

# **Prof. Dr. Oriol Mir Puigpelat**

Catedrático acredit. de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

## **~La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y su capacidad de prevención de errores médicos<sup>1</sup>~**

### **I. INTRODUCCIÓN**

Constituye para mí un motivo de gran satisfacción poder participar en un congreso tan interesante como el que nos reúne, que brinda la oportunidad de llevar a cabo un estimulante diálogo interdisciplinar sobre los distintos tipos de responsabilidad que pueden desencadenar los errores médicos y sobre su respectiva eficacia preventiva de tales errores.

A la vista del programa y de la finalidad del Congreso, y teniendo en cuenta que soy el único administrativista que actúa como ponente en un plantel de eminentes penalistas y civilistas, me ha parecido oportuno dividir mi intervención en dos grandes partes: en la primera resumiré los requisitos fundamentales de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria española, trazando algunos paralelismos con la responsabilidad penal y civil (II), mientras que en la segunda, más breve, efectuaré algunas reflexiones sobre la capacidad preventiva de errores médicos que corresponde a dicho instituto de la responsabilidad patrimonial (III).

### **II. UNA VISIÓN PANORÁMICA SOBRE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA ESPAÑOLA**

La responsabilidad patrimonial de la Administración española, introducida de forma general en nuestro ordenamiento por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y convertida en un componente esencial de la cláusula constitucional del Estado de Derecho por el art. 106.2 de la Constitución de 1978 –que obliga al legislador a establecer un sistema de responsabilidad que indemnice a los ciudadanos por los daños que las distintas Administraciones españolas puedan irrogarles–, surge cuando concurren una serie de requisitos materiales regulados –de forma excesivamente parca e indeterminada, como he tenido ocasión de señalar en distintos trabajos–

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada por el autor en el Congreso Internacional sobre Prevención de Errores Médicos y Eventos Adversos celebrado en Vigo los días 18 y 19 de septiembre de 2014, bajo la dirección del Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal (<http://practicamedicayderecho.webs.uvigo.es>).

fundamentalmente en los arts. 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), la ley más importante del Derecho administrativo español, junto con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA). La misma LRJPAC establece también los requisitos procesales que deben observarse para obtener resarcimiento en concepto de responsabilidad patrimonial. Primero aludiré a los requisitos materiales y luego a los procesales.

## **1. Requisitos materiales**

Según la jurisprudencia, para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria) deben concurrir *cuatro grandes requisitos materiales*.

### **a) Daño**

En primer lugar, debe haberse producido un *daño*. Como ocurre con la institución de la responsabilidad civil extracontractual, de la que la responsabilidad patrimonial de la Administración es solo una modalidad específica, la existencia de un daño es un requisito esencial para su surgimiento, a diferencia de la responsabilidad penal, que puede nacer también en supuestos en que la conducta antijurídica no se ha traducido en resultado lesivo alguno. El daño es esencial porque, como se verá, la función principal de la responsabilidad patrimonial consiste en indemnizar, normalmente mediante un pago en metálico, los daños ocasionados por la Administración.

Para que merezca ser indemnizado, el daño debe reunir una serie de condiciones: debe ser *efectivo, evaluable económicamente, individualizado en una persona o en un grupo de personas* y ser *antijurídico*, esto es, ha de tratarse de un daño que la víctima “no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley” (art. 141.1 LRJPAC). La jurisprudencia ha dado una particular importancia a este último requisito del daño antijurídico. De la dicción literal del inciso legal transcrito y de su previa configuración doctrinal se deducía que el referido requisito tenía un alcance muy limitado, sirviendo para excluir la responsabilidad de la Administración únicamente en casos evidentes, aquellos en que el propio ordenamiento impone el deber de soportar un determinado perjuicio sin indemnización, justificando su causación (como ocurre, señaladamente, siempre que la Administración ejerce de forma ajustada a Derecho potestades conferidas legalmente que irrogan, por su propia naturaleza, perjuicios a los ciudadanos

–piénsese, p. ej., en los daños ocasionados por el ejercicio de las potestades sancionadora o tributaria: es evidente que el sujeto a quien se le impone una sanción administrativa o se le obliga a pagar un tributo de forma ajustada a Derecho no ha de poder recuperar luego, por vía de la responsabilidad patrimonial, el importe satisfecho—. Pero la jurisprudencia ha ampliado enormemente la virtualidad exoneratoria de dicho requisito y lo utiliza con mucha frecuencia para negar la responsabilidad de la Administración, como se verá luego.

Esta misma jurisprudencia suele incluir también en el requisito del daño antijurídico la exigencia de que el daño no fuera *imprevisible o inevitable según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica* existentes en el momento de su producción, exigencia introducida en 1999 en el art. 141.1 LRJPAC para evitar nuevas condenas como las que se produjeron, hace unos años, por el contagio transfusional del virus del SIDA o de la hepatitis C en hospitales públicos cuando la ciencia médica ni siquiera conocía las vías de transmisión de tales enfermedades, y que es habitual en el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual, donde se la suele conocer como “cláusula de exoneración de los riesgos del desarrollo”.

Cuando concurren las referidas condiciones, la jurisprudencia considera resarcibles tanto los *daños patrimoniales* (incluyéndose el daño emergente y el lucro cesante), como los *morales*, afirmando el *principio de reparación integral* de todos los perjuicios sufridos por la víctima. En la valoración de los daños ocasionados por la Administración sanitaria suele tenerse en cuenta el famoso baremo contenido en el anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aunque posea, en dicho ámbito, un mero carácter orientador y no resulte vinculante.

#### **b) *Funcionamiento de los servicios públicos***

El segundo gran requisito material de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la existencia de “*funcionamiento de los servicios públicos*” (art. 139.1 LRJPAC), expresión empleada tradicionalmente en este ámbito como sinónimo de actividad administrativa. La jurisprudencia suele interpretar este requisito de forma amplia y considerar que merecen la calificación de actividad administrativa y se imputan a la Administración (sanitaria y no sanitaria) todas aquellas conductas realizadas por quienes se encuentran insertos en la organización administrativa (sea cual

sea el título jurídico por el que se insertan en ella: funcionarial, laboral, cargo electo, etc.) en ejercicio o –al menos– con ocasión de sus funciones al servicio de la Administración.

Basta con que se acredite que la conducta lesiva procede de la Administración, sin que sea necesario identificar al concreto agente administrativo (a la concreta persona física) que la ha llevado a cabo (es la denominada “culpa anónima”).

**c) *Relación de causalidad***

El tercer requisito material es la existencia de *relación de causalidad* entre esta actividad administrativa y aquel daño sufrido por la víctima. La jurisprudencia no es especialmente rigurosa en la apreciación del nexo causal. Dependiendo del caso maneja teorías más o menos estrictas, como, sobre todo, la teoría de la causalidad adecuada o la de la equivalencia de las condiciones. A diferencia de la jurisprudencia penal, no ha recibido la teoría más sofisticada de la *imputación objetiva*, que algunos administrativistas hemos propuesto importar de la doctrina penalista, tras adaptarla debidamente a las peculiaridades de la responsabilidad patrimonial de la Administración. A su vez, la jurisprudencia considera que el hecho de terceros y, sobre todo, la *culpa de la víctima*, pueden romper el nexo de causalidad y llegar a excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque lo más habitual es que su concurrencia sirva solo para reducir el importe de la indemnización que deberá satisfacer aquella.

En materia de causalidad posee especial interés la importante recepción que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha efectuado, en los últimos años, de la teoría anglosajona de la *pérdida de oportunidad*, y que está teniendo un campo creciente de desarrollo, precisamente, en materia sanitaria. Como es sabido, dicha teoría permite conceder una indemnización parcial en aquellos casos en que existen dudas sobre el curso causal que habrían tenido los acontecimientos de haber actuado correctamente el sujeto llamado a responder. Es lo que ocurre, p. ej., cuando la Administración no diagnostica correctamente una determinada enfermedad, y con posterioridad se plantea la duda de qué habría ocurrido en caso de que se hubiera efectuado un diagnóstico correcto más temprano. A menudo no es posible afirmar con certeza que con ello se habría evitado el daño, sino solo que con el error de diagnóstico se ha privado al paciente de una oportunidad seria de curación. Cuando ello sucede, la teoría de la pérdida de oportunidad permite al menos conceder a la víctima una indemnización

parcial (proporcional a las probabilidades de curación que habría tenido el paciente), en lugar de la ausencia de toda indemnización a que abocaría la concepción tradicional de la causalidad. En materia sanitaria, esta teoría se emplea también para indemnizar parcialmente los daños sufridos por los pacientes en casos en que la Administración no ha recabado su debido *consentimiento informado*.

**d) Ausencia de fuerza mayor**

El cuarto y último gran requisito material, también exigido por la ley desde 1954, es la falta de concurrencia de *fuerza mayor*. Dos notas caracterizan a los eventos constitutivos de fuerza mayor según la jurisprudencia: se trata de acontecimientos externos a la actuación administrativa que producen daños inevitables, tales como terremotos y otros desastres naturales.

**e) Culpa (funcionamiento anormal). La responsabilidad objetiva como mito jurídico**

La jurisprudencia contencioso-administrativa no exige, en cambio, expresamente, que la Administración haya ocasionado el daño de forma dolosa o negligente para que surja su deber de indemnizar. Según un número incontable de sentencias, un rasgo distintivo del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración, que lo diferenciaría ostensiblemente de la responsabilidad penal o del régimen general de responsabilidad civil extracontractual de los particulares contenido en el art. 1902 del Código civil, sería que el primero prescinde del requisito de la culpa, instaurando una *responsabilidad objetiva*. Esta afirmación, mantenida también durante muchos años por la doctrina administrativista, y que aún se encuentra presente, por inercia, en numerosos manuales de la especialidad, tendría su fundamento en el hecho de que la normativa, desde 1954, (parece que) obliga a indemnizar, sin distinciones, tanto los daños que derivan del “funcionamiento anormal” de la Administración, como los que pueda ocasionar su “funcionamiento normal” (art. 139.1 LRJPAC, en la actualidad).

Pero una semejante responsabilidad objetiva global de la Administración, además de no ser deseable *de lege ferenda* (como he tratado de demostrar en otro lugar y comparten ya muchos administrativistas), no puede decirse que exista tampoco en la praxis jurisprudencial, constituyendo un ejemplo llamativo de *mito jurídico*. Los tribunales del orden contencioso-administrativo, en efecto, pese a afirmar con rotundidad el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, en la práctica solo

condenan a la Administración, en la inmensa mayoría de los casos, cuando consigue acreditarse que ésta ha incurrido en funcionamiento anormal. Ello es especialmente cierto en el caso de la responsabilidad de la Administración sanitaria, donde solo se la condena cuando pueda afirmarse que la actuación médica ha vulnerado la *lex artis*, el estándar de diligencia manejado también por la jurisdicción civil en relación con la asistencia sanitaria prestada en centros privados. Basta citar, a este respecto, como ejemplos recientes, las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 11 de abril y 20 de mayo de 2014 (rec. cas. núms. 2766/2012 y 2377/2012, respectivamente). El requisito de la vulneración de la *lex artis* no se menciona de forma separada, sino que suele vincularse al requisito antes mencionado del daño antijurídico, desnaturalizándolo por completo.

Puede afirmarse, por tanto, que junto a los expuestos existe un quinto requisito material de la responsabilidad patrimonial de la Administración (sanitaria y no sanitaria), tan o más importante en la práctica que los anteriores: la existencia de funcionamiento anormal de la Administración, que en materia sanitaria tendría su traducción en la vulneración de la *lex artis*. Ello suele ser desconocido por los juristas que se acercan a la responsabilidad patrimonial de la Administración desde otras ramas del ordenamiento, y merece ser aclarado.

Importa destacar también que el criterio del funcionamiento anormal constituye un tipo de *culpa objetivada*, similar al que prevalece también en materia de responsabilidad civil extracontractual, y distinto de la culpa subjetiva exigida en Derecho penal. Como culpa objetivada, se tiene sobre todo en cuenta la vulneración de estándares objetivos de diligencia exigibles a la Administración como organización – como puedan ser los protocolos médicos en el ámbito sanitario–, sin que se examinen los conocimientos y capacidades específicos del concreto agente administrativo causante del daño.

## **2. Requisitos procesales**

Cuando concurren los requisitos materiales expuestos, la víctima dispone de un año de plazo para reclamar la indemnización. En el caso de daños físicos o psíquicos, que son los habituales en materia sanitaria, dicho *plazo de prescripción* se inicia en el momento en que se produce su curación o –cuando ella no es posible– se determina de forma definitiva el alcance de las secuelas que sufrirá la víctima.

Una característica destacada del régimen de responsabilidad patrimonial es que la reclamación debe dirigirse necesariamente a la Administración supuestamente causante del daño, que habrá de tramitar un *procedimiento administrativo específico*, regulado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, y pronunciarse sobre la procedencia o no de dicha reclamación. En dicho procedimiento, que también puede *iniciar de oficio* la propia Administración, debe obtenerse el dictamen preceptivo y no vinculante del *Consejo de Estado* o del órgano consultivo autonómico equivalente cuando la indemnización solicitada sea de cuantía igual o superior a 50.000 € o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica. El procedimiento puede finalizar mediante *acuerdo indemnizatorio* entre la víctima y la Administración o mediante resolución unilateral de esta concediendo o denegando la indemnización. En el caso de que no se dicte resolución expresa en el plazo máximo establecido (seis meses, en el procedimiento general, o treinta días, cuando se sustancie el procedimiento abreviado) se producirá *silencio administrativo negativo* y el particular deberá entender desestimada su solicitud.

Solo tras desestimarse la reclamación en vía administrativa (o concederse una indemnización inferior a la solicitada) puede la víctima acudir a los tribunales, que han de ser, necesariamente, los del *orden contencioso-administrativo*, después de que el legislador haya resuelto la polémica que se produjo en los años noventa sobre el orden competente para enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria (arts. 2.e) LJCA y 9.4 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tras sus sucesivas modificaciones). Parece, en todo caso, que subsiste la posibilidad de que las víctimas ejerciten ante el orden civil la *acción directa* contra – solo– la *aseguradora* que pueda (y suele) tener la Administración, acción que reconoce de forma general el art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. Tras la drástica restricción del *recurso ordinario de casación* operada por la reforma de 2011 del art. 86.2.b) LJCA (que lo ha limitado a las reclamaciones superiores a los 600.000 €) y las limitaciones inherentes a los recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés de la ley, son en la actualidad muy pocos los asuntos que llegan en esta materia al Tribunal Supremo, lo que dificultará la formación de una jurisprudencia coherente y accesible.

De especial importancia resulta considerar que, tras la aprobación de la LRJPAC (o, en todo caso, tras la reforma de que fue objeto en 1999), *ha desaparecido la acción*

*directa* de que antes disponían las víctimas para reclamar indemnización al *agente administrativo* causante del daño (el médico, p. ej., en materia sanitaria). Ello significa que las víctimas solo pueden exigir la indemnización a la Administración a la que pertenece el sujeto, a través del procedimiento antes descrito. Será dicha Administración la que, tras abonar la indemnización a la víctima, ejercerá la denominada *acción de regreso* contra el referido agente, cuando este haya actuado con dolo o culpa grave (no en otro caso). El ejercicio de la acción de regreso es, en teoría, obligatorio (art. 145.2 LRJPAC), pero en la práctica tiene lugar en contadísimas ocasiones.

La acción directa contra el agente sí puede ejercerse, excepcionalmente, en caso de que este haya cometido un *delito*. El art. 121 del Código penal no solo permite dicha posibilidad, sino que establece la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, obligando a que se reclame también esta en el proceso penal cuando en él se exija la responsabilidad civil derivada de delito al agente. Esta vía resarcitoria en sede penal resulta compatible con la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración a través del procedimiento administrativo antes examinado, con el único límite de que no se produzca duplicidad indemnizatoria. Según el art. 146.2 LRJPAC, ambas vías se tramitarán en paralelo, salvo que la determinación de los hechos en el orden penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en cuyo caso se suspenderá el referido procedimiento administrativo.

### **III. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE ERRORES MÉDICOS EJERCIDA POR EL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

Tras el repaso de los principales requisitos materiales y procesales de la responsabilidad patrimonial de la Administración nos encontramos ya en condiciones de abordar la pregunta que constituye el objeto de la segunda parte de esta ponencia: ¿posee dicha institución capacidad para prevenir errores médicos?

No hay duda de que, como suele señalarse, la función principal de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como de la responsabilidad civil extracontractual, es la *compensatoria*. Así se desprende del hecho antes apuntado de que solo surja en caso de producción de un daño, de que se traduzca en la obligación de pago de una cantidad cuyo importe viene determinado únicamente por el alcance del daño (y no de la gravedad de la conducta realizada), y de que dicha cantidad sea abonada, en concepto de indemnización, a la víctima. Ello constituye una diferencia de relieve entre la responsabilidad patrimonial de la Administración y la responsabilidad



penal (o la responsabilidad a que dan lugar las sanciones administrativas), que carece de finalidad compensatoria y persigue y se justifica en un Estado de Derecho, primordialmente, por su función preventiva, en su doble dimensión de prevención general y especial.

Ello no significa, sin embargo, que la responsabilidad patrimonial no posea también una destacada función de *control* de la actuación administrativa y de *prevención* de futuros accidentes. Como he tenido ocasión de exponer en otro lugar, son muchos los autores que sostienen que la responsabilidad civil extracontractual despliega y se justifica también por su función preventiva, por constituir un incentivo importante para la adopción de comportamientos diligentes que eviten la producción de accidentes y el pago de indemnizaciones que pueden llegar a ser muy elevadas. Esta función preventiva explica que se prefiera, p. ej., el mecanismo de la responsabilidad civil frente a alternativas que poseen menores costes de administración, como los fondos públicos de indemnización automática a las víctimas de accidentes. Lo mismo puede afirmarse respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Cuando se produce un daño en un hospital público y la víctima reclama una indemnización, el sistema de responsabilidad patrimonial brinda la posibilidad de llevar a cabo un control interno y externo muy saludable de cómo se ha desarrollado la prestación sanitaria y ofrece un incentivo muy poderoso a los gestores públicos para adoptar medidas que puedan evitar que dicho accidente se repita en el futuro.

De hecho, el tipo específico de prevención que propicia la responsabilidad patrimonial presenta algunas *ventajas* respecto la que ofrece el Derecho penal, complementándola debidamente. Al vincularse a la noción más amplia y laxa del funcionamiento anormal de la Administración y predicarse de una organización y no ya de las concretas personas físicas involucradas en la causación del daño (que ni siquiera es preciso identificar, como se ha dicho), la responsabilidad patrimonial cubre muchos más posibles errores médicos y eventos adversos que la responsabilidad penal. En particular, cubre con toda naturalidad los denominados errores sistémicos o institucionales, más frecuentes en la práctica que los errores médicos individuales. Además, al carecer del estigma y las graves consecuencias de la responsabilidad penal, permite compensar a las víctimas e identificar y prevenir errores médicos sin cuestionar ni criminalizar la actuación del personal médico. Ello es especialmente cierto si, como se ha apuntado, ni siquiera se ejerce en la práctica la acción de regreso contra dicho

personal. La responsabilidad patrimonial asume, en definitiva, una *función preventiva de tipo más institucional-organizativo* que individual, incidiendo más en los gestores del sistema sanitario que en el personal médico y llegando donde no llega la prevención penal.

Vista desde esta perspectiva, la responsabilidad patrimonial puede contribuir (junto con otros mecanismos, como p. ej. los sistemas de notificación y registro de eventos adversos) a *reforzar la nueva cultura de la seguridad*, frente a la cultura tradicional de la culpabilización, tal como reclaman el programa del presente Congreso y buena parte de la literatura extranjera reciente sobre gestión de riesgos sanitarios. Para ello parecería conveniente aprovechar el gran potencial que ofrece, en este sentido, el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad antes expuesto. En la actualidad, dichos procedimientos se inician prácticamente siempre a instancia de la víctima, la Administración los suele tramitar con lentitud y desgana, adoptando una posición defensiva y resolviéndolos mucho tiempo después de que se haya producido la desestimación por silencio administrativo. Los acuerdos indemnizatorios con las víctimas son testimoniales y el dictamen del órgano consultivo se produce a menudo cuando el asunto ya se encuentra en sede judicial.

Frente a esta situación, bajo el nuevo paradigma de la seguridad y de mejora de la gestión de los riesgos sanitarios, cabría utilizar dicho procedimiento, tan costoso en términos económicos para la Administración, para detectar, registrar y examinar de forma inmediata y proactiva los errores médicos acaecidos, compensar rápidamente a las víctimas que lo merezcan y extraer las consecuencias necesarias para prevenir que tales errores vuelvan a producirse en el futuro (revisando los protocolos de actuación existentes, reforzando las plantillas allí donde se detecten carencias, mejorando los sistemas informáticos y la formación continua del personal, etc.). A tal fin resultaría aconsejable potenciar la iniciación de oficio de los procedimientos por parte de la propia Administración y la celebración de acuerdos indemnizatorios con las víctimas cuando proceda el resarcimiento. Con ello, además de advertirse y corregirse errores que ahora permanecen ocultos, se daría una mayor y más rápida satisfacción económica y moral a los pacientes afectados (que a menudo tienen que esperar años para obtener una indemnización de los tribunales), se ahorraría una cantidad muy importante de costes de administración asociados a la litigiosidad judicial (gastos de defensa de las partes, coste

del sistema judicial) y mejoraría el clima de confianza en la relación de los médicos con sus pacientes.