



ZUZENBIDE
FAKULTATEA
FACULTAD
DE DERECHO

Zuzenbideko Gradua 2021/2022 ikasturtea

Gradu Amaierako Lana

OSASUN-ADMINISTRAZIOAREN ONDARE-ERANTZUKIZUNA

Egilea

Leire Álvarez Bengoechea

Zuzendaria

María Carmen Agoues Mendizabal

AURKIBIDEA

I. SARRERA	4
II. ADMINISTRAZIOAREN ONDARE-ERANTZUKIZUNA	5
1. Araudia	5
2. Erantzukizunaren eskakizunak	6
A. Lesio ordaingarria	7
B. Administrazioari egoztea	8
C. Kausalitate harremana	10
D. Ezinbesteko kasua eta ezusteko kasua	10
III. ADMINISTRAZIOAREN ERANTZUKIZUNA OSASUN ARLOAN	12
1. <i>Lex artis</i> eta <i>lex artis ad hoc</i>	13
2. Baimen informatua	16
A. Informatua izateko eskubidea eta baimena emateko eskubidea	17
B. Baimen informatuaren urraketa	18
3. Aukera-galeraren doktrina jurisprudenziala	21
A. Kontzeptua	21
B. Kasu adierazgarriak	25
4. Neurritz kanpoko kaltearen doktrina jurisprudenziala	27
A. Kontzeptua	27
B. Froga kargaren inbertsioa	30
IV. COVID-19AREN GARAIKO ERREKLAMAZIOAK: EZINBESTEKO KASUA, ZIENTZIAREN EGOERA EDO AUKERA-GALERA	31
V. KONKLUSIOAK	34

V. BIBLIOGRAFIA 36

I. SARRERA

Gradu Amaierako Lan honek Administrazio Publikoen ondare-erantzukizunari buruz jardungo du, eta, zehazkiago, erantzukizun hori osasun arloan aplikatzeari buruz.

Ondare-erantzukizunaren instituzioa jasota dago 1978ko Espainiako Konstituzioan eta Sektore Publikoaren Araubide Juridikoaren urriaren 1eko 40/2015 Legean¹ (LRJSPan), eta garrantzi handia du Administrazioak bere eginkizunak betetzean herritarrei eragindako kalteak konpontzeko figura gisa ezartzen delako. Osasun arloari dagokionez, jakin behar da gero eta garrantzi handiagoa eskuratu duela Administrazioaren erantzukizunak arlo horretan. Horregatik, garrantzitsua da osasun arloko ondare-erantzukizuna osatzen duten kasuak eta berezitasunak definitzea, erantzukizun hori legez ezarritako izaera objektibotik aldentzen delako, eta babestutako ondasun juridikoak funtsezkoak direlako, hala nola osasuna, bizitza eta autonomia-eskubidea.

COVID-19 pandemiaren eraginez Administrazioaren aurkako erantzukizun-erreklamazioen gorakada nabarmena da eta horrek eraman nau gai hau aztertzerara. Pandemiaren ondorioz, osasun publikoa kolapsatuta geratu zen, COVID-19a zuten pazienteen tratamenduan zentratu zen gehienbat, eta kasu askotan osasun-zerbitzuak alde batera utzi ziren. Horrela, arreta medikoa telematikoki ezarri zen, eta gainerako gaixotasunen diagnostikoa eta tratamendua neurri handi batean murriztu ziren. Hori dela eta, ez da harritzekoa datozen urteetan epaitegiek eta auzitegiek erantzukizun-erreklamazioak jasotzea.

Doktrinaren eta jurisprudentziaren garapena aztertu ondoren, lana hiru zatitan banatuko da. Lehenengoak ondare-erantzukizunaren figura orokorra jorratuko du, haren erregulazioa eta hura sortzeko bete behar diren baldintzak azalduz. Bigarrena osasun-administrazioaren ondare-erantzukizunean eta eremu hori zehaztu eta subjektibizatzeke sortutako teorietan zentratuko da. Azkenik, hirugarrenak osasun-administrazioak pandemia-garaian izandako jarduketaren ondoriozko ondare-erantzukizunagatiko erreklamazioak nola ebatziko diren ikertuko du.

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

II. ADMINISTRAZIOAREN ONDARE-ERANTZUKIZUNA

Jakina denez, Administrazioak ahalmen eta prerrogatiba batzuk ditu bere eginkizunak betetzeko. Egoera horren aurrean, Administrazio zuzenbideko berme sistema bat sortu zen ahal horiek nolabait mugatzeko. Hala, Administrazioa legezkotasun-kontrolaren eta ondare-erantzukizunaren mende geratu zen; hau da, Administrazioa jardun dezake legeari men eginez edota jardun dezake, baina ondoren eragindako kalteak ordaindu behar ditu².

Administrazioaren ondare-erantzukizuna Administrazioak daukan kalte-ordaintzeko legezko betebeharra da. Hura sortzen da Administrazioak bere jardueren ondorioz beste zuzenbide-subjektu batzuei kalteak eragiten dizkienean beraien eskubide edo interes legitimoetan³. Hala ere, kontzeptu horren barruan ez dira sartu behar: a) Administrazioak kontratuzko obligazio bat urratzeagatik ematen duen kalte-ordaina, b) nahitaezko desjabetzea ondorioz emandako kalte-ordainak edota c) legeak berak ezartzen dituen kalte-ordainak⁴.

1. Araudia

Espainiako Konstituzioaren (EKren) 9.3. artikulua Administrazioaren erantzukizuna aurreikusten du modu orokor batean. Ondoren, modu zehatzago batean, ondare-erantzukizuna arautzen da EKren 106.2. artikuluan. Artikulu horren arabera *partikularrek, legeak finkatutako eran, eskubidea izango dute beren ondasun eta eskubideetan izandako kalte guztien ordaina jasotzeko, ezinbesteko kasuetan izan ezik, baldin eta kalte horiek herri-zerbitzuen jardunbidearen ondorioz gertatu badira*. Hau garatu da 40/2015 Legeko 32.1. artikuluan. Azken artikulua horretan zehazten da kaltea zerbitzu publikoen funtzionamendu ohiko edo ezohikoaren ondoria izan behar duela. Halaber, ezinbesteko kasuarekin batera, beste salbuespen bat gehitzen du erantzukizuna eragozten duena; alegia, *partikularrek legearen arabera egin behar juridikoz jasan behar dituen kalteak direnean*.

Bere aurrekariak (30/1992 Legeak) bezala 40/2015 Legeak ere erantzukizun zuzen eta objektiboko eredu bati jarraituz arautzen du erakunde hau. Erantzukizuna zuzena izateak esan nahi du partikularrek, beraien eskubideen urraketaren aurrean, Administrazio Publikoaren

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. eta FERNÁNDEZ, T-R. (2020): *Curso de derecho administrativo II*. 16 ed. Thomson-Civitas. Navarra. 384 orria.

³ SÁNCHEZ MORÓN, M. (2021): *Derecho administrativo. Parte general*. 17 ed. Tecnos. Madrid. 947 orria.

⁴ *Ibid.*

kontra jo behar dutela, eta ez honen menpe lan egiten duten agintari edo langileen kontra (36.1. art LRJSP). Hala ere, kalte-ordaina ordaindu ondoren, Administrazioak ofizioz dagokion agintari edo langilearen kontra egin dezake, baldin eta horren dolo, kulpa edo zabarkeria astuna frogatzen badu (36.2. art LRJSP). Erantzukizuna objektiboaren oinarria, berriz, Legeko 32.1. artikuluan aurkitu daiteke. Horren arabera Administrazioaren erantzukizuna egongo da partikularrak *jasotako lesio ororengatik, baldin eta lesio hori zerbitzu publikoen funtzionamendu ohiko edo ezohikoaren ondorioz sortu bada*; ez da beharrezkoa, beraz, dolorik, errurik edo zuhurtziagabekeriarik egotea; Administrazioaren egite edo ez-egite batek kaltea eragitea hartzen da kontuan bakarrik⁵.

Hala ere, izaera objektiboaren inguruan hainbat eztabaida egon dira doktrinan zein jurisprudenzian. Horren ildotik, Auzitegi Gorenak behin eta berriz errepikatu du erantzukizunaren izaera objektiboak ez dituela Administrazio Publikoak “aseguratzaile unibertsalak” bihurtzen⁶ arrisku guztien aurrean, eta osasun arloan, zehazki, ez da nahikoa lesio baten gertapena frogatzea, *lex artis*aren irizpidea ere kontuan hartu beharko da.

2. Erantzukizunaren eskakizunak

Administrazioaren ondare-erantzukizuna ezartzeko eta erreparazio eskubidea sorrarazteko, LRJSPk zenbait baldintza jasotzen ditu:

1. Lesio ordaingarria
2. Administrazioari egoztea
3. Kausalitate-harremana

Ildo horretatik, Auzitegi Gorenaren jurisprudentziak honako hauek hartu ditu Administrazio Publiko baten ondare-erantzukizuna deklaratzeko ezinbesteko baldintzatzat:

a) la existencia de una lesión sufrida por el particular en sus bienes o derechos que sea antijurídica, esto es, que no tenga obligación de soportar, y que sea real y efectiva, individualizable, en relación a una persona o grupo de personas, y susceptible de valoración económica; b) que la lesión sea imputable a la

⁵ ESTEVE GIRBÉS, J. (2021): «El mito de la responsabilidad objetiva global de la administración pública (pandemia por coronavirus como oportunidad para una reevaluación del sistema)», Revista Aragonesa de Administración Pública, 57 zk., 47 orria.

⁶ STS 4521/2021 zk.-ECLI:ES:TS:2021:4521, abenduaren 1ekoa, OJ 2, besteak beste.

Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, entendido éste como toda actuación, gestión, actividad, o tarea propia de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad; y c) que exista una relación de causa-efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que concurra fuerza mayor⁷.

A. Lesio ordaingarria:

Administrazioak eragindako edozein kalte ez da automatikoki kalte-ordaingarria; legearen arabera lesio hori antijuridikoa, benetan gertaturikoa, ekonomikoki ebaluagarria eta indibidualizagarria izan behar du (32.2 art. LRJSP).

Kalte antijuridikoa: Erantzukizuna objektiboa den heinean, alde batera uzten da jokabidearen antijuridikotasunaren auzia⁸ eta kaltea antijuridikoa izatea eskatzen da; hau da, *partikularrak legearen arabera eginbehar juridikoz jasan behar dituen kalteak ez izatea* (34.1 art. LRJSP).

Partikularrek jasan behar dituzten kalteen adibide argiak dira, besteak beste, legeak berak ezartzen dituenak, Administrazioaren legezko egintza batek sortzen dituenak edota kontratu batetik eratortzen direnak. Kaltea jasateko betebeharra egongo da ere Administrazioaren jarduketa diskrezional baten ondorio denean, betiere zentzuaren eta proportzionaltasunaren irizpideak zaintzen badira. Halaber, jasateko beharra egongo da lesioa zerbitzu publiko batekiko harremanetik eratorritako arrisku normalaren ondorio denean⁹.

Egoera hauen aurrean 34.1. artikularen amaieran salbuespen bat jasotzen da: *ez da kalte-ordainik jasoko kalteak ondorioztatzen direnean egitate edo inguruabar batzuetatik, zeinak ezin baitziren aurreikusi edo saihestu kalteak gertatu ziren unean zeuden zientzia- edo teknika-ezagutzen egoeraren arabera.*

Froga-kargari dagokionez, Auzitegi Gorenak behin eta berriz adierazi du erreklamaziogileak frogatu behar duela kaltearen sorkuntza.

Benetan gertaturikoa: Kaltea benetakoa eta eraginkorra izan behar da; alegia, ez dira kalte-ordaingarriak izango kalte hipotetikoak edo etorkizunekoak, ezta espektatiba edo

⁷ *Ibid.* OJ 1.

⁸ ESTEVE GIRBÉS, J. *op. cit.* 58 orria.

⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M. *op. cit.* 960 orria.

susmo hutsean oinarrizten direnak ere¹⁰. Hitz gutxitan esanda, kaltea dagoeneko gertatutakoa izan behar da. Hala eta guztiz ere, espektatiba ekonomikoak gauzatzeko aukera oso handiak direnean, espektatiba horiek kalte-ordaingarriak izango dira¹¹.

Froga-kargari dagokionez, erreklamaziogilea izango da kalte material eta eraginkorra justifikatu behar duena.

Ekonomikoki ebaluagarria: Kaltea antijuridikoa eta benetan gertaturikoa izateari, ekonomikoki ebaluagarria izatea gehitu behar zaio; izan ere, ebaluagarria izatea beharrezkoa da kalte-ordaina kalkulatzeko. Behin ebaluagarria dela egiaztatuta, kontuan hartuko beharko da kaltearen izaera; hau da, kaltea ondarezkoa, pertsonala edo morala den. Azkeneko bi kalte horien balorea zehaztea izango da zaila. Argi dago, orokorrean, ondare ondasun eta eskubideen gaineko kalteen balioa horien balorea merkatua izango dela. Aitzitik, kalte pertsonalak eta moralak ez dira hain errazak kalkulatzeko. Alde batetik, pertsonok onartzen dugu batzuetan horrelako kalteek sortutako sufrimendua arindu daitekeela kalte-ordain baten bidez, adibidez, beso bat haustean; beste aldetik, beste kalte batzuk daude bere izaerarengatik ebaluatzeko eztabaidagarriak diren irizpideak erabili behar direla; hala nola, bizitzan jasandako kalteak¹².

Indibidualizagarria: Azkenik, pertsona edo talde mugatuei eragin behar die, eta hauei gehiegizko sakrifizioa edo sakrifizio berezia ekarri¹³. Ez da erantzukizunik egongo, beraz, izaera orokorrez Administrazioak administratuei eragiten dizkien kalteengatik.

B. Administrazioari egozte

Administrazioaren erantzukizuna sortzeko lesio ordaingarria Administrazio Publikoei egotzi behar zaie. Hau da, pertsona bati eragindako kaltea konpontzkeo betebeharra Administrazioari egotzi behar zaio, pertsona horren eta Administrazioaren harremanean

¹⁰ *Ibid.* 961 orria.

¹¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2018): *Principios de derecho administrativo general*, Volumen II. 5.ed. Iustel. Madrid. 433. orria.

¹² *Ibid.*

¹³ SÁNCHEZ MORÓN, M *op. cit.* 962. orria.

oinarrituta¹⁴. Oro har, bigarren urrats honetan, kaltea eragiten duen subjektua eta hura sortzen duen jarduera zehazten dira¹⁵.

Kaltea eragiten duen subjektuari dagokionez, Administrazioaren erantzukizuna egoteko kaltea Administrazioarentzat lan egiten duen pertsona batek eragin behar du, kontuan hartu gabe funtzionarioa den, izaera laborala duen, bitartekoa den, edo konfiantza politikoko karguen edo organoen titularra den, betiere administrazio-eginkizunak betetzen ari bada¹⁶. Era berean, aipatu behar da, kaltea Administrazioari egotzeko ez dela beharrezkoa kaltea eragin duen agente zehatza aurkitzea. Are gehiago, LRJSPko 35. artikulua araberan, *Administrazio publikoek izaera pribatuko harremanetan dihardutenean, dela zuzenean dela zuzenbide pribatuko entitate baten bitartez, 32. artikuluan eta hurrengoetan ezarrita dagoenaren araberan eskatuko da haien erantzukizuna, are zuzenbide pribatuko subjektuek ere parte hartu dutenean edo erantzukizuna zuzenean eskatzen zaionean Administrazioak jarduteko bitarteko gisa erabiltzen duen zuzenbide pribatuko entitateari edo Administrazioaren erantzukizuna estaltzen duen entitateari*. Alabaina, kontratistek edo emakidadunek eragindako kaltea ez zaio Administrazioari egotziko, baldin eta ez bada haren berehalako eta zuzeneko agindu baten ondorio edo hark egindako proiektuaren akatsen ondorio (32.9. art. LRJSP).

Erantzukizuna edozein Administrazio-jardueratik ondoriozta daiteke: erregelamendu edo xedapen orokor batetik, Administrazio-egintza formal batetik, ez-egite batetik edota jarduera material batetik¹⁷. Osasun-administrazioaren kasuan, bereziki, azkenekoak izango du garrantzia, betiere behin eta berriro errepikatu den bezala, zerbitzu publikoen funtzionamendu ohikoa edo ezohikoan oinarrituz.

Funtzionamendu ezohikoak ez du bakarrik barnebiltzen legez kontrako jarduera edo jokabide bat, barruan sartzen dira ere desagokiak diren jarduerak, dela bere agenteen dolo edo kulpagatik, dela zerbitzuaren antolamendu akastun delako, edota Administrazioari galdagarri ez zaizkionak. Hori aztertzeko, kasu bakoitzaren inguruabarrak ikusatu eta zerbitzuari dagokion momentuko kalitate estandarrak kontuan hartu beharko dira¹⁸. Funtzionamendu ohikoan oinarritutako erantzukizuna, berriz, ez da hain maiz agertzen, eta doktrina, ia salbuespenik gabe, bat dator esatean Administrazioari kalteak egotzeko funtsezko titulua

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. eta FERNÁNDEZ, T-R. *op. cit.* 412 orria.

¹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *op. cit.* 435 orria.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M. *op.cit.* 966. orria.

¹⁸ *Ibid.* 968. orria.

funtzionamendu ezohikoa dela eta izan behar duela¹⁹, baina kasu batzuetan, ezohikotasunik gabe, kalte-ordaina emateko betebeharra sortzen da ere. Kasu horiek dira, adibidez, sakrifizio berezi bat gertatu bada, edo Administrazioak arrisku espezifiko bat sortu badu, zehazki, ondare jakin bati eragiten diona²⁰.

C. Kausalitate harremana

Administrazioari egozten zaion egitatearen edo ez-egitearen eta eragindako kaltearen artean kausa-ondorio harremana egotea ezinbesteko baldintza da Administrazioari kaltea ordaintzeko betebeharra egotzi ahal izateko. Beraz, beharrezkoa da zehaztea zer irizpideren arabera baieztatu daitekeen jardura jakin bat ondare-lesioaren kausa dela²¹.

Zeregin erraza izango litzateke gehienetan ondorio kaltegarria kausa-multzo baten ondorio ez balitz²². Horri kausen konkurtsoa deritzo, eta ebatzi beharra dago, kalte-ordaina nori dagokion zehazteko²³. Doktrinak hiru teoria berezitzen ditu: kausalitate eskusiboaren teoria, baldintzen baliokidetasunaren teoria eta kausalitate egokiaren teoria. Lehenengoaren arabera, Administrazioaren erantzukizuna sortzen da kaltea zerbitzu publikoen funtzionamenduari bakarrik lotzen bazaio. Bigarrenaren arabera, kaltea eragin duten eta horretarako beharrezkoak diren arrazoi guztiek garrantzi bera dute eta, nahi izanez gero, erantzukizuna subjektu kausatzaileetako edozeini egozteko ahalbidetzen dute. Hirugarren teoriak bereizten du konkurrirten duten kausen artean zein den idoneoa edo kualifikatua, kaltea gehien eragiten duena, kaltea egozteko²⁴.

¹⁹ MIR PUIGPELAT, O. (2020): «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 213 zk., 32 orria.

²⁰ COBREROS MENDOZA, E. (2020): «Culpabilidad, funcionamiento de los servicios y antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración y una referencia a la de los demás poderes del Estado», *Revista de Administración Pública*, 213 zk., 97 orria.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. eta FERNÁNDEZ, T-R. *op. cit.* 425. orria.

²² SÁNCHEZ MORÓN, M. *op.cit.* 969. orria.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

D. Ezinbesteko kasua eta ezusteko kasua

Aldez aurretik aztertu dugun moduan, *ezinbesteko kasua* eta “eginbehar juridikoz jasan behar dituen kalteak” dira Administrazioa ondare-erantzukizunetik salbuesten duten bakarrak (LRJSP 32. art.). Aldiz, *ezusteko kasuek* eragindako kalteak erantzukizuna sortzen dute.

Bai ezinbesteko kasuan, bai ezusteko kasuan kaltea gertaera aurreikusezin batek sortzen du, baina ezusteko kasuan gertaera Administrazio-jarduerari lotzen zaio “kulparen ideia orotatik kanpo badago ere”²⁵ SANTAMARÍA PASTORrek dioen bezala, eta ezinbesteko kasuan, berriz, gertaera Administrazioaren jardueratik kanpo geratzen da. Auzitegi Gorenak horrela definitzen du ezinbesteko kasua:

*La fuerza mayor es un concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia de este Tribunal, a un suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable*²⁶

Bestalde, antijuridikotasun atalean azaldu bezala, eginbehar juridikoz jasan behar dituen kalteak dira, besteak beste, legeak ezartzen dituenak.

Ezinbesteko kasua egoteak ez du ukatzen kaltea dagoenik, baina horren sorkuntzaren eta zerbitzuaren arteko kausazko harremana apurtzen du²⁷. Hala ere, gerta daiteke ezinbesteko kasuarekin batera beste kausa batzuk egotea (eraikin publiko batzuen egoera txarra, urpean gera daitezkeen lurretan eraikitzeko baimena), eta horrek Administrazioaren erantzukizuna ekar dezake²⁸.

Ezinbesteko kasuak Administrazio-erantzukizuna salbuesten duenez, Administrazioari dagokio ezinbesteko kasua hori badagoela frogatzea. Alabaina, ezusteko kasuan, erreklamatzailerari dagokio egiaztatzea.

²⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *op. cit.* 438 orria.

²⁶ STS 4339/2017 zk.-STS ECLI:ES:TS:2017:4339, azaroaren 28koa, OJ 4.

²⁷ VIDAL MARTÍN, T.P (2021): «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», Derecho de daños. Tirant online. 14 orria.

²⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M. *op.cit.* 969. orria.

III. ADMINISTRAZIOAREN ERANTZUKIZUNA OSASUN ARLOAN

Aurretik Administrazioaren erantzukizuna sortzeko hiru betekizunak aztertu dira (lesio ordaingarria, Administrazioari egozte, eta kausalitate harremana) eta, atal honetan, osasun arloan dauden berezitasunak aztertuko dira.

*Osasuna erabateko ongizate fisiko, mental eta sozialeko egoera da, eta ez soilik gaitzik edo gaixotasunik ez izatea*²⁹. Nahiz eta Espainiako Konstituzioan ez dagoen oinarrizko eskubide gisa jasota, 43. artikuluan arautzen baita, oso balioetsitako eskubidea da. Adibidez, osasunerako eskubidea giza eskubideen adierazpeneko 25. artikuluan jasota dago, eta oinarrizko eskubide gisa aitortuta dago Osasunaren Munduko Erakundearen gutunean³⁰.

Osasun babesaren eskubidea Espainiako Konstituzioaren 43.1. artikuluan dago arautua, eta, ondoren, 43.2. artikulua ezartzen du botere publikoei dagokiela *osasun publikoa antolatzea eta zaintzea, prebentziozko neurrien bidez eta behar diren prestazio eta zerbitzuen bidez*. Era berean, Osasunari buruzko apirilaren 25eko 14/1986 Lege Orokorraren arabera *osasun-laguntza publikoa espainiar biztanleria osora zabalduko da* (3.2. art.), eta *osasun-administrazioek osasun-laguntza bermatzera bideratu beharko dute beren jarduna, osasuna galtzen den kasu guztietarako* (6.1.4. art.). Hori bai, betiere aurretik aipatutako LRJSPko 34.1 artikulua kontuan hartuta.

Aipatzekoa da Administrazioaren ondare-erantzukizuna jasotzen dela lehendabiziko aldiz 1931ko Espainiako Konstituzioan, baina ez arrakasta handiarekin. Ez da araudi argi eta eraginkor bat izango 1954 arte, Nahitaezko Desjabetzearen Legea arte. Beraz, horren aurretik kaltea eragiten zuen (osasun) langilearen erantzukizun zibila eskatzen zen Kode Zibileko 1902 eta 1903 artikuluetan oinarrituta. Hori dela eta, osasun arloan dauden teoriak eremu zibilean sortu ziren eta, gero, Administrazioarekiko auzien jurisdikzioak barneratu zituen. Gaur egun, erantzukizun zibila aplikatzen da osasun arloko profesional pribatuentzat eta Administrazioaren ondare-erantzukizuna, berriz, Administrazioan lan egiten duten langileentzat, baina osasun arloan erabiltzen diren kontzeptuak berdinak izango dira bi kasuetan³¹. Adibidez, bi kasuetan erantzukizuna egoteko *lex artis*aren urraketa egon behar da, eta *lex artis*aren kontzeptua bera izango da ere. Hori dela eta, osasun arloko hainbat

²⁹ Constitución de la organización mundial de la salud celebrada en Nueva York del 22 de junio. 1946 urtean onartu zen eta orain arte 194 estatu kide daude atxikita, Espainia barne.

³⁰ *Ibid.*

³¹ BARCELÓ DOMÉRECH, J. (2016): «La integración del deber médico de información en la lex artis: Referencia legal y jurisprudencial en el derecho español», *Revista de Direito de la ULP*, 8 zk., 5 orria.

kontzepturen garapena jakiteko jurisprudenzia zibilera jo beharko da batzuetan, nahiz eta Administrazioaren langilea izan kaltea eragin duena.

Hurrengo lerroetan aztertuko dira osasun-erantzukizunaren arloan sortutako teoriak, besteak beste, *lex artis* eta *lex artis ad hoc*, baimen informatu, aukera-galera eta neurri gabeko kaltea.

1. *Lex artis* eta *lex artis ad hoc*

LJRSParen arabera Administrazioaren ondare-erantzukizuna objektiboa da, baina doktrinaren aldetik kritika ugari egon direnez, objektibitatea moldatzeko edo bideratzeko moduak aurkitu behar izan ditu jurisprudentziak. Horrela, erantzukizuna objektiboa bada ere, osasun-laguntzaren ondorioz sortutako kalte guztiak ez dira kalte-ordaingarriak. Auzitegi Gorenaren arabera, lesioa egoteak, bere horretan, ez du erantzukizuna sortuko, eta beharrezkoa izango da *lex artis* irizpidearen arabera osasun profesionalen jarduketaren egokitasuna aztertzea, kontuan hartu gabe azkenean gaixoa sendatu den edo ez. Auzitegi Gorenak honela dio:

Más en concreto, en reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias, la jurisprudencia viene declarando que "no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente" ³².

«Lex artis» terminoak «artearen legea»-ri egiten dio erreferentzia. Hau da, *lex artis*a da edozein arte, ofizio edo lanbidetan zuzen jarduteko arauen edo kriterio etiko eta tekniko-zientifikoen multzoa³³. Baina kontzeptu horrek ez zion gaixoari erreferentziarik egiten eta, *lex artis*a zehazteko, *lex artis ad hoc* kontzeptua sortu zen. *Lex artis ad hoc*-en teknika zuzena neurtzeko kontuan hartzen dira pazientearen egoera eta kasuaren

³² STS 4521/2021 zk.- ECLI:ES:TS:2021:4521, abenduaren 1ekoa, OJ 2.

³³ GALLARDO CASTILLO, M.J. (2021) Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial. Colex. A Coruña. 31. orria.

inguruabarrak, adibidez, lekuzkoak, denborazkoak, zentroaren baliabideak³⁴... Auzitegi Gorenaren hainbat sententziek³⁵ hurrengo esaten dute *lex artis ad hoc*-ren inguruan:

Se entiende por lex artis ad hoc, aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tienen en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su casos, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto conforme a la técnica normal requerida.

Hala ere, jurisprudenzian *lex artis*a aipatzen da modu orokorrean, baina modu batera edo bestera deituta ere, gauza bat argi dago, figura funtsezkoa da osasun-administrazioaren ondare-erantzukizunean. Honen adibide gisa, duela gutxi eman diren pare bat sententzia aipatuko ditut.

Duela gutxi eman den epaian, STSJ CL 656/2022an³⁶, ondare-erantzukizuna onartu zen laguntza medikoa *lex artis*aren araberakoa ez izateagatik. Pazienteak likido toxiko bat zuen injektatuta eskuan, baina likidoa drainatu beharrean farmakoak eman zizkioten. Azkenean pazienteak hiru kirurgia behar izan zituen eta sekuelekin geratu zen. Auzitegiaren aburuz ez zen frogarik aurkeztu egiaztatzeko olioia denboraren poderioz xurga zitekeela kalterik eragin gabe, *ni de que, por tanto, lo procedente y conforme a la lex artis fuera la aptitud expectante que se mantuvo durante 43 días a pesar de la persistencia del líquido en el tejido del dedo afectado del paciente. De lo expuesto concluimos que la asistencia sanitaria prestada no fue correcta ya que debió procederse con mayor rapidez a la limpieza quirúrgica de la herida.*

Aitzitik, STSJ MU 282/2022³⁷ kasuan lesio bat egon zen, baina ez zen *lex artis ad hoc*-ren urraketa onartu eta Auzitegi Nagusiak uzia ezetsi egin zuen. Pazienteari ebakuntza mediko bat egin zioten, non sare bat jarri zioten. Sare horrek mina eragiten zion, eta sarearen zati bat kentzeko operatu behar izan zioten, nahiz eta pazienteak erabat kendu nahi izan. Hark alegatzen zuen sare hori jarri gabe ere bere kaltea konpondu zitekeela, eta osasun-laguntza

³⁴ *Ibid.* 32 orria.

³⁵ STS 4237/2007 zk.-ECLI:ES:TS:2007:4237, apirilaren 16koa, aurrekarietan beste sententzia batzuei erreferentzia eginez.

³⁶ STSJ CL 656/2022 zk. - ECLI:ES:TSJCL:2022:656, otsailaren 8koa.

³⁷ STSJ MU 282/2022 zk - ECLI:ES:TSJMU:2022:282., martxoaren 1koa.

akastuna izan zela sarea jartzeagatik. Auzitegi Nagusiak kontrakoa adierazi zuen: *por el contrario, todos los profesionales médicos que han emitido informe en estos autos, incluido el perito judicial manifiestan que la colocación de malla en estos supuestos estaba prevista en los protocolos de actuación por cuanto evita los problemas de recidiva del prolapso de la pared anterior, y que si bien puede ser discutible su uso (...) en España estaba previsto para la intervención de que se trata y por tanto el hecho de haberlos usado no supone una infracción de la lex artis ad hoc.*

Beste figura garrantzitsu bat da epai horretan aipatutako jarduera-protokoloak. Medikuek “eskatutako teknika” horri egokitu diren jakiteko auzitegiek protokolo medikoetara jotzen dute. Protokoloak komunitate zientifikoak ezarrita dituen gomendioak dira, GALLARDO CASTILLOren hitzetan, “zenbait patologia adierazten dituzten egoera kliniko jakin batzuen aurrean diagnostikoa eta erantzun terapeutikoa egiteko”³⁸. Jurisprudentiaren arabera:

*Esos protocolos médicos, configurados por expertos cualificados en una determinada especialidad, en una determina área de trabajo o en un determinado servicio o por sociedades científicas de ámbito nacional e internacional, con la finalidad de orientar la labor diaria de los profesionales médicos, (...) operan como pautas, directrices o recomendaciones para los mismos, que, aun cuando carecen de obligatoriedad jurídica, sin embargo pueden ser perfectamente valorados en el momento de analizar el caso concreto de que se trate y la actuación de un profesional determinado*³⁹.

Hala ere, protokolo medikoek profesionalaren jarduketa egokia frogatzeko erabili daitezkeen arren, horrek ez du esan nahi profesionala protokoloetara egokitzen den bitartean ez dela *lex artis*aren urrapena egongo; izan ere, protokoloak egoera ohikoenak hartzen dituzte kontuan, baina kasu bakoitzak bere berezitasunak izan ditzake jarduketa profesionala baldintzatu dezaketena⁴⁰.

Oro har, osasun langileak *lex artis ad hoc*-ra egokitu direnean, orduko bitarteko guztiak erabiliz eta protokoloak jarraituz, kaltea sortu arren ez da kalte-ordaina egongo. Izan ere, osasun-langileen jarduera baitartekoena da, eta ez emaitzena; hau da, baloratuko da ea

³⁸ GALLARDO CASTILLO, M.J. (2021) *op cit.* 35. orria.

³⁹ SAP SS 29/2007 zk. - ECLI:ES:APSS:2007:29, urtarrilaren 15ekoa, OJ 3.

⁴⁰ *Ibid.*

langile horiek, zientziaren egoeraren arabera, pazientea sendatzeko beharrezko bitarteko guztiak erabili dituzten *lex artis ad hoc* delakora egokituta, eta ez, arestian esan den bezala, azkenean pazientea sendatzea lortu duten⁴¹. Honek guztiak behartzen du kasuz kasu aztertzeraren emaitza zuzena eman ez den laguntza medikoan akatsen bat izan delako (*lex artis*aren apurketa) edo, alderantziz, emaitza lesioaren ondorioa besterik ez den.

2. Baimen informatua

Protokoloez aparte, osasun-langileek *lex artis*era egokitu diren jakiteko beste elementu erabakigarri bat dago; informatzearena, alegia. MANZANO BÁGUENAREN arabera, osasun-langileek “pazienteari edo, hala badagokio, haren senideei diagnostikoari, pronostikoari, tratamenduari eta arriskuei buruzko informazioa eman behar diete, batez ere ebakuntza kirurgikoen kasuetan”⁴².

Informazioa jasotzeko eskubidea pazientearen autonomiaren printzipioan oinarritzen da. Pazienteak eskubidea du informazio ulergarria jasotzeko tratamenduak edo esku-hartze medikoak izan ditzakeen onurei edo arriskuei buruz, eta behin horiek jakinda eta aztertuz, bere baimena emateko gai izan behar du⁴³. Horrela, informazioa eta baimena garrantzi handia hartu zuten arlo honetan eta baimen informatuaren figura sortu zen.

Figura hau arautzen duen legea da 41/2002 Legea, azaroaren 14koa, pazientearen autonomia eta informazio eta dokumentazio klinikoaren arloko eskubideak eta betebeharrak arautzen dituena. Lege horren 2. artikulua baimena eta informazioa uztartzen ditu hurrengo arautuz: *Osasun-arloko jarduera orok, modu orokorrean, pazienteen edo erabiltzaileen alde aurreko baimena behar du. Baimen hori, pazienteak informazio egokia jaso ondoren lortu behar dena, idatziz egingo da Legean aurreikusitako kasuetan.*

Informazioa jasotzea pazientearen eskubide bat den heinean, beste aldean dago medikuek informatzeko duten betebeharra, eta ez bakarrik medikuek, azpiarratu behar da asistentzia-jardueran esku hartzen duen profesional orok duela betebeharrak hori. Legeko 2.6.

⁴¹ MANZÓ BÁGUENA, P. (2016): «La responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el ámbito sanitario en la doctrina del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana», *Revista española de la función consultiva*, 26 zk., 129 orria.

⁴² *Ibid.* 132. orria.

⁴³ BERROCAL LANZAROT, A.I. (2018): «Consentimiento por representación en el ámbito sanitario: diversos instrumentos para su aplicación», *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 8. zk., 161. orria.

artikuluari jasotako oinarritzko printzipio bat da osasun-profesionalek behartuta daudela momentuko teknikak behar bezala aplikatzeaz gain, informazio eta dokumentazio klinikoak ematera. Era berean, pazienteak askatasunez eta borondatez hartutako erabakiak errespetatu behar dituzte. Legeko 4.3 artikuluan ere informatzeko betebeharra medikuari eta esku-hartze medikoan parte hartuko duen edonori ezartzen zaio. Funtsean, kontua da pazientearekin erabakitzea, eta ez pazientearen ordeza.

A. Informatua izateko eskubidea eta baimena emateko eskubidea

41/2002 Legearen 4.1 artikulua arautzen du, arau orokor gisa, *pazienteek eskubidea dutela beren osasunaren arloko edozein jardura dela eta, horri buruz dagoen informazio guztia ezagutzeko*. Informazio hori ahoz emango da, baina izapidea bete dela idatziz jaso beharko da espediente klinikoan, eta, informazio horrek gutxienez, *esku-hartze bakoitzaren helburua eta izaera, arriskuak eta ondorioak* jaso beharko ditu. Baimena idatziz jaso behar den kasuetarako, legeak gehitu egiten du eman beharreko informazio kopurua. Legeko 10. artikulua jasotzen duenez, profesionalak honako hauen berri eman beharko du kasu horietan: *a) esku-hartzeak segurtasunez eragiten dituen ondorio garrantzitsuak; b) pazientearen inguruabar pertsonalekin edo profesionalekin lotutako arriskuak; c) baldintza normaletan gerta daitezkeen arriskuak, esperientziaren eta zientziaren egoeraren arabera edo esku-hartze motarekin zuzenean lotuta; eta d) kontraindikazioak*.

Hala ere, aipatutako alderdi horiek eskatutako gutxienekoak direnez, gerta daiteke kasu jakin batean emandako informazioa nahikoa ez dela erabakitzea eta, horregatik, ondoren eman behar den baimena akastuna deklaratzeko⁴⁴. Izan ere, ez da ahaztu behar pazientearen baimena lortzeko helarazitako informazioaren eduki zehatzak baldintzatu egin dezakeela terapia jakin bat aukeratzea edo baztertzea bere arriskuak kontuan hartuta⁴⁵. Hala ere, informazio neurrigabeak arreta klinikoak oztopatu dezake eta gaixoarentzat beharrezkoa ez den pairamena eragin⁴⁶. Hori dela eta, kasu horietarako, Pazientearen Autonomiari buruzko, Legeak, 5. artikuluan, “behar terapeutikoko egoera” aurreikusten du. Horren arabera,

⁴⁴ ORTIZ FERNÁNDEZ, M. (2021): *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: responsabilidad civil y derechos constitucionales*. Dykinson. 186 orria <https://elibro-net.ehu.idm.oclc.org/es/lc/ehu/titulos/175701>.

⁴⁵ BAUZÁ MARTORELL, F.J. (2019) «Responsabilidad patrimonial sanitaria: autonomía de la voluntad del paciente y documento de consentimiento informado», *DS: Derecho y salud*, vol 29, extra 1. 137. orria.

⁴⁶ *Ibid.*

medikuak pazienteari emandako informazioa murriztu dezake uste badu hari kalte egingo diola. Artikuluak horrela dio:

Pazienteen osasun-informaziorako eskubidea mugatu egin daiteke behar terapeutikoko egoera egiaztatua dagoen kasuetan. Behar terapeutikotzat hartuko da medikuak profesionalki jarduteko duen ahalmena, pazienteari horren berri eman gabe, arrazoi objektiboak direla eta bere egoera ezagutzeak bere osasunari kalte larria eragin diezaiokenean.

Kasu horretan, medikuak historia klinikoan jasoko ditu inguruabarrak eta arrazoiak, eta pazientearekin familia arrazoiengatik edo izatezko arrazoiengatik lotuta dauden pertsonen jakinaraziko die bere erabakia.

Baimenari dagokionez, informazioa jaso ondorengo baldintza da baimena, ondoren esku-hartze medikoa gertatu ahal izateko. Legeko 3. artikulua baimen informatua definitzen du paziente baten adostasun askea, borondatezkoa eta kontzientea bezala, informazio egokia jaso ondoren bere ahalmenen erabilera osoaz manifestatzen dena, bere osasunari eragiten dion jarduera bat gerta dadin. Baimena ahoz emango da orokorrean, baina Legeko 8.2. artikuluan oinarrituz idatziz emango da honako kasu hauetan: *ebakuntza kirurgikoa, prozedura diagnostiko eta terapeutiko inbaditzaileak eta, oro har, pazientearen osasunean eragin negatiboa izan dezaketen arrisku edo eragozpenak dakartzaten prozedurak aplikatzean.*

B. Baimen informatuaren urraketa

Medikuek baimen informatuaren izapidea alde batera uzten badute, osasun-administrazioaren ondare-erantzukizuna sor daiteke. Baimen onartua *lex artis*aren parte kontsideratzen da eta haren urraketa, beraz, *lex artis*aren urraketa dakar. Auzitegi Goreneko jurisprudentziak honela dio:

Que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente (a tener por cierta en el caso de autos ante la duda no despejada sobre el cabal cumplimiento de aquella obligación) constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle

*elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan*⁴⁷.

Beraz, bi egoera daude: a) baimen informatua eman ez denean eta b) baimen informatua eman denean baina informazio faltarekin.

STSJ CL 980/2022⁴⁸ kasuan, pazienteak bizkarrezur-nerbioan lesio bat jasan zuen egin zioten biopsia baten ondorioz. Demandatzaileak teknika kirurgiko desegokia alegatzen zuen, baina ezetsi egin zen nerbio horren lesioa interbentzio mota horren berezko arriskua baitzen. Gakoa zen pazienteak ez zuela baimen informatua sinatu, eta horretan oinarrituz Administrazioaren ondare-erantzukizuna deklaratu zen.

STSJ MU 196/2022⁴⁹ kasuan, berriz, pazienteak haustura batengatik joan zen mutuako medikuarenera eta alegatu zuen ez zitzaiola probarik egin berak zuen hausturan mugitutako zatiak bazeuden egiaztatzeko, eta, horregatik, praxi mediko txarra egon zela. Hala ere, Auzitegiak ondorioztatu zuen emaitza baimen informatuan jasotako arriskuen barruan zegoela eta errekurtsogileak baimea sinatu zuenez, eta frogatu zenez ez zegoela praxi mediko txarrik, errekurtsua ezetsi egin zen.

Bigarren egoeraren inguruan; hau da, informazioa guztizkoa ez denean, STS 550/2021 aipatu nahi dut. Pazientea *estafilococo Aureusekin* infektatu zen interberzio kirurgiko baten ondorioz. Pazienteak bere baimen onartua eman zuen esku-hartze medikorako, baina arriskuen artean ez zen jasotzen nahiko ohikoa den *estafilococo Aureusarengatik* infekzioa. Auzitegi Gorenak doktrina kasatzeko epaian honako hau esan zuen: *la falta de información al paciente que va a ser intervenido quirúrgicamente del posible riesgo de infección hospitalaria, supone el incumplimiento del deber de obtener el consentimiento informado en las condiciones legalmente establecidas*⁵⁰. Hala ere, urraketa hori independentea da, kalte moralizat hartzen da:

Conviene señalar que tal infracción de la lex artis tiene autonomía propia, en cuanto incide sobre el derecho del paciente a decidir, libremente y con la información adecuada, sobre su sometimiento a la actuación sanitaria, privándole de la oportunidad de optar por el sometimiento o no a la intervención

⁴⁷ STS 550/2021 zk.-ECLI:ES:TS:2021:550, otsailaren 4koa, OJ 4.

⁴⁸ STSJ CL 980/2022 zk.- ECLI:ES:TSJCL:2022:980, martxoaren 9koa.

⁴⁹ STSJ MU 196/2022 zk.- ECLI:ES:TSJMU:2022:196, otsailaren 7koa.

⁵⁰ STS 550/2021 zk.- ECLI:ES:TS:2021:550, otsailaren 4koa, OJ 5.

*y, en su caso, aquella modalidad que entienda asumible, lo que puede traducirse en una lesión de carácter moral, al margen y con independencia del daño que pueda resultar de la infracción de la lex artis en la realización del acto médico*⁵¹.

Baina kalte moral hori ezin izango da erreklamatu esku-hartze medikoaren ondoren emaitza kaltegarririk ez badago. Sententziak hori argitu zuen pazienteari beste bi kirurgia egin zizkiotelako haren baimen informaturik gabe, baina Auzitegi Gorenark ez zuen *lex artis*a urratarik deklaratu eta uzi hori gaitzetsi zuen:

*Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria*⁵².

Alabaina, pazienteak informazio egokia jaso badu eta baimena eman badu, horrek ez du zuzenean Administrazioa ondare-erantzukizunetik salbuesten; baimen informatua egon arren, osasun-zerbitzuak ez badira *lex artis*era egokitzen tratamenduan edo ebakuntzan, ondare-erantzukizuna egongo da⁵³. Hau da, baimen informatua ezin da besterik gabe erantzukizuna gainetik kentzeko figura moduan erabili, ondare-erantzukizuna saihesteko baimen informatua jasotzeaz gain, behar bezalako arretaz jokatu behar du osasun-administrazioak.

Gainera, arazo larria izango litzateke operazio edo tratamendu errazenetarako ere baimen informatua sinatu behar izatea. Joera horri “defentsako medikuntza” deitu zaio, eta edozertarako baimen informatuaren sinadura eskatzeaz aparte, horren isla da ere danetarako probak egitea egon daitezkeen arrisku guztiak baztertze asmoz⁵⁴. Kontua da “defentsako medikuntza”-k baliabideak xahutzea eta prozesuak gehiegi luzatzea eragiten duela, eta horrek, aldi berean, osasun-arreta moteltzen du. Era berean, baimen informatua edozertarako erabiltzeak beste arazo bat dakar ere; dokumentu generikoegiak entregatzearena, alegia.

⁵¹ *Ibid.* OJ 4.

⁵² *Ibid.*

⁵³ BAUZÁ MARTORELL, F.J. (2017): «Responsabilidad médica y sobre prevención: otra perversión del sistema», *DS: Derecho y salud*, vol 27, extra 1, 148. orria.

⁵⁴ *Ibid.*. 144. orria.

Kontuan izan behar da ez dela nahikoa baimen informatuaren dokumentu generiko bat entregatzea, dokumentu horrek dagokion ebakuntzarako espezifikoa izan behar du⁵⁵. Auzitegi Gorenaren jurisprudentziak honako ohartarazten du:

Recordemos al efecto que la información previa al consentimiento ha de ser específica de la intervención a practicar y que si bien debe comprender una indicación de los riesgos que se pueden producir y de las alternativas posibles, no necesariamente tiene que abarcar todos y cada uno de los riesgos ni todas y cada una de las alternativas posibles. En definitiva, que ha de estarse al caso concreto y no incurrir en excesos informativos innecesarios y, en ocasiones, contraproducentes⁵⁶.

Lehen esan dugun bezala, gehiegizko informazioak alferrikako sufrimendua ekar diezaioke pazienteari. Aipatzekoa da ere, informaziorako eskubideak ez duela informazio mugagaberik biltzen, eta noski ez du biltzen zientziak ezagutzen ez duena edo adostasunik ez duena⁵⁷.

3. Aukera-galeraren doktrina jurisprudenziala

A. Kontzeptua

Dagoeneko dakigun bezala, osasun-administrazioaren erantzukizuna egoteko kaltea Administrazioari egotzi behar zaio; hau da, kausazko lotura bat egon behar du Administrazioaren egite edo ez-egitearen eta emaitza kaltegarriaren artean. Hala ere, gerta daiteke “kausaren ziurgabetasuna” egotea; alegia, kaltea ez da zuzenean osasun-laguntzaren errua izan, baina ez dago ziurtasunik pazienteak bestelako asistentzia jasota hobetu edo sendatuko zenik:

La doctrina de la pérdida de oportunidad, según constante jurisprudencia, centra su atención en el nexo causal, en la estructura general de la responsabilidad de las Administraciones, porque si bien el resultado lesivo del tratamiento no tiene como causa el tratamiento a que ha sido sometido el perjudicado, se genera la duda de que si se hubiese prestado una asistencia, un tratamiento diferente,

⁵⁵ BAUZÁ MARTORELL, F.J. (2019) *op. cit.* 136. orria.

⁵⁶ STS 2444/2018 zk. - ECLI:ES:TS:2018:2444, ekainaren 26koa, OJ 3.

⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. eta FERNÁNDEZ, T-R. *op. cit.* 407. orria.

*podiera haberse reducido los efectos de la enfermedad o las lesiones, pero sin desconocer que la asistencia que le fue prestada era la aconsejable y procedente a las vista de las circunstancias concurrente*⁵⁸.

Aukera-galeraren ezaugarri nagusia ziurgabetasuna da; izan ere, ezin da jakin ea beste jarduketa mediko batek pazientearen osasunaren okerragotzea saihestu edo hobetu zezakeen. Alabaina, aldi berean, ziurtasun bat dago, egindako jarduketa medikoarengatik izango ez balitz, pazienteak oraindik ere izango luke hobetzeko itzaropena, edo, behintzat, okerrera ez joatekoa⁵⁹.

Nabargarriena da aukera-galera egoteko ez dela *lex artis*aren urraketa behar. Auzitegi Gorenaren esanetan:

*La doctrina de la pérdida de oportunidad se configura como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio*⁶⁰.

STSJ AS 662/2022⁶¹ kasuan pazienteari plaka bat jarri zioten hezur apurketa baten ondorioz, baina plaka hori apurtu egin zen pazienteari kalte gehiago ekarrita; beraz, lesio bat eragin zen. Horren aurrean, eta beste uzi askoren artean, demandatzaileak *lex artis*aren urraketa alegatu zuen. Demandatzailearen perituaren esanera plaka txikia zenez eta torloju gutxi jarri zirenez, egonkortasun gutxi ematen zuen, plaka mekanika fatigagatik zurkaiztearen arrazoia izateraino. Auzitegiak ez zion *lex artis*aren urraketa onartu, baina aukera-galera bat egon zela erabaki zuen honakoa esanez: *No estamos ante una vulneración de la lex artis ni pérdida total de oportunidad, que nos lleve a anudar la actuación sanitaria como causa directa del daño reclamado, sino ante lo que se debe calificar de pérdida de oportunidad (...) pues si se hubiera fijado adecuadamente la placa quizá se hubiera evitado la rotura de la misma pero sin poder garantizarse la evitación de la materialización de buena parte de los daños y perjuicios en el nervio radial anunciados en el consentimiento de la primera intervención*⁶².

⁵⁸ STS 1546/2018 zk. - ECLI:ES:TS:2018:1546, apirilaren 24koa, OJ 3.

⁵⁹ GALLARDO CASTILLO, M.J. (2021) *op cit.* 107. orria.

⁶⁰ STS 1084/2018 zk - ECLI:ES:TS:2018:1084., martxoaren 15ekoa, OJ 16.

⁶¹ STSJ AS 662/2022 zk.- ECLI:ES:TJSAS:2022:662, martxoaren 14koa.

⁶² *Ibid.* OJ 7.

Hala ere, *lex artis*aren urraketa beharrezkoa ez izateak ez du esan nahi *lex artis*a hautsiz gero aukera-galeraren teoria ezin denik aipatu. Aukera-galera sortu daiteke gaitza ekiditeko ohiko edo protokolizatutako bitartekoak, moduak edo formak aplikatu ez izateagatik, edota ohiko edo protokolizatutako bitarteko horiek erabili derenean, baina ez une egokian. Ordezko figura izateak esan nahi du alternatiba bat dela. Horrek ekartzen du aukera-galera *lex artis*aren urraketarik gabe ere dei daitekeela, besterik ez⁶³. Aukera-galera sortu daiteke ere emandako tratamendua protokoloen arabera egokia denean, baina inguruabarrak ikusita beste tratamendu bat jarraitzea egokiagoa denean.

Kasu hauetan, kaltea baloratzeko, bi alderdi hartu behar dira kontuan: jarduera desberdin batek kaltea saihesteko izan zitekeen probabilitate-maila eta eragindako kaltearen maila edo garrantzia⁶⁴. Izan ere, probabilitatea ezin da izan oso handia, bestela Administrazioaren erantzukizun arrunta egongo litzatekeelako, eta ezin da oso txikia izan edo fundamenturik gabea horrek aukera-galeraren zentzua kaltetuko lukeelako. Auzitegi Gorenak dio:

*Habiendo exigido en la doctrina de la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética*⁶⁵.

Esate baterako, STSJ MU 413/2022ren kasuan⁶⁶ paziente bat hil zen garun-patologia batengatik. Pazientea behin eta berriz joan zen ospitalera, baina ez zitzaion balorazio-proba espezifikorik egin. Denbora pasata, garun TAC bat egin zioten urgentzietan, eta garun patologia detektatu zioten. Demandatzaileen ustez laguntza medikoa eskatu zuen aldietakoren batean diagnostikoa garaiz egin izan balitz, azken emaitza saihestu edo eragindako kaltea gutxitu zitekeen. Hala ere, Auzitegi Nagusiak erabaki zuen demandatzaileek ezin zutela frogatu patologia lehendabiziko kontsultetan dagoeneko existitzen zela eta aukera-galera ezetsi egin zen: *La parte actora se mueve en el terreno de la hipótesis, como hemos dicho, en relación con una posible pérdida de oportunidad, pero no existe certidumbre alguna -ni siquiera mínima- de que en esa fecha la patología estuviera presente.*

⁶³ STS 1096/2018 zk. - ECLI:ES:TS:2018:1096, martxoaren 20koa, OJ 8.

⁶⁴ STS 1084/2018 zk. - ECLI:ES:TS:2018:1084, martxoaren 15koa, OJ 16.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ STSJ MU 413/2022 zk. - ECLI:ES:TSJMU:2022:413, martxoaren 10koa.

Berriz, STSJ GAL 1631/2022⁶⁷ kasuan pazientea larrialdietara joan zen barrabiletako minagatik, 6 ordu lehenago jasandako kolpe baten ondorioz. Egoera berde gisa sailkatu zuten, 120 minutuko arreta-denborarekin. 5 ordu geroago, erradiologia-zerbitzuak barrabiletako tortsio diagnostikatu zuen, eta 6 ordu geroago ebakuntza kirurgikoa egin zioten. Berrikuspenean hainbat arazo antzeman zitzaizkion, beste operazio bati bide emanez, baina arlo pribatutik, arlo publikoan hitzordua oso berandu emanten baitzioten. Pazienteak erantzukizun-erreklamazio bat jarri zuen, Administrazioak partzialki onartu zuena, aukera-galeran oinarrituta. Horren aurka pazienteak errekurtsua jarri zuen epaitegian, eta honek erabaki zuen praxi txar kasu baten aurrean zeudela eta ez aukera-galeraren aurrean. Horren aurka Administrazioak apelazio-errekurtsua jarri zuen, eta errekurtsu hori Auzitegi Nagusiak aztertu zuen. Urologia-zerbitzuak aurkeztutako txosten baten arabera, barrabiletako tortsioaren diagnostikoa egiten denean, ahalik eta azkarren egin behar da kirurgia. Hori dela eta, epaiak honako hau dio: *De ese Informe claramente se concluye que el tiempo en la realización de estas intervenciones es fundamental, (...) la intervención se practicó a las 10,00 horas del día 6 de abril de 2.018, esto es, transcurridas 11 horas desde el ingreso, (...). Esos hechos determinan que en el presente caso no existe "pérdida de oportunidad" sino "mala praxis". Ninguna razón técnica o médica se ha ofrecido por la Administración para justificar esa demora”*.

Behin eta berriz aipatu den kalte hori, antijuridikoa eta baloratu behar dena, ez da kalte material bat, baizik eta espektatiba baten zapuzketa, eta kalte moralarekin alderatu daiteke, hura kalte-ordaina jasotzeko modukoa izanik. Auzitegi Gorenaren epaiak honako hau diote:

Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación⁶⁸.

Eta hurrengoa gehitzen dute:

Es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el

⁶⁷ STSJ GAL 1631/2022 zk. - ECLI:ES:TSJGAL:2022:1631, martxoaren 7koa.

⁶⁸ STS 1084/2018 zk. - ECLI:ES:TS:2018:1084, martxoaren 15ekoa, OJ 16.

*montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente*⁶⁹.

STSJ GAL 1631/2022⁷⁰ kasuan, barrabiletako minaren ingurukoan, "Praxi txarra" zegoela ikusi zenez, auzitegiak ondorioztatu zuen kalte-ordainak egiaztatutako gastu guztiak bernebildu behar zituela. Auzitegi Nagusiak horrela adierazi zuen: *por imperativo legal, la indemnización debe ser "in integrum", comprendiendo todos aquellos gastos que hayan resultado acreditados*. Hori dela eta, arlo pribatuko ebakuntza kirurgikoaren gastuak ere sartu zituen indemnizazioan.

Berriz, adierazi bezala, aukera-galeran murriztu egiten da kalte-ordainaren zenbatekoa. STSJ GAL 1275/2022n⁷¹ auzi jartzaileen ama hil zen, eta apelatutako epaian 30.000 € eman zitzaizkien bakoitzari, baina ez zeuden ados zenbateko horrekin. Kasu honetan, Auzitegi Nagusiak honakoa berretsi zuen: *la cuantía de la indemnización es diferente si se acredita la infracción de la lex artis, en cuyo caso ha de tenderse a la reparación integral o plena indemnidad de los daños y perjuicios causados (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011, 3 de mayo de 2012 y 16 de mayo de 2012), o si, pese a no demostrarse la quiebra de esta, se justifica la privación de expectativas en que consiste la pérdida de oportunidad, debido a la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud de la paciente*; eta erabaki zuen instantziako epaitegiak finkatutako zenbatekoa zuzena zela hurrengo gehituz: *ninguna modificación cabe introducir en torno a su cuantía, toda vez que, como queda dicho, han de ponderarse todas las circunstancias concurrentes, y es obvio que, si bien ha tenido lugar el aludido retraso diagnóstico, la posibilidad de supervivencia, a la vista de sus antecedentes clínicos, de su ya previo y deficitario estado de salud, y de su edad, era limitada*.

B. Kasu adierazgarriak

Aukera-galera sortu dezaketen ohiko kasuak dira, besteak beste, *wrongful birth* eta diagnostikoaren errorea edo atzerapena.

⁶⁹ STS 1096/2018 zk. martxoaren 20koa, OJ 9.

⁷⁰ STSJ GAL 1631/2022 zk. - ECLI:ES:TSJGAL:2022:1631, martxoaren 7koa.

⁷¹ STSJ GAL 1275/2022 zk. - ECLI:ES:TSJGAL:2022:1275, martxoaren 7koa.

Wrongful birth: GALLARDO CASTILLOren hitzetan “wrongful birth akzioa da gaixorik jaio den haur baten gurasoek jarri dezaketena, jaiotzak berak eragindako kalteengatik”⁷². Kasu horiek eztabaidatuak dira doktrinan. Hala ere, gehienek uste dute diagnostiko oker baten ondorioz edo diagnostiko egoki, baina berandu jakinarazi baten ondorioz gurasoei ez zaiela abortatzeko legezko aukerarik eman. Kaltea ez da semea edo alaba jaio izana, eta, zehazkiago, ez da malformazioaren batekin jaio izana; baizik eta proba gehiago egiteko aukera galdu dela amak aukeratu ahal izateko haurdunaldiarekin jarraitu nahi duen ala ez.

STSJ MU 1491/2021an⁷³ pazientearen alaba malformazioekin jaio zen, eta demandatzaileak alegatu zuen, dagozkion probak egin bazitzaizkion eta fetuaren egoeraren berri izan bazuen, haurdunaldia borondatez etengo zuela. Hala ere, Auzitegia Nagusiak erabaki zuen haurdunaldi horren jarraipenean ez zela praxi txarrik egiaztatu. Ez zegoen inolako anomalia-susmorik eta, beraz, ez zen beharrezkoa beste proba diagnostiko batzuk egitea. Horregatik, errekurtsioa ezetsi zen.

Diagnostikoaren errorea edo atzerapena: logikoa denez, diagnostikoaren erroreak edo atzerapenak sendatzeko aukerak edo itxaropenak nabarmen murriztu ditzake. Hala ere, bi kasu horiek ez dute beti aukera-galera eragiten. Aurretik modu orokorragoan azaldu den moduan, diagnostikoaren akatsak edo atzerapenak pazientearen gaixotasuna larriagotzeko edo hiltzeko kausa izan den ziurtasuna edo probabilitate handia badago, kaltea Administrazioari egotziko zaio erabat. Aitzitik, froga badaiteke kaltea bera izango litzatekeela diagnostikoaren errorea edo atzerapena egon ala ez egon, ez da osasun-administrazioetik kalte-ordainik jasoko. Hala ere, teoria horrek salbuespenak ere baditu. Ezin bada ziurtatu emaitza kaltegarria saihestu zitekeela dagozkion probak egin izan balira, baina proba horiek protokolo medikoaren parte badira, Administrazioak kalte-ordaina eman beharko du⁷⁴.

Ikus daitekeenez, probabilitateekin jokatzeko ezin da jakin eragindako pazientearen sendatuko den jendearen ehunekoan sartuko litzatekeen, baina tratamendu egokia edo garaiz jaso ez duenez, aukera edo itxaropen hori ia hutsera mugatzen da.

⁷² GALLARDO CASTILLO, M.J. (2015): «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46 zk., 44. orria.

⁷³ STSJ MU 1491/2021 zk. - ECLI:ES:TSJMU:2021:1491, ekainaren 4koa.

⁷⁴ GALLARDO CASTILLO, M.J. (2021) *op cit.* 113. orria.

STSJ M 9815/2020an⁷⁵ pazientea eskuko lesio batekin agertu zen Mutuako zentrora, baina ez zioten miaketa zuzena egin eta, ondorioz, ez zuten tendoi baten lesioa ikusi. Azkenean, aste batzuk igarota pazientea urgentzietara joan zen, non kirurgia bat egin behar izan zioten. Auzitegi Nagusiak ikusi zuen bi perituen informeak konklusio berberara iristen zirela: *haberse incurrido en responsabilidad patrimonial a título de pérdida de la oportunidad, porque aun concurriendo una inicial actuación no ajustada a la lex artis, lo determinante en este caso ha sido la incertidumbre sobre el resultado final de la lesión en el supuesto de que se hubieran utilizado todos los medios para diagnosticarla certera y oportunamente.* Era berean, indemnizazioa kalkulatzekoan honakoa adierazi zuen: *tendremos en consideración (...) el desconocimiento del grado de probabilidad de haberse evitado el daño cuya indemnización se reclama en el caso de haberse diagnosticado y tratado tempestivamente la lesión tendinosa.* Kasun honek oso argi uzten du probabilitatearen garrantzia.

STSJ CL 480/2022an⁷⁶ demandatzaileak eskatzen zuen emandako osasun-laguntzaren ondorioz sortutako aukera-galeren ordaina jasotzeko, leriche-sindromea esaten zaion gaixotasuna behar bezala diagnostikatu ez izateagatik. Nahiz eta hamazazpi aldiz joan osasun-zentrora, bi urte baino gehiago igaro ziren miaketa baskularra egin zioten arte. Azken honek aukera emango zukeen gaixotasuna detektatzeko eta tratamendu egokiaren bidez ondorioak arintzeko. Auzitegi Nagusiak onartu zuen ez zela *lex artis ad hoc*-a urratu, gaixotasun hori asintomatikoa baita. Hala ere, aukera-galera zegoela defendatu zuen: *Mas con todo, no puede negarse la existencia de un retraso diagnóstico, que pudo favorecer las complicaciones surgidas. Ahora bien, lo que no se puede constatar es cuál hubiera sido el resultado final de haberse diagnosticado el síndrome de Leriche en fecha precedente. (...) Por ello, dicha hipótesis de carencia de diagnóstico previo -que, se insiste, pudiera haber incidido en el curso de la enfermedad, aún no descartando el resultado final producido-- es lo que justifica la aplicación de la doctrina de la pérdida de la oportunidad.*

⁷⁵ STSJ M 9815/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:9815, uztailaren 16koa.

⁷⁶ STSJ CL 480/2022 zk. - ECLI:ES:TSJCL:2022:480, otsailaren 8koa.

4. Neurritz kanpoko kaltea

A. Kontzeptua

Neurritz kanpoko kaltearen doktrinak emaitza ezohiko, ustekabeko eta berebiziki larri bati egiten dio erreferentzia, osasun jarduketak dituen arriskuekin eta artatu nahi diren pairamenekin alderatuz, eta bateraezina terapia normal baten ondorioekin⁷⁷. Jarduera profesionalaren eremuan aurreikusi gabeko eta azaldu ezinezko kaltetzat jotzen da; horregatik, jurisprudentziak honako hau adierazi du:

no es posible aplicar dicha doctrina cuando el resultado se presenta como una opción posible (STS de 2 de enero de 2012, RC 6710/2010), cuando dicho resultado constituye un riesgo propio de la intervención médica en un porcentaje considerable (STS 9 de marzo de 2011, RC 1773/2009), y cuando existe actividad probatoria que llega a convencer al órgano judicial respecto a cómo se ha producido tal resultado (STS de 2 de noviembre de 2012, RC 772/2012)⁷⁸.

Hori dela eta, emaitza oso txarra edo larria izan arren, ezin da beti "neurritz kanpokotzat" jo. Horrela, ez dago neurritz kanpoko kalterik, adibidez, emaitza lesiboa ebakuntzaren beraren arriskua bada, baina ebakuntza gaizki gauzatzeagatik kaltea handitu bada⁷⁹. Kalte hori ere ezin izango da alegatu bigarren mailako ondorioak aurreikusi edo saihestu ezin direnean, une zehatz horretan zientziak duen egoera kontuan hartuta.

Lehen aipatutako STSJ CL 980/2022n, non pazienteak bizkarrezur-nerbion lesio bat jasan zuen, neurritz kanpoko kaltea onartzea ere eskatzen zen, baina esku-hartze mediko horren berezko arriskua zenez eta, beraz, aukera posible bat, uzi hori ezetsi egin zen. Auzitegiak honela esan zuen: *En definitiva, la lesión sufrida por la recurrente entra dentro de los riesgos inherentes a la intervención que precisaba riesgo que era estadísticamente poco probable frente a los beneficios que le podía reportar la operación, pero que desgraciadamente en su caso se materializó. Por todo ello la demanda debe ser desestimada en este punto.*

⁷⁷ GALLARDO CASTILLO, M.J. (2021) *op cit.* 122. orria citando STS 4680/2006, ekainaren 20koa.

⁷⁸ STSJ CL 980/2022 zk. - ECLI:ES:TSJCL:2022:98, martxoaren 9koa, OJ 5.

⁷⁹ STS 1788/2015 zk. - ECLI:ES:TS:2015:1788, apirilaren 6koa, OJ 11.

Ildo horretatik doa ere STSJ GAL 769/2022a⁸⁰. Auztitegi Nagusiak neurritz kanpoko kaltearen existentzia ukatu zuen eta honela arrazoitu zuen: *En el caso presente la fascitis necrotizante derivada de la infección de una herida quirúrgica, (...) se presentaba como una opción posible, sobre todo cuando, como en el caso presente, concurren varios factores predisponentes (...), y además la prueba documental y pericial ha permitido conocer que el resultado se ha producido por la colonización a través de dos bacterias identificadas en los hemocultivos, si bien no ha quedado acreditado su carácter exógeno ni su origen intrahospitalario. Por tanto, concurren dos de los supuestos que impiden la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado.*

Zehatzago, baina funtsean gauza bera, beste epai batzuek azaltzen dute neurritz kanpoko kalteak honako hau esan nahi duela:

1º Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución.

2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible - por su desproporción - ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada.

3º Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la lex artis por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.

4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño.

5º De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea

⁸⁰ STSJ GAL 769/2022 zk.- ECLI:ES:TSJGAL:2022:769, otsailaren 9koa, OJ 5.

*antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado*⁸¹.

STSJ CLM 258/2020n⁸² Auzitegi Nagusiak adierazi zuen neurritz kanpoko kaltea bazegoela. Pazienteari hemorroide-interbentzio bat egin zioten, sinplea izan ohi dena eta ospitaleratzea eskatzen ez duena. Kasu horretan, emakumea 12 egunez egon zen ospitaleratuta, eta larrialdiko beste ebakuntza bat egin zioten hiru egunera. Era berean, hemorroideak eragindako ebakuntza horren ondoren, pazienteak nerbio pudendoaren min neuropatikoa zuen, eta horrek desgaitasuna eragin zion. Horregatik neurritz kanpoko kaltea egon dela argudiatzen du. Kasu horretan, Justizia Auzitegi Nagusiak honako hau deklaratu zuen, aipatutako 5 baldintzei jarraiki: *concurrentes cumplidamente las circunstancias requeridas. La primera es que el resultado dañoso exceda de lo previsible y normal, es decir, no guarde relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica. Este es justamente el caso, pues una intervención de hemorroides es una intervención menor y el resultado dañoso es de enorme entidad, inesperado y desproporcionado, hasta el punto de que ni siquiera se previó en el consentimiento informado su posibilidad. La segunda es que se produzca un efecto dañoso inasumible -por su desproporción- ante lo que cabe esperar de la intervención médica, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada; también estamos claramente en tal situación, pues la invalidez del paciente es un resultado inasumible como consecuencia de una intervención de hemorroides.*

B. Froga kargaren inbertsioa

Aipatutako jurisprudenziaren 3., 4. eta 5. puntuetatik ikus daitekeenez, neurritz kanpoko kaltea egoteak kausazko egozpenean eragiten du, eta alderantzikatu egiten du frogaren karga. Normalean, eskatzaileak frogatu behar du osasun-administrazioa *lex artis*atik desbideratu dela:

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la lex artis y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización,

⁸¹ STS 2185/2016 zk. - ECLI:ES:TS:2016:218, maiatzaren 19koa, OJ 14.

⁸² STSJ CLM 258/2020 zk. - ECLI:ES:TSJCLM:2020:258, urtarrilaren 23koa.

*si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria*⁸³.

Neurriz kanpoko kalteen kasuan, berriz, kaltea hainbestekoa da, non uste izaten den Administrazioaren ardurapeko profesional sanitarioaren zabarkeria egon dela, eta azken horrek frogatu beharko du *lex artis*ara egokitu dela froga-erraztasunean oinarrituta⁸⁴; bestela, Administrazioaren erantzukizuna egongo da. Ildo horretan, jurisprudentziak honako hau defendatzen du:

*A este fin hemos de recordar que la doctrina jurisprudencial "del daño o resultado desproporcionado", trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa, como señalábamos en nuestra Sentencia de 30 de septiembre de 2.011 (recurso de casación núm. 3.536/2.007), «en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado como aquél, ya que por sí mismo, por sí sólo, un daño así denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (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*⁸⁵.

STSJ CLM 258/2020an, hemorroideek eragindako esku-hartzeari buruzkoan, ondare-erantzukizuna onartu zen, Administrazioak ez baitzuen frogatu behar bezalako diligentzia. Auzitegiak honako hau adierazi zuen: *de este modo, procede aplicar la inversión probatoria respecto del respeto a la lex artis, y declarar que al no haberse asumido suficientemente el peso de dicha carga, debe declararse en definitiva la responsabilidad que se reclama.*

⁸³ STS 2494/2015 zk. - ECLI:ES:TS:2015:2494, maiatzaren 19koa, OJ 5.

⁸⁴ CARAZA CRISTÍN, M^a M (2016): La responsabilidad patrimonial de la administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos. INAP. Madrid. 268. orria.

⁸⁵ STS 7293/2012 zk. - ES:TS:2012:7293, azaroaren 2koa, OJ 4.

IV. COVID-19AREN GARAIKO ERREKLAMAZIOAK: EZINBESTEKO KASUA, ZIENTZIAREN EGOERA EDO AUKERA-GALERA

Bukatzeko, aipamen labur bat egin nahiko nuke COVID-19ak sor ditzakeen erreklamazioen inguruan. COVID-19aren garaian hainbat neurri ezarri ziren osasun-laguntza publikoari eragin ziotenak, esate baterako, arreta presentziala minimora murriztu zen eta prebentziorako berrikuspenak bertan behera utzi ziren. Honek, normala denez, eta doktrinak aurreikusten duenez, osasun-administrazioaren ondare-erantzukizun erreklamazioen gorakada ekarriko du. Hala ere, lan honetan ez dira aztertuko birusaren beraren infekzioagatik erreklamazioak, baizik eta osasun-laguntza birusa tratatzera bakarrik bideratzeagatik egondako atzerapenak sortu ditzakeen erreklamazioak. Adibide bat jartzearen, prebentziorako berrikuspenak bertan behera uzteagatik, SEOM⁸⁶ estimazioen arabera minbiziaren kasu berrien %21 ez da diagnostikatu⁸⁷.

Puntu honetan aipatu behar da alarma-, salbuespen- eta setio-egoerei buruzko ekainaren 1eko 4/1981 Lege Organikoaren 3.2 artikulua aukera ematen duela *egoera horiek indarrean dauden bitartean hartutako egintzak eta xedapenak aplikatzearen ondorioz, zuzenean edo beraien pertsonan, eskubidetan edo ondasunetan kalte-galerak jasaten dituztenek egotzi ezin zaizkien egintzengatik, kalte-ordaina jasotzeko eskubidea izan dezaten, legeetan xedatutakoaren arabera*. Halaber, alarma egoerak ez du bertan behera uzten Administrazioaren ondare-erantzukizunaren inguruko arau orokorrak. Hori dela eta, kaltea izan behar du Administrazioaren funtzionamendu ohiko edo ezohikoaren ondorioa, eta baldintzak (lesio ordaingarria, Administrazioari egozte eta kausalitate-harreman) bete behar dira, baita ezinbesteko kasua eta osasun-arloa subjektibatzen jotzeko sortutako doktrinak ere.

Oraindik ez dago jurisprudentzia kontsolidaturik gai honen inguruan eta urteak igaro daitezke Auzitegi Gorenak bere iritzia eman arte, baina interesgarria da gaia aztertzea bereziki, ezinbesteko kasua, zientziaren egoera eta aukera-galeraren ikuspegitik, eta aurreko epidemietatik dauden oinarriak kontuan hartuz.

⁸⁶ Sociedad Española de Oncología Médica.

⁸⁷ «SEOM alerta del limbo diagnóstico de los futuros pacientes con enfermedades graves no COVID, como el cáncer, y de sus consecuencias» <https://seom.org/otros-servicios/noticias/208421-seom-alerta-del-limbo-diagnostico-de-los-futuros-pacientes-con-enfermedades-graves-no-covid-como-el-cancer-y-de-sus-consecuencias> azkeneko aldiz ikusia 2022ko apirilaren 26an..

Ezinbesteko kasua Administrazioaren jarduera-esparrutik kanpo geratzen den gertaera bat da, aurreikusi ezin dena edo aurreikusita ere saihestezina dena. Pandemia ez zen guztiz aurreikusezina, datuak Txinatik iristen zitzaizkigulako, eta horren etorrera Espainiara saihestu ezin bazen ere, Administrazioak tresna ugari zituen haren hedapena eta hilgarritasuna murrizteko⁸⁸. Horrek kutsatuen zenbakia murriztuko zukeen, eta, beraz, gainerako gaixotasunen arreta erraztuko. Gainera, epaitegi eta auzitegiek ezinbesteko kasua onartuko balute ere, Administrazioak ezingo luke ezinbesteko kasua modu orokor batean alegatu izan dezakeen erantzukizun guztia gaineratik kentzeko. Kasu zehatza eta inguruabar zehatzak aztertu behar dira; izan ere, ezinbesteko kasua existitu arren, Administrazioaren ondare-erantzukizuna egon daiteke kudeaketa txarrarengatik⁸⁹ edo berak kaltea areagotu badu.

Halaber, ez du ematen LRJSPko 34.1. artikulua salbuespena aplikatuko denik. Alde batetik, HIESarekin eta C Hepatitisarekin ez bezala, bazeudelako ezagutza zientifikoak birusaren transmisioa sahisteko eta bere tratamendu moduari buruz⁹⁰. Beste aldetik, aztertzen ari garen kasuetan ez litzateke aplikagarria izango ez baikara SARS-CoV-2 birusaren aurkako tratamenduaz ari, baizik eta jada ezagunak eta saihestu daitezkeen gaixotasunez, baina ez zirenak garaiz detektatu edo tratatu osasun-zentroen kolapsoagatik.

Egoera honen aurrean aukera-galeraren aurrean egon gaitezke. Hartu dezagun minbiziaren adibidea, ez da ziurra pazientearen sendatuko den diagnostikoa garaiz egiten bada, baina horren atzerapenak haren sendaketa espektatibak ikaragarri murriztu ditzake. Gainera, aurreko epidemien kasuan, hala nola A Gripearen kasuan, aukera-galera onartu zen diagnostikoaren atzerapenagatik, A Gripe bera tratatu behar zenean ezagutzarik gabe⁹¹; hau da, egoera nahasiago horretan aukera-galera onartu bazen, ez litzateke harriztekoa doktrina hau aplikatzea kasu hauetan ere.

⁸⁸ MIR PUIGPELAT, O (2022): «Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y Covid-19: seminario virtual de formación del CGPJ, Conclusiones del Seminario». <https://www.aepda.es/AEPDAEntrada-3057-Conclusiones-Seminario-Virtual-Consejo-General-del-Poder-Judicial.aspx> azkeneko aldiz ikusia 2022ko apirilaren 26an.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ STSJ M 15911/2014 zk. - ECLI:ES:TSJM:2014:15911, abenduaren 18koa.

V. KONKLUSIOAK

Lan honetan ondare-erantzukizunaren legezko konfigurazioa aztertu da, bai eta erantzukizun hori egoteko betekizunak ere, hala nola lesio ordaingarria, Administrazioaren egozpena, kausalitate-harremana, eta ezinbesteko kasurik eza. Gainera, haren izaera objektiboan nabarmendu da, osasun-arloan ñabardura batzuk egon arren.

Osasun-zerbitzuen izaera eta haren arriskuak kontuan hartuta, ez da harritzekoa jurisprudentzia ondare-erantzukizunaren izaera hain objektibo hori moldatu izana, Administrazio Publikoek eragindako kalte ororen aseguratzaile unibertsalak bihur ez zitezten. Horrela, bitartekoen betebeharra ezarri zen, eta ez emaitzena, eta *lex artis* eta *lex artis ad hoc*, baimen informatua, aukera-galera eta neurritz kanpoko kaltea bezalako figura zibilak barneratu ziren.

Begi bistakoa da osasun-administrazioa ezin dela izan bere jarduketan sor ditzakeen kalte guztien erantzule, batzuetan jarduketak berak arriskua dakarrelako. Horregatik, ulergarria da figura horiek modu batera edo bestera ordenamendu juridiko administratiboan barneratzea. Horrela, Administrazioak ez ditu zertan ordaindu osasun arloan eragindako kalte guztiak eta, halaber, eragindakoen eskubideak errespetatuko dira. *Lex artis* eta *lex artis ad hoc* direlakoiei esker, osasun-administrazioaren jarduketa zuzena bada, hark ez du erantzukizunik izango kalte bat eragiten duenean, baina aurretik kalte hori gertatzeko aukera pazienteari jakinarazi beharko zaio, eta hark onartu, bestela erantzukizuna egongo litzateke. Ikusten da Administrazioari nolabaiteko malgutasuna ematen zaiola, baina pazienteak babestuz aldi berean. Era berean, aukera-galera eta neurritz kanpoko kaltearen teoriak kaltea jasan duena babesten dute Administrazioaren jarduketa desegokia frogatu ezin duenean, lehena emaitza hobea izateko aukeran oinarrituta, eta bigarrena kaltea hain handia denean, non ondorioztatzen baita jarduketa txarra egon dela.

Teoria horiek guztiak aztertuta, egokia iruditu zait azalpen labur bat egitea bizi izan dugun COVID-19ak sor dezakeen erantzukizunari buruz. Izan ere, gogoratu behar dugu COVID-19a dela-eta osasun-zerbitzuak kolapsatu zirela eta hainbat diagnostiko eta esku-hartze mediko alde batera utzi zirela. Pandemiak arazo hau planteatu dezake: ea osasun-administrazioaren erantzukizuna onartuko den pandemia izandako jarduketatik edo, alderantziz, erantzukizuna salbuetsiko den ezinbesteko kasuan edo zientziaren egoeran oinarrituta. Aurrekariak kontuan hartuta, eta ezinbesteko kasua eta zientziaren egoeraren

klausula aplikatzeko gorabeherak ikusita, litekeena da epaitegiek eta auzitegiek aukera-galeraren doktrina erabiltzea.

Nire iritziz, aukera egokiena hura izango litzateke; izan ere, edozeinek uler dezake pandemia saihestesina zela, baina Administrazioa da COVID-19z infektatutako gaixoei lehentasuna eman diona beste gaixotasun guztien gainetik. Erabaki hori da, esaterako, osasun-laguntzaren moteltzea eta diagnostikoen atzerapena ekarri duena, eta horregatik erantzukizuna izan beharko luke. Hala ere, hauek hipotesi hutsak dira eta etorkizunean argituko dira epaitegi eta auzitegiek hartzen dituzten erabakien arabera.

V. BIBLIOGRAFIA

BARCELÓ DOMÉRECH, J. (2016): «La integración del deber médico de información en la lex artis: Referencia legal y jurisprudencial en el derecho español», *Revista de Direito de la ULP*, 8 zk

BAUZÁ MARTORELL, F.J. (2019) «Responsabilidad patrimonial sanitaria: autonomía de la voluntad del paciente y documento de consentimiento informado», *DS: Derecho y salud*, vol 29, extra 1

— (2017): «Responsabilidad médica y sobre prevención: otra perversión del sistema», *DS: Derecho y salud*, vol 27, extra 1

BERROCAL LANZAROT, A.I. (2018): «Consentimiento por representación en el ámbito sanitario: diversos instrumentos para su aplicación», *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 8. zk

CARAZA CRISTÍN, M^a M (2016): *La responsabilidad patrimonial de la administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*. INAP. Madrid. 268 orria

COBREROS MENDOZA, E. (2020): «Culpabilidad, funcionamiento de los servicios y antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración y una referencia a la de los demás poderes del Estado», *Revista de Administración Pública*, 213 zk

ESTEVE GIRBÉS, J. (2021): «El mito de la responsabilidad objetiva global de la administración pública (pandemia por coronavirus como oportunidad para una reevaluación del sistema)(*)», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 57 zk

GALLARDO CASTILLO, M.J. (2021): *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*. Colex. A Coruña.

— (2015): «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46 zk.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. eta FERNÁNDEZ, T-R. (2020): *Curso de derecho administrativo II*. 16 ed. Thomson-Civitas. Navarra.

MANZÓ BÁGUENA, P. (2016): «La responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el ámbito sanitario en la doctrina del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana», *Revista española de la función consultiva*, 26 zk

MIR PUIGPELAT, O. (2020): «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 213 zk

— (2020): «Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y Covid-19: seminario virtual de formación del CGPJ, Conclusiones del Seminario». <https://www.aepda.es/AEPDAEntrada-3057-Conclusiones-Seminario-Virtual-Consejo-Gener-al-del-Poder-Judicial.aspx> azkeneko aldiz ikusia 2022ko apirilaren 26an

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2021): *Derecho administrativo. Parte general*. 17 ed. Tecnos. Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2018): *Principios de derecho administrativo general, Volumen II*. 5.ed. Iustel. Madrid

ORTIZ FERNÁNDEZ, M. (2021): *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: responsabilidad civil y derechos constitucionales*. Dykinson. 186 orria <https://elibro-net.ehu.idm.oclc.org/es/lc/ehu/titulos/175701>

VIDAL MARTÍN, T.P (2021): «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», *Derecho de daños*. Tirant online

Jurisprudentzia

STS 4521/2021 zk.-ECLI:ES:TS:2021:4521, abenduaren 1ekoa

STS 4339/2017 zk.-STS ECLI:ES:TS:2017:4339, azaroaren 28koa

STS 4237/2007 zk.- ECLI:ES:TS:2007:4237, apirilaren 16koa

STS 550/2021 zk.-ECLI:ES:TS:2021:550, otsailaren 4koa

STS 2444/2018 zk. - ECLI:ES:TS:2018:2444, ekainaren 26koa

STS 1546/2018 zk. - ECLI:ES:TS:2018:1546, apirilaren 24koa

STS 1096/2018 zk. - ECLI:ES:TS:2018:1096, martxoaren 20koa

STS 1084/2018 zk. . ECLI:ES:TS:2018:1084, martxoaren 15ekoa

STS 1788/2015 zk. - ECLI:ES:TS:2015:1788, apirilaren 6ko

STS 2494/2015 zk. - ECLI:ES:TS:2015:2494, maiatzaren 19koa

STS 2185/2016 zk. - ECLI:ES:TS:2016:218, maiatzaren 19koa

STS 7293/2012 zk. - ES:TS:2012:7293, azaroaren 2koa,

STSJ AS 662/2022 zk.- ECLI:ES:TSJAS:2022:662, martxoaren 14koa

STSJ CL 480/2022 zk. -ECLI:ES:TSJCL:2022:480, otsailaren 8koa

STSJ CL 656/2022 zk. - ECLI:ES:TSJCL:2022:656, otsailaren 8koa

STSJ CL 980/2022 zk.- ECLI:ES:TSJCL:2022:980, martxoaren 9koa

STSJ CLM 258/2020 zk. - ECLI:ES:TSJCLM:2020:258, urtarrilaren 23koa

STSJ GAL 769/2022 zk.- ECLI:ES:TSJGAL:2022:769, otsailaren 9koa

STSJ GAL 1631/2022 zk. - ECLI:ES:TSJGAL:2022:1631, martxoaren 7koa

STSJ GAL 1275/2022 zk. - ECLI:ES:TSJGAL:2022:1275, martxoaren 7koa

STSJ M 9815/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:9815, uztailaren 16koa

STSJ M 15911/2014 zk. - ECLI:ES:TSJM:2014:15911, abenduaren 18koa

STSJ MU 282/2022 zk - ECLI:ES:TSJMU:2022:282. martxoaren 1ekoa

STSJ MU 413/2022 zk. - ECLI:ES:TSJMU:2022:413, martxoaren 10ekoa

STSJ MU 196/2022 zk.- ECLI:ES:TSJMU:2022:196, otsailaren 7koa

SAP SS 29/2007 zk. - ECLI:ES:APSS:2007:29, urtarrilaren 15ekoa

Web orriak

«SEOM alerta del limbo diagnóstico de los futuros pacientes con enfermedades graves no COVID, como el cáncer, y de sus consecuencias»

<https://seom.org/otros-servicios/noticias/208421-seom-alerta-del-limbo-diagnostico-de-los-futuros-pacientes-con-enfermedades-graves-no-covid-como-el-cancer-y-de-sus-consecuencias>

azkeneko aldiz ikusia 2022ko apirilaren 26an.