicidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria¹²⁹-, se erige como elemento esencial

relación a sectores muy concretos de la actividad. Es por ello que ha de diferenciarse, por un lado, el derecho a recibir las prestaciones sanitarias en un plazo máximo, y por otro, la garantía indemnizatoria en caso de incumplimiento de tal plazo, por cuanto que, respecto al primero, de conformidad con el Art. 4.b de dicha ley, será el Consejo Interterritorial quien fije los criterios normativos marco –al menos, en materia de información de listas de espera-, siendo cada Comunidad Autónoma las que definan realmente los tiempos máximos de acceso en su cartera de servicios complementarios. Criterios marco, los cuales quedan determinados en el RD 605/2003, de 23 de mayo, de medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera en el SNS, por el cual se fijan una serie de criterios, indicadores y requisitos mínimos y comunes en materia de tratamiento de las listas de espera con el fin de posibilitar el análisis de los resultados y necesidades, y garantizar al ciudadano una información transparente y uniforme. Termina diciendo el autor –y no ha de recibir sino nuestra absoluta conformidad-que hubiera sido posible que el Estado, al amparo del título competencial habilitante en materia de regulación de bases del sistema sanitario –o incluso al amparo del Art. 149.1.1 CE-, hubiera dispuesto un mínimo común prestacional en la cartera de servicios comunes –esto es, un mínimo de tiempos máximos de respuesta-, con la posibilidad de que cada Comunidad Autónoma ampliase su contenido –esto es, reducción de los tiempos de respuesta- a través de su cartera de servicios complementarios. Situación que crearía un marco unitario de igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales en torno a este problema, con la conservación del cauce a la autonomía y autodeterminación de cada una de las Comunidades Autónomas en la fijación de mayores garantías.

¹²⁷ GUERRERO ZAPLANA, J. *Las reclamaciones...* op. cit., 5ª edición, Lex Nova, 2006, pág. 153. Ni qué decir tampoco de la Ley 14/1986, General de Sanidad, o del Real Decreto 63/1995, los cuales no reciben más que el catálogo de prestaciones o los principios generales que han de imbuir la actividad médica.

¹²⁸ MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad...* op. cit. Segunda edición, 2012, pp. 234 y ss.

¹²⁹ Ilustrativa la STS de 5 de junio de 2012, “En otros términos, que la Constitución determine que “Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derechos 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”, lo que es desarrollado en la Ley 30/1992, con la indicación que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”, no significa que la responsabilidad de las Administraciones Públicas por objetiva esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deba tener obligación de soportar por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento. Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*, ha de considerarse asimismo que la Sala de instancia no infringe la

de valoración o contraste, por cuanto que determinante de los correctos deberes de actuación o diligencia exigibles, que han de imbuir el desarrollo y ejecución del acto médico, y cuya vulneración, conduce a la negligencia o incumplimiento de la obligación de medios a la que se encuentran sujetos tanto el facultativo como el resto del personal al servicio de la Administración Sanitaria¹³⁰.

regulación citada de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que la aplica conforme a Derecho, cuando concluye desestimar el recurso contencioso-administrativo, en cuanto aprecia del conjunto de la prueba practicada que no hubo infracción en la obtención del consentimiento informado, en la posibilidad de previsión, ni en el ataque de la reacción sufrida por el paciente". Sin embargo, esta concepción es más que cuestionable, ya que la antijuridicidad en el ámbito administrativo se deriva del resultado y no de la actuación del personal o del desarrollo en la prestación del servicio, como así se deduce de la STS de 23 de noviembre de 2010, por la cual se establece que "no es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho de la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, o dicho en otros términos cuando la Ley -o el reglamento de acuerdo con la Ley- no obliga al perjudicado a soportar el daño". Hecho que supone, en cierto modo y en lo relativo a este extremo, el acercamiento de los criterios de imputación propios del sistema de responsabilidad civil en el ámbito de la sanidad privada.

De igual modo identificada la responsabilidad patrimonial derivada de la infracción de la *lex artis*, STS de 9 de octubre de 2012, por la cual se establece que "Así lo hemos reiterado en nuestra Sentencia de 2 de noviembre de 2.011 (RJ 2012, 1752) (recurso 6.236/2.007), en la que, con referencia a las de 14 de octubre de 2.002 (RJ 2003, 359) y 22 de diciembre de 2.001 (RJ 2002, 1817), expusimos que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1.999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto".

¹³⁰ Como ya señalara GUERRERO ZAPLANA –en GUERRERO ZAPLANA, J. *Las reclamaciones... op. cit.*, 5ª edición, Lex Nova, 2006, pág. 65-, "dadas las peculiaridades de la ciencia médica, que incide sobre una cuestión de naturaleza tan peculiar como es la salud de las personas, y cuyo logro no puede estar nunca garantizado, y ello por la debilidad y fragilidad natural de la condición humana, es doctrina reiterada que la obligación del médico no es, por lo general, obligación de resultado sino de medios, pues de otro modo los médicos deberían estar en condiciones de garantizar en todo caso la salud de las personas, lo cual, como es evidente, resulta imposible.". En efecto, la tradicional distinción entre medicina curativa u obligatoria y satisfactiva o voluntaria–por cuanto que obligaciones de medios y obligaciones de resultado, respectivamente– pierde hoy toda su virtualidad en razón del criterio fijado por las numerosas Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS de 26 de mayo de 1986, de 12 de julio de 1988, de 17 de junio de 1989, de 1989, de 7 y 12 de febrero de 1990, de 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992, 2 de febrero, 7 de julio y 15 de noviembre de 1993, 23 de febrero y 25 de abril de 1994, de 22 de abril, 27 y 21 de julio y 13 de diciembre de 1997, de 10 de octubre y de 28 de junio de 1999, de 3 de octubre de 2000, de 5 de febrero, 12 de junio y 11 de diciembre de 2001, de 4 de febrero y 10 de julio de 2002, de 10 de abril de 2003, de 26 de marzo y 23 de septiembre de 2004, de 26 de mayo de 2006, de 27 de septiembre de 2010, y 30 de abril de 2013, entre otras muchas-, en las que hubiera de cifrarse la naturaleza jurídica de la obligación sanitaria, no como una obligación de resultado –según la cual, el médico debería obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo-, sino como una obligación de medios, debiendo suministrarle, en consecuencia, todos los cuidados y las atenciones que el mismo requiera, en cumplimiento de los deberes de diligencia y según el estado actual de la ciencia y la técnica médica, con la única excepción de aquellos supuestos donde se hubiera pactado mediante contrato de obra, entre el médico y el paciente, la específica obligación de obtener un resultado concreto. Ilustrativo al respecto lo dispuesto por la STS 230/2014 de 7 de mayo, por la cual se dispone que "Dice la sentencia de 20 de noviembre de 2009, y reiteran las de 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013, que "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo 2008; 30 de junio 2009". Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007 y 19 de julio 2013)".

Sin embargo, y al igual que comentáramos con ocasión de los estándares o niveles de calidad media, surgen ciertas cuestiones entorno a este concepto ¿qué concretos deberes de conducta o diligencia integran el concepto de *lex artis* médica? ¿y quién se encuentra facultado para determinarlos?

En respuesta a la primera pregunta, considera RUIZ JIMENEZ que la concreción de la *lex artis* en el ámbito sanitario se basa en una serie de protocolos médicos y guías de práctica clínica, que nacen para garantizar que la atención al paciente sea la correcta, matizando y determinando cuál debe ser el seguimiento y asistencia al paciente, surgiendo, en su mayoría, de la propia experiencia médica ante situaciones “estándar”, conocidas e incluso previsibles¹³¹. Por su parte, y en referencia a la línea doctrinal y jurisprudencial que relaciona el concepto de *lex artis* con la obligación de medios¹³², autores como GUERRERO ZAPLANA incluyeron en su descomposición la existencia de tres obligaciones principales¹³³:

- Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del profesional en el lugar y en el momento en que se produce el diagnóstico, la asistencia y el tratamiento suministrado al paciente¹³⁴.
- Informar al paciente, o en su caso a los familiares, del diagnóstico de la enfermedad o lesión, del pronóstico que del tratamiento pueda esperarse, los medios de curación y

En el mismo sentido, e igualmente digna de mención, STS de 27 de septiembre de 2010 “*La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico (SSTS 30 de junio y 20 de noviembre 2009). Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y en especial ofrecerle la información necesaria, en los términos que exige la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos, teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas con la anestesia, etc. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aún garantizado, por esta intervención, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, que, en definitiva, le impediría demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a la *lex artis*”.*

¹³¹ RUIZ JIMÉNEZ, J. *La delimitación del contenido de la lex artis ad hoc base de responsabilidad en el ámbito sanitario*, Revista crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 699. Pág. 353. El problema se plantea –dispone este autor–, cuando surgen imprevistos, pudiendo encontrarse el médico con elementos y factores nuevos en cada una de sus intervenciones. En consecuencia, aunque actúe bajo reglas generales, éstas deben aplicarse al caso concreto, con elementos diversos a los establecidos, dándose entrada a la *lex artis ad hoc* como el criterio de actuación en una situación concreta y determinada, cuya apreciación determinará la existencia o no de responsabilidad.

¹³² Referido al fundamento de la obligación de asistencia sanitaria –como obligación de medios y no de resultado–, la jurisprudencia, en STS 349/1994 de 25 abril, ha señalado el contenido exacto de lo que ha de entenderse por *lex artis ad hoc* al disponer que habrán de “Utilizar[se] cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recoge, entre otras, las Sentencias de 7 febrero y 29 junio 1990, 11 marzo 1991 y 23 marzo 1993, la actuación del médico se rija por la denominada «*lex artis ad hoc*», es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo”.

¹³³ GUERRERO ZAPLANA, J. *Las reclamaciones...* op. cit., 5ª edición, Lex Nova, 2006, pp. 154 y ss. En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª edición, pág. 382

¹³⁴ La *lex artis* engloba no sólo el desarrollo del tratamiento u operación concreta, sino que abarca el desarrollo diligente de pruebas diagnósticas. En efecto, exige la realización de todas las pruebas diagnósticas que desde el punto de vista de la razonabilidad sean necesarias, atendiendo al estado de la ciencia y de la técnica médica en el momento y lugar concreto, de forma tal que, “realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles” (STS de 23 de septiembre de 2004).

riesgos que puedan derivarse –sobre todo si el tratamiento es quirúrgico); asimismo, deberá informarse, cuando concorra esta circunstancia, de la insuficiencia de los medios disponibles para luchar contra la enfermedad de que se trate, y ello para dar una opción a continuar el tratamiento en otro lugar.

- Continuar el tratamiento hasta que sea posible dar el alta, informando de los posibles riesgos del abandono del tratamiento.

En conclusión, y en relación a las notas principales que caracterizan el concepto de *lex artis ad hoc*, será presupuesto necesario al nacimiento de la responsabilidad por funcionamiento anormal –concretamente, bajo el subtítulo jurídico de imputación por culpa o negligencia- la infracción, por el médico o profesional sanitario, de las normas de precaución y cautela que han de caracterizar la técnica o desarrollo y ejecución de la profesión médica –*lex artis*-, requeridas por las circunstancias o peculiaridades del caso concreto –*ad hoc*¹³⁵-, con el fin de evitar lesiones a determinados bienes jurídicos del paciente: vida, integridad física, información, etc.

En consecuencia, y a fin de constatar una infracción a la *lex artis*, habrán de valorarse, en cada caso concreto, el conjunto de circunstancias particulares del supuesto, atendiendo a la previsibilidad del resultado, a la preparación y especialización del profesional sanitario, a su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos, así como a las condiciones de tiempo, lugar y disponibilidad material en que se desarrolle el concreto acto médico¹³⁶.

4.3.2. Funcionamiento normal del servicio público: centro de aplicación de los mecanismos correctivos de la responsabilidad objetiva.

Como ya se comentara anteriormente, la caracterización del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como objetivo o por el resultado no supone en modo alguno que la Administración deba responder frente a todas aquellas lesiones objetivamente causadas –esto es, en base a la constatación de la simple causalidad objetiva-, sino solamente frente a aquellas que, cumpliendo con el requisito de causalidad, sean objetivamente atribuibles a la Administración Pública en virtud de un título jurídico de imputación previsto por la ley.

Sin embargo, y por su propia configuración, la referencia al título jurídico de imputación por el funcionamiento normal del servicio público, supone un peligroso acercamiento –cuando no, su efectiva identificación- entre el criterio de causalidad objetiva y el criterio de imputación objetiva, por cuanto conlleva la atribución de la responsabilidad por aquellas lesiones producidas como consecuencia de una actuación administrativa ajustada a legalidad o dentro de los estándares o niveles de corrección y diligencia exigibles. Ello implica que la Administración, en línea de principio y bajo este razonamiento, deba responder frente a toda lesión que se produzca como consecuencia del funcionamiento normal del servicio de asistencia sanitaria, siempre que hubiera quedado acreditado el nexo causal entre la prestación del servicio y la lesión efectiva. Un criterio que excede de lo propiamente razonable o sostenible –sobre todo, en lo que respecta a términos económicos y presupuestarios-, y que, como dijimos, entronca con una función que no es propia del instituto de la responsabilidad, cual es la

¹³⁵ Entroncando directamente con la naturaleza de medios de la obligación sanitaria, el carácter *ad hoc* del concepto de *lex artis* centra su fundamento en las características, particularidades y peculiaridades del acto médico concreto y del conjunto de circunstancias que lo rodean. En efecto, y por su carácter *ad hoc*, habrán de tomarse en consideración, en valoración de la *lex artis*, las características especiales del personal sanitario, su posible especialización, la complejidad y trascendencia vital para el paciente, así como todas las demás circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes. Como ya comentara GUERRERO ZAPLANA –en GUERRERO ZAPLANA, J. *Las reclamaciones...* op. cit. 5ª edición, Lex Nova, 2006, pág. 157-, “[...] la prestación asistencial sanitaria es de medios, y no de resultado, lo que quiere decir que no se puede garantizar en todo caso la obtención de un resultado favorable para la salud y la integridad del paciente; ahora bien, eso no puede suponer que no se deba prestar atención a los resultados, y ello pues la *lex artis* mide, también, lo que cabe esperar en cada caso concreto de lo que es la práctica habitual de la asistencia médica pero sin desconocer la posibilidad de que concurren circunstancias perturbadoras como puede ser la propia patología del paciente, la evolución inesperada de la enfermedad o la confluencia de circunstancias inicialmente imprevisibles”.

¹³⁶ Asimismo, y como dispone BUSTO LAGO –en BUSTO LAGO, J.M. *La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto*, Estudios multidisciplinares para la humanización del parto / coord. por Cristina López Villar, 2011, págs. 103-136-, habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, “el supuesto concreto al que se aplican las técnicas de la medicina y la situación del paciente: estado, evolución de la enfermedad o dolencia, modo de reacción de su organismo a las terapias y a la medicación a la que esté sometido”.

socialización de todos los eventuales riesgos que se deriven de la existencia de un servicio público, y que convierte a la Administración en una suerte de aseguradora universal.

Es por ello que, en orden a limitar o restringir el carácter indemnizatorio potencialmente inasumible del sistema de responsabilidad, será preciso establecer, doctrinal y jurisprudencialmente, una serie de mecanismos y criterios de imputación objetiva, claros y uniformes, que limiten o reduzcan la incerteza que rodea actualmente a la atribución de la responsabilidad por el funcionamiento normal del servicio público¹³⁷.

En efecto, y ante una actuación administrativa ajustada a legalidad o dentro de los estándares o niveles de corrección y diligencia exigibles, la jurisprudencia centrará su atención, con especial cautela y rigor, en la comprobación de la relación de causalidad y de los distintos elementos externos que pudieran interferir en la producción del hecho dañoso, tales como la intervención del propio paciente en el nexo causal, el estado de salud del mismo –concretamente, la gravedad de su afección o su grado de irreversibilidad–, así como la existencia de fuerza mayor en el supuesto concreto, o la materialización de los riesgos del progreso o desarrollo técnico.

Por su parte, un amplio sector de la doctrina actual -encabezado por MIR PUIGPELAT, MARTÍN REBOLLO, PANTALEÓN PRIETO, GARRIDO FALLA, PARADA, ENTRENA CUESTA o DESDENTADO DAROCA- se muestra en favor de ofrecer criterios que delimiten o restrinjan el alcance de la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento normal de los servicios sanitarios¹³⁸. Criterios entre los cuales, cabe destacar la alusión al riesgo jurídicamente relevante, la aplicación del criterio de la antijuridicidad en el concreto ámbito sanitario, o el fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad.

4.3.2.1. Limitación de la responsabilidad por funcionamiento normal a aquellos supuestos de riesgo jurídicamente relevante.

Es común, entre la doctrina y la jurisprudencia actual, la tendencia hacia la limitación de la aplicación del título jurídico de imputación por el funcionamiento normal del servicio público a aquellos supuestos en los que el hecho dañoso constituye la materialización de un riesgo típico, derivado de la mera existencia de la organización o del desenvolvimiento de la actividad administrativa. Riesgo jurídicamente relevante, caracterizado por su condición de riesgo general –en el sentido de que pudiera alcanzar a cualquier persona o grupo de personas– y por ser inherente al servicio mismo, en cuanto que vinculado de forma dependiente a su propia existencia.

Al efecto, y concretamente referido al ámbito de la prestación del servicio de asistencia sanitaria, habrán de incluirse bajo este concepto –por sus caracteres esenciales de inherencia y generalidad al desarrollo del mismo–, aquellas infecciones intrahospitalarias o nosocomiales¹³⁹,

¹³⁷ Ello explica el conjunto de excesos y disfunciones en materia de responsabilidad, los cuales fueran ampliamente criticados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de las últimas décadas. Cobra especial relevancia al respecto, como crítica icónica de los excesos a los que conduce un criterio de imputación objetiva tan sumamente amplio como es el referido al funcionamiento normal del servicio público, la llevada a cabo por PANTALEÓN –en PANTALEÓN PRIETO, F. *Los anteojos del civilista... op. cit.*, Documentación Administrativa, núm. 237 – 238, 1994, pp. 249 y ss; y posteriormente en PANTALEÓN PRIETO, F. *Responsabilidad médica y responsabilidad de la administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas)*, Cívitas, 1995, pp. 73 y ss- en relación a la STS de 14 de junio de 1991, según la cual, y en aplicación de la pura causalidad objetiva, se concedió la indemnización al paciente, pese a que la actuación del facultativo resultó probada conforme a la *lex artis*.

¹³⁸ Por todos, MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial... op. cit.*, Segunda Edición, 2012, pág. 223 “*Cuando afirmo que habría que poner fin a la responsabilidad objetiva global, no quiero decir, por tanto, que haya que eliminar la responsabilidad objetiva de la Administración. Pero sí limitarla mucho: la responsabilidad de la Administración no debe ser ya siempre objetiva, sino sólo excepcionalmente, en casos expresa y típicamente previstos por la ley. La responsabilidad de la Administración debe pivotar, fundamentalmente, sobre el funcionamiento anormal de los servicios públicos. La responsabilidad por anormalidad debe ser la regla general. La regla general sólo puede ser que la Administración no deba indemnizar cuando hay actuado correctamente, cuando cumpla con el modelo de conducta para ella fijado por la colectividad: cuando, en definitiva, haya actuado como el ordenamiento espera y exige que actúe*”

¹³⁹ Las infecciones intrahospitalarias o nosocomiales pueden definirse como aquellas infecciones contraídas, bien por un paciente –por razón distinta al motivo de su internamiento en los mismos– bien por el personal sanitario, en los centros o establecimientos de salud –tanto en hospitales especializados, como en unidades de atención primaria–, las cuales no se

así como aquellos riesgos derivados del empleo de productos e instrumentos, sujetos a determinados niveles de calidad y seguridad, y que causen daños como consecuencia de su mal estado o funcionamiento. Riesgos potencialmente previsibles y prevenibles –que se sitúan entre las principales causas de defunción y aumento de la morbilidad en pacientes hospitalizados, agravando la discapacidad funcional de los mismos e incrementando enormemente los costes económicos del sistema de salud pública- a los que pudiera ampliarse el marco de cobertura de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal del servicio público de asistencia sanitaria, siempre que, de algún modo, pudieran haberse previsto y evitado.

Por otro lado, una segunda interpretación del criterio de riesgo jurídicamente relevante –que ya fuera puesta de manifiesto por GARCÍA GÁRNICA¹⁴⁰–, estima preciso realizar una valoración negativa del riesgo y ello con independencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público. Valoración negativa del riesgo, que requerirá la constatación *ex ante* de la entidad cuantitativa del mismo –lo que ocurrirá cuando éste no fuera insignificante–, así como una valoración *ex post* de su entidad cualitativa –entendiendo por tal, la constatación de un riesgo no permitido y no consentido, producido con ocasión de una actuación administrativa fallida, salvo aquellos supuestos en que el error se deba a los riesgos del desarrollo científico o técnico-. A tal consideración –comenta esta autora, en la línea de lo que ya señalara ASÚA GONZÁLEZ¹⁴¹–, habrán de incluirse, bajo este concepto, aquellos daños causados por errores en el diagnóstico, al margen de que la actuación del facultativo hubiera sido negligente o completamente acorde con la *lex artis*.

Sin embargo, en mi opinión, tal referencia puede conducir ciertamente a excesos, ya que obligaría a diagnosticar correctamente al paciente siempre y en todo, caso convirtiendo así la obligación de medios del facultativo, en una obligación de resultado en lo tocante a la valoración y diagnóstico del paciente¹⁴². No quiero decir con ello, que no deba atribuirse la responsabilidad a la Administración sanitaria por el incorrecto diagnóstico, evaluación o examen de los pacientes; simplemente infiero que el deber de diagnosticar correctamente a los usuarios de los servicios sanitarios entronca directamente con la obligación de medios propia de la práctica médica –e imbuida por los criterios de diligencia, calidad y rigor derivados de la *lex artis*–, debiendo ser atribuida a la Administración, en consecuencia, bajo el conjunto de criterios propios del título jurídico imputación por el funcionamiento anormal del servicio público de asistencia sanitaria.

4.3.2.2. Limitación de la responsabilidad por funcionamiento normal en aplicación del criterio del fin de protección de la norma.

Cabe terminar este apartado haciendo referencia, entre los criterios tendentes a la limitación del alcance de la imputación de la responsabilidad por el funcionamiento normal del servicio público, a la teoría del fin de protección de la norma fundadora de la responsabilidad, la cual podría resultar, en el concreto ámbito sanitario –y en palabras de

hubieran manifestado ni hubieran estado en periodo de incubación en el momento del ingreso, manifestándose después del alta hospitalaria. Es por ello que, siguiendo la opinión de MIR PUIGPELAT, “quizá podría darse un paso más y someter a responsabilidad objetiva tales infecciones [...]”, ya que “pocos ciudadanos entenderían que quien entra en un hospital para ser tratado de una herida poco grave en una pierna y ve cómo le acaba teniendo que se amputada como consecuencia de una infección nosocomial acaecida con ocasión del tratamiento recibido, deba soportar el daño sin ser siquiera indemnizado” (MIR PUIGPELAT, O. *Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)*, Revista española de derecho administrativo, núm. 140, 2008, págs. 629 y ss.). No obstante, son relativamente frecuentes las resoluciones que desestiman las pretensiones indemnizatorias sobre estos conceptos, y ello con fundamento en la inexistencia del requisito de antijuridicidad de la lesión.

¹⁴⁰ GARCÍA GARNICA, M.C. *Aspectos básicos...* op. cit., Aranzadi, 2010, pp. 90 y ss.

¹⁴¹ ASÚA GONZÁLEZ, C.I. *Responsabilidad...* op. cit., Tratado de Responsabilidad Civil, 2002, pp. 1016 y ss.

¹⁴² No cabe dentro de lo razonable, por tanto, que surja el deber de indemnizar cuando en el análisis preoperatorio no se detecta una sustancia estadísticamente improbable –rayana en la imposibilidad–, que combinada con el narcótico prescrito, produjera la muerte o lesión del paciente. Ello entronca con la exclusión de responsabilidad en base al funcionamiento normal por aquellos daños que supongan la materialización de los denominados “riesgos terapéuticos improbables o sumamente excepcionales”, los cuales, si bien entran dentro de la previsibilidad científica en la ejecución de un tratamiento, rayan en la imposibilidad.

GARCÍA GÁRNICA-, “especialmente idónea para precisar la relevancia de la no obtención del consentimiento informado del paciente en orden a la imputación de la responsabilidad civil”.

En efecto, y conforme a este criterio, “*serán imputables los riesgos típicos de la fuente de peligro que la norma pone a cargo del responsable*”, de manera que “*el daño causado sin asunción voluntaria del riesgo por parte de la víctima será objetivamente atribuible si deriva de alguno de los riesgos típicos que la norma de cuidado infringida tenía la finalidad de prevenir*”¹⁴³.

En consecuencia, no serán objetivamente imputables aquellos daños producidos con ocasión de una intervención clínica indispensable en favor de la salud del paciente y realizada conforme a la *lex artis*, en la que no hubiera mediado el consentimiento informado, y ello en tanto nos encontremos ante riesgos típicos que el legislador considera excepcionados de dicha imputación, tales como la urgencia o riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, o aquellos riesgos para la salud pública¹⁴⁴.

4.4. LA VIRTUALIDAD DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: ARMA DE DOBLE FILO EN LA LIMITACIÓN Y SURGIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.

Derivado de la creciente inmisión en la actualidad del derecho a la información y a la autonomía del paciente en el ámbito sanitario, cobra especial relevancia en el ámbito médico el denominado “consentimiento informado”, como el deber de recabar el consentimiento libre, consciente y voluntario del paciente ante cualquier tipo de prueba o actuación médica que hubiera de ejercitarse sobre su persona, exigiéndose la preceptiva de información previa, correcta, clara, comprensible y personalizada al mismo, sobre la naturaleza de su estado, de la operación y de los tratamientos y pruebas posibles o alternativos, así como de los riesgos y posibilidades de éxito que éstos conllevan. Exigencia de información y consentimiento integrada en la *lex artis* médica¹⁴⁵, que hubiera de recabarse, en principio, del usuario del servicio sanitario¹⁴⁶ y que opera –como ya se adelantara en el título de este epígrafe–, como un arma de doble filo, en el sentido de ser, por un lado y ante su correcta prestación, un elemento limitador de la responsabilidad por la prestación del servicio de asistencia sanitaria, a la vez que foco y reflejo de múltiples reclamaciones en materia de responsabilidad ante su incorrecta prestación.

¹⁴³ GARCÍA GARNICA, M.C. *Aspectos básicos...* op. cit., Aranzadi, 2010, pp. 90 y ss.

¹⁴⁴ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹⁴⁵ Ilustrativo señalar que el Tribunal Supremo suele incluir la prestación del consentimiento como un aspecto integrante de la *lex artis* ad hoc, afirmando que el mismo, “*es de esa forma presupuesto y elemento esencial de la lex artis y como tal forma parte de toda actuación asistencial [...] constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica [...]*” (SSTS de 23 de julio de 2003, de 21 de diciembre de 2005, de 15 de noviembre de 2006, y 16 de enero de 2007, entre otras muchas). De este modo, la *lex artis* abarcaría dos elementos diferentes: por un lado, la que podríamos denominar *lex artis* técnica (esto es, los estándares de actuación correcta en el ámbito asistencial de la profesión médica en el caso concreto); y por otro, que se produzca con el consentimiento del paciente en la práctica del acto médico. De lo anterior se deduce que es posible incurrir en responsabilidad incluso cuando se producido un daño, aunque la actuación del profesional sanitario se ha realizado con pleno respecto a la *lex artis* técnica, en los casos en que el paciente no haya sido informado de esa eventualidad. De ahí la exigencia legal de proporcionar al paciente toda la información que sea necesaria para que éste puede decidir si se somete o no al acto médico en cuestión. Así, el art. 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que “*toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado (...)*. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.”

¹⁴⁶ El consentimiento informado habrá de recabarse, al menos, en línea de principio, del paciente como usuario del servicio sanitario. Sin embargo, existen ciertos supuestos en que no será necesario recabar el consentimiento informado del paciente, y ello por la existencia de un riesgo a la salud pública, un riesgo inmediato grave a la salud del paciente, o aquellos supuestos de consentimiento por representación. Se excluye además aquellos supuestos denominados de “estado de necesidad terapéutica”, entendida por tal aquella facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.

4.4.1. El consentimiento informado como causa de limitación de la responsabilidad.

En línea de principio y por su propia configuración, el consentimiento informado, opera en la práctica como causa de limitación de la responsabilidad médica, toda vez que éste hubiera sido prestado en la forma legalmente prevista y siempre que el personal sanitario interviniente en el acto médico hubiera cumplido el resto de deberes u obligaciones de diligencia presentes en el concepto de *lex artis ad hoc*. Ello conlleva que, ante la prestación una información correcta, clara y comprensible al paciente, no quepa hacer en modo alguno responsable a la Administración por aquellas lesiones potencialmente inherentes a la correcta práctica médica de las que el facultativo hubiera informado y sobre las que el paciente hubiera consentido.

Sin embargo, ha de reseñarse –y ello con especial insistencia–, que la correcta prestación del consentimiento informado por parte del facultativo no exonera de responsabilidad a la Administración frente a la eventual vulneración de la *lex artis ad hoc* por parte del personal sanitario; de forma tal, que los riesgos derivados de la incorrecta actuación médica serán plenamente imputables a la Administración, y ello con independencia de que hubiera mediado o no el consentimiento informado.

4.4.2. La ausencia de consentimiento informado como causa del nacimiento de la responsabilidad.

Por otra parte, la omisión del consentimiento informado –desde el prisma de la jurisprudencia más reciente–, supone una negligencia médica en sí misma considerada, y ello como consecuencia de la vulneración del criterio de la *lex artis ad hoc* en la que éste se integra, con la consecuente materialización del título jurídico de imputación por el funcionamiento anormal del servicio público, el cual hiciera posible la atribución a la Administración Pública del deber de indemnizar.

En relación con este aspecto, o mejor dicho, en lo tocante a los defectos en la prestación del consentimiento informado, cabe hacer algunas consideraciones, y ello en relación con el contenido o amplitud de dicho consentimiento, su formulación verbal o por escrito o si la falta del mismo lleva al nacimiento de la responsabilidad. Porque ¿responde verdaderamente a la efectividad de un derecho o a un simple trámite procesal? ¿Es jurídicamente válido el consentimiento informado prestado por escrito mediante formulario –identificándolo con aquellos contratos de adhesión bajo condiciones generales de la contratación–, o adolece de la falta de personalización de la información, necesaria por otra parte, de dicha información y consentimiento? O ¿Puede el recurso a la cláusula genérica “*puede conllevar efectos adversos, incluido el resultado muerte*” –tan habitual en la práctica médica–, prevenir realmente la imputación de la responsabilidad?

En respuesta a tales preguntas, y sin ánimo de exhaustividad, cabe considerar que la obligación de la prestación del consentimiento informado responde efectivamente a la materialización y garantía de los derechos de información, autonomía y autodeterminación del paciente, y no a un simple trámite procesal o burocrático, meramente formal; debiendo posicionarnos en esta cuestión, en desacuerdo con la opinión de ASÚA GONZALEZ, la cual considera que “*supeditar la responsabilidad de la Administración a la consideración de si medió o no el consentimiento informado del paciente, resulta excesivamente formal, cuestionándose su utilidad en ciertos supuestos*”¹⁴⁷.

En efecto, no puede dudarse que, en la práctica médica habitual, el consentimiento informado haya pasado a ser, desde el punto de vista del facultativo, un mero trámite o procedimiento no libre de tedio, que éste ha de prestar “porque no le queda otra” si no quiere responder. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico o del derecho, el consentimiento informado mantiene su plena utilidad, como garante de los derechos de información y autodeterminación del paciente, siendo que, la verdadera subversión del mismo, entronca, en mi

¹⁴⁷ GARCÍA GARNICA, M.C. *Aspectos básicos...* op. cit., Aranzadi, 2010, pág. 91, citando en nota al pie, núm. 231, a ASUA GONZÁLEZ, C.I. *Responsabilidad civil médica*, Tratado de Responsabilidad Civil, 2002, pág. 1010.

opinión, con su prestación a través de formularios seriados, más cercanos a la contratación bajo condiciones generales, y que redundan en el tránsito desde lo que debería ser un verdadero consentimiento informado, al exiguo concepto “asentimiento”, en su sentido más peyorativo.

Al tal efecto y como conclusión a este apartado, es necesario hacer mención, siquiera someramente, a la virtualidad de la aplicación de los formularios médicos a una cuestión tan clave como es el consentimiento informado; debiendo comentarse, a este respecto, que la realidad práctica médica ha dado fe de la imposición de la vía escrita –siendo ésta la regla especial, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente-, en aras a cumplir una función tanto *ad solemnitatem* como simple y puramente *ad probationem*.

Es por ello que, dirigido a facilitar la agilidad y fluidez de la práctica médica, así como la estandarización de los supuestos y la consecuente reducción de costes, se articulen mecanismos de prestación del consentimiento informado a través de formularios cumplimentados que no son sino contratos de prestación del consentimiento por adhesión o contratos tipo –redactados bajo la apariencia de verdaderas condiciones generales de la contratación¹⁴⁸–, referidas a los distintos efectos, consecuencias y eventuales riesgos que pudieran derivarse del acto médico. Formularios que, en referencia a sus dos extremos, pueden incurrir en el riesgo de ser excesivamente escuetos o incompletos en su contenido, o sobreinformar al paciente de forma excesivamente amplia o técnica, derivando en ambos casos en la incertidumbre y falta de comprensión real por parte del paciente que está consintiendo.

Al respecto, la jurisprudencia –si bien marcando una cierta diferencia entre medicina curativa y satisfactiva–, considera que el contenido e información prescrita en tales formularios deberá dirigirse hacia la consecución de protocolos médicos lo suficientemente amplios y comprensibles, informando, siempre y en todo caso, del diagnóstico alcanzado y de pronóstico previsible ante las circunstancias concretas del supuesto, de las alternativas terapéuticas, así como de los riesgos y beneficios que de ellos se derivan, con la finalidad de constatar, desde términos razonables, que la voluntad o consentimiento del paciente, en relación con el acto médico concreto, se formuló de forma consciente, libre y voluntaria, tras haber recibido, por parte del facultativo, una información adecuada, comprensible, suficiente y personalizada.

5. CAPÍTULO QUINTO: EL DERECHO DE CONSUMO EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

Mantenida hasta aquí la referencia al conjunto de criterios y caracteres que configuran el sistema general de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por la prestación del servicio de asistencia sanitaria, cabe ahora reflexionar sobre la posibilidad de aplicación e incidencia en dicho ámbito, del régimen de responsabilidad propio del derecho de consumo.

Ciertamente, en materia de responsabilidad por la prestación del servicio público de asistencia sanitaria, tras la reforma operada por medio de la Ley 4/1999, de 13 de enero, el sistema de responsabilidad preconizado por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 adquiere absoluta preminencia en la materia, relegando, al extremo de su desaparición¹⁴⁹, la aplicación del régimen de responsabilidad civil derivado de la normativa en materia de defensa de consumidores y usuarios –concretamente articulado a través del artículo 148 TRLGDCU, antiguo artículo 28.2 LGDCU–, el cual viniera siendo de aplicación en ciertos supuestos de

¹⁴⁸ Situación que ahonda todavía más en la consideración del paciente como consumidor, al equiparar la esencia de esta práctica a la propiamente referida a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, y que redundan en idénticas situaciones de verticalidad, por cuanto que, bien por sobreinformación bien por falta de la misma, el paciente/consumidor, muchas veces no comprende qué está consintiendo.

¹⁴⁹ GARCÍA GARNICA, M.C. *Aspectos básicos...* op. cit., Aranzadi, 2010, pág. 70. “Se sostiene que en la actualidad la aplicación de este régimen en el ámbito de la sanidad pública [el referido en materia de responsabilidad llevado a cabo por el Art. 28 de la LGDCU] debe entenderse desplazada por la responsabilidad objetiva y directa de la Administración sanitaria consagrada en la LRJPAC a través de la Ley 4/1999, en tanto que norma posterior y especial”. En el mismo sentido, GÓMEZ CALLE, E. *El fundamento...* op. cit., Anuario de derecho civil. Vol. 51, núm. 4, 1998, pp. 1693 y ss.

responsabilidad por los daños producidos con ocasión de la prestación del servicio de asistencia sanitaria llevado a cabo por el INSALUD¹⁵⁰.

Sin embargo, tal consideración no obsta a que volvamos a desempolvar algunas viejas cuestiones y a plantearnos las posibles ventajas, beneficios e inconvenientes que pudiera suponer la reintroducción de derecho de consumo a aquellos supuestos en que se produzcan daños como consecuencia de la prestación del servicio público de asistencia sanitaria.

5.1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PROPIO DEL DERECHO DE CONSUMO EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASISTENCIA SANITARIA.

Cierto es que, durante largo tiempo, la jurisprudencia ha negado la aplicabilidad de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en materia de responsabilidad sanitaria, en una suerte de conspiración del silencio y ello probablemente como consecuencia de la perplejidad y desconcierto en cuanto a su virtualidad real, y de la resistencia a admitir consideraciones alejadas al criterio de la culpa en un ámbito tan sensible como es el sanitario.

La primera referencia entorno a la alegación –que no aplicación– de la normativa en materia de defensa de consumidores y usuarios a un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos como consecuencia del servicio público de asistencia sanitaria, puede situarse en la tan criticada STS de 22 de julio de 1994, según la cual, el Alto Tribunal niega la aplicación de la Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, al circunscribir su ámbito obligacional y sancionador al ámbito administrativo y no civil¹⁵¹, reconociéndola un simple carácter informador del ordenamiento jurídico como Ley «marco». Pronunciamiento que, al igual que las posteriores SSTs de 11 de febrero y 27 de junio de 1997, se opone a reconocer la consagración del carácter objetivo del sistema de responsabilidad especial regulado por dicha Ley, al supeditar el nacimiento de la misma a la *“conurrencia ineludible del factor culposo o negligente prevenido en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, toda vez que es doctrina consolidada de la Sala la relativa a que «si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal desarrollo lo ha hecho en un sentido moderado, preconizando una inversión de la carga de la prueba, pero sin excluir, en modo alguno, el principio de la responsabilidad por culpa, y acentuando, incluso, el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso, pero sin erigir la responsabilidad basada en el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir»*¹⁵².”

¹⁵⁰ Las primeras referencias de la aplicación de la normativa en materia de defensa de consumidores y usuarios a las reclamaciones por los daños producidos como consecuencia del servicio público de asistencia sanitaria llevado a cabo por el INSALUD, pueden situarse en diversos pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en aplicación conjunta con el régimen de responsabilidad civil preconizado por los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. Concretamente, y en relación al origen de éste planteamiento, dispone GARCÍA GARNICA que, aunque *“en un principio, el TS negó la aplicabilidad de la LGDCU a la responsabilidad civil médica y hospitalaria, llegando a afirmar que así resultaba del carácter administrativo, y no civil, de esta Ley –como así se deduce en las SSTs de 22 de julio de 1994, 27 de julio de 1997 y 11 de febrero de 1997–, sin embargo, posteriormente, admitió su aplicación, primero en el ámbito de la sanidad pública –siendo punta de lanza al respecto las SSTs de 1 y 21 de julio de 1997, de 11 de febrero, 9 y 19 de junio y 28 de diciembre de 1998– y posteriormente, en el marco de la sanidad privada”*, como así se deriva de las SSTs de 29 de noviembre de 2002 y 31 de enero de 2003. No obstante, –continúa la autora– *“es cierto que esta línea jurisprudencial no es uniforme y que, cuando la jurisprudencia ha recurrido al artículo 28 de la LGDCU, generalmente lo ha mezclado con referencias a la concurrencia de culpa, y a los artículos 26 de la LGDCU y 1902 y 1903 del Código Civil”* (GARCÍA GARNICA, M.C. *Aspectos básicos... op. cit.*, Aranzadi, 2010, pág. 70). En el mismo sentido RAGEL SANCHEZ (en RAGEL SANCHEZ, L.F. *Nuevo enfoque de la responsabilidad médico-sanitaria: la perspectiva de la defensa de los consumidores y usuarios*, Anuario de la Facultad de Derecho, N° 18, 2000, págs. 227-253) y FERNÁNDEZ COSTALES (en FERNÁNDEZ COSTALES, J. *Estado actual de la casuística de la responsabilidad sanitaria, a la luz de los Consejos Consultivos, del Consejo de Estado y de la Jurisprudencia*, La responsabilidad civil y su problemática actual / coord. por Juan Antonio Moreno Martínez, 2007, págs. 255-280).

¹⁵¹ Ejemplificativo del desconcierto e incertidumbre jurisprudencial entorno a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, la STS de 19 de junio de 1998 vuelve a negar la aplicación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, al circunscribir, esta vez, su ámbito obligacional y sancionador al ámbito civil y no administrativo.

¹⁵² STS 793/1994, de 22 de julio.

Sin embargo, posteriormente, y en concurrencia cumulativa con el régimen de responsabilidad por culpa preconizado por los artículos 1902 y 1903 del Código Civil –a pesar del contrasentido que ésta interpretación supone¹⁵³–, diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo –entre los que destacan las SSTs de 1 y 21 de julio de 1997, de 11 de febrero, 9 y 18 de junio, 9 y 28 de diciembre de 1998, de 9 de diciembre de 1999, y 26 de marzo de 2004, entre otras muchas–, comienzan a considerar la aplicación del sistema especial de responsabilidad objetiva, regulado por el artículo 28 de la LGDCU –actual artículo 148 del TRLGDCU–; si bien, salvando, en la medida de lo posible, la objetivación de dicho sistema en el concreto ámbito sanitario, al requerir, *“ineludiblemente [para que pueda surgir la responsabilidad del personal sanitario o del centro del que aquél depende, como consecuencia del tratamiento aplicable a un enfermo] que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto médico o clínico enjuiciado, ya que queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, pues es imprescindible que a la relación causal, material o física se sume el reproche culpabilístico que puede manifestarse a través de una negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo o, más generalmente, en la existencia de una acción culposa o negligente en tal aplicación, imponiéndose en el paciente o en quien alegue la responsabilidad la exigencia de la prueba de la relación o nexo causal y de la culpa”*¹⁵⁴.

En definitiva, aunque el sistema especial de responsabilidad preconizado por la normativa en materia de defensa de los consumidores establezca una cobertura por los daños originados en el correcto uso de los servicios –cuando estos incluyan, por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecido, determinados niveles de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación–, ello no puede convertir la responsabilidad en un sistema puramente objetivo, desconectado del criterio de la culpa, y ello por cuanto la aplicación de dicha ley y su interpretación racional, no autoriza a prescindir del referido factor de culpa en el presunto responsable¹⁵⁵.

No obstante, el carácter objetivo del régimen especial de responsabilidad sanitaria, preconizado por el artículo 28 de la LGDCU –actual artículo 148 del TRLGDCU–, será reconocido por la jurisprudencia civil posterior¹⁵⁶, únicamente en relación a aquellas actuaciones u omisiones funcionales, organizativas y prestacionales, llevadas a cabo por el INSALUD, por los Servicios Sanitarios dependientes de las Comunidades Autónomas o por entidades privadas prestadoras de servicios sanitarios, y no en referencia a los concretos actos médicos, los cuales seguirán siendo objeto de reclamación sobre la base del criterio de culpa, reconocido por los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, y 26 de la LGDCU, actual artículo 147 del TRLGDCU.

Sin embargo, y como ya pusiera de manifiesto la jurisprudencia procedente de la Sala 3ª, del Tribunal Supremo, en STS de 11 de mayo de 1999, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños producidos como consecuencia del funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria, *“viene regulada por preceptos específicos (el artículo 106 de la Constitución y la Ley 30/1992) [...]”* los cuales serán *“de necesaria y preferente aplicación sobre los de la Ley 26/1984”*.

Aun con todo, y a pesar de la unidad de regulación –que también se advierte como teórica unidad jurisdiccional, centrada en el orden contencioso-administrativo, como única vía

¹⁵³ Advierten el contrasentido de la aplicación cumulativa de ambos regímenes –objetivo y subjetivo–, GARCÍA GARNICA, M.C. *Aspectos básicos...* op. cit., Aranzadi, 2010, pp. 68 y ss; RAGEL SANCHEZ, L.F. *Nuevo enfoque de la responsabilidad médico-sanitaria: la perspectiva de la defensa de los consumidores y usuarios*, Anuario de la Facultad de Derecho, N° 18, 2000, págs. 227-253; y FERNANDEZ COSTALES, J. *Estado actual de la casuística de la responsabilidad sanitaria, a la luz de los Consejos Consultivos, del Consejo de Estado y de la Jurisprudencia*, La responsabilidad civil y su problemática actual / coord. por Juan Antonio Moreno Martínez, 2007, págs. 255-280.

¹⁵⁴ Sentencias de 26 mayo 1986, 12 julio 1988, 7 febrero 1990, 8 mayo 1991, 20 febrero y 13 octubre 1992, 15 noviembre 1993, 24 de septiembre de 1994, 23 de octubre de 2000, y 30 de enero de 2004, entre otras muchas.

¹⁵⁵ STS de 26 de marzo de 2004.

¹⁵⁶ A título ejemplificativo, pueden citarse las SSTs de 29 de noviembre de 2002; 21 de marzo de 2006; 7 de mayo, 15 de noviembre, y 4 de diciembre de 2007; y 23 de octubre de 2008, entre otras muchas.

posible-, no puede desconocerse la realidad de la existencia de múltiples vías jurisdiccionales de reclamación por los daños producidos como consecuencia de la prestación del servicio público de asistencia sanitaria; siendo el orden jurisdiccional civil, una de las principales vías de reclamación en materia de responsabilidad, mediante el accionamiento frente a la aseguradora de la Administración; ante la cual, la Sala 1ª del Tribunal Supremo, sigue aplicando, en múltiples supuestos, el artículo 148 del TRLGDCU como criterio legal de imputación del daño –v.gr. derivado de una infección intrahospitalaria-, cuando éste se produce en el marco de un servicio de asistencia sanitaria de titularidad pública.

En consecuencia, la virtualidad de la normativa en materia de consumo no puede restringirse o limitarse de forma exclusiva al ámbito privado, sino que ha de extenderse en su aplicación –sobre la base de los fundamentos que veremos a continuación-, a cualquier usuario perjudicado por el funcionamiento de un servicio sanitario, y ello con independencia de la titularidad jurídica, pública o privada, del prestador del mismo; ya que el consumidor, desde el punto de vista de la razonabilidad, no debería dejar de serlo –perdiendo, en consecuencia, los mecanismos tuitivos a su protección-, por el simple cambio de naturaleza en la titularidad del servicio.

5.2. APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO AL ÁMBITO CONCRETO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASISTENCIA SANITARIA.

Partiendo de su encaje constitucional como principios rectores de la política social y económica y de conformidad con el artículo 53.3 CE, el reconocimiento, respeto y protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero de la Constitución española de 1978 –artículos 39 a 52-, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los distintos poderes públicos. Garantía de protección, reconocimiento y tutela, que hubiera de alcanzar, por encontrarse en dicho capítulo, tanto al derecho a la protección de la salud, reconocido en el artículo 43 CE, como a la defensa de los consumidores y usuarios, la cual viniera garantizada en el artículo 51 CE.

En referencia a este último, se dispone que los poderes públicos deberán garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos y mecanismos eficaces, la seguridad, *la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*. Principio informador del ordenamiento jurídico, que ya adquiriera su desarrollo legislativo a través de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sustituida actualmente por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Sin embargo, y desde hace mucho tiempo, tanto la doctrina como la jurisprudencia al respecto, han puesto de manifiesto ciertas dudas en torno al ámbito de aplicación de esta norma, tanto en relación a los sujetos a los que afecta, como por lo que respecta a la materia en cuestión. Porque ¿es realmente la relación sanitaria una relación de consumo? Y en caso de que esto fuera así ¿cabe la posibilidad de aplicar el derecho de consumo a la Administración Pública? O dicho de otro modo, ¿puede aplicarse la normativa en materia de defensa de consumidores –específicamente, en sede de responsabilidad- a un ámbito público como es la prestación del servicio de asistencia sanitaria? Cuestiones, sin duda, no ociosas, que se sitúan en el centro del conflicto aplicativo existente entre el derecho de consumo y el derecho administrativo, a cuya resolución –o al menos, en orden a su clarificación-, serán necesarias ciertas reflexiones, que pasan ineludiblemente por analizar el marco jurídico de aplicación –tanto subjetiva como objetiva-, así como el fundamento esencial que preside la normativa en materia de defensa de consumidores y usuarios.

5.2.1. Reflexiones entorno el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la normativa en materia de defensa de consumidores y usuarios.

El derecho de consumo, concebido como el conjunto de normas de contenido dispar cuya finalidad radica en la protección de los intereses de los consumidores y usuarios en el mercado de bienes y servicios, se configura como una disciplina transversal no autónoma¹⁵⁷, que nace como consecuencia de la proliferación de normas dirigidas a la protección del individuo y de intereses difusos –en respuesta a una serie de fenómenos de origen diverso, entre los que cabe conferir especial relevancia al desarrollo tecnológico y al incremento del nivel de riesgo que el individuo se encuentra obligado a soportar-, cuyo fundamento último puede situarse en la tendencia al reequilibrio u horizontalización de las relaciones jurídicas verticales o asimétricas¹⁵⁸ –cuáles son, las relaciones jurídicas de consumo-, mediante la corrección de las fuerzas entre las partes contratantes.

En tal sentido, debemos preguntarnos si la relación existente entre el prestador del servicio público de asistencia sanitaria y el paciente, se configura como una relación de carácter vertical entre un empresario y un consumidor o usuario, susceptible de ser “corregida” en sus propios términos por el derecho de consumo. A este respecto, y como ya adelantáramos anteriormente, habrá de partirse del análisis del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por su condición de norma reguladora de las “*relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios*”, debiendo hacerse comprobación, en consecuencia, tanto de su marco de aplicación subjetivo –esto es, si ambos sujetos ostentan la condición de consumidor y empresario-, como de su ámbito de aplicación material u objetivo –es decir, si la tutela indemnizatoria del derecho a la protección de la salud se encuentra incluida en el manto protector del derecho de consumo-.

En relación al primero de tales elementos, serán considerados consumidores o usuarios, en virtud del artículo 3.1 TRLGDCU, “*las personas físicas –o jurídicas- que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”. Concepto amplio de

¹⁵⁷ A la hora de delimitar una concreta disciplina como rama autónoma del ordenamiento jurídico, existen ciertos presupuestos y requisitos que tal disciplina ha de cumplir en orden a su consideración como rama independiente: ha de poseer conceptos propios, instituciones propias y principios y valores propios que permitan su propia autointegración. El Derecho de consumo, si bien presenta algunos de estos elementos, parte, en primer lugar, de la dificultad de identificar el grupo de personas a quienes va dirigida la tutela especial derivada de su calificación como consumidores, puesto que, en última instancia –y como ya dijera el presidente de los Estados Unidos de América, John Fitzgerald Kennedy, en su discurso de 1962-, todos somos consumidores y usuarios de bienes y de servicios. Pero al margen de la imposible delimitación subjetiva, tampoco resulta fácil apreciar la razón sustantiva o axiológica particular de la caracterización del Derecho de consumo como derecho especial, ya que dicha condición debería derivarse de la existencia de una situación objetiva de debilidad económica que afectaría a todas las personas que consumen y que justificaría la agrupación de un sector de normas del ordenamiento, cuestión que también es discutible. Cierto es que la tutela del consumidor viene impuesta en la CE como un principio rector de la política social y económica (Art. 51 CE y 1.1 LGDCyU); sin embargo, este principio constitucional no sirve de base suficiente para sustentar la existencia de un Derecho especial del consumo, disgregado del resto de ramas del ordenamiento. En consecuencia, el Derecho de consumo no puede concebirse como una rama autónoma desgajada del resto, sino que ha de configurarse como una rama transversal al común del ordenamiento jurídico, que ha de ponerse en relación con el conjunto de sectores, principios e intereses que lo integran.

¹⁵⁸ La tradicional clasificación de las relaciones jurídicas entre sujetos privados distinguía entre aquellas relaciones entre particulares –concebidas como relaciones entre partes iguales, regidas por el Derecho Civil y fundamentadas en el principio de libre voluntad de las partes referido en el Art. 1255 CC-; aquellas relaciones entre empresarios –concebidas como aquellas relaciones entre partes supuestamente iguales, regidas por el Derecho Mercantil y fundamentadas en el principio de libre voluntad de las partes-; y aquellas otras relaciones llevadas a cabo entre empresarios y particulares, las cuales se concebían como relaciones eminentemente verticales, cuya regulación hunde sus raíces en la discusión doctrinal entorno a la dicotomía civil-mercantil. Discusión doctrinal que indirectamente queda superada, a través de la introducción del Derecho del consumo, el cual, de forma poco plausible, permitía, en cierto modo, la tan ansiada incardinación hacia la unificación del Derecho Privado.

En efecto y con el advenimiento del derecho de consumo –fundamentalmente a partir de 1984, con la promulgación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios-, las tradicionales categorías jurídicas clásicas de relaciones inter privados pierden su virtualidad en pro de una nueva clasificación, que distingue entre relaciones jurídicas simétricas u horizontales –esto es, aquellas en las que ambas partes contratantes se encuentran en efectivo pie de igualdad-; y relaciones jurídicas asimétricas o verticales –entendiendo por tales, aquellas en las que uno de los sujetos intervinientes ostenta una posición preponderante o prevalente con respecto al resto de partes en relación-.

consumidor y usuario, en línea al introducido por el Derecho comunitario, el cual lo califica por su finalidad desconectada o al margen de su actividad comercial o profesional¹⁵⁹.

Por su parte y desde el punto de vista de la normativa autonómica, advertimos que tales regulaciones no presentan un patrón de definición concreto y homogéneo. Así, encontramos que ciertas normas circunscriben la noción de consumidor a *“las personas físicas o jurídicas de cualquier nacionalidad o residencia que adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarias finales, bienes muebles o inmuebles, productos o servicios, siempre que el proveedor sea una empresa, profesional o la propia Administración cuando preste servicios o suministre productos en régimen de derecho privado”*¹⁶⁰. Por otro lado, y por lo que a nosotros afecta, la Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, integra una definición de consumidores y usuarios -que prescinde de la consideración del régimen público o privado de las entidades públicas que produzcan, faciliten, suministren o expidan bienes, productos, servicios, actividades o funciones a los consumidores y usuarios- y que los define como aquellas personas físicas o jurídicas *“que adquieran, utilicen o disfruten bienes y servicios en Cantabria, como destinatarios finales y con objetivos generalmente ajenos a cualquier actividad comercial o profesional”*, no ostentando dicha consideración *“quienes integren principalmente los bienes o servicios en un proceso de fabricación, comercialización o prestación dirigido al mercado, aun cuando dicha actividad no implique un lucro directo”*.

Del análisis de tales preceptos ha de colegirse necesariamente la inexistencia de cualquier duda entorno a la condición del paciente como usuario del servicio público de asistencia sanitaria¹⁶¹, y ello en tanto que, por definición, el paciente actúa y se somete a dicho

¹⁵⁹ Así se deduce de las definiciones de consumidor otorgadas por la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo; la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico); el Reglamento (CE) n° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria; la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE; la Directiva 2008/48/CE del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo; la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; o la más reciente Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010, cuya definición de consumidor entronca con lo dispuesto en la directiva de 2008. Configuración del concepto de consumidor que también se deduce de otras normas nacionales en materia de consumo, entre las que cabe citar, el Art.1.2 de Ley 7/1995.

¹⁶⁰ Tal es el caso de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías publicada por el Gobierno Vasco, o la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, entre otras muchas.

¹⁶¹ Aplican el concepto de “usuario del servicio sanitario” –si bien no en la línea de su consideración como parte de la relación de consumo-, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud; el Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual; el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización; el Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud; el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud; el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para

servicio como destinatario final del mismo, con un propósito ajeno a cualquier actividad comercial o empresarial, cual es el restablecimiento de su propia salud.

Sin embargo, y a pesar de la aparente claridad que se deriva desde el punto de vista subjetivo de los beneficiarios –por cuanto que el paciente ha de considerarse a todas luces, desde la perspectiva del derecho de consumo, como usuario del servicio público de asistencia sanitaria-, el concepto de consumidor o usuario ha de ponerse forzosamente en relación con la figura del empresario, como contraparte necesaria de la relación de consumo; lo cual ha suscitado ciertas dudas –la mayoría aún sin resolver de forma efectiva- entorno al encaje de las Administraciones Públicas dentro de dicho concepto.

En efecto, y por lo que respecta a la relación de consumo, existen todavía múltiples cuestiones entorno a la integración de las Administraciones públicas dentro del concepto de empresario manejado por la normativa en materia de defensa de consumidores y usuarios, y ello indudablemente derivado de la tautológica definición acuñada por el artículo 4 del TRLGDCU, según la cual, será considerado empresario *“toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*.

No obstante, y a tenor la interpretación literal de este precepto –concretamente, en base a las distintas referencias a la naturaleza *“pública o privada”*, llevadas a cabo tanto por la redacción del antiguo artículo 1.2 LGDCU¹⁶², como por el actual artículo 4 del TRLGDCU- se articula un concepto de empresario cuyo marco jurídico de comprensión permite incluir, no sólo a aquellas personas jurídico-privadas, sino también –y esto es lo importante- a aquellas otras personas jurídico-públicas, que actúen directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, y con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Interpretación que va más allá de la tradicional configuración mercantil de empresario, y que habilita a encajar en dicho ámbito –al menos, en línea de principio- al conjunto de entidades públicas o privadas, que integran el sistema articulado de la Administración Sanitaria.

Llegados a este punto –y salvando, en la medida de lo posible, el marco de aplicación subjetiva de dicha Ley-, es necesario tomar en consideración y cuestionarnos si la tutela indemnizatoria por los daños producidos como consecuencia del funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria puede ser incluida dentro del ámbito objetivo o manto protector de la normativa en materia de consumo. A este respecto, el artículo 8 del TRLGDCU –antiguo artículo 2 de la LGDCU-, enumera, como derechos básicos de los consumidores y usuarios, la protección contra los riesgos que pudieran afectar a su salud o seguridad, mediante la articulación de un sistema de indemnización y reparación de los daños y perjuicios sufridos. Tutela indemnizatoria, que ha de venir paralelamente completada por la referencia al principio de protección prioritaria de los derechos de los consumidores y usuarios cuando éstos guarden relación directa con bienes y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado¹⁶³.

garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación; el Real Decreto 8/1996, de 15 de enero, sobre libre elección de médico en los servicios de atención especializada del Instituto Nacional de la Salud; el Real Decreto 8/1996, de 15 de enero, sobre libre elección de médico en los servicios de atención especializada del Instituto Nacional de la Salud; la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y el Reglamento que la desarrolla. En particular, cobra especial relevancia la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como múltiples normas autonómicas que regulan la creación del Defensor del Usuario, haciendo mención expresa a su labor de gestionar las quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios.

¹⁶² Según el artículo 1.2 LGDCU, *“A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.”*

¹⁶³ Dispone el Art. 9 TRLGDCU que *“Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”*.

Sin embargo, este mandato dirigido a los poderes públicos de protección preferente de los derechos de los consumidores, entronca directamente con un concepto jurídico indeterminado, cual es la caracterización de los derechos que afectan a bienes y servicios como de “*uso o consumo común, ordinario y generalizado*”. Cuestión que habrá de ser resuelta mediante el recurso al Anexo I del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el cual se incluye una relación enunciativa y no exhaustiva de bienes y servicios de *uso o consumo común, ordinario y generalizado*, entre los cuales se encuentran –a los efectos que ahora interesan-, tanto productos no alimenticios referidos a medicamentos y productos sanitarios, como servicios sanitarios, médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios¹⁶⁴.

En consecuencia, y en base a este razonamiento, podemos concluir que, si bien ha de hacerse un gran esfuerzo interpretativo al respecto –no pudiendo desconocer la realidad de ciertas cuestiones, tales como la incertidumbre en torno a aplicación de la normativa en materia de defensa de consumidores y usuarios a las Administraciones Públicas como sujetos intervinientes en la relación de consumo, o en relación al fracaso en la definición del concepto de consumidor-, sí que existe la posibilidad de incluir, dentro del abanico de derechos del paciente, aquellos que se derivan de su condición como consumidor o usuario del servicio sanitario. Derechos y mecanismos tuitivos dirigidos a corregir u horizontalizar una relación *de facto* vertical o asimétrica, cual es la relación sanitaria o, en este caso, la relación que media entre el prestador del servicio público de asistencia sanitaria y el paciente como usuario del mismo. Una ampliación del manto protector del derecho de consumo, que desde la perspectiva de sus consecuencias y técnicas tuitivas, se antoja muy prometedora, y ello por cuanto responde –ahora más que nunca y máxime en un ámbito como es el sanitario- a la superación del modelo vertical o asimétrico de sometimiento asistencial que la sociedad ya no admite ni tolera como propio, resultando preciso –como ya señalara certeramente el profesor TOMILLO URBINA¹⁶⁵-, la “*protección preferente de los derechos del paciente frente al prestador del servicio de asistencia sanitaria*”.

5.2.2. El sistema de responsabilidad en materia de consumidores y usuarios como mecanismo tuitivo de la protección del paciente como consumidor.

Dispuesto lo anterior, cabe analizar ahora –como último punto de este trabajo y sin ánimo excesivamente exhaustivo-, las ventajas e inconvenientes derivados de la aplicación del sistema de responsabilidad en materia de defensa de consumidores y usuarios, como mecanismo tuitivo de protección del paciente en su condición de usuario del servicio público de asistencia sanitaria.

Partiendo de la singular necesidad de protección y tutela de los consumidores y usuarios en ciertas materias concretas y en base a la regulación prescrita por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, configura su artículo 148, un sistema especial de responsabilidad objetiva, al que quedarán sometidos –por lo que ahora interesa-, todos aquellos daños y perjuicios originados como consecuencia del correcto uso de los servicios sanitarios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente

¹⁶⁴ Real Decreto 1507/2000, el cual viniera a derogar, con objeto de adecuar la relación de bienes y servicios a las circunstancias del momento y en virtud de circunstancias sobrevenidas, el Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Real Decreto, que, a pesar de ser promulgado en desarrollo de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –al igual que su predecesor de 1991-, puede considerarse vigente en la actualidad, y ello por cuanto no puede inferirse su derogación expresa o tácita, en virtud de su ampliación en 2008, por mor de la ORDEN SCO/453/2008, de 14 de febrero, por la que se modifica el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera.

¹⁶⁵ Defensor de la aplicación del principio *pro consumitore* al paciente como usuario del servicio sanitario, el profesor TOMILLO URBINA, en TOMILLO URBINA, J. *La paridad posicional...* op. cit., en TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. *La protección jurídica del paciente como consumidor: selección de intervenciones en el I y II Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor*, 2010, pág. 70; y TOMILLO URBINA, J. *Tipicidad...* op. cit., en TOMILLO URBINA J. y ÁLVAREZ RUBIO, J. *La protección jurídica de los consumidores como motor del desarrollo económico: Actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Civitas, 2011, pp. 356 y ss.

establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar, en debidas condiciones, a los consumidores y usuarios¹⁶⁶. Régimen especial de responsabilidad, cuyo carácter objetivo –en contraposición al régimen general subjetivo o por culpa, referido en el artículo 147 del TRLGDCU-, aproxima este sistema al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, el cual ya fuera de aplicación frente aquellas lesiones producidas con ocasión de la prestación del servicio público de asistencia sanitaria.

Sin embargo, y a pesar de su compartida caracterización objetiva, ambos sistemas no resultan completamente identificables, y ello por cuanto que el sistema previsto en el artículo 148 del Texto Refundido, emplea, como mecanismo limitador de la responsabilidad objetiva, una restricción cuantitativa de la tutela indemnizatoria a un máximo de 3.005.060,52 euros; no rigiendo, en consecuencia, ni el principio de reparación integral propio del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, ni el conjunto de mecanismos que el mismo emplea en la limitación de su carácter objetivo.

Asimismo, y mientras que el régimen preconizado por los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC configura un sistema de responsabilidad de carácter directo –debiendo remitirnos, a tal efecto, al capítulo 2.2 de este trabajo-, el sistema de responsabilidad especial previsto por la normativa en materia de defensa de los consumidores y usuarios, no determina, de forma efectiva, los sujetos a los que cabe imputar dicha responsabilidad.

En respuesta a esta última cuestión, ciertos autores –como BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO o GÓMEZ CALLE¹⁶⁷-, han sugerido, en pro de la ampliación de los derechos de los consumidores y usuarios, la posibilidad de extender el marco de imputación de la responsabilidad especial a todos los sujetos materialmente intervinientes en la prestación del servicio de asistencia sanitaria que hubiera originado el daño o perjuicio. Amplitud omnicomprendiva del marco de imputación de la responsabilidad especial que, en comparación con el régimen general administrativo, permitiría accionar, no sólo frente al obligado principal –en este caso, la Administración Pública titular del servicio-, sino frente aquellos funcionarios, autoridades y agentes que integran el conjunto del personal sanitario dependiente¹⁶⁸.

Sin embargo, y en relación con este aspecto, otros autores –como ASÚA GONZÁLEZ¹⁶⁹- consideran, en correspondencia con el brocardo latino *ubi emolumentum ibi onus*, que la imputación de la responsabilidad especial sólo debería alcanzar a quien preste el

¹⁶⁶ Régimen especial de responsabilidad, que emplea un criterio de imputación objetiva o por riesgo, construido sobre la mera vulneración de determinados niveles garantizados de *pureza, eficacia y seguridad* en la prestación de un servicio, los cuales vendrán necesariamente incluidos por estar reglamentariamente así establecidos o por la propia naturaleza del mismo; de forma tal, que la obligación de indemnizar surgirá, cuando tales niveles de garantía se vulneren, y ello con independencia de la diligencia o negligencia en la prestación del servicio. Sin embargo, este sistema –cercano en su configuración al régimen administrativo de responsabilidad por funcionamiento normal del servicio público-, a simple vista, adolece de ciertos problemas e indeterminaciones, y ello, por un lado, entorno a la enorme dificultad en la delimitación de los concretos niveles de pureza, eficacia y seguridad en la prestación del servicio de asistencia sanitaria; y por otro, en base a la equiparación de la diligencia o negligencia en el desarrollo del mismo, no siendo lógico que responda de igual modo quien lleva a cabo todos y cada uno de los deberes de actuación en la prestación del servicio, que quien no ha llevado a cabo ninguno.

¹⁶⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes*, Aranzadi, 1992, pp. 713 y ss. y GÓMEZ CALLE, E. *El fundamento... op. cit.*, Anuario de derecho civil. Vol. 51, núm. 4, 1998, pp. 1693 y ss.

¹⁶⁸ Si bien desde un punto de vista teórico, la introducción de éste sistema beneficiaría a consumidores y usuarios de una posibilidad adicional, cual es la de reclamar frente al propio personal sanitario que hubiera cometido, en el correcto desarrollo de su servicio, un daño o perjuicio; desde el punto de vista práctico, tal posibilidad se vería limitada, sin embargo, –como ya se advirtiera durante la larga etapa de responsabilidad personal-, por el insuficiente patrimonio particular de los funcionarios y agentes que hubieran causado dicho daño –convirtiéndola, *ab initio*, en una vía inapropiada o poco pragmática en orden a la obtención de una eventual indemnización-, con el agravante de equiparar, por su propia configuración objetiva y en términos absolutos, tanto al personal sanitario diligente, como al culpable o negligente, y ahondar, en consecuencia, en conductas tales como la medicina defensiva y la inasunción de riesgos por parte de los facultativos, los cuales recibirían dicha ampliación como un ataque directo y frontal, que no haría sino aumentar la brecha existente entre medicina y derecho.

¹⁶⁹ ASÚA GONZÁLEZ, C.I. *Responsabilidad... op. cit.*, Tratado de Responsabilidad Civil, 2002, pp. 1010 y ss.

servicio sanitario como titular del mismo. Interpretación que nos sitúa en una posición análoga a la que se derivaría de la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública –equiparándolo a su carácter directo–, con única la salvedad de su coexistencia con el régimen general subjetivo o por culpa, referido en el artículo 147 del TRLGDCU, y que permitiría la imputación directa al personal sanitario, por su condición de prestador efectivo del servicio¹⁷⁰, “*por los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*”.

En conclusión, y bajo esta interpretación, se articula un sistema de responsabilidad bifronte, en el que convergen, por un lado, un régimen especial de responsabilidad objetiva, en relación a aquellos daños ocasionados como consecuencia de las actuaciones u omisiones funcionales, organizativas y prestacionales de los servicios sanitarios globalmente considerados, que hubieran de prestarse en determinadas condiciones y niveles, objetivamente determinables, de pureza, eficacia y seguridad; y por otro, un sistema de responsabilidad por culpa objetivada, en relación al acto médico en sí mismo considerado, y que tomaría como referencia –al igual que en aplicación de la normativa administrativa–, el criterio de la *lex artis ad hoc*, como elemento valorativo o de contraste de los niveles de calidad y diligencia que han de imbuir la práctica médica. Criterio éste último, del que ha de reseñarse, necesariamente, su especial beneficio al paciente como usuario del servicio sanitario, por cuanto que relaja la carga probatoria que afecta al proceso de reclamación de la responsabilidad, prescribiendo una inversión de la misma o, por lo menos, su distribución dinámica¹⁷¹.

¹⁷⁰ En contraposición con la referencia al servicio sanitario llevada a cabo por el artículo 148 del TRLGDCU, la prestación efectiva del servicio –desde su condición de acto médico– por parte del personal sanitario puede considerarse incardinada dentro del régimen general subjetivo o por culpa, referido en el artículo 147 del TRLGDCU. Interpretación conforme a la línea jurisprudencial imperante, según la cual, la responsabilidad especial objetiva se demanda no de la actuación médica concreta, sino del servicio sanitario en su conjunto, referido a los actos u omisiones funcionales, organizativos y prestacionales de los servicios sanitarios. Por todas, SSTs de 4 de marzo de 2013 y 3 de julio de 2013.

¹⁷¹ Partiendo de la literalidad del artículo 147 del TRLGDCU, y en línea de principio, existirá una presunción de culpa del prestador del servicio de asistencia sanitaria –médico, cirujano, anestesista, personal de enfermería, auxiliar de enfermería, técnico en transporte sanitario, etc.– *por los daños y perjuicios causados a los usuarios del mismo, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*. Sin embargo, en la práctica –y en virtud del principio general que prescribe la necesidad de que, quien afirma un estado de hechos, debe probar dicho estado–, la carga de la prueba se mantiene en la persona del actor, quien habrá de acreditar cumplidamente la existencia de una lesión resarcible, y el nexo causal entre ésta y el funcionamiento normal o anormal del servicio público; negándose por parte de la jurisprudencia cualquier presunción de culpa o inversión del *onus probandi*. No obstante, y como ya señalara GARCÍA GARNICA, “*cada vez son más los supuestos en los que la jurisprudencia excepciona esta doctrina, al amparo de lo que se denomina como “distribución dinámica de la prueba”. A través de ella no se pretende alterar el criterio de imputación de la responsabilidad civil, sino tan sólo atribuir la carga probatoria a aquella de las partes del proceso que esté en mejores condiciones para acreditar un determinado hecho*” (GARCÍA GARNICA, M.C. *Aspectos básicos...* op. cit., Aranzadi, 2010, pág. 81; en el mismo sentido, ASÚA GONZÁLEZ, C.I. *Responsabilidad...* op. cit. Tratado de Responsabilidad Civil, 2002, pp. 991 y ss; y GÓMEZ CALLE, E. *El fundamento...* op. cit., Anuario de derecho civil. Vol. 51, núm. 4, 1998, pp. 1693 y ss).

Un planteamiento más que razonable, que sitúa al paciente en una mejor situación procesal, y que la jurisprudencia ha venido aplicando en relación al consentimiento informado, al considerar que la falta de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega so pena de imponer una prueba que pudiera calificarse como perversa y contraria al principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución; debiendo imponerse la carga de la prueba respecto del deber de información al facultativo o al centro sanitario. En este sentido, SSTs de 28 de diciembre de 1998, de 13 de abril de 1999, 3 de octubre de 2000, de 27 de abril y 17 de octubre de 2001.

EPÍLOGO

No sería de recibo finalizar el presente trabajo, sin comentar someramente, a modo de epílogo y en recapitulación de las ideas centrales de este breve acercamiento a la materia objeto de estudio, algunas de las conclusiones más importantes alcanzadas durante el desarrollo del mismo. Aproximación sobre la que, sin embargo, ha de advertirse la necesaria prudencia y cautela en su análisis, y ello por cuanto nos encontramos ante un tema de inabarcable amplitud y complejidad, hoy en absoluta efervescencia, cual es el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños producidos con ocasión de la prestación del servicio público de asistencia sanitaria.

Debe hacerse, por tanto, un ejercicio previo de humildad que ha de conducirnos a una primera reflexión entorno a las casi ilimitadas implicaciones e interpretaciones de los distintos aspectos de la materia abordada –de cuyo análisis doctrinal y jurisprudencial baste para advertir su conflictividad y divergencia interpretativa en numerosos aspectos, los cuales distan enormemente de estar cerrados a críticas en la actualidad-, que deja indefectiblemente en el tintero múltiples cuestiones técnicas, sin duda interesantes¹⁷², y que pone de manifiesto la imperante necesidad de tomar en consideración este trabajo simplemente como lo que es: una aproximación general.

Partiendo de esta consideración previa, es necesario hacer referencia ahora –si bien de forma esquemática-, al elenco de caracteres y requisitos fundamentales, que configuran el actual régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; a cuya comprensión, cobra especial relevancia su nota de historicidad, y ello por cuanto es únicamente desde la perspectiva de la evolución histórica de ésta institución –caracterizada por el enfrentamiento y superación de los arcaicos dogmas y axiomas que fundamentaran cada una de las etapas de su recorrido histórico-, y de los cambios políticos, sociales, económicos y culturales acaecidos en nuestra sociedad, que puede llegar a comprenderse –al menos, en línea de principio-, el alcance de la materia en su plenitud y contexto. Institución, que transita desde una situación de absoluta irresponsabilidad del Estado hacia la paulatina consagración del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, como sistema de garantía patrimonial de los particulares.

Como culminación a dicha trayectoria histórica –sin duda, aun cambiante-, nuestro actual sistema de responsabilidad patrimonial –preconizado por los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC-, se configura como un régimen de responsabilidad general y unitario, directo, objetivo, y tendente a la reparación integral, que pivota sobre la existencia de una lesión resarcible –la cual se concibe como aquel daño antijurídico, efectivo, evaluable económicamente, e individualizado en relación a una persona o grupo de personas-, ligada a través de un nexo causal adecuado, al funcionamiento normal o anormal de un servicio público. Régimen general, cuyos caracteres y requisitos, serán de aplicación ante los daños producidos como consecuencia de la prestación del servicio público de asistencia sanitaria; si bien con las singularidades y especialidades adoptadas por la doctrina y la jurisprudencia, derivadas del particularismo y peculiaridad de la materia.

Llegados a este punto, es necesario tomar en consideración el cambio de paradigma acaecido en el inconsciente colectivo, que, llevado al concreto ámbito sanitario, ha conllevado la paulatina superación del tradicional modelo de “sometimiento asistencial” de carácter vertical y

¹⁷² Tales como la extensión de la cobertura del consentimiento informado y de las cláusulas empleadas por el mismo; la doctrina del daño desproporcionado y la pérdida de oportunidad; la naturaleza de los daños permanentes y daños continuados; la responsabilidad por actuación sanitaria conjunta defectuosa; la indemnizabilidad del denominado *wrongful birth*; las ventajas procesales de otras vías jurisdiccionales de acción –civil y penal- en materia de responsabilidad sanitaria frente a la Administración Pública; la posibilidad de articular mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en materia sanitaria, tales como el arbitraje; la utilidad de figuras como el defensor del paciente; el alcance y extensión concreta de la imprudencia médica y el error en el diagnóstico; la inclusión y valoración de los daños morales; o las especialidades circundantes entorno a concretos supuestos de responsabilidad, derivados de la experimentación médica, la práctica odontológica, protésica, anestésica, ginecológica y andrológica, psiquiátrica, e incluso aquellas derivadas de nuevos sectores de la medicina como la biogenética, entre otros muchos.

corte paternalista, inspirado en el principio de confianza o beneficencia, el cual la sociedad actual ya no admite ni tolera como propio, abogando por un modelo de servicio público constitucionalizado, construido desde la óptica del respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas. Cambio en la tendencia social que, junto con la redefinición de la relación médico-paciente y el creciente reconocimiento de sus derechos, ha supuesto una multiplicación exponencial de las reclamaciones patrimoniales en materia de responsabilidad sanitaria, la cual ha suscitado no pocas críticas –tanto por parte de los profesionales sanitarios, cuya reacción frente el auge en la litigiosidad redunda en el desarrollo de conductas tales como la medicina defensiva; así como desde la óptica de la doctrina y la jurisprudencia-, y ello ante la ausencia de un adecuado régimen de responsabilidad patrimonial, coherente con la realidad social, económica y jurídica del momento, y al albur de criterios y requisitos inequívocos, que aporten estabilidad y seguridad jurídica en la materia.

En efecto, y por su participación en el régimen general preconizado por los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, el sistema de responsabilidad pública sanitaria –como ya pusieran de manifiesto múltiples autores en referencia al sistema en su conjunto-, adolece de una excesiva generalidad y uniformidad en la concreción de sus presupuestos y de los fundamentos del deber de reparación, que plantea graves problemas interpretativos y aplicativos que, al no ser corregidos por el legislador, han llevado a que sea la propia doctrina jurisprudencial la que perfile –mediante diversas modalizaciones y mecanismos correctores- el alcance real de los distintos criterios y requisitos que configuran el sistema general de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, por los daños producidos como consecuencia de la prestación del servicio público de asistencia sanitaria.

En revisión a estos caracteres esenciales del régimen general –de los que la responsabilidad pública sanitaria es partícipe-, y como una de las conclusiones principales alcanzadas en el desarrollo de este proyecto, es absolutamente necesario reseñar ahora, que el pretendido carácter objetivo del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, no supone en modo alguno que la Administración deba responder siempre y en todo caso frente a cualquier lesión que se produzca con ocasión de un servicio público, máxime en un ámbito como el sanitario –el cual se caracteriza por la habitual asunción de riesgos-, en el que no parece en modo alguno razonable que la mera existencia de un simple daño, vinculado a través de un nexo causal al funcionamiento del servicio, conlleve el deber de indemnizar al perjudicado siempre y en todo caso, ya que dicha situación convertiría a la Administración en una suerte de aseguradora universal frente a todos los riesgos derivados de su actuación. Al contrario, el referido carácter objetivo del sistema de responsabilidad patrimonial, supone que la Administración titular del servicio de asistencia sanitaria sólo habrá de responder frente aquellas lesiones que, habiendo cumplido el requisito de causalidad, le sean objetivamente atribuibles en virtud de un título jurídico de imputación objetiva previsto por la ley.

En consecuencia, cobran especial relevancia las distintas interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales, entorno a los criterios de imputación de la responsabilidad patrimonial a la Administración Pública, derivados de la controvertida fórmula legal del “*funcionamiento normal o anormal del servicio público*”. Criterios limitadores de la potencial expansividad de la responsabilidad patrimonial que, referidos al concreto ámbito sanitario, operan como elementos verdaderamente esenciales en la configuración del régimen de responsabilidad patrimonial sanitaria, al integrar –bajo los denominados subtítulos jurídicos de imputación- el conjunto de especialidades y particularidades en la materia.

A tal efecto, la alusión al título jurídico de imputación por el funcionamiento anormal del servicio público, opera como criterio de atribución de la responsabilidad patrimonial a la Administración Sanitaria, por aquellas lesiones derivadas de actuaciones objetivamente inadecuadas o *fautes de service*¹⁷³. Título jurídico de imputación extremadamente amplio, que

¹⁷³ Es decir, cuando ésta actúa defectuosamente –ante la falta de medios adecuados, negligencias médicas, errores en la realización o valoración del diagnóstico, culpa *in vigilando* o incumplimiento del deber de informar-, de forma tardía –en vulneración de los plazos máximos de respuesta- o directamente no presta el servicio.

ha servido a la jurisprudencia como criterio habitual de atribución de la responsabilidad, y que parte necesariamente de una reflexión previa, en orden a identificar cómo debe ser el funcionamiento normal del servicio público –esto es, cuáles son los concretos modelos de diligencia y calidad media a los que debe someterse la actuación administrativa-, ya que sólo en relación negativa con éstos últimos, podrá determinarse si la concreta actuación o funcionamiento de la Administración Pública fue objetivamente inadecuada. Niveles o estándares de calidad media, que exceden lo meramente jurídico, entroncando directamente con el equilibrio existente, entre los criterios jurídicos empleados por el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, la viabilidad económica y presupuestaria, y las posibilidades y opciones políticas en materia de gestión sanitaria.

Por otra parte, y junto con dichos estándares y niveles medios de calidad –sobre los cuales aún existe una gran incertidumbre e inseguridad jurídica, por ser fijados habitualmente de forma casuística y empírica por el juez-, cobra especial relevancia, en el concreto ámbito sanitario, la aplicación del criterio de la *lex artis ad hoc*, como elemento esencial en la valoración de la correcta ejecución y desarrollo del concreto acto médico, que incluye la obligación de emplear todos los medios técnicos a disposición del profesional sanitario en la realización del diagnóstico, la asistencia y el tratamiento, así como el deber de informar al paciente, o en su caso, a sus familiares, a través de la figura del consentimiento informado. Regla de contraste determinante, integrada por el conjunto normas de diligencia a tenor de las circunstancias o peculiaridades del caso concreto, que han de imbuir la práctica médica, y cuya vulneración será presupuesto necesario en la aplicación del subtítulo jurídico de imputación por culpa, radicado dentro del criterio de atribución de la responsabilidad por el funcionamiento anormal del servicio público de asistencia sanitaria.

No obstante, y derivado del tenor literal del artículo 139.1 de la LRJPAC, tampoco puede obviarse la existencia del título jurídico de imputación por el funcionamiento normal del servicio público, el cual supone un peligroso acercamiento entre el criterio de causalidad objetiva y el criterio de imputación objetiva, y ello por cuanto conlleva la atribución de la responsabilidad por aquellas lesiones producidas como consecuencia de una actuación administrativa ajustada a legalidad o dentro de los estándares o niveles de corrección y diligencia exigibles. Criterio que, en línea de principio, excede de lo propiamente razonable o sostenible –sobre todo, en lo que respecta a términos económicos y presupuestarios y máxime en un ámbito como es el sanitario-, en el que adquieren toda su virtualidad el conjunto de mecanismos limitadores de la responsabilidad, los cuales serán comprobados con especial cautela y rigor por parte del juez¹⁷⁴, muchas veces subvertidos y desnaturalizados en una clave culpabilística que de todo punto les es impropia.

Es por ello que no son pocos los autores que abogan por un cambio interpretativo o incluso una reforma del régimen vigente, que dote de absoluta preminencia al funcionamiento anormal del servicio público como criterio de imputación principal de la responsabilidad a la Administración Pública –con la correspondiente fijación de los concretos niveles de calidad y diligencia media-, manteniendo, en adición, una delimitación taxativa del conjunto de supuestos por daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio, por los cuales ésta hubiera de responder bajo el título jurídico de imputación por el funcionamiento normal.

Por último, y como conclusión de cierre al desarrollo de este proyecto, es imprescindible reseñar ahora la posibilidad de introducción del derecho de consumo como mecanismo tuitivo de la protección del paciente como usuario del servicio público de asistencia sanitaria. Aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que pasa necesariamente por la realización de un importante esfuerzo

¹⁷⁴ En efecto, y ante una actuación administrativa ajustada a legalidad o dentro de los estándares o niveles de corrección y diligencia exigibles, la jurisprudencia centrará su atención en la comprobación de la relación de causalidad y de los distintos elementos externos que pudieran interferir en la producción del hecho dañoso, tales como la intervención del propio paciente en el nexo causal, el estado de salud del mismo –concretamente, la gravedad de su afección o su grado de irreversibilidad-, así como la existencia de fuerza mayor en el supuesto concreto, o la materialización de los riesgos del progreso o desarrollo técnico.

interpretativo –fundamentalmente, por lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación frente a la Administración Pública-, a través del cual se articula, en línea de principio y conforme a la interpretación jurisprudencial dominante, un sistema de responsabilidad bifronte, en el que convergen, por un lado, un régimen especial de responsabilidad objetiva –que guarda cierta similitud, aunque no identidad, con el referido por la normativa administrativa-, en relación a aquellos daños ocasionados como consecuencia de las actuaciones u omisiones funcionales, organizativas y prestacionales de los servicios sanitarios globalmente considerados, los cuales hubieran de prestarse en determinadas condiciones y niveles, objetivamente determinables, de pureza, eficacia y seguridad; y por otro, un sistema de responsabilidad por culpa objetivada, en relación al concreto acto médico en sí mismo considerado, y que tomaría como referencia –al igual que en aplicación del régimen actual-, el criterio de la *lex artis ad hoc*, como elemento valorativo o de contraste de los niveles de calidad y diligencia que han de imbuir la práctica médica. Criterio éste último, del que –como dijimos-, ha de reseñarse necesariamente, su especial beneficio al paciente como usuario del servicio sanitario, por cuanto que relaja la carga probatoria que afecta al proceso de reclamación de la responsabilidad –la cual requiere a menudo un elevado nivel de información fáctica y de conocimientos técnicos de muy difícil obtención por parte de la víctima, pero asequibles para la organización sanitaria y la Administración-, prescribiendo una inversión de la misma o, por lo menos, su distribución dinámica.

En definitiva, el derecho de consumo se erige como nuevo horizonte y última frontera en la protección de los derechos del paciente como usuario del servicio público de asistencia sanitaria, que dota de cierta simetría a una relación eminentemente asimétrica como es la relación médica, máxime cuando la prestación del servicio es llevada a cabo por la Administración Pública. Punta de lanza de la garantía asistencial, de la igualdad de armas en el proceso y de la reforma del sistema de responsabilidad sanitaria, que, como dijimos, no ha de entenderse contrapuesta, antagónica o enfrentada, a la consagrada por los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, sino que encuentra puntos o espacios comunes, en los que ambas regulaciones pueden coexistir en paz.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ACEDO PENCO, A. *Contratos y responsabilidad civil, cuestiones jurídicas actuales supuestos concretos y soluciones jurisprudenciales*, Dykinson, 2008.
- ALARCÓN SEVILLA, V. *La responsabilidad patrimonial en la Administración Sanitaria*, Anales de derecho, núm. 27, 2009.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 8, 2013.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *Responsabilidad civil médica*, Tratado de responsabilidad civil / coord. por Luis Fernando Reglero Campos, Vol. 2, 2008 (Parte especial primera).
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. *Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU*, La responsabilidad civil y su problemática actual / coord. por Juan Antonio Moreno Martínez, 2007.
- ATELA BILBAO, A. *Consentimiento informado y lex artis ad hoc: Casuística en Bizkaia*, Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado / coord. por Francisco Lledó Yagüe, 2012
- BELLO JANEIRO, D. *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Reus, 2009
- BLÁS ORBÁN, C. *El equilibrio en la relación médico paciente*, Bosch, 2006
- BLÁS ORBÁN, C. *Responsabilidad profesional del médico*, Bosch, 2003
- BOBO RUIZ, J. *Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario*, Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios / coord. por Lorenzo Morillas Cueva y José María Suárez López, Dykinson, 2010
- BURZACO SAMPER, M. *Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria y estándares generales del servicio: perspectiva jurisprudencial*, Los avances del derecho ante los avances de la medicina / coord. por Salomé Adroher Biosca, Federico de Montalvo Jääskeläinen, María de los Reyes Corripio Gil-Delgado, Abel B. Veiga Copo, 2008.
- BUSTO LAGO, J.M. *La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto*, Estudios multidisciplinarios para la humanización del parto / coord. por Cristina López Villar, 2011.
- CALZADILLA MEDINA, M. A. *Responsabilidad patrimonial de la administración pública, jurisdicción civil y sujetos privados*, Revista de derecho privado, núm. 87, 2003.
- CASTÁN MARTÍNEZ, L.M. *Doctrina de los riesgos del progreso o derivados del avance técnico. Artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Anales de la Abogacía General del Estado, núm. 2001, Enero 2003
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. *El sistema de garantías de tiempos máximos de respuesta como instrumento jurídico de reacción frente a las listas de espera*, Tratado de medicina legal y ciencias forenses. Tomo I. Derecho sanitario y medicina legal del trabajo / dir. por Santiago Delgado Bueno, Bosch, Barcelona, 2011
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. *Tratamiento jurídico de las listas de espera y garantías de tiempo de las prestaciones sanitarias*, La protección jurídica del paciente como consumidor: selección de intervenciones en el I y II Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor / coord. por Jorge Luis Tomillo Urbina, Joaquín Cayón de las Cuevas, 2010
- COSCULLELA MONTANER, L. *Manual de Derecho Administrativo, Parte General*, 23ª Edición, Civitas, 2012

- DE FUENTES BARDAJÍ, J. *Manual de Responsabilidad Pública*, 2ª edición, Aranzadi, 2010
- DE LAS HERAS GARCÍA, M.A. *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*, Tesis doctoral dirigida por Juan Roca Guillamón, Universidad de Alicante, 2004
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. *La responsabilidad médica como nuevo fenómeno. Análisis de causas y conceptos*, La medicina ante el derecho: problemas del lenguaje y de riesgo profesional, Dykinson, 2014.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. *Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria*, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 1, 2004
- DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. *Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos*, La responsabilidad civil y su problemática actual / coord. por Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, 2007.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª edición, Lex Nova, 2007
- ESTEVE PARDO, J. *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ed. Ariel. Barcelona, 1999
- FERNÁNDEZ COSTALES, J. *Estado actual de la casuística de la responsabilidad sanitaria, a la luz de los Consejos Consultivos, del Consejo de Estado y de la Jurisprudencia*, La responsabilidad civil y su problemática actual / coord. por Juan Antonio Moreno Martínez, 2007.
- FERNANDEZ ENTRALGO, J. *Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales* Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 3, mayo, 2004.
- FONSECA GONZALEZ, R. *La responsabilidad por omisión en el ámbito sanitario*, XIX Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 2012
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de Derecho Administrativo II*, Duodécima Edición, Aranzadi.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la Administración*, Civitas, 1984
- GARCÍA GARNICA, M.d.C. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, 2010.
- GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo II, Parte General*, Decimosegunda Edición.
- GÁZQUEZ SERRANO, L. *Régimen jurídico de la responsabilidad civil sanitaria*, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Vol. 02, Abril 2013.
- GIMÉNEZ CABEZÓN, J.R. *La responsabilidad de los médicos-empleados públicos*, Manual jurídico de la profesión médica / coord. por Alberto Palomar Olmeda; Luciano José Parejo Alfonso, 1998
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J.L. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 257, Abril 2010.
- PELAYO GONZÁLEZ- TORRE, A. *La intervención del Derecho en la actuación sanitaria. El extraño caso del consentimiento informado*, Anuario de filosofía del derecho, núm. 26, 2010
- GOMEZ CALLE, E. *El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario*, Anuario de Derecho Civil, 1998-IV

- GUERRERO ZAPLANA, J. *Las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios*, 5ª edición, Lex Nova, diciembre 2006
- HERRERA CAMPOS, R. *Las condiciones de la acción de indemnización de los daños y perjuicios. Los daños médicos indemnizables*. Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios / coord. por Lorenzo Morillas Cueva y José María Suárez López, Dykinson, 2010
- IRIBARREN BLANCO, M. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Aspectos procedimentales y revisión jurisdiccional*. Revista de Derecho vLex, VLEX-110295
- LAFERRIÈRE, *Traité de la Jurisdiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1887-1888, 2ª Ed. 1986.
- LEGUINA VILLA, J. y DESDENTADO DAROCA, E. *La protección jurídica del administrado. La responsabilidad patrimonial de la Administración: Evolución y principios actuales*, Revista jurídica Iustel
- LÓPEZ CANDELA, J.E. *El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la administración por funcionamiento normal con especial mención al servicio sanitario*, Revista jurídica de Castilla y León, núm. 15, 2008
- LÓPEZ GUERRA, L. *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, Revista del Departamento de Derecho Político, núm. 6, 1980
- LÓPEZ RODO, L. *Personalidad Jurídica del Estado en el Derecho interno*, en Revista de Derecho Político, núm. 11, 1981
- MARTÍN LEÓN, A. *Lex artis y protocolos médicos*, Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios / coord. por Lorenzo Morillas Cueva y José María Suárez López, Dykinson, 2010
- MARTÍN REBOLLO, L. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España. Estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*. Revista de Documentación Administrativa, núm. 237 - 238 (enero - junio 1994)
- MARTÍN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, Revista de Administración Pública, núm. 150 (septiembre – diciembre 1999).
- MARTÍN REBOLLO, L. *Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas*, La responsabilidad civil y su problemática actual / coord. por Juan Antonio Moreno Martínez, 2007
- MEDINA ALCOZ, L. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (II). Elementos. Factores de exoneración*. Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo IV, Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas / coord. por Tomás Cano Campos, 2009
- MEDINA ALCOZ, L. *La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo*, Civitas, 2005
- MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*, Civitas, ed. 2002 y 2012
- MIR PUIGPELAT, O. *Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)*, Revista española de derecho administrativo, núm. 140, 2008
- MORILLAS FERNÁNDEZ, M. *Responsabilidad civil médica y ausencia de consentimiento informado*. Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado / coord. por Francisco Lledó Yagüe, 2012

- MUNAR BERNAT, P.A. *El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar*. Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado / coord. por Francisco Lledó Yagüe, 2012
- MUÑOZ MACHADO, S. *Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria*, Revista de Documentación Administrativa, núm. 237 – 238 (enero – junio 1994).
- MUÑOZ GUIJOSA, M^a ASTRID. *Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa*. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo. Revista de Administración Pública, núm. 187 (enero – abril 2012).
- MÚRTULA LAFUENTE, V. *La responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio del virus del SIDA a través de transfusión de sangre (comentario a la STS 28 diciembre 1998)*, Anuario de derecho civil, Vol. 52, núm. 4, 1999.
- NAVEIRA ZARRA, M.M. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Edersa, 2010
- PANTALEÓN PRIETO, F. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, Centenario del Código Civil 1889-1989, Vol. 2, 1990
- PANTALEÓN PRIETO, F. *Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Revista de Documentación Administrativa, núm. 237 – 238 (enero – junio 1994).
- PANTALEÓN PRIETO, F. *Responsabilidad médica y responsabilidad de la administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas)*, Cívitas, 1995
- PARDO GATO, J.R. *La responsabilidad civil sanitaria por riesgos de desarrollo, y La excepción de los medicamentos respecto a las causas de exoneración de responsabilidad civil por "riesgos de desarrollo": Un "antes" y un "después" de la sentencia de 10 de Mayo de 2001 del TJCE*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 3, 2003
- PARICIO RALLO, E. *Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Especial referencia a la responsabilidad de las Administraciones Locales por daños sufridos en la vía pública*, Cuadernos de derecho local, núm. 12, 2006.
- PARRA LUCÁN, M^a.A. *Dos apuntes en materia de responsabilidad médica*. Volumen 11 – Extraordinario XI Congreso Derecho y Salud, Mayo 2003
- PEMÁN GAVÍN, J. *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público*. Revista de Documentación Administrativa, núm. 237 - 238 (enero - junio 1994)
- PEMÁN GAVÍN, J. *Las prestaciones sanitarias públicas. Configuración actual y perspectivas de futuro*, Revista de Administración Pública, núm. 156 (septiembre – diciembre 2001)
- PITA BRONCANO, C.P. *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 24, 2006
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Nuevo enfoque de la responsabilidad médico-sanitaria: la perspectiva de la defensa de los consumidores y usuarios*, Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 18, 2000.
- RODRIGUEZ LÓPEZ, P. *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Bosch, 2004
- RUIZ JIMENEZ, J. *La delimitación del contenido de la lex artis ad hoc base de responsabilidad en el ámbito sanitario*, Revista crítica de Derecho Inmobiliario, Año núm. 83, núm. 699, 2007

- ROMERO COLOMA, A. M. *Omisión y responsabilidad civil*, Revista crítica de derecho inmobiliario, Año núm. 83, núm. 702, 2007
- SAINZ MORENO, F. *El Tribunal Constitucional alemán declara la nulidad de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, de 26 de junio de 1981*, Revista de Administración Pública, núm. 98, 1982
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, Segunda edición, 2009
- SANCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1955
- SÁNCHEZ GARCÍA, M.M. *Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Vol. 23 Extraordinario XXII Congreso (2013)
- SANCHEZ MORON, M. *Derecho Administrativo, Parte General*, 8ª Edición, Tecnos, 2012
- TOMILLO URBINA, J. Tipicidad del usuario de servicios sanitarios como consumidor. La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico: (actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores) / coord. por Julio Alvarez Rubio; Jorge Luis Tomillo Urbina, 2011
- TOMILLO URBINA, J. L. *La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor*, La protección jurídica del paciente como consumidor: selección de intervenciones en el I y II Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor / coord. por Jorge Luis Tomillo Urbina, Joaquín Cayón de las Cuevas, 2010
- VÁZQUEZ BARROS, S. *Responsabilidad civil de los médicos. Doctrina, legislación básica, jurisprudencia, formularios y bibliografía*. Tirant Lo Blanch, 2009.
- VILLAR ROJAS, F.J. *La responsabilidad de las administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996