

GRADO EN DERECHO

2015-2016

**LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DE LAS
ADMINISTRACIONES SANITARIAS.**

Trabajo realizado por Alba Aberasturi

Dirigido por Edorta Cobreros

INDICE:

I. INTRODUCCIÓN.	3
II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN	4
A) CONCEPTO	4
B) APROXIMACIÓN HISTÓRICA	4
C) EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO EN EL DERECHO ESPAÑOL	5
D) REQUISITOS	9
a. CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO	9
b. IMPUTACIÓN DEL DAÑO	10
c. RELACIÓN DE CAUSALIDAD	14
E) CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN	16
F) ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD	17
a. PLAZO DE EJERCICIO Y PRESCRIPCIÓN	17
b. PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN	18
c. GARANTÍA JUDICIAL	21
III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA	23
A) CONCEPTO DE LEX ARTIS	25
B) CRITERIOS CORRECTIVOS DE LA LEX ARTIS	27
a. CONSENTIMIENTO INFORMADO	27
b. ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS DE LA CIENCIA	30
c. DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO	32
d. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD	35
IV. CONCLUSIONES	39
V. BIBLIOGRAFÍA.	41

I. INTRODUCCIÓN:

En este Trabajo de Fin de Grado se va a hablar sobre el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración y más específicamente sobre la aplicación de este principio en la Administración Sanitaria española.

Este principio se encuentra regulado en Constitución Española de 1978 y desarrollado en la ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se trata de una aplicación específica del principio de la responsabilidad civil extracontractual regulada en el artículo 1.902 del Código Civil.

Esta responsabilidad es directa, esto es, con independencia de la actuación que la administración tenga o no su origen en un hecho antijurídico y surge al margen de los contratos firmados por la Administración y objetiva, por lo que puede darse tanto por funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos.

En primer lugar, se va a hablar sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en general, definiendo este instituto, detallando los requisitos que deben concurrir para su existencia y el procedimiento que debe seguirse para su reivindicación.

Después de esa breve introducción, este trabajo se centrará en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y en los criterios correctivos creados por la Jurisprudencia para moderar esta responsabilidad directa y objetiva, para evitar que la Administración se convierta en una aseguradora universal de todos los riesgos que pueden ocurrir en la ciencia médica, ya que en ésta, aunque se haya actuado conforme a la ciencia, pueden existir daños derivados de diferentes circunstancias que no pueden ser imputables a la Administración.

Asimismo, se analizarán algunas Sentencias relativas a lo explicado, en aras de mostrar los pronunciamientos Jurisprudenciales recientes al respecto.

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN:

A. CONCEPTO:

Hoy en día, la actividad de la Administración se encuentra presente en casi todas las manifestaciones de la vida en sociedad. Debido a los riesgos constantes que se crean y que, desgraciadamente, pueden acabar materializándose en perjuicios en patrimonios personales cuyos titulares no tienen deber jurídico de soportar, es necesaria la existencia de un medio de reparación de estos perjuicios.

Según SÁNCHEZ MORÓN¹, la responsabilidad patrimonial de la Administración “alude al deber legal de ésta de reparar los daños y perjuicios causados a otros sujetos de Derecho, que deriven de sus actividades. No se refiere a la obligación de la Administración de indemnizar a aquellas personas con las que mantiene una relación contractual, por incumplimiento del contrato o convenio o en virtud de la resolución del mismo”, sino que se alude a una relación extracontractual. Esta responsabilidad deriva de las actuaciones de la Administración, lícitas o ilícitas, que pese a no tener por finalidad la lesión de derechos o intereses legítimos, lo han producido. El daño indemnizable es resultado de su acción administrativa o prestación de servicios.

Dentro de este concepto no se integran los deberes indemnizatorios derivados de la expropiación forzosa o de una ley para amortiguar o reducir el efecto de opciones legales lícitas o para paliar perjuicios o lesiones excepcionales derivados de acontecimientos dañosos (por ejemplo, las ayudas que otorga el Gobierno a las víctimas del terrorismo)., aunque puedan tener una conexión indirecta con la actuación o inactividad de la Administración

B. APROXIMACIÓN HISTÓRICA:

Durante la Edad Media, la combinación de la *potestas* imperial romana y la concepción teocéntrica del poder del monarca, iba en contra de la afirmación de una responsabilidad del soberano por los daños resultantes de la actividad de sus agentes. Según esta teoría, el rey no podía hacer ilícito (esta teoría ha sido resumida por la doctrina en esta frase: “the King can do not wrong”).

¹ SÁNCHEZ MORÓN M., *Derecho Administrativo*, págs. 938-939

Durante el Estado moderno, se mantuvo esta teoría hasta que el Antiguo Régimen, quedó derrumbado por el impulso revolucionario.

La ruptura de este modelo se materializó de manera distinta en cada ordenamiento, teniendo en cuenta las tradiciones de cada país. En Derecho comparado, dos han sido las formas de cambio: legislativa o jurisprudencial. La primera se da en los ordenamientos anglosajones en los que el principio de responsabilidad de la Administración se comienza a reconocer en el ordenamiento mediante una rectificación legislativa, por ejemplo, en Inglaterra mediante la Crown Proceeding Act de 1947 se consideró a la Corona entidad sujeta a responsabilidad por sus actos. El segundo fue adoptado por ordenamientos europeos como el francés y el alemán, que lucharon contra el principio de irresponsabilidad de los poderes públicos en los Juzgados, mediante una evolución que puede ser apreciada en su jurisprudencia.

C. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO EN EL DERECHO ESPAÑOL²:

La responsabilidad patrimonial de la Administración fue reconocida con retraso en España en comparación con los países vecinos. Existen textos de los siglos XIX y XX que reconocen la responsabilidad del estado por ciertos daños a los ciudadanos como la Ley de 9 de abril de 1842 (“obligación de la nación de indemnizar los daños materiales causados así en el ataque, como en la defensa de las plazas, pueblos, edificios...” durante la primera guerra carlista), Ley de Policía de Ferrocarriles (admite la responsabilidad de la administración por los daños causados a los particulares por el ferrocarril), Instrucción de Sanidad de 1904... etc. Fuera de estos casos excepcionales, el Estado no reconoce la responsabilidad e incluso, llega a excluirla expresamente cuando se establecen nuevos servicios

Con la promulgación del Código Civil de 1889, en su artículo 1902 se reconoció el principio de responsabilidad por acción u omisión con culpa o negligencia que causa daño a otro, responsabilidad exigible también según el artículo 1903 a las personas de quienes se debe responder (por ejemplo, un jefe de sus empleados en el ejercicio de su

² SÁNCHEZ MORÓN M., *Derecho Administrativo*, págs. 940-943, GARCÍA DE ERRENTERÍA E. y FERNÁNDEZ T. *Curso de Derecho Administrativo II*, págs. 371-379.

trabajo). En su redacción inicial, suprimida por la Ley 1/1991, se incluía en este último caso al Estado “cuando obra por mediación de un agente especial pero no cuando el daño hubiera sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicable, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”. De esta manera, se estableció un principio de negación de la responsabilidad civil de la Administración en su actividad ordinaria.

La jurisprudencia admitió la responsabilidad personal del funcionario o agente público causante de un daño, cuando ejercía sus funciones con dolo, culpa o negligencia. Sin embargo, ocurrió una situación de irresponsabilidad absoluta del Estado, ya que nunca, en la práctica, se localizó nunca a un verdadero “agente especial”. Por lo que, en España, la responsabilidad administrativa se configuró a través de un cambio legislativo.

En la Constitución republicana de 1931, se reconoció por primera vez, con rango constitucional el instituto resarcitorio, afirmando en su artículo 41, tercer párrafo: “Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la ley”. Sin embargo, debido a la inestabilidad política que se vivía en la época, no pudo ser desarrollada por ninguna norma con rango de Ley.

La siguiente norma que trató este instituto fue la Ley de Régimen Local del año 1950, que en sus artículos de 405-409, distinguiendo entre una responsabilidad directa “cuando los daños haya sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad Local, sin culpa o negligencia graves imputables a sus Autoridades, funcionarios y agentes” (406.2º) y una responsabilidad subsidiaria “cuando los daños hayan sido causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de su cargo” (409). Sin embargo, este avance solamente se refería a la esfera local.

El reconocimiento total de esta institución se hace en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 dónde se encuentra regulado en el artículo 121.1: “Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que

aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”.. El objetivo de esta Ley era garantizar el patrimonio privado frente a la acción de la Administración, ya sea realizada mediante un despojo directo, como sería la expropiación, como si es resultado de la actividad normal o anormal de la Administración, quedando así cubierta la garantía del patrimonio de los administrados (principio regulado en el artículo 33 de la Constitución vigente). Esta ley limitaba las lesiones a los bienes y derechos a los que la ley se refería, esto es, a los susceptibles de expropiación.

Más tarde, en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, este principio fue dotado de solemnidad, siendo incluido en una Ley básica de la organización del Estado y en la que los principios regulados de la LEF fueron ratificados y dónde se eliminó la limitación regulada en la misma. Se le dio un retoque a la cláusula general de cobertura que eliminó la exención jurisdiccional por actos discrecionales, quedando su artículo 40 de esta manera: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”.

Sin embargo, los Jueces y Tribunales en sus primeras Sentencias se negaron a reconocer responsabilidad de la Administración en casos de daños sin culpa y se remitían al Código Civil, ignorando las prescripciones de la LEF. Esta tendencia cambió a principios de la década de los sesenta, cuándo se empezó a asumir este nuevo sistema legal.

En la Constitución Española de 1978, este principio, que ya se hallaba consolidado e integrado en las costumbres, adquirió fuerza constitucional en el artículo 106.2: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Esta norma se limitó a ratificar este principio de la manera recogida en normas anteriores. Se trata de un precepto muy amplio, que remite a una ley para su

regulación más específica. Ley que debe ser estatal como se afirma en el artículo 149.1.18º del mismo texto legal.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dentro del Título X reguló, en los artículos 139 y siguientes, más detalladamente esta institución, siguiendo un modelo de responsabilidad directa y objetiva, con algunas precisiones o matices. En el artículo 139.1 se establece que: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. En resumen, este precepto afirma que la lesión resarcible puede ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, no siendo necesario que la administración incurra en un hecho ilícito o sus funcionarios y agentes en culpa o negligencia.

Sin embargo, tanto la doctrina como la mayoría de los Jueces y Tribunales suelen hacer una interpretación prudente y moderada de la Ley, ya que, actualmente, la Administración actúa y adopta continuamente decisiones continuamente, por lo que no se puede utilizar la responsabilidad patrimonial de la Administración como instrumento de justicia retributiva, en casos en los que ésta ha actuado desarrollando una actividad diligente y conforme a derecho. Como afirma SANCHEZ MORÓN³: “Tampoco la garantía constitucional de los derechos patrimoniales del ciudadano puede llegar hasta el límite de asegurar, de manera absoluta que todo perjuicio que le pueda causar una actividad pública legal y regular le deba ser indemnizado. De lo contrario, se promovería la parálisis de la Administración que no podría adoptar muchas medidas necesarias para la colectividad, por temor a arrostrar el riesgo de indemnizaciones cuantiosas. En fin, llevado a puro cumplimiento, el modelo de responsabilidad objetiva ocasionaría la bancarrota del Estado, ya que con enorme frecuencia se puede encontrar un nexo entre los daños y perjuicios que los ciudadanos sufren en su vida cotidiana, con alguna acción u omisión que comete, directa o indirectamente, a una Administración pública”.

³ SÁNCHEZ MORÓN M., Derecho Administrativo, pág. 942.

Esta regulación ha sido completada por las leyes 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, cuya entrada en vigor se prevé en octubre de 2016. Ésta última ha añadido en su artículo 32, a la redacción dada en el 139.1 de la LRJP la responsabilidad del Estado legislador cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional (cuando el particular haya obtenido en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño siempre que hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada) y de la aplicación de una norma contraria al derecho de la Unión Europea (cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia sentencia desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado infracción del derecho de la Unión Europea posteriormente declarada y la norma tuviera por objeto conferir derechos a los particulares, el incumplimiento sea significativo y exista una relación de causalidad entre la obligación impuesta por la norma y el daño sufrido) siempre y cuando cumplan los requisitos mencionados en el apartado segundo del mismo artículo.

D. REQUISITOS:

Para que concurra el derecho a reparación, se deben cumplir los requisitos que se encuentran en la LRJPAC. Debe existir un daño a particulares causado por una lesión antijurídica, efectiva, evaluable económicamente e individualizada, que haya sido realizado como consecuencia de la actuación de una Administración pública y una relación causa a efecto entre la actuación u omisión administrativa a la que se imputa el daño y aquella.

a. Características del daño:

En primer lugar, no todo daño que sufran los particulares por una actuación administrativa es indemnizable, debe tener ciertas características.

Este daño debe ser antijurídico, esto es, debe ser una lesión que el particular perjudicado no tenga deber jurídico de soportar. Sin embargo no es fácil determinar cuándo no existe este deber de soportar el daño o perjuicio. *Sensu contrario*, SÁNCHEZ

MORÓN⁴ nos da algunos ejemplos de cuando existe este deber: “cuando sea consecuencia de cargas u obligaciones generales impuestas por las leyes a los ciudadanos o grupos o categorías determinadas” (este sería el caso de los deberes tributarios impuestos por Ley) y “cuando la lesión es producto del riesgo normal derivado de la relación con un servicio público” (en el caso de la asistencia hospitalaria)⁵. Para determinar cuando existe este deber, la jurisprudencia utiliza criterios de proporcionalidad, razonabilidad y confianza legítima para determinar si se trata de un daño antijurídico. Sin embargo, en ocasiones, el régimen de responsabilidad objetiva dificulta la determinación de los daños que son resarcibles o no, lo que hace que muchas veces se tenga que resolver en virtud de criterios circunstanciales.

Además, el daño debe ser cierto y real, no hipotético, futuro o previsible, ni las pérdidas de expectativas económicas o de derecho que se producen a consecuencia del hecho lesivo. Corresponde a quien alega estos daños la carga de la prueba.

Asimismo, el daño debe ser evaluable económicamente, tanto los patrimoniales como los daños morales, derivados de la muerte, lesión o enfermedad (*pretium doloris*) o de otra causa. El problema consiste, en muchos casos, en evaluar estos daños. Para ello, se deben tener en cuenta baremos o criterios objetivos de referencia y en el caso de que no existan, habrá que buscar criterios de razonabilidad teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Además, este daño debe ser individualizable, excluyendo así la responsabilidad por daños o perjuicios generales que derivan para los ciudadanos de la normal actuación administrativa. El perjuicio debe consistir en un “sacrificio excesivo o especial que recaiga sobre ciertas personas, ya sea a título individual o de grupo” como ha afirmado el Tribunal Supremo.

b. Imputación del daño:

Para que exista responsabilidad la lesión resarcible debe ser imputable a las Administraciones públicas, tanto en casos de funcionamiento normal como anormal de sus servicios públicos. Esta imputación depende de elementos objetivos y subjetivos.

⁴ SÁNCHEZ MORÓN M., Derecho Administrativo pág. 949

⁵ SÁNCHEZ MORÓN M., Derecho Administrativo, pág. 949

Por un lado, dentro de los elementos subjetivos, se entiende como entidades responsables las reguladas en el artículo 2 de la LRJPAC, entre ellas: las territoriales, las de Derecho público con personalidad jurídica propia dependientes o vinculadas a aquéllas, aunque tengan naturaleza empresarial y a las Corporaciones de Derecho Público cuando ejercen funciones administrativas, como pueden ser los Colegios Profesionales. Sin embargo, las entidades con personalidad jurídica privada creadas por las Administraciones para prestar determinados servicios (Sociedades o Fundaciones) no serían consideradas Administración pública, excepto regla en contrario. Esta excepción ha sido duramente criticada por la doctrina y ha creado Jurisprudencia contradictoria, ya que es una forma de evitar la responsabilidad objetiva de la Administración. Del mismo modo, la Administración será responsable tanto por los daños que causen personalmente las autoridades, agentes y funcionarios a su servicio, como en ciertos casos, con los que estén fuera de servicio.

En cambio, no puede imputarse a la Administración la responsabilidad que deriva de la actuación de personas o entidades ajenas a su organización, pese a que se hallen actuando por su mandato, orden o cuenta. Según el artículo 121.2 de la LEF: “En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste”. Por lo tanto, la Administración solo responde, si estos daños, han sido ocasionados “como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración” o “consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación”.

Del mismo modo puede ocurrir que el daño sea causado por una actuación o hecho en cuya producción hayan participado varias Administraciones Públicas. Este caso se encuentra regulado en el artículo 140 de la LRJPAC, que contiene dos supuestos. En el primer caso, se habla de la responsabilidad derivada de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones, como podría ser un convenio de colaboración. Salvo pacto en contrario, las Administraciones intervinientes responden de forma solidaria y la reclamación deberá dirigirse a la que tenga mayor participación en la financiación del servicio. La norma 40/2015 ha regulado más concretamente este supuesto, estableciendo en su artículo 33.4 que: “la Administración competente para incoar, instruir y resolver los procedimientos en los que exista una responsabilidad concurrente

de varias Administraciones Públicas, será fijada en los Estatutos o reglas de la organización colegiada. En su defecto, la competencia vendrá atribuida a la Administración Pública con mayor participación en la financiación del servicio”. En el siguiente apartado se afirma que: “cuando se trate de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, la Administración Pública competente deberá consultar a las restantes Administraciones implicadas para que, en el plazo de quince días, éstas puedan exponer cuanto consideren procedente. En el segundo caso, se habla de concurrencia de varias Administraciones, pero dónde no ha habido acuerdo previo. En este caso, la responsabilidad de cada Administración se determina teniendo en cuenta criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención y en defecto de esta determinación, ésta será solidaria. La jurisprudencia suele decantarse por este criterio, ya que en la práctica no es fácil determinar qué Administración es responsable de cada cuota. Otro problema que ha encontrado la jurisprudencia es determinar qué Administración responde cuando el servicio público que ha causado el daño ha sido transferido a otra Administración. Finalmente, ha decidido considerar responsable a la Administración competente sobre el servicio en el momento de reclamación de responsabilidad, no la que lo fuera cuando se ocasionó el perjuicio.

Por otro lado, dentro de los elementos objetivos, debe existir una actuación causante de daño. Esta actuación puede deducirse, en primer lugar, de cualquier tipo de actuación administrativa, derivada de un reglamento o una ley⁶, aunque se trata de un caso poco frecuente, ya que éstas suelen tener mandatos muy generales. Igualmente, es posible que se derive responsabilidad de un acto administrativo, tanto nulo como válido. El caso de los nullos, se encuentra regulado en el art. 142.4LRJPAC dónde se advierte que “la anulación en vía administrativa o judicial de un acto no presupone el derecho a indemnización”, esto es, deben cumplirse los demás requisitos de la responsabilidad. La responsabilidad derivada de actos válidos, es bastante infrecuente, pero es posible si de ellos se deriva una lesión resarcible. Además, puede deberse de la inactividad o de una omisión de la Administración. Este caso es cada vez más frecuente, ya que tanto la legislación como la jurisprudencia vienen valorando negativamente la inactividad contraria a derecho o negligente y disconforme con los principios de buena administración. Se debe valorar con cuidado si la inactividad es reprochable. Este tipo de responsabilidad ha sido reconocida por la jurisprudencia en casos de falta de

⁶ STS de 21 de diciembre de 2010, N° Recurso: 257/2009

vigilancia de personas en instalaciones tuteladas por la Administración que han causado daños a terceros⁷. Por último, la responsabilidad puede derivarse de una actuación material, en vía de hecho o en el funcionamiento de los servicios públicos, siendo éste el caso más característico de responsabilidad.

Por títulos de imputación⁸ se entienden: “aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifique atribuir a éste el deber de reparación que la antijuricidad del daño impone”.

El título de imputación de la responsabilidad es el funcionamiento normal como anormal de la Administración, del que se deriva la actuación causante del daño. Por funcionamiento normal no existen muchos casos de responsabilidad, ya que, pese a ser el sistema de responsabilidad español objetivo, los órganos judiciales suelen considerar que los perjudicados tienen el deber de soportar las actuaciones de la Administración que se realicen cumpliendo la ley y con la diligencia esperable. Uno de estos excepcionales casos dónde se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal es el recogido en la STS de 15 de enero de 2013⁹ de unificación de la doctrina, en el que se le concedía una indemnización a una gasolinera, a la que una gran obra pública le había provocado un perjuicio económico, ya que limitaba el acceso a la misma.

Por funcionamiento anormal, a su vez, debemos entender, según SÁNCHEZ MORÓN¹⁰: “no solo una actividad o conducta ilícita o contraria a la ley en términos formales, sino también cualquier actuación que no sea la adecuada o exigible de la Administración y que derive sea de la culpa o negligencia de sus agentes sea de una deficiente organización de los servicios”. Cómo no es fácil determinar cuándo existen estos supuestos, la doctrina suele utilizar estándares o niveles de prestación de servicios considerados aceptables en cada momento, que no suelen estar determinados por ninguna norma jurídica o instrumentos semejantes. Recientemente las Administraciones han empezado a realizar cartas de servicios, que imponen objetivos o compromisos de calidad, que pueden ser utilizados como indicio de lo que es funcionamiento normal o

⁷ STS 30 de mayo de 2006, N° de Recurso: 211/2005

⁸ GARCÍA ERRETERIA, E. Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, págs. 203-204. “

⁹ N° de Recurso 770/2012

¹⁰ SÁNCHEZ MORÓN M., Derecho Administrativo, págs. 956-957

anormal, aunque su incumplimiento no da lugar, por sí mismo a indemnización.¹¹ Dentro de los casos causados por la Administración sanitaria, se deben tener en cuenta los protocolos y los avances científicos y técnicos (lex artis y estado de los conocimientos). En otros casos, se deberá atender a los precedentes administrativos y judiciales y valorar las circunstancias de cada caso.

A su vez, la responsabilidad objetiva procede incluso cuando el daño ha sido causado por caso fortuito, esto es, por un evento imprevisible aunque intrínseco a la actividad que deriva del daño, según la definición dada por la doctrina civilista. En cambio, no procede cuando el daño se debe a fuerza mayor (como recogen la Constitución y la LRJPAC), entendiéndose ésta como “un acontecimiento imprevisible y extraño al ámbito de actuación de la Administración”. Sin embargo, es frecuente que junto a la fuerza mayor, concurren otras causas que puedan determinar la responsabilidad de la Administración.

c. Relación de causalidad:

Finalmente, para que la lesión sea indemnizable, debe existir una relación causa efecto entre aquélla y la actuación u omisión administrativa a la que se le imputa el daño. Este requisito ha resultado problemático en la jurisprudencia española, ya que en la práctica, los resultados dañosos se deben a un conjunto de causas que pueden tener su origen en la conducta de sujetos distintos. La doctrina ha utilizado tres teorías para solucionar esta cuestión: la teoría de la causalidad exclusiva, la equivalencia de condiciones y causalidad adecuada. Siguiendo la primera de ellas, la responsabilidad de la Administración surge, solamente, si el daño se debe exclusivamente al funcionamiento de los servicios públicos. Conforme a la segunda, todas las causas que confluyen en la producción del daño y son necesarias para ello tienen igual entidad y permiten atribuir la responsabilidad de manera solidaria a cualquiera de los sujetos causantes. Se trata de una tesis muy arraigada en el Derecho Penal, aunque una aplicación rígida de la misma, en ciertos casos no es conveniente. La última teoría, diferencia entre las causas concurrentes la idónea o cualificada, esto es, la que causa en mayor medida el daño, para determinar la imputación del mismo.

¹¹ RD 951/2005 de 29 de julio.

La jurisprudencia se inclina mayoritariamente por la última teoría, aunque, en ciertos casos de gran complejidad, se inclina por la segunda atribuyendo la responsabilidad en exclusiva a la Administración basándose en el principio de garantía de la víctima, ya que, la Administración siempre es solvente, algo que puede no ocurrir en otros causantes del daño. Por esta razón, en ciertos casos, se ha reconocido la responsabilidad de la Administración en virtud de una relación de causalidad indirecta del daño con los servicios públicos.

Puede ocurrir, sin embargo, que el nexo de causalidad quede roto por la interferencia de una situación de fuerza mayor, hecho de tercero o de la propia víctima. En el primer caso, como ya hemos explicado anteriormente, se excluye el deber de reparar el daño. No obstante, los otros dos supuestos son más problemáticos.

Ha existido una evolución en la doctrina, que al principio rechazaba sistemáticamente las denuncias de responsabilidad si no existía una relación directa y exclusiva entre el daño y el perjuicio, hasta llegar reconocimiento de la responsabilidad de la Administración en casos cuyo origen es una actuación culposa o delictiva de la víctima, pero en los cuales la actuación de ésta en la represión de la misma resulta desproporcionada.

Cuando la concurrencia de causas se produce entre la actuación de la Administración y la falta de la víctima, el Juez con los datos de hecho que considere probados, podrá utilizar su facultad moderadora, restando del importe total de los perjuicios causados por la víctima. En caso de que no se pueda distribuir de una manera precisa la carga indemnizatoria, el Consejo de Estado dispuso que “en defecto de mejor criterio, puede adoptarse el de repartir por mitad la cuantía de los daños entre la Administración y el reclamante”¹². También puede ocurrir que se declare la inexistencia de responsabilidad, como en la STS de 30 de noviembre de 2011¹³ en el que un niño se suicida precipitándose por un barranco durante una excursión, quedando acreditado que los profesores llevaron a cabo una vigilancia razonable.

Sin embargo, si el resultado dañoso se debe al producto de la conducta de la Administración y de un tercero, aparte de las dificultades para repartir la deuda indemnizatoria, se unían a ella dificultades procesales, ya que se obligaba a la víctima a

¹² Dictamen del Consejo de Estado de 1 de julio de 1971

¹³ N° de recurso 5832/2009.

seguir varios procesos ante órganos jurisdiccionales diferentes. Por ello y en beneficio de la víctima, la nueva redacción del artículo 9.4 LOPJ¹⁴ ha atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de “las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas y el personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive” añadiendo que “si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”. En cuanto a la deuda indemnizatoria, la jurisprudencia se ha decantado por la responsabilidad solidaria entre la Administración y la otra parte, también en virtud del principio de beneficio de la víctima.

E. CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN:

Como se recoge en el artículo 106 de la Constitución: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, precepto que apunta a la reparación integral de los daños causados, basándose en el principio de indemnidad de la víctima y debiéndose incluir el daño emergente, el lucro cesante y, si lo hubiera, el daño moral.

Para el cálculo de la indemnización, la LRJPAC afirma que: “La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”.¹⁵ En la práctica, el cálculo de la indemnización queda al arbitrio judicial, sin otras orientaciones que el valor del mercado, algunos baremos oficiales orientativos o algún precedente judicial, en el caso de que exista. Además, se debe tener en cuenta la participación de la víctima o de terceros a la hora de fijar la indemnización. Por lo tanto, es muy importante, que las partes aporten elementos de prueba para fijar la extensión del daño y valorarlo correctamente.

La cuantía de la indemnización debe calcularse con referencia al día en que se produjo el daño, actualizándose a la fecha en la que se ponga fin al procedimiento de

¹⁴ Modificación realizada por la Ley Orgánica 6/1998 de 13 de julio.

¹⁵ Art. 141.2 LRJPAC

responsabilidad con arreglo al IPC fijado por el Instituto Nacional de Estadística¹⁶, incrementado, cuando sea necesario, con los intereses de demora en el pago de la indemnización, que se exigirán en virtud de la Ley General Presupuestaria.

La forma del pago suele realizarse mediante una indemnización monetaria, de una vez o en pagos periódicos, sin embargo, la LRJPAC admite que la forma de pago se pueda realizar en especie si resulta más adecuado para la reparación debida y para el interés público, siempre con acuerdo del interesado¹⁷.

Mediante el artículo 34 de la ley 40/2015, se ha completado este artículo 141 de la LRJP. Por ejemplo, se ha añadido en el segundo párrafo del primer apartado que en caso de que la lesión se produzca por la aplicación de una norma con rango de ley inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea, solo serán indemnizables los daños producidos en los cinco años anteriores a la publicación de la Sentencia que declare su inconstitucionalidad, salvo que la Sentencia disponga otra cosa. Asimismo, también añade a la regulación dada en el artículo 141.2 de la LRPJ que en los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

F. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

a. Plazo de ejercicio y prescripción:

El plazo para ejercitar la acción y realizar la reclamación a la Administración correspondiente es de un año. Siguiendo el artículo 1.968 del Código Civil, la LEF calificó este plazo como de prescripción (teniendo como consecuencia la posibilidad de interrumpir el plazo).

Sin embargo, después de esta ley, en el artículo 40.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, se calificó este plazo como de caducidad. Ni la jurisprudencia, ni el Consejo de Estado, ni la doctrina asumieron esta innovación y continuaron considerando el plazo como de prescripción, basándose en que la Exposición de Motivos de dicha ley, en la que aparece como un propósito claro “la

¹⁶ Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 141.3.

¹⁷ Artículo 141.4 LRJPAC

intención de cubrir lo más posible los riesgos que para los particulares pueda entrañar la actividad del Estado”, teoría que ha asumido el TS en sus Sentencias, “orientando hacia un sentido ampliatorio y favorable del cómputo del plazo de un año en los casos en los que éste se ofrezca como dudoso”.

Con el artículo 142.5 de la LRJPAC, se ha vuelto a la fórmula inicial de la LEF y se ha añadido ciertas precisiones referentes al cómputo del plazo: “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el artículo 146.2, se impone una limitación a este plazo de prescripción afirmando que: “la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”. Esta excepción se hace con el fin de evitar que se demore indebidamente la reparación del daño y facilitar su reconocimiento, con la excepción antes mencionada.

b. Procedimiento de reclamación:

Actualmente, para la reclamación de la indemnización existen dos procedimientos: el general y el abreviado. Aunque para la doctrina, éste último, más que un procedimiento diferente, se considera una variante del primero. Se encuentran regulados en los artículos 142 y 143 de la LRJPAC.

El procedimiento puede iniciarse de oficio o por reclamación de los interesados. La incoación de oficio ha sido una novedad, de la que se espera ver su reflejo en la práctica. Ésta debe ser realizada dentro del plazo de un año y para su tramitación se requiere también la llamada de los afectados al procedimiento (siete días), aunque éste proseguirá aunque éstos no se personen. Sin embargo, sino se personan en el trámite de audiencia podrá acordarse el archivo de las actuaciones. Si el procedimiento se inicia por reclamación del perjudicado, éste debe presentar un escrito de solicitud, siguiendo el modelo regulado en el artículo 70 de la LRJPAC, que incluya: la concreción de las

lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento de la Administración, la evaluación económica del año y el momento en el que se produjo el daño, si se pudiera determinar. Asimismo, se deberán adjuntar las alegaciones, documentos e informaciones que se estimen oportunos y las pruebas que propuestas (art. 6 RRP¹⁸). Si se admite, el procedimiento se impulsa de oficio y se realizan los actos de instrucción y comprobación necesarios y se practicará la prueba que se declare necesaria.

Antes de dictar la propuesta de resolución, el artículo 11 de RRP prevé para el solicitante un periodo de audiencia de entre diez y quince días. Concluido este trámite, en el artículo 10.1 del RRP se menciona el carácter obligatorio del informe del Servicio cuyo funcionamiento ha ocasionado la lesión indemnizable: “En todo caso, se solicitará informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable”.

Cuando se halle elaborada la propuesta de resolución, se solicitará un dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico cuando las indemnizaciones reclamadas sean de más de 50.000 euros o así lo disponga la legislación autonómica. Para la emisión de este dictamen existe un plazo de dos meses. Esta exigencia se encuentra recogida en el artículo 12.1 del RRP: “Concluido el trámite de audiencia, en el plazo de diez días, el órgano instructor propondrá que se recabe, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma”. Esta remisión aclara que el dictamen será preceptivo cuando afecte a “reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado”, limitando los casos de intervención de dicho órgano. En la Comunidad Autónoma del País Vasco, el órgano consultivo autonómico competente es la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, situada en Vitoria-Gasteiz.

El procedimiento se resolverá por uno de los órganos superiores de la Administración responsable, regulado en el artículo 142.2: “Los procedimientos de responsabilidad

¹⁸ Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

patrimonial se resolverán, por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local. Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley”.

La resolución debe realizarse en un plazo de seis meses (salvo que hubiera un plazo extraordinario de prueba), transcurrido el cual se entendería como silencio negativo (art. 142.7LRJPAC y 13.3 RRP). Esta resolución o el silencio, pone fin a la vía administrativa. Asimismo, el proceso puede terminar de forma convencional, mediante un acuerdo indemnizatorio (art. 8 RRP) al que podrá llegarse en cualquier momento anterior al trámite de audiencia o durante éste último fijando los términos definitivos del acuerdo indemnizatorio que estaría dispuesto a suscribir con la Administración Pública causante del daño (art. 11.2 RRP). Este acuerdo se limita a la determinación de la cuantía y el modo de compensación acordado entre las partes, no puede referirse a la procedencia o improcedencia de la reparación.

Para los casos en los que “sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización”¹⁹ “a la vista de las actuaciones, documentos e informaciones”²⁰ se utilizará el procedimiento abreviado, cuya introducción por esta ley fue una novedad. En este caso, el órgano que tramite el procedimiento podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y su derivación al abreviado, que deberá resolverse en un plazo de treinta días desde el acuerdo (art. 17.2 RRP) contando con un plazo de audiencia de cinco días y de emisión del dictamen en diez días. Si en este dictamen emitido por el órgano consultivo correspondiente se discrepa con la propuesta de resolución, se deberá volver al procedimiento general.

¹⁹ Artículo 143.1 LRJPAC

²⁰ Artículo 14 RRP

c. Garantía judicial.

Agotada la vía administrativa, se puede interponer contra la resolución expresa o el acto presunto desestimatorio, recurso contencioso administrativo. Debe hacerse de esta manera, tanto si la lesión se ha producido en relación con una actuación de la Administración sometida a Derecho público como a Derecho privado (art. 142.6 y 144 LJPAC). Sin embargo, esta norma, no ha evitado el peregrinaje de acciones de responsabilidad patrimonial de la Administración por otras jurisdicciones y en las que éstas, en virtud de diferentes motivaciones, en ocasiones aceptaban como propias. Por lo tanto, el legislador ha realizado nuevos pronunciamientos tanto en la LJCA como en la reforma de la LOPJ, reafirmando que las demandas de responsabilidad de la Administración únicamente deben conocerse en los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos, incluso cuando existan en ellos particulares o entidades privadas en calidad de codemandadas. En 2003 de la LOPJ, se dispuso que debe ser esta jurisdicción la que conozca las demandas contra la aseguradora de la Administración, en la que deberá aparecer como codemandada la propia Administración.

No obstante, existe una excepción a esta regla, la responsabilidad civil derivada de delito, de la que puede ser responsable la Administración y que debe exigirse en el proceso penal (146.1 LRJPAC). Esta responsabilidad es subsidiaria por parte del Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, isla, municipio y demás entes públicos por “los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados”.²¹ Para este caso, no puede darse una duplicidad indemnizatoria, por lo tanto si se reconoce la responsabilidad de la Administración en el proceso administrativo o contencioso administrativo se excluye la responsabilidad derivada de delito y viceversa. Esta excepción ha sido criticada por la diversos autores, como PARADA VAZQUEZ, R.²² ya que, “se debilita el principio de garantía patrimonial del perjudicado, porque, en innumerables ocasiones, la simple responsabilidad subsidiaria

²¹ Art. 121 Código Penal.

²² PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa*, pág. 531.

carece de eficacia práctica para la víctima del daño, habida cuenta de la virtual imposibilidad de lograr una declaración judicial de insolvencia de la autoridad o agente si este cuenta con algún género de ingresos o bienes, por modestos que sean. De otra parte la querrela y la vía penal convierte a las autoridades y funcionarios en fáciles “chivos expiatorios” porque los defensores de los perjudicados buscan, además de la rapidez, la resonancia mediática de los juicios penales, la mayor generosidad de las indemnizaciones que otorgan estos jueces y otras espurias finalidades procesales”.

III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

Como se ha apuntado anteriormente, la responsabilidad patrimonial de la Administración puede derivar del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, de los actos legislativos o de las actuaciones judiciales. En este trabajo se va a analizar la responsabilidad de la Administración sanitaria y sus especiales características. En este caso, la responsabilidad se deriva de una actuación material de la Administración, de un retraso en la misma o de su omisión cuando era necesaria.

El derecho a la protección de la salud se encuentra regulado en el artículo 43.1 de la Constitución española y el derecho a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas en los arts. 1 y 6.1,4º de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que se requieren el concurso de los servicios sanitarios (art. 141.1 de la Ley 30/1992).

En el caso de la responsabilidad sanitaria, la lesión se puede derivar de “actuaciones llevadas a cabo por funcionarios en sentido estricto, pero también las diferentes autoridades, empleados o contratados de la Administración y en definitiva cualquier agente de la Administración, cualquier persona con diversos títulos se inserta en la organización administrativa aunque desempeñe sus funciones o actividades de modo ocasional, todo lo cual resulta de aplicación relevante para el personal sanitario en su más amplio sentido dependiente de los distintos Servicios Públicos de Sanidad, nacional o autonómicos, en España” como afirma la TS de 24 de enero de 2006²³ en la que se enjuicia un caso en el que una operación fue ejecutada por un médico interno residente.

Muchos problemas surgen en este ámbito, ya que, aunque el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración es objetivo, esta objetividad no implica que todos los daños producidos en los servicios sanitarios deban ser indemnizados. El Servicio de Salud tiene la obligación de atender adecuadamente al paciente, no de garantizar su curación, ya que la actividad que se realiza es de medios, no de resultado.

²³ N° de recurso 2777/2001.

Para evitar que la Administración se convierta en una aseguradora universal de todos los daños causados en sus instalaciones, la jurisprudencia ha creado ciertos límites que atenúan esta responsabilidad objetiva.

Se aplica el criterio de la *lex artis ad hoc*, por el cual solo existe responsabilidad si la intervención o respuesta del servicio se ha desviado de los conocimientos disponibles o de los protocolos establecidos, haciendo una interpretación razonable de las circunstancias. En este caso, es el afectado quien debe probar que existió esta desviación. Otro criterio que utiliza la jurisprudencia para saber si hubo responsabilidad, consiste en la existencia obligatoria de consentimiento informado por parte del paciente de los riesgos de una intervención. Asimismo, aplica el criterio la doctrina del daño desproporcionado o resultado clamoroso, cuando existe un resultado totalmente inesperado y dañoso, no explicado de una manera razonable por la Administración sanitaria que lo ha cometido, por el cual se presume una conducta negligente de ésta, contraria a la *lex artis*. En este caso, es la Administración quién asume la carga de la prueba.

Debido a la multitud de reclamaciones de responsabilidad y sentencias estimatorias en este ámbito, se ha introducido mediante el artículo 141.1 LRJAPAC una nueva regla: “No serán indemnizables los daños que deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”. Esta norma ha sido consecuencia de la jurisprudencia existente en casos de responsabilidad por contagio de hepatitis C o SIDA, dónde se utiliza como criterio para declarar la existencia de responsabilidad, el hecho de que la transfusión fuera realizada después del descubrimiento y de la comercialización de los reactivos que permitían testar en la sangre la existencia de estas enfermedades. Sin embargo, hoy en día, tiene un criterio interpretativo más general, afectando a diferentes ámbitos, no únicamente al sanitario.

Por último, la jurisprudencia reciente, ha venido matizando la doctrina tradicional de la *lex artis* con la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, por razones de equidad. Esta teoría afirma que existe responsabilidad cuando el resultado dañoso o lesión se podría haber evitado con un tratamiento o praxis conocida y aplicable aunque

no sea generalizada como se afirma en la STS 7 de febrero de 2012²⁴. Esta “oportunidad perdida” debe ser cierta y concreta, ser una probabilidad consistente y justificable de curación con método distinto al utilizado y no una mera hipótesis

A. CONCEPTO DE *LEX ARTIS*

Como se afirma en la STS de 4 de julio de 2007²⁵: “El principio de responsabilidad objetiva de la Administración, no puede entenderse en materia sanitaria en términos tendentes a justificar en cualquier caso, la necesidad de obtener resarcimiento indemnizatorio de cualquier resultado producto de la Administración sanitaria”. Por ello, la Jurisprudencia ha creado esta regla correctora en aras de evitar que la Administración sanitaria se convierta en una aseguradora universal de todos los riesgos posibles derivados de la actuación sanitaria.

El concepto de *lex artis* lo define GALLARDO CASTILLO M.,²⁶ como: “el conjunto de reglas y preceptos útiles para hacer una cosa o para practicar una Ciencia o incluso el conjunto de contenidos de carácter ético y técnico-científico que son de aplicación necesaria en el ámbito de la actividad profesional y que se despliegan de forma particular en cada caso concreto”. Sin embargo, esto no es suficiente y se exige que la técnica sea la adecuada a las circunstancias de cada caso concreto, denominándose *lex artis ad hoc*, en el que se tienen en cuenta los criterios de actuación, de disponibilidad de medios y recursos del Centro en el que se ejerce la Medicina, las especiales características del médico, la complejidad del caso, diagnóstico del paciente y su historia clínica y los específicos de cada caso concreto.

Para el cumplimiento de este deber la Jurisprudencia exige ciertos requisitos. Se exige que se hayan utilizado cuantos remedios se conozcan en la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar dónde se produce el tratamiento, que se haya informado al paciente o a los familiares del mismo, cuando sea el caso, del diagnóstico del paciente, del pronóstico y de los riesgos de su tratamiento, sobre todo si es quirúrgico, de los medios que tiene el establecimiento, que se continúe con el

²⁴ N° de Recurso: 5608/2010

²⁵ N° de Recurso: 8368/2003

²⁶ GALLARDO CASTILLO M, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, pág. 17

tratamiento del enfermo hasta el momento en el que pueda ser dado de alta y en los supuestos de enfermedades o dolencias crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a cuidados preventivos que sean necesarios para la prevención del agravamiento de la dolencia.

El Consejo de Estado²⁷ en sus dictámenes, ha manifestado que, por ejemplo, para el cumplimiento de la *lex artis* en relación con las actuaciones de diagnóstico, se debe tomar en consideración: que los síntomas manifestados por el paciente sean correctamente diagnosticados teniendo en cuenta los medios materiales disponibles o cuya disponibilidad cabría exigir y la remisión a un facultativo especialista en el caso de que fuera necesario.

Es muy ilustrativa en este caso la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de TS de julio de 2008²⁸ en la que se afirma: “en ámbito de las prestaciones médicas, a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso.

Para los Jueces es difícil apreciar cuando se ha actuado conforme a la *lex artis*, debido a su inexperiencia en el campo de la Medicina. Para favorecer su valor se han comenzado a utilizar los protocolos médicos, cuyo objetivo es establecer el conjunto de recomendaciones sobre los procedimientos que deben llevarse a cabo con pacientes con un mismo cuadro clínico, así como el tratamiento y la actitud terapéutica más adecuada ante un problema de salud. GALLARDO CASTILLO M²⁹, se refiere a ellos como “una especie de *lex artis* codificada”.

Los protocolos constituyen una aproximación al estado actual de conocimientos de la Ciencia y de la técnica, ya que se basan en directrices y recomendaciones que un grupo de expertos establecen para mejorar la eficacia y la calidad de la actuación médica.

²⁷ Memoria del Consejo de Estado de 2005, página 156.

²⁸ N° de recurso 4776/2004.

²⁹ GALLARDO CASTILLO M, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, pág. 24.

Por todo ello, son de gran utilidad para los Juzgadores, ya que le orientan sobre el modo de proceder más adecuado ante un determinado cuadro clínico, aunque como son una “recomendación” al personal sanitario, no constituyen un método probatorio strictu sensu.

B. CRITERIOS CORRECTIVOS DE LA *LEX ARTIS*.

a. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO:

Para la que una actuación sea considerada conforme a la *lex artis ad hoc*, debemos observar que la actuación médica se ajuste a los parámetros de normalidad que se encuentran recogidos en los protocolos médicos y que se ha cumplido con el deber de información al que tiene derecho el paciente.

En virtud del artículo 10.5 de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, el paciente tenía derecho “a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

Este precepto fue derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En ella se define el consentimiento informado como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”. Se regula este consentimiento con mayor amplitud que en la ley anterior y comprende el derecho a la información asistencial, que debe incluir la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y consecuencias, dejando constancia de la misma en la historia clínica. Los responsables de informar al paciente son el médico responsable y los profesionales que le atiendan, siendo la regla general la del consentimiento verbal con la excepción del consentimiento escrito en los casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y en los procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de previsible repercusión negativa sobre el paciente. Asimismo, el consentimiento es libremente revocable por escrito. También se regula la

posibilidad, de realizar intervenciones clínicas indispensables sin consentimiento en los casos excepcionales de riesgo y el consentimiento por representación.

La acreditación de que ha existido consentimiento es un deber de la Administración, por lo que, aunque el consentimiento verbal es válido, debe dejarse constancia del mismo.

En la jurisprudencia se viene diferenciando entre la cirugía asistencial o curativa, que sirve para poner freno a una enfermedad, y la cirugía satisfactiva, siendo ésta utilizada para lograr una transformación satisfactoria en el cuerpo, como puede ser la cirugía estética. En el segundo tipo de operaciones, el deber de información es más intenso, ya que la omisión de la información sobre los posibles riesgos, supone una injerencia en el derecho de autodeterminación del paciente, ya que de haberlos sabido, podría haber desistido de la operación, ya que ésta no era necesaria para su salud.

Sin embargo, es muy importante dejar claro que la ausencia de consentimiento informado no supone obligación de indemnizar si no existe un daño que cumpla los requisitos para que se dé la responsabilidad, ni la existencia del mismo excluye en todo caso la responsabilidad.

Una sentencia muy interesante sobre medicina curativa es la STS de 4 de abril de 2000³⁰. En este caso, el recurrente fue sometido a una intervención quirúrgica para corregir la coartación aórtica congénita que padecía. Como consecuencia de esa intervención le quedaron secuelas permanentes de hemiplejía en extremidades inferiores. Se le consiguió corregir la coartación aórtica, pero como consecuencia de la operación se le causó un daño superior, ya que quedó inválido a los diecisiete años. Se declara probado que los profesionales han actuado conforme a la *lex artis*, sin embargo afirma que: “el derecho a la asistencia sanitaria no se agota en la prestación de atenciones médicas y farmacéuticas, sino que incluye el derecho esencial de información previa al sometimiento a cualquier intervención quirúrgica de forma clara y comprensible para el enfermo o para su representante legal, con la advertencia de los riesgos y señalando los posibles tratamientos médicos alternativos y, en todo caso, solicitando el preceptivo consentimiento previo a la intervención”.

Sin embargo, desde la Administración no se demostró que se hubiese informado a los responsables del menor sobre los riesgos que se corrían con la intervención. Como se

³⁰ N° Recurso: 8065/1995

afirma por los representantes legales de los padres del menor: “ la falta de demostración de este último extremo equivale a tener por probado el incumplimiento de este deber, en virtud del principio de la carga de la prueba”.

El Tribunal Supremo hace en esta sentencia una reflexión muy interesante sobre el consentimiento informado: “en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo”.

Por otro lado, la STS de 3 de octubre de 2000 trata sobre un caso de medicina satisfactiva, una vasectomía con posterior paternidad. Se alega falta de información al paciente, ya que faltaba la autorización por escrito, sin embargo, se hace constar en el expediente que se le da información respecto a la irreversibilidad de la operación, el porcentaje de recanalizaciones, los riesgos, la posibilidad de infección... En este sentido afirma la sentencia: “la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba”.

Es muy ilustrativa la diferencia que se hace entre la medicina curativa y la satisfactiva: “la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la

obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención”

Asimismo, se afirma que: “en el caso de la medicina satisfactiva, la obligación de informar y el consentimiento del paciente adquieren perfiles propios [...] Existe una intensificación de la obligación de informar al paciente tanto del posible riesgo inherente a la intervención, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención”.

b. EL ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS DE LA CIENCIA:

Mediante la reforma realizada en la LRJPAC por la Ley 4/1999 de 12 de enero, se modificó el artículo 141.1, en el que se dispone: “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular proveniente de daño que éste no tenga el deber jurídico de soportar. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que se puedan establecer por ley”.

Este precepto se aplica a supuestos verdaderamente imprevisibles e inevitables, porque a ellos no había tenido alcance a Ciencia médica, ya que se trata de un supuesto de exoneración de responsabilidad de la Administración y no puede ser usado arbitrariamente. Se ha aplicado, sobre todo, al contagio por transfusiones sanguíneas realizadas en hospitales públicos del virus del SIDA (VIH) y Hepatitis C (VHC), cuando todavía no se conocía la naturaleza exacta del virus y cuando no era posible testar la sangre, para detectar si estaba contaminada. Aunque, después ha sido aplicable a otros riesgos derivados del saber de la ciencia o de la técnica.

El problema existe en la determinación del estándar concreto de referencia. La cláusula del estado de los conocimientos especifica que no existe daño antijurídico cuando el contagio es anterior a la fecha de la comercialización a nivel mundial de los marcadores o reactivos que permitan detectar la presencia del virus en el plasma sanguíneo objeto de transfusión. La acreditación de esta fecha corresponde a la Administración y en

nuestra jurisprudencia se ha tomado como referencia en el caso de contagio de virus del SIDA, el año 1985 y en el caso de la Hepatitis C, entre finales de 1989 y diciembre de 1990.

El Consejo de Estado³¹ ha manifestado en sus dictámenes que; “el nivel o estándar de los servicios sanitarios exigible a las Administraciones Públicas es y debe ser el fruto del proceso democrático y constitucional de toma de decisiones, por lo que no puede pretenderse en una sociedad democrática que los servicios públicos presten necesariamente asistencia sanitaria conforme al estado tecnológico del arte o con servicios de carácter experimental cuyo costo sería tan elevado que harían insostenible económicamente el sistema, sin perjuicio de los supuestos en los que la ley obliga a prestar el tratamiento en servicios especializados nacionales o extranjeros por tratarse de aquellos en los que un análisis coste-beneficio se opta por no incorporar provisional o definitivamente la mejor tecnología médica disponible”.

En la Sentencia de 31 de mayo de 1999³², se trata un caso de contagio de Hepatitis C mediante una transfusión realizada el 25 de diciembre de 1975. En este caso, por razones temporales, no se puede aplicar el artículo 141.1 LPC. Sin embargo, el Tribunal afirma que esta regulación recoge un principio que ya se venía utilizando por la Jurisprudencia: “Además, que "estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes" no es estado de la legislación, pues es sabido que ésta -la legislación, el derecho positivo- va siempre detrás de los hechos, hasta el punto de que no es infrecuente que se modifique un texto legal para adaptarlo al progreso técnico. De aquí que para probar el estado de los conocimientos de la ciencia en un determinado momento no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia o no de una regulación legal aplicable al caso”.

En este caso, la Administración no acredita que el daño era imposible de evitar según el estado de los conocimientos existente en el momento de la transfusión, considerando que se trata de un supuesto de caso fortuito, por lo que declara la existencia de responsabilidad de la Administración.

Conviene recalcar el voto particular de esta Sentencia suscrito por dos magistrados. En su opinión, lo que debía enjuiciarse en este caso no es la existencia de caso fortuito o de

³¹ Memoria del Consejo de Estado de 2005, pág. 156.

³² N° de recurso: 2132/21995.

fuerza mayor, sino la existencia de antijuricidad del daño afirmando que “Del precepto contenido en el citado artículo 141.1, tanto en su redacción anterior como en la actual, y de los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, se desprende que las Administraciones Públicas no están obligadas a indemnizar aquellos daños que el perjudicado viene obligado a soportar y nos parece evidente que los daños derivados de una legítima actuación administrativa, que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, son un riesgo que el perjudicado debe soportar, pues lo contrario sería convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva o por resultado”. Asimismo, recuerdan que aunque la carga de probar el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, excepto que la situación sea notoria o se deduzca de los hechos admitidos por quien pretende la responsabilidad patrimonial, como ocurre en el caso enjuiciado.

Cuando la transfusión que causa el contagio se ha realizado con posterioridad a estas fechas, es evidente que la Administración actúa anormalmente y se encuentra obligada a indemnizar. Como ocurre en la STS de 5 de octubre de 2000³³, ya que en este caso la recurrente se contagia mediante una transfusión realizada en marzo de 1990. Esta sentencia resuelve un recurso para la unificación de la doctrina, en la que se determina que el “dies a quo” en los casos de enfermedades crónicas como la Hepatitis C se está ante un supuesto de daño continuado y el plazo de prescripción queda abierto hasta que se concrete el alcance de las secuelas.

c. DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO:

Esta doctrina se utiliza en el supuesto de que un acto médico produzca un resultado anormal, insólito, inusualmente grave en relación con los riesgos que comporta y con el cuadro clínico que trata de atender e incompatible con las consecuencias de una terapia normal. Existe responsabilidad por la existencia de título de imputación y de daño

³³ N° de recurso: 8780/1999.

antijurídico, ya que dada su entidad y carácter inusual, el paciente no tiene obligación de soportarlo.

En este caso, se invierte la carga de la prueba, es la Administración la que debe probar que el daño desproporcionado fue debido a causas externas a la actuación médica para exonerar su responsabilidad.

En la STS de 31 de enero de 2003³⁴ se afirma que: “el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa liquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”. Asimismo, afirma que, es el demandado, en este caso, el médico, quien debe probar que se actuó conforme a la ciencia médica: "el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión."

Para que se de esta responsabilidad deben concurrir cuatro factores. Por una parte, dentro de los factores de carácter objetivo, debe existir un evento dañoso, que normalmente no se produzca más que por conducta negligente y debe producirse en la esfera de la sanidad pública. Por otra parte, dentro de los subjetivos, debe existir una presumible ausencia de diligencia, que sea la causante del daño y la falta de intervención de la víctima en el daño.

Se trata de una deducción a sensu contrario: el resultado desproporcionado aparece incompatible con las consecuencias de una terapia conforme a la *lex artis* y de la

³⁴ Recurso 1897/1997.

anormalidad de dichas consecuencias puede deducirse que el médico no ha actuado de una manera diligente. Esta rareza del resultado, es la que provoca la presunción iuris tantum de responsabilidad de la Administración.

Sin embargo, no se debe entender como daño desproporcionado las graves secuelas ocasionadas por la actuación médica, si entran dentro de la misma y no son extraños a ella. Es muy representativa la STS de 17 de septiembre de 2012³⁵ en un caso de lesiones cerebrales de un recién nacido en un parto con fórceps, en el que se afirma: “En el caso presente, el sufrimiento fetal o la pérdida de bienestar fetal del feto representa una situación de riesgo muy grave, que motiva la actuación médica en las posibilidades que permitan avanzar y terminar el parto y , que puede generar daños que entran, desgraciadamente, dentro de los escenarios posibles que los avances de la ciencia médica no han podido desterrar del todo ni aún utilizando los mejores de los profesionales ni las posibilidades de detección más avanzadas. No hay daño desproporcionado atendiendo al resultado, ya que el mismo entra dentro de una esfera posible que se ha de evitar pero que no es posible en todos los caso, como desgraciadamente ha ocurrido”.

La jurisprudencia reciente ha extendido este supuesto cuando la Administración no da una explicación satisfactoria, trasladando la carga de la prueba a ésta como en la STS de 27 de junio de 2008³⁶: “Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión indemnizatoria; pero es igualmente claro que en un caso como éste, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido. Lo único que ha proporcionado son informes periciales, elaborados años más tarde, según los cuales no se darían todas las características habitualmente exigidas para hablar de "asfixia perinatal", la cual no sería exactamente lo mismo que "sufrimiento fetal agudo". Sólo esto no es suficiente para deshacer la única convicción razonable de que algo grave ocurrió estando ya la recurrente ingresada en el hospital”.

³⁵ Recurso 6693/2010.

³⁶ Recurso nº 3768/2004.

d. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD (*perte d'une chance*).

Como hemos dicho anteriormente, el concepto de *lex artis* incluye la aplicación de tratamiento adecuado y que ése se realice a tiempo. Ya que una asistencia sanitaria tardía o un error o retraso en el diagnóstico suponen una minoración en las expectativas de vida del paciente.

La pérdida de oportunidad, definida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como “la privación de expectativas” supone un daño antijurídico, ya que aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que en los servicios públicos de salud, al menos van a ser tratados con diligencia aplicando los medios disponibles y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias. Se da en casos en los que por la omisión de una ayuda diagnóstica, de un tratamiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un medicamento más competente o de una mala gestión de las listas de espera, se ha privado al paciente de una posibilidad de curación³⁷. Esta teoría se utiliza en casos en los que se ha producido un daño cierto, pero en los que no se puede afirmar con rotundidad que ese daño no se hubiera producido igualmente sin la acción u omisión de un tercero.³⁸

Se trata de una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis*, da una respuesta indemnizatoria en los casos en los que dicha quiebra no se ha producido pero ha existido un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. En este caso, el daño no es el material sufrido (empeoramiento de la enfermedad, agravación de condiciones o fallecimiento) sino la incertidumbre sobre lo que hubiera ocurrido si se hubiera seguido la *lex artis*, la posibilidad de que hubiera existido otro resultado. En este caso, existe una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, que se asemeja al daño moral y que es indemnizable. Por lo tanto, no se trata de indemnizar el padecimiento que el paciente sufría en el momento de reclamar, sino la privación de expectativas de curación que tenía en aquel momento.

³⁷ Memoria del Consejo de Estado de 2005, pág. 153

³⁸ GALLARDO CASTILLO M, “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad” en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, pág.37

Los requisitos para que concurra la pérdida de oportunidad son, por un lado, la existencia de una probabilidad suficiente de mejora o de curación de la enfermedad si se hubiera recibido una asistencia adecuada y por otro lado, la existencia de un daño cierto y no meramente eventual, futuro o hipotético. Además debe existir un nexo causal directo entre la falta de asistencia o error diagnóstico y la disminución de posibilidades de curación o de salvar la vida.

Normalmente, la pérdida de oportunidad resulta de difícil apreciación en la mayoría de ocasiones ya que, es una hipótesis de lo que hubiera ocurrido si se hubiera actuado de otro modo. Un factor determinante para el éxito de la reclamación es el grado de convicción de la prueba en cuanto a la relación de causalidad.

Para la fijación de la indemnización, se debe tener en cuenta que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación que deben ser indemnizadas, pero moderando el montante teniendo en cuenta de la probabilidad de que el daño se hubiera producido de igual manera aun habiéndose actuado de manera diligente³⁹ y teniendo en consideración si se han seguido los protocolos quirúrgicos o clínicos aplicables al padecimiento.

Un ejemplo de un caso dónde se da esta pérdida de oportunidad lo encontramos en la STS de 7 de marzo de 2007⁴⁰, se trata un caso en el que el paciente llega al centro de salud aquejado de un dolor de tórax, no relacionado con ninguna lesión previa ni con esfuerzo físico alguno. Los facultativos que le reconocieron no apreciaron patología alguna y le dieron el alta. El paciente falleció de camino a su casa.

El Tribunal interpretó de los hechos probados, que la actuación médica no fue más adecuada, ya que en este caso, los protocolos aconsejan someter a otras pruebas y controlar su evolución de modo más directo, teniendo en cuenta la valoración del electrocardiograma.

En el caso, se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada, pero tomando en cuenta que: “todos los informes son conformes en que, aún habiendo actuado de otro modo, no había seguridad de haber salvado la vida del paciente pues resulta que siempre se pudo producir el fallecimiento durante el traslado a

³⁹ Dictamen nº 397/2014 de la Comisión Permanente del Consejo consultivo de la Comunidad de Madrid.

⁴⁰ Recurso 5286/ 2003

un Centro donde se dispusiera de los medios necesarios para intentar salvar la vida del esposo de la recurrente. Así pues, lo que debe ser objeto de indemnización es la posibilidad (que no deja de ser una hipótesis) de que, habiendo actuado con arreglo al protocolo previsto en el caso concreto, se hubiera podido obtener otro resultado distinto al que finalmente se produjo. Por esa razón, al tratarse de la indemnización de una simple posibilidad, lo procedente es que el importe a indemnizar se atempere prudentemente a las circunstancias y al concepto a indemnizar”

En su memoria de 2005, el Consejo de Estado, el supremo órgano consultivo del Gobierno de España, emitió informe sobre la pérdida de oportunidad. En él se explica cómo tanto en derecho comparado, como en la jurisprudencia se ha ido asentado progresivamente esta doctrina muy susceptible de debate público, ya que se trata de saber cuál habría sido el resultado final si no se llega a producir la causa del daño. Puede ocurrir que el resultado cambiase o que hubiera sido el mismo, teniendo en cuenta la condición del paciente y la evolución de su enfermedad, por lo que la pérdida de oportunidad, es de muy difícil valoración.

El método de cálculo de la indemnización es de gran dificultad, debido a que se deben calcular las probabilidades que tenía el paciente de obtener la curación o mejoría con una conducta médica diligente, evitando así el resultado dañoso. GALLARDO CASTILLO⁴¹ afirma que la pérdida de oportunidad no debe considerarse ni daño moral ni lucro cesante, por lo que no debe utilizarse el método de valoración discrecional para su indemnización. Ésta debe calcularse en proporción a las expectativas de obtener la situación de ventaja que se perdió, esto es, deberá realizarse un análisis de la situación en la que se encontraba la víctima al producirse el hecho dañoso que frustró su oportunidad de conseguir la ventaja pretendida, para después poder determinar las probabilidades de conseguirla. La indemnización solo puede valorar el porcentaje de oportunidad de haber evitado el daño, por lo que la doctrina y la jurisprudencia han optado por calcular la indemnización, multiplicando al daño sufrido por el paciente el coeficiente de probabilidad de que éste no hubiera ocurrido.

En España, tanto los Tribunales Contencioso-Administrativos como el Consejo de estado ya han incorporado la pérdida de oportunidad a su doctrina. Asumiendo que, en

⁴¹ GALLARDO CASTILLO M, “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad” en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, págs. 57-63

general, el mero retraso o equivocación en el diagnóstico no conlleva automáticamente la pérdida de oportunidad, sino que debe valorarse en cada caso concreto su existencia.

Sin embargo, esta doctrina también tiene importantes desventajas como reconoce MIR PUIGPELAT⁴² Se corre el riesgo de que se aplique de forma abusiva y se emplee para eludir la prueba del nexo causal, beneficiando indebidamente a las víctimas (cuando se les conceda una indemnización en supuestos en los que, de haberse practicado la prueba, se concluyese que aun habiendo actuado la Administración correctamente no se hubiera evitado el daño) o perjudicándolas, ya que la indemnización que se concede, suele estar reducida. Además, es muy complicado en la práctica determinar el porcentaje de la evitación del daño, por lo que muchos Tribunales han fijado en sus Sentencias directamente cuantías a tanto alzado sin motivación, infringiendo los principios de igualdad jurídica. Además, esta teoría no tiene base normativa, es una creación jurisprudencial, por lo que solo se aplica en determinadas ocasiones, por determinados Tribunales y siguiendo, en algunos casos, diferentes criterios.

⁴² “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en la obra colectiva: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: crisis y propuestas para el siglo XXI*, págs.45-47.

IV. CONCLUSIONES:

El instituto de responsabilidad patrimonial consagrado constitucionalmente se encuentra regulado en el artículo 106.2 de la Carta Magna. Nació para reparar los perjuicios causados a los ciudadanos por la Administración como consecuencia de su actividad o pasividad y siendo actualmente, un principio básico del derecho administrativo. Se trata de una exigencia a las Administraciones y un derecho de los ciudadanos.

Según lo establecido en el artículo 139.1 de la LRPJ, esta responsabilidad es directa, ya que no se responde subsidiariamente, y objetiva, ya que se debe responder del daño con independencia de si se ha causado por el funcionamiento normal o anormal de la Administración. Siendo éste, uno de los sistemas más generosos de Europa.

Sin embargo la Jurisprudencia ha intentado corregir los excesos de este generoso sistema y ha venido modulando, el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, negando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier daño que se pueda producir en su seno, ya que, esto supondría convertirla en una aseguradora universal de todos los riesgos que corren los administrados.

Esta tendencia de subjetivación del sistema se ha observado muy claramente en el ámbito sanitario. En este ámbito, es frecuente que aunque la Administración haya actuado de la manera más correcta posible, esto es, conforme a la *lex artis*, se produzca un resultado desfavorable en el enfermo, ya que no es posible garantizar, en todo caso la salud o la sanidad del paciente. Por lo tanto, se ha limitado la responsabilidad a supuestos de funcionamiento anormal, utilizando el criterio de la *lex artis* para valorar la corrección de los actos médicos.

Sin embargo, esta subjetivación es meramente jurisprudencial, no se encuentra regulada en ninguna ley. Por lo que, en ciertos casos similares, se han dado respuestas muy diferentes, debido a los excesivos márgenes interpretativos de los que disponen los Jueces.

En mi opinión, resulta necesario realizar una reforma en profundidad del régimen legal de responsabilidad patrimonial objetivo previsto en la LRJP, teniendo en cuenta el camino que lleva la doctrina del TS, aproximándolo a un sistema de responsabilidad únicamente por funcionamiento anormal, añadiéndole ciertas excepciones por

funcionamiento normal, que deben estar tasadas y acotadas como sostiene MIR PUIGPELAT⁴³. Ya que, aunque, en el ámbito sanitario es lógico pensar que la Administración no debe indemnizar por todos los perjuicios que sufran los administrados si se ha seguido la *lex artis*, para los ciudadanos, puede resultar contradictoria la regulación existente en la LRJP y la dada por los Tribunales. Asimismo, convendría regular la doctrina de la pérdida de oportunidad sanitaria y del daño desproporcionado, para dar a los Tribunales un criterio sólido sobre el que basar sus Sentencias.

⁴³ “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en la obra colectiva: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: crisis y propuestas para el siglo XXI*, págs.35-38.

V. BIBLIOGRAFÍA:

- ALARCÓN SEVILLA V, (2009) “La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria” en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia* nº 27, págs. 305-330.
<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/20583/1/La%20responsabilidad%20opatrimonial%20en%20la%20administracion%20sanitaria.pdf>
- BELLO JANEIRO D., (2009) *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Madrid, Editorial Reus,.
- COSCULLUELA MONTANER L., (2005) *Manual de Derecho Administrativo, Tomo I*, Decimosexta edición, Madrid, Editorial: Thomson Civitas.
- FERNÁNDEZ FARRERES G., *Sistema de Derecho Administrativo II*, Segunda edición, Editorial Aranzadi, Madrid, 2014.
- GALLARDO CASTILLO, M, (2009) *Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Barcelona, Editorial Bosch
- Gallardo Castillo M., (2015) “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad” en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, págs. 35-66.
- GARCÍA DE ERRENTERIA, E. (2007) *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Civitas,
- GARCÍA DE ERRENTERÍA E. y FERNÁNDEZ T., (2011) *Curso de Derecho Administrativo II*, Duodécima edición, Editorial Aranzadi, Pamplona,.
- Guichot Reina E., Carrillo Donaire J., López Menudo F., (2012), “Responsabilidad administrativa”, en *Justicia Administrativa* nº55, págs. 199-204.
- Guichot Reina E., Carrillo Donaire J., López Menudo F.,(2012), “Responsabilidad administrativa”, en *Justicia Administrativa* nº56, págs. 181-185
- Guichot Reina E., Carrillo Donaire J., López Menudo F.,(2012) “Responsabilidad administrativa”, en *Justicia Administrativa* nº57, págs. 209-2015.
- Guichot Reina E., Carrillo Donaire J., López Menudo F.,(2012) “Responsabilidad administrativa” en *Justicia Administrativa*, nº58, págs. 161-167
- Guichot Reina E., (2014), “Responsabilidad administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº162, *Crónicas de Jurisprudencia*, págs. 177-189.
- Guichot Reina E., (2014), “Responsabilidad administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 164, *Crónicas de Jurisprudencia*, págs. 193-200.
- Guichot Reina E., (2014), “Responsabilidad administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 166, *Crónicas de Jurisprudencia*, págs.. 177-184.

- LOPEZ MENUDO F, GUICHOT REINA E, CARRILLO DONAIRE J., (2005) *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Valladolid, Editorial Lexnova.
- Memoria del Consejo de Estado de 2005, págs. 153-177
- MIR PUIGPELAT, O. “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración” en la obra colectiva: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación democracia y Gobierno local, págs.33-60.
http://www.ub.edu/dadmin/OriolMir/Publicacions/Mir_Propuestas_reforma_responsabilidad.pdf
- PARADA VÁZQUEZ., R., (2014) *Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa*, 2º edición, Madrid, Open ediciones universitarias,
- SÁNCHEZ GARCÍA, M (2013) “Evolución Jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria” en *DS: Derecho y Salud n° 23, n° extra 1*, págs. 189-205.
<http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/evolucion-jurisprudencial-de-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-sanitaria>
- SÁNCHEZ MORÓN M. (2014), *Derecho Administrativo*, Parte General. Madrid, Editorial Tecnos.