

**Once estudios sobre la
responsabilidad patrimonial
de las Administraciones locales**

OTROS TITULOS DE LA MISMA COLECCIÓN:

23. LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN LITIGIOS FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.
José Pérez Gómez.
24. PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.
José Miguel Carbonero Gallardo.
25. LOS PROBLEMAS DE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEC EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.
María Jesús Gallardo Castillo.
26. EL REMANENTE DE TESORERÍA. UN ESTUDIO INTEGRAL.
José Luis Valle Torres.
27. EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEO PÚBLICO Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL.
Coordinado por Alberto Palomar Olmeda.
28. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA EN ANDALUCÍA
Carlos López López.
29. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SU APLICACIÓN POR LAS ENTIDADES LOCALES.
Coordinado por José Antonio Moreno Molina.
30. QUINCE ESTUDIOS PRESUPUESTARIO-CONTABLES PARA EL SECTOR LOCAL.
José Luis Valle Torres.
31. MANUAL PRÁCTICO DE DERECHO URBANÍSTICO DE ANDALUCÍA.
Coordinado por Venancio Gutiérrez Colomina y Francisco Javier Gutiérrez Julián.
32. FORMULARIOS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.
José Ignacio Rico Gómez y Joaquín Meseguer Yebra.
33. ENTIDADES LOCALES Y DERECHO DE DISCAPACIDAD
Coordinado por Juan González-Badía Fraga.
34. ADMINISTRACIÓN Y EMPLEO PÚBLICO EN ESPAÑA
Manuel Álvarez Rico, Vicente María González-Haba Guisado, Enrique Orduña Prada
35. ESTUDIOS SOBRE LA LEY DE AUTONOMÍA LOCAL DE ANDALUCÍA (LAULA) Y LA LEY DE PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LOS TRIBUTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA
Coordinado por Manuel Zafra Víctor.
36. COMENTARIOS A LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL CUERPO DE LA POLICÍA NACIONAL
Gustavo García-Villanova Zurita y Javier Luna Quesada.
37. AUTONOMÍA Y SUFICIENCIA FINANCIERA LOCAL. LA CAPACIDAD TRIBUTARIA DE LAS ENTIDADES LOCALES.
Jesús Ramos Prieto y María José Trigueros Martín.
38. NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES.
Remedios Roqueta Buj.
39. EL PERSONAL LABORAL Y MEDIDAS DE ADECUACIÓN A LA CRISIS EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.
Xavier Boltaina Bosch.
40. LA SANCIÓN DE PRESTACIONES EN EL BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN LAS ORDENANZAS DE CONVIVENCIA CIUDADANA.
M^a Jesús García García.
41. LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
M^a Antonia Pérez Alonso.
42. COMPETENCIA LOCAL EN MATERIA DE POLICÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CUERPOS DE POLICÍA LOCAL
Agustín Juan Gil Franco.
43. LA COOPERACIÓN ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS. PERSPECTIVA CONTRACTUAL.
José Carlos Castiñeira Piñeiro.
44. LAS VALORACIONES SEGÚN LA LEY DE SUELO Y SU REGLAMENTO.
Enrique Porto Rey.
45. CIUDADANÍA Y REDES SOCIALES. ESTRATEGIAS DE COMUNICACIÓN PARA INSTITUCIONES PÚBLICAS.
Pablo Calero.
46. CIEN PREGUNTAS EN TORNO A LAS LEYES REGULADORAS DE LAS BASES DE RÉGIMEN LOCAL Y DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.
Vicente M^a González-Haba Guisado.

Once estudios sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones locales

M^a JOSÉ ALONSO MAS

*Profesora Titular de Derecho Administrativo de la
Universidad de Valencia y Magistrado Excedente*



GRANADA, 2017

© Autor

© CEMCI Publicaciones

Plaza Mariana Pineda, 8. 18009-Granada

Correo electrónico: aurena@CEMCI.org

Web: <http://www.CEMCI.org>

ISBN: 978-84-16219-17-9

Depósito legal: GR-946-2017

Impreso: Imprenta Diputación de Granada

Impreso en España - Printed in Spain

El editor no se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores

A Valeria, Mariola y Lucas

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	15
NOTA INTRODUCTORIA	17
PARTE PRIMERA: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y REQUISITOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	19
CAPÍTULO I: RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL POR FUNCIONAMIENTO NORMAL: ESTÁNDARES Y DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR EL DAÑO.....	21
1. EL DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR EL DAÑO	24
2. LOS ESTÁNDARES DEL SERVICIO COMO ELEMENTO DE DISTINCIÓN ENTRE EL FUNCIONAMIENTO NORMAL Y EL ANORMAL	33
3. RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL: ESTUDIO ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN.	35
CAPÍTULO II: LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.	41
CAPÍTULO III: RESPONSABILIDAD POR HECHOS JURÍDICOS Y POR ACTOS JURÍDICOS.	53
1. RESPONSABILIDAD POR ACTOS JURÍDICOS	55
A) Responsabilidad por acto lícito	55
B) Responsabilidad por actos ilícitos	58
2. RESPONSABILIDAD POR HECHOS JURÍDICOS: LOS ACCIDENTES EN LA VÍA PÚBLICA	69
A) Daños causados por accidentes en la vía pública: sistematización de los supuestos	72

a) Existencia de obstáculos y elementos extraños en la vía pública	72
b) Accidentes relacionados con el diseño de la vía pública o de alguno de sus elementos	75
c) Defectos en la conservación de la vía	79
B) Una cuestión conexas: las acciones de las Administraciones sanitarias frente a la Administración titular de la vía pública	82
 CAPÍTULO IV: DISTINCIÓN RESPECTO A FIGURAS AFINES: EN ESPECIAL, EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y LOS DAÑOS CAUSADOS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR TERCEROS, CUANDO AQUÉLLOS ACTÚAN EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES	85
1. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO	87
2. LOS DAÑOS CAUSADOS A FUNCIONARIOS EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES	91
 CAPÍTULO V: LA CONCRECIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN	97
 PARTE SEGUNDA. PROBLEMAS RELATIVOS AL PROCEDIMIENTO	105
 CAPÍTULO VI: EL PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	107
1. INTRODUCCIÓN	109
2. REQUISITOS DE LA SOLICITUD: PROBLEMAS CONEXOS.....	111
3. LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO.....	115
4. LA PRESCRIPCIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	117
A) El inicio del cómputo de la prescripción: daño continuado y daño permanente.....	119
B) La interrupción de la prescripción: ejercicio de acciones contra distintos sujetos	127
C) Las acciones penales y la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial	133
 CAPÍTULO VII: LAS ACCIONES DE REGRESO	135

PARTE TERCERA. PLURALIDAD DE SUJETOS RESPONSABLES..... 143

CAPÍTULO VIII: RESPONSABILIDAD CONCURRENTE 145

1. RESPONSABILIDAD CONCURRENTE DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y OTRAS ADMINISTRACIONES: SUPUESTOS.....	147
A) Las fórmulas conjuntas de actuación	147
a) Órganos de composición mixta.....	154
b) Procedimientos bifásicos: en especial, la aprobación de planes urbanísticos.....	154
c) Obras para servicios de titularidad municipal ejecutados por la Diputación mediante el PPOS u otras fórmulas de cooperación	158
d) Encomiendas y delegaciones intersubjetivas	161
e) La prestación coordinada de servicios regulada en el art. 26–2 de la Ley de Bases de Régimen Local	163
f) Los casos en que la causante directa del daño es una Administración instrumental, dependiente de otra, o una sociedad mercantil de capital íntegramente público.....	167
B) Los casos de responsabilidad concurrente no derivados de una actuación conjunta	170
a) Supuestos incardinables en el art. 33–2 de la Ley del Sector Público	171
b) Problemas procedimentales y procesales del art. 33–2.....	174
c) La interrupción de la prescripción	177
C) Las acciones de regreso entre Administraciones	178
2. CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES CON UNO O VARIOS PARTICULARES	179
3. PROBLEMAS PROCESALES DERIVADOS DE LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES	185

CAPÍTULO IX: RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS
EN LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 187

1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA: ¿EXCLUSIVIDAD, SOLIDARIDAD, SUBSIDIARIEDAD?	189
A) La posición mayoritaria: responsabilidad exclusiva del causante del daño, sea la Administración, sea el contratista	191

a) Los “matices” a la doctrina de la división de responsabilidades: culpa in vigilando y responsabilidad procedimental de la Administración	193
b) Las nociones de orden directa y vicio en el proyecto	203
B) Posiciones minoritarias: responsabilidad solidaria o bien responsabilidad subsidiaria de la Administración	205
C) Alcance temporal de la responsabilidad del contratista	211
2. RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA: ¿RESPONSABILIDAD OBJETIVA, O RESPONSABILIDAD EXIGIBLE CONFORME A LAS REGLAS JURÍDICO—CIVILES?.....	213
3. PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD CUANDO MEDIA CONTRATISTA O CONCESIONARIO EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ¿SUBSISTE LA POTESTAD DE DECISIÓN EJECUTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE?	220
A) Introducción	220
B) El requerimiento previo: ¿simple requerimiento, o acción de responsabilidad patrimonial?.....	221
C) ¿Subsiste o no el art. 123 LEF?.....	224
4. PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD EN CASO DE CONTRATOS PRIVADOS	230
 CAPÍTULO X: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	235
1. INTRODUCCIÓN	237
2. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA ENJUICIAR LAS DEMANDAS FRENTE AL ASEGURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN	238
3. ACCIONES DE REGRESO DE LA ASEGURADORA FRENTE A LOS CAUSANTES DEL DAÑO.....	242
4. ASEGURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN Y PRESCRIPCIÓN.....	244
 PARTE CUARTA. PROBLEMAS PROCESALES	247
 CAPÍTULO XI: PROBLEMAS PROCESALES	249
1. INTRODUCCIÓN	251
2. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA EN VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.....	251
A) Legitimación activa	251
B) Legitimación pasiva	255

3.	¿SUBSISTEN LAS ACCIONES CIVILES FRENTE AL CONTRATISTA?	260
4.	¿SUBSISTE LA ACCIÓN DIRECTA FRENTE A LA ASEGURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN, O FRENTE A LA ASEGURADORA DEL CONTRATISTA?	262
5.	¿CUÁL ES EL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE CUANDO EL DAÑO ES CAUSADO POR UNA MERCANTIL DE CAPITAL PÚBLICO, ÚNICA DEMANDADA?	264
BIBLIOGRAFÍA		265

PRESENTACIÓN

El Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI), Agencia Pública Administrativa Local de la Diputación de Granada, ha venido desarrollando durante estos últimos años un amplio catálogo de publicaciones tratando de abarcar aquellos temas novedosos que se han considerado de interés para nuestros usuarios y suscriptores, bien por ser novedades legislativas, bien por tratarse de temas de especial utilidad para el desempeño de las funciones propias de la administración, especialmente de los ayuntamientos, diputaciones y otros entes locales, como se recoge en el Proyecto de Creatividad, Transparencia y Mejora Continua aprobado por el Consejo Rector de este Centro para el cuatrienio 2016-2019.

El CEMCI evidencia experiencia y práctica aunando formación e investigación, manteniéndose una estrecha colaboración entre el Programa de Formación y el Programa de Publicaciones del CEMCI, así como la imprescindible divulgación de sus actividades para cerrar un circuito de calidad académica contrastada, siendo nuestro principal destinatario el personal que presta servicios en las administraciones públicas, particularmente las del ámbito local.

El Programa de Publicaciones y Documentación del CEMCI incluye la doble vertiente de la actividad editorial y la de recopilación, clasificación y difusión de la información a través de nuestra biblioteca, que forma parte del Centro de Documentación Virtual. La actividad editorial actualmente se lleva a cabo tanto en formato electrónico como en formato en papel, dando contenido a las distintas colecciones del Centro.

La presente obra “Once estudios sobre la responsabilidad patrimonial de las administraciones locales”, ha sido elaborada por Dña. M^a José Alonso Mas, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia y Magistrado Excedente. La autora nos presenta un brillante estudio en el que refleja algunos de los problemas más frecuentes que se dan sobre el

tratamiento de la responsabilidad patrimonial en el día a día de las Administraciones locales, como sucede, por ejemplo, con la relación de causalidad o con la sedicente “ausencia del deber jurídico de soportar el daño”, así como la distinción entre responsabilidad patrimonial y acciones por enriquecimiento sin causa.

El planteamiento general de la obra responde, ante todo, a intentar ofrecer respuesta a algunos de estos problemas. Así, además de cuestiones que ya han sido objeto de tratamiento por la doctrina –pero sin que en modo alguno puedan considerarse cerradas– en el libro se abordan otras que sólo han sido objeto de cierto tratamiento a nivel jurisprudencial, como el problema, desatado a raíz de la crisis económica y las consiguientes dificultades presupuestarias de las Administraciones sanitarias, planteado en los casos en que, producido un accidente en la vía pública, la Administración sanitaria emite inmediatamente la factura a la entidad local titular de la vía, como supuesta responsable del accidente, para su abono.

De la misma manera, la obra aborda distintas cuestiones relacionadas con la intervención de las aseguradoras, tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso contencioso administrativo. Aquí se ha preferido efectuar un estudio de algunas de las situaciones más problemáticas. No se trata de realizar una exposición sistemática de la posición de las aseguradoras, sino sólo de resaltar aquellas cuestiones que, a nivel legal y jurisprudencial, se encuentran mal resueltas.

Y, por último, se abordan los temas novedosos que, en relación con el procedimiento para exigir responsabilidad patrimonial, se están suscitando a raíz de la nueva regulación establecida por la Ley 39/2015.

Para finalizar, nos queda agradecer a la autora el magnífico trabajo realizado, así como a todos ustedes, nuestros lectores, por el interés demostrado en las actividades y publicaciones que lleva a cabo este Centro.

CEMCI

NOTA INTRODUCTORIA

Este libro no constituye una exposición sistemática de la temática relativa a la responsabilidad patrimonial. Sólo pretende poner sobre la mesa algunos de los problemas más frecuentes que se dan en el tratamiento de esta materia. Por otra parte, si bien se centra sobre todo en la problemática que suele producirse en las Administraciones locales, se abordan asimismo algunas cuestiones generales, algunas de las cuales se estudian desde otras perspectivas; como sucede con la relación causal en la responsabilidad sanitaria. No se abordan cuestiones como la responsabilidad del Estado legislador o la derivada de actos urbanísticos –salvo, esto último, de forma tangencial–, porque entiendo que poseen la enjundia suficiente para ser objeto de un estudio por separado.

Por su carácter eminentemente práctico, se ha prescindido en gran medida de las citas de carácter doctrinal; si bien al final aparece un listado bibliográfico.

PARTE PRIMERA

CONCEPTO, FUNDAMENTO Y REQUISITOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

CAPÍTULO I
RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN
LOCAL POR FUNCIONAMIENTO NORMAL:
ESTÁNDARES Y DEBER JURÍDICO
DE SOPORTAR EL DAÑO

I. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL POR FUNCIONAMIENTO NORMAL: ESTÁNDARES Y DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR EL DAÑO

El art. 106–2 CE establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos; sin distinguir entre el funcionamiento normal y el anormal. A esta distinción sí alude el art. 32 de la Ley 40/2015, del Sector público, al que remite el art. 54 de la Ley 7/1985; así, el art. 32 alude a que la responsabilidad puede tener su origen en funcionamiento normal o en funcionamiento anormal de la Administración.

Sin embargo, la doctrina mayoritariamente entiende que no puede ser igual la responsabilidad en caso de funcionamiento normal que en caso de funcionamiento anormal. La jurisprudencia, aunque de forma menos clara, implícitamente llega a la misma conclusión; esto es así si analizamos el sinnúmero de fallos judiciales recaídos en esta materia.

En efecto, tanto el funcionamiento normal como el funcionamiento anormal del servicio público son títulos de imputación de responsabilidad patrimonial. Pero para que ésta exista, debe concurrir un nexo de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público. Dicho nexo muchas veces no se puede apreciar en los casos de funcionamiento normal; una caída en una calle, estando la calle en buen estado, carece de relación con el funcionamiento del servicio de conservación y pavimentación viaria. El fallecimiento de un paciente en un hospital, habiendo funcionado correctamente el servicio sanitario, tampoco es imputable al funcionamiento de este servicio, sino al estado del paciente.

Sin embargo, esto no quiere decir que, en casos de funcionamiento normal del servicio, quede excluida la responsabilidad patrimonial. Justamente, la Ley 40/2015, art. 32, señala justamente lo contrario: también puede existir responsabilidad patrimonial en los casos de funcionamiento normal. De hecho, la Constitución sólo excluye los daños causados por fuerza mayor, ya que la fuerza

mayor excluye la relación causal con el funcionamiento del servicio (STS de tres de octubre de 1994; o la de seis de marzo de 2003; o la STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2007)¹.

Lo que sucede es que, aparte de que en los casos de funcionamiento normal debe existir el correspondiente nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el daño causado, en los supuestos de funcionamiento normal la responsabilidad podrá quedar enervada por la concurrencia del deber jurídico de soportar el daño, al que aluden los arts. 32 y 34 de la Ley 40/2015. Cuando la Constitución habla de “lesión”, se refiere precisamente al daño que resulta indemnizable; y, para que lo sea, el interesado no debe tener el deber jurídico de soportarlo.

Me centraré en el deber jurídico de soportar el daño cuando éste derive de un hecho jurídico. Más adelante se estudiará específicamente la responsabilidad derivada de actos jurídicos.

I.1. EL DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR EL DAÑO

En efecto, el deber jurídico de soportar el daño ningún sentido tiene en los casos de funcionamiento anormal: en tales supuestos, nunca puede hablarse de que concorra deber jurídico de soportar el daño². Pero, en los supuestos de funcionamiento normal, sí puede existir ese deber jurídico de soportar el daño; en cuyo caso, por mucho que exista un daño causalmente imputable al funcionamiento del servicio, sin embargo dicho daño no resultará indemnizable³. Es

¹ Tema distinto es el concepto de “responsabilidad objetiva de la Administración”. Este es un concepto de acuñación doctrinal y jurisprudencial. En realidad, por responsabilidad objetiva podemos entender dos cosas diferentes: o bien, considerar que la responsabilidad, al ser objetiva, debe abarcar necesariamente tanto el funcionamiento normal como el anormal; o bien entender que responsabilidad objetiva significa que se responde aun cuando no haya culpa o negligencia de sujeto alguno. Esto último podría en algún caso ser compatible con el funcionamiento anormal: es decir, en algún supuesto el funcionamiento podría resultar anormal sin que sin embargo exista culpa o negligencia imputable a algún sujeto o agente concreto. Puede verse la STS de 19 de septiembre de 2008: según la misma, la responsabilidad es objetiva porque existe aun cuando no exista negligencia de ningún funcionario.

² La STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2009 –y ya antes, la de 25 de febrero de 1998– indica: “para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social”. Lo mismo, la de 14 de marzo de 2006.

³ Diversas SSTs, como la de 14 de febrero de 2006 y 12 de abril de 2007, señalan, en el

decir, el deber jurídico de soportar el daño no existirá nunca en los casos de funcionamiento anormal; en los casos de funcionamiento normal, en ocasiones concurrirá dicho deber de soportar el daño y en otros no: en este último supuesto, habrá que indemnizar por el daño causalmente imputable al funcionamiento normal de la Administración. No obstante, algunas tesis doctrinales parecen enlazar implícitamente la ausencia del deber jurídico de soportar el daño con la existencia de título de imputación por funcionamiento normal. Me refiero al caso de GARCIA ALVAREZ; para este autor, en los casos de funcionamiento normal existirá título de imputación cuando de otro modo se pueda producir enriquecimiento injusto de la Administración; o cuando estemos ante un sacrificio especial; o cuando estemos ante la generación de riesgos causantes de accidentes –si bien, en este caso, como veremos, puede existir deber jurídico de soportar el daño en caso de asunción voluntaria del riesgo–⁴. Justamente,

ámbito sanitario, que cuando el funcionamiento ha sido enteramente normal, conforme con la *lex artis* y el estado de los conocimientos científicos, no existirá lesión antijurídica; o lo que es lo mismo, concurrirá el deber jurídico de soportar el daño.

⁴ Otro problema estriba en el posible juego del principio de precaución como límite al deber jurídico de soportar el daño. Por supuesto, un mal uso del principio de precaución generará responsabilidad; pero, ¿podría la inaplicación de este principio servir de fundamento exclusivo a esta última, cuando el daño sea imprevisible e inevitable conforme al estado de la ciencia y la técnica? La intención del legislador parece ser la de excluir la responsabilidad en caso de incertidumbre científica. El artículo tercero de la ley 33/2011, de salud pública, sin embargo, exige, para la puesta en práctica del principio de precaución, *la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave a la salud de la población*. El art. 11–2 de la Ley 16/2003, redactado por la Ley 33/2011, señala que “...La prestación de salud pública incluirá, asimismo, todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales que, en materia de salud pública, resulte preciso adoptar por las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de *carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique...*”. Puede verse también el art. siete de la ley 17/2011, de seguridad alimentaria; en este caso, sobresalen asimismo las cautelas que rodean la puesta en práctica de medidas provisionales basadas en el principio de precaución, con base en el principio de proporcionalidad. De esta manera, en este campo será complicado activar la responsabilidad patrimonial por la falta de puesta en práctica de medidas derivadas del juego del principio de precaución.

La STJUE de 19 de mayo de 2012, caso *Artegodan*, aunque confirma en casación la sentencia del Tribunal General, rectifica su doctrina; y así afirma que “la existencia de un consenso en la comunidad médica sobre la evolución de los criterios de apreciación del efecto terapéutico de un medicamento y un cuestionamiento, en dicha comunidad y a raíz de esa evolución, de la eficacia terapéutica de ese medicamento constituyen, al igual que la identificación de nuevos datos científicos o informaciones, elementos concretos y objetivos que pueden fundamentar la consideración de que existe un balance riesgos/beneficios

se suele entender que, en los casos de sacrificio especial, riesgos relevantes que exceden del margen de tolerabilidad social o enriquecimiento injusto de la Administración, no existe el deber jurídico de soportar el daño⁵. En todo caso, el propio concepto de tolerabilidad social es muy impreciso; lo que nos da idea de lo borrosos que pueden ser en algunos casos los contornos del deber jurídico de soportar el daño.

Para entender mejor las afirmaciones anteriores, debemos recordar que, en realidad, el funcionamiento normal de la Administración como causa de un daño (sea o no finalmente indemnizable) se suele vincular frecuentemente a la aprobación y ejecución de proyectos de obras. El caso que quizá con mayor frecuencia suele llegar a los Tribunales es aquel en que se modifica el trazado de una carretera; de forma que el nuevo trazado queda muy alejado de un determinado negocio cuyo buen funcionamiento se vinculaba a la contigüidad con la carretera.

Aquí se puede hacer referencia a dos supuestos bien diferentes: si el negocio que se situaba junto a la carretera y que ahora queda alejado de ella era un restaurante, la respuesta de los Tribunales será normalmente que, en este caso, no existirá deber alguno de indemnizar los daños causados. Estamos en efecto ante un proyecto lícitamente aprobado y ejecutado (funcionamiento normal) que efectivamente causa un daño –pérdida de clientela del restaurante–. Sin embargo,

negativo del citado medicamento”. Y finalmente, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial que se pedía a la Comisión por los daños causados por la revocación de la autorización del medicamento.

⁵ GARRIDO MAYOL entiende que, en los casos de funcionamiento normal, sólo se debe responder cuando concurren circunstancias cualificadas; como un daño desproporcionado; la existencia de un título administrativo previo que resulta afectado –autorización de vado, por ejemplo–; la *potestas variandi* en la planificación urbanística; el riesgo creado; o los causados por Protección civil o por los Cuerpos de bomberos en situaciones de emergencia.

En el caso de daños causados a servidores públicos en acto de servicio, se entiende que sólo hay responsabilidad patrimonial si el funcionamiento ha sido anormal. Así la STS de 16 junio de 2011 afirma: “Así, en la sentencia de veintinueve de octubre de dos mil diez, dictada en el recurso de casación núm. 4330/2006, se matizábamos que “la jurisprudencia constante de esta Sala, a partir de nuestra sentencia de 1 de febrero de 2003 (Rec. 7061/2001), que declara que en los supuestos de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicables a su relación estatutaria”.

la respuesta que suele darse es que, en este caso, concurrirá el deber jurídico de soportar el daño. El argumento que se suele dar es que el propietario del restaurante no tenía en realidad ningún derecho previo a que el mismo se situara junto a la carretera, o mejor, a que la carretera se situara junto al restaurante o siguiera junto al mismo: que la carretera se ubicara junto al restaurante le producía un beneficio adicional, del que ha podido aprovecharse durante un tiempo; pero la desaparición del beneficio es un perjuicio que tiene el deber jurídico de soportar por no existir un derecho previo al mantenimiento del trazado de la carretera junto al restaurante. Todavía más: desde mi punto de vista, se podría argumentar que, con la legislación de carreteras en la mano, si el restaurante se ubicaba en la zona de servidumbre, habrá que tener en cuenta que en esta zona sólo se pueden autorizar los usos que resulten compatibles con la seguridad vial; es decir, es una zona donde los usos privados se encuentran restringidos⁶. Sólo en caso en que se hubiera eliminado totalmente la posibilidad de acceder al restaurante se considera que existe daño indemnizable; ya que el supuesto implica la imposibilidad de explotar el negocio.

El otro caso, bien diferente, es aquel en que el negocio que teníamos junto a la carretera era una gasolinera. La gasolinera se ubica en ese lugar justamente porque daba servicio a la carretera. Las gasolineras son elementos indispensables para el buen funcionamiento del sistema viario. Por ello, la desviación de la carretera, que causa la desubicación de la gasolinera, sí es indemnizable: la gasolinera no se colocó en su día junto a la vía sólo para obtener un mayor lucro, sino porque es preciso que este tipo de negocios existan en las orillas de las carreteras para facilitar el buen funcionamiento de éstas. Y por ello, el propietario de la gasolinera no tiene el deber jurídico de soportar el daño causado por el cambio de trazado⁷.

⁶ “Es un criterio jurisprudencial reiterado por esta Sala el de que nadie tiene derecho a que se mantengan indefinidamente los trazados de las vías públicas ni se puede impedir que la Administración acometa las obras de mejora o cambio que considere convenientes para el interés general... Y en la de 14 de junio de 2001 hemos resaltado el interés general ligado a la construcción de una nueva vía y, con invocación de la sentencia de 13 de octubre de 2001, se ha declarado por esta Sala que *constituye una regla general la de no resultar indemnizables los perjuicios que se irroguen por los desvíos que hubiese requerido la ejecución por la Administración de obras en las vías públicas, al no estar en tales supuestos en presencia de un daño antijurídico, sino de riesgos o consecuencias lesivas que los particulares tienen el deber de soportar*” (STS de 29 de marzo de 2006).

⁷ En cualquier caso, la aprobación y ejecución de proyectos de obras, aunque es un caso muy frecuente, no es el único en que podemos plantear la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal: se suele entender que, cuando la actividad administrativa, en su

La diferencia entre ambos supuestos posiblemente se pueda explicar acudiendo a la tesis del “sacrificio especial”, utilizada por autores como BLASCO ESTEVE: es decir, en caso de funcionamiento normal, sólo existirá lesión indemnizable cuando el daño sea constitutivo de un sacrificio especial; cuando no exista ese sacrificio especial, concurrirá el deber jurídico de soportar el daño y no existirá responsabilidad patrimonial. O, como dice DE AHUMADA RAMOS, lo indemnizable son las lesiones de derechos, no de meras expectativas – como la de mayor o menor clientela en el restaurante ahora alejado de la carretera–. La STS de dos de marzo de 1987 viene a decir que existe deber jurídico de soportar el daño causado a los comerciantes de la zona por las obras del metro, ya que las mismas habían tenido una duración razonable; es decir, se entiende que, como la actuación administrativa entraba dentro de lo tolerable en cuanto a duración, no existía sacrificio especial. Problema: ¿qué es lo que en cada caso podemos considerar socialmente tolerable? Por cierto, en un caso aparentemente parecido, la STS de 23 de marzo de 2009 estima en parte el recurso, ya que el hotel recurrente había sufrido perjuicios cualificados ante las obras del metro de Madrid; en la medida en que se trataba del único establecimiento con zanjás abiertas en sus mismos accesos, además de que los clientes de un hotel buscan comodidad, inviable debido al polvo y ruidos de las obras. Se concluye que los perjuicios superaban con mucho los causados a los comerciantes de la zona⁸.

funcionamiento normal, genera riesgos relevantes que finalmente se materializan en daños, éstos deben ser indemnizados.

⁸“Situados en esta perspectiva, la del administrado, parece que únicamente se encontraría jurídicamente obligado a arrostrar el daño si concurre algún título que se lo imponga.

Tal sería el caso de la existencia de un contrato previo, la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme o el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria que atribuya cargas a la generalidad de los ciudadanos (sentencias de 5 de febrero de 1996 (casación 2034/94, FJ 3º); 29 de octubre de 1998 (casación 2776/91, FJ 2º); 11 de marzo de 1999 (casación 6616/94, FJ 2º); 28 de junio de 1999 (casación 3150/95, FJ 4º); 16 de septiembre de 1999 (casación 3816/95, FJ 1º); 13 de enero de 2000 (casación 783/95, FJ 2º); 18 de diciembre de 2000 (casación 8669/96, FJ 3º); 12 de julio de 2001 (casación 3655/97, FJ 2º); 21 de abril de 2005 (casación 222/01, FJ 3º); 14 de febrero de 2006 (casación 256/02, FJ 3º); y 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 2º).

De esos tres títulos posibles, el único con virtualidad para exigir a “Hotel Miguel Ángel” que afronte los daños que dice haber padecido por las obras ejecutadas durante doce meses a las puertas de su hotel sería el último, esto es, la existencia de una obligación, impuesta a los ciudadanos, de tolerar los perjuicios que dimanen de la ejecución de las obras públicas aprobadas en beneficio de todos.

La cuestión consiste, pues, en indagar si, tal y como acontecieron los hechos, extremo sobre el que hay consenso, el perjuicio sufrido por la compañía recurrente supera el objetivamente admisible en función de los estándares sociales (sentencia de 16 de diciembre de 1997

En cuanto al deber jurídico de soportar el daño, en ocasiones el mismo enlazará con la prohibición de enriquecimiento injusto –así, STS de 12 de junio de 2009, en un caso en que se pedía responsabilidad del Estado legislador por ley declarada inconstitucional–; en otros casos, conecta con la propia actuación del perjudicado⁹. En efecto, hay casos en que la actuación del perjudicado interrumpe o modula la relación de causalidad; pero hay otros en que la actuación del perjudicado, más que incidir sobre la relación causal, origina el deber jurídico de soportar el daño, tal como señala MUÑOZ GUIJOSA. Esto sucede sobre todo en los casos en que el comportamiento del actor no es negligente, pero implica la asunción voluntaria de un riesgo ocasionado por el funcionamiento normal de la Administración¹⁰: el caso típico –junto con el caso de los daños

(casación 4853/93, FJ 6º)) o, en otros términos, *si las limitaciones y las restricciones que la ejecución de la obra impuso a la actividad que constituye su objeto empresarial exceden de las que afectaron por la realización de la misma al conjunto de los ciudadanos y a otros negocios emplazados en la zona, perdiendo esa nota de generalidad que, en aras del interés público, las legitimaría desde la perspectiva que ahora examinamos, singularizándose en el patrimonio de la actora* (véanse en este extremo las sentencias de 14 de febrero de 2006 (casación 256/02, FJ 3º) y 16 de noviembre de 2008 (casación 453/06, FJ 3º), que, aunque referidas a supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado–legislador, contienen reflexiones en torno a la antijuridicidad de la lesión pertinentes para el actual supuesto)...

Ni por la ubicación y características de las obras ni por la naturaleza del negocio que explota dicha entidad estaba jurídicamente obligada a soportar el daño.

Las circunstancias de que los accesos al hotel se clausuraran ocasionalmente, de que las obras se ejecutaran conforme al proyecto aprobado y de que sus responsables mantuvieran contactos y reuniones frecuentes con los directivos del hotel no desdicen nuestra conclusión, pues únicamente evidencian que la actuación administrativa fue normal, pero esta regularidad no elimina la responsabilidad patrimonial ex artículo 106, apartado 2, de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, que obligan a indemnizar a los ciudadanos que sufran en su patrimonio jurídico una lesión que no estén constreñidos a sobrellevar, aun cuando derive de una actuación administrativa jurídicamente correcta”.

⁹ La STS de 31 de marzo de 1999 afirma que concurre deber jurídico de soportar el daño cuando éste se ha causado para evitar otro mayor. No siempre será así, sin embargo; por ejemplo, los daños causados en fincas cercanas a un incendio por los servicios de extinción son en todo caso indemnizables.

¹⁰ La STS de 10 de febrero de 2006, Civil, no obstante, entiende que en el caso de una víctima que participa en la corrida de vaquillas, donde la organización del evento fue normal, estamos ante culpa de la víctima que excluye el nexo causal. No lo entiendo así, porque dentro de lo que es la fiesta de corrida de vaquillas entra de modo normal la participación del público: no hay interrupción de la relación causal, sino asunción voluntaria del riesgo que implica que existe deber de soportar el daño. Culpa de la víctima habría existido si el comportamiento del damnificado hubiera implicado colocarse en mayores riesgos que los normales que comporta el espectáculo. La de 21 de mayo de 2008, de la misma Sala,

causados a servidores públicos dentro del funcionamiento normal del servicio a su cargo— es aquel en que la Administración organiza un festejo popular, que implica riesgos importantes —corridas de vaquillas por la calle, por ejemplo— y un particular, habiendo decidido voluntariamente participar en el festejo, sufre daños; habiendo sido normal el funcionamiento del festejo y sin que se aprecie negligencia en el sujeto damnificado¹¹. Otras veces el deber de soportar el daño se predica de actos administrativos lícitos que imponen obligaciones —liquidación tributaria, sanción...— o por los que se deniega algo a lo que el particular no tiene derecho.

Por último, en relación con el funcionamiento normal y el deber jurídico de soportar el daño hay que aludir también a la cláusula del estado de la ciencia y la técnica, actualmente incluida en el art. 34–1 de la Ley 40/2015. En efecto, como es sabido, la Ley 4/1999 introdujo en aquel precepto un inciso, de acuerdo con el cual no serán indemnizables aquellos daños que, en el momento de su producción, no fueran previsibles o evitables conforme al estado de la ciencia y la técnica. Algunos autores, como JORDANO FRAGA, directamente han entendido que la cláusula es inconstitucional; porque estaría dejando sin cobertura daños causados por el funcionamiento del servicio y no por la fuerza mayor:

apunta en el mismo sentido; pero en este caso sí hubo culpa de la víctima, que desoyó las instrucciones de los organizadores.

¹¹ En cambio, la STS de dos de abril de 1992 estima que concurre responsabilidad en un caso en que la persona fallece colaborando en la extinción de un incendio forestal. Con independencia de que se tratara o no de prestación personal obligatoria, lo cierto es que, si lo es, lo obligatorio es colaborar; pero ello no implica que se deba soportar sin ser indemnizado un daño personal. Y, si se trata de una colaboración voluntaria, la conclusión debe ser la misma: no existe el deber jurídico de soportar el daño —a diferencia del caso del festejo popular— porque, aunque el funcionamiento haya sido normal, la asunción de riesgos por el particular se realiza en este caso en beneficio de la colectividad. Vid. STS de nueve de octubre de 2012, en un caso de campaña de vacunación —si bien, a mi juicio, en ese caso el funcionamiento no fue normal—.

La STS de 18 de diciembre de 2000 afirma: “El deber jurídico de soportar el daño en principio parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado, tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de esta se derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza; *esto que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, se complica a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.*” Lo que pasa es que a veces esas obligaciones legales o reglamentarias resultan implícitas; o simplemente se trata de un caso de asunción voluntaria de riesgos.

tengamos en cuenta que la fuerza mayor es algo externo al servicio –STS de 11 de julio de 1995, por ejemplo–; no algo vinculado al funcionamiento de éste, aunque no resulte previsible o evitable –que sería el caso fortuito, interno al servicio–. Para otros autores, la cláusula del estado de la ciencia y la técnica estaría en realidad consagrando un supuesto en que, existiendo funcionamiento normal del servicio, la Ley ha querido afirmar la concurrencia de un deber jurídico de soportar el daño¹².

En el ámbito sanitario, que es su principal campo de aplicación, esta cláusula se complementa con otra que también apunta al deber jurídico de soportar el daño: el consentimiento informado del paciente, recogido en la Ley 41/2002, de autonomía del paciente –sobre esto, por ejemplo, STC 37/2011 y STS de uno de febrero de 2008 y 30 de junio de 2006, entre otras muchas¹³–. En efecto, si se trata de daños previsibles conforme al estado de la ciencia y la técnica, el

¹² La STS de 31 de mayo de 1999 identifica la cláusula del estado de la ciencia y la técnica como un supuesto de exclusión de la antijuridicidad del daño; si bien considera que es la Administración la que debe probar su concurrencia y además añade que, en puridad, no estamos ante una ampliación del concepto de caso fortuito.

¹³ De las mismas se deduce la necesidad de que la información prestada al paciente –o sus familiares, en su caso– resulte suficiente; de modo que la misma, por ejemplo, debe comprender asimismo la referencia a posibles soluciones terapéuticas alternativas, con sus ventajas y sus riesgos, aparte de que lógicamente la información debe resultar inteligible. La STS de cuatro de junio de 2013 entiende que, aunque el resultado mortal no fue debido a la praxis médica sino al estado del paciente, considera que debe indemnizarse porque no hubo por la Administración acreditación del consentimiento informado. Pero, precisamente por esta circunstancia, no se les reconoce lucro cesante. La del TSJ Madrid de 21 de marzo de 2014 entiende que la falta de consentimiento informado sólo origina daño moral; así que sólo indemniza en 18000 euros pese a que la demandante había quedado, a consecuencia de la intervención, en situación de incapacidad absoluta, ya que en sí la intervención fue conforme a la *lex artis*. La STS de 15 de marzo de 2016 la confirma, al entender que la consideración del consentimiento informado como mero daño moral no fue discutida en casación. La de 18 de julio de 2016 desestima el recurso, que se basaba en que el actor debió haber sido ingresado directamente en UCI y no en la planta. Sin embargo, la decisión que se adoptó en urgencias no resultaba irrazonable a la vista de la situación en aquel momento del paciente (neumonía vírica y sospecha de gripe A); sin que se pueda considerar este hecho anormal funcionamiento a la vista sin más de la evolución del paciente, que posteriormente sufrió una parada cardíaca con secuelas. Además, dentro del derecho a ser informado, no es preciso que se haga alusión a la posibilidad de ingreso en la UCI, que es una decisión de los facultativos de urgencias. Y ello, aunque mientras el paciente estuvo en planta sufrió una crisis de ansiedad y se quitaba la máscara de oxígeno, debido a un síndrome de abstinencia alcohólica; en todo caso, fue ingresado en la UCI quince minutos después de la parada cardíaca y además el paciente en planta estuvo atendido y se le recolocó la mascarilla que se había quitado.

paciente debe ser previamente informado de los mismos: si no lo es, o no da su consentimiento, los daños serán indemnizables, aun cuando sean previsibles conforme al estado de la ciencia. La cláusula del estado de la ciencia cubre aquellos daños que, por ser no previsibles conforme al estado de la ciencia, no pueden ser objeto de consentimiento informado; en cuanto a los daños inevitables pero previsibles, deben ser objeto de consentimiento informado, ya que en caso contrario no existirá deber jurídico de soportar el daño¹⁴. Entiendo por ello que esta cláusula, como complementaria del consentimiento informado, no juega en el caso de medidas sanitarias de policía que sean obligatorias, como las vacunaciones obligatorias, donde no cabe el consentimiento informado; ni tampoco debería serlo cuando la Administración realice actividades potencialmente peligrosas, aunque no se conozca en su totalidad los riesgos inherentes a esa actividad.

Insisto en cualquier caso en la idea siguiente: el funcionamiento normal es el único donde, eventualmente, puede tener cabida el deber jurídico de soportar

¹⁴ Cuando por otra parte nos encontremos, no ante la prestación de un servicio, sino ante una imposición –vacunaciones obligatorias, por ejemplo– el caso deberá ser distinto: un daño producido por vacunación obligatoria, aunque el funcionamiento haya sido normal –alergia desconocida del paciente, por ejemplo– debería dar lugar a indemnización; entre otras cosas porque aquí no existe consentimiento informado. De hecho, en un caso reciente en que ni siquiera se trataba de una vacunación obligatoria, sino de una campaña de vacunación voluntaria cuya práctica en un paciente originó una grave enfermedad autoinmune, el TS concluye que el funcionamiento era normal pero que la Administración debía indemnizar. para el TS, el consentimiento informado había sido suficiente –aunque no había abarcado la posibilidad concreta de desarrollar la enfermedad autoinmune– porque, a juicio de la sentencia, dicho consentimiento informado no puede ser exhaustivo. Pero el paciente debía ser indemnizado, para el TS, porque el damnificado se había sometido voluntariamente a la campaña de vacunación por solidaridad social, al no estar incluido en ningún grupo de riesgo; por lo que, también por razones de solidaridad social, tenía derecho a ser indemnizado. Es decir, el TS entiende que estamos ante un caso de funcionamiento normal, donde sin embargo no existía el deber jurídico de soportar el daño por dicha razón de solidaridad social. A mi juicio, no existía el deber jurídico de soportar el daño porque el funcionamiento en este caso no fue normal, al haber sido defectuoso el consentimiento informado. La sentencia es de nueve de octubre de 2012. La del TSJ Asturias de 20 de febrero de 2017 rechaza que se haya lesionado el consentimiento informado en relación con una vacuna, dado el carácter masivo de estas campañas. Invoca la STS de 20 de abril de 2007, de acuerdo con la cual la falta de información sobre reacciones imprevisibles a una vacuna no lesiona el consentimiento informado, ya que una información exhaustiva en estos casos haría inviable las campañas de vacunación.

el daño¹⁵. Nadie tiene el deber jurídico de soportar el daño causado por una asistencia médica defectuosa, por ejemplo; así, REBOLLO PUIG indica que toda acción antijurídica produce una lesión antijurídica cuando aquélla daña derechos o intereses. Tema distinto será que, en algún caso, causalmente pueda concurrir un mal funcionamiento del servicio con la existencia de algún tipo de culpa del sujeto damnificado¹⁶.

Y, por lo demás, con carácter previo a verificar si existe el deber de soportar el daño, tendremos que analizar si concurre relación causal; porque, si no es así, ya no tendremos que preguntarnos si existe o no ese deber jurídico de soportar el daño¹⁷.

I.2. LOS ESTÁNDARES DEL SERVICIO COMO ELEMENTO DE DISTINCIÓN ENTRE EL FUNCIONAMIENTO NORMAL Y EL ANORMAL

El otro problema esencial que plantea el funcionamiento normal del servicio, además de la posibilidad de que concurra el deber jurídico de soportar

¹⁵ Muchas SSTs, como las de 14 de febrero de 2006, 12 y 25 de abril de 2007 y 30 de octubre de 2007, vienen a decir que, cuando se ha actuado conforme a la *lex artis* y el estado de la ciencia, no existe daño antijurídico; o lo que es lo mismo, concurre el deber jurídico de soportar el daño. La STS de seis de febrero de 2009, Civil, indica que la responsabilidad de la Administración sanitaria no es objetiva, sino que se fundamenta bien en la infracción de la *lex artis* –que asocia a culpa in vigilando o in eligendo–, bien en la existencia de un defecto asistencial –falta objetiva del servicio–. Sin embargo, teniendo en cuenta que el funcionario se halla integrado en la organización administrativa, estaremos ante una responsabilidad por hecho propio; sin que sea preciso acudir a la *culpa in vigilando* o *in eligendo*.

¹⁶ Afirma GERARDO GARCIA ALVAREZ que, normalmente, la jurisprudencia diferencia también en este punto el alcance del funcionamiento normal y el anormal. Así, cuando el funcionamiento ha sido normal, según este autor la culpa de la víctima excluirá el nexo de causalidad; mientras que, cuando el funcionamiento ha sido anormal, la culpa de la víctima podrá dar entrada a la concausalidad, salvo que el daño haya sido manifiestamente desproporcionado. Puede verse la SAN de 18 de enero de 2011, en un caso en que al exceso de velocidad se le sumaba el previo derribo de las vallas de protección de la carretera. En cambio, si la causa concurrente con el funcionamiento normal es el hecho de tercero, existirá responsabilidad concurrente y no ruptura del nexo causal.

¹⁷ Un ejemplo de confusión lo tenemos en la STS de tres de marzo de 2009. Esta desestima la reclamación, en un caso en que se adopta una medida de policía correcta pero que fue objeto de publicidad. La Sala entendió que la información divulgada fue desproporcionada, pero considera que concurría el deber jurídico de soportar el daño porque la pérdida de clientela no fue debida a dicha difusión de información, que tuvo lugar dos semanas después de las medidas de inmovilización y cierre. Lo que sucede es que, a la vista de esto, no había relación causal entre la pérdida de la clientela y esa indebida publicidad.

el daño, estriba en la dificultad, en ocasiones, de distinguir cuándo estamos ante un funcionamiento normal del servicio y cuándo el funcionamiento resulta anormal. Aparte de que, como veremos en el siguiente epígrafe, los casos de responsabilidad por omisión sólo se pueden vincular a las omisiones constitutivas de funcionamiento anormal –nunca a los casos de omisión incardinable dentro del funcionamiento normal de los servicios– hay que decir que son los estándares propios de cada servicio los que nos indicarán cuándo nos encontramos ante el funcionamiento normal y cuándo el funcionamiento resultará anormal. Sin embargo, esto no es decir mucho: en primer lugar, porque normalmente no existirá ninguna norma ni pauta escrita que indique qué es lo que entra dentro del funcionamiento normal y lo que no; si bien hay normas que lo intentan: el caso de las leyes autonómicas por ejemplo que regulan los tiempos máximos de respuesta en la prestación de los servicios sanitarios pueden ser un ejemplo¹⁸. En segundo lugar, porque los estándares varían en función de cada servicio. En tercer lugar, porque los mismos estándares, salvo cuando se hallan consagrados en normas o en Cartas de servicios, son algo fluctuante y no fijo, dentro por supuesto de los límites de lo razonable¹⁹; así, los estándares exigibles en cada momento pueden estar en función por ejemplo de las disponibilidades presupuestarias. En todo caso, la STSJ de Madrid de 16 de abril de 2009 señala

¹⁸ Para MARTIN REBOLLO, es inaceptable, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, que los estándares se fijen caso a caso por los órganos judiciales. En cuanto a las normas reguladoras de los tiempos de respuesta, podemos citar entre otras la ley extremeña 1/2005 y la ley de Cantabria 7/2006. La primera de ellas se refiere a los tiempos máximos de respuesta en la asistencia sanitaria especializada, de carácter programado y no urgente: la ley regula los plazos máximos de respuesta en el art. cuarto. La segunda de ellas asimismo se refiere a la asistencia sanitaria especializada, de carácter programado y no urgente; y regula los tiempos máximos en el artículo quinto. Vid. STSJ Asturias de 27 de febrero de 2017; desestima el recurso en un caso en que el paciente fue llevado en UCI móvil a urgencias en un centro sanitario; al no existir camas en la UCI, fue trasladado a otro, donde falleció debido a una sepsis. La sentencia entiende que los tiempos no fueron excesivos (todo sucedió en pocas horas) y que el funcionamiento fue correcto: el paciente recibe asistencia en la UCI móvil y, ante la falta de camas, es trasladado al hospital más cercano. La cuestión seguramente estriba en que, aunque el paciente hubiera sido conducido desde el principio al segundo hospital, previsiblemente el resultado fatal habría sido el mismo; sin embargo, en tal caso podría haberse aplicado la doctrina de la pérdida de la oportunidad. El razonamiento de la sentencia descansa así en que el funcionamiento fue normal; no en la falta de prueba de la relación causal.

¹⁹ Para muestra, la STS de 14 de febrero de 2006, en un caso de regresión de playas a consecuencia de la construcción de un puerto, indica que sólo cuando se produzca riesgos que vayan más allá de los estándares de seguridad *determinados por la conciencia social* existirá daño antijurídico. Imprecisión absoluta, obviamente.

que, en caso de duda, la prueba de las circunstancias de hecho que definan la concreción del estándar compete a la Administración.

Pensemos por ejemplo en el caso de la sanidad. ¿Cuáles son los medios que se deben poner en un supuesto dado a disposición de la curación del paciente para que el funcionamiento resulte normal? En un momento de gravísimo déficit del sector público, posiblemente no se pueda exigir la implantación de una determinada técnica de última generación y muy cara; pero pensemos también que existe una clasificación de centros sanitarios, y que este tipo de tecnologías punteras sí podrían exigirse en los centros de referencia, que tampoco son tantos.

I.3. RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL: ESTUDIO ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN.

El “deber jurídico de soportar el daño” sólo tiene sentido en los casos en que el daño se halla causalmente vinculado al funcionamiento normal del servicio; es decir, en los casos de funcionamiento anormal, la Administración no puede invocar la concurrencia de dicho deber jurídico de soportar el daño.

Además, GÓMEZ PUENTE señala que el funcionamiento anormal puede fundamentar una presunción de relación de causalidad directa con el funcionamiento del servicio cuando asimismo concurren en apariencia otras posibles causas. Cita así la STS de 29 de julio de 1986: el estado del después fallecido hacía poco probable su salvación, pero se entendió que el riesgo de fallecimiento había sido tanto mayor cuanto se habían producido graves deficiencias y omisiones en la prestación de la asistencia sanitaria.

Resulta en ocasiones muy complejo determinar dónde se halla el límite entre el funcionamiento normal y el anormal. Pero ahora vamos a centrarnos en este último: ¿Cuándo estaremos ante un funcionamiento anormal del servicio?

Por lo pronto, en el caso de responsabilidad por actos administrativos, el Tribunal Supremo afirma habitualmente que, cuando la Administración dispone de cierto margen de apreciación, salvo en casos de arbitrariedad o manifiesta ilegalidad habrá que entender que el funcionamiento de la Administración – pese a la ilegalidad del acto– habrá sido normal y existirá además deber jurídico de soportar el daño. Así, STS de 24 de enero de 2006, en un caso en que había que aplicar conceptos jurídicos indeterminados. Esta jurisprudencia adolece de algunos inconvenientes: el más grave, a mi juicio, estriba en la imprecisión de los criterios de delimitación del funcionamiento anormal y el normal en estos

casos; a lo que se puede añadir que, aun cuando el funcionamiento sea normal, ello no implica que automáticamente deba existir deber jurídico de soportar el daño. Y menos cuando estamos partiendo de un acto que previamente ha sido declarado ilegal²⁰.

En segundo lugar, debemos remitirnos al epígrafe anterior en cuanto al juego de los estándares del servicio en la delimitación entre funcionamiento normal y funcionamiento anormal. En el caso de la responsabilidad de la Administración sanitaria, por ejemplo, normalmente la responsabilidad se liga, bien a la infracción de las reglas de la *lex artis*, bien al caso en que indebidamente se omite recabar el consentimiento informado, o la información que se facilita resulta insuficiente²¹; o asimismo a los casos de asistencia sanitaria tardía que incide negativamente en el estado del paciente; o incluso en los casos en que hay un problema con la custodia de la historia clínica del paciente, a consecuencia del cual se generan daños por desconocerse datos relevantes de dicha historia; o cuando indebidamente no se utilizan determinados medios que entran dentro de los estándares exigibles —en este caso, si los medios son necesarios y no los posee el centro sanitario, lo lógico es derivar al paciente a otro centro del Sistema nacional de salud que sí posea esos medios; por algo existen categorías de centros y servicios sanitarios y por algo algunos se califican como centros o servicios de referencia—. Realmente, todos estos casos, en mayor o menor medida, se pueden tildar como supuestos de funcionamiento anormal²². En todo caso, el

²⁰ La STS de cuatro de octubre de 2007 aprecia la ausencia de nexo causal a pesar de que el acto fue anulado en vía judicial; se trataba de un caso de anulación judicial de la autorización de un despido colectivo. El TS entiende que lo que causó el daño no fue la autorización misma, sino la actuación empresarial.

²¹ Algún caso límite, como el resuelto por STS de 14 de junio de 1991, que estima que existe responsabilidad patrimonial pese a que la actuación médica fue conforme a la *lex artis* —pese a esto, el daño se causa al paciente por la intervención quirúrgica, muy complicada— quizá se pueda explicar teniendo en cuenta que, en aquel momento, no se exigía todavía el consentimiento informado, que sólo se generaliza a partir de la LGS de 1986. La STS de cuatro de junio de 2013 entiende que no hay infracción de la *lex artis* y que la sepsis generalizada debida a un tratamiento de quimioterapia tras una intervención quirúrgica era un resultado no desproporcionado; máxime ante un paciente con hipertensión, obesidad y broncopatía obstructiva. Insiste el TS que estamos no ante una obligación de resultado, sino ante un caso en que la ciencia médica en su estadio actual tiene sus limitaciones. La de 30 abril de 2013 sí aprecia mala praxis: en un aborto practicado tras la detección de una trisomía a la paciente, se le produjo perforación del útero con hemorragia y graves secuelas. El TS apreció mala praxis en el tratamiento de la hemorragia.

²² La STS de 10 de octubre de 2007 considera que es la Administración la que debe probar que no ha existido mala praxis; si bien en este caso la información previa al paciente sobre los

estado de la ciencia y la técnica condiciona lo que sea exigible conforme a la *lex artis*²³. Lo que está claro, como señala MUÑOZ MACHADO, es que estamos

riesgos de la operación no había sido correcta. La STS de cinco de enero de 2007, Civil, por su parte, en un caso de infección nosocomial, afirma: “En ocasiones la jurisprudencia ha hablado de responsabilidad cuasi objetiva, o de inversión de la carga de la prueba. Se trata de aquellos casos en que la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por éstos no se pruebe haber actuado con diligencia y haber adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas (entre otras, SSTS de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 23 de noviembre de 2002, 30 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2003, 31 de enero 2003 y 8 de mayo de 2003)”. Desde luego, una infección nosocomial se debe causalmente al funcionamiento del servicio; aunque muchas veces sobre su resultado incida también el previo estado del paciente. Lo que es indudable es que la infección nosocomial no debería ser objeto de exoneración por el hecho de que se detalle esa posibilidad dentro del consentimiento informado, ya que no es un riesgo inherente a las operaciones terapéuticas. Así, sólo cuando la infección nosocomial y su resultado no pueda evitarse en modo alguno debido al previo estado del paciente, siendo éste la causa principal, podría la Administración quedar exonerada; pero siempre que la posibilidad se haya contemplado en el consentimiento informado. En el caso indicado, pérdida de un ojo debido a la infección nosocomial contraída indebidamente durante la intervención, se entiende que no existe fuerza mayor y se condena a indemnizar. La STS de 28 mayo de 2013 indica que en caso de infección nosocomial, es la Administración la que debe demostrar que actuó correctamente aplicando las medidas preventivas y profilácticas. La de nueve de febrero de 2016 no entiende probada la infracción de la *lex artis*. La de 19 de mayo de 2016, en un caso de parada cardiorespiratoria en menor tras administrar urbasón, respecto del que no tenía antecedentes de alergia y que se le venía administrando desde días atrás, entiende que en estos casos es la Administración la que debe probar que no hay infracción de la *lex artis*; pero entiende que de las pruebas practicadas y de la historia clínica se deduce que no hubo dicho incumplimiento, y desestima el recurso.

Y la de 28 de marzo de 2012, en un caso en que no se practicó la amniocentesis y el niño nació con síndrome de Down, ha desestimado el recurso por entender que los protocolos se habían cumplido; en la medida en que la madre había cumplido los 35 años a las dieciséis semanas de embarazo y no en el momento de la concepción, que es el determinante de posibles alteraciones genéticas. La de ocho de julio de 2016 entiende que no hay infracción de la *lex artis*, ya que no hubo un retraso de diez meses en la realización de la prueba de enema opaco, sino sólo de tres meses y medio; entiende el Ts que dicho retraso no ha incidido sustancialmente en el pronóstico y evolución. Ello, porque el paciente acude al especialista en enero, donde se le diagnostica dispepsia no ulcerosa; pero sólo vuelve en julio por dolor en fosa ilíaca izquierda; y es en septiembre cuando se pide la prueba. En la de 11 de mayo de 2016 se entiende que los daños producidos al menor por sufrimiento fetal perinatal, si bien se han producido por causa no acreditada, no responden –y ello sí se halla probado en las actuaciones– a un incumplimiento de la *lex artis*.

²³ La STS, Civil, de 20 de junio de 2008 no aprecia negligencia del ginecólogo codemandado, pero sí un deficiente funcionamiento del servicio sanitario por infracción de la *lex artis* por

ante una obligación de medios y no de resultados –salvo determinados casos, como la cirugía plástica–; también, STS de 13 diciembre de 2012. La STS de 23 de diciembre de 2015 desestima el recurso por no apreciar nexo causal entre la administración del fármaco y la posterior, e imprevisible, reacción autoinmune que padeció el paciente²⁴. La del TSJ de Asturias de 20 de febrero de 2017 estima el recurso, ante el fallecimiento de una niña por reacción alérgica a la vacuna voluntaria contra el virus del papiloma humano, suministrada dentro de un programa promovido por la Administración; entiende que el funcionamiento fue anormal porque ya en la primera dosis se observó una reacción asmática aguda y, sin embargo, se le administraron las dosis sucesivas; cuando debió haberse suspendido el tratamiento, máxime cuando la paciente padecía de asma crónica, si bien leve y controlada médicamente. La de Murcia de 21 de abril de 2014 estima existente el funcionamiento anormal, ya que se suministró a la paciente sangre con factor RH, cuando su RH era negativo. La del TSJ Madrid de 16 de junio de 2016 entiende no probado el funcionamiento anormal; el paciente cae de la cama del hospital, que no tenía barandillas, pero la Sala no entiende acreditado que el estado previo del paciente –que acababa de sufrir una prostatectomía– las hubiera hecho necesarias, ya que llevaba tratamiento analgésico pero no sedación²⁵.

otros profesionales, ya que a la recurrente no se le había detectado la hernia de diafragma congénita que padecía: “La imputación, en términos subjetivos, del resultado dañoso a la Administración sanitaria deriva, pues, de la mala praxis que se revela de un incorrecto diagnóstico de cólico renal incompatible con el cuadro que presentaba la paciente, según resulta del informe del inspector médico, formando parte de la *lex artis* el deber de diagnóstico atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, que se vulnera cuando el diagnóstico presenta un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, así como cuando no se practican todas las comprobaciones y exámenes exigidos o exigibles (Sentencias de 2 de marzo de 2006 y 7 de mayo de 2007, entre otras).”

²⁴ La de cinco de febrero de 2016, si bien no en el campo de la asistencia sanitaria, asimismo desestima el recurso, al entender que el funcionamiento de la Administración fue correcto y que no fue la verdadera causa del fallecimiento. La fallecida era una becaria, Licenciada en Químicas, y que trabajaba en un laboratorio de polímeros. El recurso se desestima porque se habían cumplido las normas y estándares de seguridad; habiéndose debido el fallecimiento a que la señora padecía una predisposición genética, de imposible detección, a la enfermedad autoinmune que provocó su muerte. En suma, el contacto con los polímeros no ocasiona por sí solo la enfermedad, sino sólo cuando existe esa previa predisposición genética.

²⁵ Sobre la prueba del funcionamiento anormal, puede citarse la STC 9/2015: La paciente, con riesgo de gestar hijos con problemas, se presta a la colocación de un dispositivo anticonceptivo llamado IMPLANON, que se inserta en el brazo bajo la piel y que tiene un elevadísimo grado de fiabilidad. A pesar de ello, queda embarazada; sin que sea posible localizar en el brazo el dispositivo, cuya probabilidad de desplazamiento en el cuerpo de la paciente es

En tercer lugar, vamos a centrarnos en un caso especial de funcionamiento anormal: el de la responsabilidad por omisión; que, como he anticipado, sólo se da en caso de funcionamiento anormal. Sólo existirá relación jurídica de causalidad entre la omisión y el resultado dañoso cuando la omisión sea constitutiva de un funcionamiento anormal²⁶.

Una omisión incardinable dentro del funcionamiento normal del servicio no da lugar a una lesión, entendida como daño indemnizable²⁷. Volviendo al ejemplo de la Sanidad, si los estándares del servicio no exigen en un momento dado la utilización de una recentísima técnica, de forma que la misma no se aplica a un paciente que de otro modo podría haberse curado –o alcanzado una curación más rápida– esa omisión no generará responsabilidad; ya que estaremos dentro del funcionamiento normal. En cambio, si los estándares exigen la utilización de esa técnica –por ejemplo, la misma ya se encuentra prevista en la correspondiente Carta de servicios– y su no utilización genera unos daños, esa omisión sí podrá generar responsabilidad patrimonial. Pensemos por ejemplo

casí inexistente. La sentencia estima el amparo y ordena retrotraer actuaciones a efectos de una correcta valoración de la prueba, en relación con la correcta o incorrecta colocación del dispositivo.

²⁶ La STS 17 junio de 2014 indica: “Sin embargo, cuando la imputación de la lesión al funcionamiento del servicio público se vincula a una omisión de la Administración en dicha prestación, y de eso se trata en el presente supuesto, la determinación del nexo causal se complica, porque, como se declara en la sentencia mencionada, que sigue lo ya declarado en la de 21 de febrero de 2012 (recurso de casación 3036/2010), no es ya suficiente con que la lesión sea esa consecuencia lógica de la actividad prestacional pública, porque siempre se dará dicha conexión, es decir, siempre existirá una vinculación entre la prestación del servicio, en su modalidad omisiva, y la lesión.

Lo razonado se demuestra en supuestos como el que ahora nos ocupa, porque si se vincula un accidente de circulación ocasionado en una carretera y el reproche que a la Administración se hace, como en el caso presente, es a una omisión, deberá concluirse que siempre existirá vinculación entre el resultado y el servicio. Por ello, o se exige algún otro presupuesto del nexo causal o la responsabilidad adquiere una extensión que no es la que se corresponde con esta institución indemnizatoria; porque siempre será la prestación del servicio de carretera el generador de la lesión.”.

²⁷ Quedarían excluidos los casos en que no existe ninguna falta interna al servicio, aunque sí factores externos que incidan sobre su funcionamiento; incluso cuando tales factores externos queden ligados a la prestación del servicio de modo indisoluble: por ejemplo, un problema en el tráfico que impida la llegada a tiempo del servicio de extinción de incendios o de una ambulancia. Por supuesto, todo dependerá de si se entiende que nos encontramos ante una obligación de medios o de resultado; y en este sentido resulta relevante la normativa sobre tiempos máximos de respuesta.

en una operación de columna sin monitorización intraoperatoria, que origine la tetraplejía del paciente. Pero hay casos complicados: ejemplo, omisión de prueba diagnóstica o de suministro al paciente de determinado tratamiento; cuando una u otra cosa incidan en la negativa evolución del paciente de forma determinante. Aquí, como estamos ante omisiones y los estándares no se vinculan a la utilización del más avanzado estado de la ciencia y de la técnica, no siempre habrá responsabilidad; dependerá de si en el caso concreto se ha cumplido o no con el estándar aplicable.

Dentro de la responsabilidad por omisión, debe hacerse alusión a la pasividad administrativa en el ejercicio de las funciones de supervisión que le corresponden. Aquí podemos diferenciar dos bloques de supuestos: Por una parte, la pasividad administrativa en la vigilancia de la actividad del contratista; supuesto en que la jurisprudencia entiende que hay concausalidad y responsabilidad concurrente del contratista y de la Administración, como en su día ya había puesto de manifiesto BELADIEZ ROJO. El segundo de los casos es aquel en que la omisión se produce en el ejercicio de las potestades de vigilancia sobre la actividad privada²⁸. Normalmente, en estos casos se suele afirmar que la causa del daño estriba exclusivamente en el comportamiento del tercero cuya actividad la Administración debería haber vigilado; sin embargo, cada vez más, en determinados ámbitos, cuando la pasividad de la Administración es manifiesta, se afirma la responsabilidad de esta última –sin perjuicio de que también concurra la del titular de la actividad–. Es el caso por ejemplo de daños y molestias producidos por ruidos excesivos derivados de una actividad, cuando dichos ruidos son importantes y además continuados en el tiempo y la Administración –la municipal normalmente, en estos casos– no adopta medidas eficaces.

²⁸ La STS de 29 enero de 2013 entiende que no hay responsabilidad por el contagio de reses infectadas, que exigió su sacrificio. El TS entiende que, aunque el ganado se había adquirido una vez pasados los controles veterinarios autonómicos, finalmente el origen de la infección no se había podido demostrar; aun cuando dichos controles hubieran resultado negativos, se entendió que la infección entraba dentro de la asunción de riesgos. En ese caso, el sacrificio tuvo lugar unos 10 u 11 meses después de la expedición de los certificados veterinarios, en cualquier caso. Se insiste en que las pruebas realizadas siguieron los protocolos, y que además el contagio se pudo deber a la existencia de otros animales infectados en la zona.

La de 13 de febrero de 2013 en cambio es estimatoria; ya que el ganado sacrificado se había contagiado de otro que no había sido debidamente inmovilizado a tiempo por la Administración. No obstante, en este caso se aprecia concausalidad, dado que las medidas de seguridad en las instalaciones del damnificado no eran correctas y habían incidido en el aumento del riesgo de contagio.