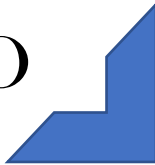
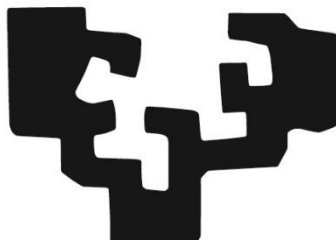


RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL ÁMBITO SANITARIO



Realizado por Zaira Jaular Yerga
Dirigido por Agustín García Ureta

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

Grado en Derecho
Sección Bizkaia

ÍNDICE

I. Introducción	4
II. Régimen jurídico	5
III. Carácter y naturaleza de la responsabilidad patrimonial	5
IV. Aspectos generales de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario	11
V. Elementos de la responsabilidad patrimonial sanitaria	13
1. Lex artis y Lex artis ad hoc	13
1.1 Los protocolos médicos, como criterio correctivo de la lex artis	17
1.2 Consentimiento informado	19
VI. Requisitos que deben de concurrir para apreciar responsabilidad patrimonial	23
1. Daño	24
1.1 El daño efectivo	24
1.2 Daño evaluable económicamente	25
1.3 Daño individualizado	27
2. La antijuridicidad del daño: cuando el daño se convierte en lesión.	28
2.1 Error en el diagnóstico	30
3. La relación de causalidad	32
VII. Teoría de la pérdida de oportunidad	35
VIII. Causas de exoneración de la responsabilidad sanitaria	37
1. Fuerza mayor	37
2. Estado de la ciencia	40
IX. Carga de la prueba y obligaciones de la administración	42
X. Procedimiento	45
1. Prescripción de la acción para reclamar	45
2. Daños permanentes y daños continuados	47
XI. Conclusiones	48

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CE: Constitución Española

LPAC: Ley de Procedimiento Administrativo Común

LRJSP: Ley de Régimen Jurídico del Sector Público

LOSE: Ley de Ordenación Sanitaria de Euskadi

Dict.: Dictamen

LAP: 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.

Dicts.: Dictámenes

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

Núm.: Número

TS: Tribunal Supremo

SSTSJ: Sentencias del Tribunal Superior de Justicia

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

FJ: Fundamento Jurídico

Párr.: Párrafo

Pág.: Página

Vol.: Volumen

Ed.: Edición

I. Introducción

En el presente trabajo de Fin de Grado, se trata sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y en concreto sobre las particularidades de ésta en el ámbito sanitario.

La responsabilidad patrimonial de la administración se trata de una institución regulada en el artículo 106.2 CE, que tiene como finalidad establecer la obligación de las Administraciones Públicas de indemnizar a los particulares por aquellos daños que haya podido causar en el desarrollo de sus actividades y éstos no tengan el deber jurídico de soportarlos.

Este trabajo tiene como objeto analizar, primeramente y en términos generales, cuál es el carácter de dicha responsabilidad, los requisitos que deben concurrir para apreciar la misma, las causas que la exoneran y las singularidades del procedimiento. Y en profundidad, cuáles son aquellos elementos más relevantes de la responsabilidad de la administración sanitaria y, que, a su vez, la diferencian o la alejan de la concepción tradicional que se ha instaurado sobre la responsabilidad patrimonial en general como sucede con el carácter objetivo con el que se configura todo este sistema de responsabilidad.

En ese sentido, se incidirá en cómo el criterio de la “lex artis” se utiliza como criterio para determinar si ha habido un funcionamiento normal o anormal en la administración pública en tanto que, es ésta la que fija a tenor del estado de la ciencia del momento, cuáles son las actuaciones médicas correctas para que se considere que el servicio prestado es el adecuado.

También se hará hincapié, en cómo el elemento de antijuridicidad se erige alrededor de dicho criterio para determinar si el administrado ha padecido un sacrificio especial y, por ende, no tiene la obligación jurídica de soportar dicho daño.

En lo que a la metodología utilizada respecta, se ha llevado a cabo una investigación tanto doctrinal como jurisprudencial del tema, acudiendo para ello a diferentes fuentes bibliográficas con el fin de analizar doctrina administrativa: Vlex, Tirant online, Biblioteca Virtual Tirant, Dialnet plus ; libros doctrinales también se ha acudido a artículos de revistas como “*Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad*”

patrimonial de la Administración” y “Comités de ética en el ámbito sanitario: clases, competencias y funciones”; bases de datos para la recopilación de jurisprudencia como CENDOJ, Aranzadi y Vlex y por último, páginas web en las que se encontraban diferentes artículos como Iberley.es y Noticiasjurídicas.com.

El principal objetivo de este trabajo es poder reflejar las incoherencias que muestra este sistema de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo y cómo en el ámbito sanitario, especialmente, presenta modulaciones utilizando criterios subjetivos como son la “lex artis.”

II. Régimen jurídico

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas encuentra su fundamento jurídico en el artículo 160.2 CE, que establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados en caso de que sufran lesiones en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos¹.

Dicho precepto constitucional, se encuentra desarrollado en primer lugar, en los arts. 32-34 LRJSP, de 1 de octubre, que establecen cuáles son sus principios rectores. En segundo lugar, en la LPAC 39/2015, de 1 de octubre, la cual establece cuáles son las fases, requisitos y especialidades del procedimiento a seguir en la responsabilidad patrimonial, en tanto que éste, se trata de una especialidad del procedimiento administrativo.

III. Carácter y naturaleza de la responsabilidad patrimonial

Para poder analizar el carácter de la responsabilidad patrimonial, debemos de tener en cuenta, en primer lugar, el artículo 106.2 CE, que es donde se regula tal responsabilidad, y en segundo lugar, que hay dos tesis doctrinales al respecto, la mayoritaria, cuyo fundamento es, que la responsabilidad de la administración debe de apreciarse como regla general en el funcionamiento anormal del servicio y, otra tesis, que sigue defendiendo la

¹ Janeiro Bello, D. (1999). *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Marcial Pons. Pág. 43 y 46.

idea tradicional de que la responsabilidad de la administración es objetiva. Sin embargo, hay en ciertos puntos en los que confluyen ambas posturas doctrinales.

Por lo que respecta a la doctrina mayoritaria, esta parte de la idea de que, la redacción del art. 106.2 CE no quiere seguir la idea que se ha concebido tradicionalmente sobre el carácter de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, que se ha configurado como objetiva haciendo que la apreciación de la misma dependa de manera exclusiva del resultado, sin tener en cuenta si concurre culpa del sujeto que genera el daño. Por lo tanto, nos encontramos en un escenario más seguro y eficaz que en el de la responsabilidad subjetiva del derecho civil² a que la culpa no se trata del principio angular que rige este tipo de responsabilidad a la hora de imputar el daño.

Para sustentar dicha tesis, se ha basado en las dos diferencias existentes entre el texto de la Ley de Expropiación y el art.106.2 CE, que son, por un lado, que el artículo de la CE suprime los adjetivos normal y anormal con respecto al funcionamiento del servicio, y la expresión “en los términos establecidos por la Ley” que añade el artículo de la Constitución Española³.

Dicha doctrina asegura que, a pesar de que la culpa y la ilicitud no son requisitos a tener en cuenta para la imputación del daño, tampoco se excluyen, en tanto que “son conceptos recurrentes con los que luego trata de perfilarse la relación de causalidad y, con ella, el deber de resarcir o no el daño producido⁴.”

Tomando en consideración lo citado en esas últimas líneas, se puede apreciar cómo, esa vertiente clásica que tiende a que el carácter de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas sea objetivo, va decayendo.

Ello se puede probar debido a “la frecuente alusión por la doctrina y la jurisprudencia” de la *lex artis*, que se trata del criterio que se utiliza en el ámbito sanitario para poder esclarecer si verdaderamente el servicio ha sido normal o anormal. Por lo tanto, al acudir a este tipo de criterios, lo que se está haciendo es utilizar la culpa sin mencionarla y de

² Castillo, M. J. G. (2021). *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*. Pág. 29

³ Fernández, T.-R. (2021). Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración. *Revista de Administración Pública*, 216, pág. 177.

⁴ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 29.

este modo, intentar mantener la apariencia de que nos encontramos ante un sistema de carácter eminentemente objetivo⁵.

En suma, lo que se está haciendo en la práctica es apreciar la existencia de responsabilidad cuando haya habido una infracción de la *lex artis* (criterio subjetivo) y no solo si ha habido un hecho lesivo (criterio objetivo) como defiende la doctrina administrativa tradicional.

Entonces, independientemente de la objetivación alcanzada a la hora de apreciar si concurre o no responsabilidad por parte de la administración, no cabe una imputación automática de todos los hechos lesivos que suceden en las administraciones, ya que deben de tenerse en cuenta criterios de ponderación como “las condiciones subjetivas u objetivas, temporales o espaciales que confluyen en el evento lesivo, esto es, los llamados "estándares de calidad" y muy especialmente, el grado de cumplimiento o de desviación de la *Lex artis* ”⁶.

A tal efecto, resulta relevante lo que establece la STS de 5 de junio de 1998⁷, ésta sentencia afirma que, la titularidad de la infraestructura que es utilizada para la prestación del servicio sea de la administración pública, no conlleva que éstas se conviertan en aseguradoras universales de todos los riesgos con el objeto de prevenir cualquier eventualidad dañosa para los administrados, sin tener en consideración cómo se ha llevado a cabo esa actuación administrativa. Por ello, se determina que la responsabilidad de la administración sanitaria no tiene el carácter de objetivo, sino que se trata de una responsabilidad modulada, y que, además, para apreciar que existe responsabilidad, se requiere no solo que se produzca un daño, sino que haya un nexo causal entre la actuación administrativa que ha producido el daño y el propio daño. Y es que, finaliza la sentencia alegando que la institución de responsabilidad patrimonial está configurada para servir a los intereses generales, lo que difícilmente se podría conseguir si se imputase a la administración toda lesión acontecida en sus infraestructuras.

En la misma línea que el TS, tenemos el Consejo Consultivo de Andalucía, que en su dictamen 77/2000, de 18 de mayo⁸, aduce que la responsabilidad administrativa ha de estar conectada con cómo se ha desenvuelto la prestación del servicio público, por lo

⁵ Checa González, C. (2021). La falacia de la tesis de que la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es, en todo caso, objetiva. Checa González, C. *Nueva Fiscalidad*, pp. 19-72. Dykinson, S.L. Pág. 42.

⁶ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 29.

⁷ Recurso 1662/1994

⁸ Núm. de marginal II.59

tanto, la existencia de nexo causal se apreciará analizando si se han cumplido los deberes de prestación que deben de respetarse en el servicio público concreto.

A la luz de lo que establece dicha sentencia y el dictamen citado, es claro que la doctrina administrativa mayoritaria ha ido dejando atrás ese carácter objetivo en tanto que, en la actualidad, el título de imputación que se tiene en cuenta para atribuir daños a la administración es el funcionamiento anormal de ésta la hora de prestar los servicios de que es titular⁹.

Esto es debido a que, teniendo en cuenta criterios lógicos, no podemos encontrarnos en la misma situación habiendo llevado a cabo el servicio de una manera normal que anormal y, por ende, que la administración responda de igual manera en ambos supuestos. Debemos movernos, en consecuencia, en un escenario en el que “la responsabilidad por anormalidad debe ser la regla general siendo, por lo tanto, el sistema de responsabilidad patrimonial una culpa objetivada.”¹⁰

No obstante, la administración también puede tener la obligación de resarcir los daños que haya causado sin que medie ese carácter de anormalidad en el servicio que presta. Dichos casos son aquellos en los que se ha “producido un sacrificio especial” como, por ejemplo, que una actuación benéfica para la comunidad haya supuesto para un particular un perjuicio¹¹. Pero, a pesar de ello, no hay que olvidar que “la responsabilidad por funcionamiento normal se reserva a supuestos acotados y excepcionales como los relacionados con la generación de riesgos especialmente elevados o la causación deliberada de daños cuasiexpropiatorios, en los que se ocasiona un sacrificio especial al afectado en beneficio de la colectividad”¹².

Por su parte, hay que dejar claro que la redacción del art.106.2 CE, lo que hace es una remisión al legislador para que sea éste el que establezca cuál es el carácter del sistema de responsabilidad.¹³

⁹ Checa González, C. (2021). Pág. 44.

¹⁰ Checa González, C. (2021). Págs. 44 y 46.

¹¹ Checa González, C. (2021). Pág. 47.

¹² Checa González, C. (2021). Pág. 44.

¹³ Del Mar Caraza Cristín, M., & Del Mar Caraza Martín, M. (2016). *La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*. Pág. 251.

Así, se ha señalado que “esta línea jurisprudencial se aprecia claramente en el ámbito sanitario, en el que el particular ha de soportar el daño ocasionado a raíz de una operación quirúrgica si ésta fue practicada conforme a la *lex artis*, de acuerdo con los Protocolos, Guías y Recomendaciones vigentes, y aquel prestó su consentimiento después de haber sido correctamente informado de los posibles riesgos.”¹⁴ En este caso, se puede observar cómo efectivamente ha habido un resultado dañoso pero, a ojos de los tribunales, no es suficiente por sí mismo para que la administración concorra en responsabilidad, ya que el servicio se ha llevado a cabo con sujeción a los protocolos médicos y la *lex artis*.

Para finalizar con esta cuestión, resulta especialmente relevante, para reforzar todo lo dicho anteriormente, la STC 112/2018, de 17 de octubre¹⁵. En esta sentencia, a pesar de que parte la base de que el carácter de la responsabilidad patrimonial es objetivo, en su FJ 5º establece que:

“Tal objetividad no significa que baste con la existencia de relación de causalidad entre la actuación administrativa y la lesión sufrida por la víctima, sino que debe concurrir algún título de imputación que permita atribuir el daño a la administración”.

De ello, se puede extraer una clara conclusión, y es que el TC ha querido dejar claro que el carácter de la responsabilidad de la administración es objetiva, pero, por su parte, no ha especificado cuáles son esos títulos de imputación que sustentan dicho carácter¹⁶.

A modo de conclusión, en función de la jurisprudencia vertida por los tribunales, es evidente que éstos aplican un régimen de responsabilidad culpabilístico, por lo que, sólo establecen el deber de resarcir cuando el daño se haya producido a causa de un funcionamiento anormal o defectuoso del servicio público¹⁷.

En lo que a la doctrina minoritaria respecta, esta parte de la premisa de que, independientemente de que el art.106.2 no contenga los adjetivos normal o anormal de manera explícita, no implica que se quiera conferir mayor protagonismo al funcionamiento anormal en tanto que, no haciendo alusión a ninguno de los dos, se está

¹⁴ Del Mar Caraza Cristín, M., & Del Mar Caraza Martín, M. (2016). Pág. 252.

¹⁵ RTC 2018, 112

¹⁶ Checa González, C. (2021). Pág. 48.

¹⁷ Del Mar Caraza Cristín, M., & Del Mar Caraza Martín, M. (2016). Pág. 244.

estableciendo de manera implícita, que con las dos formas de funcionamiento la administración puede incurrir en responsabilidad¹⁸.

En lo que respecta a la remisión al legislador que hace dicho artículo de la CE al legislador, no quiere decir que la remisión se haga en blanco y así pueda modular el carácter de la responsabilidad de las administraciones cuando quiera y como quiera. Más bien, lo que quiere el constituyente al incorporar esa expresión, es que el legislador desarrolle el carácter que le ha conferido y esto es debido a “la economía que es propia del lenguaje constitucional” de lo que no cabe deducir que el constituyente quiera establecer un carácter distinto al que ya venía conferido por el legislador anterior y que ya estaba consolidada¹⁹.

A mayor abundamiento, dicha doctrina argumenta que, no hay nada que pueda indicar que tal remisión tiene por objeto hacer una rectificación sobre el carácter objetivo que le ha conferido al sistema de responsabilidad de las administraciones. De hecho, se puede entender todo lo contrario en tanto que, el legislador constituyente quiso tomar como referencia el sistema tradicional que ya venía consolidado por veinticuatro años y ponerlo en la norma suprema, queriendo convertirlo en la base sobre la que debe de regir el sistema de responsabilidad de la administración. Dicho sistema tradicional al que se hace alusión configura el sistema de responsabilidad alrededor del carácter objetivo tomando como fundamento, no tanto por una conducta culpable, sino más bien, porque existe un menoscabo en el patrimonio algún administrado que hay que resarcir²⁰.

Por otra parte, como ya se ha dicho antes, ambas doctrinas confluyen en que el art.106.2 CE es ambiguo en el sentido en que, no establece entre los diferentes modos de actuación (normal y anormal) qué criterios de imputación de daños serían jurídicamente idóneos a cada uno de esos modos²¹. De hecho, la doctrina minoritaria, alega que efectivamente, es esa ambigüedad la que ha permitido o propiciado de alguna manera que se haya imputado el daño de manera indiferente entre los dos modos de actuación (normal y anormal). De lo que ha derivado que sea la jurisprudencia la que ha ido estableciendo que el único

¹⁸ Fernández, T.-R. (2021). Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración. *Revista de Administración Pública*, 216, pág. 178.

¹⁹ Fernández, T.-R. (2021). Pág. 178.

²⁰ Fernández, T.-R. (2021). Págs. 178 y 179.

²¹ Fernández, T.-R. (2021). Págs. 178 y 179.

elemento de imputación sea el nexo causal entre la acción y el daño producido, sin que se establezca ningún otro criterio legal de imputación²².

Otra de las cuestiones en las que ambas doctrinas confluyen, es en que no es sostenible que la administración tenga la obligación de indemnizar todo perjuicio que acontezca en el marco de un servicio público, dado que, si precisamente, el fundamento de esta institución es velar por el interés general, no se puede pretender que sea la comunidad social la que lo sufrague, en tanto que sería ir en contra de su propio fundamento²³.

Como conclusión, dicha doctrina, lo que aduce es que el cometido del legislador es corregir o perfilar lo que contiene el propio art.106 CE, a fin de poder evitar las consecuencias que se acaban de citar debido a la ambigüedad de dicho artículo²⁴.

Por último, apuntar que otra de las notas esenciales en la configuración de este sistema de responsabilidad patrimonial es el carácter directo que tiene, lo que conlleva que los particulares tengan “derecho a ser resarcidos directamente por la administración sin necesidad de reclamar ni identificar previamente a la autoridad, funcionario, agente o empleado público cuya conducta ha causado el daño.”²⁵

IV.Aspectos generales de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario

En la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, tal y como se ha dicho anteriormente, es necesario que haya un “nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado” (aunque en la práctica se traduce en establecerlo en los casos de funcionamiento anormal), a pesar de que su carácter sea objetivo²⁶.

Es en este ámbito en el que mejor se aprecian las “modulaciones y desviaciones a las que se somete el sistema de responsabilidad objetiva de la administración Pública” ya que, es

²² Fernández, T.-R. (2021). Págs. 178 y 179.

²³ Fernández, T.-R. (2021). Págs. 178 y 179.

²⁴ Fernández, T.-R. (2021). Pág. 179.

²⁵ Del Mar Caraza Cristín, M., & Del Mar Caraza Martín, M. (2016). Pág. 236.

²⁶ Bello Janeiro, D., & Bello Janeiro, D. (2009). *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria* (Ser. Colección derecho de daños). Reus. Pág. 132.

necesario acudir al criterio de la “lex artis” con el fin de conocer, ni más ni menos, si ha habido un funcionamiento anormal en la prestación del servicio sanitario. Lo que se traduce en que, en los casos en los que se originen daños derivados de alguna actuación médica, únicamente se apreciará que hay un deber de indemnización por parte de la administración pública en los casos de funcionamiento anormal.²⁷”

Hay que partir de la base de que, en el ámbito sanitario estamos ante un deber de medios y no de resultados, como así reitera la jurisprudencia de manera constante. Esto es, la obligación radica en la prestación de un servicio con la diligencia requerida aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica del momento contiene²⁸.

Por lo tanto, lo que determina el cumplimiento de la obligación, no es la obtención de un resultado favorable, sino que, la ejecución de la actividad haya sido llevada a cabo con el objetivo de conseguir ese resultado favorable²⁹. Por ello, no nos encontraremos ante un funcionamiento anormal, cuando el resultado no haya sido favorable pero la actuación se haya llevado a cabo con la diligencia requerida.

La doctrina consolidada del TS establece que la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario “no puede ser objetiva”³⁰. En este sentido, encontramos la STS de 4 de junio de 2013³¹, en el que se da el caso de un fallecimiento por sepsis³² a causa del tratamiento de quimioterapia. El Tribunal Supremo reconoce que, debido a la naturaleza de la actividad sanitaria, concurren la acción de la administración que presta el servicio, el estado físico del paciente y el “curso natural de procesos que la ciencia o la técnica, en el momento actual de los conocimientos, no puede evitar o minorar con la producción final de un resultado que se nos presenta como inevitable o imprevisible”. Y es que, en este caso, lo que sucede es que, se aplicó el tratamiento que conforme al estado de la ciencia y técnica del momento se conocían para hacer frente a la enfermedad que padecía el paciente, luego se cumplió esa obligación de medios a la que está sujeta la administración sanitaria, independientemente de que el resultado no sea favorable, como es el caso, ya que a la

²⁷ Del Mar Caraza Cristín, M., & Del Mar Caraza Martín, M. (2016). Pág. 258.

²⁸ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 36.

²⁹ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 37.

³⁰ Del Mar Caraza Cristín, M., & Del Mar Caraza Martín, M. (2016). Pág. 258.

³¹ Recurso 2187/2010

³² Es una afección médica grave, causada por una respuesta inmunitaria fulminante a una infección. El cuerpo libera sustancias químicas inmunitarias en la sangre para combatir la infección (<https://www.nigms.nih.gov/education/fact-sheets/Pages/sepsis-spanish.aspx>)

administración no se le exige un resultado. Finaliza manifestando que, no se puede exigir a la administración responsabilidad por los resultados acaecidos a consecuencia de “procesos naturales inevitables³³.”

Cabe concluir, a la luz de todo lo dicho anteriormente, que sólo se condena a la administración sanitaria cuando se aprecia un incumplimiento de la “lex artis”, y dado que encarna en ella supuestos de toda índole, a sensu contrario, establece en qué casos o circunstancias ha habido un funcionamiento anormal. “Así, los casos más comunes son cuando se está ante errores diagnósticos (diagnósticos equivocados, la falta o defectuosa realización de pruebas complementarias, el alta hospitalaria indebida o el incorrecto seguimiento postoperatorio), diagnósticos tardíos, errores terapéuticos (fallos en la medicación, maniobra quirúrgica incorrecta, olvido de material quirúrgico, etc.), errores de prevención (pruebas preoperatorias incorrectas, falta de pruebas necesarias, ausencia de administración de fármacos para prevenir patologías, etc.), falta de información previa al consentimiento para una intervención quirúrgica, etc.”³⁴

Lo anterior exige analizar con más detenimiento qué es la “lex artis” en el contexto sanitario, por ello, en el epígrafe siguiente se procederá a su estudio.

V.Elementos de la responsabilidad patrimonial sanitaria

1.Lex artis y Lex artis ad hoc

En cuanto a la lex artis, ésta se ha definido como “Una regla directiva genérica de carácter técnico en su aplicación y de carácter ético en su fundamento y ejecución, que modula y condiciona toda actuación médica.³⁵”

Por lo tanto, la lex artis se trata de “un conjunto de reglas y preceptos útiles para hacer bien una cosa o para practicar una ciencia o incluso el conjunto de contenidos de carácter

³³ Del Mar Caraza Cristín, M., & Del Mar Caraza Martín, M. (2016). Pág. 258.

³⁴ Del Mar Caraza Cristín, M., & Del Mar Caraza Martín, M. (2016). Pág. 261.

³⁵ Morillas Cueva, L., Benítez Ortúzar, I.F., Bobo Ruíz, J., Cruz Blanca, M.J., Domínguez Izquierdo, E.M. y Esquinas Valverde, P. (2010). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios* [Online]. Dykinson, S.L. Pág. 467.

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 concreto³⁶.”

Ahora bien, hay que dejar claro que la expresión “lex artis”, tiene una variedad de significados. En este sentido, resulta necesario distinguir dos niveles de “lex artis”³⁷:

- a) General: el nivel de la lex artis en sentido genérico viene establecido por el estado de la ciencia en cada momento, el cual se manifiesta a través de publicaciones científicas, protocolos, conferencias de consenso y otros procedimientos de naturaleza similar.
- b) Lex artis ad hoc: este nivel, a diferencia del anterior, no es genérico en tanto que tiene en consideración características concretas como son el tiempo, lugar, disponibilidades y recursos del centro donde se está prestando la asistencia sanitaria. Dichas características se plasman en guías clínicas y decisiones de los comités hospitalarios. Las guías clínicas, tienen como cometido facilitar a los pacientes y sanitarios la toma de decisiones correctas en situaciones clínicas determinadas. Por lo tanto, éstas tienen una función orientativa.

En cuanto a los comités, hay diferentes clases. Entre ellos encontramos: los comités éticos asistenciales, los de investigación y los de ética organizacional. Los asistenciales tienen el cometido de “resolver los conflictos éticos que plantea la asistencia sanitaria” y fundamentalmente, los que se plantean en el ámbito hospitalario. Además, también elaboran protocolos asistenciales.

Dado que la deliberación es el método que se utiliza a la hora de trabajar en estos comités, y que sus recomendaciones deben de considerar todos los intereses y puntos de vista, dichos comités se integran “por tres o cuatro médicos que ejercieran labor asistencial; tres o cuatro enfermeros; tres profesionales no sanitarios de la Institución, preferentemente de los que desarrollan su función en los servicios de trabajo social, atención al paciente/usuario o asistencia religiosa; un licenciado en derecho; una o dos personas ajenas a la Institución; por último,

³⁶ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 31.

³⁷ Morillas Cueva, L., Benítez Ortúzar, I.F., Bobo Ruíz, J., Cruz Blanca, M. J., Domínguez Izquierdo, E.M. y Esquinas Valverde, P. (2010). Pág. 467.

un médico del comité ético de investigación clínica y, si estuviere organizada, un miembro de la comisión central de garantía de calidad.³⁸”

Por su parte, la naturaleza de las decisiones o recomendaciones que emanan de este tipo de comités no es vinculante. A diferencia de lo que ocurre con los comités de investigación, cuyas decisiones sí que son vinculantes. El cometido de ese tipo de comités es el de “velar por la calidad de la investigación en seres humanos, así como la protección de los mismos”³⁹.

Por último, en cuanto a los comités organizacionales, éstos tienen la función de organizar las relaciones entre personas, grupos o comunidades, como, por ejemplo, entre el hospital y los empleados de éste⁴⁰.

En el sentido de la “lex artis ad hoc”, el comité cuya naturaleza o valor jurídico interesa es el de los comités asistenciales en tanto que, nos resultan relevantes porque entre sus funciones está la de elaborar protocolos, así como, ayudar a tomar las decisiones correctas en el ámbito hospitalario, de manera que se está orientando al sanitario en relación a cuál es la actuación diligente.

A pesar de que la definición del concepto lex artis ayuda a acercarnos a la verdadera función que desempeña en el contexto de responsabilidad, la STS de 11 de marzo de 1991 explica cuál es el carácter de la “lex artis” y reconoce la insuficiencia de la misma a la hora de poder enjuiciar los casos concretos⁴¹:

“la lex artis como regla general y sin referencia al enfermo concreto no pasa de ser una cabal abstracción.”

Esta afirmación, lo que nos quiere decir es que, la “lex artis” hace referencia a una generalidad y, por lo tanto, para poder apreciar si se está actuando conforme a ella, hay que adecuarla a las circunstancias que se den en el caso concreto, lo que nos lleva a otro concepto que es la “lex artis ad hoc”. Entonces, cuando se une la expresión ad hoc al

³⁸ Sánchez-Caro, J., Abellán, F. (2018 Julio). *Comités de ética en el ámbito sanitario: clases, competencias y funciones*. (Nº17). Fundación Merck Salud. Pág. 7

³⁹ Sánchez-Caro, J., Abellán, F. (2018 Julio). Págs. 7 y 8.

⁴⁰ Sánchez-Caro, J., Abellán, F. (2018 Julio). Págs. 4 y 5.

⁴¹ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 32.

concepto *lex artis*, lo que se está haciendo es aplicar las reglas genéricas que rigen una profesión concreta, las circunstancias que se den en el caso concreto⁴².

Así, la STS de 16 de abril de 2007⁴³, citando otras anteriores, define la *lex artis ad hoc* como un “criterio valorativo” que es utilizado para guiar o corregir un acto médico concreto, teniendo en cuenta las características que lo rodean como son: las características de la profesión (la medicina), “la trascendencia vital del paciente” así como, factores como la propia organización sanitaria para poder calificar que el acto sanitario se ajusta a una actuación médica diligente.

A consecuencia de todo lo explicado, la tendencia de los Consejos Consultivos y de la jurisprudencia es la de no tomar como base conceptos y criterios genéricos para poder apreciar la existencia de la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño.

Esto es debido a “la imposibilidad de establecer normas generales de conducta con las que enjuiciar comportamientos concretos, dado que la aleatoriedad inherente a la actuación médica determina la necesidad de atenerse a las circunstancias concretas de cada caso.⁴⁴”

De esta manera, lo que se hace es un análisis personalizado del caso que es objeto de enjuiciamiento teniendo en cuenta cuestiones como el tiempo, lugar de actuación, disponibilidad de medios y recursos del centro en que se ejerce la medicina, teniendo en cuenta las especiales características de su autor y la trascendencia vital del paciente.

La STS 25 de abril de 1994⁴⁵ ha intentado acotar el conjunto de deberes del personal sanitario:

- a) Emplear todos los medios y técnicas que conozca la ciencia médica del momento, así como, todos los recursos que se encuentren a disposición del sanitario en el centro de salud donde se procede a llevar a cabo la actuación médica. De esta

⁴² Morillas Cueva, L., Benítez Ortúzar, I.F., Bobo Ruíz, J., Cruz Blanca, M. J., Domínguez Izquierdo, E.M. y Esquinas Valverde, P. (2010). Pág. 467.

⁴³ RJ 415/2007; Recurso: 1368/2000

⁴⁴ Morillas Cueva, L., Benítez Ortúzar, I.F., Bobo Ruíz, J., Cruz Blanca, M. J., Domínguez Izquierdo, E.M. y Esquinas Valverde, P. (2010). Pág. 468.

⁴⁵ ECLI:ES:TS:1994:22245

manera, se está teniendo en cuenta el grado de esfuerzo que ha tenido el facultativo para calificar el acto conforme a la técnica normal requerida.

- b) Informar al paciente o a los familiares cuál es el diagnóstico de patología que sufre, así como cuál va a ser el tratamiento y los riesgos que el mismo conlleva sobre todo si el tratamiento es quirúrgico.

Así mismo, también tienen el deber de hacer saber que en el centro de salud en el que se encuentra el paciente en cuestión, no tienen los medios necesarios para poder aplicar el tratamiento que requiere, de manera que ante la insuficiencia de medios acordes con las necesidades del paciente éste o sus familiares pueda optar por acudir a un centro de salud más adecuado que pueda satisfacerlas.

- c) Continuar con el tratamiento prescrito hasta que el paciente se encuentre recuperado a tal punto de poder ser dado de alta, así como, de los riesgos que haya en caso de que el paciente firme la alta voluntaria.
- d) En los casos de enfermedades o dolencias recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados necesarios que resulten necesarios para porvenir el agravamiento o repetición de la dolencia.

Para terminar, se ha de decir que la *lex artis* por sí misma no es suficiente para poder determinar cuál es el estándar de funcionamiento razonable, ya que, se requiere de un criterio de medición de la diligencia exigible. Para conseguirlo, se acude a otros criterios correctivos que cumplen la función de determinar el grado de cumplimiento o de diligencia exigible. Entre dichos criterios correctivos encontramos:

- El consentimiento informado
- Los protocolos médicos

1.1 Los protocolos médicos, como criterio correctivo de la *lex artis*

Los protocolos clínicos son “una ayuda explícita para el médico en el proceso de decisión clínica al reducir el número de alternativas diagnósticas y terapéuticas entre las

que se ha de elegir, hasta hacerlas en muchos casos, únicas”⁴⁶. En este sentido, los protocolos también se han definido como “documentos que señalan los pasos a seguir, convenidos entre los interesados ante un problema asistencial, de forma bastante normativa, con gran nivel de detalle y sin presentar alternativas⁴⁷”

Los protocolos clínicos tienen, por lo tanto, la función de reducir la incertidumbre que impregna toda decisión médica que debe de adoptar el sanitario en sus actuaciones. De esta manera, los protocolos se elaboran con propósito de guiar la actividad del médico y a su vez, determinan qué es lo que se considera como práctica médica adecuada en una situación concreta contemplada desde una perspectiva general⁴⁸.

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia dejan claro que la naturaleza de los mismos es orientativa y, por lo tanto, carecen de obligatoriedad jurídica. De ser así, se estaría desvirtuando la autonomía profesional y la libertad clínica, principios que están recogidos en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias⁴⁹.

Como ya se ha dicho antes, los protocolos constituyen uno de los criterios correctivos de la *lex artis*, los cuales, tienen el papel de aportar luz a la hora de apreciar si la actuación sanitaria es conforme a la *lex artis* y si la aquella se adecua a la de un buen profesional⁵⁰.

Los protocolos son criterios correctivos de la *lex artis* porque éstos contienen “normas actualizadas y recomendadas por expertos en el tema para obtener una correcta praxis médica, no puede dudarse que su aportación al proceso constituye una enorme ayuda para dilucidar el criterio de *lex artis* aplicable al supuesto fáctico que se juzga⁵¹”

⁴⁶ Morillas Cueva, L., Benítez Ortúzar, I.F., Bobo Ruíz, J., Cruz Blanca, M. J., Domínguez Izquierdo, E.M. y Esquinas Valverde, P. (2010). Pág. 477.

⁴⁷ Morillas Cueva, L., Benítez Ortúzar, I.F., Bobo Ruíz, J., Cruz Blanca, M. J., Domínguez Izquierdo, E.M. y Esquinas Valverde, P. (2010). Pág. 479.

⁴⁸ Morillas Cueva, L., Benítez Ortúzar, I.F., Bobo Ruíz, J., Cruz Blanca, M. J., Domínguez Izquierdo, E.M. y Esquinas Valverde, P. (2010). Págs. 477, 478 y 480.

⁴⁹ Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias. 21 de noviembre, 22 de noviembre de 2003, núm. 280. Recuperada de: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/21/44/con>

⁵⁰ Morillas Cueva, L., Benítez Ortúzar, I.F., Bobo Ruíz, J., Cruz Blanca, M. J., Domínguez Izquierdo, E.M. y Esquinas Valverde, P. (2010). Pág. 481.

⁵¹ Morillas Cueva, L., Benítez Ortúzar, I.F., Bobo Ruíz, J., Cruz Blanca, M. J., Domínguez Izquierdo, E.M. y Esquinas Valverde, P. (2010). Pág. 481.

A pesar de todo lo dicho, es importante aclarar que la determinación de si la actuación se ha adecuado o no a la *lex artis*, se hará mediante informes periciales médicos.⁵²

Por lo tanto, los protocolos tienen una función esclarecedora a la hora de determinar si la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*. A este respecto, apreciamos que se tratan de notables elementos de juicio ya que, a pesar de que no son medios probatorios en sentido estricto, se utilizan para discernir cuál es el modo de actuación diligente ante un “cuadro clínico” concreto. De esta manera, son de gran ayuda para los tribunales a la hora de enjuiciar el caso concreto y poder determinar si la actuación de la administración sanitaria es normal o anormal.⁵³

1.2 Consentimiento informado

Es importante subrayar cuál es el papel que juega el consentimiento informado dentro del propio contenido de la *lex artis*. Y es que, como ya se ha dicho anteriormente, se trata de uno de los criterios correctivos de aquella.

En el art.3 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 (LAP), 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.”

El consentimiento informado tiene una doble naturaleza, por un lado, se trata de un derecho del paciente y un deber del personal sanitario⁵⁴.

Así, en el art.8 de la citada ley (LAP), establece la obligación de que toda actuación que se lleve a cabo en el ámbito sanitario requiere del consentimiento libre y voluntario del

⁵² Morillas Cueva, L., Benítez Ortúzar, I.F., Bobo Ruíz, J., Cruz Blanca, M. J., Domínguez Izquierdo, E.M. y Esquinas Valverde, P. (2010). Pág. 481.

⁵³ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 35.

⁵⁴ Labaca Zabala, M^a L. *El consentimiento informado en el ámbito de la sanidad* (Estudio). Recuperado de: <https://www.google.com/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0CAQQw7AJahcKEwigvMDo4tv-AhUAAAAAHQAAAAAQAg&url=https%3A%2F%2Focw.ehu.eus%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D37112&psig=AOvVawIzPl3m-EDTGrnuAdtBrXJX&ust=1683292307752844>

paciente después de haber recibido la información pertinente respecto a su situación clínica.

No obstante, dicho consentimiento se puede omitir en los casos de urgencia vital, “en los que exista una situación de riesgo”, en la que la actuación deba de ser rápida debido a la gravedad de la situación⁵⁵.

Así, en el art. 8 LAP, de 14 de noviembre establece que “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez recibida la información prevista para el caso ”

En este sentido, la STS 25 de abril de 1994⁵⁶ establece que se trata de un deber ineludible del médico el de “informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado.”

Así mismo, esa información debe de darse de una manera clara, completa, veraz y adecuada con el objeto de que sea el paciente el que pueda ponderar entre el coste que conlleva someterse al tratamiento y el beneficio que conllevaría⁵⁷.

El consentimiento informado debe de reunir ciertos requisitos de forma para que éste sea eficaz y pueda tener relevancia a efectos jurídicos.

En este sentido, diversas sentencias establecen que⁵⁸, es preciso que, el sujeto a quien se le informa y debe de dar el consentimiento, tenga capacidad suficiente para poder entender en qué consiste la actuación sanitaria y cuáles son las consecuencias de prestar

⁵⁵ STC 37/2011, 28 de Marzo de 2011

⁵⁶ ECLI:ES:TS:1994:22245

⁵⁷ Ortiz, A., Burdiles, P. (Julio 2010). Consentimiento informado. *Revista Médica Clínica Las Condes*, Vol.21.

Núm.4, pp. 644-652. DOI: 10.1016/S0716-8640(10)70582-4

⁵⁸ SSTS 140/2021, 3057/2011 y 1659/2013

dicho consentimiento. A su vez, debe prestarse antes de que se ejecute la actuación sanitaria y seguir consintiendo una vez iniciada la acción que es objeto de consentimiento. En cuanto al modo, debe ser emitido de manera libre, esto es, sin vicios como intimidación o violencia y en función del art.8.2 de LAP de 14 de noviembre, la regla general es que se emita oralmente, aunque nada se dice respecto a si éste debe de ser expreso o tácito⁵⁹.

En este sentido, hay diversas teorías:

La “teoría de la declaración de voluntad”, dicha teoría establece que, para que el consentimiento produzca efectos, es necesario que el consentimiento se exteriorice, de modo que el sanitario tenga conocimiento de que se ha dado dicho consentimiento.

Por su parte, en contraposición a esta teoría, hay autores que defienden la llamada teoría de “la dirección de la voluntad”. Según dicha teoría, es suficiente con la mera existencia del consentimiento para que éste sea eficaz, esto es, no se requiere que haya una exteriorización del mismo.

Y, por último, la teoría dominante en la actualidad es la aplicación de la doctrina general sobre la perfección de los negocios y la teoría general de los actos propios, y es que, lo que se requiere realmente es, que el consentimiento pueda ser reconocido de un modo externo, pero no por pasividad⁶⁰.

Para poder hacer un análisis de cuál es la naturaleza y alcance del consentimiento informado, tomaré como base la STS de 20 de noviembre de 2012⁶¹ que ofrece un resumen de lo que constituye la doctrina general del TS, del cual se pueden extraer estas siete conclusiones:

- 1- Se trata de una obligación por parte del sanitario y una parte fundamental de la prestación sanitaria
- 2- Se trata de un derecho del paciente en tanto en cuanto, es un derecho de autodeterminación del paciente esto es, para que éste tome las decisiones que

⁵⁹ Sancho Gargallo, I. (abril 2004). Tratamiento Legal y Jurisprudencial del consentimiento informado. *Indret*, (nº 209). Recuperado de: www.indret.com.

⁶⁰ Sancho Gargallo, I. (abril 2004).

⁶¹ Recurso 4598/2011

considere oportunas a la luz de la información que le ha sido proporcionada por parte del sanitario.

- 3- Tiene su fundamento en la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)
- 4- La falta de información no supone por sí misma una infracción de la *lex artis*.
- 5- Para poder apreciar responsabilidad, es necesario que de ella derive un daño. Aunque, en cualquier caso, dicha omisión se trata de una mala praxis médica.
- 6- Esa información debe darse de forma inteligible, clara y adaptada de manera que el paciente pueda comprender el tratamiento que se le va a aplicar.
- 7- Prestar consentimiento no implica que se acepte cualquier tipo de prestación médica.

Una vez determinado en qué consiste el consentimiento informado, cuál es su naturaleza, sus requisitos formales y los efectos del mismo, explicaré brevemente qué conlleva la falta de dicho consentimiento.

Tal y como establece la jurisprudencia⁶², la falta de consentimiento informado conlleva un incumplimiento de la “*lex artis ad hoc*”, revelando al mismo tiempo el funcionamiento anormal del servicio.

Bien es cierto que, para que se pueda apreciar responsabilidad es necesario que concurra, como ya se ha dicho antes, un daño y que éste sea además antijurídico, por lo tanto, si de esa ausencia del consentimiento no deriva ningún daño, estaríamos ante una mala práctica y ello no conlleva por sí mismo la existencia de responsabilidad de la administración⁶³.

A tenor de todo lo explicado, cabe concluir que, no es suficiente la falta de consentimiento informado para que pueda existir una posible responsabilidad, sino que de ello debe derivarse un daño.

⁶² STS de 23 de febrero de 2007; Recurso 3551/2002

⁶³ Castillo, M. J. G. (2021). *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*. Pág. 75. Párr. Tercero.

VI. Requisitos que deben de concurrir para apreciar responsabilidad patrimonial

En este epígrafe se analizarán los requisitos que deben de concurrir en cualquier ámbito de la responsabilidad patrimonial, incidiendo a su vez, qué cuestiones difieren de la regulación general con respecto al ámbito sanitario, sin perjuicio de los elementos más relevantes que se dan en el mismo (como la *lex artis*), y que tienen un importante papel en la apreciación de la responsabilidad patrimonial.

Para analizar los presupuestos que deben de concurrir para apreciar si efectivamente concurre o no responsabilidad patrimonial, nos basaremos en la doctrina jurisprudencial vertida por el TS⁶⁴ que exige que concurren estos requisitos:

- 1.- Que el hecho se pueda imputar a una administración pública, para lo que se requiere probar que el daño se ha producido a consecuencia de una actividad “cuya titularidad corresponde a un ente público”.
- 2.- Que el daño causado por la administración sea antijurídico, esto es, que el perjudicado no tenga el deber de soportarlo. Por su parte, el daño debe tener ciertas características y es que debe de ser real, evaluable económicamente, efectivo e individualizado.
- 3.- Que no concorra ninguna causa que exonere a la administración, tales como la fuerza mayor o que la única causa determinante del daño sea la conducta del propio dañado o la de un tercero.
- 4.- Nexos causal entre el hecho que ha causado el daño y el propio daño producido. En este sentido, se debe de fijar o concretar cuál es el hecho que es *conditio sine qua non* para causar dicho daño esto es, causa sin la cual no es posible que se haya producido el daño. Además, también se requiere que la causa sea idónea.

Todo ello es fruto de la teoría de la causalidad adecuada, la cual se examinará más adelante.

⁶⁴ SSTs de 5 de noviembre de 2012, recurso 3383/2011; de 29 de julio de 2013, recurso 4286/2012

5.- Que el derecho a reclamar una indemnización por el daño causado no haya prescrito. Plazo que es de un año y comienza a contar en diferentes momentos según el caso y circunstancia, tal y como se analizará en el epígrafe 10º.

Pues bien, a la luz de lo citado por la sentencia arriba mencionada, podemos observar que los presupuestos indispensables que deben de concurrir para poder apreciar responsabilidad patrimonial son: la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado; la antijuricidad del daño y la relación de causalidad.

1. Daño

El primer elemento que debe de existir para poder entrar a analizar si hay o no responsabilidad es la existencia de un daño esto es, un perjuicio. Bien es cierto que, el daño por sí mismo no basta, ya que debemos de estar ante una lesión indemnizable para que nazca verdaderamente el derecho a ser indemnizado.⁶⁵

Como así lo establece el art. 32 LRJSP, de 1 de octubre, en el daño deben de concurrir ciertas características que son: efectividad, evaluación económica e individualización.

1.1 El daño efectivo

Que el daño deba ser efectivo obedece a que éste debe de ser cierto, esto es, debemos movernos en un ambiente de certeza, en tanto que no es posible basarnos en un daño eventual o posible ni una simple expectativa. Por lo tanto, el daño debe de producirse de forma real y cierta manifestándose, o bien en un contexto material, o bien moral (daños psicológicos, por ejemplo) de quien lo alega⁶⁶.

En este sentido, en el plano jurídico, no cabe basar el derecho a ser indemnizado cogiendo como base meras conjeturas.

A su vez, es necesario aclarar que a pesar de que el daño deba ser cierto, sí que podemos encontrarnos ante un daño efectivo cuando éste sea futuro. “Estos casos suceden cuando

⁶⁵ Castillo, M. J. G. (2021). Pág.59.

⁶⁶ Castillo, M. J. G. (2021). Págs. 61 y 62.

la producción del mismo es indudable y necesaria por la anticipada certeza de su acontecimiento⁶⁷”. Esto es lo que se denomina como “diagnóstico de certeza”.

Un claro ejemplo de ello es lo que sucede en el caso en el que una persona se contagia de hepatitis C, donde no solo hay certeza de ese contagio sino también de cómo va a ser el discurrir o desarrollo de dicha enfermedad⁶⁸.

A este respecto, también es relevante citar la doctrina de la pérdida de oportunidad, que se traduce en la pérdida de probabilidad de recuperación o mejora de la salud. En esta doctrina, encontramos notas de certidumbre y de incertidumbre a la vez.

Por un lado, certeza de que si no hubiera ocurrido el acontecimiento que ha originado el daño, el perjudicado conservaría la esperanza de poder obtener en el futuro o bien una ganancia, o bien evitar la pérdida en su patrimonio. Y, por otro lado, la incertidumbre de que, de haber seguido en la situación de hecho o jurídica que permitía tener la oportunidad de haber obtenido la ganancia o haber evitado la pérdida, cualquiera de ellas se habría dado.⁶⁹

1.2 Daño evaluable económicamente

La exigencia del art.32.2 de la LRJSP radica únicamente en que el daño es susceptible de ser evaluado económicamente lo que no conlleva que desde el momento inicial de la reclamación esté ya evaluado.

De hecho, una de las funciones principales que tiene el procedimiento administrativo en esta materia es conocer cuál es el alcance de la lesión y en función a la misma poder fijar cuál es el quantum económico que le corresponde⁷⁰.

En el ámbito sanitario nos podremos encontrar mayormente con dos tipos de daño: el daño corporal, que encarna las lesiones o secuelas físicas como el fallecimiento de una persona; y el daño moral.

⁶⁷ Castillo, M. J. G. (2021). Págs. 61 y 62.

⁶⁸ Castillo, M. J. G. (2021). Págs. 61 y 62.

⁶⁹ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 62.

⁷⁰ Blanquer, D., & Cierco Seira César. (2020). *Covid-19 y derecho público : (durante el estado de alarma y más allá)* (Ser. Alternativa / tirant lo blanch, 113). Tirant lo Blanch. Pág. 496

En el caso de los daños morales, encontramos que “hay un margen de apreciación subjetiva” en tanto que, todo lo relativo a la psicología y psiquiatría tiende a moverse al margen de “parámetros objetivos que sean susceptibles de comprobación empírica”⁷¹

Cuestión que no otorga la facultad a los tribunales a que éstos actúen de manera arbitraria y determinen una cantidad indemnizatoria al azar y sin ninguna referencia objetiva que sirva de sustento para fundamentar la misma⁷².

En relación a lo daños morales, resulta relevante lo que establece la STS de 28 de diciembre de 1998⁷³ en, en un caso de VIH:

“No significa tal concreción, que sea fácil fijar el parámetro indemnizatorio, que sólo puede tener como límite, el máximo, y que es el fijado en el «petitum» de la demanda. Se habla de tal dificultad, porque en el área de los daños morales, es francamente imposible llevar a los mismos las normas valoradoras que establece el art.141.2 LRJ-PAC (actual art. 34 Ley 40/2015) cuando habla de las «valoraciones predominantes en el mercado. Sin embargo, aunque los daños morales no se pueden borrar, sí se pueden compensar pecuniariamente, y para ello se han de tener en cuenta, como datos manejables los siguientes: la muerte de un hijo de dos meses de edad y marcado desde el nacimiento por la enfermedad del SIDA, y la noticia de que la madre sufre dicha gravísima enfermedad, que se pueden marcar en 10.000.000 de pesetas por la muerte del niño y en 5.000.000 de pesetas por los daños morales que supone la noticia de que la madre había sido infectada por el virus de VIH y que había desarrollado la enfermedad del SIDA. No se valora ni se incluye en dichas cifras, por las razones antedichas, la muerte de la madre.”

Con respecto a los daños corporales, como ya se ha dicho antes, tenemos los casos de fallecimiento y los casos de lesiones corporales⁷⁴.

En los fallecimientos se deberá de valorar la repercusión o alcance que tenga la falta de la persona fallecida en el seno familiar.

⁷¹ Blanquer, D., & Cierco Seira César. (2020). Pág. 497

⁷² Blanquer, D., & Cierco Seira César. (2020). Pág. 497

⁷³ Recurso 925/1994

⁷⁴ Palomar, A., & Javier Fuertes, F. (2023, marzo). Responsabilidad patrimonial Administraciones Públicas: Indemnización como modo de reparación del daño causado por la Administración Pública . *Práctico Contencioso-Administrativo*. Vlex. Epígrafe 2º

Y en cuanto a las lesiones corporales, se tendrán en cuenta los gastos que se hayan originado a consecuencia de las mismas, tales como los “hospitalarios, de rehabilitación, de desplazamiento), el lucro cesante durante el periodo que se vio imposibilitado el lesionado para trabajar, la posible disminución física, secuelas o incapacidad creada por la lesión sufrida”⁷⁵.

El criterio de valoración que se ha seguido para fijar una cantidad económica es tomar como referencia los baremos que contiene la normativa de Seguros obligatorios, Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y de la Seguridad Social.

Que dichos criterios se tomen como referencia, no quiere decir que sean vinculantes, y es que su labor es la de orientar a la hora de fijar una cantidad indemnizatoria⁷⁶.

Así lo establece la STS de 20 de febrero de 2012⁷⁷: “No son vinculantes y solo tienen un carácter meramente orientativo”

1.3 Daño individualizado

Este requisito supone que el daño se debe de poder individualizar, en el sentido de que el daño recaiga sobre un patrimonio concreto. En tanto que, si el daño se ha sufrido de forma generalizada, deberá de ser soportado por dicha generalidad⁷⁸.

Bien es cierto que el daño puede recaer sobre un grupo de personas o colectivos, en tanto que, lo que se pide con este requisito, es que el daño no recaiga sobre grupos de personas indeterminables, que haría que no fuese posible reparar el daño y no que no fuese posible que el daño recaiga sobre varios patrimonios como establece la STS de 4 de julio de 1998.⁷⁹

⁷⁵ Palomar, A., & Javier Fuertes, F. (2023, marzo). Epígrafe 2º

⁷⁶ Iberley. El valor de la confianza. (2020, 28 diciembre). *La indemnización por la responsabilidad patrimonial de la Administración*. Iberley, Información legal.

⁷⁷ Recurso de casación 527/2010

⁷⁸ Fuentes Abril, J. (2009, 1 junio). La responsabilidad patrimonial de la administración (análisis jurisprudencial).

⁷⁹ 1612/1994

2.La antijuridicidad del daño: cuando el daño se convierte en lesión.

Como ya se ha dicho anteriormente, el daño no tiene por sí mismo la virtud suficiente para que nazca un derecho indemnizatorio, éste debe de tener como característica la antijuridicidad, convirtiéndose así en lesión y, por ende, resarcible⁸⁰.

Así, la STS de 13 de enero de 2022⁸¹:

“la lesión se define como daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el sentido técnico-jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión”

En el ámbito sanitario, cabe hacer referencia a las particularidades que tiene la “lesión resarcible”.

En primer lugar, nos encontramos con que las lesiones que el perjudicado pueda sufrir derivadas de la asistencia sanitaria van a recaer sobre derechos que están constitucionalmente protegidos como son: la integridad física y el derecho a la salud, por lo tanto, las lesiones que se sufran en este ámbito no son patrimoniales, sino que son “derechos inherentes a la propia persona”. Debido a esto, las causas que justifiquen dichas lesiones deben estar previstas legalmente⁸².

En este sentido, es de vital importancia saber cuáles son las consecuencias o secuelas comunes o normales que se puedan producir a consecuencia de la aplicación de un tratamiento médico, ya que es ello lo que va a determinar si se trata de un perjuicio asumible, debido a que entra dentro de lo que es común en el funcionamiento del servicio sanitario, o si, por el contrario, el perjuicio resulta un sacrificio especial, nota característica que hace que nos encontramos en una situación de antijuridicidad esto es, daño que el paciente no tiene el deber jurídico de soportar.

⁸⁰ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 64.

⁸¹ Recurso 640/2018

⁸² Cueto Perez, M. (1997). *Responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria*. Tirant Lo Blanch. Pág. 280

Podemos concluir que, cuando un paciente sufra resultados “incompatibles con las consecuencias de una terapéutica normal, se está produciendo un sacrificio especial”⁸³.

Y es que, lo relevante en estos casos es determinar si el perjudicado tiene la obligación jurídica de soportar o no el daño causado por la administración.⁸⁴

En el caso de la administración sanitaria, el propio art. 34.1 de la LRJSP de 1 de octubre de 2015, establece el deber jurídico de soportar aquellos daños 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”⁸⁵.

En este sentido, cabe mencionar que, independientemente de que se haya producido efectivamente un daño, si la actuación médica que ha originado dicho daño se ajusta a la “lex artis” y tienen en cuenta los avances de los conocimientos de la ciencia, se entiende que no hay antijuricidad, y el perjudicado tiene el deber jurídico de soportar dicho daño⁸⁶.

En relación a lo que se acaba de explicar, encontramos la STS de 23 de febrero de 2009⁸⁷ que manifiesta que, debido al carácter de la responsabilidad patrimonial en ámbito sanitario, nos encontramos ante la exigencia de que quien reclame, justifique que se ha producido por parte de los sanitarios un mal uso de la lex artis y es que, como ya se ha dicho antes, a los servicios públicos de salud lo que se les exige es actuar de manera diligente y utilizar las técnicas y la ciencia vigente y no la curación del paciente.

A este respecto, la STS de 28 de marzo de 2006⁸⁸, recuerda que “lo que excluye la antijuricidad del daño, no es la falta de prueba de una aplicación incorrecta de la técnica utilizada sino la acreditación y certeza de que dicha actuación sanitaria ha sido correcta y ajustada a la lex artis.”

Como ya se ha dicho anteriormente, el art. 34.1 LRJSP de 1 de octubre, acota cuáles son los supuestos en los que el administrado tiene el deber de soportar el daño y los que no⁸⁹.

⁸³ Cueto Perez, M. (1997). *Responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria*. Tirant Lo Blanch. Pág. 282

⁸⁴ Blanquer, D., & Cierco Seira César. (2020). *Covid-19 y derecho público : durante el estado de alarma y más allá* (Ser. Alternativa / tirant lo blanch, 113). Tirant lo Blanch. Pág. 498.

⁸⁵ Blanquer, D., & Cierco Seira César. (2020). Pág. 498.

⁸⁶ Blanquer, D., & Cierco Seira César. (2020). Pág.503.

⁸⁷ Recurso 7840/2004

⁸⁸ Recurso 4426/2002

⁸⁹ Blanquer, D., & Cierco Seira César. (2020). Pág. 503.

Pero, a pesar de tener esa delimitación legal, nos encontramos ante una acotación demasiado abstracta y general que no soluciona toda la casuística que se da en el ámbito sanitario.

Siguiendo el mismo hilo, se puede asegurar que la expresión “no tenga el deber jurídico de soportar, de acuerdo con la ley” se trata de un criterio incierto, con el que no podemos dar una solución concreta a casos reales, en tanto que, antes de entrar a analizar el caso concreto, hay que aclarar si se puede aplicar o no.

En suma, se trata de una expresión que requiere que la ley la desarrolle, en tanto que la formula, en sí, es muy genérica y no responde de manera lo suficientemente pragmática y clara a los problemas que se suscitan alrededor de esta institución⁹⁰.

Por lo tanto, cabe concluir que, la normativa no es capaz (o no entra a precisar) de delimitar a priori lo que es antijurídico y lo que no.

Por ello, citaré algunos supuestos de daños antijurídicos a la luz de la casuística que nos ofrece a la jurisprudencia.

2.1 Error en el diagnóstico

El error en el diagnóstico se suele presentar como un daño antijurídico cuando la enfermedad que tiene el paciente es común y las pruebas para diagnosticarlas no encarnan ningún tipo de dificultad ni conllevan riesgos de gran entidad⁹¹. ” Esto mismo ocurrió en el caso que es objeto de la STS de 10 de mayo de 2007⁹², el cual, se llevó a cabo una prueba para poder determinar si el feto sufría o no patologías, pero el resultado fue inexacto al determinar que se trataba de un feto sin patologías.

El tribunal entendió que el daño era antijurídico, en tanto que se actuó en contra de la “lex artis” por no haber aplicado las técnicas que se tenían a disposición en función de los conocimientos médicos del momento para poder llevar a cabo el diagnóstico de manera correcta, a pesar de que había multitud de cuestiones que recomendaban practicar esa prueba diagnóstica, como los antecedentes hereditarios de los progenitores y el hecho de que la mujer gestante sí que era portadora de una alteración genética. Por todo ello, el

⁹⁰ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 66.

⁹¹ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 69.

⁹² Recurso 4779/2003

tribunal concluye que a los progenitores no se les facilitó la información suficiente para haber tenido la oportunidad de haber interrumpido el embarazo de manera voluntaria.

2.2 Omisión en la prestación del servicio y carencia de medios diagnósticos de contraste exigidos protocolariamente

En estos casos, nos encontraríamos ante la inactividad de la administración pública, que se traduce en que no se lleva a cabo nada para proceder a la curación o mejora del paciente, o simplemente, no se realizan las pruebas médicas pertinentes para poder diagnosticar la patología que sufre el paciente⁹³.

Los supuestos de omisión total en la prestación del servicio sanitario equivalen a un funcionamiento defectuoso del mismo⁹⁴. Como ejemplo de ello, tenemos el caso de la STS de 9 de marzo de 1998⁹⁵ en el que, a consecuencia de no haberle practicado una prueba que pudiese determinar que en el ojo existida una esquirla, ésta permaneció durante más de un año en el ojo perdiendo la visión del mismo.

Otro caso es el de la STS de 28 de febrero de 2007⁹⁶, en el que al paciente no se realizó un TAC con el que se le podría haber detectado la hemorragia cerebral que padecía, y así poder evitar el fatal desenlace. Y es que:

“la no justificación de razón alguna que hubiera impedido la realización de la angiografía simultáneamente con la embolización del aneurisma, (lo que) impone apreciar ya una responsabilidad de la administración, de lo que se deduce que cualquier circunstancia exculpatoria de dicha responsabilidad exigía, en virtud del principio de la prueba fácil disponible para la administración, que las circunstancias obstativas a dicha responsabilidad hubieran sido acreditadas por la propia administración. Y ello, en cualquier caso, y con independencia de que, como apreció la Sala, la técnica empleada en la intervención quirúrgica posterior fuera o no correcta al realizarse la craniectomía, puesto que la misma ha de presumirse que hubiera sido innecesaria si, al realizarse la angiografía, se hubiera

⁹³ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 70.

⁹⁴ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 70.

⁹⁵ Recurso 6115/1993

⁹⁶ Recurso 6369/2003

conseguido la embolización del aneurisma, lo que, según parece deducirse de los informes existentes, hubiera hecho innecesaria la práctica de la ulterior intervención quirúrgica”

Por último, es necesario recalcar que el retraso en la realización de una prueba no determina por sí misma la apreciación de responsabilidad y es que, para determinar cuándo procede, la jurisprudencia se vale de dos criterios: por un lado “el exceso o moderación” del tiempo que ha transcurrido y, por otro lado, trascendencia que ha tenido dicho retraso en la evolución de la enfermedad⁹⁷. En este sentido, podemos tomar como referencia el argumento utilizado en la STS de 8 de junio de 2016⁹⁸:

“la sintomatología que presentaba el paciente no permitía calificar la prueba como preferente o urgente por lo que entiende acorde a la *lex artis* que la atención recibida fue adecuada a los medios disponibles.”

3.La relación de causalidad

Para abordar este punto, es necesario recordar que el sistema de responsabilidad patrimonial configurado está basado en la objetividad. Por lo que, nos encontramos en un escenario en el que no tiene gran relevancia la culpa del agente⁹⁹.

Por lo tanto, es suficiente con el nexo de causalidad material para que se pueda apreciar responsabilidad patrimonial, esto es, basta con determinar el hecho concluyente del daño¹⁰⁰.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho anteriormente, hay que tener en cuenta que es necesario probar la “vinculación causal entre el funcionamiento del servicio público” (sea normal o anormal) y un daño antijurídico¹⁰¹.

⁹⁷ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 71.

⁹⁸ RJ 2016/4323

⁹⁹ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 89.

¹⁰⁰ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 89.

¹⁰¹ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 89.

En el ámbito sanitario, la lesión no siempre es consecuencia de una sola lesión o no siempre se le puede imputar únicamente a la administración la producción de la misma. Y es que, es sumamente frecuente que la dolencia del paciente o la intervención del mismo contribuya en la producción de la lesión. Por lo que, en ocasiones, lo que ocurre es que, o se desplaza la antijuricidad, o se acaba anulando el nexo causal entre la actuación y el daño ¹⁰²”.

Y es que, para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración, no es necesario que la actuación de los empleados públicos sea la única causa que haya producido el daño que es objeto de indemnización.

En algunos supuestos, la causalidad se presenta de una manera medita e indirecta o simplemente converge más de una causa como puede ser la actuación del perjudicado, la de un tercero o que haya habido más de una administración que haya participado en la generación del daño ¹⁰³.

En los casos en los que concurren varias causas, en función de las características del caso, podemos encontrarnos, bien ante la ruptura del nexo causal, en tanto que la causa no es la adecuada para que efectivamente ésta haya sido la que ha producido el daño, o bien ante una situación de corresponsabilidad entre administración y el propio lesionado, donde habría una compensación de culpas y, por consiguiente, la disminución de la indemnización ¹⁰⁴.

A este respecto, cabe decir que la doctrina y la jurisprudencia ha ido analizando estos casos, y se han planteado en reiteradas ocasiones, si el nexo causal ha de ser exclusivo, de manera que no ha de haber interferido para apreciarlo ninguna circunstancia, hecho ajeno o tercera persona o si, por el contrario, no es necesario que éste sea exclusivo, pudiendo así apreciar que concurre nexo causal independientemente de que hayan acontecido circunstancias ajenas. ¹⁰⁵

A consecuencia de ello, lo que hay que hacer es determinar cuál es el hecho o condición que se considera como causa por tener ella misma la virtualidad suficiente para producir

¹⁰² Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 89..

¹⁰³ Blanquer, D., & Cierco Seira César. (2020). Pág. 492

¹⁰⁴ Blanquer, D., & Cierco Seira César. (2020). Pág. 492

¹⁰⁵ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 90.

el resultado lesivo. “Por esta razón, la doctrina administrativa, tratando de definir qué es relación causal a los efectos de apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, se inclina por la tesis de la “causalidad adecuada” o “imputación objetiva”¹⁰⁶”

Dicha tesis, se basa en que hay que determinar hasta qué punto, el hecho en el que se basa la reclamación de responsabilidad ha sido contribuyente en la producción del resultado lesivo, y en qué medida el resto de las circunstancias han sido determinantes, eficientes o lo suficientemente relevantes para la producción del resultado lesivo.¹⁰⁷

A mayor abundamiento, la STS de 28 noviembre 1998¹⁰⁸ establece:

“Esta causa adecuada o causa eficiente y exige un presupuesto, una "condictio sine qua non", esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.

En este sentido, la jurisprudencia requiere que haya una adecuación objetiva entre acto y hecho lesivo.

Para saber si existe tal adecuación, utiliza la teoría de la “verosimilitud del nexo” o “probabilidad determinante”, la cual fija cuál es el grado de certeza o probabilidad¹⁰⁹ de que la condición sobre la que se reclama responsabilidad a la administración sea

¹⁰⁶ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 91.

¹⁰⁷ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 91.

¹⁰⁸ Recurso 2864/1994

¹⁰⁹ Castillo, M. J. G. (2021). Págs. 91 y 92.

adecuada, eficiente, próxima o verdadera del daño, de tal manera que se desechan todos los actos que son indiferentes, como los inadecuados y extraordinarios como sucede en los casos de fuerza mayor¹¹⁰.

VII. Teoría de la pérdida de oportunidad

Según la doctrina del TS¹¹¹, la doctrina de la pérdida de oportunidad se trata de una figura que permite atribuir responsabilidad a la administración aun no habiéndose producido una infracción de la “lex artis” pero a su vez, produciéndose un daño antijurídico debido al funcionamiento del servicio.

Bien es cierto, que en los casos en los que se aprecia que ha habido una pérdida de oportunidad, el daño no se corresponde con un daño material, sino que, se origina a consecuencia de la incertidumbre que se produce en torno a si el servicio sanitario hubiera seguido otros criterios de actuación, las circunstancias hubieran sido otras.

En suma, en la pérdida de oportunidad, se produce una pérdida de elección de tratamiento, que se equipara al daño moral que es el concepto que se indemniza en estos casos.

Se puede concluir entonces, que la actuación sanitaria dejó al paciente sin expectativas de sanación, por lo que esa privación, debe ser indemnizada. No obstante, a la hora de establecer la cuantía de la misma, debe de tenerse en cuenta la probabilidad de que dicho daño se hubiera producido, aunque se hubiese actuado de manera diligente por parte de la administración sanitaria.

Por lo tanto, en la doctrina de la pérdida de oportunidad, ha habido un tercero que con su actuación antijurídica ha intervenido en el curso normal de los acontecimientos, frustrando así las expectativas del paciente.^{112”}

Ahora bien, es necesario recalcar que dichas posibilidades deben de reunir ciertas características, y es que éstas deben de tener cierta solvencia y seriedad ya que, a pesar

¹¹⁰ STS 3681/1998

¹¹¹ STS de 2 de enero de 2012, Recurso 4795/2010; 3 de diciembre de 2012, recurso 2892/2011; 27 de septiembre de 2011, recurso 6280/2009; 24 de noviembre de 2009, recurso 1593/2008.

¹¹² Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 103.

de que la posibilidad como tal, encarna ese matiz de incertidumbre, ésta no tiene que ser hipotética ni poco probable.

En resumen, para que esta doctrina resulte aplicable, se requiere que concurren estos dos presupuestos básicos de manera simultánea:

1. Que exista una probabilidad seria, solvente y suficiente de mejora o de curación del padecimiento.
2. “Que se haya producido una infracción de la *lex artis*, que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo, o bien de otros extremos, como pueda ser una sintomatología evidente e indicativa de que se actuó bien tardía o incorrectamente o bien con omisión de medios, de tal forma que permita fundamentar con cierto grado de convicción la disminución de las posibilidades de curación, mejora o evitación de un resultado¹¹³”.

Por último, resulta necesario acotar cuál es el objeto de indemnización en caso de que nos hallemos ante una pérdida de oportunidad y es que, en base al fundamento de esta doctrina, lo que se indemniza no es el resultado final, en tanto que no se sabe si se hubiese producido o no, sino el porcentaje de oportunidad que se ha perdido.

Para poder analizar con más detenimiento esta doctrina, acudiremos a la STS 27 de noviembre de 2012¹¹⁴ en la que, a causa de un retraso en el diagnóstico de un cáncer de colon, el paciente no tuvo la oportunidad de haber podido optar por un tratamiento que fuese más favorable para su salud si éste hubiera tenido conocimiento de cuán grave era su situación:

“Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad” [...], se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los

¹¹³ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 104.

¹¹⁴ Recurso 4981/2011

resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van *a ser* tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias”

La sentencia del Tribunal Supremo 18 de Julio de 2016¹¹⁵ reitera que la doctrina de la pérdida de oportunidad requiere que concurra una probabilidad causal seria y no insignificante de que un actuar distinto en la actuación sanitaria no solo fuese exigible, sino que, además, la misma podría haber sido la productora de un final distinto.

VIII. Causas de exoneración de la responsabilidad sanitaria

Entre las causas de exoneración de responsabilidad encontramos, por un lado, la fuerza mayor. Y, por otro lado, “los daños que se deriven de hecho 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 producción de aquéllos”¹¹⁶ según establece el art. 34.1 de la LRJSP de 1 de octubre.

1. Fuerza mayor

Nos encontramos ante un caso de fuerza mayor, cuando el daño se produce por una causa externa, esto es, una causa imprevisible que queda fuera del ámbito de actuación de la administración.¹¹⁷

Por su parte, la doctrina del TS¹¹⁸ define la fuerza mayor como una causa exonerante de la responsabilidad de la administración que se describe como un acontecimiento que es

¹¹⁵ Recurso 4139/2014

¹¹⁶ Antonio Benítez. (2022, 16 diciembre). *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Abogado derecho administrativo y contencioso. <https://administrativando.es/responsabilidad-patrimonial-administracion-publica/>

¹¹⁷ Antonio Benítez. (2022, 16 diciembre).

¹¹⁸ STS 644/2022

imprevisible o inevitable aun habiéndose previsto que dicho acontecimiento debe de quedar fuera del ámbito de actuación de la administración.¹¹⁹

Resulta necesario traer a colación el concepto “caso fortuito” el cual, a diferencia de la fuerza mayor, éste no exonera de responsabilidad a la administración ya que dichos casos sí que son atribuibles al funcionamiento de la administración y, por lo tanto, AL entrar dentro del ámbito de actuación de la administración sí que se puede preverse o evitarse¹²⁰.

Al hilo de lo anterior, la STS 5 de abril de 2011¹²¹ explica la diferencia entre “Fuerza mayor” y “Caso fortuito”:

“La fuerza mayor entroncaría con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, mientras que el caso fortuito haría referencia a aquellos eventos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida, correspondiendo en todo caso a la administración, tal y como reiteradamente señala el Tribunal Supremo, entre otras y por sintetizar las demás, la de 6 de febrero de 1996, probar la concurrencia de fuerza mayor, en cuanto de esa forma puede exonerarse de su responsabilidad patrimonial.”

A este respecto, resulta necesario analizar la diferencia entre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, y para comprender mejor cada uno de estos conceptos, expondré un ejemplo de cada uno.

En la STS 31 de mayo de 1999¹²² se puede apreciar que estamos ante un caso de caso fortuito en el que la transfusión de sangre que ha causado hepatitis C al enfermo se trata de un daño que se ha producido como consecuencia de la organización sanitaria en tanto

¹¹⁹ Such Martínez, J. Camas Jimena, M., Gómez Rivero, M^a C., Sillero Crovetto, S. (2013). La responsabilidad del médico en el ámbito administrativo: responsabilidad patrimonial de la administración pública sanitaria: La ausencia de fuerza mayor: la exoneración de responsabilidad motivado por el estado de la ciencia. *Responsabilidad médica* [Online]. Tirant lo Blanch.

¹²⁰ Antonio Benítez. (2022, 16 diciembre).

¹²¹ Recurso 2550/2009

¹²² Recurso 2132/1995

que, la administración no ha probado que dicho contagio no se pudo prever o evitar a la luz del estado de la ciencia:

“En consecuencia estando probado que el acto médico o sanitario de la transfusión ha causado la hepatitis, y no habiendo aportado la administración prueba alguna acerca del estado de la ciencia en el momento de los hechos, de cuya valoración pueda obtenerse una convicción razonable de que los daños derivan de hechos o circunstancias que no se pudieron prever o evitar, estamos ante un daño que se produjo con ocasión y como consecuencia de la relación del paciente con la organización sanitaria, y que, en el mejor de los casos, se originó por caso fortuito lo que no excluye la responsabilidad de la administración”.

En la STS 9 de diciembre de 2010¹²³, al contrario que en la sentencia anterior, nos encontramos ante un caso de fuerza mayor. En dicha sentencia, se analiza el caso en el que no pudo evitarse el fallecimiento del paciente debido a una infección respiratoria, a pesar de haber aplicado el tratamiento necesario:

"No hay base suficiente para apreciar que esa infección fuere atribuible a la administración por un deficiente funcionamiento del servicio sanitario, antes bien de los antecedentes se deduce que el caso de autos se configura como un supuesto de fuerza mayor y que, pese al tratamiento instaurado, no pudo evitarse el resultado final , y a esta conclusión llega tras una valoración del expediente administrativo y de la prueba practicada en las actuaciones, en concreto de la prueba pericial, haciendo hincapié en los siguientes puntos: que esa infección no necesariamente puede haberse favorecido por los antecedentes neumónicos del paciente (folios 5 y 6 del dictamen) y que la sepsis se advirtió el día 13 de febrero, es decir, el día anterior a su traslado a Ciudad Real (cf. folio 10 del dictamen pericial). Señala en el dictamen que la infección respiratoria nosocomial era secundaria a la insuficiencia renal, ajena a los antecedentes y causada por el síndrome de reabsorción, lo que se regulariza con el tratamiento pautado (folio 11 del dictamen) , y que desde el punto de vista de los hechos, las conclusiones a las que llega el perito con concluyentes (folios 6, 9 del dictamen) y que la Sala hace suyas, lo que abunda en la idea de que se pusieron los medios disponibles en el hospital que le correspondía atendiendo a los riesgos de la intervención y los

¹²³ Recurso 237/2009

antecedentes del paciente a lo que hay que añadir que para una RTU de próstata no suele ser necesario una UCI tal y como señala el perito."

2.Estado de la ciencia

Como ya se ha explicado en el epígrafe relativo a la antijuricidad, el art. 34 LRJSP de 1 de octubre ya acota, en cierta manera, los supuestos en los que el perjudicado tiene el deber de soportar. Así el art. 34 LRJSP de 1 de octubre dice: "los daños causados por la administración que no pudieron preverse o evitarse según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica no serán indemnizables, teniendo el particular que soportarlos, puesto que los mismos no serán antijurídicos"

Hay que comenzar teniendo en cuenta que, uno de los presupuestos que se debe de dar para poder apreciar la existencia de una posible responsabilidad patrimonial es ese carácter antijurídico, esto es, que el administrado no tenga ese deber jurídico de soportar el daño que ha causado la actuación u omisión sanitaria¹²⁴.

En los casos en los que el estado de la ciencia no puede garantizar ni ofrecer algún resultado, estaríamos ante supuestos que no encarnan ese carácter de antijuricidad¹²⁵ y por lo tanto no cabría indemnización alguna.

A este respecto, parece lógico hacerse esta pregunta: ¿Cómo se determina el estado de la ciencia y de la técnica? Para que el estado de la ciencia o la técnica excluya la antijuricidad, es necesario que los resultados científicos y técnicos obtenidos en cualquier centro o laboratorio de investigación, sean difundidos de tal forma que cualquier especialista del sector sanitario en el que se haya producido esa investigación pueda hacerse eco de dichos resultados¹²⁶.

Por lo tanto, para que estemos ante una causa excluyente de antijuricidad, el estado de la ciencia debe de tener estas características:

- 1- Que el descubrimiento científico sea difundido de forma que los especialistas en la materia puedan conocerlo

¹²⁴ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 86.

¹²⁵ Such Martínez, J. (2013).

¹²⁶ Mir Puigpelat, O. (2000). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria: Organización, imputación y causalidad*. Civitas. Pág. 279

2- Que haya un consenso generalizado sobre el descubrimiento

Si cambiamos de perspectiva, podemos estar de acuerdo en que es precisamente el estado de la ciencia y la técnica el que puede hacer que se reduzcan de manera considerable los daños que se quieren imputar a las administraciones sanitarias. Y es que, es en el ámbito sanitario donde juega un papel ciertamente relevante debido a la “fragilidad y finitud del ser humano y la no infalibilidad de la medicina”¹²⁷.

Tomaré como ejemplo la STS 15 de febrero de 2011¹²⁸ en la que se analiza el caso en el que un niño padece el síndrome de Reye a consecuencia de la administración de una aspirina por un centro de salud.

El tribunal entiende que no concurre el elemento de la antijuridicidad y, por lo tanto, tener el paciente que soportar dicho daño, en tanto que en el momento en el que se le administró la aspirina que causó ese síndrome en el niño, la medicina no tenía conocimiento de la relación que concurría entre dicho síndrome y la aspirina en los niños. Y por todo ello, concluye que la administración sanitaria se ajustó a la *lex artis*:

“Como puede verse, la Sentencia impugnada entiende que, si bien desde 1980 había estudios en el sentido indicado por el recurrente, solo en 1986 se estableció oficialmente el deber de informar sobre el referido riesgo inherente a la administración de aspirina a los niños. No puede negarse que esta sea una valoración racional de las pruebas y así, dado que los hechos aquí examinados acaecieron en 1982, la conclusión de que la administración sanitaria no vulneró la “*lex artis*” es correcta. Más aún, habida cuenta del dramatismo del presente caso, esta Sala ha hecho uso de la facultad que le otorga el art. 88.3 LJCA y ha examinado todo el material probatorio incorporado a las actuaciones remitidas. Ello permite destacar un dato que, aun no siendo recogido por la Sentencia impugnada, corrobora la conclusión alcanzada por esta: fue en 1982 cuando la máxima autoridad sanitaria norteamericana, teniendo en cuenta los estudios iniciados en 1980, comenzó a recomendar —en ningún caso a ordenar— prudencia en el uso de la aspirina con niños. Ello significa que, en 1982, precisamente el año en que tuvieron lugar los hechos de este caso, no

¹²⁷ Mir Puigpelat, O. (2000). Pág. 281

¹²⁸ Recurso 4201/2006

existía un conocimiento establecido en la comunidad médica de la relación entre la administración de aspirina a los niños y el síndrome de Reye”

IX. Carga de la prueba y obligaciones de la administración

En los casos de responsabilidad patrimonial para poder apreciarla se deben de dar tres requisitos esenciales, que ya hemos analizado: el daño, la antijuricidad del mismo y la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión de la administración pública. Por lo tanto, en estos casos, la carga de la prueba la tienen aquellos que quieran demostrar que se dan dichos requisitos y por consiguiente quieran ver satisfecho su derecho de indemnización.

Según los arts. 217.2 y 217.3 LEC (aplicables a la carga de la prueba del daño, la lesión la relación causal) que establecen una distribución de la carga de la prueba entre demandante y demandado a tenor de las pretensiones de cada uno. De esta manera, al demandante le corresponde probar la certeza de los hechos que alega, de los cuales se desprende un efecto favorable en virtud de las normas que considera aplicables, y al demandante, le corresponde invalidar o impedir el efecto jurídico que se desprende de los hechos alegados por el demandante¹²⁹.

En este sentido, las reglas de la carga probatoria están sujetas en mayor medida a criterios más lógicos que jurídicos en tanto que obedecen a las posiciones que ostentan las partes, tanto fuera como dentro del proceso. En relación a ello encontramos la regla de disponibilidad y facilidad probatoria¹³⁰. Esta regla lo que establece es que el juzgador tenga en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que tienen cada una de las partes en el proceso.

Esto mismo conlleva que sea la administración sanitaria la que tenga la carga de acreditar que el tratamiento que se ha llevado a cabo se ajusta a la “lex artis”, y que no existe relación de causalidad entre el tratamiento llevado a cabo y el daño, como así sucede en la STS de 14 de junio de 2011¹³¹ en la que la administración sanitaria tuvo que probar que

¹²⁹ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 96.

¹³⁰ Castillo, M. J. G. (2021). Págs. 96 y 97.

¹³¹ Recurso 2371/2007

el tratamiento para tratar la infección se ajusta a la “lex artis” y que entre dicho proceso y los daños cerebrales que tuvo el paciente no hay relación de causalidad¹³².

Esto se explica, por una razón lógica, y es que en estos aspectos no es el actor quien tiene la disponibilidad y facilidad probatoria¹³³.

A pesar de lo que pueda parecer, hay que aclarar, que dicha regla no hace que la carga de la prueba no la tenga el interesado, sino que simplemente la mitiga. Y es que, esta regla lo que hace es tener en cuenta las dificultades que puede llegar a tener el perjudicado para probar aquellas cuestiones en el ámbito sanitario. En este sentido, la STS de 9 de diciembre de 2008¹³⁴ explica que en determinados casos se debe de dar cierta flexibilidad de tal manera que no se pida al que inicia la reclamación por responsabilidad una prueba que le sea imposible conseguir, de tal modo que en ciertos supuestos será la administración la que deberá de acreditar que su actuación fue conforme a la “lex artis”, dado que ésta tiene los medios y recursos suficientes para hacerlo.

La jurisprudencia¹³⁵ establece tres principios con respecto a la regla de facilidad y disponibilidad probatoria:

El primero: la carga de la prueba se invierte por aplicar el principio de la disponibilidad y facilidad probatoria, y se produce precisamente cuando solo la administración puede aportar ciertos informes o documentos, tales como la historia clínica del paciente.

El segundo: la falta de aportación de pruebas no supone que se declare de manera automática la responsabilidad de la administración. Y es que, cabe que el tribunal tenga la certeza de que se ha actuado cumpliendo la “lex artis” basándose en otras pruebas o por otros medios. En este sentido la STS de 22 de noviembre de 2011¹³⁶ dice que las reglas de distribución de la carga se aplican si el juez entiende que hay hechos que son confusos y éstos son necesarios para poder resolver la cuestión objeto de enjuiciamiento.

El tercero: dicho principio no imputa a la administración lesiones por no haber podido evitarlas ni tampoco supone imputar a la misma aquellas lesiones sobre las que no se tenga certeza de cuál es su origen.

¹³² Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 97.

¹³³ Castillo, M. J. G. (2021). Págs. 96 y 97.

¹³⁴ Recurso 6580/2004

¹³⁵ STS 20 de noviembre de 2012, Recurso 4891/2011

¹³⁶ Recurso 4353/2009

En virtud de estos tres principios, la jurisprudencia establece que:

- Carga de la prueba del nexo causal la tiene el perjudicado
- La carga de la prueba para acreditar que no hay fuerza mayor la tiene la administración en tanto que la fuerza mayor es una causa de exoneración de la responsabilidad.

Para ejemplificar este principio y poder comprender mejor su fundamento, resulta necesario acudir a la STC 165/2020 de 16 de noviembre de 2020¹³⁷ que trata sobre la inversión de la carga de la prueba a consecuencia de la no aplicación del principio de facilidad probatoria, y que, a su vez, ha causado indefensión de la recurrente.

En este caso, la recurrente procedió a la reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Madrileño de Salud debido a la mala praxis en la asistencia médica que se prestó a su padre.

Según dicha sentencia, sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que el interesado cargue con las consecuencias que conlleva la no aportación de una prueba que conserva la administración y sólo ella puede aportar. La lesión de dicho derecho se produce a consecuencia de que a la parte actora se le está privando un proceso con todas las garantías.

Por su parte, en función del artículo 118 CE, establece la obligación de colaborar con los jueces y tribunales, lo que comporta que la parte que emite el informe y que, por ende, tiene en su poder el mismo, como es el caso de la administración sanitaria con las historias clínicas de los pacientes, está obligada a aportar al proceso esa prueba con el fin de poder resolver la cuestión que se suscita en el proceso. De otra manera, se vulneraría el principio de igualdad de armas o ejecución de la prueba, y es que la falta de algún informe puede comportar que el juez no pueda completar los hechos probados.

Aplicando al caso dicha doctrina, el TC concluye que efectivamente se han vulnerado los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad de armas procesales porque:

¹³⁷ BOE núm. 332 de 22 de diciembre de 2020.

1.-La prueba principal que se trata la pieza angular de la pretensión de la recurrente se trata de una documentación que se encuentra en poder de la otra parte (la administración sanitaria)

2.-Dicha administración tiene el deber de la custodia y reproducción de dicha documentación al tratarse de una parte de la historia clínica del paciente. Dicho deber de custodia es de 5 años como mínimo desde la fecha del alta. Y en este caso, es claro que el centro de salud al que se demanda incumplió dicho deber.

3.-Que a consecuencia de no tener en su poder la prueba de que el padre de la recurrente sufría un infarto agudo de miocardio, ésta queda indefensa para poder probar su pretensión indemnizatoria, cuestión que es acorde con el principio de facilidad probatoria, la cual se aplica en los casos en los que la otra parte pueda beneficiarse de la falta de aportación de una prueba que, además tiene en posesión.

X.Procedimiento

Dentro del procedimiento para reclamar la indemnización por responsabilidad de la administración, cabe destacar cuál es el plazo de prescripción de dicha acción y cuál es el dies a quo de ésta.

1.Prescripción de la acción para reclamar

Según el art.67.1 LPAC de 1 de octubre de 2015, el plazo para incoar la acción para reclamar es de un año. Dicho plazo se trata de un plazo de prescripción y, por lo tanto, se puede interrumpir.

Con respecto al plazo de prescripción de 1 año, es fundamental conocer desde cuándo empieza a contar dicho año, es decir, cual es el dies a quo de la acción.

En virtud de lo que establece el propio art. 67.1 LPAC de 1 de octubre de 2015, se concluye que el plazo empieza a contar desde “el hecho o acto que motiva la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, que, si ha producido daños físicos o

psíquicos, comienza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.”

Las consecuencias de las acciones o acción que ha generado la lesión no se dan de manera inmediata ni simultánea a la producción de dicha acción, sino que se proyectan en el tiempo.

A consecuencia de ello, el computo de la acción no comienza desde el día en que se produjeron los hechos que han sido causa de la lesión susceptible de indemnización sino desde el momento en el que “se estabilicen o consoliden los efectos lesivos y se conozca definitivamente el quebranto de la salud, pues es ese el instante en que se hace posible determinar el alcance, dimensión y consiguiente posibilidad de valoración del daño padecido¹³⁸”

En este sentido, el art. 67.1 LPAC de 1 de octubre de 2015, contempla dos supuestos:¹³⁹

- a) “Si la lesión padecida tiene curación, el dies a quo se computará desde la misma;
- b) Si no la tiene, el dies a quo se computará desde que se conozca el carácter irreversible de la lesión, aunque se continúe el tratamiento, ya sin reversión. Por eso precisamente la LPAC utiliza para este caso el término “secuela”, expresión que hace referencia a un resultado consolidado, debiendo entenderse por tal el trastorno o lesión que persiste tras el tratamiento de una enfermedad o traumatismo y que es consecuencia de los mismos. No es de extrañar que la jurisprudencia emplee especial cautela a la hora de apreciar cuándo se está en presencia de la lesión y cuándo, de la secuela.”

Resulta sumamente importante conocer el momento en el que quedaron determinadas las lesiones que son “objeto de petición indemnizatoria” en tanto que es el momento en el que puede tener un conocimiento bastante preciso del daño y de la cuantificación del mismo¹⁴⁰.

En los dos casos arriba citados, estamos en la circunstancia que se requiere para poder ejercitar la acción (“principio de actio nata”) esto es, los efectos lesivos son estables ya están consolidados y por ello, se puede precisar la cuantificación del daño¹⁴¹.

¹³⁸ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 204.

¹³⁹ Castillo, M. J. G. (2021). Pág. 205.

¹⁴⁰ Castillo, M. J. G. (2021). Pág.206.

¹⁴¹ Castillo, M. J. G. (2021). Pág.206.

Resumiendo, en pocas palabras, lo que se requiere para que comience a contar el plazo de prescripción, es necesario conocer la trascendencia, importancia y entidad de los daños que, en cuyo caso, pueden ser objeto de reclamación

2. Daños permanentes y daños continuados

Cabe hacer una referencia aparte a los casos en los que los daños son permanentes o continuados en tanto que, en el art.67.1 de la LPAC de 1 de octubre de 2015, al contemplarse únicamente los supuesto de curación y los supuestos en los que se prevea que no se va a poder conseguir la curación, no se está dejando claro que sucede en aquellos casos en los que no va a haber una curación ni tampoco va a ser posible determinar el alcance de las secuelas “bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas”¹⁴²

En este sentido, nos encontramos con los daños permanentes y los continuados.

Los daños permanentes, son aquellas lesiones corporales que se manifiestan o en un momento concreto o en el momento en que se puede adivinar de manera razonable cuáles son los efectos lesivos. A esto último es lo que se denomina como “diagnóstico de certeza.”¹⁴³

En conclusión, nos encontraremos ante un daño permanente cuando éste sea inalterable y permanente en el tiempo y, por lo tanto, la agravación del mismo dependerá de un nuevo hecho.

En cuanto a los daños continuados, son daños que se producen día tras día sin interrupción. Así mismo, no es posible prever de manera segura cuál va a ser su evolución y, por lo tanto, tampoco es posible cuantificarlos económicamente de manera definitiva hasta que el hecho causante de la lesión o las consecuencias de dicho hecho no acaben¹⁴⁴

¹⁴² Castillo, M. J. G. (2021). Pág.207.

¹⁴³ Castillo, M. J. G. (2021). Pág.208.

¹⁴⁴ Castillo, M. J. G. (2021). Pág.208.

En cuanto al inicio del plazo de prescripción, en cada caso es distinto.

En el caso de los daños permanentes: el plazo comienza a contar desde que termina la actividad que ha causado el daño independientemente de que el daño persista.¹⁴⁵

El inicio del plazo se da en ese momento porque en el momento en el que sucede la acción que ha originado el daño, éste determinado y, por lo tanto, puede ser cuantificado económicamente de manera definitiva.

Un daño permanente puede ser, por ejemplo, la pérdida de un brazo. En este caso, el daño sí que puede ser evaluado económicamente en el mismo momento en el que se produjo la pérdida de ese brazo, por ello, el computo del plazo comienza desde el día siguiente a la producción del hecho que ha sido el causante del daño, en este caso, la pérdida del brazo.

En el caso de los daños continuados: el plazo comienza a contar desde el momento en el que se pueden conocer con certeza los perjuicios ocasionados de manera definitiva.¹⁴⁶

Esto no supone que los daños deban de soportarse hasta que estos cesen, sino que, se puede solicitar la indemnización por los daños padecidos hasta esa fecha, sin perjuicio de poder pedir la indemnización correspondiente por los daños que se originen en el futuro ya que no supone “la renuncia a reclamar los que se originen lo sucesivo”¹⁴⁷.

XI. Conclusiones

A modo de conclusión, se puede decir que el sistema de responsabilidad patrimonial se ha querido sustentar y configurar alrededor del carácter objetivo, aunque en función de criterios lógicos y justos ello no sea siempre viable.

Esa inviabilidad es palpable en el ámbito que es objeto de este trabajo, el sanitario, el cual está rodeado de multitud de cuestiones subjetivas como las características del paciente, los medios y recursos del centro sanitario donde se lleva a cabo la asistencia sanitaria...

¹⁴⁵ Castillo, M. J. G. (2021). Pág.209.

¹⁴⁶ Castillo, M. J. G. (2021). Pág.200.

¹⁴⁷ Castillo, M. J. G. (2021). Pág.200.

No obstante, a pesar de que la jurisprudencia únicamente atribuye responsabilidades a la administración en los casos en los que hay una anormalidad del servicio, y para ello se valga de elementos subjetivos como la “lex artis”, se sigue intentando defender el carácter objetivo de la misma, cuando es claro que, desde una perspectiva lógica y justa, no se debería de atribuir ninguna responsabilidad a nadie si ésta ha actuado con normalidad.

Los propios tribunales son los primeros que rechazan dicho carácter ya que, lo que analizan a la hora de resolver las reclamaciones por responsabilidad patrimonial es cómo se ha llevado a cabo la actuación administrativa (con normalidad o anormalidad).

Bien es cierto que, si tenemos en cuenta lo que argumenta la doctrina minoritaria, el criterio objetivo que fue fijado 1954, no establece una responsabilidad global, sino que simplemente pone el foco en que hay un daño y, por lo tanto, hay que resarcirlo.

Por lo tanto, para poder solucionar todas estas imprecisiones que deja el art.106.2 CE, es el legislador el que debería de entrar a desarrollar dicho precepto, estableciendo cuáles son los criterios de imputación a aplicar en los casos de funcionamiento normal y anormal, teniendo como base criterios lógicos y tomando como referencia toda la jurisprudencia que se ha dado en todo este tiempo. Y es que, a pesar de que se trata una de las instituciones con más relevancia en el ámbito administrativo por el volumen de litigios y reclamaciones que se suscitan, el desarrollo legislativo, aparte de carecer de sentido, es muy escaso.

Y de todo ello deriva que sea la jurisprudencia la que desarrolle esta institución, ya que es ésta en la que podemos encontrar la configuración de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y que además se contradice con el precepto legal que establece que el carácter de la misma es objetivo

Por su parte, tomar como criterio la “lex artis”, en el ámbito de la medicina, puede resultar un tanto incierto ya que, al ser un criterio demasiado genérico, puede darse el caso de que para una determinada dolencia haya diferentes técnicas que se ajusten al mismo resultando a la luz de la “lex artis”, todas válidas.

En conclusión, considero que se requiere de un desarrollo legal de esta institución, en tanto que se está dejando demasiado margen de maniobra a los tribunales cuando el cometido de éstos es, aplicar la ley e interpretarla para adecuarla lo mejor posible al caso

concreto que sea objeto de litis. Y es que, en este caso, la labor del legislador lo están llevando a cabo los jueces y magistrados

BIBLIOGRAFÍA

- Iberley. El valor de la confianza. (2023, 9 abril). *Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las AAPP*. Iberley, Información legal. Recuperado de: <https://www.iberley.es/temas/regimen-juridico-responsabilidad-patrimonial-aapp-61810>
- Castillo, M. J. G. (2021). *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial* (1.ª ed.). Colex.
- Tolivar Alas, L., Rebollo Puig, M., Gamero Casado, E., Fuertes, M. Casares Marcos, A y Suay Rincón. LM. (2013). *La responsabilidad patrimonial de la administración pública: estudio general y ámbitos sectoriales* (2.ª ed., Vol. 1) [Online]. Tirant Lo Blanch.
- Fuentes Abril, J. (2009, 1 junio). La responsabilidad patrimonial de la administración (análisis jurisprudencial). *Noticias Jurídicas*. Recuperado de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/>
- Antonio Benítez. (2022, 16 diciembre). *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Abogado derecho administrativo y contencioso. Recuperado de: <https://administrativando.es/responsabilidad-patrimonial-administracion-publica/>
- Del Mar Caraza Cristín, M., & Del Mar Caraza Martín, M. (2016). *La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*. Recuperado de: <https://app-vlex-com.ehu.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:ES/Del+Mar+Caraza+Crist%C3%ADn%2C+M.%2C+%26+Del+Mar+Caraza+Mart%C3%ADn%2C+M.+%282016%29.+La+responsabilidad+patrimonial+de+la+Administraci%C3%B3n+y+su+relaci%C3%B3n+con+los+est%C3%A1ndares+de+calidad+de+los+servicios+p%C3%BAblicos./#vid/papel-estandares-ambito-responsabilidad-653731677>
- Palomar, A., & Javier Fuertes, F. (2023, marzo). Responsabilidad patrimonial Administraciones Públicas: Indemnización como modo de reparación del daño

causado por la Administración Pública. *Práctico Contencioso-Administrativo*. Vlex. Recuperado de: <https://app-vlex-com.ehu.idm.oclc.org/##vid/427620402> .

- Cueto Perez, M. (1997). *Responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria*. Tirant Lo Blanch.
- Mir Puigpelat, O. (2000). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria: Organización, imputación y causalidad*. Civitas.
- Camas Jimena, M., Gómez Rivero, M^aC., Sillero Crovetto, S., Such Martínez, J. (2013). *Responsabilidad médica* [Online]. Tirant Lo Blanch. Recuperado de: <https://www-tirantonline-com.ehu.idm.oclc.org/tol/documento/show/3670706?librodoctrina=8024&general=responsabilidad%20patrimonial%20de%20la%20administraci%C3%B3n%20p%C3%ABlica%20sanitaria>
- Morillas Cueva, L., Benítez Ortúzar, I.F., Bobo Ruíz, J., Cruz Blanca, M. J., Domínguez Izquierdo, E.M. y Esquinas Valverde, P. (2010). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios* [Online]. Dykinson, S.L.
- Blanquer, D., & Cierco Seira César. (2020). *Covid-19 y derecho público : durante el estado de alarma y más allá*. (Ser. Alternativa / tirant lo blanch, 113). Tirant lo Blanch.
- Checa González, C. (2021). La falacia de la tesis de que la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es, en todo caso, objetiva. Checa González, C. *Nueva Fiscalidad*, pp. 19-72. Dykinson, S.L.
- Sánchez-Caro, J., Abellán, F. (2018 Julio). *Comités de ética en el ámbito sanitario: clases, competencias y funciones*. (Nº17). Fundación Merck Salud.
- Fernández, T.-R. (2021). *Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración*. *Revista de Administración Pública*, 216, 169-186. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.06>