eman ta zabal zazu
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea
ZUZENBIDE FAKULTATEA
FACULTAD DE DERECHO

Grado en Derecho 2020/2021

Trabajo Fin de Grado

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA EN LA PANDEMIA DE LA COVID-19

Realizado por:

Ane Miren González de Zárate Ávalos

Dirigido por:

Jose Ignacio Cubero Marcos

ÍNDICE

Abreviaturas empleadas

I. INTRODUCCIÓN 5

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN 8

II. 1. Normativa. Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial 8

II.1.A. Evolución normativa 8

II.1.B. Normativa básica 9

II.2. Caracteres generales del régimen general de responsabilidad patrimonial 10

II. 3. Presupuestos de la responsabilidad 12

II.3.A El daño 13

II.3.B La antijuricidad del daño 15

II.3.C Imputación del daño 16

II.3. D. Relación de causalidad 17

II.3.D.1. La teoría de la imputación objetiva 18

II. 4. Excepciones a la responsabilidad 19

III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO SANITARIO 22

III. 1. Marco normativo 22

III. 2. Características del régimen de la responsabilidad patrimonial en la administración sanitaria. 24

III.2.A La lex artis y la antijuridicidad del daño 24

III.3 Requisitos 25

III.3.A. Lesión resarcible.....25

III.3.B. Imputación del daño a la administración sanitaria 25

III.3.C. Relación de causalidad y pérdida de oportunidad 27

III.3.D. Consentimiento informado del paciente.....28

IV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA DERIVADA DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19 30

IV.1. Disposiciones que contemplan la posibilidad de indemnización 32

IV. 2. Medidas sanitarias adoptadas 34

IV. 3 Análisis de casos y problemas 38

IV. 3. A. Los medios para la atención a pacientes 38

IV. 3. B. Protección del colectivo de trabajadores de la sanidad.....41

IV. 4. D Plazo para presentar la reclamación. Daños continuados.....44

V. CONCLUSIONES 46

VI. BIBLIOGRAFÍA.....48

ABREVIATURAS EMPLEADAS

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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

LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

LEF: Ley de 16 de diciembre de 1954 de Expropiación Forzosa

LOEAES: Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio

TS: Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

SRAS: Sindrome Respiratorio Agudo Grave

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

EPI: Equipo de Protección Personal

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, concretamente, su configuración en el ámbito sanitario dentro del ordenamiento jurídico español. En este estudio se analizarán los caracteres esenciales del régimen de la responsabilidad patrimonial, así como los requisitos que deben acontecer para su existencia y las excepciones a su aplicación, la normativa básica por la que se regula y el desarrollo de este instituto jurídico por la doctrina y la jurisprudencia.

El objetivo específico de este trabajo es que mediante su análisis se llegue a una conclusión sobre la potencial responsabilidad patrimonial de la Administración a causa de las medidas adoptadas por las administraciones públicas para hacer frente a la pandemia causada por la COVID-19 en defensa de la salud pública. Estas medidas, entre las que se encuentran los cierres de establecimientos no esenciales, el confinamiento domiciliario de la población y las limitaciones a la movilidad de los ciudadanos o las limitaciones de aforo en espacios públicos y privados, entre muchas otras, son de una gran trascendencia por el impacto que han causado en la sociedad a nivel económico, jurídico y social.

La estructura documental empleada es la siguiente: El trabajo está distribuido en tres bloques principales, siendo el primero de ellos es un estudio general de la responsabilidad patrimonial de la administración, en el que se examinan los fundamentos del sistema de responsabilidad, su carácter objetivo y los presupuestos para la existencia de la responsabilidad que han sido fijados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. También expondremos su régimen jurídico básico, la base constitucional del artículo 106.2 de la Constitución Española y una breve explicación sobre la evolución normativa que ha experimentado esta figura del Derecho Administrativo hasta la actualidad. Esta es la base sobre la que se fundamenta el siguiente bloque, en el que se analizará la responsabilidad patrimonial en el marco específico de la administración sanitaria y como ha desarrollado la jurisprudencia los presupuestos para la responsabilidad en este tipo de casos.

Este análisis gradual culmina en el tercer y último bloque, que versa sobre la actuación de la administración sanitaria durante la pandemia de la COVID-19. En este apartado hemos realizado una cronología de las medidas que se adoptaron desde la declaración del primer Estado de alarma el 14 de marzo de 2020, el período denominado de "nueva normalidad"; la declaración del segundo de alarma y el período que va de la finalización de ese segundo estado de alarma (el 9 de mayo de 2021) a la actualidad; en que consistieron las diferentes medidas más relevantes adoptadas en dichos periodos y cuál ha sido su impacto. Asimismo, observaremos qué actuaciones se siguieron para la protección de la salud pública, tanto entre la población general como entre los profesionales sanitarios y en la atención a pacientes. Finalmente, se recogen las conclusiones principales a las que hemos llegado con la realización de este estudio.

En cuanto a la metodología seguida para la elaboración del presente trabajo, se ha realizado mediante la búsqueda y recopilación de materiales bibliográficos, como manuales jurídicos y también revistas y artículos especializados en actualidad administrativa. Estos últimos han sido de gran importancia para el apartado del trabajo más actual, relativo a la COVID-19, debido a que, a causa de la relativa novedad de tema, que se encuentra en constante actualización, la mayor parte de la información utilizada se encuentra en formato digital. También se han empleado para elaboración de este trabajo bases de datos como son Aranzadi o CENDOJ, en su mayor parte para la recopilación de jurisprudencia. Por último, este trabajo hace eco de las ideas expresadas en el Seminario sobre Actualidad Jurídica Administrativa "Responsabilidad Patrimonial por la gestión del COVID-19: Una doble mirada" organizado por el Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Castilla-La Mancha.

La razón principal para elegir este tema como objeto de estudio es su carácter actual y la oportunidad que supone poder explorar una institución tan relevante en nuestro sistema jurídico como es la responsabilidad patrimonial de la Administración desde un nuevo punto de vista, generado a raíz de las consecuencias provocadas por la epidemia causada por la COVID-19. Si bien es cierto que no es la primera pandemia que sufre la sociedad moderna [entre algunos ejemplos de pandemias pasadas tenemos las

provocadas por el virus de la influenza H1N1, el virus del sida (VIH) y por otro tipo de coronavirus conocido como SARS-CoV y MERS-CoV] la rápida expansión de la COVID-19 y la exorbitante tasa de contagios tanto a nivel mundial como estatal, que en el mes de mayo alcanzaba los 153.187.889 casos confirmados en todo el mundo, siendo 3.551.262 de ellos los casos confirmados en España[1], ha tenido como consecuencia la adopción de medidas de una severidad acordes con la magnitud de la pandemia.

De hecho, para algunos autores, como DOMÉNECH PASCUAL, que es uno de los juristas que más se han pronunciado al respecto, este es un tema que tendrá una relevancia práctica muy destacada, y puede convertirse en uno de los litigios más importantes de la etapa conocida como "nueva normalidad".

El resultado de este trabajo es responder a la pregunta de si a través de la figura de la responsabilidad patrimonial, son las Administraciones Públicas quienes deben responder de los daños ocasionados por las medidas adoptadas como respuesta a la pandemia. Es decir, si a causa de las actuaciones u omisiones de la Administración se generaron situaciones que los ciudadanos no tenían obligación de soportar y sobre las que se debe aplicar el régimen de responsabilidad patrimonial. Respecto a estas situaciones, se diferenciaran aquellas derivadas de los medios de atención a pacientes (posible responsabilidad por fallecimiento, contagio o secuelas a causa de la COVID-19 o insuficiencia de medios sanitarios), la insuficiencia de medios de protección a los trabajadores sanitarios, y por último, la hipotética responsabilidad por las requisas y ocupaciones temporales de industrias, así como por la limitación de las actividades no esenciales (hostelería, turismo…). Por ello, se considerará sucintamente la concurrencia de otras figuras cercanas a la responsabilidad, de carácter expropiatorio, como es la de la requisa patrimonial de bienes sin procedimiento previo.

---

[1] Sitio Web del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2021). "*Enfermedad por nuevo coronavirus COVID-19: Situación actual*". https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/situacionActual.htm

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

II. 1. Normativa. Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial

II.1.A. Evolución normativa

Los dos grandes pilares de nuestro Derecho Administrativo son el principio de legalidad (y su garantía en el recurso contencioso administrativo contra las decisiones de la Administración) y la responsabilidad patrimonial de los entes públicos, que conjuntamente constituyen un sistema de garantías de los administrados frente a las prerrogativas de la Administración[2]. Es más, la jurisprudencia del TS afirma que se trata de "una garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de Derecho social y democrático"[3].

Pero esto no ha sido siempre así, debido a que la configuración actual de la responsabilidad patrimonial es el resultado de su evolución histórica y legislativa a lo largo de tiempo, y se debe en gran parte, a la contribución doctrinal y jurisprudencial.

El punto de partida de esta evolución es una situación de irresponsabilidad de la Administración por lo que antes del año 1954 no cabe hablar de una figura responsabilidad patrimonial como tal. Hasta esa fecha, no hay una normativa específica, y solo aparece la figura de la responsabilidad en algunas normas que no tuvieron gran aplicación práctica. El hito más destacable es la entrada en vigor de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954[4] (en adelante, LEF), que recogió el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración de forma general en su artículos 121 y 122, estableciendo 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

---

[2] GARCIA DE ENTERRIA, E., FERNANDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 2000, Séptima edición, pp. 355.

[3] STS de 12 de mayo de 1997, RJ 1997/3976, FJ 6º.

[4] BOE-A-1954-15431

anormal de los servicios públicos (…)", y que el daño debía ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o un grupo de personas. La introducción de la LEF fue muy importante, dado que modificó en profundidad el sistema preexistente y sentó las bases de la responsabilidad patrimonial[5].

Tras la aprobación de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978[6], que consagró la responsabilidad de la Administración en su artículo 106.2, su regulación se materializó en la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que en lo sustancial reproduce el sistema que establecieron la LEF[7]. Tras la derogación de esta ley en el año 2015 por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) es como llegamos a la regulación actual.

II.1.B. Normativa básica

La responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su base constitucional en el artículo 106.2 de la CE, que dice así: "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". Asimismo, el artículo 9.3 señala que la Constitución garantiza la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La normativa básica se completa con las regulaciones dispuestas en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de

---

[5] APARICIO DE LÁZARO, J.R., "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Enfoque jurisprudencial", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº30, 2010, pp.96.

[6] BOE núm. 311.1, de 29 de diciembre.

[7] REBOLLO MARTIN, L., "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones", *Revista de Administración Pública*, nº150, 1999.

las Administraciones Públicas[8] en lo relativo al procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial.

II.2. Caracteres generales del régimen general de responsabilidad patrimonial

Principalmente, las características del sistema de responsabilidad son las siguientes[9]:

En primer lugar, es un sistema unitario, porque es de aplicación a todas las Administraciones Públicas, sin distinguir entre la estatal, autonómica o local. Esta unidad es también jurisdiccional, puesto que se aplicará el sistema de responsabilidad para todas las actuaciones de la Administración, se realicen tanto en el ámbito del Derecho Público como cuando actúen como sujetos de Derecho privado, siendo el orden competente la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así lo señala el artículo 35 de la LRJSP, estableciendo que cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho Privado, su responsabilidad se exigirá de acuerdo a lo establecido en esta ley.

Es también un sistema general, dado que abarca tanto toda actuación jurídica (como puede ser un acto administrativo o el contenido de un reglamento) como las actuaciones materiales o técnicas, incluso las omisiones[10].

Otro rasgo de este régimen es su carácter directo, de modo que "la Administración cubre directamente la actividad dañosa de sus autoridades y funcionarios y personal laboral". Es decir, no se limita a la cobertura subsidiaria de la responsabilidad, lo que no impide que la Administración pueda dirigir con posterioridad la acción de regreso a aquellos "cuando se incurra en dolo, culpa o negligencia grave"[11].

---

[8] Ambas en BOE núm. 236, de 2 de octubre.

[9] APARICIO DE LÁZARO, J.R., *op.cit*. pp. 100.

[10] GARCIA DE ENTERRIA, E., FERNANDEZ, T.R., *op.cit*. pp. 372.

[11] SANCHEZ GARCIA, M.M., "Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria", *DS : Derecho y salud,* (XXII Congreso Extraordinario XXII Congreso "Derecho y Salud"), 2013, pp.193.

La responsabilidad patrimonial se caracteriza por buscar la reparación integral del daño. Como ha señalado la jurisprudencia, es un principio consagrado de esta institución el logro de una indemnización o reparación integral para la víctima de un daño producido por la actuación de las Administraciones Públicas que no existía deber jurídico de soportar[12].

Por último, una de las notas más determinantes del sistema de responsabilidad es su carácter objetivo. Con carácter objetivo se hace referencia a que es independiente de la idea de culpa. La responsabilidad se examina desde la perspectiva de la víctima que ha sufrido un daño que no tenía obligación jurídica de soportar, y no desde la perspectiva del sujeto que ha producido el daño. Esto es así porque que la Administración responde de los daños producidos por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos[13].

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, señalando en reiteradas ocasiones que la doctrina general de la responsabilidad patrimonial consiste en "una responsabilidad objetiva, independiente de toda idea de culpa y ligada al funcionamiento normal o anormal de un servicio público concepto interpretado en un sentido amplio por la Jurisprudencia comprendiendo toda gestión o acción administrativa en general"[14]. Esta es, quizás, una de las características del sistema de responsabilidad patrimonial que más debate han suscitado en la doctrina, por su carácter objetivo y global, que algunos autores consideran general y uniforme en exceso y proponen plantear si debería limitarse el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración[15].

---

[12] Así lo expresa la STS de 17 de abril de 1998, RJ 1998/3832, FJ 1º.

[13] ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo,* Marcial Pons, Barcelona, 2017, Séptima edición, pp.296.

[14] STS de 29 de septiembre de 1991, RJ 1991/6869, FJ 5º (En el mismo sentido y más reciente, la STS de 5 de abril de 2011, RJ 2009/2550, FJ 1º)

[15] MIR PUIGPELAT, M., *La responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacía un nuevo sistema*, Edisofer, Madrid, 2012, pp. 1-9.

Recapitulando, queda claro que la responsabilidad patrimonial de la administración se caracteriza por su carácter unitario, general, directo y objetivo, que busca la reparación integral del daño producido.

Puede sintetizarse lo expuesto hasta este punto reiterando que la responsabilidad patrimonial es, al mismo tiempo, un elemento de control de la actividad de la Administración y una garantía de la protección de los particulares. Es un instrumento para la configuración y modulación de las actuaciones administrativas, que ha demostrado ser una pieza esencial en la relación entre la Administración y la ciudadanía, y en suma, un principio constitucional[16].

II. 3. Presupuestos de la responsabilidad

Para que se produzca la responsabilidad de la Administración, la lesión o daño producido debe cumplir con los requisitos que marca el artículo 32.2 de la LRJSP, el cual establece que el daño deberá ser "efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o un grupo de personas".

No obstante, ha sido la jurisprudencia del TS la que ha definido, de forma constante y reiterada, los requisitos para la exigencia de la responsabilidad[17]. Señala que para que sea exigible la responsabilidad de la Administración deben concurrir los siguientes requisitos:

a) Debe producirse la efectiva realidad del daño o perjuicio, y este debe poder ser evaluado económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

---

[16] MARTIN REBOLLO, L., "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicos en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica", *Documentación Administrativa*, nº 237-238, 1994, pp.28.

[17] Por todas, la STS de 3 de mayo de 2011, RJ 2011/3904, FJ 3º.

b) El daño o lesión patrimonial sufrido debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos por una relación de causa efecto, en la que no pueden influir elementos extraños que puedan alterar dicho nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor o de otra causa de exclusión de la responsabilidad.

d) Que el daño sea antijurídico, es decir, que quien reclama el daño no tenga la obligación jurídica de soportarlo.

Procedemos a analizar estos requisitos en mayor detalle.

II.3.A El daño

Como establece el artículo 32.2 de la LRJSP, el daño alegado debe ser "efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o a un grupo de personas".

El daño efectivo es aquel que realmente se ha producido. La efectividad del daño supone que no se consideran como tal las expectativas, previsiones o conjeturas de que pueda producirse el daño[18]. No son indemnizables los daños hipotéticos, eventuales futuros o simplemente posibles[19]. La jurisprudencia exige la realidad y efectividad del daño[20].

En segundo lugar, el daño debe poder ser evaluado económicamente. Aquí, debemos distinguir entre dos conceptos:

---

[18] ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo, op.cit*. pp-297.

[19] STS 23 noviembre 2010, RJ 2010/8645, FJ 2º.

[20] Un ejemplo de esto es la STS de 2 marzo 2009 (RJ 2009/2104, FJ 1º), en la que se interpone una reclamación por los perjuicios causados al no haber podido participar en un concurso de adjudicación de viviendas, que el TS entiende como perjuicios eventuales y meramente hipotéticos y declara improcedente la indemnización.

a) El daño emergente: Se considera como daño emergente todo aquel que suponga un menoscabo patrimonial como consecuencia de una actividad dañosa[21].

b) El lucro cesante: Se denomina de esta manera a la pérdida injustificada de una ganancia que razonablemente se habría debido obtener[22]. No puede considerarse como lucro cesante la mera expectativa de ganancias[23]. La pérdida patrimonial que se alega debe ser comprobable en la realidad y cierta, exigiéndose una prueba rigurosa al respecto[24].

Respecto a los daños morales, inicialmente no se incluyeron como daños indemnizables, dado que siguiendo la línea del instituto de la expropiación forzosa, solo se consideraban daños susceptibles de generar responsabilidad aquellos que tuvieran un carácter patrimonial[25]. Fueron contemplados por primera vez en la jurisprudencia en la STS de 12 de Marzo de 1975 (RJ 1975/1798)[26], que estableció como base de la indemnización los daños morales causados a los perjudicados. A raíz de este fallo, la jurisprudencia ha reconocido este tipo de daños como "una compensación del dolor o sufrimiento que determinados actos tienen sobre las personas, como son la muerte de seres queridos o la existencia de dolor por las lesiones producidas"[27].

---

[21] APARICIO DE LÁZARO, J.R., *op.cit*., pp.108.

[22] STS de 26 mayo 2015, RJ 2015/3133, FJ 6º.

[23] STS de 3 octubre 2006, RJ 2006/6482, FJ 5º. En este caso el tribunal consideró que el reclamante no había acreditado suficientemente los perjuicios que alegaba por la apertura de un establecimiento análogo al suyo.

[24] STSJ de Castilla - La Mancha de 27 abril de 2006, RJCA 2006\437, FJ 4º. Los reclamantes alegaban perjuicios por haberse declarado Monumento Natural una zona de la región, alegación que el tribunal rechazo declarando que no son indemnizables las meras expectativas o ganancias dudosas e hipotéticas, y también aquellas las dejadas de percibir que sean posibles pero derivadas de resultados inseguros.

[25] ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo, op.cit*. pp. 297-298.

[26] Conocidísima sentencia en la que se condenó a la Administración a causa del fallecimiento del miembro de una pareja por caer sobre él una persona internada en el Hospital psiquiátrico provincial de Granada.

[27] MAYOR GOMEZ, R., "Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas", *Gabilex*, nº2, 2015, pp.12.

Para ejemplificar este concepto, recientemente se ha considerado como daño moral la inexistencia o insuficiencia del consentimiento informado porque supone una privación del ejercicio de autonomía del paciente[28], o el daño moral producido por un error de diagnóstico prenatal que impidió a una embarazada decidir libremente sobre la interrupción voluntaria del embarazo al desconocer que existían malformaciones en el feto[29]. No entran dentro del concepto de daño moral las situaciones "de mero malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave"[30].

En definitiva, tanto los daños físicos como morales entran dentro de la tipología de daños que son susceptibles de generar la responsabilidad patrimonial.

En último lugar, deben ser daños individualizados, por lo que quedan excluidos los daños generales (entendiendo por generales "aquellos que no repercuten de manera efectiva y evaluable sobre personas concretas o grupos definidos de personas")[31].

II.3.B La antijuricidad del daño

El carácter antijurídico del daño o perjuicio producido es totalmente fundamental para poder hablar de responsabilidad patrimonial. Tal y como ha señalado la jurisprudencia, lo relevante en relación a la responsabilidad "no es el proceder antijurídico de la Administración, dado que tanto responde en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o lesión". Como explica APARICIO DE LÁZARO, se trata de un daño antijurídico, no un daño causado antijurídicamente.

Esto supone que los particulares pueden ser indemnizados cuando no exista obligación que suponga el deber jurídico de soportar tales daños. Si existe tal deber ju-

---

[28] STS de 4 febrero de 2021, RJ 2021/721. Se trataba de un paciente al que se le practicó a una intervención quirúrgica en cuyo consentimiento informado no se incluyó la posible infección de estafilococo Aureus como uno de los riesgos derivados de la operación, infección de la que posteriormente se contagió.

[29] STS de 10 de mayo de 2007, RJ 2007/3403, FJ 6º

[30] *idem*

[31] ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo, op.cit*. pp. 298-299.

rídico, decae la obligación de la Administración de resarcir los daños producidos mediante una indemnización[32]. Cuando no concurra título o causa de justificación que autorice a la Administración a producir el daño o, en sentido contrario, le exima de su reparación, el daño causado tendrá la consideración de antijurídico.

II.3.C Imputación del daño

La imputación del daño hace referencia a las circunstancias en las que se puede atribuir la responsabilidad a la Administración. GARCIA DE ENTERRÍA define la imputación como un fenómeno jurídico que estriba en atribuir a un sujeto el deber de reparar el daño producido, en base a la relación entre este y la víctima del daño[33].

En consonancia con el carácter objetivo de la responsabilidad y tal como señala el artículo 32.1 de la LRJSP, la Administración responde de las lesiones que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Se entiende como funcionamiento de la Administración la actividad administrativa, es decir, las actuaciones (y omisiones) que se derivan de "la acción o el tráfico jurídico ordinario de una Administración, sus autoridades, funcionarios o empleados"[34].

Un matiz importante en este sentido es la posibilidad de que el daño se produzca por los contratistas o concesionarios de la Administración (como pueden ser, por ejemplo, los hospitales concertados o gestionados por concesión):

a) Daños ocasionados por contratistas de la Administración: Los daños y perjuicios que se causen a terceros durante la ejecución del contrato están regulados en el artículo 39.2 de la LRJSP, sin perjuicio de lo que pueda establecer al respecto la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Esta norma establece con carácter general la responsabilidad del contratista, salvo cuando estos daños se deriven

---

[32] STS de 3 octubre 2000, RJ 2000/7799, FJ 12º

[33] GARCIA DE ENTERRIA, E., FERNANDEZ, T.R., *op.cit*, pp. 383.

[34] APARICIO DE LÁZARO, J.R., *op.cit*. pp.115.

de una orden directa y mediata de la Administración, o sean vicios del proyecto elaborado por esta[35].

b) Daños ocasionados por concesionarios de la Administración: La regla general es que los daños y perjuicios causados por los concesionarios se imputan a los propios concesionarios, y no a la Administración concedente. La excepción es que el daño se origine en una cláusula que haya impuesto la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para este, en cuyo caso la reclamación de la responsabilidad se debe interponer ante la Administración, para que esta dirima sobre si procede la indemnización o no y a quien le corresponde abonarla[36].

II.3. D. Relación de causalidad

La relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo es un requisito fundamental en el sistema de responsabilidad patrimonial.

Sobre la relación de causalidad que conecta una determinada actuación con un daño o lesión como resultado distinguimos las siguientes teorías[37]:

a) Teoría de equivalencia de condiciones: Todas las condiciones que participan en la producción de un resultado son consideradas causa del mismo y, por ende, equivalentes.

---

[35] BENIGNO GRAÑA, M., "Responsabilidad de la Administración por daños causados por sus contratistas a terceros", Artículo de Blog, 2018. Disponible en: https://www.mbgs.es/abogacia/responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion/la-responsabilidad-de-la-administracion-por-danos-causados-por-sus-contratistas-a-terceros/?v=04c19fa1e772.

[36] *idem*

[37] MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, pp.229-235.

b) Teoría de la causalidad adecuada: Para que una acción - o hecho - tenga la consideración de ser la causa de un daño debe ser idóneo para producirlo. Es decir, debe tener "una especial aptitud para producir el daño lesivo"[38].

Debe probarse que efectivamente se ha producido el daño o la lesión que se reclama, dado que si no se acredita la forma en la que se produce este hecho y su conexión con el resultado lesivo, no es posible atribuir a la Administración la responsabilidad objetiva que hace que surja la obligación de indemnizar. La jurisprudencia se ha hecho eco de este requisito. Como ejemplo tenemos un caso en el que la Sala desestimó el recurso interpuesto por el reclamante que reclamaba la responsabilidad del Estado por las lesiones que le había producido una escalera mecánica, entendiendo que no cumplió este requisito al no probar la existencia de una relación directa entre el daño que se alega y la actuación derivada del funcionamiento de la Administración[39]. Por consiguiente, la carga de la prueba corresponde a quién reclama, no a la Administración[40].

II.3.D.1. La teoría de la imputación objetiva

Tras haber examinado la teoría de la causalidad cabe hacer un apunte respecto a la teoría de la imputación objetiva. Esta teoría (que ha sido desarrollada principalmente en el ámbito del Derecho Penal) hace referencia a la "exigencia de que el daño sea objetivamente imputable al sujeto que lo ha causado como requisito necesario para que exista la responsabilidad", a diferencia de la teoría de la relación de causalidad, que como hemos visto tiene un carácter fáctico y determina cual es el hecho causante del daño, pero no llega a determinar quién debe responder por el daño causado[41].

---

[38] STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso -Administrativo, RJCA 1998/2807, FJ 2º. Esta sentencia también se hace eco del cambio de criterio al que hacemos referencia, señalando que se ha dejado atrás el criterio según el cual solo se exige la responsabilidad cuando la actuación administrativa es causa exclusiva de la lesión.

[39] STS de 9 de mayo de 1991, RJ 1991/4325, FJ 1º.

[40] STS de 19 de junio 2007, RJ 2007\3813, FJ 2º.

[41] BELADÍEZ ROJO, M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 96-103.

Según este planteamiento, la relación de causalidad es un requisito imprescindible para poder apreciar la responsabilidad, pero no es suficiente para imputar el daño a un sujeto, siendo necesario que la conducta de este haya tenido como resultado un riesgo jurídicamente relevante. Un riesgo jurídicamente relevante cuando se trata de un riesgo general, inherente al servicio o actividad que lo causa y que no está socialmente asumido y que es imputable al sujeto que los ha causado, generando de esta manera la antijuricidad de daño[42].

II. 4. Excepciones a la responsabilidad

Como hemos visto, es un requisito para que exista responsabilidad de la administración la ausencia de la fuerza mayor. La fuerza mayor es, por tanto, la principal excepción a la responsabilidad, recogida expresamente en el art.106 de la CE y en el artículo 32.1 de LRJSP, que establece que "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

La fuerza mayor ha sido definida como un hecho jurídico que se origina de la naturaleza, o de una persona que actúa mediante la fuerza o la violencia para impedir el desarrollo natural de los acontecimientos[43]. Para que una situación pueda calificarse como fuerza mayor se requiere que esta sea irresistible (en el sentido de que aunque se hubiera podido prever era inevitable) y que se trate de un hecho externo[44]. En suma, la jurisprudencia ha definido la fuerza mayor como "Aquellos hechos que, aun siendo pre-

---

[42] BELADÍEZ ROJO, M., *op.cit,* pp.96-103.

[43] STS de 23 de marzo 2013, RJ 2013/3382, AH 6º.

[44] STS de 13 diciembre 2001, RJ 2002/5183, FJ 1º.

visibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado"[45].

Es diferente el daño fortuito, que es aquel hecho que se produce dentro del círculo o en el ámbito interno de la Administración, y se define por su indeterminación e interioridad. Indeterminación en el sentido de que la causa que produce el daño es desconocida e interioridad porque está conectado al funcionamiento de la organización pública en la que se produce el daño[46]. Sirva de ejemplo la definición que hace del caso fortuito la jurisprudencia, definiéndolo como un «evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida»[47].

En resumidas cuentas, la fuerza mayor es exterior e inevitable, mientras que el caso fortuito es interior e imprevisible. Esta distinción es importante porque, a diferencia de la fuerza mayor, las situaciones que se catalogan como caso fortuito no excluyen la responsabilidad de la Administración[48].

Otra excepción a la responsabilidad de la Administración, que se introdujo con la LRJPAC (y posteriormente fue modificada por la reforma introducida por la ley 4/1999, de 13 de enero), es la exoneración por los daños imprevisibles e inevitables según el estado de la ciencia en el momento de producirse, excepción que ahora se recoge en el artículo 34 de la LRJSP, por la que no se indemnizarán los daños causados por hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los

---

[45] STS de 13 diciembre 2001, RJ 2002/5183 FJ 1º

[46] STS de 1 noviembre 2001. RJ 2001/10098, FJ 2º.

[47] STS de 6 marzo 2003, RJ 2003/2785, F2º, haciendo referencia a la STS de 11 de diciembre 1974, RJ 1974/5132, que ya otorgó esta definición de caso fortuito de la que se han hecho eco numerosísimas sentencias con posterioridad.

[48] RODRÍGUEZ LOPEZ, L., *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 92.

conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción. En este caso, corresponde a la Administración la carga de la prueba[49].

Una situación muy relevante en la que se invocó esta cláusula de excepción de la responsabilidad de la Administración fue en los casos provocados por los contagios del virus del SIDA (VIH) y Hepatitis C (VHC) mediante transfusiones de sangre realizadas en hospitales[50]. En estos casos se alegó que el estado de la ciencia y de la técnica existentes en los momentos en los que se produjeron estos contagios no permitían su detección, y que en consecuencia no cabía exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, concretamente de la administración sanitaria[51]. Puede darse el caso de que la relación de causalidad entre la transfusión sanguínea y el contagio de la enfermedad esté totalmente acreditada, pero el hecho de que por los conocimientos científicos no fuera posible su detección y que se produjera antes de que fueran obligatorias las pruebas de detección de estas enfermedades, no da lugar a la responsabilidad administrativa[52]

Hay que mencionar, además, los supuestos en los que la actuación del propio perjudicado es una causa de exoneración o atenuación de la responsabilidad de la Administración. La conducta (pasiva o activa) de la víctima contribuye a la producción del daño. Esta actuación puede ser por descuido (por no adoptar medidas de seguridad ante riesgos conocidos o previsibles) o culpable o negligente, que deberá probarse en cada caso como ha afectado este comportamiento al nexo de causalidad[53].

---

[49] LOPEZ MENUDO, F., "Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema", *Revista Derecho y Salud*, nº 2, 2000, pp.90.

[50] SANCHEZ GARCIA, M.M., *op.cit*. pp. 197.

[51] *idem*

[52] STSJ de Cataluña de 21 de septiembre de 2002, RJCA 2002/1198, F 2º. La víctima reclamaba los daños y perjuicios causados por haber contraído el virus del SIDA por una transfusión sanguínea realizada 1985.

[53] ESTEVE PARDO, J., *op.cit*. pp 300 - 3001.

Existe también la posibilidad de que intervenga en la relación de causalidad un tercero, que al igual que en el caso de la contribución de la víctima a la producción del daño, puede excluir por completo o mitigar la responsabilidad de la Administración[54].

En último lugar, aunque no se trata de una causa de exoneración de la responsabilidad como tal, cabe señalar que también existen supuestos en los que concurre más de una Administración en la producción de daño. En este escenario, que contempla el artículo 33 de la LRJSP, bajo el título "Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas". Se establece que cuando el daño producido se derive de una actuación conjunta de varias Administraciones públicas, la regla prioritaria será la responsabilidad solidaria. En otros supuestos, o cuando no haya un instrumento que haya regulado dicha actuación conjunta, se determinará responsabilidad "atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención". Cuando esa determinación no sea posible, la responsabilidad será de nuevo solidaria[55].

III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO SANITARIO

III. 1. Marco normativo

En primer lugar, el artículo 43 de la CE garantiza el derecho a la protección de la salud y encomienda a los poderes públicos la organización y la tutela de la salud pública, a través del establecimiento de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Además, establece que será una ley la que contendrá los derechos y deberes al respecto.

---

[54] MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M., "Principios de la responsabilidad extracontractual de la administración pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)", QUINTANA LÓPEZ, T., CASARES MARCOS., A (Coor.), *La responsabilidad patrimonial de la administración pública: Estudio general y ámbitos sectoriales. Tomo I,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 37-87.

[55] *idem*

Este mandato constitucional tiene su reflejo en las leyes que regulan la salud pública y que en lo que a nosotros nos concierne, completan la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la salud[56]:

- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS).

- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante, LGSP).

Por consiguiente, la actividad sanitaria es una función pública (aunque coexista con las gestión privada de los servicios sanitarios) cuya regulación compete a la Administración, por lo que se debe regir por el mismo principio de eficacia al que está sometida la Administración pública[57]. Como señala el artículo 7 de la LGS, "los servicios sanitarios, así como los administrativos, económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del Sistema de Salud, adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad".

También cabe señalar que nuestro Sistema Nacional de Salud se compone de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y por los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, tal y como establece el artículo 44 de la LGS, en tanto y cuando estas últimas tengan asumidas en sus respectivos Estatuto de Autonomía la gestión de estas competencias.

---

[56] BOE.es - Código Sanitario.

[57] CUETO PEREZ, M., *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp.167-170.

III. 2. Características del régimen de la responsabilidad patrimonial en la administración sanitaria.

III.2.A La *lex artis* y la antijuridicidad del daño

La *lex artis* es "el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos imponiendo al profesional la obligación y el deber de actuar conforme a la diligencia debida"[58]. Este es un criterio que utiliza la jurisprudencia para delimitar la normalidad de la asistencia sanitaria[59].

Este criterio es realmente importante, dado que, tal y como señala la jurisprudencia, la Administración pública sanitaria debe prestar los medios necesarios, pero no es, en ningún caso, garantizador de resultados[60]. Esta afirmación está respaldada por la doctrina, en el sentido de que la Administración sanitaria no puede ser por fuerza de su carácter objetivo una aseguradora global que cubra todos los daños que puede producir la actuación sanitaria[61]. Queda clara la interpretación de los tribunales respecto de la antijuridicidad del daño, señalando que no puede haber responsabilidad patrimonial de los servicios públicos sanitarios "en todos los casos en los que no se obtiene un resultado favorable", sino únicamente cuando haya habido una insuficiencia de medios[62].

De esta manera, la infracción de la *lex artis* genera la antijuridicidad del daño producido, y es esta antijuridicidad la que convierte el daño o perjuicio producido en una lesión resarcible, dado que sin el carácter de antijuridicidad, no todo daño o perjuicio son constitutivos de lesión *per se*[63], lo que implica, como veremos más adelante, cierta contrariedad respecto al carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración que se viene mencionando.

---

[58] SANCHEZ GARCIA, M.M., "Evolución jurisprudencial de la responsabilidad (..), *op,cit*. pp.197.

[59] STS de 13 de abril de 2013, RJ 2013/4058, FJ 7º

[60] STSJ de Madrid, RJCA 2014/109136, FJ 2º.

[61] STS de 5 de junio 1998, RJ RJ 1998/5169, FJ 1º

[62] STS de 20 noviembre 2012, RJ 2013/2430.

[63] SANCHEZ GARCIA, M.M., *op.cit*.

Se considera que la determinación de la *lex artis* se encuentra en los protocolos o guías médicas, que recogen las pautas o reglas de comportamiento que marcan el proceder al que debe ceñirse el personal sanitario[64].

III.3 Requisitos

III.3.A. Lesión resarcible

La finalidad del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario es tratar de enmendar el perjuicio que sufre un paciente o usuario como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sanitarios[65].

Las lesiones que pueden derivarse en estos casos son de especial importancia, dado que afectan a derechos fundamentales como lo son el derecho a la integridad física, a la vida, a la libertad individual y a la salud[66]. En este sentido, es importante señalar que los daños o perjuicios derivados de la enfermedad que sufre el paciente no se comprenden dentro del concepto de lesión resarcible[67].

III.3.B. Imputación del daño a la administración sanitaria

Respecto al título de imputación necesario para poder atribuir a la Administración la responsabilidad por el daño producido, la jurisprudencia ha reiterado en numero-

---

[64] SANCHEZ GARCIA, M.M., *op.cit*. pp.197

[65] CUETO PEREZ, M., *op.cit*, pp.276.

[66] CUETO PEREZ, M., *op.cit*, pp.276.

[67] STSJ del País Vasco, de 27 de abril de 2001, RJCA 2001/1421, FJ 5º.

sas ocasiones que la responsabilidad es objetiva[68], sin que exista distinción alguna para el ámbito concreto de la administración sanitaria[69].

Sin embargo, en contraste con esta posición parte de la doctrina considera, como es el caso de MIR PUIGPELAT, que esta interpretación genera una responsabilidad de la Administración sanitaria demasiado amplia y que el título de imputación básico debería limitarse a el funcionamiento anormal de los servicios públicos sanitarios. A esta afirmación se añade el hecho que en contraste con las numerosas sentencias del TS que afirman el carácter objetivo de la responsabilidad, este mismo Tribunal ha priorizado en otros pronunciamientos la vulneración de la *lex Artis* como título de imputación de daños en materia sanitaria.

Es el caso de la STS de 30 de octubre de 2007, RJ 2007/74[70], "cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex artis como modo de determinar cual es la actuación médica correcta"[71].

En el mismo sentido, la STS de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013/2430, FJ 3º), afirma que para que se produzca la imputación de la responsabilidad a la administración sanitaria es necesario que la lesión o perjuicio producido sea consecuencia de incumplimiento de la llamada "*lex artis*".

---

[68] Sirvan de ejemplo las SSTS de 23 de noviembre de 2006, RJ 2006/7763, FJ 5º; de 19 de febrero de 2007, RJ 2007/1031, FJ 2º; de 10 de octubre de 2007, RJ 2007/7321, FJ 3º, entre otras.

[69] MIR PUIGPELAT, O., "Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad de la administración sanitaria (y no sanitaria)", *Revista española de Derecho Administrativo*, nº. 140, 2008.

[70] En el mismo sentido las SSTS de 14 febrero 2006, RJ 2006/2950, FJ 2º; 14 octubre 2002, RJ 2003/359, FJ 7º; de 22 diciembre 2001. RJ 2002/1817, FJ 2º.

[71] MIR PUIGPELAT, O., "Responsabilidad objetiva…", *op.cit*.

III.3.C. Relación de causalidad y pérdida de oportunidad

Como hemos señalado anteriormente, la relación de causalidad o nexo causal es un elemento fundamental de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y esta afirmación no decae en el ámbito sanitario.

En un principio, la jurisprudencia de TS exigía que, para poder apreciar la responsabilidad de la Administración, el daño producido debía ser causado única y exclusivamente por la actividad de esta. Numerosas sentencias establecieron que la actuación administrativa y el resultado dañoso debía mediar una relación de causalidad que fuera "directa, mediata y exclusiva". Es decir, el tribunal empleaba una interpretación un tanto restrictiva. Pero esta línea jurisprudencial ha ido evolucionando hacía una visión más flexible, en la que el carácter exclusivo del nexo causal deja de ser una circunstancia indispensable[72].

Así, se ha admitido la relación de causalidad en un aspecto más mediato, indirecto o concurrente. Sintetiza lo anteriormente expuesto una sentencia del TS, afirmando que "Aun cuando la jurisprudencia ha venido refiriéndose a un carácter directo, inmediato y exclusivo para caracterizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, (…) la jurisprudencia más reciente (..) afirma que la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes"[73].

Además, cuando en la producción del daño concurran otros sujetos (como la propia víctima o un tercero) se moderará la responsabilidad de la Administración en función de cómo hayan participado estos en el daño o lesión, y por ende, también variará el *quantum* indemnizatorio. En la esfera de la asistencia sanitaria, al relación de cau-

---

[72] CUETO PEREZ, M., *op.cit,* pp. 367-373.

[73] STS de 12 de mayo de 1998, RJ RJ 1998/4640, FJ 2º.

salidad reviste especial importancia, dado que deberá distinguirse en cada caso las causas de imputación a la servicios públicos sanitarios de las causas propias del paciente[74].

Dicho lo anterior, en relación con la relación de causalidad existe la llamada "teoría de la pérdida de oportunidad". Esta es una teoría elaborada por la doctrina, si bien tiene su origen en la jurisprudencia, que se basa en "la pérdida de una probabilidad o posibilidad cierta y real de obtener un beneficio"[75]. Esta teoría es de aplicación en situaciones de "incertidumbre causal", que son aquellos casos en los que no puede probarse con certeza el nexo causal entre el hecho producido y el daño que se alega, pero si puede probarse una privación de la oportunidad de evitar dicho daño (la oportunidad de evitar el daño debe ser real y seria). El resultado es "una indemnización inferior al daño experimentado, proporcional al grado de probabilidades de que éste se hubiera evitado"[76].

Para ilustrar esta teoría en el ámbito sanitario, pongamos como ejemplo que un paciente acude a un centro hospitalario y necesita que se le practique una prueba o tratamiento en concreto para poder tratar una enfermedad que padece. Por diferentes cuestiones, no se le puede practicar el medio diagnóstico que requiere, y como consecuencia fallece o se produce un empeoramiento irreversible de su salud. No puede probarse un nexo directo e inmediato entre la actuación sanitaria y el resultado, pero se resarce el hecho de haber privado a esta persona de una posibilidad real de sanación[77].

III.3.D. Consentimiento informado del paciente

El consentimiento informado del paciente fue definido en 1984 por el Colegio de Médicos Americanos como la explicación que se le proporciona a un paciente que va

---

[74] CUETO PEREZ, M., *op.cit*.

[75] VICANDI MARTINEZ, A., "La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?", *Revista Derecho y Salud*, Vol.25, nº2, 2015, pp. 10.

[76] MIR PUIGPELAT, M., "La responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacía un nuevo sistema", *op.cit*, pp.334-336.

[77] VICANDI MARTINEZ, A., *op.cit*. pp.20.

a someterse a un tratamiento médico de la naturaleza de la enfermedad que padece, y de la ponderación entre los efectos de la misma y los tratamientos terapéuticos recomendados, para que este sea conocedor de los mismos y pueda emitir su consentimiento a someterse a dicho tratamiento. Esta información debe completa y no sesgada. Además, la colaboración del paciente no puede ser resultado de la coerción, y el médico no puede aprovecharse de su condición para imponerse sobre este[78].

No se trata de un mero concepto jurídico, sino de un derecho humano, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad. Es por esto que el consentimiento informado no es solo un derecho básico del paciente, sino también un requisito ético y legal para el profesional sanitario, y por ende, parte de la *lex Artis*[79].

En nuestro ordenamiento jurídico, el consentimiento informado está regulado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica[80]. Esta ley establece en su artículo 2.6 el consentimiento informado como un principio básico que obliga a los profesionales sanitarios "al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente". En suma, el consentimiento informado se caracteriza por ser el instrumento mediante el cual el paciente puede emitir una expresión libre, voluntaria y consciente tras haber recibido la información correspondiente sobre su tratamiento y así poder participar en las decisiones que afectan a su salud[81].

Respecto a la repercusión que tiene el consentimiento informado en la responsabilidad patrimonial de la Administración, la jurisprudencia constantemente ha determi-

---

[78] SIMON LORDA, P., CONCHEIRO CARRO, L., "El consentimiento informado: teoría y práctica", *Revista Med Clin (Barc)*, 1993, pp. 161.

[79] GALÁN CORTÉS, J.C., "La responsabilidad médica y el consentimiento informado", *Revista Médica del Uruguay*, Vol.15, nº1, 1999, pp 1.-7.

[80] BOE-A-2002-22188

[81] BAUZÁ MARTORELL, F.J., "Responsabilidad patrimonial sanitaria: autonomía de la voluntad del paciente y documento de consentimiento informado". XXVIII Congreso Juristas de la Salud, 2019, pp.149.

nado que tanto la omisión completa como parcial del consentimiento informado "constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario", por lo que da lugar lugar a indemnización[82]. Siguiendo esta línea jurisprudencial, los daños indemnizables (en los casos en los que se determine que se ha vulnerado la *lex Artis* por no haber otorgado un consentimiento informado o que este fuera defectuoso) tienen por objeto "el daño moral derivado de la privación del derecho de autodeterminación del paciente"[83].

IV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA DERIVADA DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19

La pandemia causada por la enfermedad denominada COVID-19, que ocasiona el virus SARS-CoV-2, ha transformado todos los sectores de nuestra sociedad, y consecuentemente, se han generado situaciones que pueden situarse dentro del marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Habiendo transcurrido más de un año desde el inicio de la pandemia, es posible analizar con mayor detalle las medidas que adoptaron las Administraciones Públicas con el fin de combatir los efectos de esta enfermedad. Asimismo, también es posible analizar casos concretos de los que se han podido derivar daños que hayan afectado a bienes y derechos de los particulares. Por lo tanto, es previsible un aumento de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, como señala el propio Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19[84], que en su exposición de motivos prevé un notable incremento de las reclamaciones de esta naturaleza[85].

---

[82] STS de 29 junio de 2010, RJ 2010/5948, FJ 5º.

[83] BAUZÁ MARTORELL, F.J., *op.cit*. pp.150.

[84] BOE-A-2020-4208

[85] "COVID-19: Eventuales supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración por la gestión de la crisis sanitaria". Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/covid-19-eventuales-supuestos-de-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-por-la

De hecho, ya se encuentran litigios de esta naturaleza en Juzgados e incluso se han fallado las primeras sentencias al respecto, que se analizarán más adelante. Sin embargo, todavía habrá que esperar un tiempo prudencial, de entre 2 y 3 años, para que el Tribunal Supremo se pronuncie al respecto y la jurisprudencia ofrezca una respuesta uniforme a este tipo de casos[86].

El propio Gobierno se está preparando para el aumento de estas reclamaciones, dado que ha creado, mediante una serie encomiendas de gestión de todos los ministerios a la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda, una unidad de seguimiento, coordinación y gestión de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por la gestión del COVID-19. La vigencia de estas encomiendas de gestión es de dos años. La justificación para crear este órgano es que existen precedentes de reclamaciones masivas por parte de la ciudadanía a causa de las actuaciones de las Administraciones, que han puesto de manifiesto la necesidad de realizar un seguimiento coordinado y centralizado de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, y poder valorar su impacto presupuestario[87].

Como se ha señalado anteriormente, la Administración no puede ser considerada una aseguradora universal que por su intervención en prácticamente todos los aspectos de la vida de los ciudadanos, deba responder por todas las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos[88].

Así lo expresa el Dictamen del Consejo de Estado de 8 de mayo de 1997[89]: "En la actual sociedad española existe una cierta tendencia a convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los resultados lesivos que sufren los

---

[86] LÓPEZ DONAIRE, B,. "Responsabilidad patrimonial por la gestión del COVID-19: Una doble mirada", *Seminario de Actualidad Jurídica Administrativa,* 2021. https://www.youtube.com/watch?v=SIFOt-NZcVM8

[87] "Hacienda centralizará la gestión de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado por el Covid", Europa Press, 2020.

[88] BLANQUER CRIADO, D., "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", *Ponencia Especial de Estudios del Consejo de Estado*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1997, pp.21.

[89] Expediente nº 1997/1620

ciudadanos. (…) Frente a ello debe oponerse que ni las Administraciones Públicas son esas aseguradoras universales, ni los ciudadanos están exonerados de sus responsabilidades".

Por todo esto, en este apartado no se pretende insinuar que la Administración deba responder por todos los daños o perjuicios que ha provocado la crisis sanitaria causada por el COVID-19, sino analizar en qué casos concretos podría surgir esta figura.

IV.1. Disposiciones que contemplan la posibilidad de indemnización

Quienes sufran daños como consecuencia de las medidas adoptadas tienen el derecho a obtener una compensación. Así lo establece, en primer lugar, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LOEAES): "Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes".

Es importante recalcar este aspecto porque la declaración del Estado de alarma en nuestro país de ningún modo suspende la vigencia de las reglas generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración[90].

Como señala BLANQUER CRIADO, el artículo 3.2 de la LOEAES debe interpretarse de manera que, a pesar de la situación de extraordinaria crisis que motiva la adopción del estado de alarma, no pueden verse mermadas las "garantías indemnizatorias por los daños y perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos, siendo de aplicación el mismo régimen general de resarcimiento de resultados lesivos que es aplicable en situaciones de normalidad"[91].

---

[90] MIR PUIGPELAT, O., "Conclusiones de Seminario virtual de formación del CGPJ sobre responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y covid-19", AEPDA, 2020.

[91] BLANQUER CRIADO, D., "Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de derechos)", BLANQUER CRIADO, D., (Coord.), *COVID-19 Y Derecho Público (durante el Estado de alarma y más allá,* Tirana Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 458.

Sin embargo, además de la responsabilidad patrimonial de la Administración, existen otras vías de compensación. Es decir, todos los daños que se hayan podido derivar de la pandemia de la COVID-19 no deben ser necesariamente resarcidos mediante la figura de la responsabilidad. Existen resarcimientos legales específicos por la privación singular de derechos patrimoniales de tipo expropiatorio, como son la figura de la requisa, la ocupación temporal de bienes y las expropiaciones (cuya regulación se encuentra en la LEF).[92].

De nuevo BLANQUER CRIADO hace una clasificación, según la cual, entre las medidas adoptadas pueden darse los siguientes supuestos: La requisa forzosa (por privación temporal del uso de un aparato respirador), la expropiación forzosa (privación definitiva a una empresa de equipos de protección individual), la ordenación general de una actividad (la suspensión de la actividad de servicios no esenciales) o las medidas provisionales de carácter singular (la intervención de centros hospitalarios privados)[93].

Y es que, además, aunque no haya lugar a indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, el Estado puede disponer que se establezcan ayudas sociales y subvenciones en base al principio de solidaridad[94]. A pesar de que no suponen una indemnización total, tratan de paliar el alcance de los daños sufridos[95].

---

[92] MIR PUIGPELAT, O., "Conclusiones de Seminario virtual de formación del CGPJ …. (…), *op.cit*.

[93] BLANQUER CRIADO, D., "Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de derechos)", *op.cit*. pp. 409.

[94] LÓPEZ DONAIRE, B,. "Responsabilidad patrimonial por la gestión del COVID-19 …" *op.cit*.

[95] BLANQUER CRIADO, D., "Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de derechos)", *op.cit*.

IV. 2. Medidas sanitarias adoptadas

El 11 de marzo de 2020, mediante una rueda de prensa presidida por su Director General, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró pandemia internacional la situación de emergencia de salud pública derivada de la COVID-19[96].

Con anterioridad a la declaración del estado de alarma, la actividad legislativa del Gobierno relativa a la COVID-19 se limita a dictar, por un lado, sendas órdenes ministeriales limitando el tráfico con Italia[97], y por otro, dos Reales Decretos - Leyes. En primer lugar, el Real Decreto - Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, cuyas medidas principales son equiparar la situación de confinamiento de los trabajadores por contagio de COVID-19 a la de accidente laboral y modificar el art. 4 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, para poder garantizar el abastecimiento de aquellos productos necesarios para la salud pública. En segundo lugar, se dicta el Real Decreto - Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, que mayormente adoptaba medidas de índole económica[98].

En España, el Consejo de Ministros declaró el Estado de Alarma en todo el territorio nacional el 14 de marzo de 2020, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (en adelante, Real Decreto 463/2020)[99]. Se trata de la segunda vez en la historia de la democracia desde la aprobación de la CE de 1978 en la que se emplea esta figura. Previamente, tan solo se había declarado el estado de

---

[96] Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020. Disponible en: https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020

[97] Orden PCM/205/2020, de 10 de marzo y Orden PCM/216/2020, de 12 de marzo.

[98] ÁLVAREZ GARCÍA, V., ARIAS APARICIO, F., HERNÁNDEZ DIEZ, E., "Una cronología jurídica comentada del Estado de Alarma declarado para la lucha contra la pandemia de coronavirus (COVID-19)"., *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* nº 86-87, 2020, pp. 112.

[99] BOE-A-2020-3692

alarma en una ocasión, el 4 de diciembre de 2010, a causa de un conflicto laboral generado entre el Gobierno y el gremio de los controladores aéreos[100].

El estado de alarma entró en vigor el mismo momento en el que se publicó en el BOE y se prorrogó hasta en 6 ocasiones, prolongándose hasta el 21 de junio de 2020[101]. La base constitucional del estado de alarma se encuentra en el artículo 116 de la CE, aunque este precepto se limita a señalar que es una Ley Orgánica la encargada de su regulación. Consecuentemente, el estado de alarma del 14 de marzo se declara al amparo del artículo 4.b) y d) de la LOEAES, el cual establece que el Gobierno podrá declarar el estado de alarma en los casos de crisis sanitaria, tales como epidemias graves, y en situaciones de desabastecimiento de bienes de primera necesidad, respectivamente[102]. En cualquier caso, deben ser circunstancias extraordinarias que imposibiliten el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes, tal y como establece el artículo 1.1 de la LOEAES.

La justificación para la adopción de esta medida se encuentra en el preámbulo del Real Decreto 463/2020, el cual alega que para poder adoptar medidas que garanticen la salud pública, la protección de los ciudadanos y frenen el avance de la enfermedad es totalmente indispensable proceder a la declaración del estado de alarma. El contenido del Real Decreto 436/2020 consiste en:

- En primer lugar, se aplica en todo el territorio nacional.

- La autoridad competente mientras estuviera vigente era el Gobierno de la Nación que actúa a través del Presidente del Gobierno. Al mismo tiempo, se nombró como autoridades competentes delegadas en sus respectivas áreas de responsabilidad a los

---

[100] VIDAL PRADO, C., DELGADO RAMOS, D,. "Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011, pp. 243-265

[101] ÁLVAREZ GARCÍA, V., ARIAS APARICIO, F., HERNÁNDEZ DIEZ, E., "Una cronología jurídica (…), *op.cit*. pp. 112-115.

[102] BELASCO CABALLERO, F., "Estado de alarma y distribución territorial del poder", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº86-87, 2020, pp.78.

Ministros de Defensa, Interior, Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y Sanidad. La autoridad competente en todo aquello que estuviera fuera de la responsabilidad de los primeros tres Ministros era el Ministro de Sanidad. Las CCAA seguían a cargo de la gestión de sus competencias, pero debían guiar sus actuaciones por lo que dispusieran las autoridades competentes.

- Se decreta el confinamiento domiciliario de las personas, con lo que se limita la libertad de circulación, salvo en los casos expresamente tasados en el propio Decreto - Ley.

- Se suspende toda actividad declarada como no esencial. Por actividad esencial se entiende comercios de alimentación y bienes de primera necesidad, farmacias, clínicas sanitarias y veterinarias, ópticas y ortopedias, gasolineras, estancos, productos higiénicos, prensa y papelería, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías, lavanderías y la peluquería a domicilio. Estos son los que menciona expresamente la norma, pero en cualquier caso, el criterio para determinar el cierre de un establecimiento es el riesgo de contagio que produce la actividad que desarrolla.

- Se suspenden los plazos procesales para todos los órdenes jurisdiccionales.

- Se adoptan medidas para reforzar el sistema sanitario y se ponen a disposición de las administraciones autonómicas competentes la gestión de los servicios sanitarios. También se da facultad al Ministro de Sanidad para que adopte medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública (como la requisa temporal de bienes y la intervención y ocupación temporal de industrias y de centros hospitalarios privados. Este aspecto se desarrollará más adelante).

Como hemos mencionado anteriormente, el Estado de alarma que declaraba el Decreto 463/2020 se prorrogó hasta en 6 ocasiones. Respecto a estas prorrogas, cabe mencionar que no fue hasta la última de ellas, declarada por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, que prorrogó por última vez el primer estado de alarma desde el 7 de junio hasta el 21 de junio de 2020, en la que se convierten en autoridades competentes delegadas las autoridades de las CCAA, es decir, los presidentes autonómicos en sus respectivos territorios[103].

En este tiempo, se aprobó el 28 de abril de 2020 el llamado "Plan para la Transición hacía una Nueva normalidad", también llamado Plan de Desescalada, con el objetivo de lograr una progresiva recuperación social y económica, que establecía una relajación gradual de las restricciones sanitarias mediante 4 fases: Fase 0 (de preparación de la desescalada), Fase I (inicial), Fase II (intermedia), Fase III (avanzada). Este plan permitía que se fueran sucediendo las fases en función de los datos de cada CCAA. Así, por ejemplo, se preveía la ampliación de aforos en hostelería y turismo[104].

Se declaró un segundo Estado de alarma por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (a continuación, RD 926/2020)[105]. Este estado de alarma estuvo vigente hasta el 9 de mayo de 2021 y sus medidas más relevantes fueron:

- La limitación de la libertad ambulatoria de las personas en horario nocturno mediante el toque de queda (desde las 23:00 h a las 6:00 h, con un margen a las CCAA para modular este horario).

- La limitación a la movilidad de entrada y salida del territorio de las CCAA, salvo por causas expresamente previstas en el RD.

---

103 ÁLVAREZ GARCÍA, V., ARIAS APARICIO, F., HERNÁNDEZ DIEZ, E., "Una cronología jurídica (…), Op.cit. pp 126-127.

104 La Moncloa. 28/04/2020. Plan de desescalada [Consejo de Ministros]. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/280420-enlace-desescalada.aspx

105 BOE-A-2020-12898, nº282, de 25 de octubre.

- Las limitaciones de aforos en espacios públicos.

- Se establece expresamente que la autoridad competente será el Gobierno de la Nación, representado por el Presidente, y que la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la CCAA. Estos están capacitados para dictar las órdenes, resoluciones y disposiciones necesarias para la aplicación de los contenidos del RD 926/2020. En pocas palabras, se delega en las CCAA el dictado efectivo de las medidas a adoptar.

Como se ha dicho, el segundo estado de alarma finalizó el 9 de mayo de 2021, y por lo tanto, a día de hoy no hay un estado de alarma vigente en España. Sin embargo, se mantienen algunas restricciones como las limitaciones de aforo en espacio públicos, de hostelería y ocio (que dependen de los que establece la normativa de cada CCAA y que varían en función de los niveles de contagio) y la obligación de llevar mascarillas (que impuso para todo el territorio la Orden SND/422/2020 de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarillas durante la crisis sanitaria).

IV. 3 Análisis de casos y problemas

IV. 3. A. Los medios para la atención a pacientes

La rápida expansión del virus y la elevada tasa de contagios generó la saturación de los centros hospitalarios y consecuentemente, se produjo una alteración en su funcionamiento habitual. Se considera que un servicio está saturado cuando la demanda asistencial supera a la capacidad de proporcionar dicho servicio[106].

La escasez en los medios de atención a pacientes (falta de camas, respiradores) hace que nos planteemos la posibilidad de si puede surgir la responsabilidad patrimonial

---

[106] MARTINEZ VIRTO, A.M., *Servicios de urgencias hospitalarias: influencia de la caracterización de los pacientes y su proceso asistencial durante su tiempo de permanencia*, UCM, Madrid, 2017, pp.48.

de la Administración por el fallecimiento o las secuelas derivadas de la COVID-19. En estos casos, la dificultad radicará en probar la relación de causalidad entre esta falta de medios y el fallecimiento o las secuelas derivadas de la enfermedad[107].

En relación a los fallecimientos, pueden darse los siguientes supuestos:

- Que una persona falleciera sin saberse si estaba infectado de la COVID-19, porque no se le practicó el test (debido a la escasez inicial de los mismos).

- El fallecimiento de una persona, sabiendo que está infectado de la COVID-19, pero sin poder saber a ciencia cierta si falleció por esta causa o si intervinieron otras causas.

- Cuando haya certeza de que una persona ha fallecido a causa de la COVID-19, pero existe la incertidumbre de que, si la Administración hubiera adoptado las debidas medidas de precaución, esa muerte se hubiera producido o no.

También pueden darse casos en los que los afectados adolezcan de otras enfermedades que no sean la COVID-19, pero a causa de que los medios sanitarios se focalizaron a tratar los efectos de esta enfermedad, se produjo una reprogramación de otros tratamientos y un mayor tiempo de espera para ser atendido por los profesionales sanitarios.

Por ejemplo, los diagnósticos de cáncer se han visto afectados por la pandemia. Como señala un informe elaborado por la Asociación Española de lucha Contra el Cáncer (AECC) "el colapso inicial de la actividad asistencial en Hospitales y Atención Primaria desencadenó una redistribución y priorización de los recursos y medios materiales, estructurales y humanos requeridos para tratar a las personas afectadas por la COVID-19", lo que generó un retraso de un 21% en los diagnósticos de cáncer (según datos de marzo a junio de 2020 frente a los datos de esos mismos meses en 2019), lo que

[107] DOMENECH PASCUAL, G., "Responsabilidad patrimonial por la gestión del COVID-19: Una doble mirada",. *Seminario de Actualidad Jurídica Administrativa*, 2021.

estima que 1 de cada 5 pacientes no han sido diagnosticados o han sido diagnosticados tarde[108].

Estas situaciones, que pueden determinarse de "incertidumbre causal" es más posible que se enmarquen dentro de la teoría de la pérdida de oportunidad (ambos conceptos que se han analizado anteriormente), dado que a la dificultad tradicional de probar la relación de causalidad se suma el componente de la incertidumbre que provocan las situaciones derivadas de la COVID-19[109].

No obstante, es importante recordar que, de aplicarse la teoría de la pérdida de oportunidad, esta no exime la obligación de examinar si las actuaciones que deberían haberse llevado a cabo eran exigibles respecto a la *lex artis*[110]. Particularmente respecto a los triajes llevados a cabo en las unidades de cuidados intensivos (ante la insuficiencia de medios), se deberá probar que "tales triajes fueron inevitables y que se realizaron de acuerdo con los criterios médicos y bioéticos preestablecidos o comúnmente aceptados"[111].

En último lugar, cabe señalar que se ha creado la primera plataforma de víctimas llamada "Afectados Coronavirus". Esta plataforma ha interpuesto una demanda contra el Gobierno de la Generalitat de Cataluña por responsabilidad patrimonial, al considerar a esta Administración responsable del contagio y posterior fallecimiento en una residencia de ancianos de una mujer[112].

---

[108] FERNÁNDEZ, B., DE HARO, D., FERNÁNDEZ, A., BLANCO, M., AMADOR, M.L., YÉLAMOS, C., BERZAL, E., GONZÁLEZ, F.J., GRANDE, I., "Impacto de la pandemia de COVID-19 en personas afectadas por cáncer en España", Observatorio del Cáncer de la AECC, Madrid, 2021.

[109] LÓPEZ DONAIRE, B,. "Responsabilidad patrimonial por la gestión del COVID-19 …", *op.cit*.

[110] MIR PUIGPELAT, O., "Conclusiones de Seminario virtual de formación del CGPJ (…)", *op.cit*.

[111] MIR PUIGPELAT, O., "Conclusiones de Seminario virtual de formación del CGPJ (…)", *op.cit*.

[112] RUDA, A., "El coronavirus en el derecho de daños: responsabilidad civil por daños causados en relación con la pandemia del COVID-19", *Comparative Covid Law*, 2020.

IV. 3. B. Protección del colectivo de trabajadores de la sanidad

La situación de los profesionales sanitarios ha sido uno de los aspectos más controvertidos de la pandemia de COVID-19 , tanto por la falta de medios de protección como por el elevado número de contagios en este sector[113].

Por lo que se refiere a la insuficiente protección de los trabajadores sanitarios (especialmente respecto a la escasez de EPIs, totalmente imprescindibles para evitar el contagio de COVID-19), los tribunales han comenzado a pronunciarse sobre el hecho de que la insuficiencia de medios supone una vulneración del derecho a la integridad física (cuando efectivamente se ha probado que hubo insuficiencia de medios).

En la reciente sentencia emitida por el TS el mes de octubre de 2020, la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos interpuso un recurso contra el Ministerio de Sanidad por no haber proporcionado los suficientes materiales de protección necesarios para el desempeño de su labor con unas garantías mínimas de seguridad y evitar el contagio, lo que había vulnerado su derecho a la integridad física (recogido en el artículo 15 de la CE). A pesar de que este no es un procedimiento de responsabilidad patrimonial, sino un procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, la Sala reconoce que hubo una insuficiencia de medios de protección, y consecuentemente una afectación de derechos fundamentales[114].

De igual modo, el Juzgado de lo Social nº 1 de Teruel, estimó la demanda interpuesta contra la Diputación de Aragón, el Servicio Aragonés de Salud y Instituto Aragonés de Servicios Sociales[115]. Declara al respecto la insuficiencia de medios y determina que "*la pandemia, y en consecuencia la crisis sanitaria que nos ocupa, no es un supuesto de Fuerza mayor o riesgo catastrófico*", y establece que los demandados

[113] En base a los datos proporcionados por el Ministerio de Sanidad, el número de profesionales sanitarios contagiados hasta el 17 de julio de 2020 era de 52.746, representando al 20% de los contagios en todo el territorio nacional. Médicos Sin Fronteras "Informe sobre la protección del personal sanitario durante la covid-19 en España", 2020, pp.15

[114] STS de 8 de octubre de 2020, RJ 2020/3517.

[115] En su sentencia nº 60/2020, de 3 de junio (AS 2020/1670).

tienen que proporcionar los equipos que sean necesarios de protección individual a los trabajadores sanitarios.

De todas formas, deberá conocer las reclamaciones por contagios entre el personal sanitario por falta de EPIs el orden social, y no el contencioso-administrativo, porque se considera un incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales[116]. Así mismo, se prevé que otros colectivos de empleados públicos además de los sanitarios puedan presentar este tipo de reclamaciones[117].

Otra consideración diferente merecen los fallecimientos de trabajadores sanitarios por la insuficiencia de equipamientos de protección, que pueden haber causado su contagio y posterior fallecimiento, donde es más probable que se trate de un supuesto de responsabilidad patrimonial[118].

IV. 3. C. Otras medidas sanitarias: confinamientos, limitaciones a la libertad ambulatoria, cierre de establecimientos, intervención de centros hospitalarios privados.

En relación al resto de medidas adoptadas, la doctrina que se ha pronunciado al respecto parece coincidir sobre que estas situaciones pueden haber generado daños susceptibles de indemnización pero que no tienen por qué ser necesariamente causas que den lugar a la responsabilidad patrimonial[119].

Respecto a las requisas y la ocupación temporal de bienes que estableció el Real Decreto 463/2020, son figuras propias de la expropiación forzosa, que a pesar de com-

---

[116] MIR PUIGPELAT, O., "Conclusiones de Seminario virtual de formación del CGPJ(..)", *op.cit*.

[117] Nos referimos a las reclamaciones que se hagan por incumplimiento de la normativa de riesgos laborales, que se examinarán por la jurisdicción social. Es el caso de los cuerpos y fuerzas de seguridad el Estado. De hecho, la STS 18 febrero, RJ 2021/664 consideró que existió una vulneración de los derechos fundamentales de este cuerpo policial porque no se les proporcionaron los medios de protección necesarios frente a la COVID-19 durante la llamada "primera ola" de la pandemia.

[118] BLANQUER CRIADO, D., "Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de derechos)", o*p.cit*.

[119] DOMENECH PASCUAL, G., "Responsabilidad patrimonial por la gestión del COVID-19:(..), *op.cit*.

partir similitud con la responsabilidad patrimonial, no son casos de responsabilidad como tal y por lo tanto quedan al margen de nuestro objeto de estudio, sin perjuicio de que se puedan establecer indemnizaciones por su aplicación. No está de más recordar que las medidas expropiatorias se caracterizan por que el daño se produce deliberadamente con el objetivo de lograr un beneficio en razón del interés social, mientras que los daños que generan la responsabilidad "son una consecuencia indeseada de la actividad de la Administración"[120].

La posibilidad de practicar requisas temporales de bienes y ocupaciones de carácter expropiatorio está recogida, además de en el RD 463/2020 y de la LEF, en el artículo 11 de la LOEAES.

Concretamente, la requisa patrimonial de bienes sin procedimiento previo, regulada en el artículo 120 de la LEF, viene siendo invocada por diversas empresas, especialmente sanitarias, en las reclamaciones planteadas a las administraciones públicas por sus actuaciones realizadas al amparo del RD 463/2020 (y la Orden SND/232/2020) que supusieron la intervención de bienes muebles e inmuebles, como hospitales, incluyendo en algunos casos la ocupación física y desposesión de los mismos, su puesta a disposición o la intervención de la actividad actividad privada, principalmente la sanitaria.

Por otro lado, los perjuicios derivados de los confinamientos domiciliarios y las limitaciones a la movilidad son susceptibles de ser un caso de delimitación de derechos de los ciudadanos. La limitación de derechos de los ciudadanos se caracteriza por que la limitación es general, a diferencia de los casos de expropiación forzosa, donde se produce la "privación singular"[121]. Aplicando la teoría general de la responsabilidad patrimonial, el daño debe ser individualizado con relación a una persona o grupo de personas, requisito que impide que sean objeto de indemnización las cargas generales, lo que

---

[120] MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M., "Principios de la responsabilidad extracontractual …", *op.cit*, pp. 37-87.

[121] PARICIO RALLO, E., "Responsabilidad patrimonial de la Administración: Especial referencia a la responsabilidad de las Administraciones Locales por daños sufridos en la vía pública", *Fundación Democracia y Gobierno Local*, 2009.

parece excluir, en principio, la responsabilidad por situaciones generales que ha sufrido el conjunto de la población (como son, de nuevo, el confinamiento o la limitación de la movilidad)[122].

Respecto a la limitación de las actividades de negocio consideradas como no esenciales (hostelería, turismo, gimnasios…), es una realidad el hecho de que se están interponiendo reclamaciones de responsabilidad por los ingresos dejados de percibir[123]. Presumiendo que las reclamaciones de este tipo serán por daños patrimoniales (a consecuencia de haber tenido que cerrar y limitar el aforo dentro de los establecimientos, con la pérdida de beneficios que eso comporta), habrá que examinar caso por caso si se cumplen los requisitos de la responsabilidad y si no concurren causas de exoneración de la mismas. Siguiendo la teoría de la responsabilidad objetiva que hemos analizado anteriormente, habrá que realizar una ponderación entre los riesgos que han producido el daño y si estos han generado un coste superior a los resultados que se han obtenido como beneficios.

IV. 4. D Plazo para presentar la reclamación. Daños continuados.

El plazo para presentar la reclamación en el régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración es de un año desde que se produce el hecho o acto lesivo que motiva la indemnización o desde que se manifiesta su efecto lesivo, tal y como señala el artículo 16.4 de la LRJSP. Cabe señalar que este plazo es de prescripción y no de caducidad.

Sin embargo, este plazo dependerá del tipo de acción que se ejercite y del origen de daño producido. Tratándose de responsabilidad patrimonial, lo relevante es la determinación del *dies a quo*, que es del término de inicio del plazo de prescripción, que co-

---

[122] MIR PUIGPELAT, O., "Conclusiones de Seminario virtual de formación del CGPJ (…)", *op.cit*.

[123] Están empezando a llegar reclamaciones de responsabilidad patrimonial a los Juzgados por parte de empresarios de distintos sectores que se van visto perjudicados. Concretamente, existe una agrupación de hosteleros llamado "La Hostelería de Todos" que ha anunciado la interposición de reclamaciones administrativas contra el Consejo de Ministros y el Gobierno de la respectiva Comunidad Autónoma donde se halle el establecimiento que alega el daño. Disponible en https://lahosteleriadetodos.org/por-que.html.

mienza desde que se produce el daño o se puede determinar su alcance[124]. Como señala la jurisprudencia, se "viene proclamando hasta la saciedad que el "*dies a quo*" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto"[125].

Este concepto tiene su origen en la conocida teoría de la *actio nata,* la cual, según la jurisprudencia, marca el inicio del plazo de prescripción cuando concurren dos elementos: El daño y la comprobación de su ilegitimidad[126]. Respecto a la determinación del tipo de daños para la determinación del plazo de prescripción, existen los llamados daños continuados y daños permanentes[127]:

- Son daños continuados aquellos cuyos efectos lesivos se prolongan en el tiempo, y cuya determinación exacta no es posible hasta que no cesan en sus efectos.

- Por el contrario, son daños permanentes aquellos que se manifiestan de forma definitiva. "Son daños ciertos, determinados o consolidados que se mantienen en el tiempo, pero que ya no varían como consecuencia del hecho lesivo, aunque pueden hacerlo por factores ajenos".

Por todo lo expuesto, se deduce del carácter extrañamente casuístico de la responsabilidad patrimonial que deberá identificarse caso por caso el momento en el que se produce el daño para poder determinar el plazo de prescripción[128].

---

[124] LÓPEZ DONAIRE, B,. "Responsabilidad patrimonial por la gestión del COVID-19 (…)" op.cit.

[125] STS de 25 de junio de 2002, RJ 2002/5755.

[126] STS de 23 de abril 2015, RJ 2015/4269, FJ 5º.

[127] CANO CAMPOS, T., "El comienzo del plazo para reclamar los daños causados por la Administración: el tópico de la *actio nata"*. *Revista de Administración Pública,* nº210, 2019, pp. 175-216.

[128] LÓPEZ DONAIRE, B,. "Responsabilidad patrimonial por la gestión del COVID-19 "…)" *op.cit*.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha puesto de manifiesto cómo la responsabilidad patrimonial de la Administración se distingue por su carácter marcadamente casuístico, dado que debe apreciarse en cada caso que se cumplen los requisitos de daño efectivo, evaluable económicamente e individualizable, sobre el que no exista una obligación jurídica de soportarlo, derivado de una actuación de los servicios públicos cuya relación de causalidad debe probarse, y siempre que no concurra ninguna causa de excepción de la responsabilidad. De la misma manera, ha quedado patente la importancia que tienen y han tenido la doctrina y la jurisprudencia en el desarrollo del sistema de responsabilidad patrimonial, dado que la normativa que regula la responsabilidad es un tanto inespecífica.

La responsabilidad en el ámbito sanitario es, sin lugar a dudas, uno de los ámbitos más específicos e importantes de la misma, por el riesgo que conlleva la propia naturaleza de la prestación de servicios sanitarios médicos. Sin embargo, llama la atención la aparente contradicción que existe en la jurisprudencia del TS respecto a la exigencia del quebrantamiento del criterio de la *lex artis* como parámetro de una actuación médica correcta para poder reconocer la responsabilidad de la administración. El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, independiente de la idea de culpa o negligencia, queda desdibujado cuándo se exige precisamente una actuación que suponga una mala praxis.

En suma, la razón de ser del análisis realizado sobre las características, requisitos, fundamento y especialidades de la responsabilidad patrimonial es responder a la pregunta que ha dado lugar a este trabajo: ¿Existe responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños derivados de la pandemia de la COVID-19? No hay una sola respuesta a esta pregunta. La Administración ha adoptado medidas que indudablemente han causado un perjuicio a la actividad normal de las personas, de la economía, de las actividades sociales, comerciales, el ocio… Las entidades públicas han tenido que hacer frente a una pandemia sin conocer exactamente el alcance exacto de la misma, teniendo que utilizar instrumentos poco habituales (como han sido la declaración del

Estado de alarma, las limitaciones a la movilidad, al sector empresarial mediante la restricción de la actividad de negocios no esenciales y, la limitación de aforos en los espacios públicos…)

En definitiva, lo que consideramos que será determinante en este aspecto es la ponderación entre los costes y perjuicios que han resultado de las medidas que hemos descrito (cuyo resultado más relevante es el detrimento que ha sufrido la economía) y los beneficios obtenidos por la adopción de estas medidas, orientadas a proteger la salud pública. La evaluación de la correcta o incorrecta actuación de la Administración, en cualquier caso, debe tener como paradigma la defensa de la salud pública. En todo momento debemos tener en cuenta que nos encontramos ante una situación nueva y desconocida, que solo nos permite plantearnos hipótesis que se irán dilucidando en los próximos años, con los pronunciamientos jurisprudenciales que adopten los Tribunales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

APARICIO DE LÁZARO, J.R., "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Enfoque jurisprudencial" *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº30, 2010.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., ARIAS APARICIO, F., HERNÁNDEZ DIEZ, E., "Una cronología jurídica comentada del Estado de Alarma declarado para la lucha contra la pandemia de coronavirus (COVID-19)", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* nº 86-87, 2020.

BAUZÁ MARTORELL, F.J., "Responsabilidad patrimonial sanitaria: autonomía de la voluntad del paciente y documento de consentimiento informado", XXVIII Congreso Juristas de la Salud, 2019.

BELADÍEZ ROJO, M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.

BLANQUER CRIADO, D., "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", *Ponencia Especial de Estudios del Consejo de Estado*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1997, pp.21.

BLANQUER CRIADO, D., "Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de derechos)", BLANQUER CIRADO, D., (Coord.), *COVID-19 Y Derecho Público (durante el Estado de alarma y más allá),* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

VELASCO CABALLERO, F., "Estado de alarma y distribución territorial del poder", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº86-87, 2020.

CANO CAMPOS, T., "El comienzo del plazo para reclamar los daños causados por la Administración: el tópico de la *actio nata", Revista de Administración Pública,* nº210, 2019, pp.175-216.

CUETO PEREZ, M., *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

DAGNINO GUERRA, A., "*La responsabilidad patrimonial del Estado y de las Administraciones Públicas: evolución legislativa y perspectivas constitucionales*", Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm.23, 2002.

DOMENECH PASCUAL, G., "Responsabilidad patrimonial por la gestión del COVID-19: Una doble mirada", *Seminario de Actualidad Jurídica Administrativa,* 2021. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=SIFOtNZcVM8

ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo,* Marcial Pons, Barcelona, 2017, Séptima edición.

FERNÁNDEZ, B., DE HARO, D., FERNÁNDEZ, A., BLANCO, M., AMADOR, M.L., YÉLAMOS, C., BERZAL, E., GONZÁLEZ, F.J., GRANDE, I., " Impacto de la pandemia de COVID-19 en personas afectadas por cáncer en España", Observatorio del Cáncer de la AECC, Madrid, 2021.

GARCIA DE ENTERRIA, E., FERNANDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 2000, Séptima edición.

GALÁN CORTÉS, J.C., "La responsabilidad médica y el consentimiento informado", *Revista Médica del Uruguay*, Vol.15, nº1, 1999.

LEGUINA VILLA, J., "Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración", *Revista española de Derecho Administrativo*, nº136, 2007.

LÓPEZ DONAIRE, B,. "Responsabilidad patrimonial por la gestión del COVID-19: Una doble mirada",. *Seminario de Actualidad Jurídica Administrativa,*. 2021. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=SIFOtNZcVM8

MARTÍN REBOLLO, L., "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicos en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica", *Documentación Administrativa*, nº 237-238, 1994.

MARTÍN REBOLLO, L., *"*Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones*", Revista de Administración Pública*, nº150, 1999.

MARTINEZ VIRTO, A.M., *Servicios de urgencias hospitalarias: influencia de la caracterización de los pacientes y su proceso asistencial durante su tiempo de permanencia*, UCM, Madrid, 2017.

MAYOR GOMEZ, R., "Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas", *Gabilex (Revista del Gabinete Jurídico de Castilla y La Mancha)*, nº2, 2015.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M., "Principios de la responsabilidad extracontractual de la administración pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)", QUINTANA LÓPEZ, T., CASARES MARCOS., A (Coor.), *La responsabilidad patrimonial de la administración pública: Estudio general y ámbitos sectoriales. Tomo I,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 37-87.

MIR PUIGPELAT, O., "Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad de la administración sanitaria (y no sanitaria)", *Revista española de Derecho Administrativo*, nº. 140, 2008.

MIR PUIGPELAT, M., *La responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacía un nuevo sistema*, Edisofer, Madrid, 2012.

MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.

MIR PUIGPELAT, O., “Conclusiones de Seminario virtual de formación del CGPJ sobre responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y covid-19”, AEPDA, 2020.

PARICIO RALLO, E., “Responsabilidad patrimonial de la Administración: Especial referencia a la responsabilidad de las Administraciones Locales por daños sufridos en la vía pública”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, 2009.

RUDA, A., “El coronavirus en el derecho de daños: responsabilidad civil por daños causados en relación con la pandemia del COVID-19”, *Comparative Covid Law*, 2020.

SANCHEZ GARCIA, M.M., “Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria”, *DS: Derecho y Salud* (XXII Congreso Extraordinario XXII “Derecho y Salud”), 2003.

SIMON LORDA, P., CONCHEIRO CARRO, L., “El consentimiento informado: teoría y práctica”, Revista Med Clin (Barc), 1993.

VICANDI MARTINEZ., A., “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?”, *Revista Derecho y Salud*, Vol.25, nº2, 2015.

VIDAL PRADO, C., DELGADO RAMOS, D,. "Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011.

Artículos

“COVID-19: Eventuales supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración por la gestión de la crisis sanitaria”. Sitio web: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/covid-19-eventuales-supuestos-de-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-por-la.

BENIGNO GRAÑA, M., "Responsabilidad de la Administración por daños causados por sus contratistas a terceros", Artículo de Blog, 2018. Disponible en: https://www.mbgs.es/abogacia/responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion/la-responsabilidad-de-la-administracion-por-danos-causados-por-sus-contratistas-a-terceros/?v=04c19fa1e772.

Sitios web

BOE.es - Código Sanitario. Disponible en https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=84¬a=1&tab=2

La Moncloa. 28/04/2020. Plan de desescalada [Consejo de Ministros]. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/280420-enlacedesescalada.aspx

Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2021). "*Enfermedad por nuevo coronavirus COVID-19: Situación actual*" https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/situacionActual.htm

"Hacienda centralizará la gestión de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado por el Covid"., Europa Press, 2010. Disponible en: https://www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-hacienda-centralizara-gestion-reclamaciones-responsabilidad-patrimonial-estado-covid-20201022120152.html

JURISPRUDENCIA

STS de 17 de abril de 1998, RJ 1998\3832
STS 29 de septiembre de 1991, RJ 1991/6869
STS de 10 de mayo de 2007, RJ 2007/3403
STS 23 noviembre 2010, RJ 2010/8645.
STS de 26 mayo 2015. RJ 2015/3133.
STS de 5 de abril de 2011, RJ 2009/2550

STS de 12 de mayo de 1997, RJ 1997/3976

STS de 3 de mayo de 2011, RJ 2011\3904

STS de 9 de mayo de 1991, RJ 1991/4325

STS de 19 de junio 2007, RJ 2007\3813

STS de 23 de marzo 2013, RJ 2013\3382

STS de 13 diciembre 2001. RJ 2002\5183

STS de 13 diciembre 2001, RJ 2002\5183

STS de 29 junio de 2010, RJ 2010\5948

STS de 12 de mayo de 1998, RJ RJ 1998/4640

STS de 20 de noviembre de 2012, RJ 2013/2430

STS de 13 de abril de 2013, RJ 2013/4058

STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso -Administrativo, RJCA 1998/2807

STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso -Administrativo, de 27 de abril de 2001, RJCA 2001/1421