



REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Nº 47 - diciembre 2009

NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Quienes deseen publicar estudios, reseñas normativas, comentarios y notas, pueden enviar trabajos a la Secretaría General de la Consejería de Administraciones Públicas. Avda. de Portugal s/nº. 45071-Toledo.

2. Los originales en papel a doble espacio y por una sola cara, en tipo de letra arial o similar y cuerpo 9, no deberían exceder de treinta y cinco páginas. Deben ir acompañados de diskette o ser remitidos simultáneamente en soporte informático al email: **docm-internet@jccm.es**

3. La revista se reserva el derecho de decidir sobre la publicación o no de los originales remitidos, sin que necesariamente mantenga correspondencia sobre ellos.

4. El artículo deberá ir acompañado de un curriculum vitae de su autor, en el cual también consten sus datos personales: dirección, NIF, teléfono y, en su caso, correo electrónico.

VENTA DIRECTA DE EJEMPLARES

Venta:

MARCIAL PONS - DEPARTAMENTO DE REVISTAS

San Sotero, 6 - Teléf. 91 3043303

Fax 91 3272367 - 28037 MADRID

e-mail: revistas@marcialpons.es

Información y venta:

DIARIO OFICIAL DE CASTILLA-LA MANCHA

Avda. de Portugal, s/n - Teléf. 925 266 285 - 925 266 278

Fax 925 266 344 - 45005 TOLEDO

Consulta últimos números publicados:

<http://www.jccm.es/docm/revistajccm.htm>

e-mail:

docm-internet@jccm.es

La Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los trabajos que se reproducen.

ISBN 84-505-64-73-5

D. Legal TO-998-1988

SUMARIO:

PROLOGO	7
CAPÍTULO I. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA	9
CAPÍTULO II-. EL ERROR DE DIAGNÓSTICO EN LOS DICTÁMENES SOBRE RESPONSABILIDAD SANITARIA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA	45
CAPÍTULO III. LA TEORIA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO EN LOS DICTÁMENES SOBRE RESPONSABILIDAD SANITARIA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA	65
CAPÍTULO IV. LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA. REFLEXIONES CRÍTICAS	107
CAPÍTULO V-. RESARCIMIENTO POR DAÑOS MORALES DERIVADOS DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS SANITARIOS EN LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA- LA MANCHA	159
CAPÍTULO VI-. LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL LIGADAS A ACTUACIONES SANITARIAS REALIZADAS POR CONTRATISTAS O CONCESIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN	199
CAPÍTULO VII. LA PRESCRIPCIÓN EN EL SENO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL SANITARIA.....	247

PRÓLOGO

M^a Carmen González Carrasco
Directora de este monográfico
Profesora Titular de Derecho Civil de la
Universidad de Castilla-La Mancha.

La evolución del estatuto del paciente, que ha pasado de ser sujeto tutelado por la figura del médico paternalista de antaño a sujeto autónomo en sus decisiones y acreedor de una completa información asistencial, ha supuesto también un espectacular aumento de los procesos judiciales abiertos contra profesionales e instituciones sanitarias públicas y privadas en demanda de una declaración de responsabilidad por resultados dañosos relacionados con un tratamiento sanitario. Por otra parte, la concepción del paciente (a veces impaciente) como usuario de los servicios públicos sanitarios, ha llevado a poner en el centro de los objetivos del sistema sanitario la calidad de la atención que aquél recibe, con una especial atención a los distintos componentes del proceso de información, consentimiento y toma de decisiones.

La Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, actualmente vigente, establece su Dictamen como obligatorio en los expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que versen sobre determinadas materias, entre las cuales se encuentran las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por cuantía superior a seiscientos un euros, en consonancia con lo así lo ordenado en el artículo 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Por su incidencia en la integridad física y psíquica de los individuos, las reclamaciones por daños derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios superan casi sistemáticamente dicha cantidad. De otro lado, debido a la cuidada estructura de los Dictámenes evacuados, la variedad de los puntos de vista que conforman los antecedentes de los supuestos de hecho sometidos al mismo y el asesoramiento previo de los Letrados del Cuerpo Jurídico, los Dictámenes del Pleno del Consejo Consultivo constituyen un acervo doctrinal de valor incalculable para los estudiosos del Derecho.

Los profesionales del Derecho que han aceptado la invitación de la Revista Jurídica de Castilla-La Mancha para comentar los Dictámenes del Consejo Consultivo sobre responsabilidad sanitaria evacuados durante el período 2004-2007 son, excluyendo a la suscribe estas líneas, excelentes profesionales de reconocido prestigio a nivel nacional en la materia que nos ocupa, a la mayoría de los cuales he tenido el placer de conocer y admirar en la docencia que imparten en el Master en Derecho Sanitario y Bioética de la Universidad de Castilla-La Mancha y en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo. Por ello, y porque desde el primer momento aceptaron entusiasmados la iniciativa que nos hizo llegar la Junta de comunidades a través del Director de la Revista, el Profesor Carrasco Perera, e inventaron para este empeño un tiempo del que no disponían, yo me permito la libertad de expresar en este pequeño prólogo el agradecimiento de la Revista Jurídica de Castilla La Mancha a Julio César Galán Cortés, a Ernesto Pérez Tolón, a David Larios Risco, a Luis Medina Alcoz, a Josefa Cantero Martínez, a Mónica de la Calzada del Pino, a Jesús Punzón Moraleda y a Francisco Sánchez Rodríguez. Y me permito agradecer al personal al servicio del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha en nombre de mis compañeros y en el mío propio el haber hecho posible esta fructífera colaboración entre el Consejo Consultivo y la Universidad de Castilla- La Mancha.

CAPÍTULO I. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

Julio César Galán Cortés

Abogado. Doctor en Derecho. Doctor en Medicina

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: a. Titular. b. Tiempo. c. Forma. d. Objeto. 3. CONTENIDO Y LÍMITES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. 4. OMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: DAÑO Y NEXO CAUSAL

1.- INTRODUCCIÓN

Desde la promulgación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad hasta el momento actual la evolución de la institución del consentimiento informado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ha sido constante, y la misma tiene fiel reflejo en los dictámenes del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (CCCLM).

El consentimiento informado, como elemento esencial de la *lex artis*, es objeto de estudio en numerosos dictámenes del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en los que se intenta fijar con nitidez sus presupuestos.

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, cuyo ámbito de aplicación lo constituyen los pacientes, usuarios y profesionales, así como los cen-

tros y servicios sanitarios, públicos y privados (art.1), ha renovado y actualizado el sistema jurídico-sanitario español, consolidando el giro autonomista e iusfundamental apreciado en los últimos años. Este texto legal define al consentimiento informado, en su art.3, 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”.

Es unánime, en la doctrina y la jurisprudencia actual, la consideración de que la información del paciente integra una de las obligaciones asumidas por el equipo médico, y es requisito previo a todo consentimiento, al objeto de que el paciente pueda emitir su conformidad al plan terapéutico de forma efectiva, y no viciada por una información sesgada o inexacta, puesto que el tenor de la obligación médica comprende no sólo la aplicación de las técnicas o intervenciones apropiadas en el estado actual de la ciencia médica (núcleo principal de su deber prestacional), sino también el deber de dar al paciente la información adecuada en cada caso, muy a pesar de que no haya sido expresamente pactada (art.1258 del Código Civil).

En esta misma línea, la Ley 41/2002 establece como principio básico, en su art.2.6, que “todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”.

El consentimiento informado se halla incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994, 11 de febrero y 2 de octubre de 1997, 24 de mayo de 1999, 21 de diciembre de 2005, 10 de mayo, 15 de noviembre y 21 de diciembre de 2006...).

La STS, Sala 1ª, de 12 de enero de 2001 otorga al consentimiento informado el máximo rango, al declarar que “constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida, y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”.

Resulta fundamental, por consiguiente, analizar en toda actuación médica si se ha facilitado al paciente una información adecuada del tipo de intervención a realizar, sus resultados previsibles, sus riesgos, sus alternativas y demás factores necesarios para una justa y real ponderación por parte del mismo, en tal forma que el paciente pueda emitir su conformidad al tratamiento propuesto de forma efectiva.

Como bien señala el dictamen núm.21/2007, de 7 de febrero, del Pleno del CCCLM, el derecho a recibir información previa al sometimiento a cualquier intervención quirúrgica, constituye uno de los denominados derechos esenciales del paciente, cuya infracción es calificada por la jurisprudencia como una infracción a la *lex artis* formal, susceptible de generar responsabilidad en el supuesto de que además de la no existencia de consentimiento informado se produzca un resultado desfavorable, posible, descrito, o típico, secundario a la intervención médica.

El paciente debe tener, por tanto, un conocimiento preciso y específico de los riesgos de la intervención o de sus consecuencias indeseables al objeto de poder decidir libre y conscientemente sobre la conveniencia de la misma.

2.- PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

a.- Titular

Dada la naturaleza personalísima del bien jurídico en juego, del que sólo el paciente es su titular, resulta evidente que es el propio paciente o usuario de los servicios sanitarios quien ostenta el derecho y quien debe consentir la actuación o intervención médica, pues él es quien mejor conoce sus propios valores, necesidades, deseos, prioridades, planes y objetivos, siempre y cuando su capacidad natural de juicio y discernimiento se lo permita, y no estemos ante supuestos de urgencia o de riesgo para la salud pública.

Resulta necesario, por tanto, limitar las facultades de intervención ajenas, para obviar que un tercero, contra la voluntad de su titular, decida por éste qué riesgos ha de asumir o a qué bienes ha de renunciar.

El art.5 de la Ley 41/2002, relativo al titular del derecho a la información clínica, dispone, en su apartado 1, que “el titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”. Esta información le será facilitada al interesado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo en tal caso con el deber de informar también a su representante (art.5.2). Si el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carece de capacidad para entenderla a causa de su estado, la información se facilitará a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (art.5.3). El paciente participará, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario (art.9.5, último inciso).

Este derecho de los pacientes a la información sanitaria puede limitarse en su propio beneficio cuando por razones objetivas el conocimiento de su situación pueda perjudicar su salud de manera grave (es lo que se denomina excepción terapéutica, privilegio terapéutico o estado de necesidad terapéutica en la terminología de la Ley 41/2002), en cuyo caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (art.5.4 del citado cuerpo legal). Aun cuando el mentado precepto establezca, en estos casos, la obligación del médico de comunicar tal decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, entendemos, conforme a lo dispuesto en el art.5.1 del mismo cuerpo legal, que tal comunicación no deberá efectuarse en aquellos supuestos en que el propio paciente hubiere prohibido otorgar información a tales personas.

En aquellos casos en los que el paciente renuncie expresamente a recibir información, se respetará en principio su voluntad -si bien la misma vendrá limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso-, pero será necesario, no obstante, la obtención de su consentimiento previo para la intervención (art.9.1 de la Ley 41/2002).

El art.10.2 del Convenio de Oviedo ya había establecido expresamente este derecho a no ser informado (“*deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada*”), que también ha sido tradicionalmente admitido por la doctrina como un supuesto de excepción o límite efectivo al deber de información del médico.

El art.9 de la Ley 41/2002 dispone, en su apartado 2, los supuestos en que no se precisa el consentimiento informado previo para llevar a cabo las actuaciones médicas o intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente: a) cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley –lo que no excluye la información del paciente-, y b) cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él (supuestos de urgencia).

El dictamen núm.102/2008, de 14 de mayo, del Pleno del CCCLM invoca, entre otros argumentos, el meritado supuesto de urgencia del art.9.2.b) de la Ley 41/2002, con ocasión de la reclamación formulada por la madre de un recién nacido que fue diagnosticado al nacer de parálisis braquial obstétrica con axonotmesis C5-C6, fractura de clavícula y paresia del nervio frénico secundaria a una distocia de hombros. La reclamante sostenía que una actuación negligente con respecto a la aplicación del fórceps, utilizado sin su consentimiento, fue la causante de estas lesiones; además, esgrimió un error de diagnóstico de la macrosomía del feto que evitó la práctica de una cesárea.

Respecto a la infracción de la *lex artis* invocada por la reclamante por la ausencia de consentimiento informado para el empleo del fórceps, señala, con pleno acierto el Consejo, que este instrumental fue utilizado en un momento en el que se exigía una actuación rápida para poder facilitar la salida del feto, con el fin de preservar la integridad física tanto de la madre como del niño y, por ello, puede considerarse que nos encontramos ante un caso de urgencia sanitaria que excluye la necesidad de recabar el consentimiento informado de la paciente (artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

Por otra parte, como bien argumenta el Consejo, el uso de un determinado instrumental en el desarrollo de una actuación o intervención médica no está sometido a las obligaciones generales ni espe-

cíficas de información al paciente. El empleo de fórceps no es una intervención médica en sí misma, como lo es una cesárea, en cuanto ésta supone un acto quirúrgico de extracción del feto alternativo a un parto vaginal. La necesidad de auxiliar a la parturienta en la fase de expulsión del feto en un parto vaginal, esto es, en el curso final de su desarrollo, con un determinado instrumental -ventosas o fórceps- forma parte de la actuación o intervención asistencial elegida y responde a una situación de emergencia obstétrica, cuya decisión sólo está en condiciones de adoptar el facultativo que asiste al parto. Todo esto lleva al Pleno del Consejo a concluir que no se ha acreditado que los daños del recién nacido se debieran al empleo de fórceps sino a la distocia del hombro derecho, esto es, según su significado etimológico, a la dificultad en la expulsión o parto del hombro, sirviendo el empleo de fórceps a la expulsión.

El apartado 3 del precitado art.9 de la Ley 41/2002 señala los tres supuestos en los que puede otorgarse el consentimiento por representación: a) cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación (si no tiene representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho); b) cuando el paciente esté incapacitado legalmente (el consentimiento lo otorgará su representante legal), y c) cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (el consentimiento lo dará su representante legal después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos).

El precitado art.9.3.c) de la Ley 41/2002 establece, asimismo, una suerte de mayoría de edad sanitaria, disponiendo que “cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. Esta última condición, si no se aplica de forma muy restrictiva, reservándola exclusivamente para aquellos supuestos de especial gravedad en los que la vida y la integridad del menor corra serio peligro, podría resultar contradictoria con el estado y circunstancias que se han de dar en un menor maduro, pues si el menor reúne condiciones de madurez suficientes, debería respetarse, en principio (no de forma absoluta ni extrema), su libre y autónoma decisión.

Conforme al art.9.4 de la Ley 41/2002, la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

En cuanto a la persona que ha de facilitar la información al paciente parece obvio que la misma debe serle suministrada por el médico que va a efectuar la técnica diagnóstica o terapéutica concreta (pudiendo también serle facilitada por otro médico del mismo servicio sanitario que va a realizar la intervención), al ser quien se halla en mejores condiciones para hacerlo y ser además quien dispone del caudal informativo más completo y adecuado sobre tal proceder, sin perjuicio de que todo facultativo interviniente en el tratamiento del paciente le informe, asimismo, dentro de su campo de actuación y posibilidades.

Sin embargo, la ley 41/2002, en su art.4.3, señala que “el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”. Resultan excesivas las obligaciones que se hacen recaer sobre el “médico responsable”, teniendo presente que éste, de acuerdo con el art.3, es quien tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y que, por tanto, no será, en muchas ocasiones, el médico que le tratará en ciertas fases o momentos de su proceso. El médico responsable deberá propiciar o fomentar tal información, pero no podrá garantizarla, siendo los especialistas de cada actuación concreta quienes sí deben garantizar que la misma se facilite al paciente en los términos precisos. En la misma línea que nosotros se manifiesta la jurisprudencia de forma mayoritaria (SSTS, Sala 1ª, 16 de octubre de 1998 y 26 de septiembre de 2000).

b.- Tiempo

Resulta evidente que el consentimiento del paciente debe prestarse antes del acto médico que se pretende llevar a efecto y ha de subsistir durante todo el tratamiento (principio de temporalidad), en tal forma que el consentimiento sea modulado a lo largo de todo el proceso terapéutico en el caso de enfermedades crónicas que precisan trata-

miento en distintas fases, con lo que se protege el derecho a la libertad del paciente. Se trata, por consiguiente, de una información de tracto sucesivo o de ejecución continuada, y no de tracto único.

Señala el art.2.2 de la Ley 41/2002 que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el *previo consentimiento* de los pacientes o usuarios”. Por su parte, el art.8.1 del mismo texto legal dispone que “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, *una vez que, recibida la información prevista en el art.4, haya valorado las opciones propias del caso*”, lo que conlleva que la información ha de facilitarse con el tiempo suficiente para que el usuario pueda reflexionar y madurar su posterior decisión.

c.- Forma

La información, como regla general, se proporcionará verbalmente, dejando constancia en la historia clínica del paciente (art.4.1 de la Ley 41/2002).

El art.8.2 de la Ley 41/2002 establece que “el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”. En estos casos en que se requiere la prestación por escrito del consentimiento informado, el documento acreditativo del mismo debe incorporarse a la historia clínica, formando parte de su contenido mínimo (art.15.2.i) de la Ley 41/2002).

No obstante, tal exigencia escrita de la información ostenta un mero valor *ad probationem* no *ad solemnitatem* (SSTS, Sala 1ª, de 29 de septiembre y 17 de noviembre de 2005, 29 de julio de 2008 y 21 de enero de 2009).

En este mismo sentido se pronuncia el dictamen núm.60/2004, de 20 de mayo, del Pleno CCCLM con ocasión de un tratamiento de litotricia, fundamentando la existencia del consentimiento verbal en la declaración de los facultativos que atendieron al reclamante, aun cuando los mismos pudieren ser tachados de contrario ex art.377.1.2º de la LEC por su relación de dependencia con el SESCAM en el momento de prestar su declaración.

Señala, asimismo, el Consejo en este dictamen la necesidad de tener en cuenta que el sometimiento del paciente a sesiones de litotricia se mostró, desde un principio y a tenor de la información médica obrante en el expediente, como el medio más adecuado para tratar su litiasis renal, si bien ello no excluía la posibilidad de una intervención quirúrgica como también lo anunciaron los facultativos que le atendieron, intervención que finalmente se tuvo que practicar de forma precoz ante el cuadro de sepsis urológica presentado por el paciente. Es evidente, como luego señalaremos, que la necesidad de la intervención no exime del deber de información y obtención de su consentimiento; distinto sería el caso si se tratase de una actuación urgente, en la que, obvio es decirlo, podría prescindirse del consentimiento informado ante el riesgo vital del paciente.

El dictamen núm. 123/2007, de 27 de junio, del Pleno del CCCLM, en el que se analiza la reclamación interpuesta por un paciente afectado de la enfermedad de Dupuytren y que empeoró notoriamente tras la intervención quirúrgica, desarrollando una algodistrofia simpática refleja con anquilosis de los dedos 4º y 5º en garra consolidada, otorga, asimismo, plena validez al consentimiento informado verbal, aun cuando pudieran surgir serias dudas de hecho en este supuesto de la veracidad del mismo, pues ante la ausencia de la forma escrita corresponde la prueba inequívoca de su presencia al médico interviniente (en este caso a la Administración sanitaria demandada). Señala el dictamen sobre este particular que el paciente fue informado en la consulta y éste decidió la cirugía a pesar de que se le dijo que no mejoraría, según refiere el facultativo del propio Servicio de Traumatología que le intervino. Y si bien, estas manifestaciones son efectuadas sin un soporte documental en el expediente, pues lo que consta es un documento de solicitud de inclusión en el registro de demanda quirúrgica, un documento de consentimiento informado para anestesia y un documento de consentimiento informado para cirugía mayor ambulatoria, no obstante, aunque debiera haber existido dicho soporte documental, de su ausencia no derivaría *per se*, a juicio del CCCLM, una responsabilidad para la Administración que hiciera ineludible un deber de indemnizar.

Más riguroso y restrictivo se muestra el dictamen núm. 26/2008, de 13 de febrero, del Pleno del CCCLM a la hora de valorar la prueba del consentimiento informado verbal, con ocasión de la demanda interpuesta por un paciente de 42 años, afectado de hernia discal L3-L4, que presentó un síndrome medular postquirúrgico tras ser intervenido. Un informe del Servicio de Rehabilitación del Hospital Nacional de Parapléjicos de Toledo, adonde el reclamante fue derivado tras las com-

plicaciones aparecidas después de la cirugía de columna, reseña que éste padece un síndrome de cola de caballo secundario a hernia discal L3-L4 intervenida, con pérdida parcial de movilidad voluntaria de miembros inferiores, vejiga e intestino neurógenos y disfunción sexual, precisando silla de ruedas para desplazamientos prolongados y vivienda adaptada sin barreras arquitectónicas.

Analiza este dictamen la posible validez de la información oral proporcionada al paciente y su posible acreditación mediante el informe complementario emitido por el cirujano que le intervino, donde se dice que el enfermo *“fue informado de forma verbal sobre el tipo de intervención que se proponía para su proceso patológico, así como de los posibles riesgos y complicaciones, que él indicó que comprendía y aceptaba”*. Respecto a esta afirmación estima el Consejo que no cabe admitir que tal forma de acreditar el consentimiento informado del paciente pueda reputarse eficaz a los efectos pretendidos, porque esa mera manifestación, realizada 18 meses después de la hipotética conversación mantenida con el paciente, y que ha sido negada explícitamente por la parte reclamante, de manera que, ante la obligación legal de la Administración de recabar el consentimiento informado por escrito y la inversión de la carga de la prueba derivada de su incumplimiento, que ha sido reiteradamente proclamada por la jurisprudencia, no cabe conferir prevalencia al contenido de dicho informe en detrimento de la versión del afectado. Por otra parte, destaca el dictamen que, incluso soslayando su insuficiente fuerza probatoria, los datos consignados en el citado informe no revisten el grado de detalle y concreción que sería exigible en relación con el alcance y contenido de un consentimiento informado plasmado por escrito, de modo que sólo podría ser equiparable a un consentimiento escrito genérico, cuya validez viene siendo igualmente rechazada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es más, añade el Consejo que el modelo en blanco que acompaña al referido informe con el fin implícito de ilustrar acerca del tipo de información que se daba a los pacientes no contiene, en realidad, ninguna advertencia sobre la complicación sufrida por el paciente -el síndrome de “cola de caballo”- a la que anudar un efecto traslativo del riesgo, habida cuenta de que dedica la mayor parte de su contenido bien a explicar las peculiaridades de las técnicas de instrumentación vertebral -unión de vértebras mediante implantes metálicos-, que en la primera operación no se aplicaron al paciente, bien a explicar las incidencias específicas propias del abordaje quirúrgico por vía anterior, que tampoco fue el procedimiento utilizado con el paciente. De hecho, en relación con la modalidad de acceso -“cirugía por vía posterior”- empleada en la

operación desencadenante del referido síndrome medular postquirúrgico lo único que se indica es que “no tiene complicaciones específicas, excepto las derivadas de la propia incisión (cicatrices e infecciones)”.

Da adecuada respuesta además el Consejo al argumento presente en la propuesta de resolución sobre las presunciones adicionales que se podrían establecer a partir de la existencia de consentimiento informado para sometimiento a la anestesia general, siguiendo la tesis expuesta en una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Pamplona de 22 de marzo de 2004. Señala al efecto el Consejo que esta concreta argumentación es rebatida en recientes fallos del Tribunal Supremo. Así la sentencia de 10 de octubre de 2007, en su fundamento de derecho quinto, declara que *“parece olvidar la Sala de instancia, cuanto antes se ha expuesto en relación a la carga de la prueba respecto al necesario consentimiento, no pudiendo aceptarse las conclusiones del Tribunal "a quo" cuando señala que el hecho de que se le ofreciera información sobre la anestesia "parece que debe hacer pensar que alguna clase de información sí se ofreció", imponiendo a la recurrente la obligación de solicitar la información, obviando de esa forma cuanto se ha dicho sobre la obligación de la Administración de informar concretamente sobre la operación a la que se va a someter al paciente, información específica que el propio Tribunal reconoce no se ha dado en relación a la operación de cataratas”*.

En nuestro criterio, debe analizarse con rigor la presencia del consentimiento, no pudiendo darse pleno valor, en principio, a una declaración de parte interesada, en tal forma que si se han materializado riesgos típicos de la cirugía practicada de los que el paciente no fue informado, debe estimarse la responsabilidad de la Administración.

En todo caso, aunque en el dictamen núm. 123/2007, de 27 de junio, del Pleno del CCCLM estimamos la inexistencia de prueba suficiente de la información verbal, tal cuestión no fue suscitada por el reclamante, por lo que no procedería entrar de oficio en su consideración, abstracción hecha de que el propio Consejo declare al respecto que “aunque el reclamante no alega esta cuestión en su solicitud, ni nada reclama por este concepto, dada la mención de que se encuentra peor que antes de la intervención, conviene dar respuesta a la consideración que debe darse a la falta de consentimiento informado”.

En este sentido, es criterio dominante y actual de la doctrina y jurisprudencia sostener la improcedencia de la estimación de oficio de la omisión del consentimiento informado, en tal forma que si no ha sido objeto de debate, por no haber sido alegado en la demanda rectora del

procedimiento, no cabe pronunciarse al respecto (SSTS, Sala 1ª, de 31 de diciembre de 1997, 28 de diciembre de 1999, 7 de junio de 2002, 18 de julio y 15 de noviembre de 2006, 19 de octubre, 22 de noviembre y 5 de diciembre de 2007, y 28 de febrero de 2008).

Señala sobre este particular, en su fundamento de derecho segundo, *in fine*, la STS, Sala 1ª, de 7 de junio de 2002, con ocasión de la reclamación interpuesta por una paciente que perdió la visión de un ojo tras ser intervenida de cataratas (demanda que fue desestimada al entender la Sala que el daño sobrevino por fuerza mayor, lo que eliminaba el nexo causal), que:

“En el presente caso, la sentencia introduce un hecho nuevo, la falta de consentimiento informado, y dicta el fallo condenatorio fundado en el mismo; cuyo hecho no había sido alegado y la causa de pedir la indemnización por el daño causado no se basó en esta falta de consentimiento de la demandante en la intervención quirúrgica. Es claro, pues, que la sentencia ha caído en el vicio de incongruencia, por alteración de la *causa petendi* colocando a la parte demandada en indefensión”.

En idéntico sentido se pronuncia también la STS, Sala 1ª, de 18 de julio de 2006, al declarar sobre este particular, en su fundamento de derecho segundo, *in fine*, lo siguiente:

“En cuanto a la falta de información alegada, constituye una cuestión nueva, que no fue alegada en la demanda, y por tanto no puede constituir objeto de la casación ya que va contra los principios procesales de igualdad de armas y desde luego provoca una situación de indefensión inaceptable, todo ello amparado por el principio de la tutela judicial efectiva y así se especifica en la sentencia de esta Sala de fecha 6 de marzo de 1998, que recoge lo dicho por el TC, esencialmente en la sentencia de 17 de marzo de 1994, y la del TEDH de 27 de junio de 1968 (caso Neumeister, en la que se aplica nítidamente el principio de igualdad de armas en el proceso -Waffengleichheit-)”.

Cada vez con mayor énfasis se pone de manifiesto la importancia de los formularios específicos de consentimiento informado, puesto que sólo mediante un protocolo amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garan-

tizarse que se cumpla su finalidad (STS, Sala 3^a, Sección 6^a, de 9 de mayo de 2005). El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. Dicha información debe comprender, por tanto, las posibilidades de fracaso de la intervención que se pondera y sus posibles consecuencias.

Los documentos o formularios de consentimiento informado deben ser específicos y personalizados, por cuanto un formulario genérico de información no resulta válido a tales efectos, al no reunir los requisitos mínimos exigibles (especificidad, individualización...) para que el paciente pueda decidir, con suficiente conocimiento, si se somete o no a la intervención que el médico le propone, o si la pospone o acude a consultar con otro médico o facultativo distinto.

Estos documentos tipo o documentos genéricos de consentimiento informado constituyen, por consiguiente, una clara y evidente infracción del deber de información médico. Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente, pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Se trata de simples y escuetos formularios, más próximos a un mero acto administrativo, que médico (STS, Sala 1^a, de 15 de noviembre de 2006).

A pesar de la unanimidad de la doctrina antes expuesta, el dictamen núm. 120/2004, de 6 de octubre, del Pleno del CCCLM, con ocasión de la reclamación formulada por una paciente que presentó una lesión del nervio radial a raíz de ser intervenida de una tumoración en la cara dorsal del antebrazo derecho, con la consiguiente imposibilidad para extender los dedos de su mano derecha y la muñeca, considera acreditado el consentimiento informado de la reclamante por obrar en su historia clínica unos documentos o formularios de consentimiento informado, tanto para la anestesia como para la intervención quirúrgica, si bien ambos son de carácter genérico. Entiende el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha que la información dada a la paciente ha de tenerse por suficiente con fundamento en tales formularios genéricos, aun cuando en los mismos no venía recogido tal riesgo típico. En nuestro criterio, tal posición resulta inadmisibles y es contraria a los principios más elementales que deben presidir la institución del consentimiento para evitar que se trate de un mero formalismo.

El dictamen núm.21/2005, de 9 de febrero, del Pleno CCCLM incide en el mismo error, al otorgar valor a un documento genérico de consentimiento informado, aun cuando el mismo no especificaba los riesgos típicos de la intervención de fasciotomía a que fue sometida la reclamante para tratar la fascitis plantar del pie derecho que padecía. A resultas de esta cirugía, la paciente sufrió una lesión del nervio plantar lateral de ese pie, de la que no había sido informada con carácter previo a otorgar su autorización a la operación, quedándole como secuelas un dolor residual a nivel del talón y tobillo derecho, así como la ausencia de sensibilidad en el borde externo del pie. El Consejo otorgó en este dictamen valor al hecho de que en el mencionado formulario constase expresamente que la reclamante había sido informada oralmente de la indicación, necesidad y riesgos de la intervención, con lo que en realidad situaría a la reclamante ante una *probatio diabolica*, contraria a lo dispuesto en el art.217.6 LEC.

Sin embargo, el Pleno del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en posteriores dictámenes corrige esta inadecuada posición, exigiendo que el documento de consentimiento informado contenga de forma específica los riesgos de la intervención a que va a ser sometida la paciente. De esta forma, en su dictamen núm.53/2006, de 22 de marzo, dictado con motivo de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por una paciente a la que se le colocó un stent lacrimonasal para corregir la dacriocistitis crónica que padecía, perdiendo la visión de su ojo izquierdo a resultas de la celulitis orbitaria que desarrolló y que determinó una neuropatía óptica isquémica, insiste en la necesidad de una información específica de los riesgos de la intervención, negando validez a un documento genérico. En este caso, la paciente no había sido informada del riesgo de presentar una celulitis orbitaria, a pesar de su tipicidad en este tipo de cirugía.

Señala el Consejo en este dictamen, que del formulario que se sometió a la firma de la paciente nada puede extraerse sobre el conocimiento por la misma de los riesgos posibles inherentes a la operación a la que iba a someterse. Se afirma en dicho formulario que se le advirtió de la posibilidad de complicaciones derivadas de la intervención médica y por el facultativo correspondiente del Servicio donde se efectuó la actuación quirúrgica se hace constar que la paciente y su hija fueron informadas de las posibles complicaciones que se podrían producir, pero sin mencionar expresamente ni siquiera cuál fue el contenido esencial de esta información.

Como con acierto matiza el Consejo, lo específico del formulario suscrito es que deja por completo incógnito cual ha sido el contenido de la información que, según el propio formulario, le ha sido facilitada por el Oftalmólogo. Dicho de otra manera, en el momento de proceder a la firma, la paciente no está en condiciones de solicitar las aclaraciones, pues la información dada por el Oftalmólogo está totalmente implícita en el formulario.

No puede entenderse, a juicio del Consejo, cumplida la obligación médica de garantizarle su derecho a la información, mediante el trámite que divorcia, no sólo formalmente sino materialmente, la prestación de información de la obtención de la firma del documento con el que se pretende acreditar el consentimiento informado.

Refuerza lo anteriormente dicho que, como consecuencia de la intervención médica, se ha producido una lesión a la paciente, improbable pero posible, de cuyo riesgo no se puede afirmar razonablemente que aquélla pudo tener conocimiento. La lesión, pérdida de la visión del ojo izquierdo, resulta mucho más grave que el problema al que se pretendió dar solución con la intervención que lo provocó, el lagrimeo constante. La celulitis orbitaria y la consiguiente neuropatía óptica isquémica que conlleva una pérdida irreversible de la visión, producida por la intervención, aun cuando ésta se realizara de acuerdo con la *lex artis*, supone la materialización de un riesgo típico de la misma del que no consta prueba alguna que acredite el conocimiento por parte de la perjudicada, no habiendo podido optar por omitir la misma y en consecuencia dicho riesgo. Es perfectamente verosímil su afirmación de que de haber conocido la entidad del riesgo no se hubiera sometido a la intervención. Por todo ello, califica el daño de antijurídico, puesto que el deber jurídico de soportar el mismo cesa cuando quien lo sufre no pudo determinar en plenitud la asunción de las consecuencias que podrían derivarse de someterse a dicha operación quirúrgica.

La misma posición adopta el Pleno del CCCLM en su dictamen núm.72/2008, de 9 de abril, en el que conoce de la reclamación formulada por una paciente que fue intervenida de prótesis total de rodilla derecha para tratar su avanzada artrosis y que no obtuvo la mejoría esperada, dado su mal resultado funcional. En relación con el tema objeto de estudio, el Consejo analiza las hojas de consentimiento informado obrantes en el expediente, deduciendo, sin mayor esfuerzo, que son consentimientos genéricos preparados para cualquier tipo de operación llevada a cabo por el Servicio de Traumatología, en los que no constan con el necesario detalle y especificación la operación a la que se va a

someter a la paciente, para explicar su práctica, su evolución y complicaciones posibles, por lo que considera que no se ha cumplido con el deber de información y, consecuentemente, con la obligación de obtener el consentimiento informado de la paciente.

Este tipo de proceder ha sido sancionado por nuestro Tribunal Supremo, que en sentencia de 21 de marzo de 2007 de su Sala 3^a, Sección 6^a, ante la existencia de una hoja de consentimiento suscrita por el paciente, en el que constaban “ciertos riesgos y posibles complicaciones” inherentes al procedimiento operativo, así como que no se daban plenas garantías en cuanto al resultado de la operación (se trataba de un paciente que quedó tetrapléjico tras serle practicada una laminectomía cervical posterior), señala lo siguiente:

“Es indudable que el documento en que se prestó el consentimiento por el paciente constituye un simple documento de consentimiento informado genérico, que no se adecua a las necesarias exigencias de concreción (...) Si la exigencia del consentimiento informado no quiere convertirse en una mera rutina formularia sino que responda a la realidad de ofrecer al paciente la posibilidad de plena información que le permita adoptar decisión en orden a la prestación sanitaria a recibir (...) es evidente que ha de considerarse que la hoja de consentimiento informado suscrita por el mismo no cumple con las exigencias que la interpretación jurisprudencial determina que han de concurrir para ofrecer al paciente una posibilidad de opción entre alternativas (...)”.

De lo actuado, el Consejo concluye que no existe en el expediente ningún documento, ni indicio probatorio del que se pueda extraer que la interesada pudiera sospechar que, después de la operación, la dolencia siguiera igual y necesitara una segunda intervención en la que podía darse el mismo resultado insatisfactorio. Si bien no puede afirmarse que la omisión de la información sea la causa de los daños, dado que los mismos podrían haberse producido de igual forma si la paciente hubiera sido informada, la falta de información cuando se ha producido un resultado dañoso por materialización de un riesgo típico que no pudo ser voluntariamente aceptado es, de conformidad con la jurisprudencia, infracción de *lex artis* formal y convierte el daño producido en antijurídico. Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de mala praxis, de incumplimiento de deberes médicos, que califica el daño de antijurídico, y que al presentar una relación directa e inmediata con la actividad médico-asistencial de la Administración Pública, impone su resarcimiento.

Por consiguiente, conforme a la doctrina más moderna del Consejo, los documentos impresos de carácter genérico en modo alguno sirven, como es lógico, para acreditar el cumplimiento de la obligación de informar y obtener el consentimiento por parte del médico, más bien al contrario, al igual que sucede con aquellos protocolos que carecen de la personalización necesaria.

Es unánime en la doctrina y la jurisprudencia la consideración de que es al médico a quien corresponde la carga de la prueba de haber obtenido el consentimiento informado previo del paciente, y ello basándose no sólo en la previsión legal *ad hoc*, sino también en su situación de primacía (SSTS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994, 31 de julio de 1996, 16 de octubre, 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999, 26 de septiembre de 2000, 12 de enero y 27 de abril de 2001, 29 de mayo y 8 de septiembre de 2003, 7 de abril y 29 de octubre de 2004, 29 de septiembre de 2005, 26 de junio de 2006, 19, 22 y 23 de noviembre de 2007...).

En línea con tal doctrina jurisprudencial, el dictamen núm. 138/2004, de 26 de octubre, del Pleno del CCCLM, con ocasión de la reclamación formulada por una paciente intervenida de inestabilidad de la articulación metacarpo-falángica del primer dedo de la mano izquierda y que desarrolló a las cinco semanas de la retirada de la inmovilización una distrofia simpático refleja (caracterizada por dolor espontáneo y a la palpación, que es acompañada de cambios tróficos en la piel), consideró la existencia de responsabilidad de la Administración sanitaria por cuanto de lo actuado no había quedado acreditado que la reclamante hubiera sido informada, de manera específica, sobre las posibles secuelas indeseadas de la operación a fin de que pudiera ponderar el índice de fracasos o secuelas, pues aún admitiendo que la intervención estuviere indicada y se hubiere ejecutado de acuerdo con la *lex artis*, lo cierto es que no existe en la historia clínica dato alguno que permita concluir que la recurrente tuviera al tiempo de la aceptación de la intervención la información necesaria para adoptar una decisión sobre el someterse o rechazar la meritada cirugía. Concluye el dictamen señalando que no constando por escrito consentimiento informado ni acreditado por la Administración Sanitaria que la paciente hubiere sido informada y dispusiera, por tanto, de un conocimiento preciso y específico de los riesgos de la intervención, cumple que la reclamación sea estimada por constituir

el resultado un daño antijurídico que la reclamante no tiene el deber de soportar.

Idéntico criterio se advierte en el dictamen núm. 21/2007, de 7 de febrero, del Pleno del CCCLM, en el que se analiza la reclamación formulada por un paciente intervenido de neuropatía cubital derecha y que empeoró tras la cirugía, señalando, a los efectos que aquí nos interesan, que si la información verbal hubiera existido no existiría infracción de la *lex artis* formal, toda vez que el requisito que establece la Ley de formalizar por escrito el consentimiento informado viene siendo valorado por la jurisprudencia de manera constante y pacífica como un requisito *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, de suerte que si se acreditara que el paciente hubiera tenido conocimiento, aunque verbal, específico y continuado de las posibles consecuencias adversas derivadas de una intervención quirúrgica que estuviera indicada para su lesión, incluyendo pronóstico y riesgos, el derecho del paciente y la correlativa obligación de información por parte de la Administración Sanitaria que la Ley invocada establecen resultarían satisfechos, más precisamente porque la Ley exige que exista consentimiento informado por escrito su ausencia impone, según reiterada jurisprudencia, que se invierta la carga de la prueba y en consecuencia cumpla a la Administración el deber de probar que el paciente hubiera tenido un conocimiento verbal suficiente de las consecuencias del acto quirúrgico, sus posibles complicaciones o resultados no deseados, al efecto de que aceptada verbalmente la intervención y asumidos conscientemente los riesgos asociados a la misma si se produjera el resultado lesivo anunciado como previsible y la práctica médica fuera adecuada a la *lex artis*, el daño no sería antijurídico aun habiendo relación de causalidad (relación causal fáctica que no jurídica).

d. Objeto

El objeto del consentimiento se concreta a la específica intervención para la que ha sido otorgado, sin que, salvo caso de urgencia intercurrente y de actuación necesariamente inaplazable, pueda extenderse la actividad del facultativo a otras actuaciones ajenas a la inicialmente autorizada y que determinen la extracción, cercenamiento o lesión de cualquier otro órgano.

3. CONTENIDO Y LÍMITES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos, lo que convierte en esencial la determinación del caudal informativo que ha de brindarse al enfermo en cada caso. No cabe olvidar, sin embargo, que la información excesiva e innecesaria puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo.

La Ley 41/2002 es mucho más precisa que la Ley General de Sanidad a la hora de delimitar el contenido de la información, estableciendo, en su art.10.1, el contenido de la información básica que debe recibir el paciente o usuario de los servicios sanitarios, distinción esta última que se establece, de forma inapropiada, en el art 3 de la meritada ley, por cuanto todo paciente es usuario de los servicios sanitarios, aunque no todo usuario reúna la condición de paciente.

El precitado art.10.1 de la Ley 41/2002, incluye como información básica que debe proporcionarse al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la siguiente: las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos personalizados, los riesgos probables, los riesgos típicos y las contraindicaciones.

Al referirse al riesgo típico en el precitado art.10.1.c), la Ley 41/2002 huye, por tanto, de criterios estadísticos o porcentuales, como no podía ser de otra forma, y los califica como aquellos directamente relacionados con el tipo de intervención, esto es, con los específicos de la actuación concreta a desarrollar, aunque su cuantificación estadística sea muy poco frecuente o casi excepcional, pues el hecho de que determinados sucesos se produzcan de manera típica no implica que sucedan con una frecuencia numérica.

En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala 1ª, de 30 de abril de 2007, acotando tal limitación informativa al supuesto de la medicina asistencial, al declarar, en su fundamento de derecho quinto, que “en el campo de la medicina curativa no cabe exigir una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse”, esto es, quedan excluidos de la misma los riesgos atípicos.

El dictamen núm.163/2005, de 15 de noviembre, del Pleno del CCCLM considera debe dictarse resolución declarando la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria con motivo de la reclamación formulada por un paciente que tras ser intervenido de cataratas perdió la visión del ojo izquierdo por padecer una endoftalmitis aguda postoperatoria, toda vez que el mismo había sido informado de este riesgo típico de la cirugía ocular. Resulta hartamente controvertido este criterio del Consejo, toda vez que si la endoftalmitis se califica de infección nosocomial, respondería el centro sanitario por su “obligación de seguridad” y, por ende la Administración, con fundamento en el art.28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actual art.148 del RD Legislativo 1/2007), aunque tal extremo no constituye el objeto de nuestro estudio (véase en tal sentido STS, Sala 1ª, de 5 de enero de 2007).

Siguiendo este mismo criterio, el dictamen núm.94/2007, de 23 de mayo, del Pleno del CCCLM considera debe dictarse resolución declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración Autonómica y el derecho del reclamante a ser indemnizado de las secuelas que presenta a resultas de una infección nosocomial por *Staphylococcus aureus* resistente a la meticilina y *Acinetobacter baumannii* subsiguiente a una osteosíntesis de cadera, por no haber sido informado, con carácter previo a la cirugía, de este riesgo típico de la operación.

Refiere a tal efecto este dictamen, en sus consideraciones, que no puede pasar inadvertida, en orden a ponderar el cumplimiento de las reglas conformadoras de la *lex artis ad hoc* en su faceta informativa y la consiguiente traslación de riesgos sobre el paciente, la insuficiencia de contenido que muestra el documento de consentimiento informado suscrito previamente a la intervención por una hija del paciente, en donde no consta indicación alguna sobre la posibilidad de infección iatrogénica o subsiguiente a la intervención, que constituye uno de los riesgos habituales de la cirugía que le fue practicada, por lo que procede señalar que se debió informar por escrito al paciente del riesgo de infección inherente a la intervención quirúrgica a que iba a ser sometido, de conformidad con la normativa entonces aplicable -el artículo 10, apartados 5 y 6, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; y 4. 1, apartados d) y k) de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha-, sin que conste, en su defecto, la cumplimentación de dicho requisito en forma verbal. Por tanto, no habiendo sido advertido el enfermo de dicho riesgo específico previsible y propio de la intervención que le iba a ser efectuada, no asume el deber de soportar las consecuencias de su materialización en los daños concretos por los que se pide compensación.

No obstante lo expuesto en relación con la información de riesgos en la medicina necesaria, asistencial o curativa, en la medicina satisfactoria la información debe comprender las posibilidades de fracaso de la intervención y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS, Sala 1ª, de 12 de febrero, 23 de mayo y 22 de noviembre de 2007).

La cirugía estética es el único dominio médico en que los Tribunales exigen que el cirujano obtenga el consentimiento totalmente ilustrado de su cliente, que no paciente. En otro tipo de cirugía con finalidad curativa, resulta admisible y razonable no informar de un riesgo atípico y excepcional, pero en cirugía estética puede no serlo, pues como señala la STS, Sala 1ª, de 21 de octubre de 2005, *“sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención”*.

Aborda un supuesto de medicina satisfactoria el dictamen núm. 35/2008, de 26 de febrero, del Pleno del CCCLM, con motivo de la otoplastia bilateral por vía anterior practicada a un niño de ocho años para corregir las orejas en asa o en soplillo que tenía y que le producían problemas psicológicos. El defecto estético del pabellón izquierdo quedó corregido tras la cirugía, pero no así el del pabellón derecho, que presentaba el mismo aspecto que antes de la intervención. La realización de la técnica quirúrgica fue correcta y el resultado desfavorable es atribuible a la debilidad estructural del cartílago auricular, que cedió a la tracción ejercida por las suturas.

El resultado de la intervención quirúrgica más que negativo debe considerarse, a juicio del Consejo, como incompleto, al no tener el éxito pretendido, al volver el cartílago a su estado anterior. Además, esta situación no es irreversible, ya que el defecto puede corregirse mediante la reposición de la sutura en una zona de cartílago adyacente a la que cedió, por lo que no puede hablarse de un mal resultado en términos absolutos.

En la hoja del consentimiento informado para la otoplastia, los padres del paciente reconocen que su hijo padece unas orejas de soplillo, cuya corrección quirúrgica es aconsejable. En este documento se relacionan las complicaciones que pueden surgir y se acepta que no existen garantías sobre el resultado exacto del tratamiento. El Consejo,

teniendo presente que la intervención no empeoró el estado previo del paciente sino que corrigió la oreja izquierda y dejó en igual estado la derecha, estima que la información brindada acerca de la posibilidad de que la intervención fracasara fue adecuada y considera que el consentimiento informado suscrito por los padres debe considerarse suficiente.

A distinta solución se hubiere llegado de haberse materializado algún riesgo de la otoplastia del que no se hubiere informado a los padres del menor, aunque el mismo fuere remoto y excepcional, por cuanto en este tipo de cirugía debe informarse con especial rigor y minuciosidad de todos los riesgos posibles, sin excepción alguna.

Debe tenerse bien presente que la inexistencia de alternativas terapéuticas no anula ni minora el derecho del paciente a ser informado, no constituyendo tal circunstancia, por tanto, un factor que deba modular el grado de información que ha de suministrársele al paciente.

El hecho de que no exista más que una opción terapéutica eficaz no exime al médico de la necesidad de obtener el consentimiento informado previo para su práctica, salvo supuestos muy concretos (urgencia, riesgo para la salud pública...), pues de lo contrario se cercenaría el derecho de autodeterminación del paciente.

En esta línea, la STS, Sala 1ª, de 8 de septiembre de 2003, con ocasión de la cirugía de un bocio nodular que constituía la única terapia válida existente, y tras cuya práctica la paciente sufrió una lesión del nervio recurrente derecho, con la consiguiente disfonía, rechaza la tesis de no atribuir consecuencias a la falta de información cuando no existan otras alternativas de tratamiento, pues en tal caso, señala la Sala, en su fundamento de derecho tercero, *“se incurre en la falacia de admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan "consentimiento informado"”*.

Contrariamente a lo señalado anteriormente, el dictamen núm. 147/2004, de 17 de noviembre, del CCCLM, con ocasión de la omisión de la información de los riesgos típicos de una colecistectomía practicada a la reclamante, consideró irrelevante la misma por cuanto *“la intervención resultaba ineludible para hacer frente al grave problema de salud que sufría la paciente”*, lo que, como ya indicamos, no excluye, en modo alguno, la obligación de informar a la paciente de los riesgos inherentes a la intervención, a fin de que la misma pudiese decidir libremente, por lo que tal proceder antijurídico debería haber sido objeto de indemnización, dado que la paciente no tiene el deber jurídico de soportarlo.

4.- OMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: DAÑO Y NEXO CAUSAL

La relación de causalidad debe establecerse entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado la intervención médica cuyos riesgos han cristalizado, y no de forma directa entre la omisión de la información y el daño materializado tras su práctica. Esta relación de causalidad directa sólo se daría, en puridad, en los casos de vasectomías y ligaduras de trompas, en los que la falta de información sobre los cuidados a guardar durante cierto tiempo después de su práctica (omisión de la información terapéutica), puede ser determinante de un posterior embarazo.

La pérdida de oportunidad ligada al defecto de información no debe representar, en principio, más que una fracción de los diferentes daños sufridos por el paciente en su integridad física, salvo que las circunstancias concurrentes lleven a concluir que el paciente de haber sido adecuadamente informado no se hubiere intervenido con una probabilidad rayana en la certeza.

Desde esta óptica, la sentencia de la Cámara 1ª de lo civil de la *Cour de Cassation* de 7 de diciembre de 2004, con ocasión de la demanda formulada por una paciente intervenida de timpanoplastia para tratar un colesteatoma, a resultas de la cual presentó una parálisis facial -riesgo típico del que no había sido informada y que se materializó a pesar de una adecuada técnica quirúrgica-, identificó el daño indemnizable con una fracción del perjuicio corporal total desencadenado tras la cirugía, en función de la chance perdida, al considerar que no debería corresponderse con la lesión corporal total resultante del acto quirúrgico practicado.

En todo caso, resulta condición necesaria para establecer una suma indemnizatoria por la omisión o deficiencia del consentimiento informado, que se acredite algún “daño” (en la más amplia acepción de la palabra) a resultas de tal defecto de información o consentimiento, pues de lo contrario ninguna indemnización debería otorgarse, sin perjuicio de las responsabilidades deontológicas o administrativas que de tal situación pudieren derivarse.

Esta cuestión se encuentra perfectamente analizada en el valioso dictamen núm.33/2006, de 7 de marzo, del Pleno del CCCLM, en el que se estudia la reclamación interpuesta por la omisión del consenti-

miento informado en la práctica de un cateterismo cardiaco, aun cuando se trataba de un proceder diagnóstico y/o terapéutico invasor que requería, conforme al art.8.2 de la Ley 41/2002, el consentimiento escrito del paciente.

En este caso, la madre del reclamante, que falleció días después de practicado el cateterismo cardiaco, había presentado un hematoma retroperitoneal secundario al mismo, sin haber quedado acreditado, de forma fehaciente, que la muerte tuviere como causa directa e inmediata la realización del cateterismo, aunque tampoco se pudo descartar que el hematoma retroperitoneal influyese en dicha muerte.

Este dictamen concluye afirmando, primero, que el diagnóstico que llevó a la intervención sanitaria practicada fue acertado y que no parece que hubiera alternativa; segundo, que no está acreditada la relación causal del cateterismo con la muerte de la paciente, y tercero, que se encontraba acreditado que la realización del cateterismo se ajustó a la *lex artis ad hoc*, desde el punto de vista técnico, si bien se omitió el consentimiento informado para su práctica (infracción de la *lex artis* formal).

Se plantea a continuación el Consejo la interesante cuestión de si la falta de consentimiento informado constituye *per se* un daño moral indemnizable por ser causa de la anulación, o al menos del enervamiento, del poder de decisión inherente a la autonomía individual de la persona-paciente, aunque no haya un resultado lesivo para su salud, ni tenga incidencia en el mismo en el caso de haberlo, ni se vulnere la *lex artis* en la intervención médica practicada sin dicho consentimiento.

Se aborda, por tanto, la cuestión de si puede ser indemnizable de modo autónomo la omisión del consentimiento informado, no ya por su vinculación al fallecimiento sino por derivar directamente de la privación del poder de decisión sobre la realización o no de la intervención y con independencia de que la muerte sea el resultado del cateterismo y de que éste se practicara de acuerdo a la *lex artis*, procediendo a un minucioso análisis de la doctrina jurisprudencial dictada sobre el particular, para concluir, de forma muy atinada, que la falta de información no es «*per se*» una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido).

Si bien la STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 4 de abril de 2000, considera la ausencia de información como un daño moral grave *per se*, resulta conveniente y oportuno precisar que es la única sentencia de la cita-

da Sala que ha mantenido tal posición, por lo que no constituye jurisprudencia, entendida como criterio constante y reiterado en la decisión de casos semejantes (art.1.6 del Código Civil). Esta resolución se dicta con ocasión de la reclamación efectuada por los padres de un niño intervenido de coartación congénita de aorta, sin una previa información de los riesgos de la misma, habiéndole quedado al menor, como secuela o daño tras la referida cirugía, una paraplejía. Por consiguiente, en el caso enjuiciado se había materializado uno de los riesgos propios de la citada cirugía, y a los padres del menor se les había privado de sustraerse a la misma, aun cuando fuere la única alternativa viable. Por otra parte, el razonamiento inicial de la Sala incide en que tal omisión del consentimiento informado privó a los representantes del menor de la posibilidad de eludir o rechazar la operación, evitando sus riesgos, aun cuando luego señale que la ausencia de información constituya por sí misma un daño moral grave.

En consonancia con el criterio jurisprudencial dominante y actualmente pacífico, la STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 26 de febrero de 2004, con ocasión de la reclamación formulada por un paciente sometido a una endoscopia digestiva alta sin consentimiento informado previo a tal proceder, declara, en su fundamento de derecho cuarto, *in fine*, lo siguiente:

“Aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico, porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad, tal y como acontece en el caso de autos. La perforación esofágica hemos dicho que resulta de la prueba pericial que se ha producido con anterioridad a la intervención de la Administración Sanitaria, por tanto ni esta lesión, ni sus consecuencias posteriores cualesquiera que éstas sean, son imputables al actuar administrativo, por lo que en consecuencia no existe la relación de causalidad imprescindible para que puede declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 10 de octubre de 2007, con ocasión de la demanda interpuesta por una paciente a la que fue preciso practicar la evisceración del ojo por las complicaciones surgidas tras ser intervenida de cataratas, al declarar, en su fundamento de derecho quinto, in fine, que:

“El defecto del consentimiento informado ha de considerarse como incumplimiento de la "lex artis" revelando una manifestación de funcionamiento anormal del servicio público, siempre que se haya ocasionado un resultado lesivo como el que se ocasionó a la actora como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado”.

Por consiguiente, la jurisprudencia contencioso-administrativa sostiene, de forma casi unánime, que ante la falta de daño, que es el primer requisito de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento del servicio, no resulta relevante la ausencia del consentimiento informado.

La jurisprudencia civil mantiene el mismo criterio. Así, las SSTS, Sala 1ª, de 21 de diciembre de 2006 y 23 de octubre de 2008 declaran al respecto que “siendo el daño presupuesto fundamental para la indemnización, sin él la omisión del deber de informar al paciente sobre las consecuencias y riesgos que pudieran derivarse de la intervención, no pasa de ser una mera infracción de los deberes profesionales, sin otras consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil”.

En la misma línea se pronuncia la STS, Sala 1ª, de 30 de junio de 2009, con ocasión de la demanda interpuesta por una paciente que sufrió la lesión del nervio ciático poplíteo externo durante una implantación de prótesis de cadera, señalando al respecto, en su fundamento de derecho segundo, lo siguiente:

“(…) no debe olvidarse que si el resultado de esta intervención hubiera sido favorable, mejorando notablemente el estado de salud de la paciente, entonces la omisión o insuficiencia de la información previa habría sido irrelevante, porque pese a algunas sentencias de esta Sala que consideran esa omisión o insuficiencia como causante en sí misma de un daño a la libertad de elección del paciente (p. ej. SSTS 10-11 y 16-12-97), lo cierto es que difícilmente cabe sostener la existencia de daño ni perjuicio alguno cuando el resultado global de la relación entre médico y pacien-

te haya sido la significativa mejoría del estado de salud de este último; en definitiva, su beneficio en lugar de su perjuicio, como por demás considera la jurisprudencia general sobre esta materia (SSTS 27-9-01, 10-5-06 y 14-5-98 entre otras)”.

Por otra parte, resulta evidente, tal como ha declarado, en su fundamento jurídico cuarto, la sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid de 29 de junio de 2005, que "la ausencia de información será relevante -desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria- en la medida en que el daño sufrido sea consecuencia de la prueba realizada sin dicha información y siempre, claro está, que el mismo sea consecuencia (se derive) del riesgo que aquélla conlleva". Bajo este argumento, la Sala exime de responsabilidad a la Administración por considerar que el ictus que sufrió un paciente, de 79 años de edad, que ingresó en el servicio de Urgencias de un hospital público por presentar una hemorragia digestiva alta secundaria a gastritis erosiva del muñón gástrico, no fue una complicación propia de la gastroscopia que se le realizó. La resolución considera que aunque no hubiera faltado el consentimiento, el paciente no hubiese sido informado de dicha complicación. En este sentido, la pericia practicada señaló que “existiera o no consentimiento informado, el ictus que sufrió el padre del actor no figuraría nunca entre las eventuales riesgos de dicha prueba -por lo que nunca hubiera sido informado de tal posibilidad-, ya que no existe evidencia de una relación de causalidad. El ictus fue un hecho coincidente, una casualidad y no una causalidad". El Tribunal considera acreditado que no hubo en este supuesto mala praxis ni retraso en el tratamiento que recibió el paciente.

Idéntico criterio es sostenido por la STS, Sala 1ª, de 14 de mayo de 2008, al declarar, en su fundamento de derecho segundo, *in fine*, que:

“(...) aun reconociendo que la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, basta para desestimar esta alegación el hecho de que no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica, puesto que las secuelas aparecen asociadas al proceso degenerativo de la enfermedad padecida por la actora...”.

Pues bien, con base en estos mismos fundamentos, el meritado dictamen núm.33/2006, de 7 de marzo, del Pleno del CCCLM, estima que debe dictarse resolución desestimatoria de la reclamación de res-

ponsabilidad patrimonial formulada, por no existir relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados, toda vez que, aun cuando se omitió el necesario consentimiento informado del cateterismo realizado, los riesgos típicos omitidos y materializados no guardaron relación con el fallecimiento de la paciente; constituyendo precisamente su muerte el único daño que fue objeto de la reclamación interpuesta por su hijo, por lo que debería darse lugar a su inadmisión.

En el dictamen núm.33/2006 que comentamos, el Pleno del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, ante los casos en los que se practica una intervención sanitaria ajustada a la *lex artis* material, en sentido estricto, pero sin el obligado consentimiento informado, establece los siguientes criterios:

Primero: que sólo cabe la configuración de un daño moral autónomo indemnizable cuando dicha intervención ha causado un daño en la salud de la persona que no la consintió (por sí misma o sus más allegados familiares); específicamente cuando se han materializado los riesgos típicos de la concreta intervención sanitaria. Afirmación que implica que se ha acreditado la relación causal entre intervención y daños en la salud, o que éstos resulten desproporcionados con la patología intervenida.

Este criterio no afirma la irrelevancia de la falta del consentimiento informado en esos casos en que no hay daño en la salud, sino su intrascendencia en la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Segundo: que para indemnizar el daño moral por falta de consentimiento informado no es preciso acudir a la ficción de convertir aquélla en causa de los daños producidos en la salud de la persona que no la ha consentido; al igual que puede producirse una concurrencia en la causación de un daño, puede producirse una concurrencia en el deber jurídico de soportar los daños a partir de que la falta de consentimiento informado ha sido calificada como infracción de la *lex artis ad hoc* que puede coexistir con una *lex artis* material plenamente correcta. Ese deber no es absoluto, ni lo es la antijuridicidad de los daños indemnizables. Por tanto no es asumible el criterio de que la falta de consentimiento informado desplaza siempre y por completo el deber jurídico de soportar los daños causados por una intervención realizada conforme a la *lex artis* desde el paciente al servicio público sanitario y/o al personal que debió informar y/o realizó la intervención. Por el contrario

dicho desplazamiento puede estar sometido a condiciones y límites, que influyen también en la indemnizabilidad del daño moral y en su cuantificación.

Tercero: que tales condicionamientos y límites pueden ser referidos objetivamente a hechos clínicos tales como: la gravedad del paciente, la existencia o no de alternativas para proteger su salud y su vida frente a su patología, la entidad de los riesgos típicos (por probabilidad y por su concreta materialización), los daños efectivamente ocasionados a la salud y/o la vida del paciente... Circunstancias que modulan el deber jurídico de soportar los daños ocasionados por una intervención de acuerdo a la *lex artis* material pero no debidamente informada.

Cuarto: que la omisión del consentimiento informado siempre afecta a la dignidad de la persona, por lo que siempre es reprimible, si bien, a efectos indemnizatorios, hay que ponerla en relación con su trascendencia e influencia en la privación que efectivamente suponga en la autonomía de la persona-paciente y en su poder de decisión sobre el trato a dar a su dolencia. Lo cual implica una valoración no sólo de los condicionamientos y límites señalados anteriormente, sino también de los hechos y datos ciertos a partir de los cuales establecer, siquiera presuntamente, si el paciente hubiera debido prestar o hubiera prestado su consentimiento.

Compartimos en esencia tales ajustados criterios en lo atinente al daño y nexo causal en estos supuestos en que la actuación médica fue correcta desde el punto de vista técnico, pero se omitió consentimiento informado.

Incide asimismo en esta problemática el ajustado dictamen núm.26/2008, de 13 de febrero, del Pleno del CCCLM, que conoce de la reclamación interpuesta por un paciente afectado de un síndrome medular postquirúrgico, señalando que cuando falta el consentimiento informado en una intervención programada y correctamente realizada desde el punto de vista técnico, el desplazamiento del deber de soportar el daño desde el paciente al servicio público podría producirse con ciertos límites y condiciones (esto es, no es total), lo que supone determinar la antijuridicidad del daño o lesión en función de las circunstancias. Por eso, en nuestro criterio, la indemnización debe constituir en estos supuestos una fracción del daño corporal total, salvo que se acredite fehacientemente que el paciente de haber conocido el riesgo no se hubiere intervenido con total seguridad, cual acontece, entre otros, en los casos de cirugía voluntaria.

Estando el caso examinado en este dictamen dentro del ámbito de la medicina curativa, se ha de analizar por tanto cuál era el estado del paciente cuando fue sometido a la intervención de hernia discal lumbar, así como las demás circunstancias que permitan concluir si en este caso es antijurídico el daño causado por la intervención, conforme a los parámetros antes señalados.

La historia clínica del paciente y demás antecedentes disponibles revelan que éste se hallaba en situación de incapacidad temporal, de forma que cuando accedió a someterse a la intervención llevaba soportando los síntomas de su enfermedad durante un periodo de quince meses y en unas condiciones restrictivas que le impedían la realización de su trabajo habitual. Ahora bien, en el informe clínico redactado por el Servicio de Traumatología se describe la situación del paciente, previa a la intervención, en términos que no parecen reflejar una situación especialmente lacerante, indicando que éste sufría: *“adormecimiento del muslo izquierdo que le ocasiona dificultad para caminar y dolor ocasional en reposo con limitación por dolor importante en la deambulación. Pérdida de 1 cm de perímetro en muslo izquierdo. Afectación sensitiva L4 izquierda”*.

Partiendo de los informes facultativos obrantes en el expediente se puede admitir que el paciente se encontraba en un estado de salud deteriorado, aquejado de padecimientos y limitaciones funcionales que hacían indicada y aconsejable la intervención que le fue propuesta, considerando que tan sólo contaba 42 años de edad y que desde hacía quince meses estaba en situación de incapacidad laboral temporal, esto es, impedido de realizar las tareas propias de su profesión habitual como factor de taquillas de RENFE, la cual no es una actividad de sobreesfuerzo físico importante.

También han de valorarse los riesgos de la intervención y tenerse en cuenta que el tratamiento quirúrgico de las hernias discales presenta frecuentes complicaciones, tantas que el porcentaje de éxito tras la cirugía se sitúa entre un 60 y un 90%. Es decir, que existe un índice de fracasos relacionado con la posible aparición de determinadas incidencias como: fístula de líquido cefalorraquídeo (hasta el 10%), lesión de raíz nerviosa (0,5%), infección (2%), tromboflebitis (1%), recidivas (del 5 al 10%), fibrosis pedicular (responsable en un buen número de casos, según las fuentes médicas consultadas, de la recurrencia del dolor y de la necesidad de reintervenciones) y síndrome de *“cola de caballo”* (del 0,2 al 1%). Valorando los riesgos se puede afirmar que en este caso, por el tipo de intervención, una recepción de información amplia, clara y fidedigna sobre todos los riesgos asociados a la misma resultaba par-

ticularmente necesaria para hacer efectiva la autonomía del paciente y su participación consciente en el proceso de toma de decisiones, porque su estado de salud era relativamente grave, porque la intervención no era urgente ni imprescindible, y por las posibilidades de que la operación no proporcionase mejoría alguna, que ésta fuera transitoria o que incluso ocasionara un notorio agravamiento, como sucedió lamentablemente en el caso que examinamos.

Por tanto, con los elementos de juicio expuestos, no es posible afirmar que no fuera necesario informar al paciente y tampoco que éste dispusiera de un margen de decisión real y asequible en la elección de las alternativas terapéuticas aplicables a su enfermedad, entre la cuales ha de situarse la posibilidad de una estrategia conservadora, ni que, consiguientemente, la realización de la intervención, de la que deriva el síndrome de “*cola de caballo*” que padece, fuera prácticamente ineludible.

Vistas las circunstancias analizadas, se evidencia así que la falta de información presenta en este caso una incidencia tangible en la génesis de los daños físicos por los que se reclama, daños que han de considerarse por tanto antijurídicos, al no haberse advertido al enfermo de los riesgos que afrontaba.

Sobre la antijuridicidad del daño corporal derivado de una intervención sin consentimiento informado, aunque realizada conforme a la *lex artis* material, se sustentan los más recientes fallos estimatorios de varias sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que parecen apartarse de la línea doctrinal marcada por la sentencia de 4 de abril de 2000. Es el caso de la sentencia de 28 de febrero de 2007, en la que se afirma que “*no es suficiente para entender cumplido con la plenitud que exige la Ley y ha interpretado la doctrina de esta Sala, con la necesaria información sobre el riesgo a asumir por el paciente, sin que pueda obviarse tal circunstancia, erróneamente apreciada en otro sentido por el Tribunal de instancia, con el argumento de que, si necesitaba una mayor información y detalle en la información recibida, era el propio paciente y sus familiares quien debía haberla solicitado, puesto que la excepcionalidad de la lesión que en definitiva sufrió el paciente no hacía posible trasladar al mismo la necesidad de solicitar información sobre un específico y gravísimo riesgo que de la operación podía derivar, del que ni siquiera fue informado con carácter general*”. También la sentencia del mismo Tribunal de 21 de marzo de 2007 residencia la responsabilidad patrimonial en la antijuridicidad del resultado lesivo por falta de información, sin referencia alguna a la noción de daño moral independiente del corporal, siendo éste el daño por el que finalmente se indemniza. Como en la misma se afirma: “*la falta de consentimiento informado supone por sí*

misma, cuando se ha producido un resultado dañoso y el mismo resulta antijurídico, en el sentido de que no tiene por qué ser soportado por el interesado, una mala praxis que exige una indemnización, la cual ha de fijarse en atención al resultado dañoso producido”.

El daño indemnizable en el presente caso es el agravamiento del estado físico en que ha quedado el paciente provocado por la intervención, en la que aunque no haya habido infracción de *lex artis* médica asistencial, sí que se ha privado de la información imprescindible, por lo que no puede imponerse a aquél el deber jurídico de soportar el daño. Y si bien no puede afirmarse que la omisión de la información sea la causa directa del daño, pues el mismo podría haberse producido si el paciente hubiera sido informado y, aceptando los riesgos, hubiera decidido someterse a la intervención, la falta de información, cuando se ha producido un resultado dañoso por materialización de uno de los riesgos típicos, aunque poco frecuente, que no pudo ser voluntariamente aceptado, es infracción de *lex artis* y convierte el daño producido en antijurídico.

Por tanto, procede, a juicio del Consejo, reconocer la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños sufridos por el reclamante, que al ser antijurídicos deben de ser indemnizados.

Para su cuantificación el Consejo recurre al baremo que figura como anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y a la Resolución de 7 de enero de 2007 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, al ser éste el ejercicio en el que se produjo la finalización del periodo de internamiento hospitalario sufrido por el paciente tras la operación.

En este caso aplica las tablas correspondientes, teniendo presente el estado previo del lesionado, e indemniza con el 100 % del resultado que obtiene, lo que nos parece adecuado teniendo presente que con alta probabilidad el paciente hubiere rechazado la intervención de haber sido adecuadamente informado de este riesgo, pues de lo contrario, esto es, si las probabilidades de rechazar la intervención fueren dudosas, la indemnización debería haberse moderado en función de las circunstancias concurrentes: gravedad de la enfermedad, evolución natural de la propia enfermedad, novedad y necesidad de la operación o actuación médica en cuestión, sus riesgos y la frecuencia de los mis-

mos, entidad de los riesgos materializados (secuelas) y sus posibilidades de corrección, con su trascendencia tanto física como psíquica, conveniencia de haber dispuesto de una preparación psicológica previa o de otro orden para afrontar los riesgos cristalizados tras la actuación médica, posibilidad de someterse a la intervención médica realizada en circunstancias distintas de las inicialmente previstas, alternativas existentes, edad y estado previo del paciente, oportunidad y efectos de una demora en la intervención médica, posibilidad de haber efectuado otras consultas o de llevar a efecto la intervención en otro centro más especializado o acreditado o por otros médicos especialistas, decisión razonable en casos similares...

En suma, se ha de llevar a cabo un “juicio de verosimilitud”, en función de todas las circunstancias concretas que concurran en cada supuesto, para de esta forma moderar o amortiguar, en su caso, lo que hubiere sido la condena a un *quantum* por todo el daño sufrido por el paciente tras la materialización del riesgo típico de la intervención practicada y del que no había sido informado.

La indemnización será más elevada cuanto mayor sea la pérdida de oportunidad del paciente de rechazar la terapia instaurada, si hubiere sido adecuadamente informado.

Con base en este mismo criterio, la meritada STS, Sala 1ª, de 30 de junio de 2009, señala sobre esta cuestión, en su fundamento de derecho cuarto, lo siguiente:

“Al casarse la sentencia recurrida como dispone el art. 487.2 LEC de 2000, debe resolverse sobre la indemnización procedente por la infracción del deber de información, toda vez que el riesgo silenciado efectivamente se materializó durante la intervención quirúrgica practicada por el cirujano demandado.

Conforme a la jurisprudencia más especializada de esta Sala (p. ej. SSTS 10-5 y 21-12-06), la indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión causado por la intervención, es decir, a la materialización o cristalización del riesgo típico; desde esta perspectiva tiene razón la sentencia de primera instancia al moderar la suma indemnizatoria aplicando el art. 1103 CC por no deber equipararse la intensidad de la culpa derivada de una mala praxis en la intervención a la que com-

porta la omisión o insuficiencia de información sobre un riesgo típico.

Sin embargo la suma de 10 millones de pts. fijada por dicha sentencia se considera insuficiente por esta Sala a la vista de los muchos padecimientos de la demandante subsiguientes a la intervención quirúrgica y pese a que esta intervención viniera indicada por la "coxartrosis izquierda evolucionada, incapacitante y dolorosa" que aquella padecía, pues lo cierto es que el resultado fue insatisfactorio, el estado general de la paciente empeoró, su edad era de 47 años y tuvo que estar hospitalizada durante seis meses y pasar por otra intervención para paliar el dolor, todo ello sin habersele dado la oportunidad de evitarlo optando por permanecer en su estado anterior, desde luego nada satisfactorio, o escogiendo a otro especialista. En función de todo ello y computando por tanto algunos de los factores valorados por la sentencia de 21 de octubre de 2005 (rec. 1039/99), esta Sala considera procedente fijar la suma indemnizatoria en 20 millones de pts, respetando lo acordado por la sentencia de primera instancia en materia de intereses”.

En el dictamen núm.72/2008, de 9 de abril, del Pleno del CCCLM, que estudia la reclamación de una paciente intervenida en dos ocasiones de artrosis avanzada sin resultado positivo y sin haber sido informada, con carácter previo a su práctica, de los riesgos y posibles fracasos de la cirugía protésica, el Consejo estima procedente indemnizar exclusivamente la totalidad del tiempo en que la interesada estuvo de baja -lo que no deja de ser un daño- por las dos operaciones que se le practicaron sin resultados favorables para su dolencia, no tomando en consideración aquellas lesiones, limitaciones y demás elementos lesivos que habría tenido que soportar igualmente de no someterse a las mismas, puesto que sus dolencias derivan de una enfermedad degenerativa como es la artrosis en la que incide un *genu valgo*, y no de las operaciones a las que se sometió, que no la remediaron, es cierto, pero que no fueron el origen de las mismas.

Se evidencia, por tanto, en los últimos dictámenes del CCCLM un loable esfuerzo por identificar el daño y cuantificarlo, de forma detallada y motivada, con arreglo a las circunstancias y parámetros expuestos, lo que, por desgracia, no siempre acontece en las resoluciones de nuestros Tribunales menores.

En el tema que nos ocupa, es indudable la dificultad y controversia doctrinal que ha suscitado esta tarea, pero el Consejo avanza con acertado paso en esta materia, aproximándose a la más novedosa doctrina, no desplazando siempre y por completo el deber jurídico de soportar los daños causados por una intervención realizada conforme a la *lex artis* desde el punto de vista técnico, pero sin mediar el preceptivo consentimiento informado, desde el paciente al servicio público sanitario, ponderando al efecto las circunstancias concurrentes que ya hemos referido, y que sin duda van a tener trascendencia a efectos de fijar la suma indemnizatoria.

En puridad tal proceder resulta subsumible, aunque no se señale expresamente en los dictámenes del Consejo, con la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, que si bien se halla ubicada en el ámbito de la causalidad material o física, constituye un remedio ante la incertidumbre causal.

En los supuestos en los que la condena del médico viene dada por la omisión o deficiencia del consentimiento informado, resulta habitualmente aplicable esta teoría para modular, moderar o mitigar la cuantía indemnizatoria, por cuanto lo que se indemniza *per se*, en la inmensa mayoría de los casos, es la pérdida de la oportunidad del paciente de haberse sustraído a la actuación médica si hubiere conocido sus riesgos antes de llevarse a efecto.

Resulta indudable que el grado de convicción de la prueba de la relación de causalidad constituye un factor determinante, asimismo, de la cuantía indemnizatoria concedida al perjudicado, en función de las expectativas u oportunidades que de la misma se derivan, lo que resulta de plena aplicación en el ámbito del consentimiento informado.

Conforme a esta teoría, lo razonable y equitativo es que la indemnización se acomode a tal circunstancia (responsabilidad proporcional), que deberá ser evaluada individualmente en cada caso en función de las diversas circunstancias antes enumeradas, aunque la pérdida de chance sólo resultará indemnizable cuando el grado de probabilidad de obtener la ganancia o de evitar la pérdida adquiere, obvio es decirlo, entidad o dimensión suficiente.

CAPÍTULO II-. EL ERROR DE DIAGNÓSTICO EN LOS DICTÁMENES SOBRE RESPONSABILIDAD SANITARIA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

Mónica de la Calzada del Pino

Letrada Asesora del Defensor del Pueblo de
Castilla- La Mancha

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RECLAMACIONES PATRIMONIALES FUNDAMENTADAS EN ERROR DE DIAGNÓSTICO. 1. Dictamen nº 33/2004. Hepatocarcinoma que se confunde con tumor hepático benigno. 2. Dictamen nº 132/2005. Luxación no diagnosticada que deviene inveterada. 3. Dictamen nº 45/2006. Carcinoma de mama que se confunde con tumor benigno. 4. Dictamen nº 54/2006. Fractura cervical que se diagnostica como contractura muscular 5. Dictamen nº 150/2007. Fractura de cadera que se diagnostica como contusión. 6. Dictamen nº 109/2007. Enfermedad congénita no detectada en prueba de amniocentesis. 7. Dictamen nº 118/2008. Traumatismo torácico y múltiples fracturas sin diagnosticar. 8. Conclusiones. III. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En la actividad médica diaria el proceso de diagnóstico es uno de los actos clínicos más frecuentes.

El diagnóstico, siguiendo a Suarez-Quiñones¹, podría caracterizarse en el momento actual como un juicio científico fundamentalmente deductivo fundado en los hallazgos clínicos y las pruebas diagnósticas en el que se pueden señalar una serie de etapas. Una primera fase

sería la investigación del síntoma mediante el estudio clínico. A esta etapa corresponde la historia clínica y la exploración física. La segunda vendría constituida por la práctica de las pruebas de diagnóstico, respecto de la cual cabe destacar el cada vez mayor catálogo de pruebas, que proporcionan los avances científicos y que complican el proceso al requerir la intervención de otros profesionales, llevar aparejados costes que han de ser tomados en consideración, y en ocasiones producir efectos secundarios. La siguiente etapa sería la de integración de los hallazgos clínicos con los resultados de las pruebas, a fin de valorar las probabilidades de diagnóstico. Dado que ni los datos clínicos ni los resultados de las pruebas de diagnóstico son plenamente precisos, la integración de ambos puede conducir a mejores predicciones en el diagnóstico. Una última fase vendrá constituida por la toma de decisión diagnóstica y la comunicación del diagnóstico a la persona enferma.

Por lo tanto es claro que el diagnóstico es un proceso deductivo complejo y una vez determinado puede no corresponderse con la verdadera patología del paciente o la paciente. En tal caso se produce un error de diagnóstico.

Sin embargo, no todo diagnóstico equivocado provoca inexcusablemente responsabilidad, ya que no es jurídicamente exigible el acierto de quien diagnostica en todo caso, ni es sancionable siempre el error científico.

La obligación del o la profesional sanitario es una obligación de medios, y por tanto su responsabilidad no se determina por la curación sino por proporcionar todos los cuidados requeridos según el estado de la ciencia². Se trata de poner todos los conocimientos y cuidados para la persona enferma conforme al estado actual de la ciencia en su medio o entorno, teniendo en consideración el caso concreto y las circunstancias en que tenga lugar y se desarrollen las actuaciones médicas. Será necesario, en consecuencia, analizar la *lex artis ad hoc* como estándar o patrón de deber objetivo de cuidado médico.

Por otro lado, el simple hecho de haberse producido el error de diagnóstico, aún si el actuar de quien ha diagnosticado es contrario a la *lex artis ad hoc*, no genera responsabilidad patrimonial de la administración. En principio es preciso que se produzca un determinado efecto dañoso sobre la salud de la persona producto apreciable del error. O al menos que el diagnóstico incorrecto conlleve una pérdida en las expectativas de curación para el o la paciente.

II. DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RECLAMACIONES PATRIMONIALES FUNDAMENTADAS EN ERROR DE DIAGNÓSTICO

El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha se ha pronunciado, en diversos procedimientos administrativos de reclamación de responsabilidad patrimonial, acerca de la concurrencia o no de un error de diagnóstico en un proceso clínico y de la existencia o no de relación de causalidad entre el error de diagnóstico y la lesión producida en la persona usuaria del servicio público, cumpliendo así lo ordenado en el artículo 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Extractamos siete dictámenes sobre esta materia para alcanzar a continuación conclusiones relativas al tratamiento que el Consejo Consultivo proporciona al error de diagnóstico.

1. Dictamen nº 33/2004.

Hepatocarcinoma que se confunde con tumor hepático benigno.

Se plantea reclamación por una paciente que fue diagnosticada por su hospital de referencia de “litiasis biliar y hemangioma hepático”, aconsejándose la intervención quirúrgica, y quedando en lista de espera. Para alcanzar ese diagnóstico se realizó un TAC abdominal, sin contraste intravenoso por ser la paciente alérgica al contraste iodado, y una gammagrafía hepática con hematíes marcados.

Cuatro meses después ante la persistencia de los síntomas -perdida de peso, opresión, y mal estado general- acudió a un centro sanitario privado donde tras la realización de un TAC abdominal y de una punción de la masa hepática, fue diagnosticada de hallazgos indicativos de hepatocarcinoma, variante fibrolamelar. Recibió tratamiento de quimio-embolización en la sanidad privada, se le practicó intervención quirúrgica y continuó su tratamiento.

La reclamación se apoyaba en el daño causado por el error de diagnóstico de los Servicios Médicos del SESCAM. Entendía la usuaria que “de haberse emitido un diagnóstico acertado se hubiera podido atajar la enfermedad desde el principio”; sin embargo, tal error había deter-

minado que el tiempo jugara en contra de la enfermedad y de su salud. Durante la tramitación del procedimiento la paciente falleció continuando sus herederos en el ejercicio de la acción.

El Consejo Consultivo identifica como la cuestión decisiva para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración si el protocolo seguido para realizar el diagnóstico era correcto o no, si se pusieron a disposición de ese acto médico los medios necesarios y adecuados para detectar la enfermedad padecida a tenor de los síntomas que ésta presentaba en el momento en que se realizó; **en otras palabras, si hubo o no infracción de la *lex artis* al nivel de exigencia de los conocimientos científicos de aquel tiempo.** Dicho de otra forma, si se hizo lo debido y si haciendo esto era previsible y evitable el error que se produjo en el diagnóstico.

Y tras un examen pormenorizado de la prueba documental médica incorporada al expediente, concluye que no existió infracción de la *lex artis* en el acto médico del diagnóstico.

La idoneidad de los medios empleados resulta probada para el Consejo Consultivo por el informe emitido por el Inspector Médico asignado a la instrucción del expediente, en el cual entre otros extremos se señala que “el protocolo se aplicó en el caso reclamado con corrección, dado que la prueba clave (que se recomienda y que se practica: la gammagrafía) informa hallazgos positivos o compatibles con hemangioma, cuando realmente se trataba de una lesión maligna [...]”, y considera razonable que “ante las anomalías y resultados que iban obteniendo los especialistas del SPS, una vez hallada una causa que explicase lo observado (gammagrafía compatible con lesión no maligna, además de litiasis) no considerasen indicado someter a la paciente a más pruebas, y optasen por seguir protocolo de seguimiento, el cual incluía intervención programada por laparotomía [...]”.

Se señala además en el referido informe que “la variante fibrolamelar” -diagnóstico que se efectuaría después por el centro privado-, es un tumor raro, y que dado que su imagen diagnóstica, diferente al hepatocarcinoma “habitual”, podría imitar la de tumores benignos del hígado “para un diagnóstico certero del mismo se debe practicar punción hepática”, pero añade que tal punción “puede ser problemática en el caso de la presencia de un tumor vascular como el hemangioma, lo cual explica un correcto proceder en la secuenciación diagnóstica que realizó el Servicio Público de Salud [...]”.

La contraindicación de dicha punción se afirma además en otros informes unidos al expediente exponiendo que “[...] la biopsia hepática mediante punción está contraindicada en este tipo de tumores al estar muy vascularizados. La rotura accidental de los mismos por traumatismo, lleva asociada una alta mortalidad.”

Las circunstancias clínicas concretas de la paciente en el momento de la toma de decisiones diagnósticas fueron las que llevaron al servicio médico a hacer las pruebas que se hicieron, descartando la punción, y aún a sabiendas de que de ese modo no había una seguridad completa en el acierto del diagnóstico. En suma esas circunstancias obligan a considerar correcta la omisión de la práctica de la biopsia, y por tanto el acto médico del diagnóstico; aunque éste errara al no detectar la malignidad del tumor.

Por otra parte, en cuanto a la realización de la punción en el centro privado, se indica que se optó por realizar ésta, sin que se refleje en modo alguno los motivos por los que los facultativos correspondientes entendieron que dicha prueba debía ser practicada. Tal decisión pudo partir de dos suposiciones básicas: o bien que la tumoración presentase síntomas evidentes de malignidad; o bien que la tumoración estuviera tan avanzada que demandaba en cualquier caso correr con el riesgo asociado a la punción. Sin embargo por los reclamantes no se aporta valoración alguna al respecto con lo que no cumplen con la exigencia legal de la carga de la prueba, en este caso perfectamente a su alcance. No se ha acreditado que existiera una causa bastante para realizar una punción que estaba contraindicada a fin de descubrir un eventual tipo de tumor maligno de rareza acreditada.

Todo lo que antecede lleva al Consejo Consultivo a concluir que el servicio público sanitario actuó correctamente, sin infracción de la *lex artis* del tiempo en que fue aplicada.

2. Dictamen nº 132/2005

Luxación no diagnosticada que deviene inveterada.

La reclamante acudió al Servicio de Urgencias de un centro hospitalario del SESCAM a causa de una caída accidental. Tras la oportuna radiografía, se le diagnosticó una contractura en el brazo derecho. Ante la persistencia del dolor volvió al Servicio en diversas ocasiones donde se le confirmó el diagnóstico inicial. El error de diagnóstico pro-

ducido no se detectó hasta cinco meses después de la caída, en la consulta de traumatología del citado hospital, donde se diagnosticó luxación inveterada del hombro derecho remitiéndola a la lista de espera para intervención urgente porque, debido al tiempo transcurrido, tenía que someterse a una importante operación. La paciente decidió acudir a consulta en una clínica privada, donde le confirmaron el último diagnóstico y le indicaron que, si bien la operación era difícil, existían grandes posibilidades de éxito. Decidió ser intervenida en la clínica privada por considerar la solución ofrecida más rápida y menos drástica. El resultado de la operación fue satisfactorio.

Se solicitaba el pago de los gastos soportados, y una indemnización por el padecimiento físico y psíquico generado por el mal funcionamiento de los servicios públicos.

La propuesta de resolución dictada en el procedimiento fue parcialmente estimatoria. Ya que la cuantificación de la indemnización propuesta difería de la reclamada en diversos aspectos, entre los que cabe destacar el rechazo del pago de los gastos de asistencia e intervención quirúrgica prestada en la clínica privada, así como el descuento en la cantidad reclamada por días improductivos de los que habría tardado en curar la luxación si hubiera sido diagnosticada al inicio.

El Consejo Consultivo analizó la prueba y recogió entre otras las siguientes manifestaciones de la Medica Inspectora interviniente en el procedimiento:

Respecto a las pruebas de imagen efectuadas en las asistencias a Urgencias de la paciente, *“en dos de ellas se podía diagnosticar una luxación de hombro derecho, en la otra era de muy mala calidad y se debería haber repetido. El tratamiento es la reducción ortopédica de la misma, inmovilización durante tres semanas y posteriormente si es necesario rehabilitación. [...]El retraso a partir del cual una luxación pasa de ser aguda a crónica o inveterada no está consensuado aunque la mayoría de los autores considera que un retraso superior a tres semanas para el diagnóstico implica que la luxación está cronificada”*. Sobre las consecuencias del error *“que en el caso de una luxación anterior inveterada de hombro la actitud terapéutica más consensuada es la reducción abierta de la misma con reparación de las lesiones específicas que se evidenciaran en el acto quirúrgico. De todas formas es una intervención que puede ser particularmente difícil con resultados molestos, mejores en cuanto a la eliminación o disminución del dolor y peores en cuanto a la recuperación total de la movilidad [...]”*. [] *La artroplastia de hombro es una alternativa terapéutica para un*

mal resultado de las técnicas quirúrgicas conservadoras aunque hay autores que la preconizan como primera opción []. En todos los casos, tanto en cuanto un cirujano realiza una reducción abierta de una luxación inveterada de hombro, se debe preparar para realizar una artroplastia ya que durante la intervención se podría encontrar con una degeneración cartilaginosa que no permita conservar la cabe humeral”. [...]

Por el error y demora producidos “la paciente precisa de un tratamiento más complejo que el que hubiera necesitado si el diagnóstico se hubiera efectuado cuando acudió a urgencias por primera vez”.

En consecuencia, el Consejo Consultivo entendió que existía error de diagnóstico, y relación causal con los daños que fueran compensables. Esos daños se consideraron antijurídicos **“toda vez que el error de diagnóstico ocurrido y el tratamiento inadecuado dispensado a la enferma a partir del mismo representan una vulneración evidente de la *lex artis ad hoc*, patrón de conducta que opera en el ámbito profesional y científico de la sanidad como criterio de ponderación del presupuesto jurídico mencionado, merced a la abundante doctrina jurisprudencial existente al efecto”.**

Finalmente se abordó la determinación de la cantidad a indemnizar que no coincidiría con la reclamada .

3. Dictamen nº 45/2006

Carcinoma de mama que se confunde con tumor benigno.

En el caso aquí valorado una paciente acudió a consulta de medicina general por un bultoma en una mama con dolor y aumento en el período premestrua. Se le ordenó analítica y ecografía. Después de su análisis fue remitida al especialista de Ginecología, Unidad de Mama donde se le ordenó una mamografía. Tras su práctica recibió una comunicación en la que se le decía que la entidad era benigna y por el momento no precisaba mayor tratamiento.

Como continuaba el crecimiento del bulto de la mama y los dolores eran cada vez más intensos, la paciente acudió de nuevo al Hospital y se le practicó una biopsia, al día siguiente, dando como resultado la existencia de un tumor maligno, en concreto: “Carcinoma ductal infiltrante de mama con carcinoma intraductal multifocal. Segmentación de mama derecha para ampliación de márgenes de resección”.

A la vista del resultado de la biopsia, se le practicó a la paciente una mastectomía radical modificada tipo Madden. Posteriormente la paciente fue tratada en el Servicio de Oncología del hospital, recibiendo 5 ciclos de quimioterapia, que le provocaron mesis (vómitos), alopecia, y estreñimiento, y, estando pendiente de recibir el último ciclo, se la remitió con carácter urgente al Instituto Oncológico de Castilla-La Mancha, donde recibió tratamiento de radioterapia.

Ante estos hechos el Consejo Consultivo, para determinar si el error de diagnóstico había sido alcanzado tras actuar de acuerdo con la *lex artis ad hoc* o no, analizó los informes médicos obrantes en el procedimiento. En ellos constaba que en la mamografía ordenada en su día por el especialista de Ginecología se observaba claramente la existencia de una “tumoración estrellada con microcalcificaciones, típica de carcinoma mamario”, que, sin embargo, en el informe emitido por la doctora radióloga se describió únicamente como “parénquima mamario compatible con el contexto radiológico de mastopatía Fibroquística”.

La mamografía fue erróneamente informada, y además el Ginecólogo, debía haber concertado una consulta de resultados con carácter ordinario, a pesar del informe de benignidad de la mamografía, como precaución por la previa exploración y ecografía dudosa de benignidad, para nueva exploración y visionado de la placa de mamografía. Si bien, lo cierto es que esta consulta no se hubiera producido mucho antes de la fecha en que finalmente fue bien diagnosticada la patología.

El retraso en el tratamiento del carcinoma de mama se evalúa, según los informes médicos en unos 45 días. Este retraso tiene poca influencia en la estadificación del tumor, y por tanto no modifica la indicación quirúrgica del mismo, ni las necesidades posteriores de quimioterapia y radioterapia. Tampoco podía influir sustancialmente en el pronóstico de la enfermedad.

Resultaba evidente que había existido un retraso como consecuencia de un error de diagnóstico derivado tanto del erróneo informe de la radióloga como de la falta de diligencia en la actuación del ginecólogo, **infringiéndose con ello la regla de la *lex artis ad hoc*** que debe presidir la actuación de los profesionales de la medicina.

Admitida la concurrencia del citado elemento de anormalidad en el funcionamiento del servicio sanitario, el Consejo Consultivo analizó, a continuación, de modo sucesivo, si se advertía una relación causal efectiva entre aquél y los efectos lesivos por los que se pedía la indemnización, puesto que como dijo el Consejo de Estado en su dictamen

número 3313/2002, “lo verdaderamente decisivo a la hora de valorar esta reclamación es que la existencia de un eventual diagnóstico erróneo no es, por sí sola, causa suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, sino que para realizar una declaración en tal sentido debe valorarse la influencia que el “error” médico ha tenido en la evolución de la dolencia”. En similares términos se expresó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de octubre de 2000 (Ar. JUR 2000,312386) al decir que: *“En el caso presente la indemnización no puede alcanzar los límites pretendidos por la parte recurrente y ello pues de los argumentos recogidos en los fundamentos jurídicos precedentes resulta que si la actuación de la administración hubiese sido distinta, no se habría evitado ni el cáncer ni la intervención quirúrgica, y no se ha podido concretar si la ahora recurrente se habría visto obligada a padecer la mastectomía total que se le practicó”*.

Y en este punto el Consejo consideró que no había quedado acreditado que el error de diagnóstico y consiguiente retraso tuviese influencia en la mastectomía que hubo de realizarse a la paciente, ni en las secuelas derivadas de dicha intervención ni tampoco en el tratamiento posterior con quimioterapia y radioterapia.

Cuestión distinta era la posible indemnización por daños morales dentro de los que incluye el daño psicológico como “la normal pesadumbre que provoca en cualquier persona el pasar de un diagnóstico benigno a uno maligno” y el *pretium doloris* derivado de los sufrimientos, preocupaciones, miedos que el retraso en el correcto diagnóstico produjo, ya que el dolor en la mama derecha y el bultoma eran síntomas que no sólo se mantuvieron en el tiempo, sino que fueron incrementándose.

Por ello se dictaminó la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial de la administración autonómica y el derecho de la reclamante a recibir una indemnización.

4. Dictamen nº 54/2006

Fractura cervical que se diagnostica como contractura muscular

Este dictamen trata sobre la asistencia sanitaria recibida por una joven que acudió al Servicio de Urgencias hospitalario por sufrir dolor de cuello y la espalda, como consecuencia de un fuerte golpe en la cabeza al tirarse a una piscina.

Fue examinada y se le realizaron pruebas radiológicas que consultadas con el radiólogo de guardia, dieron lugar a un diagnóstico de contractura muscular. Pasadas unas semanas siguieron las molestias por lo que acudió al hospital de su lugar de residencia, en otra Comunidad Autónoma donde se le diagnosticó una fractura cervical, con destrucción del cuerpo vertebral C7, realizándose a continuación una resonancia magnética de la columna vertebral, la cual confirmó la fractura con destrucción del cuerpo vertebral C7, así como una compresión medular no solo del fragmento posterior del cuerpo vertebral sino también del disco intervertebral C6-C7. Como consecuencia de la gravedad y trascendencia de la lesión en ese mismo momento fue totalmente inmovilizada y quedó ingresada para intervención quirúrgica, intervención que tuvo que suspenderse por una probable reacción anafiláctica, realizándose finalmente diecinueve días después con resultado satisfactorio.

Se reclamó al SESCAM la indemnización de los daños morales, por la afectación psicológica que produjo conocer la grave consecuencia física que podía haberle acarreado el diagnóstico equivocado, y daños materiales, por los gastos ocasionados por la incorporación tardía al curso universitario debido a la demora de la operación quirúrgica.

El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha entendió que del expediente instruido se extraía la conclusión de que **sí existió tal error en el diagnóstico de la fractura cervical** que padecía la paciente. **Sin embargo, el mismo no produjo ningún daño físico**, ya que el tratamiento de la lesión que no fue diagnosticada era el quirúrgico y su solución, gracias a la preocupación de los padres, se llevó a cabo en otro hospital de manera satisfactoria.

La jurisprudencia examinada es pacífica en apreciar que para que del error de diagnóstico derive la responsabilidad patrimonial de la Administración es **preciso que exista una lesión o resultado dañoso, es decir, un efecto inmediato en la salud o integridad del paciente que no haya sido eliminado por los propios servicios de salud**. Así lo entendió la Audiencia Nacional en Sentencia de 20 de marzo de 2002 (Ar. JUR 2003\58554), al enjuiciar el supuesto de un niño que es llevado por sus padres a un centro hospitalario tras una caída en un columpio; en este centro no se le diagnostica la fractura de tibia que padecía, dándosele de alta; sin embargo, ante las quejas del niño, acuden seguidamente a otro centro donde es correctamente diagnosticado y tratado, curando sin secuelas de su lesión. La Audiencia entendió que *“en el caso presente falta un elemento fundamental para la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración y ello pues no se*

*ha llegado a producir ningún daño a consecuencia de la actividad de la Administración; bien es verdad que la no producción del daño se ha debido a la actuación de los padres y no a la actuación de la propia administración demandada, que fue totalmente descuidada, pero la conclusión es que el daño no se ha llegado a producir y **no cabe reconocer indemnización por lo que podría haber pasado, pero no ha llegado a pasar**. No puede confundirse (...) el daño derivado de la caída del menor y la fractura que padecía y ello pues este daño es totalmente ajeno a la intervención de la Administración y por este daño no hay obligación de responder ya que es un daño que debe soportar el propio paciente y sus padres. Es decir, el daño derivado de la fractura de tibia no se deriva sino de la caída y derivado de la asistencia sanitaria no hay un daño evaluable y patrimonialmente separado que se pueda imputar a la Administración con la correspondiente relación de causalidad”.*

En cuanto a la indemnización por daños materiales y morales se apreció que su reclamación debía ser desestimada al no existir relación de causalidad entre el funcionamiento anormal de la Administración y los daños alegados.

5. Dictamen nº 109/2007

Fractura de cadera que se diagnostica como contusión

La reclamante acudió al Servicio de Urgencias para ser atendida de las lesiones padecidas como consecuencia de una caída accidental en su domicilio, donde se le diagnosticó una “contusión de cadera”, prescribiéndole “reposo relativo, analgésicos y anti-inflamatorios”. Cuando volvió a su domicilio continuaba con dolores, por lo que decidió acudir a la consulta privada de un médico especialista en traumatología quien le diagnosticó una fractura subcapital de la cadera derecha y aconsejó su ingreso en un hospital privado, donde fue intervenida quirúrgicamente, cinco días después de haber sido atendida en el hospital público, mediante el implante de una prótesis. Considerando defectuosa la atención recibida, solicitó una indemnización por el importe de los gastos generados en la sanidad privada.

De los informes médicos se desprende que la escasa sintomatología que presentaba y la ausencia de desplazamiento de la fractura, pudieron condicionar el hecho de que la fractura subcapital de fémur derecho que sufría pasara inadvertida en una primera valoración, a pesar de la asimetría en la disposición de las cabezas femorales apreciable en la radiografía de la paciente.

El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha consideró que la situación planteada no podía ser apreciada como susceptible de generar el derecho a la responsabilidad patrimonial de la Administración y aplicó, como en el dictamen nº 54/2006, **la jurisprudencia que aprecia que se precisa la existencia de una lesión o resultado dañoso, es decir, un efecto inmediato en la salud o integridad del paciente para que del error de diagnóstico derive la responsabilidad patrimonial de la Administración.** Citando de nuevo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2002 (Ar. JUR 2003\58554).

Además indicaba que el Tribunal Supremo entiende, que para que un error de diagnóstico deba ser indemnizado el mismo debe **“poner en peligro la curación definitiva de la paciente”** STS 08.11.99 (RJ 9416), supuesto que aquí no se produjo.

En consecuencia y con base en la doctrina expuesta, aun cuando del expediente se derivaba que sí existió un error diagnóstico en el Servicio de Urgencias, también quedó acreditado que del mismo no se derivó daño alguno susceptible de ser indemnizado, toda vez que la lesión fue correctamente corregida y no constaron secuelas de carácter físico derivadas del diagnóstico equivocado producido en el Servicio de Salud Público. Mas considerando como “daño” el desembolso realizado por la reclamante por la intervención de cadera a la que fue sometida, tampoco existía relación de causalidad entre el error diagnóstico y la decisión, personal y voluntaria, de someterse a una intervención de sustitución de cabeza de fémur por una prótesis en la medicina privada. El gasto económico que sufrió la reclamante, al abonar la citada operación, no revestía carácter antijurídico, y debía ser soportado por aquella al ser suya la decisión de acudir a un centro privado para ser intervenida, utilizando de modo voluntario servicios sanitarios distintos de aquellos que le habrían correspondido en el ámbito público.

6. Dictamen nº 150/2007

Enfermedad congénita no detectada en prueba de amniocentesis

El núcleo de la reclamación reside en el error de diagnóstico producido con motivo del análisis del cariotipo fetal, el cual fue informado como normal cuando existía una malformación cromosómica consistente en la presencia de material cromosómico extra en el brazo corto del cromosoma 2. El error consistió en la no detección de la anomalía cro-

mosómica que presentaba el feto en el estudio citogenético practicado tras realizarse una amniocentesis por la Unidad Genética del Servicio de Salud. Dicho estudio fue realizado a petición del Servicio de Tocoginecología del Hospital, dada la existencia de antecedentes en la familia de Síndrome de Down, y ponderando el hipotiroidismo bajo tratamiento hormonal sustitutivo y los anticuerpos anti-Ro positivos de la madre. El estudio citogenético fue realizado en la semana ecográfica 14+2, esto es, dentro del periodo legalmente establecido para la interrupción voluntaria del embarazo ante la presunción de que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas.

Existiendo el error de diagnóstico se hace preciso, además, que se haya producido una vulneración de la *lex artis ad hoc*.

El cumplimiento de la *lex artis* en relación con actuaciones de diagnóstico debe realizarse con suma cautela, valorando las concretas circunstancias concurrentes en el caso, tales como los síntomas manifestados por el paciente, el carácter especializado de la asistencia médica o los medios materiales disponibles o que razonablemente cabe exigir.

En el presente caso, el error de diagnóstico se produjo como consecuencia de la realización de una amniocentesis, que es una prueba de carácter invasivo utilizada para diagnosticar los defectos cromosómicos y genéticos. Esta prueba no se ofrece normalmente a todas las mujeres embarazadas, porque conlleva un pequeño riesgo de aborto espontáneo. Por lo general, se ofrece cuando existe un mayor riesgo de que el feto presente anomalías cromosómicas o malformaciones graves.

La precisión de la amniocentesis en el diagnóstico de anomalías cromosómicas es muy elevada: entre el 99,7 y el 99,9 por ciento

Del carácter de esta prueba, su especialización, el riesgo que conlleva su práctica y el alto grado de precisión que ofrece en la detección de anomalías cromosómicas, se deduce la necesidad de aplicar a su realización el mayor grado de exigencia, a efectos de apreciar el cumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

El Consejo Consultivo apreció que de los informes del expediente se podía concluir que no se cumplieron los parámetros de la *lex artis ad hoc*, pues tratándose de una prueba que no era inocua, no se extremó el cuidado en su realización, al no efectuar el estudio de cromosomas con el rigor y finura que resulta exigible a una prueba especializada,

cuya finalidad es precisamente detectar anomalías cromosómicas como la que portaba el feto de la reclamante y que estaba presente en el resultado de la prueba desde un primer momento.

La circunstancia puesta de manifiesto en el expediente de que su indicación se debía en este caso a la existencia de antecedentes familiares por otro tipo de anomalía -síndrome de Down- o la afirmación, también contenida en los informes, de que la pequeña adición o anomalía cromosómica pudo hacer más difícil su detección, no pueden excusar el error en la interpretación de unos resultados que, analizados con más cuidado después del nacimiento, mostraban la anomalía sin duda alguna. Los mismos informes ponían de manifiesto que la cromosomopatía pudo haber sido detectada en el primer análisis o prueba de la amniocentesis.

En cuanto a la determinación de los daños causados la pérdida del derecho a decidir la continuidad del embarazo puede constituir un daño moral, según se viene reconociendo por los tribunales de justicia, que en supuestos de nacimientos de un hijo con malformaciones o anomalías, ha sido expresamente admitido como daño efectivo por el Tribunal Supremo. Así, entre las más recientes sentencias, la de 30 de junio de 2006 (Ar. RJ 2006/6580), dictada en casación para la unificación de doctrina, y la de 10 de mayo de 2007 (Ar. RJ 2007/3403).

Junto al daño moral, por falta de opción sobre la continuidad del embarazo, los progenitores reclamaban un segundo tipo de daños constituidos por “los quebrantos económicos derivados del nacimiento, dada la necesidad de arbitrar los medios de crianza, atención médica especializada y mantenimiento que una criatura sana no requeriría”. En relación con este tipo de daños, de índole material, su existencia se debe vincular a la precisa determinación de la repercusión orgánica y funcional de la anomalía del menor y las consecuencias de orden económico que pueden comportar.

Si bien en este caso, no es posible establecer en la actualidad un grado preciso de afectación clínica derivada del síndrome, por la corta edad del menor y la variabilidad de manifestaciones clínicas que puede presentar la anomalía cromosómica, no puede negarse que pueden existir unos daños materiales derivados de la necesidad de una atención médica especializada y de cuidados personales debidos a la afectación patológica.

Por último, cabría incluir una tercera tipología de daños, consistentes en el *pretium doloris*, que comprende tanto el daño moral que para los padres entraña la contemplación de un hijo con un afectación psicofísica y también las limitaciones en su vida cotidiana que a los propios progenitores puede ocasionar la enfermedad de su hijo, y no cabe descartar que en el futuro el niño pudiera experimentar daños como *pretium doloris* a consecuencia de la anomalía que padece.

Por último quedaba examinar la relación causal de los daños, con la actuación de la Administración sanitaria para, a continuación, abordar su carácter antijurídico. La relación causal entre el actuar de la Administración y los efectos lesivos sufridos por los reclamantes se habría de reconocer acreditada en este caso si el error en la información facilitada a los progenitores sobre los resultados de la prueba de la amniocentesis, imputable a la Administración sanitaria, fuera la causa que hubiera impedido a éstos interrumpir el embarazo, porque nuestro ordenamiento jurídico reconoce la no punibilidad de la decisión en supuestos tasados legalmente, esto es, cuando concurren causas de entidad o gravedad suficientes, como la que se establece cuando se presume que el feto habrá de nacer con graves malformaciones físicas o psíquicas.

En el presente caso, como la anomalía cromosómica del menor presenta una variabilidad amplia de afectación psicofísica, no podría haberse descartado a priori que el feto pudiera nacer con una patología grave, por lo que se ha de admitir, al menos como hipótesis que, de haber contado con la adecuada información, los padres hubieran podido interrumpir el embarazo, dado que la amniocentesis se realiza antes de la semana veintidós de la gestación. Por ello, si bien la concreta patología del menor no sería imputable al error de la prueba, como resulta obvio, en el nacimiento del menor con una anomalía como la que presenta, el actuar de la Administración, mediante la realización de una prueba específica dirigida a detectar malformaciones congénitas, ha interferido en la decisión de los progenitores porque, de haber contado éstos con un diagnóstico correcto podrían haber adoptado legítimamente la decisión de interrumpir la gestación conforme a la legislación vigente. Esta conclusión se sustenta en la jurisprudencia más reciente, expresada en las sentencias del Tribunal Supremo antes citadas.³ Ello permitió imputar a la Administración los daños causados por el nacimiento y reconocer el derecho de los reclamantes a percibir una indemnización.

7. Dictamen nº 118/2008

Traumatismo torácico y múltiples fracturas sin diagnosticar

En este caso son dos personas quienes reclaman al SESCAM. La asistencia sanitaria se prestó en el Servicio de Urgencias del Hospital a un hombre y una mujer que sufrieron un accidente de tráfico. Atendidos, y valoradas sus lesiones, fueron ingresados en planta hasta su alta hospitalaria. La exploración practicada a ambos en dicho Servicio empleando técnicas radiológicas y TAC dio como resultado el diagnóstico de traumatismo torácico y mamario con producción de un gran hematoma en el caso de la mujer, y fractura de esternón en el del hombre.

Posteriormente al alta, persistiendo las molestias y dolores los perjudicados acudieron a una clínica privada, donde fueron sometidos a exploraciones de medicina nuclear. Los estudios gammagráficos realizados ofrecieron el siguiente resultado: ella sufría múltiples fracturas desde la X a la IV costilla de la parrilla costal izquierda, esternón y maleolo interno del pie izquierdo; él padecía también múltiples fracturas en ambas parrillas costales, así como clavícula izquierda.

Las indicadas lesiones se atribuyeron al accidente de tráfico del que habían sido atendidos en el Hospital público, donde no fueron diagnosticadas en su momento.

El Consejo Consultivo analizó los informes médicos de los que se desprendía que las actuaciones a realizar en caso de un traumatismo torácico no complicado, de acuerdo con las guías de práctica médica, referidas a la Medicina Basada en la Evidencia, fueron practicadas en los dos casos analizados. También que la realización de estudios gammagráficos en ambos pacientes no estaba justificada en caso de compromiso vital ni como técnica diagnóstica de urgencia para descartar fracturas o fisuras costales. Y que el tratamiento de las lesiones diagnosticadas en urgencias fue conservador y basado en la analgesia. Este tratamiento es IGUAL en el caso de una contusión costal simple que en caso de fracturas/fisuras sin desplazamiento.

Por tanto la gammagrafía era absolutamente innecesaria como elemento diagnóstico, englobado en el concepto de traumatismo torácico, puesto que no modifica ni la terapéutica ni la evolución a la curación del proceso esquelético.

El diagnóstico fue certero en relación con el tratamiento que debía administrarse, y se utilizaron los medios diagnósticos adecuados a la sintomatología y causas de las lesiones dentro del estándar normal de asistencia sanitaria.

Consecuencia de todo lo anterior es que se consideró que no existió efectividad del daño alegado ni error de diagnóstico por inaplicación de los medios adecuados al efecto, ni por tanto, relación causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el supuesto perjuicio alegado.

8. Conclusiones

A la hora de delimitar la responsabilidad de las y los profesionales sanitarios el Consejo Consultivo tiene presente la doctrina reiterada y uniforme del Tribunal Supremo al señalar que *“la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino una **obligación de medios**, es decir, está obligado, no a curar inexcusablemente al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda **descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba**, [...], estando, por tanto, a cargo del paciente (o de sus familiares) la prueba de la culpa y de la relación o nexo de causalidad ya que a la relación causal material o física ha de sumarse necesariamente el reproche culpabilístico, por lo que **no hay responsabilidad médica cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa**, por no depender de la misma el resultado dañoso”* (entre otras Sentencias de 24 de septiembre de 1994, R.J. Aranzadi 7313; y de 14 de abril de 1999, R.J. Aranzadi 2615).

En particular y **por lo que se refiere al diagnóstico**, el Tribunal Supremo viene sosteniendo, y así lo expresa el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en los dictámenes expuestos que **el defectuoso no es por sí mismo causa de responsabilidad, si se prueba que se emplearon los medios ordinarios de diagnóstico y tratamiento, y se actuó con la debida diligencia** (Sentencias de 8 de mayo de 1991 y 20 de febrero de 1992, R.J. Aranzadi 3618 y 1326), y así ha señalado que si bien *“siempre resulta difícil determinar hasta qué punto se puede medir la certeza médica desde el momento que no es total y deja en muchas ocasiones resquicios al error humano por posibles equivocaciones [...] tanto la actividad de diagnosticar como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateos de medios y esfuer-*

zos, ya que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone” (Sentencia de 16 de febrero de 1995, R.J. Aranzadi 844).

El Consejo Consultivo para valorar la diligencia que debe emplear el personal sanitario acude al criterio de la *lex artis ad hoc*, y así en las argumentaciones de sus dictámenes refiere la “*muy consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo (y que resulta también de la Doctrina del Consejo de Estado) según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, solo en el caso de que se produzca una infracción de dicha lex artis respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado*”.

O bien la jurisprudencia recogida en sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de febrero de 1999, según la cuál “*ha de tenerse en cuenta que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos, que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar sólo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento*” .

Por otra parte interesa destacar la importancia de la prueba pericial bastante para acreditar la corrección de la acción médica de acuerdo con la *lex artis ad hoc*. Así algunos de los dictámenes expuestos⁴ concluyen que si las pruebas diagnósticas se efectuaron con corrección, a tenor de los informes médicos obrantes en el correspondiente expediente, los eventuales daños derivados del error de diagnóstico, no tendrían la consideración de antijurídicos, y no procedería la responsabilidad patrimonial de la Administración, aun cuando se acreditara una relación de causalidad entre el acto médico y los daños.

Finalmente, en relación con la lesión o el daño causado, cabe señalar que el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en los dictámenes nº 54/2006, nº 109/2007 y nº 118/2008, considera acreditada la existencia de un error de diagnóstico que se hubiera evitado actuando conforme a la *lex artis ad hoc*, sin embargo no entiende cumplimentada la exigencia de que se produzca un determinado efecto dañoso sobre la salud de la persona o al menos que el diagnóstico incorrecto conlleve

una pérdida en sus expectativas de curación. Y es precisamente la no concurrencia de ese elemento del daño la causa de la desestimación de las peticiones indemnizatorias formuladas por las personas usuarias en los casos que dieron lugar al dictado de esos dictámenes.

Además el Consejo Consultivo, en el dictamen nº 150/2007, trata el supuesto de error de diagnóstico en la detección de una enfermedad fetal congénita que tiene la peculiaridad de que el daño no implica un menoscabo sobre la salud de la persona a consecuencia del error, ni el diagnóstico conlleva una pérdida en las expectativas de curación. En este especial caso, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial consolidada, el daño consiste en la pérdida del derecho a decidir sobre la continuidad del embarazo, pero las diferentes jurisdicciones difieren a la hora de valorar dicha pérdida, como se expondrá en el capítulo V, donde se analizará más a fondo este Dictamen.

III. BIBLIOGRAFÍA

- GALÁN CORTÉS, Julio Cesar, *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007.
- GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006.
- GUERRERO ZAPLANA, José, *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*. Cuadernos de Derecho Judicial, Ed. Consejo general del poder judicial, Madrid, 2002.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Ed. Comares, Granada, 2006.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la administración*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- CORBELLA I DUCH, J., *La responsabilidad civil de los centros sanitarios*, Ed. Atelier, Barcelona, 2008.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003.

NOTAS

1 SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *La responsabilidad penal médica por el hecho imprudente, El error de diagnóstico. Jurisprudencia aplicable*. Boletín de información del Ministerio de Justicia, núm. 2056,2008.

2 Sirva por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1993 [RJ1993\793]).

3 Sentencias de 30 de junio de 2006 (Ar. RJ 2006/6580) y de 10 de mayo de 2007 (Ar. RJ 2007/135816

4 Dictamen nº 33/2204; Dictamen nº 118/2008

CAPÍTULO III. LA TEORÍA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO EN LOS DICTÁMENES SOBRE RESPONSABILIDAD SANITARIA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

Ernesto Pérez Tolón.

Jefe de Sección de Responsabilidad Patrimonial.

David Larios Risco.

Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Coordinador de los Servicios Jurídicos.

Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM)

SUMARIO:

1. LA TEORÍA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: PLANTEAMIENTO Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: 1.1. Origen; 1.2. Evolución de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo; 1.3. Traslación de la teoría del daño desproporcionado al orden Contencioso-Administrativo. 2. EL DAÑO DESPROPORCIONADO Y SU INCIDENCIA EN LOS DIFERENTES ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: 2.1. El daño desproporcionado y la carga de la prueba; 2.2. El daño desproporcionado y el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial sanitaria; 2.3. Daño desproporcionado y riesgo típico. 3. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO EN LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA LA MANCHA: 3.1. Complicaciones tras una prueba diagnóstica (Dictamen núm. 112/2003); 3.2. Nefrectomía tras la realización de un by-pass (Dictamen núm. 57/2004); 3.3. Infección intraoperatoria (Dictamen núm. 53/2006); 3.4. Pérdida de visión tras cirugía de cadera (Dictamen núm. 174/2006); 3.5. Fallecimiento tras realización de colonoscopia (Dictamen núm. 96/2008); 3.6. Graves secuelas tras intervención quirúrgica (dictamen núm. 147/2008); 3.7. Discusión. 4. CONCLUSIONES.

1. LA TEORÍA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD SANITARIA: PLANTEAMIENTO Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

La teoría del daño desproporcionado surge como criterio de imputación de responsabilidad civil o patrimonial derivada de la prestación de servicios sanitarios a partir de determinadas sentencias que se apoyan en la deducción de que *“un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por éstos no se pruebe haber actuado con diligencia y haber adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas”*¹

Este planteamiento implica que, ante ciertos hechos y resultados objetivos, se presume la culpa (no probada) del actuante, cuando las circunstancias y el sentido común indican que el resultado dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar algún grado de negligencia. Es decir, mediante una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias, se llega a afirmar que el profesional o equipo sanitario no ha actuado de acuerdo con la *“lex artis ad hoc”*.

Partiendo de estas consideraciones encontramos numerosas sentencias que se apoyan en esta teoría para deducir, ante su presencia y la falta de explicación coherente y convincente de un resultado anómalo, la existencia de culpa en la actuación del profesional sanitario, especialmente en los casos de contagios intrahospitalarios (infecciones nosocomiales).

1.1. Origen.

La teoría del daño desproporcionado procede de la Jurisdicción u Orden Civil. Su origen suele fijarse en la doctrina contenida en la **Sentencia de la Corte de Casación de Francia de 28 de junio de 1960**, recaída en un supuesto de radiodermatitis sufrida por un paciente como consecuencia de la radiación emitida por un aparato de rayos X cuyas puertas protectoras no estaban bien cerradas.

Este criterio de imputación de responsabilidad sanitaria fue acogido por la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo a partir de una

Sentencia de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8938). La sentencia juzga el caso de una paciente que, unas horas después del parto, sufre una fuerte hemorragia que obligó a practicarla, en primer lugar, un legrado que no detuvo la efusión sanguínea, precisando varias transfusiones. Al no lograr detener la hemorragia se sometió a la paciente a una histerectomía (extirpación del útero), con la cual se logró contener la hemorragia, si bien ya en ese momento el cuadro clínico presentaba síntomas inequívocos y fatales de anemia intensa derivada de una hiporolemia por trastorno hemodinámico que generaría inexorablemente una anoxia cerebral que derivaría en una encefalopatía que produjo graves secuelas (tetraparesia espástica que afecta a sus extremidades y tiene carácter definitivo, provocándola una imposibilidad para la deambulación, necesitando silla de ruedas y siendo absolutamente dependiente de terceras personas). Ante estos hechos, enjuiciados en segunda instancia por la Audiencia Nacional, la Sala determina la existencia de responsabilidad apoyándose, de forma sucesiva en la existencia de una conducta negligente (Fundamento Jurídico Segundo) y en la mencionada teoría del daño desproporcionado (Fundamento Jurídico Tercero), haciéndolo en los siguientes términos:

“SEGUNDO: “El informe, en efecto, para mejor proveer y las aclaraciones llevadas a cabo ponen de relieve una actuación facultativa negligente, no por omitir los medios precisos, sino por haberlos adoptado absolutamente a destiempo, teniendo en cuenta, por un lado, la gravedad del cuadro post-parto que se presentó en la paciente (que exigía una actuación rápida y contundente) y, por otro, las propias circunstancias personales de la citada, pues si una histerectomía siempre supone el último paso a dar, en este caso, tratándose de una paciente de 39 años, con tres hijos y, sobre todo, ya sometida a una ligadura de trompas dentro del mismo proceso del parto, la actuación médica debió de comenzar por practicarla desde el mismo momento en el que se tuvo conciencia de la presencia de la atonía uterina, que, como bien afirman los informantes, es la más grave de las complicaciones que se pueden presentar en el parto y que de ninguna manera (al margen del mayor o menor índice de influencia de la misma) puede considerarse como un supuesto anómalo o extraño en un parto. En el análisis que se hace no puede olvidarse el dato o factor «tiempo», como así lo expresan los informantes al contestar a las aclaraciones primera, segunda y tercera que les fueron formuladas por la Sala. Y tampoco puede olvidarse que si no se pudo concretar la hora en la que se practicó la histerectomía (lo que fue debido a la total ausencia del historial clínico y, como consecuencia, a la facilitación de las vaguedades en las posturas de los deman-

dados, lo que en ningún caso debe favorecerles), lo que no cabe duda es que, si su práctica cortó la hemorragia, ésta ya había provocado el posterior cuadro de anoxia y consecuente encefalopatía. Esta conclusión deviene inevitable si se tiene en cuenta que cuando la paciente llega al «Hospital Central de Asturias, los informes no mencionan, en ningún momento, la persistencia de la hemorragia, sino que ésta ya había tenido lugar en tiempo anterior, si bien suficiente para provocar el estado de parálisis irreversible. Con lo que ello significa que fue la histerectomía la que redujo el flujo de sangre, aunque tal intervención fuera practicada a destiempo, vistas las graves secuelas».

TERCERO.- *Las consideraciones de la Sala de apelación sobre las dificultades de la prueba, fueron obviadas conforme al relato anterior por medio de la prueba pericial que atinadamente se practicó para mejor proveer, ante la evidencia de la imposibilidad de ejecutar las propuestas por las partes de acuerdo con sus poderes jurisdiccionales. Mas, como razonablemente sugiere el órgano «a quo», esta Sala como órgano «ad quem» comparte el criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba. Asimismo debe establecerse que, no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la «lex artis ad hoc», no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.»*

A partir de este año 1996 se inicia un periodo que se extiende hasta el año 2005, durante el cual esta doctrina es aplicada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones en lo que constituye ciertamente una tendencia a la “objetivación” de la responsabilidad sanitaria.

De ente las numerosas Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que aplican la doctrina del daño desproporcionado en intervención quirúrgica para estimar una reclamación hemos seleccionado la de 31 de enero de 2003 debido a que en ella se observan los diferentes criterios en torno a la cuestión que nos ocupa plasmados en el fallo y en un voto particular.

Se analizaba la intervención quirúrgica realizada a un paciente que padecía hemorroides sangrantes y fisura anal, tras la cual se había producido una secuela definitiva consistente en incontinencia parcial y en la sentencia se declaraba sin ambages (Fundamento Jurídico Segundo) que:

“SEGUNDO.-La responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, de la que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999 y 30 de enero de 2003, que dice esta última que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla «res ipsa liquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción. Esta doctrina no lleva a la objetivación de la responsabilidad sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado. A no ser, claro es, que tal autor, médico, pruebe que tal daño no deriva de su actuación, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996, reiterada por la de 29 de noviembre de 2002”

El voto particular formulado por el magistrado **MARÍN CASTÁN** se basa en los siguientes fundamentos:

“(…) En cuanto a la doctrina jurisprudencial del «resultado desproporcionado» como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, es necesario precisarla en sus justos términos como una técnica correctora que

exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquellos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada. De ahí que, con arreglo a esa misma doctrina, no pueda calificarse de «resultado desproporcionado» el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada. Y es que, en definitiva, la responsabilidad del cirujano en virtud del artículo 1902 del Código Civil sólo puede fundarse en su culpa o negligencia: por eso habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas (SSTS 26-11-2001 en recurso 2245/1996 y 11-4-2002 en recurso núm. 3422/1996), pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (SSTS 20-3-2001 en recurso núm. 567/1996 y 23-3-2001 en recurso núm. 954/1996); y por eso, también, responderá civilmente el cirujano que, decidiendo intervenir a un enfermo terminal, no aplique una técnica adecuada o descuide la atención en el postoperatorio, adelantando con ello la muerte del paciente o aumentando su sufrimiento antes de morir (STS 11-4-2002 en recurso núm. 3422/1996). De otro modo, es decir, si se cae en un excesivo reduccionismo que minimice el elemento de la culpa embebiéndolo en el nexo causal, como igualmente podría hacerse, dando un paso más, en el de la acción u omisión, se desvaloriza esta materia hasta despojarla de lo que para nuestro Derecho civil constituye la clave del juicio de responsabilidad (...) Pues bien, de someter los hechos probados a las anteriores consideraciones jurídicas resulta la desestimación de los dos motivos examinados, porque si la técnica quirúrgica aplicada por el demandado fue la adecuada y no la alegada en la demanda como desfasada, si la intervención no dañó el nervio del esfínter, si la lesión muscular del esfínter externo es consustancial o inherente a la técnica quirúrgica aplicada y si, en fin, los trastornos esfinterinos no son descartables tras este tipo de intervenciones, influyendo en ellos factores incluso psicológicos, la imputación del daño al cirujano demandado como «resultado desproporcionado» equivale a hacerle responsable de un riesgo típico pese a haber probado lo correcto de su intervención; en suma, a identificar riesgo típico con resultado desproporcionado.»

A pesar de los razonamientos del voto particular citado, la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado fue una constante en este periodo, produciéndose una situación ciertamente paradójica pues, mientras la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) moderaba la responsabilidad inicialmente objetiva de las administraciones sanitarias mediante la aplicación de criterios de imputación subjetiva como la exigencia de infracción de la “lex artis”, la Sala de lo Civil, partiendo de una legislación positiva que exige como requisito la concurrencia de culpa o negligencia en la producción del daño, se aproximaba a criterios de imputación objetiva a través de la teoría del daño desproporcionado.

1.2. Evolución de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Esta situación, sin embargo, no fue definitiva. A partir de mediados del año 2005, la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo vira nuevamente hacia el mantenimiento del criterio de la culpa o negligencia como elemento esencial de la responsabilidad sanitaria, de forma que se vuelve a la subjetivación de la responsabilidad médica abandonando los criterios de imputación objetiva como el del daño desproporcionado.

Esta evolución hacia la subjetivación de la responsabilidad se pone de manifiesto en diversas Sentencias, como la de fecha 24 de mayo de 2005 en la que la Sala recuerda que la obligación del facultativo no es la de la obtención de resultados, sino una obligación de medios, descartando la inversión de la carga de la prueba aún admitiendo que el médico debe acreditar que no hay infracción de la lex artis al encontrarse en una mejor posición probatoria que el paciente. Otra de las sentencias que demuestran el cambio evolutivo en la Sala Civil del Supremo hacia la subjetivación de la responsabilidad sanitaria es la de 26 de mayo de 2005. Pero sin duda alguna la sentencia más relevante y que confirma la vuelta de la jurisdicción civil a la subjetividad de la responsabilidad sanitaria es la de 24 de noviembre de 2005. En esta ocasión la Sala de lo Civil se replantea la cuestión de en qué lugar se encuentra la responsabilidad civil médica y llega a la conclusión de que esta jurisdicción siempre se ha inspirado en la existencia de culpa o negligencia para apreciar la responsabilidad del médico. En la sentencia, se indican una serie de resoluciones anteriores y se manifiesta: “*estas resoluciones demuestran que lo Civil está viviendo una clara evolución hacia la culpa médica como criterio de imputación*”.

Este cambio de criterio –o vuelta al criterio más propio del ámbito civil- no ha impedido, sin embargo, que en Sentencias posteriores la Sala Primera del Tribunal Supremo haya hecho uso de la objetivación implícita en la teoría del daño desproporcionado para imponer condenas por responsabilidad médica en determinados supuestos. Una buena muestra de ello es la Sentencia de la Sala de lo Civil de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/552) que condena a la Administración sanitaria, a pesar de quedar probado que la actuación de los facultativos se había ajustado a los criterios de buena práctica, al haberse producido un resultado desproporcionado por “*penuria negligente de los medios empleados*”.

Según el relato de hechos, al paciente le fue realizada una intervención de queratoplastia penetrante con implantación de lente en un centro público. Tras la cirugía se presentó un cuadro de fuertes neuralgias y, como quiera que no remitía, los facultativos aconsejaron una nueva intervención (vitrectomía) mediante la cual se extrajo la lente colocada anteriormente. Tras esta operación, se descubrió una infección causada por *stafilococcus aureus* resistentes adquirida en el quirófano durante la primera intervención. Como resultado, el paciente perdió totalmente la visión del ojo izquierdo.

La sentencia considera que existe un daño desproporcionado del que debe responder la Administración, aunque no los médicos, ya que ha quedado suficientemente acreditado que la actuación de los facultativos fue correcta y no existió negligencia.

El Tribunal Supremo absuelve a los facultativos al considerar que “*no se ha probado una conducta productora del daño y al haberse acreditado que su actuación fue correcta*”. Sin embargo, condena al Servicio de Salud a la vista de lo que considera un resultado desproporcionado (pérdida de la visión de un ojo), resultado en el que, si bien no ha concurrido negligencia profesional, surge una “*presunción desfavorable que revela la penuria negligente de los medios empleados*”, por lo que condena al ente público a la reparación de los perjuicios en los siguientes términos:

“...la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por estos no se pruebe haber actuado con diligencia y haber adoptado las medias de prevención y de precaución adecuadas”.

Después se citan como antecedentes otras sentencias de la Sala y define el **daño anómalo**, recogiendo lo expuesto por la Sentencia de la Sala Civil del Supremo de fecha 2 de diciembre de 1996, que inició la aplicación de esta doctrina como criterio de imputación de responsabilidad al señalar:

“...aquél que por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”.

El Tribunal **concluye** que estos presupuestos concurren en el caso y que descartada la responsabilidad del equipo médico, considera que el fundamento de la obligación de la Administración de reparar los perjuicios se encuentra en la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto a los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuviera empleados o con ocasión de sus funciones, tal y como establece el artículo **1903 del Código Civil**. El alto tribunal aplica la responsabilidad objetiva de la Administración y la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, puesto que el paciente "es consumidor, ha utilizado unos servicios y se le ha ocasionado un daño que debe repararse".

En similares términos, la Sentencia de 23 de mayo de 2007 condena a la Administración a indemnizar el fallecimiento de un paciente por hipoxia tras una intervención correctora de una desviación del tabique nasal (septoplastia). En el fallo el Tribunal hace referencia a la teoría del daño desproporcionado, señalando que ésta no establece una responsabilidad objetiva o por resultado, sino una responsabilidad basada en una presunción "iuris tantum" de culpa, que puede ser destruida por quien la ley señala inicialmente como responsable, pues: *"se espera del agente alguna explicación o justificación (del fallecimiento), cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación."* El Tribunal considera, que en este caso dicha justificación, no se ha producido, es decir la administración demandada, no ha acreditado las causas del fallecimiento del paciente y por tanto hay una clara relación de causalidad entre la intervención realizada y el resultado dañoso producido (fallecimiento tras entrar en coma). El Fundamento Jurídico Tercero de esta Sentencia se expresa en los siguientes términos:

“TERCERO.- En el motivo segundo de casación, según se ha visto, se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el "daño desproporcionado". La Sentencia recurrida toma como punto de partida la idea de que el artículo 1903 CC, es una prolongación del artículo 1902 CC, con la peculiaridad de que se presume la culpa o, en otras palabras, de que establece un sistema de inversión de la carga de la prueba, pero no establece una responsabilidad objetiva o por resultado, sino una responsabilidad basada en una presunción iuris tantum de culpa, que puede ser destruida por quien la ley señala inicialmente como responsable y entiende que, en el caso, no puede imputarse a los profesionales médicos ninguna actuación imprudente, con abstracción del problema de imputar actuación negligente a quien no ha sido demandado. Los profesionales, dice la sentencia, se comportaron con arreglo a la "lex artis ad hoc", y el centro hospitalario tenía los medios necesarios, sin perjuicio de carecer de una sala de reanimación.

*Sin embargo, esta descripción deja sin explicar cómo un paciente al que se le va a practicar una sencilla operación de corrección del tabique nasal entra en coma, por efecto de la intervención, o por alguna incidencia que se produce en ella, hasta fallecer días después. No hay, en efecto una prueba de la negligencia con que pueden haber actuado los profesionales, aunque, obsérvese en el caso, la relación de causalidad entre la intervención quirúrgica y el resultado dañoso es indudable: el paciente, entubado, sale de la anestesia, presenta dificultades respiratorias, se le intenta intubar de nuevo, cuando advierten las anestelistas un edema de glotis que lo impide, y se le practica una traqueotomía, pero el paciente ha sufrido hipoxia y ha entrado en coma profundo. Pueden aquí los hechos disecionarse en dos planos: de una parte, la relación de causalidad ha de conectar el resultado a la intervención, pues, el resultado sólo se explica atendiendo al acto quirúrgico (o al proceso de los sucesivos actos quirúrgicos); de otra parte, el problema de imputación, que abre paso a la decisión sobre si hay que poner o no a cargo de los médicos o del Hospital el daño producido. El criterio básico, respecto de los profesionales médicos, estriba en la determinación de si se comportaron con arreglo a las pautas o parámetros prescritos, según el estado actual de la ciencia, para la praxis médico-quirúrgica, en los protocolos médicos, lo que esta Sala ha denominado *lex artis ad hoc*, una concreción de la diligencia (que comporta determinados grados de previsión y de pericia) que exige el artículo 1104 del Código Civil, ajustada a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. **El Hospital puede ser***

imputado, sin embargo, más allá de la pericia o diligencia con que se comporten los profesionales sanitarios que estén a su servicio, pues cabe que se presenten carencias o defectos asistenciales, de coordinación, de organización o de dotación que, según los casos y circunstancias, pueden ser imputados conjuntamente al profesional y al hospital o sólo al centro.

En este caso, no demandados los profesionales, la referencia a la praxis hospitalaria en concreto recibida ha de examinarse en relación sólo con el centro. No hay, a lo que parece, una prueba de la negligencia o de la impericia de los profesionales que han actuado, ni se da la constatación de una carencia de medios significativa, pero la respuesta, en Derecho, al desastroso resultado de una sencilla operación quirúrgica no se obtiene al señalar que la operación "finalizó con éxito". No puede calificarse de este modo una intervención en la que se produjo hipoxia y que determinó el coma profundo. Por eso acude, con acierto, el Juzgado de primera instancia a la doctrina del "daño desproporcionado", a la que se han referido múltiples decisiones de esta Sala (Sentencias de 17 de julio de 1989, 12 de febrero de 1990, 15 y 23 de febrero de 1993, 6 de julio de 1995, 2 de diciembre de 1996, 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1999, 19 de febrero, 23 de junio, 9 y 21 de diciembre de 1999, 31 de julio de 2002, 31 de enero de 2003, etc.) hasta en las decisiones más recientes (26 de junio de 2006, 20 de abril de 2007, entre otras). Esta doctrina, como ha dicho la última de las sentencias citadas, adapta la tesis de la "faute virtuelle" de la jurisprudencia francesa y la doctrina de la "prueba aparente" de la jurisprudencia alemana, o la técnica anglosajona de la evidencia que crea o hace surgir una deducción de negligencia, pues se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, y ello permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, no ya deducir una negligencia, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una exigencia de explicación que recae sobre el agente, pues ante el daño desproporcionado, que es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación. No se ha producido por parte de la entidad demandada una explicación que excluya la imputación de los daños. El motivo, por ello, ha de prosperar."

A pesar de pronunciamientos judiciales como los estudiados, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no es constante en la aplicación de la teoría del daño desproporcionado como criterio de imputación de la responsabilidad sanitaria, no faltando ejemplos de pronunciamientos favorables a los profesionales y servicios sanitarios pese a haber concurrido un daño que, en el contexto, resulta injustificado a pesar de haberse seguido las reglas de la buena práctica médica. Así sucede con la Sentencia de 19 de octubre de 2007, recaída con ocasión de la demanda interpuesta por los padres de un niño de 6 años que tras ser operado de amigdalitis con anestesia general con halotano, y tras varias paradas cardiorrespiratorias motivadas por una reacción alérgica, entra en coma y fallece poco después. **El Tribunal Supremo** confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante en base a la argumentación contenida en el fundamento de derecho segundo:

*“(...) En el recurso de apelación, y ahora en éste, la parte recurrente acudió a la doctrina jurisprudencial **sobre el daño desproporcionado** en relación a la patología que presentaba el paciente, y que aparece recogida en diversas sentencias de esta Sala, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico y, especialmente, de los servicios médicos, intentando hacer valer un nuevo criterio de imputación. Las sentencias de 5 de enero y 27 de febrero de 2007 señalan que no comporta al menos en sentido propio, la de un criterio de imputación por responsabilidad objetiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga de la prueba en supuestos no previstos en la ley procesal, sino el reconocimiento de que la forma de producción de determinados hechos es susceptible de evidenciar en principio, con sujeción a reglas de experiencia, la concurrencia de la falta de medidas de diligencia, prevención y precaución exigible según las circunstancias, sólo susceptible de ser refutada por parte de quien tiene en sus manos el dominio de la actividad y la proximidad y disposición de los instrumentos aptos para justificar lo ocurrido, en la forma que en la actualidad recoge el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no resulta de aplicación, por desproporcionado que parezca el daño, si prueba que no fue debido a su negligencia (SSTS 20; 23 de marzo 2001; 24 de noviembre de 2005), al no poder atribírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS 13 de julio 1987). Y es evidente que la desproporción entre el diagnóstico de amigdalitis y el resultado del fallecimiento del menor, sin duda llamativo desde consideraciones no jurídicas, quedó aclarada mediante la prueba que la Sala valoró*

en ejercicio de su facultad privativa y que, salvo error de derecho no denunciado, ha de mantenerse. La sentencia de 30 de abril de 2007 declara que "la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí sólo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida", y es del todo evidente que las pruebas de alergia a la anestesia no se hicieron no sólo porque no eran aconsejables, sino porque podían ser contraproducentes para la salud del menor, y las paradas cardiorrespiratorias se produjeron en fase de reanimación en el propio quirófano, donde se efectuaron las maniobras precisas. Pero es que, además, la primera vez que se producen manifestaciones clínicas éstas eran imprevisibles e inevitables, como también lo son los reflejos vagales, y ello en ningún caso implica que haya acción u omisión que pueda ponerse cargo de los profesionales que le intervinieron, cuya actuación se desarrolló conforme "lex artis ad hoc", tanto durante el proceso preoperatorio y operatorio, propiamente dicho, como durante el periodo postoperatorio, según el estado actual de la ciencia. Tampoco la hubo de los Centros demandados como resultado de lo que esta Sala califica de carencias o defectos asistenciales, de coordinación, de organización o de dotación, porque no hubo insuficiencia acreditada de medios vinculados al desarrollo de la operación y complicaciones previsibles."

De los fundamentos de esta Sentencia destacamos, respecto al tema que nos ocupa, lo siguiente: *"Un resultado desproporcionado no determina por sí solo la existencia de responsabilidad del médico, sino la exigencia de una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida"*.

Según los argumentos de la sentencia, en este caso, no era necesaria la práctica de ninguna prueba previa de reacción a la anestesia para ver el grado de tolerancia o intolerancia al anestésico empleado, pues: *"Estas pruebas son únicamente aconsejables en aquellos supuestos, ajenos al enunciado, en los que se ha referido en relación al paciente algún tipo de reacción adversa atribuible a fármacos u otras sustancias utilizadas peri-operatoriamente"*.

1.3. Traslación de la teoría del daño desproporcionado al orden contencioso-administrativo.

El Orden jurisdiccional contencioso-administrativo no ha sido ajeno a la aplicación de esta teoría surgida en el Orden civil. La Sala III del Tribunal Supremo ha recurrido al criterio del daño desproporcionado en variadas ocasiones a partir de la Sentencia de 6 de septiembre de 2005. El caso que se enjuiciaba en esta ocasión era el de una paciente que se sometió en un hospital público a una intervención quirúrgica de resección traqueal para corregir una estenosis y quedó tetrapléjica por afectación de la medula; daño completamente desproporcionado en relación con el tipo de intervención a que fue sometida, según el informe médico aportado por la recurrente, en el que además se señalaba que no se tomaron las precauciones y medidas necesarias ni se agotaron los medios con que cuenta un hospital público para intentar evitar una lesión tan grave como la tetraplejía).

Ante las controversias suscitadas en torno al elemento probatorio, la Sala Tercera aplica sin ambages el criterio objetivo del daño desproporcionado al señalar que:

“Si, como ha afirmado rotundamente el Médico-Forense y además está más que probado en autos y admitido por todas las partes, la paciente entró en quirófano sin lesión medular alguna y salió anestesiada y tetrapléjica, será evidentemente la administración sanitaria la que habrá de explicarlo y, si no puede hacerlo, en todo caso, habrá de indemnizar por responsabilidad patrimonial, de carácter eminentemente objetivo, puesto que lo que nadie ha afirmado y menos aún probado, es que se tratase de un caso de fuerza mayor, que sería la única causa de exención de dicha responsabilidad”. Y continúa señalando que “la obligación del actor de soportar la carga de la prueba no empece a que ésta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración también las dificultades que normalmente encontrará el paciente para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario; por lo que, lógicamente, habrá de adoptarse una cierta flexibilidad, de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica. Además, y a mayor abundamiento, cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, debe aplicarse una

presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar, en este caso, la Administración responsable del acto sanitario público, justificando su adecuada actividad, sin que tampoco caigamos en la exigencia de culpabilidad alguna sino, como dice taxativamente la Ley, la producción de un perjuicio acreditado (Tetraplejia), que se origina y está causalmente entroncado con el servicio sanitario público (se produce durante un acto médico en el Hospital; individualizado (lo padece la actora), económicamente valorable (daños y perjuicios sufridos) y que la paciente no tenía deber jurídico de soportar (...)) Dando por bueno el axioma de que la medicina reparadora cumple con lo que le es exigible cuando aplica cuantos medios son precisos para la curación del enfermo, no puede aceptarse que en un supuesto como el que nos ocupa pueda decirse que tras las gravísimas consecuencias que para la paciente se ocasionaron, se pusieron cuanto medios fueron necesarios para evitarlo, por que, sin duda, algún medio técnico o humano hubo de fallar o dejó de aplicarse para que no se detectase el desenlace producido hasta que el mismo era ya irreversible. Una mejor o mayor atención por parte de los responsables del postoperatorio y de la reanimación del paciente hubiera alertado del proceso que se desencadenó, sin que sea predecible si tratado de inmediato se le hubiera puesto o no remedio, o en qué grado, pero lo que no ofrece duda para la Sala es que el hecho de que no se detectase el proceso que estalló en el organismo de la enferma, y que produjo la situación en la que quedó la paciente, no constituye un daño que ésta tuviera el deber jurídico de soportar máxime ante la ausencia de consentimiento informado, y tampoco ofrece duda que si no se detectó de inmediato lo que ocurría en el organismo de la paciente ello se debió a la falta de atención que se produjo y que fue origen de la situación final en que quedó la paciente.(...) Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a considerar que en el caso que nos ocupa, no se tomaron las precauciones y medidas necesarias; no se agotaron los medios con que cuenta un Hospital, para intentar evitar una lesión tan grave como es una tetraplejia.(...).

2. EL DAÑO DESPROPORCIONADO Y SU INCIDENCIA EN LOS DIFERENTES ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA.

Tras el recorrido realizado desde los orígenes de la teoría del daño desproporcionado, pasando por la evolución jurisprudencial en las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo, hasta su aplicación por el Orden contencioso-administrativo, nos detendremos ahora en el análisis de cómo este criterio de imputación opera en relación con los principales elementos o requisitos que concurren en la responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria.

2.1. El daño desproporcionado y la carga de la prueba.

Una de las cuestiones a clave en cualquier proceso judicial por responsabilidad sanitaria radica en la determinación de qué parte ha de acreditar los hechos, de qué parte ha de asumir la “carga de la prueba”.

En principio y en virtud de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el perjudicado o reclamante el que debe probar tanto la acción u omisión como la culpa o negligencia del autor. Son numerosas y de ociosa cita las sentencias del Tribunal Supremo que insisten en que la carga de la prueba del nexo causal entre la conducta del sujeto causante del daño y el resultado dañoso producido incumbe al que afirma la concurrencia de culpa y pretende la indemnización pecuniaria.

En particular, y tratándose de responsabilidad patrimonial sanitaria, la doctrina de la Sala III del Tribunal Supremo es clara en el sentido de señalar que no se llega a producir una objetivación de la responsabilidad tal que lleve a la inversión de la carga de la prueba. Así, a título de ejemplo, las Sentencias de 20 de febrero de 1992 y de 25 de septiembre de 1999 descartan toda posibilidad de inversión de la carga probatoria, es decir, de responsabilidad objetiva, basándose en la consideración profesional de los médicos actuantes, ya que los perjudicados o herederos deben probar la culpa del médico y la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el resultado dañoso².

Así, pese al carácter inicialmente objetivo de la responsabilidad patrimonial, que debiera producir en todo caso una inversión de la carga de la prueba que obligaría al causante del daño a acreditar la concurren-

cia de causas de exclusión de la responsabilidad, lo cierto es que en el ámbito de la medicina curativa (en la que la obligación es de medios, y no de resultados) únicamente se invierte la carga de la prueba en caso de producirse un resultado o daño que no guarda proporción con la enfermedad o lesión inicial.

Lo habitual es que el perjudicado o sus herederos encuentren bastantes dificultades para desarrollar su actividad probatoria. La doctrina del daño desproporcionado opera sobre el elemento probatorio invirtiendo la carga de la prueba, de forma que el perjudicado sólo debe acreditar el hecho de que se ha producido un resultado dañoso ajeno a lo que habría sido el proceso normal. Esta presunción estaría relacionada con la denominada *culpa virtual* (se presume la culpa por la apariencia del resultado)

En la Sentencia del **Tribunal Supremo** de fecha **29 de noviembre de 2002** encontramos una pormenorizada explicación de cómo la doctrina del daño desproporcionado opera sobre el elemento probatorio:

“...el deber procesal de probar recae también y de manera muy fundamental sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición, gozan de una posición más ventajosa que la de la víctima, ajena al entorno médico y por ello con mucha dificultad a la hora de buscar la prueba”.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha **22 de mayo de 1998**, ante el caso de un paciente al que se le realizó un empaste en una muela que se complica con la aparición de un flemón que le dificultaba mover la mandíbula y al cual, tras varias visitas al médico de atención primaria y a varios odontólogos, se le ingresa en un hospital público en el que se le realizan varias intervenciones de drenaje, hasta que aparece un shock séptico que provoca el éxitos unos días después. La citada desplaza la carga de la prueba de que la actuación fue correcta a los médicos y al centro sanitario en los siguientes términos:

“si se repara en la desproporción que existe entre el diagnóstico que establece el médico de urgencias (flemón dentario) y el luctuoso y grave resultado(muerte del paciente), que en poco tiempo se produce, con toda razón se infiere que estamos en presencia de uno de esos casos, en los que, conforme a la doctrina de esta Sala, corres-

ponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor disposición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de experiencia.”

En la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2002 también encontramos que el daño desproporcionado (parálisis cerebral con ocasión de un parto) opera como criterio de inversión de la carga de la prueba en los siguientes términos:

“Aunque la doctrina general en responsabilidad sanitaria estima que la prueba de la relación de causalidad, así como de la culpa, incumbe al paciente y no al médico, sin embargo, este criterio tiene algunas excepciones, entre las que figura cuando se produce un daño anormal y desproporcionado entre la intervención médica y el daño”.

En definitiva, en los supuestos en los que existe y se aplica el criterio de la desproporción del daño como justificativo de la declaración de responsabilidad, se produce la inversión de la carga de la prueba, de manera que es sobre el causante del daño sobre el que recae la obligación de acreditar las causas excluyentes de la responsabilidad.

No obstante, hay que señalar que la aplicación de este criterio en cuanto a la prueba se modula con el límite que impone el art. 1.249 del Código Civil, que solo admite la prueba de presunciones cuando el hecho del que resulta la presunción este completamente acreditado. Así pues, resulta necesario para aplicar dicho criterio que las circunstancias fácticas a las que se aplica la presunción estén acreditadas. Por tanto, se podría decir que la teoría del daño desproporcionado en puridad, **no supone una total inversión en la carga de la prueba**, ya que quien reclama ha de probar: el daño, su carácter desproporcionado y, lógicamente, la relación de causalidad, siendo así que la carga que se deriva hacia la parte frente a quien se reclama se refiere a una posible prueba sobre la inevitabilidad del resultado o la interferencia en la relación causal, de otros elementos o circunstancias imprevisibles o incontrolables que pudieran haberlo determinado. En este sentido resulta de interés la doctrina contenida en la Sentencia del **Tribunal Supremo** de fecha **5 de enero de 2007** (RJ 2007/552) en la que se señala que:

“la exigencia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una de las partes, sino admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos "res ipsa loquitur"(la cosa habla por sí misma) en tanto no son refutados o hechos necesitados de refutación según la retórica clásica, de tal suerte que la ponderación de los resultados en su misma existencia, habida cuenta de las circunstancias de todo tipo concurrentes, lleva a la conclusión de que se han omitido los medios necesarios para evitarlos si no se demuestra lo contrario por quien está en condiciones de hacerlo”.

Finalmente, respecto a la inversión de la carga de la prueba, conviene citar la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha **19 de octubre de 2007** que, en un caso de daño desproporcionado y ante la alegación del recurrente respecto a la infracción del artículo 1214 en relación con el artículo 1903 "in fine" del CC (porque la sentencia recurrida impuso la carga de la prueba de la obligación a quien reclamaba, siendo que este artículo invierte la misma cuando se trata de personas que por su acción u omisión causan daño a otro) señala:

“El art. 1.214 CC se aplica, a falta de regla especial de "onus probandi", cuando el Tribunal no considera probado un hecho controvertido porque no hay prueba suficiente al efecto y ha de decidirse para quién deben producirse las consecuencias desfavorables. Y se infringe cuando estas consecuencias se atribuyen a quién no incumbía probar el hecho referido. Pero no es la norma adecuada a invocar cuando la Sentencia declara probado un hecho, cualquiera que sea el fundamento tomado en consideración (SSTS 25 abril y 4 de julio 2005; 10 de mayo 2006)...”

2.2. El daño desproporcionado y el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial sanitaria.

En principio, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es de carácter directo y objetivo, es decir, para la procedencia de la indemnización no se requiere que se incurra en culpa o dolo, sin embargo está establecido por nuestra jurisprudencia que el hecho de que la Responsabilidad Patrimonial sea objetiva, no implica deducir la existencia de un deber general de la Administración Pública Sanitaria de indemnizar cualquier daño que pueda causar casualmente al funcionamiento de sus servicios. En este sentido, varias sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, entre

ellas una de fecha 3 de abril de 2000, declaran que el artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha venido a consagrar legislativamente la construcción doctrinal y jurisprudencial sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública, al establecer que *“solo serán indemnizables, las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar”*. Es decir que para que el reclamante tenga derecho a ser indemnizado por un daño que se le haya producido dentro del ámbito de actuación de la administración sanitaria, éste *debe ser antijurídico*.

El daño es antijurídico y el reclamante no tiene el deber jurídico de soportarlo cuando la actuación del Servicio Público (o personal dependiente de éste) no ha sido correcta. En materia sanitaria la actuación correcta o no de los profesionales se mide siguiendo el módulo rector de la *“lex artis ad hoc”*, lo cual significa que los facultativos actuantes se comporten con arreglo a las pautas o parámetros prescritos, según el estado actual de la ciencia y de la praxis médico-quirúrgica objetivado en los protocolos médicos de los distintos hospitales o asociaciones profesionales. Efectivamente, de conformidad con la doctrina establecida por la jurisprudencia mayoritaria, en los tratamientos e intervenciones sanitarias (curativas) no existe un derecho a obtener resultados, sino a una prestación adecuada según la *“lex artis ad hoc”*, a aplicar en función de la preparación técnica y científica del personal. Solo cuando se infringe la *lex artis*, se entiende que la actuación de los facultativos o profesionales sanitarios ha sido incorrecta. Como ejemplo de este criterio podemos citar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2006 (RJ 2006/7769), que manifiesta literalmente, lo siguiente:

“La recurrente se apoya en una concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que no se corresponde con la doctrina de esta Sala, que tratándose de la responsabilidad patrimonial derivada de la prestación sanitaria, viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso ese resultado”.

Así las cosas, la teoría del daño desproporcionado, unida a la aplicación del artículo 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios³, ha determinado que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo obvie cualquier referencia a la culpa o negligencia del facultativo en casos de responsabilidad sanitaria, presumiendo que cuando el daño es desproporcionado ha habido infracción de la *lex artis ad hoc* sin necesidad de que el reclamante tenga que probar este hecho, correspondiendo la carga de probar que la causa del resultado producido no se ha debido a una infracción de la *lex artis* al facultativo o Administración actuantes.

No obstante, y aunque a primera vista pueda parecerlo, la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado por nuestra jurisprudencia no supone establecer una responsabilidad objetiva de la administración sanitaria ante cualquier daño reclamado, sino que, tal como se ha dicho, lo que supone su aplicación fundamentalmente es una inversión de la carga de la prueba. En este sentido interesa recordar aquí el criterio de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 19 de octubre de 2007 a la que nos hemos referido en el apartado anterior, en la cual, a pesar de apreciarse un daño desproporcionado, se absuelve a la administración sanitaria por el fallecimiento de un niño tras cirugía de amigdalitis.

Para finalizar con este apartado y unirlo al que vamos a tratar a continuación, referido al riesgo típico, conviene señalar que a pesar de lo expuesto hay supuestos donde los tribunales de justicia consideran desproporcionado un daño, y por ende objetivan la imputación de la responsabilidad (al invertir la carga de la prueba), cuando, sin embargo, el daño producido materializa riesgos aparentemente típicos que no deberían considerarse desproporcionados en relación a la intervención de que se trata. Este sería el caso de una reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁴ que aplica la teoría del daño desproporcionado por ciertas secuelas tras la realización de una colonoscopia a una paciente, imponiendo a la Administración Sanitaria la obligación de indemnizar a la paciente/reclamante por dichas secuelas. El fallo entiende que la perforación del colon que se produjo durante la práctica de la colonoscopia constituye un daño desproporcionado susceptible de indemnizar.

El supuesto se refiere a una paciente a la que se le había detectado un adenoma vellosos con tendencia a malignizarse, la cual acudió a un centro público para someterse a una colonoscopia programada. Durante su práctica se le realizó una polipectomía (se le extirpa un póli-

po) que ocasionó a la enferma una hemorragia digestiva aguda que exigió la intervención urgente. Como consecuencia del sangrado y de las complicaciones acaecidas posteriormente, la paciente padece dolores a nivel de la cicatriz e insensibilidad en la zona pélvica. Los magistrados admiten que la forma en la que se realizó la prueba fue "*defectuosa*", pero aclaran que dicho extremo "*carece de relevancia para declarar la responsabilidad de la Administración*", dado que ésta es de carácter objetivo. Es decir, para que proceda basta con acreditar la actuación incorrecta, el daño y la relación de causalidad entre ambas, siendo irrelevante la existencia de una culpa profesional.

La cuestión a debatir, según ésta sentencia radica en determinar si el daño tiene o no el carácter antijurídico, es decir, si la paciente tenía o no el deber de soportarlo. Es aquí donde el tribunal autonómico recurre a la teoría del daño desproporcionado, es decir, presume que hay responsabilidad del profesional y, por tanto, de la Administración porque se produce un resultado dañoso (que entiende desproporcionado), que normalmente no se da más que cuando media una conducta negligente.

En el caso analizado la resolución del tribunal autonómico sostiene que el resultado producido "*excede del ámbito normal y razonable del riesgo que la actuación médica comportaba*", ya que (...) "*no puede olvidarse que la asistencia que se trataba de prestar era meramente diagnóstica*". Por tanto, las lesiones sufridas por la enferma son "*materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público sanitario, pues no ha quedado probado que la perforación estuviera fuera de la esfera de acción del profesional sanitario que la realizó*".

2.3. Daño desproporcionado y riesgo típico.

En la dialéctica de los elementos integrantes de la responsabilidad sanitaria, el daño desproporcionado no debe equipararse al riesgo típico de una intervención, de modo que, si a pesar de una técnica quirúrgica impecable se materializa un riesgo típico del que el paciente fue oportunamente informado y que se produjo por causas inevitables, el médico no habrá incurrido en ningún tipo de culpa o negligencia, ni resultará aplicable, en consecuencia, la teoría del daño desproporcionado. Si, por otro lado se materializa un riesgo típico del que el paciente no ha sido oportunamente informado, entonces el médico podrá ser responsable, pero no en

virtud de la teoría del daño desproporcionado, sino en virtud de la omisión del consentimiento informado. En consecuencia, la teoría del daño desproporcionado sólo será de aplicación en caso de que se produzca un *riesgo atípico*, es decir que no esté contemplado en la literatura médica para el tipo de intervención o tratamiento de que se trate.

La materialización de un riesgo típico pues, no puede considerarse como un daño desproporcionado. En la teoría del daño desproporcionado se presume que hay negligencia médica cuando se causa al paciente un resultado dañoso que en circunstancias normales no se hubiera producido. Por el contrario, el daño por aparición de un riesgo típico supone la materialización de una complicación posible en una intervención y que se produce aun observando el cirujano toda la diligencia exigible. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de junio de 2006, absuelve a un cirujano y a su compañía aseguradora de la demanda interpuesta por una paciente que solicitaba la condena del facultativo por una mala praxis en una histerectomía. Según la demanda, la anulación funcional del riñón que se le diagnosticó a la reclamante tiene su origen en la histerectomía que se le practicó años antes, pues el cirujano seccionó descuidadamente el uréter. La Sentencia, sin embargo, se apoya en las conclusiones de los informes periciales para descartar la responsabilidad del cirujano. Según los datos que aparecen en la historia clínica, la paciente no refirió dolores lumbares durante las revisiones de los años posteriores a la operación. Además, los peritos coinciden en señalar que *"la ligadura o la sección del uréter habría producido una clínica o sintomatología sugerente con dolores lumbares que se pueden equiparar en intensidad a un cólico nefrítico, sin que pueda ser combatido con la medicación que estuvo tomando la enferma"*. Descartada la responsabilidad del profesional, la sentencia asume como causa más probable de la lesión *"la obstrucción del uréter por la cicatrización de la propia herida quirúrgica, que provocó lo que se conoce como fibrosis o proceso fibroso"*. Su origen, aclara el juez, *"fue la intervención quirúrgica, pero no justifica la responsabilidad del facultativo porque no fue un daño desproporcionado."* En este punto la resolución afirma que *"no puede calificarse de resultado desproporcionado el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención"*. En este caso se ha producido una *"cicatrización normal de cualquier herida que produjo la obstrucción del uréter, sin que se manifestara o evidenciara con sintomatología"*.

3. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO EN LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA LA MANCHA.

El Consejo Consultivo de Castilla La Mancha comienza a informar expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria remitidos por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) en el año 2003. Desde ese momento, y hasta diciembre de 2008, ha recogido y aplicado la teoría jurisprudencial del daño desproporcionado en seis ocasiones⁵, siempre para informar en sentido estimatorio la reclamación.

A continuación analizaremos los elementos presentes en cada uno de los casos para posteriormente extraer las conclusiones comunes a la aplicación de la teoría del daño desproporcionado por parte del Consejo Consultivo.

3.1. Complicaciones tras una prueba diagnóstica (Dictamen núm. 112/2003)

El caso se refiere a una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los herederos de una paciente fallecida en un Centro Sanitario del SESCAM que había sido diagnosticada de dermatomiositis. Tras el ingreso se le realiza una toracocentesis en el costado derecho y a las dos horas empezó a sentirse mal, con dolor, hipotensión y taquicardia. Se la traslada a la UCI y en dicho servicio se le diagnostica derrame pleural derecho y trombo-embolismo pulmonar. Igualmente se observa abundante líquido en zona hepática, objetivándose cuatro litros de hemoperitoneo. Ante la evidencia de sangrado subhepático, se le realizan varias intervenciones quirúrgicas apreciándose sangrado arterial en fisura hepática y punto sangrante en el segmento siete hepático, lo que obligó a retirarle parte del hígado. El proceso concluyó con la muerte de la paciente, dos días después de la prueba de toracocentesis realizada.

Tanto el Inspector médico del SESCAM en su informe, como los médicos especialistas que suscribieron el dictamen aportado por la compañía aseguradora que cubre la responsabilidad patrimonial del SESCAM, estimaban que la actuación de los facultativos intervinientes se había ajustado a la “lex artis” y, por consiguiente, consideraban que el daño producido (fallecimiento) no tiene el carácter de “antijurídico”.

Por el contrario, el Consejo Consultivo entiende que en este caso está acreditado el nexo causal entre la actuación de los facultativos y el daño producido, y que este daño es antijurídico. Para llegar a esta conclusión aplica la estudiada doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado. Así, en la consideración IV, de este dictamen, el Consejo Consultivo señala entre otras cuestiones, y en lo referente al tema que nos interesa, lo siguiente:

“En el presente supuesto, se deduce del expediente, que el resultado final producido a la paciente tuvo su origen en la práctica de la toracocentesis que se llevó a cabo en el centro hospitalario en el que se hallaba ingresada. Así lo expresa la Inspección Médica en su informe al afirmar con toda claridad que “el único antecedente traumático que presenta la paciente que pueda explicar la existencia de hemorragia interna es la toracocentesis que se realizó a la misma el 23 de junio”. Tal conclusión se veía apoyada por los datos revelados por la propia historia clínica.(...). A ello añadía que “el hecho de que la paciente continuara sangrando tras la segunda intervención en la que se objetivó fisura hepática en segmento VII hepático sugiere que lo más probable es que dicha hemorragia fuera debida a que se puncionara, como resultado de la toracocentesis realizada, la vena suprahepática derecha o alguna de sus ramas segmentarias que transcurren en la porción postero-superior del hígado, lo que explica que el sangrado fuera lento pero constante.”

*De lo anterior se deduce que el hemoperitoneo sufrido por la paciente se derivó de la toracocentesis practicada, al alcanzar la vena suprahepática derecha o alguna de las ramas segmentarias que irrigan el hígado. El resultado final de muerte acaecido se ha derivado, por tanto, de la concurrencia de determinadas circunstancias en la realización de la aludida prueba diagnóstica que han desnaturalizado la práctica y finalidad de la misma, dando lugar a un resultado que puede calificarse del todo **desproporcionado**.*

En este sentido la jurisprudencia ha señalado que “no obstante ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la lex artis ad hoc, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente

la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias del tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización” (STs del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996, y de 21 de diciembre de 1999).

*La existencia de un resultado desproporcionado **invierte la carga de la prueba**, de modo que cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar el interviniente y no el paciente, justificando su adecuada actividad en una impuesta inversión de la carga de la prueba [... ya que quien, con más facilidad que nadie, puede justificar el resultado, es el autor de la actividad de la que el mal resultado surge si es que éste ha sido por propia culpa o por causa inevitable o imprevisible” (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2001).*

La consecuencia mortal derivada de la práctica de la toracocentesis constituye un resultado anormal y desproporcionado a la naturaleza, entidad y finalidad de la prueba practicada, sin que se trate de un riesgo previsible o inherente a la misma. Es por ello que no es posible sino apreciar la concurrencia del nexo causal entre el actuar administrativo y el resultado dañoso producido, máxime cuando en el presente supuesto deberían haberse extremado las precauciones en la realización de dicha prueba diagnóstica, ante los antecedentes de dermatomiositis que sufría la paciente y que por el tipo de tratamiento con el que era combatida hacía prever la fragilidad de su hígado y, aconsejaba, por ende, un mayor cuidado en la práctica de la misma.

A todo lo expuesto hay que añadir que de la posible existencia del resultado finalmente padecido no se dio conocimiento en ningún momento a la afectada, quien no suscribió el correspondiente documento de consentimiento informado mediante el que asumía los riesgos que pudieran derivarse de la actuación clínica. (...) El hecho de haber tenido que asumir un riesgo que excede del que normalmente lleva aparejada la práctica de la prueba, hace que deba calificarse como antijurídico el daño sufrido, al no tener el particular el deber jurídico de soportarlo, concurriendo en el mismo los requisitos que hacen obligada su indemnización.”

3.2. Nefrectomía tras la realización de un by-pass (Dictamen núm. 57/2004)

En este caso la reclamación se formula por el propio paciente como consecuencia de que, al someterse a una intervención quirúrgica para llevar a cabo un by-pass aortobifemoral con prótesis goretex 14x7, le producen la lesión del uréter izquierdo y después de diversas complicaciones, pierde el riñón, teniéndosele que realizar una nefrectomía.

Los mismos cirujanos que intervinieron al paciente admiten la relación de causalidad entre el daño y su actuación (aunque vinculada a un funcionamiento normal) reconociendo genéricamente que la aparición de lesiones en el uréter constituye una complicación infrecuente de la cirugía de revascularización aorto-ilíaca y que en el caso concreto analizado habría influido en su producción la intensa inflamación peri-aórtica que padecía el paciente.

El Inspector Médico del SESCAM reconoce en su informe que se ha producido un perjuicio para el reclamante con motivo del tratamiento quirúrgico, si bien no pueden relacionarse con esta asistencia la totalidad de los daños alegados. No obstante, propone desestimar la reclamación al no entender que el daño producido era antijurídico al haber actuado los facultativos del servicio público intervinientes conforme a la *lex artis ad hoc*.

El Consejo Consultivo, por el contrario, entiende no solo que existe nexo causal entre el daño alegado y la actuación de los facultativos del Servicio Público de Salud, lo cual ya era reconocido por la Administración, sino que además este daño es antijurídico, en aplicación de la doctrina del daño desproporcionado. En este sentido, el dictamen estudiado, en su consideración IV, entre otras cuestiones, señala:

“...debiera ser la Administración Sanitaria, a la vista de los daños desproporcionados ocasionados al paciente, y a la vista de la jurisprudencia dominante al respecto sobre inversión de la carga de la prueba, quien hubiera tenido que demostrar que la nefrectomía era una consecuencia necesaria de la intervención quirúrgica que se le practicó al reclamante para la realización de by-pass aortobifemoral. No habiéndolo hecho así no queda sino manifestar que el daño sufrido por el reclamante resultó antijurídico al no tener obligación legal de soportarlo.”

A continuación el Consejo se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo contenida en Sentencias como las de 2 de diciembre de 1996 y 21 de diciembre de 1999, ya analizadas en apartados anteriores.

3.3. Infección intraoperatoria (Dictámen núm. 53/2006)

En este caso se trata de una paciente diagnosticada de obstrucción bilateral de la vía lagrimal que se somete a una intervención para la colocación de un stent nasolacrimal en el ojo izquierdo, tras la cual surge un cuadro infeccioso agudo (celulitis orbitaria) y otras complicaciones que determinan la pérdida de la visión del referido ojo, por neuropatía óptica isquémica. La reclamante funda su pretensión indemnizatoria esencialmente en la incorrecta colocación y retirada del stent y en una deficiente información respecto a los riesgos y complicaciones de la intervención.

En Inspector médico del SESCAM, en su informe considera que *“la paciente recibe en todo momento una asistencia correcta y adecuada, practicándole las pruebas diagnósticas y el tratamiento que precisa, realizándose dicho tratamiento con un buen resultado en el control final y manteniendo en todo momento contacto tanto la paciente, como su familia con su oftalmólogo de referencia para el correcto seguimiento de la evolución de su proceso”*.

En el informe/dictamen emitido por dos especialistas en Oftalmología se pone de manifiesto que la celulitis orbitaria, enfermedad que sufrió la interesada, es una complicación poco frecuente, pero posible, tras el implante de una prótesis lacrimo-nasal. Manifiestan igualmente: *“que, la celulitis orbitaria puede, a pesar de que el tratamiento sea correcto, desencadenar de manera secundaria una neuropatía óptica isquémica, como la que sufrió la paciente, que a su vez puede conllevar una pérdida irreversible de la visión aunque se instaure el tratamiento de manera precoz.”*. En este dictamen se hace constar que no se observan datos significativos de negligencia o mala praxis en la actuación médica sino que, por el contrario, la asistencia prestada a la paciente ante la presentación de las complicaciones fue extremadamente adecuada.

El Consejo Consultivo, sin embargo, considera no solo que hay relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del Servicio Público de Salud, sino también que el daño es antijurídico, por desproporcionado y por falta de información adecuada en relación al riesgo que después se materializó y que por tanto la paciente no tiene

el deber jurídico de soportar. Así en la consideración IV de este dictamen, **el Consejo Consultivo**, entre otras cuestiones y en relación al daño señala:

*“Refuerza lo anteriormente dicho que, como consecuencia de la intervención médica, se ha producido una lesión a la paciente, improbable pero posible, de cuyo riesgo no se puede afirmar razonablemente que aquélla pudo tener conocimiento. La lesión (pérdida de la visión del ojo izquierdo), resulta mucho más grave que el problema al que se pretendió dar solución con la intervención que lo provocó, (el lagrimeo constante). La celulitis orbital y la consiguiente neuropatía óptica isquémica que conlleva una pérdida irreversible de la visión, producida por la intervención, aun cuando ésta se realizara de acuerdo con la lex artis, supone un **“resultado desproporcionado”** del que ninguna explicación se infiere de los informes médicos aportados por la Administración, sin que conste prueba alguna que acredite el conocimiento por parte de la perjudicada del riesgo de la operación, no habiendo podido optar por omitir la misma y en consecuencia dicho riesgo. Es perfectamente verosímil su afirmación de que de haber conocido la entidad del riesgo no se hubiera sometido a la intervención. Por todo ello, procede calificar el daño de **antijurídico**, puesto que el deber jurídico de soportar el mismo cesa cuando quien lo sufre no pudo determinar en plenitud la asunción de las desproporcionadas consecuencias que podrían derivarse de someterse a dicha operación quirúrgica.”*

3.4. Pérdida de visión tras cirugía de cadera (Dictamen núm. 174/2006)

Se analiza el caso de una paciente que es operada en un centro privado concertado con la Administración sanitaria de una rotura de cadera mediante una artroplastia de cadera y, días después, sufre una grave pérdida de visión en ambos ojos (próxima a la ceguera) de carácter irreversible como consecuencia de una neuropatía óptica isquémica. En el expediente está acreditado que la paciente tenía antecedentes de problemas isquémicos en sus carótidas, por lo que tomaba un medicamento denominado “Disgren” para evitar la formación de trombos. A la paciente le fue suspendida la administración de dicho medicamento cinco días antes de la intervención y no consta su reinstauración antes de la aparición de la pérdida de visión que se manifestó súbitamente tres días después. La conducta cuestionada por los reclamantes se concreta en no haber recabado el centro concertado la historia clínica y,

consiguientemente, no haber adoptado las precauciones necesarias para tratar de modo conveniente la insuficiencia vascular de ambas carótidas que presentaba con anterioridad a la intervención.

La propuesta del SESCAM era desestimatoria por entender que no había podido concretarse el origen de la lesión oftalmológica y, por tanto, que la misma derivaba de la actuación de los profesionales sanitarios que trataron a la paciente. Además, entendía que la paciente fue suficientemente informada de los riesgos que suponía la intervención a la que se sometió.

El Consejo Consultivo, por el contrario, estima acreditado el nexo casual entre el daño (ceguera) y la actuación de los facultativos del centro concertado, así como la antijuridicidad del daño basándose, por un lado, en la falta de información adecuada del riesgo que luego se materializó y, por otro lado, en la doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado.

Concretamente, señala el Consejo Consultivo:

“Centrándose el análisis de la cuestión en el inapropiado manejo de los antecedentes personales de la paciente respecto de la arteriopatía carotídea que sufría, por no haberse tomado debido conocimiento de los mismos, han de tenerse en consideración las siguientes circunstancias:

Ciertamente, la afectada había sido diagnosticada en el año 1999 de una obstrucción de ambas arterias carótidas por la que venía siendo tratada con Disgren, medicamento que según su ficha técnica previene el infarto porque evita la formación de obstrucciones de sangre en las arterias.(...).

La Gerencia del Centro Concertado en los informes emitidos antes (cuando las actuaciones de la perjudicada se movían en el ámbito asistencial) y después de la formulación de la reclamación, ofrecen versiones contradictorias sobre la importancia de haber conocido o no los antecedentes de insuficiencia carotídea que concurrían en la paciente.(...)

Así, aun cuando no pudiera considerarse plenamente demostrada la relación causal existente entre la realización de la intervención y el episodio neurológico sufrido por la paciente, la visible contradicción en que incurre la entidad médica implicada, la proximidad temporal existente entre

ambos hechos y el carácter desproporcionado del daño sobrevenido respecto de lo que es usual en el tipo de operación realizada, favorecen de manera determinante la posibilidad de incidencia de la supresión de la medicación anticoagulante en la neuropatía isquémica sobrevenida a la paciente, así como la presunción de que existe dicha conexión causal entre la operación y la pérdida de visión; presunción que corresponde desvirtuar, en su caso, al servicio médico imputado, de conformidad con las tesis acogidas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en donde se señala: "... a mayor abundamiento cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, debe aplicarse una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar, en este caso, la Administración responsable del acto sanitario público, justificando su adecuada actividad, sin que tampoco caigamos en la exigencia de culpabilidad alguna, sino, como dice taxativamente la Ley, la producción de un perjuicio acreditado [...], que está causalmente entroncado con el servicio sanitario público [...] y que la paciente no tenía deber jurídico de soportar." –**Sentencia TS de 20 de septiembre de 2005** (Ar. RJ 2005,7503)-. En sentido concordante, se trasluce la misma doctrina en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 28 de abril de 2006 (Ar. JUR 2006,166643, FJ 6º y 7º). (...) Así mismo, de analizarse aisladamente la deficiencia producida en materia de información al paciente, como trasgresión de la *lex artis ad hoc* en sentido amplio, y su virtualidad para generar un deber de reparación por la causación de un daño moral autónomo, siguiendo la doctrina ya expuesta por este Consejo en su reciente dictamen 33/2006, de 7 de marzo, cabe agregar, que con independencia de la fuerza probatoria que quepa reconocer a los elementos disponibles sobre la vinculación existente entre la actuación médica cuestionada y el daño producido, dado el carácter desproporcionado de éste en relación con los resultados habituales esperables del tipo de intervención, la deficiencia informativa acaecida presenta también entidad suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración en orden a la satisfacción de dicho daño moral, que podemos asociar a la disminución efectiva de su autonomía para decidir si se operaba de cadera. (...) En todo caso, cabe concluir afirmando que el acervo probatorio manejado permite establecer una relación causal eficiente entre el conjunto de actuaciones llevadas a efecto por el personal del centro sanitario imputado con ocasión de la intervención de artroplastia realizada a la paciente y la grave pérdida de visión sobrevenida a

ésta al tercer día de la operación, sin que la interesada deba soportar dicho perjuicio -por asunción consciente del mismo-, al no haberse atendido debidamente el deber de información a la paciente en los términos regulados en los artículos 4 y siguientes de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y ser anudable dicha desinformación con el daño físico por el que se pide resarcimiento.”

3.5. Fallecimiento tras realización de colonoscopia (Dictamen núm. 96/2008)

En este caso nos encontramos ante la reclamación formulada por los herederos de una paciente que falleció tras sufrir diversas complicaciones que se fueron presentando tras la perforación del colon de la paciente ocurrida como consecuencia de la práctica de una colonoscopia. La Administración no niega la relación entre la actuación de los facultativos actuantes y el daño alegado (fallecimiento). Sin embargo, considera que al daño le falta el requisito de la antijuridicidad al haber actuado los facultativos de acuerdo con la *lex artis* y propone la desestimación de la reclamación.

El Consejo Consultivo, sin embargo, aplica la teoría del daño desproporcionado como criterio de imputación de la responsabilidad y, por tanto, invierte la carga de la prueba, concluyendo que los facultativos actuantes no han acreditado en el expediente que hayan actuado con la diligencia debida; es decir, no han acreditado que las causas del fallecimiento de la paciente no tenían relación con la actuación médica y concretamente con la situación que se produce tras la perforación del colon, la cual sí reconocen.

En este sentido, la consideración V del Dictamen que estudiamos, señala lo siguiente:

“Los documentos incorporados a la historia clínica ponen de manifiesto que, en efecto, la salud de la paciente se deterioró gravemente desde el momento en que sufre el daño iatrogénico (perforación de colon) hasta su fallecimiento, después de que fuera intervenida de urgencia para realizarle una colostomía que resolviera la perforación y tras ingreso en la unidad de rehabilitación. En dicha Unidad sufrió insuficiencia cardiaca, síndrome de respuesta inflamatorio sistémica, bacteriemia por estafilococo hominis y síndrome confusional agudo, entre otras complicaciones. Todas estas complicaciones fueron atendidas en el Hospital, sin que se cuestione por los

reclamantes la lex artis de dicha atención, a pesar de lo cual la paciente falleció a los tres días del alta hospitalaria.

La Administración fundamenta su propuesta desestimatoria en el informe del médico instructor, en el que se afirma que la actuación de los facultativos se ajustó en todo momento a la lex artis, no siendo el daño antijurídico, por cuanto la paciente aceptó el riesgo de perforación durante la colonoscopia cuando suscribió el documento de consentimiento informado, en el que declaraba que había sido informada suficientemente y con antelación del procedimiento que se le iba a realizar, de sus riesgos y complicaciones y entre esos riesgos aparecía la perforación.

En cuanto a la existencia del documento del Consentimiento Informado, señala el Consejo Consultivo en su dictamen lo siguiente:

“De acuerdo con el artículo 8.2 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, no existe duda de la necesidad de contar con el consentimiento escrito de la paciente en un tipo de prueba invasiva como es la colonoscopia, lo que en principio y a la vista de la existencia del documento obrante en el expediente se cumplió en este caso.(...). Entre los riesgos de los que se supone fue informada la paciente estaba incluido el riesgo de perforación. Ahora bien, en el documento de consentimiento informado dicho riesgo no aparece calificado de grave, ni de frecuente, sin que en ningún caso se contemple un resultado mortal. Por ello cabe suponer que la paciente, que fue informada de la posibilidad de perforación, no pudo haber sido informada de las mortales posibles consecuencias, lo que equivale a reconocer que no pudo asumir el riesgo que finalmente se materializó en su caso.

*Por otra parte, si se contrastan los riesgos de la prueba, tal como se describen en el documento de consentimiento informado, con el resultado de fallecimiento, se constata la **gran desproporción entre el riesgo que se supone asumió la paciente y el resultado lesivo**. Desproporción en el daño que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, según se ha reconocido en los dictámenes del Consejo 112/2003, de 23 de septiembre, y 53/2006, de 22 de marzo, podría llevar a declarar no sólo la relación causal del fallecimiento con la asistencia médica(que no se ha negado en este caso)sino también la antijuridicidad de dicho resultado lesivo, sin que la existencia de un documento de consentimiento informado, como el examinado, pudiera eximir de responsabilidad por su causación.”*

En cuanto a la desproporción del daño en este caso, y la aplicación de este hecho para invertir la carga de la prueba, el dictamen **señala**:

“En este caso se deduce del expediente que el fallecimiento se debió a la perforación del intestino mientras se le realizaba una colonoscopia entre cuyos riesgos no figura el fallecimiento. El resultado de muerte deriva de la concurrencia de determinadas circunstancias en la realización de la aludida prueba diagnóstica que han desnaturalizado la práctica y finalidad de la misma, dando lugar a un daño desproporcionado. En este sentido la jurisprudencia ha señalado que “no obstante ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la lex artis ad hoc, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y del sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y el descuido en su conveniente y temporánea utilización”. (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996, (Ar. RJ 8938), de 21 de diciembre de 1999, (Ar. RJ 9747) y de 26 de junio de 2006 (Ar. RJ. 5554).

La existencia de un daño desproporcionado invierte la carga de la prueba, de modo que “cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, hay una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar el interviniente y no el paciente, ya que] por razón de aquella desproporción de resultados [...] con más facilidad que nadie puede justificar el autor de la actividad, de la que el mal resultado surge, si es que éste ha sido por propia culpa o por causa inevitable o imprevisible” (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2001, AR. RJ 5561). El daño desproporcionado de la muerte de la paciente, exige una inversión de la carga de la prueba, de modo que para declarar que no existe responsabilidad de la Administración sanitaria, se hace necesaria la prueba de que se actuó con la diligencia médica debida en la realización de la colonoscopia, sin que se hubiera podido evitar el resultado lesivo. Consta en el expediente el dato de que la paciente presentaba antecedentes de interrupción en este tipo de pruebas. No se ha dado cuenta en los informes aportados si la fallecida presentaba algún tipo de contraindicación para la prueba, (...)

No se ha informado por los especialistas que la atendieron,

ni consta en los informes del expediente, que la perforación se debiera a circunstancias personales de la paciente, sus antecedentes o el estado de su intestino, por lo que no cabe descartar que se debiera a una falta de pericia del profesional que la practicó, lo que excluiría que el daño fuera inevitable. En tal caso la paciente no tendría el deber jurídico de soportar el daño, aun cuando hubiera aceptado el riesgo de perforación en el documento de consentimiento informado. Así lo reconocen, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000, Ar. RJ 7804 y de 7 de junio de 2001, Ar. RJ 4198, que afirman que “la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada”(…)

En este caso, la Administración sanitaria no ha dado una cumplida explicación sobre la perforación del intestino de la paciente a pesar de que, como se ha indicado, era a quien correspondía haber probado que dicho daño iatrogénico, como riesgo posible de la colonoscopia, fue inevitable.

En resumen de lo razonado, la materialización de un riesgo no previsto, como la muerte, del cual (aunque fuera consecuencia de un riesgo previsto como la perforación del intestino), la paciente no fue informada y que constituye un “resultado desproporcionado” de una prueba diagnóstica, del que no se ha dado cumplida explicación, es un daño antijurídico que como tal ha de ser indemnizado.”

3.6. Graves secuelas tras intervención quirúrgica (dictamen núm. 147/2008)

En este último caso nos encontramos ante una reclamación consecuencia de las graves secuelas (estado vegetativo) subsiguientes a una intervención quirúrgica de “sinus pilonidal” efectuada en una Unidad de Cirugía menor sin ingreso de un Hospital, durante la cual el paciente sufre una parada cardiorrespiratoria. El paciente había firmado los documentos de consentimiento Informado correspondientes. La reclamante (esposa del perjudicado), considera que las secuelas han sido debidas a una “mala praxis médica” en la gestión del proceso preoperatorio de la intervención, puesto que en el perjudicado concurrían varios factores de riesgo, (obesidad, diabetes, etc…) que se deberían haber tenido en cuenta antes de intervenir.

La propuesta de resolución del SESCAM, basándose en el informe del Inspector médico y en el dictamen de médicos especialistas es desestimatoria al entender que el daño no reviste el carácter de antijurídico al haber actuado los profesionales sanitarios conforme a la *lex artis*.

Por el contrario, el Consejo Consultivo entiende que se dan todos los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Para ello aplica la teoría del daño desproporcionado que estamos analizando y señala:

“...es incuestionable la existencia de daños efectivos susceptibles de indemnización a través del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que el paciente referido ha quedado postrado en estado vegetativo crónico persistente, de más de tres meses de evolución, a consecuencia de la parada cardiorrespiratoria sufrida durante la operación de sinus pilonidal según consta (...). Pasando al examen de la relación de causalidad invocada y del carácter antijurídico de los daños aducidos, conviene precisar primeramente que la reclamación se plantea sobre la base de la existencia de mala praxis médica en la gestión preoperatoria y el abordaje de la operación efectuada, argumentándose por la interesada que no se manejaron adecuadamente los diversos factores de riesgo que portaba el paciente, de tal manera que no debió someterse a la intervención sin disponerse de unas pruebas preoperatorias completas e inmediatas que permitieran valorar la conveniencia de su postergación para un momento más aconsejable. También se plantea en el escrito de reclamación la inversión de la carga de la prueba que deriva del acaecimiento de un resultado médico que se califica como ilógico o anormal para el enfermo, lo cual lleva a analizar en primer término este relevante aspecto de la cuestión. Ciertamente, que la incidencia de la teoría del daño desproporcionado, a la que parece aludir la reclamante en su escrito, resulta de gran relevancia en el análisis del caso planteado. Como ejemplos recientes de la vigencia de esta tesis doctrinal y de su inequívoco acogimiento por la jurisprudencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, cabe hacer referencia a las siguientes sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo:

Así, en la de 20 de septiembre de 2005 (Ar. RJ 2005,7503), se señala: “La obligación del actor de soportar la “carga de la prueba” no empece a que esta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración también las dificultades que

normalmente encontrará el paciente para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario; por lo que, lógicamente, habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o "diabólica". Además y a mayor abundamiento cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, debe aplicarse una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar, en este caso, la Administración responsable del acto sanitario público, justificando su adecuada actividad".

En la Sentencia de 20 de junio de 2006 (Ar. RJ 2006,5152), se argumenta: "dado que la paciente ingresó en el Servicio de Cirugía del Hospital a fin de ser intervenida, en una operación de mínimo peligro según se deduce de los riesgos generales que se incluyen en la hoja en la que la enferma prestó su consentimiento, (para colecistectomía laparoscópica como tratamiento de la litiasis biliar), tuvo que probar la Administración sanitaria, suministradora del servicio público, a quien le incumbía la carga de la prueba, la debida diligencia en la prestación del servicio quirúrgico practicado que ocasionó la defunción de Doña María, ya que se produjo un daño anormal o desproporcionado a lo que comparativamente es inusual en una intervención médica de esta naturaleza y el resultado letal, pues tal intervención quirúrgica comportaba los riesgos inherentes a cualquier operación".

Atendiendo a estos criterios doctrinales, no parece cuestionable que el resultado derivado de la operación de sinus pilonidal practicada al paciente, haya de considerarse como claramente desproporcionado, en relación con la gravedad de la patología que la motivó y la entidad de la propia intervención, pues ésta consistía simplemente en la extirpación de un quiste fistulizado en el glúteo, sin previsión de ingreso hospitalario, y tras la misma el paciente ha quedado

sumido en un estado vegetativo crónico persistente. Por consiguiente, debe entenderse aplicable la doctrina jurisprudencial referida sobre el acaecimiento de un daño desproporcionado.

Sentado lo anterior, el Consejo Consultivo, pasa a examinar de forma minuciosa la actividad probatoria desplegada por la Administración Sanitaria, a fin de acreditar que el comportamiento de

sus servicios se ha adecuado plenamente a las reglas de actuación profesional de conformidad a la *lex artis ad hoc*. Para ello examina el expediente remitido por el SESCAM, tras lo cual concluye que:

“De esta exposición sólo cabe inferir que el día de la intervención el paciente no fue objeto de tratamiento preventivo con insulina, ni subcutáneo, ni por suero, para la compensación de una eventual hiperglucemia asociada al llamado “estrés quirúrgico”. Y ello, a pesar de que la analítica de glucemia era prácticamente idéntica, a la registrada el día 19 de octubre de 2006, cuando sí se pautó una infusión combinada de suero glucosado e insulina en la dosis prevista en la tabla del mencionado Protocolo UCSI. En virtud de todo lo antedicho, cabe presumir que en el curso de la operación realizada al paciente, éste sufrió un episodio de hiperglucemia asociado a la misma, habida cuenta de que el valor de glucemia registrado a su ingreso en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), tras la interrupción de la intervención, fue de 319 mg/dl. (folio 483 del expediente). La relación existente entre la aparición de episodios de hiperglucemia en pacientes diabéticos sometidos a cirugía con la presencia de complicaciones cardiorrespiratorias y neurológicas como las que lamentablemente sufrió el paciente es también advertible, no sólo por la existencia del Protocolo UCSI mencionado, claramente orientado a mantener al paciente en unos niveles de glucemia tolerables de cara a la intervención, sino también por el propio documento de consentimiento informado para anestesia suscrito por el paciente, donde se le advierte de manera expresa sobre los riesgos consiguientes a la instauración de cualquier modalidad de anestesia -general, loco-regional o local-, aludiendo a la posibilidad de “infarto agudo de miocardio, insuficiencia cardíaca, shock y paro cardíaco” y, dentro de las posibles complicaciones neurológicas, a “coma”, precisando posteriormente que “los riesgos aumentan en situaciones como: [] enfermedades previas cardíacas, respiratorias, renales, hepáticas y/o metabólicas (por ejemplo diabetes) []”, concluyendo: “Todas estas condiciones pueden producir MUERTE o estados vegetativos permanentes” (folios 475-476).

Así, aunque ciertamente el documento de consentimiento informado mencionado con anterioridad advierte al paciente sobre la posibilidad de aparición de complicaciones de extrema gravedad, como las que desgraciadamente surgieron, y el mismo está firmado por el afectado, dicha circunstancia no convierte la lesión producida en un daño no antijurídico, puesto que, para ello, sería necesario que no hubiera concurrido ningún rasgo de anormalidad en el ámbito estrictamente asistencial, lo que no sucede en el caso analizado. El

consentimiento informado no puede operar como un agente exoneratorio de alcance ilimitado que haga recaer sobre el paciente las consecuencias de los riesgos de cualquier operación, por el hecho de su mera comunicación, ya que precisa como complemento ineludible para cumplir tal finalidad eximente que haya habido también una correcta labor médica en el plano asistencial.

*De tal modo, ponderando la inversión de la carga de la prueba que incide en este caso por el carácter desproporcionado del resultado lesivo de la operación, la actividad probatoria desplegada por la Administración Sanitaria y por el personal de los servicios médicos imputados no puede considerarse suficiente para aceptar que la práctica asistencial cuestionada se ajustó a las reglas de la *lex artis ad hoc*, en lo concerniente a la adecuada gestión pre e intraoperatoria del problema metabólico portado por el paciente, siendo relacionable dicha irregularidad con la gravísima complicación cardiorrespiratoria y neurológica sufrida por el paciente. Es más, los antecedentes analizados con anterioridad ofrecen indicios perceptibles de que el manejo del problema metabólico del paciente, antes y durante la intervención, no se adecuó a las reglas conformadoras de la *lex artis ad hoc* en su vertiente asistencial. Por consiguiente, cabe advertir la existencia de relación de causalidad entre los daños objeto de reclamación y la actividad asistencial realizada por los servicios médicos del SESCAM, sin que recaiga sobre el damnificado el deber de soportarlos por revestir la condición de daños antijurídicos. “*

3.7. Discusión.

El análisis de estos seis dictámenes del Consejo Consultivo nos permite comprobar cómo el denominador común de los mismos ha sido la inversión de la carga de la prueba en aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, de modo que, a juicio del Consejo Consultivo, es la Administración sanitaria la que debe justificar que la actuación de sus agentes se produjo con adecuación plena a la *lex artis* (lo que convertiría el año en no antijurídico), o que el resultado lesivo se produjo como consecuencia de factores o elementos completamente inevitables (fuerza mayor). En caso contrario, el Consejo Consultivo dictamina a favor de la estimación de la reclamación, si bien en algunos casos de forma tan sólo parcial al no estimarse la totalidad de la cantidad indemnizatoria solicitada por no ajustarse a la realidad de los daños producidos.

También podemos observar cómo en la mayoría de los casos, no sólo se aplica la doctrina del daño desproporcionado a efectos de considerar antijurídico el daño producido, sino que a esta circunstancia se le añade el hecho de no haberse dado al paciente una información adecuada y/o suficiente, en virtud de lo dispuesto en el arts. 8.2 y concordantes 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, ya sea por la falta de firma del correspondiente documento de consentimiento informado, ya sea por que en ese documento no se recoge el riesgo finalmente materializado. En este sentido, conviene recordar una vez más que la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado ha sido suficiente por sí misma para considerar el daño como **antijurídico**, por presumirse mala praxis o negligencia médica, salvo prueba en contrario que corresponde a la administración sanitaria, pues tal como pone de manifiesto el Consejo Consultivo en uno de sus dictámenes: *“El consentimiento informado no puede operar como un agente exoneratorio de alcance ilimitado que haga recaer sobre el paciente las consecuencias de los riesgos de cualquier operación, por el hecho de su mera comunicación, ya que precisa como complemento ineludible para cumplir tal finalidad eximente, que haya habido también una correcta labor médica en el plano asistencial”*.

4. CONCLUSIONES.

En definitiva podemos concluir que la doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado, que se aplica en casos de medicina curativa (no en medicina satisfactoria o de resultado), si bien tiende hacia la objetivación de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, no convierte a este tipo de responsabilidad en objetiva toda vez que, tal como observamos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las sentencias en que se declara la responsabilidad patrimonial de la administración correspondiente siempre existen indicios en los hechos, indicios que, unidos a la desproporción del daño y a la falta de justificación por parte de la administración del resultado dañoso o de su inevitabilidad, conducen al Tribunal a declarar la responsabilidad del agente. Es decir, la jurisprudencia mayoritaria no solo se basa en la desproporción del daño producido, sino en la falta de justificación del resultado por parte de la administración y en otros

indicios resultantes de los hechos que, en cada caso, inducen a pensar que ha habido negligencia médica aunque el interesado no haya podido probarla.

Lo cierto, sin embargo, es que no existe un criterio unívoco y/o pacífico de imputación de responsabilidad médica o sanitaria. En consecuencia, se dan supuestos en los que, a pesar de un resultado o daño desproporcionado en relación a la intervención médica o sanitaria realizada, no se declara la responsabilidad si el resultado dañoso se justifica por la concurrencia de hechos imprevisibles e incontrolables y no existen indicios de mala praxis.

NOTAS:

1 STS-Civil de 5 de enero de 2007 (RJ 2007\552)

2 La inversión de la carga de la prueba, sí se produce, en cambio, en los supuestos en que la obligación que asume el médico es “de resultado” y no meramente “de medios”, como sucede en el ámbito de la medicina satisfactiva (cirugía estética no reparadora, por ejemplo) donde el paciente perjudicado que solicite una indemnización solo deberá acreditar la no obtención del resultado o que este es defectuoso, recayendo sobre el médico o el Servicio de Salud demandados la carga de probar las causas que excluyen la responsabilidad.

3 El art. 28 del Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba la Ley General de Consumidores y Usuarios establece: “...se responderá de los daños originados en el correcto uso de los bienes y servicios cuando por su propia naturaleza o cuando *incluyan la garantía de determinados niveles de pureza, eficacia o seguridad*”,

4 STSJ Madrid (Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 2009.

5 Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha núms. 112/2003; 57/2004; 53/2006; 174/2006; 96/2008 y 147/2008.

CAPÍTULO IV. LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA. REFLEXIONES CRÍTICAS

Luis Medina Alcoz

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO:.

1. PLANTEAMIENTO.- 2. LOS CASOS INFORMADOS.- 3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO REMEDIO A LA INCERTIDUMBRE CAUSAL.- 4. APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD, SEGÚN EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA.- 4.1. Los orígenes.- 4.2. El fundamento.- 5. PRESUPUESTO DE APLICACIÓN: LA CULPA.- 6. ÁMBITO DE APLICACIÓN: LA PROBABILIDAD CAUSAL INTERMEDIA.- 7. CONTENIDO: LA REGLA DE RESPONSABILIDAD PROBABILÍSTICA.- 7.1. Cuantificación del daño final.- 7.1.1. Cuestiones generales.- 7.1.2. Valoración del daño moral derivado del fallecimiento de un ser querido.- 7.1.3. Valoración de daños psicofísicos.- 7.2. Estimación de la probabilidad causal.- 7.3. Proyección del porcentaje de probabilidad sobre el valor total del daño.- 8. CONCLUSIONES

1. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo analiza la doctrina legal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha recaída en varios dictámenes evacuados en cumplimiento del artículo 59.9 a) de la Ley 11/2003, de 25 de diciembre del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha dentro de procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SES-

CAM): 122/2005, de 7 de septiembre; 142/2005, de 5 de octubre; 34/2006, de 15 de marzo; 173/2007, de 3 de octubre; 242/2007, de 19 de diciembre; 91/2008, de 29 de abril; y 199/2008, de 1 de octubre. El estudio aborda, en particular, la manera en que estos dictámenes rechazan la teoría de la pérdida de oportunidad o la aplican para aconsejar el libramiento de indemnizaciones parciales en contra de la Propuesta de Resolución o conformándose a ella.

A mi juicio, este análisis presenta un indudable interés, sobre todo porque el Consejo Consultivo realiza un encomiable esfuerzo por establecer soluciones razonables y razonadas al problema de la prueba del nexo causal a través de una doctrina (pérdida de oportunidad), que, aunque antigua (jurisprudencia inglesa, norteamericana y francesa de principios de siglo XX), sólo últimamente ha penetrado el Derecho español, y con difusos contornos. El análisis pondrá de manifiesto aspectos mejorables de las aplicaciones aconsejadas, pero la conclusión resultante es que los Dictámenes del Consejo son técnicamente superiores a los pronunciamientos jurisdiccionales (singularmente, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, Salas 1ª y 3ª) en el manejo de la doctrina de la pérdida de oportunidad: proporcionan ejemplos de aplicación rigurosa de criterios combinados de valoración del daño (tomados del sistema legal aprobado para accidentes de circulación) y ponderación probabilística; dan pie a un replanteamiento de las respuestas jurídicas al problema de la prueba; se separan de la tradicional confianza en el conocimiento empírico sobre la que se han construido nuestras convicciones probatorias (si un hecho es, podrá siempre demostrarse en el proceso); y, en lugar de ocultar las dudas que afectan a las causalidades médicas, las integran en sus soluciones para distribuir el peso de la incertidumbre entre las dos partes implicadas.

2. LOS CASOS INFORMADOS

El dictamen 122/2005 se refiere a la reclamación del hijo de Josefa L. M., fallecida como consecuencia de una infección nosocomial. Dª Josefa mostró un nivel alterado de conciencia, con sudoraciones y piel pálida. Las sábanas y la almohada de su cama tenían manchas de sangre y heces que fueron limpiadas antes de la visita del médico de cabecera, que, sin exploración alguna, diagnosticó “algo de anemia”,

solicitó análisis para el día siguiente y prescribió un inyectable. Horas después, al personarse en el domicilio para la práctica de la inyección prescrita, un ATS presenció un episodio de vómito hemático, avisando al médico de guardia. Éste ordenó el traslado de la paciente al Hospital General La Mancha-Centro, donde fue estabilizada y después intervenida de hemorragia gástrica e ingresada en la Unidad de Cuidados Intensivos. A los quince días falleció por shock séptico y fallo multiorgánico posiblemente consecuencia de una infección nosocomial secundaria. El órgano consultivo desaconseja el resarcimiento por ausencia de culpa y nexo causal y sin que, a su juicio, pudiera resarcirse en el caso una pérdida de expectativas de curación.

El dictamen 142/2005 informa la reclamación presentada por Josefina R. P. por el retraso en el diagnóstico de su cáncer de mama. En julio de 2001 la reclamante notó un pequeño bulto en el pecho por lo que acude al ginecólogo, que prescribe una mamografía. Ésta se realiza en el mismo mes y la radióloga interviniente formula la siguiente observación: “es necesaria la valoración ecográfica” debido a que “se visualiza en la mama izquierda y hacia la cola del cuadrante superoexterno una formación glandular que no visualizamos en el proyección craneocaudal”. Pero, sin realización de la ecografía, el Jefe del Servicio de Ginecología califica el hallazgo de benigno en el estudio mamográfico emitido. Ante el aumento alarmante del bulto experimentado a partir de diciembre, la interesada acude al médico de cabecera, que solicita la práctica urgente de mamografía. Tras varias pruebas adicionales, se diagnostica cáncer, practicándose el 5 de marzo de 2002 mastectomía izquierda y adenectomía axilar izquierda con extirpación de once ganglios, uno de ellos con metástasis. El Consejo se aparta de la Propuesta de Resolución para afirmar la anormalidad de funcionamiento del servicio público sanitario y calcular una indemnización proporcionada a “sus perspectivas de supervivencia”. No menciona expresamente la doctrina de la pérdida de oportunidad.

El dictamen 34/2006 aborda un supuesto similar de cáncer de mama. El informe asociado a la mamografía indicaba la existencia de “microcalcificaciones en cuadrante supero-externo de mama izquierda, dismórficas, a comparar con estudio previo si existiera evolución de dichas microcalcificaciones, lesión de sospecha como para considerar biopsia”. El problema es que transcurrieron 6 meses desde que la interesada solicitó consulta en el Servicio de Ginecología (mayo de 2002) hasta que tuvo conocimiento del informe (noviembre de 2002), que permaneció en sobre cerrado en la consulta. La reclamante sólo pudo tener conocimiento de su contenido cuando acudió nuevamen-

te al hospital y el Doctor que la atendió solicitó el informe. Se practicaron de inmediato nueva monografía y biopsia, interviniéndose a la interesada el 27 de noviembre del cáncer diagnosticado. El Consejo aprecia irregularidades en la atención médica dispensada que justifican el libramiento de una indemnización con descuento del 12%. Tampoco se menciona en este caso la teoría de la pérdida de oportunidad.

El dictamen 173/2007 versa sobre la reclamación presentada por José Juan M. A., por los daños derivados de la asistencia sanitaria recibida en el Hospital Virgen de la Luz de Cuenca. Ante un intenso dolor en la rodilla izquierda, Don José Juan acude al Centro de Salud de Pozuelo, que le deriva al Hospital Puerta de Hierro, donde, tras una exploración de rayos X, se diagnostica gonalgia y se prescribe Airtal con remisión al traumatólogo de zona. Tres semanas después (aprox.), y ante los persistentes dolores, el enfermo acude al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Salud, donde, sin análisis del líquido sinovial extraído de la rodilla, se diagnostica posible gonartrosis de ácido úrico. Ese mismo día, acude a la cita previamente concertada con el Servicio de Traumatología, donde también se extrae líquido sinovial sin analizarlo, diagnosticándose artritis gotosa. Dos semanas después, aproximadamente, D. José Juan acude en consulta al reumatólogo, que aprecia posible artritis séptica y acuerda el inmediato ingreso hospitalario a fin de realizar la analítica del líquido sinovial confirmatoria del diagnóstico realizado. El paciente tuvo que ser intervenido quirúrgicamente a los cinco días, practicándosele una sinovectomía total y drenaje. El órgano consultivo recomienda el reconocimiento de una articulada indemnización sobre la base de la existencia de un retraso injustificado en el diagnóstico de la artritis séptica que privó de una posibilidad de sufrir menos daño.

El asunto del Dictamen 242/2007 se refiere a la reclamación de las cuatro hijas de Pilar M. R., fallecida tras sufrir un desmayo en su domicilio. La madre de las reclamantes notó un fuerte chasquido en el pecho con irradiación brusca del dolor al cuello por lo que acude al Servicio de Urgencias del Centro de Salud de Palomarejos (Toledo). Sin práctica de pruebas médicas adicionales, la doctora diagnostica disfagia nerviosa y contractura muscular dorsal, prescribiendo la ingesta de antiinflamatorios y calor seco local en las zonas doloridas. Al día siguiente, D. Pilar sigue sufriendo dolores, desmayándose y quedando inconsciente en el suelo. Miembros de la Unidad de Urgencias del SES-CAM acuden inmediatamente al domicilio y, tras varias maniobras de reanimación, recuperaron el ritmo eléctrico y captaron pulso débil. La

trasladan al Hospital Virgen de la Salud, pero ingresa cadáver. También en este caso se aprecia una culpa en el comportamiento de la doctora, reductora de las probabilidades de sobrevivencia de la fallecida, fijándose una indemnización vertebrada.

El Dictamen 91/2008 se pronuncia sobre la reclamación de Joaquín P. por los daños derivados del retraso en el diagnóstico y tratamiento de su metástasis pulmonar de carcinoma de recto y nuevo tumor primario pulmonar izquierdo. D. Joaquín había sido intervenido en 2003 de neoplasia de canal anal recto distal. Pero por decisión médica no recibió quimioterapia ni radioterapia. La revisión de junio de 2004 srealiza un TAC que, pese a arrojar una lesión o masa hipodensa milimétrica en hígado, no motivó actuación adicional alguna. Otra imagen sospechosa aparece en enero y julio de 2005, pero tampoco se practican pruebas. La revisión de enero de 2006 detecta un aumento de la hipodensidad, remitiendo al paciente a una clínica concertada para la realización de un TAC de urgencia, realizado el 25 de enero. El paciente solicita cita para el informe y, pese a las quejas formuladas, ésta no tuvo lugar hasta el 16 de marzo. Entonces, se advierte una posible metástasis, remitiéndose de inmediato al paciente al oncólogo, que confirma el diagnóstico, apreciando, además, la existencia de un nuevo tumor. El paciente fue intervenido en el Hospital General Universitario de Albacete el 15 de mayo. El Consejo dictamina a favor del reclamante bajo el entendimiento de que ha habido una asistencia sanitaria defectuosa y la pérdida de una oportunidad de curación.

La reclamación informada por el Dictamen 199/2008, presentada por Marisol L. D., se funda en el la defectuosa atención sanitaria recibida, al no realizarse las pruebas técnicas necesarias tendentes a profundizar en el diagnóstico de una enfermedad de dos años de evolución y al realizarse un incorrecta interpretación de los síntomas: fue diagnosticada de gastritis crónica cuando, en realidad, padecía cáncer. La reclamante se encontraba en fase terminal en el Hospital La Paz cuando su abogada presentó la reclamación. El fallecimiento se produjo seis meses después (aprox.) y el marido continuó con las actuaciones. También en este caso el CCCLM aconseja el libramiento de una compensación económica altamente razonada sobre la base de una culpa administrativa que coartó posibilidades de sobrevivencia.

3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO REMEDIO A LA INCERTIDUMBRE CAUSAL

Los asuntos dictaminados se caracterizan por la intrínseca dificultad que encuentra el Consejo para apreciar el nexo causal. Las altas dosis de imprecisión de la ciencia médica, las dificultades probatorias inherentes a cada caso y, en general, la imperfección del conocimiento empírico impiden alcanzar un nivel suficiente de probabilidad que permita tener por cierto el nexo causal, esto es, que asegure que, con una asistencia sanitaria más atenta, la víctima habría evitado el daño o, al menos, mitigado sus efectos. Así, en el Dictamen 122/2005, el CCCLM afirma que, “aun reconociendo la hipotética demora en el diagnóstico, en términos dialécticos, ésta no sería el desencadenante necesario ni seguro de los daños sufridos por el reclamante, pues, con frecuencia, la propia gravedad de este tipo de lesiones conduce, aun tratadas prontamente, a complicaciones similares a las que, en definitiva, se le produjeron a la paciente”. El Dictamen 142/2005 señala que “no se puede alcanzar una plena certidumbre sobre la preexistencia y diagnosticabilidad del foco cancerígeno en el momento de la referida mamografía y su correspondencia con el manifestado más tarde”. El Dictamen 34/2006 entiende que “el alargamiento en el plazo de diagnóstico ha podido tener incidencia en las molestias sufridas”, pero no ha quedado acreditado que “tuviera influencia alguna en el retraso en el diagnóstico y subsiguiente intervención quirúrgica”. El Dictamen 173/2007 afirma, a su vez, que “la infracción de la *lex artis* no ha sido la única responsable de resultado producido puesto que un diagnóstico correcto no garantizaba que no hubiese habido secuelas concomitantes a la dolencia”. El Dictamen 242/2007 señala en igual sentido que, en el caso, “un diagnóstico correcto no era garantía de curación de la enferma, sino sólo de que se le hubiera proporcionado el tratamiento adecuado para intentar atajar las graves consecuencias de la disección aórtica”. De manera algo menos clara, la Propuesta de Resolución informada en el Dictamen 91/2008 contiene la misma idea: “no todos los daños alegados por la parte derivan del retraso en el diagnóstico y tratamiento del tumor, sino de su propia patología”. Es la conclusión que formula el Consejo en ese Dictamen con mayor precisión: “Este retraso, es evidente que no provocó la enfermedad que padece, pero no es menos cierto que le restó probabilidades de sobrevivir a tan grave dolencia”. El informe de la médico inspectora encargada de la instrucción del asunto informado por el Dictamen 199/2008 declara en esta misma línea que un diagnóstico más precoz sólo “hubiera podido influir en la ralentización de la evolución de la enfermedad”, pero sin afirmarlo como seguro y señalando que

no debería condenarse al abono de la totalidad del daño padecido “puesto que, en el caso contrario, se estaría reconociendo que el profesional médico hubiera sido responsable directo de la enfermedad y, en su caso, del fallecimiento, cuando era probable que el desenlace hubiera sido, en todo caso, el mismo”¹.

Los planteamientos tradicionales en materia de prueba y nexo causal imponen la solución del todo o nada. Obligan a que el peso de la incertidumbre recaiga en su conjunto sobre un solo sujeto: sobre el agente dañoso, cuando, ante las dificultades probatorias, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba para afirmar un nexo causal dudoso y ordenar la reparación total del daño padecido; o sobre la víctima, cuando el órgano judicial mantiene ese estándar ordinario y libera de toda responsabilidad al agente (posiblemente) dañoso. Conforme a esta asentada postura, la Administración sanitaria debería quedar vinculada a reparar la totalidad de los daños padecidos en los casos examinados, si se opera una notable flexibilización de las exigencias probatorias normales; o, al contrario, resultar por completo liberada en aplicación de unos más rigurosos niveles de certeza que, al parecer, no se satisfacían en los asuntos examinados (salvo, quizá, en el Dictamen 199/2008).

Pues bien, el más antiguo de los informes examinados se acoge a este tradicional planeamiento. En efecto, el Dictamen 122/2005, en línea con la Propuesta de Resolución, entiende que la Administración sanitaria no ha incurrido en responsabilidad por la doble razón de que cumplió la *lex artis* y de que no hay prueba del nexo de causalidad. Este último aspecto es el que ahora interesa. El Consejo señala que, aún en la hipótesis de que la demora careciera de justificación y fuese expresiva de un funcionamiento anormal, “ésta no sería el desencadenante necesario ni seguro de los daños sufridos por el reclamante”. Y no convence al Consejo la fórmula de indemnizar la pérdida de oportunidad, habida cuenta de que el sacrificio de expectativas “en ningún caso tendría el carácter de indemnizable, tal y como ha mantenido este órgano consultivo en anteriores dictámenes -128/2001, de 27 de noviembre, 51/2002, de 9 de abril, 79/2002, de 5 de junio, y 48/2003, de 21 de abril-, según los cuales, las meras expectativas, sobre las que no se ha alcanzado certeza alguna, no son indemnizables, “*dado que siguiendo una consolidada doctrina del Tribunal Supremo respecto a la procedencia de su compensación, “las expectativas, desprovistas de certidumbre, no son indemnizables” (entre otras, Sentencias de 20 de febrero de 1999, RJ Aranzadi 3016; 29 de marzo de 1999, RJ Aranzadi 3783; y 18 de marzo de 2000, RJ Aranzadi 3077)*”.

Sin embargo, dictámenes posteriores del CCCLM se alejan netamente del “todo o nada”, acogiéndose a un expediente teórico que le permite distribuir el peso de la incertidumbre (y de la responsabilidad) entre las dos partes implicadas: la teoría de la pérdida de oportunidad. Los Dictámenes 122/2005 y 142/2005, de 5 de octubre no hacen referencia expresa a este expediente, pero lo aplican (aunque no con alta rigurosidad). Los siguientes de 2007 y 2008 lo hacen ya con toda claridad (y mayores dosis de precisión). Dejando por el momento a un lado los detalles de estas aplicaciones, puede decirse que la doctrina legal del Consejo acoge la teoría de la pérdida de oportunidad para evitar la injusticia del todo o nada. Conforme a ésta, el agente responde sólo en proporción a la medida de la probabilidad de que fuera autor del menoscabo o, lo que es lo mismo, la víctima sólo recibe una reparación parcial del menoscabo; una indemnización de la que se descuenta la cuota correspondiente a la probabilidad de que la culpa médica no haya interferido en el curso de la enfermedad. De este modo, se brinda una solución equilibrada que pretende acomodarse a una sensibilidad judicial a la que repugna que se exonere al agente (posiblemente) dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le obligue a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado. Es el planteamiento que defiende el CCCLM al afirmar que, conforme a la doctrina de la pérdida de oportunidad, “sería suficiente la existencia de la posibilidad de que la intervención médica hubiera podido evitar el daño para que nazca el derecho a reclamar una indemnización; todo ello en la hipótesis de que un tratamiento más acorde a la *lex artis* hubiera podido producir un resultado final distinto y más favorable” (Dictámenes 173/2007, 91/2008, 199/2008); y que “la indemnización debe ser necesariamente inferior a la que correspondería por éste [el daño real] y, en todo caso, proporcional a las expectativas de éxito (de curación o supervivencia)” (Dictamen 91/2008).

4. APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD, SEGÚN EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

Varios de los dictámenes examinados contienen un párrafo explicativo de los orígenes y el fundamento de la doctrina de la pérdida de oportunidad: “La doctrina denominada de *‘perdida de oportunidad o pér-*

didada de probabilidad’, incorporada al acervo doctrinal español mediante numerosas y casuísticas sentencias dictadas en el ámbito de las negligencias médicas, es la incorporación a nuestro Derecho de la doctrina francesa de *‘la perte d’une chance’*. Creación jurisprudencial que sustituye la reparación de un daño no probado por la de un daño que no consiste en otra cosa que en la pérdida de una posibilidad de curación, de manera que del estudio de la casuística jurisprudencial se puede concluir que sería suficiente la existencia de una leve posibilidad de que la intervención médica hubiera podido evitar el daño para que nazca el derecho a reclamar una indemnización, aplicándose incluso, aunque no esté claro que el acto médico hubiera evitado el resultado lesivo, todo ello en la hipótesis de que un tratamiento más acorde a la *lex artis* hubiera podido producir un resultado final distinto y más favorable (Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2003, Ar. RJ 2003, 264821)”².

4.1. Los orígenes

El Consejo Consultivo afirma que la teoría de la pérdida de oportunidad procede del Derecho francés, y da a entender que su ámbito material de aplicación es muy estrecho: casos de responsabilidad médica. Afirma, además, que hay “sentencias” que la han incorporado al Derecho español, citando una en concreto de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional. Hay que valorar el esfuerzo de este órgano consultivo en orden a explicar, no sólo el significado de este expediente teórico, sino también su origen y el proceso de una implantación en nuestro sistema jurídico. No obstante, lo hace mediante una explicación sintética demasiado simplificada y bastante imprecisa.

Aunque la doctrina francesa afirma como suya la doctrina de la pérdida de oportunidad, son varios los ordenamientos jurídicos que la desarrollaron inicialmente y, probablemente, sin influencias recíprocas. Hay precedentes franceses de principios del siglo XIX, pero también aplicaciones de esta doctrina por los Tribunales británicos y norteamericanos (Estados Unidos y Canadá). Después, la teoría ha circulado *horizontalmente*, penetrando otros muchos ordenamientos nacionales (Australia, Bélgica, Holanda, Italia, Argentina, entre otros); y *verticalmente*, alcanzando a organizaciones europeas e internacionales de diverso signo (Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT–; Academia de Jusprivatistas Europeos; Grupo Europeo de

Responsabilidad Civil –EGTL-) que, después de identificarla a través del método comparado, la han recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos (art. 2.7 Directiva 92/13/CE³ y jurisprudencia comunitaria⁴; sentencias en materia de derechos humanos⁵; art. 7.4.3 Principios UNIDROIT⁶; art. 163 Parte General del Código Europeo de Contratos⁷; art. 3:106 Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil⁸)⁹.

A su vez, los asuntos en que la doctrina fue inicialmente aplicada no fueron de responsabilidad médica. Así, en Francia, las primeras aplicaciones se refieren a negligencias de profesionales forenses. Y en Reino Unido, su emblemático *leading case* *Chaplin vs. Hicks* de la *Court of Appeal* (1911) se refiere a un concurso de belleza. Bajo la influencia de esta solución, varios ordenamientos utilizan la teoría para indemnizar parcialmente daños económicos (posiblemente) derivados de incumplimientos contractuales, por ejemplo Australia: asunto *Sellars* (1994) de la *High Court*. Ciertamente, la jurisprudencia francesa ha aplicado la teoría en supuestos de negligencia médica, pero no exclusivamente y sólo a partir de los años sesenta del siglo XX. Y, aunque hay sistemas jurídicos que utilizan la figura sólo en materia sanitaria (Estados Unidos), lo habitual en el panorama comparado es que se aplique también en otros casos de incertidumbre causal. Tanto es así que los casos paradigmáticos a través de los cuales la doctrina anglosajona y francófona explica la teoría no son de responsabilidad médica¹⁰.

En cuanto a la importación española de la teoría de la pérdida de oportunidad, es verdad que en ella ha jugado un papel fundamental la jurisprudencia administrativa en materia de responsabilidad por daños médicos y, singularmente, la de la Audiencia Nacional, pero no sólo la producida en el orden contencioso. La primera STS que indemniza una posibilidad de curación es, en realidad, de la Sala I¹¹, si bien los avances más significativos se han producido después en sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia¹², la Audiencia Nacional¹³ y el Tribunal Supremo¹⁴. Hay que tener en cuenta, además, que la doctrina de la pérdida de oportunidad arraigó inicialmente en sentencias declarativas de responsabilidad de profesionales forenses, afirmándose el derecho a la reparación de la pérdida de una posibilidad de victoria en procesos jurisdiccionales¹⁵. Por lo demás, no puede olvidarse que, ya en los años noventa, el Consejo de Estado aplicó la doctrina bajo la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para aconsejar la indemnización de *chances* laborales y de la posibilidad de evitar los gastos aparejados al sostenimiento de una acción resarcitoria ante la jurisdicción civil

en supuestos en que la prescripción del ilícito penal por la prolongada paralización de las actuaciones había impedido un examen de fondo de la acción penal ejercitada y, con ello, de la acción civil acumulada¹⁶. A su vez, el legislador, por influjo de la Directiva 92/13, consagró el derecho a indemnización del licitador que hubiera contado con “posibilidades reales” de resultar adjudicatario de haberse tramitado limpiamente el procedimiento de contratación (art. 112 Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales¹⁷, que reitera el contenido del artículo 63 de la derogada Ley 48/1998; y art. 213 de Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos¹⁸). Además, hay pronunciamientos que están anunciando una extensión de los supuestos a que se aplica la teoría. La SAP Zaragoza (Secc. 5ª) núm. 718/2005, de 28 de diciembre (JUR 2006/27090), se refiere a la pérdida de la oportunidad de sustraerse al pago de una indemnización por la negligencia de un corredor de seguros¹⁹. A su vez, la sentencia 153/08, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granada, acogiendo parcialmente las recomendaciones del Ministerio Fiscal en relación con la acción resarcitoria acumulada, ordena la reparación de la oportunidad de acceder al cuerpo de bomberos, a cuyas oposiciones no pudo presentarse el recurrente como consecuencia de un accidente constitutivo de ilícito penal y civil. Y algunas sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) afirman el carácter resarcible de la pérdida de la oportunidad de victoria en oposiciones y, en general, procedimientos administrativos competitivos²⁰.

4.2. El fundamento

En cuanto al fundamento, el CCCLM dice bien poco, seguramente por la dificultad de defender una teoría que contradice un dogma tan arraigado como discutible cuando se lleva al extremo: sólo hay responsabilidad si hay prueba patente del nexo causal. En efecto, la teoría de la pérdida de oportunidad se enfrenta derechamente a la teoría de la causalidad y a las reglas sobre los que ésta se ha edificado; en España, artículos 1101 y 1902 del Código Civil, para la responsabilidad contractual y extracontractual de los particulares, y artículo 139 de Ley 30/1992, para la responsabilidad de las Administraciones públicas. Estos preceptos presuponen la prueba del nexo etiológico; que sólo con ella puede surgir la obligación de indemnizar, y, por tal razón, la responsabilidad por una causalidad que es sólo posible parece incompatible con ellos.

Pues bien, los Dictámenes examinados no afrontan a las claras este problema, limitándose a señalar que la doctrina de la pérdida de oportunidad “sustituye la reparación de un daño no probado por la de un daño que no consiste en otra cosa que en la pérdida de una posibilidad de curación” (Dictámenes 173/2007, 91/2008, 199/2008). Esta idea se presenta a veces de manera más precisa: “lo que debe ser objeto de reparación” es, no el daño *real* padecido, sino “la pérdida de la oportunidad o de la probabilidad de que con un diagnóstico efectuado de conformidad con las pruebas y análisis que una adecuada *lex artis* imponían, se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud del paciente” (Dictamen 173/2007; 91/2008). En supuestos de diagnóstico intempestivo de cáncer de mama, el daño independiente en que se hace consistir la pérdida de oportunidad se identifica con un daño moral, concretado en “las molestias sufridas durante el tiempo en que se trazó el diagnóstico, así como las resultantes de la mayor intensidad y gravedad del tratamiento quimioterápico y radioterápico al que fue sometida la paciente, así como las que derivan de las expectativas más sombrías que tiene la paciente a resultados del diagnóstico tardío” (Dictámenes 145/2005 y 34/2006, que toman la frase entrecomillada de la SAN, Sala contencioso-administrativa, 27 noviembre de 2002, Ar. 2003/61). De este modo, el Consejo da a entender que la oportunidad es una cosa en si misma, distinta del bien de la salud; y que su pérdida constituye un daño por completo independiente del menoscabo de la integridad física o del perjuicio moral derivado de la muerte de un ser querido. Por eso se afirma a veces la existencia de relación de causalidad (Dictámenes 145/2005, 34/2006 y 199/2008), pues tal relación es la que vincula la culpa médica con la pérdida de la oportunidad, no con el daño final. De este modo, el CCCLM se suma a la tendencia general a camuflar la quiebra del dogma causal tradicional que representa la teoría de la pérdida de oportunidad a través de variopintos expedientes: tanto en España como en muchos de los ordenamientos de nuestro entorno, la mayoría defiende el otorgamiento de indemnizaciones parciales en supuestos de falta de prueba patente del nexo causal, pero se apoya en artificios para afirmar su compatibilidad con la concepción tradicional de la causa. Se dice que, en los casos en que la probabilidad causal no es alta, sino simplemente seria, la víctima pierde una propiedad anterior (teoría ontológica del perjuicio patrimonial, desarrollada en Italia y en los Estados Unidos) o sufre un daño moral (teoría ontológica del perjuicio personal, aplicada en Francia y, sobre todo, en España). Bajo esta perspectiva, el daño indemnizado es, no el daño final incierto, sino la posibilidad de evitarlo, configurado como un daño *a se stante* de carácter económico o personal.

Pero se trata de construcciones doctrinales que no resisten un análisis crítico y cuyo único sentido es proporcionar la protección que se estima debida, pero sin cuestionar el concepto tradicional de causa. Tales construcciones hacen depender la existencia de un daño emergente (económico o personal) de las posibilidades cognoscitivas del juez, esto es, de las informaciones de que dispone para formarse un juicio en torno a las circunstancias fácticas del caso. Si tales informaciones arrojan una probabilidad causal seria y no desdeñable, se afirma que la víctima ha perdido un bien de naturaleza patrimonial o moral, pero si, en el mismo caso, nuevos datos determinan que tal probabilidad sea, en realidad, muy alta o muy baja, ese bien desaparece “misteriosamente” para afirmarse o negarse la existencia del nexo causal (y, por tanto, conceder o denegar la reparación total)²¹. Téngase en cuenta, a su vez, que el daño moral derivado de la angustia provocada por negligencias médicas constituye una partida indemnizatoria que puede tomarse en consideración, pero no para camuflar a su través una compensación parcial de los perjuicios asociados a la patología. La cantidad establecida por tal concepto debería sumarse a la fijada en concepto de pérdida de oportunidad para reparar el daño final en proporción a la probabilidad de que una actuación médica atenta hubiera podido evitarlos. Es la solución que, a mi juicio, debería practicarse en supuestos de ausencia de consentimiento informado y negligencia de profesionales forenses. En los primeros, la falta de información sobre los riesgos aparejados a una intervención o tratamiento genera un daño moral sustanciado en la lesión del derecho del paciente a autodeterminarse. Si resulta, además, que es posible que el paciente hubiera rechazado el tratamiento en que esos riesgos se desencadenaron efectivamente, procedería reparar también, pero sólo parcialmente, las lesiones físicas producidas. A su vez, cuando un abogado olvida recurrir la sentencia desfavorable para los intereses de su cliente, produce un daño moral, por frustración de aspiraciones de defensa. Si resulta, además, que había una cierta probabilidad de victoria en el proceso que no fue, correspondería indemnizar asimismo, no enteramente, el valor económico de la pretensión que debió enarbolarse. La dificultad estriba en que la reparación de estos daños en ausencia de prueba patente del nexo causal es radicalmente incompatible con un postulado básico del Derecho daños, que es, como se ha dicho, el de que sólo hay responsabilidad si hay prueba patente del nexo causal.

El problema es que no puede rechazarse fácilmente la teoría de la oportunidad perdida porque el reconocimiento de algunos supuestos de responsabilidad sin causa acreditada es concebido, por lo general, como justo. Los casos de pérdida de oportunidad son, pues, problemá-

ticos o anómalos porque, al encararse, surge la discordancia entre la solución que aporta el modelo tradicional (todo o nada, según que se rebajen o mantengan las exigencias ordinarias de prueba) y la que, según el sentir general, debería proporcionarse (indemnización proporcional). La única solución lógica y coherente con la teoría general de la causalidad es el rechazo de la doctrina de la *chance* y, consecuentemente, la negación o afirmación de una protección total, pero tal solución lastima la comprensión general de lo que es justo.

A mi juicio, para resolver el turbador enigma, al menos en el Derecho español, pueden evitarse las ficciones que, en la actualidad, sostienen la mayor parte de los autores y juzgadores para encubrir que la teoría de la *chance* se enfrenta a la teoría general de la causalidad. Basta fijarse en las normas precitadas en que está consagrada y constatar que allí no se dice que procede indemnizar a la víctima que sólo acredita una causalidad simplemente posible porque sufre un daño moral o porque pierde una cosa integrada previamente en su patrimonio jurídico. Tales normas quieren, sencillamente, que en los supuestos de hecho tomados en consideración surja la responsabilidad, aunque no pueda reputarse alta la probabilidad de que, sin la acción ilícita (o con la conducta debida omitida), el daño dejara de producirse. De este modo, esas reglas establecen un sistema alternativo de imputación causal que deja de basarse en la idea de que la causalidad es o no es (todo o nada), según se supere o no un umbral de certeza radicado en la alta probabilidad. Se trata de un *régimen especial de imputación probabilística* que da entrada a la idea de una causalidad meramente posible y que permite la reparación parcial de un daño eventual sin negarle ficticiamente esta calidad. Planteada así la cuestión en el Derecho español, la dificultad es concretar hasta qué punto el recurso a la analogía permite aumentar el inicialmente estrecho campo aplicativo de la doctrina de la oportunidad perdida y la concepción causal probabilística que lleva incorporada. El problema consiste, pues, en determinar si (y hasta qué punto) cabe proyectar el principio de causalidad probabilística que la Ley ha sancionado para un caso a supuestos imprevistos en que resulta igualmente imposible conseguir el grado de certeza que de ordinario es preciso para tener por cierto el hecho causal y ordenar la reparación total de perjuicio ocasionado²².

Desde luego, facilitaría la labor del intérprete una reforma legal que estableciera con carácter general los supuestos en que procede brindar indemnizaciones parciales ante causalidades sólo posibles. A tal efecto, deberían ponderarse los resultados que arroja el análisis económico del Derecho, tanto a favor como en contra de un sistema de res-

ponsabilidad proporcional o probabilística²³. Pero las reformas que se proyecten de ninguna manera pueden basarse exclusivamente en parámetros de eficiencia económica y prevención²⁴. La proliferación y consolidación de mecanismos de técnicas de reparación proporcional en ausencia de prueba del nexo causal tienen que ver fundamentalmente, en realidad, con algo tan relevante como evanescente y difícilmente mensurable: la transformación de la sensibilidad judicial, que ya no tolera que sólo la causalidad cumplidamente acreditada encienda la mecánica de la responsabilidad. Y es que, tal sensibilidad obliga a admitir que, de la misma manera que la causalidad perfectamente demostrada genera una responsabilidad “total” (*total liability*) por el daño causado, la simplemente posible puede (sólo) en algunos casos generar una responsabilidad “parcial” (*partial liability*) por la posibilidad del daño causado²⁵. En lugar de acudir a ficciones o estratagemas jurídicas, debe reconocerse que la teoría de la *chance* establece una regla de responsabilidad proporcional en virtud de la cual el agente dañoso indemniza, no por el daño que ha causado, sino, simplemente, por el daño que posiblemente causó²⁶. Se trata, en definitiva, de una redefinición del concepto clásico de causalidad que da entrada a las ideas de “causalidad sospechada”, “causalidad probabilística”, “porcentajes de causalidad”, “causalidad de proporciones” o “causación probable”, ligadas a las de “reparación proporcional” o “responsabilidad parcial”. Por eso no parece exagerado afirmar que esta severa transformación expresa un cambio de paradigma o revolución científica en sentido técnico.

5. PRESUPUESTO DE APLICACIÓN: LA CULPA

La doctrina legal del CCCLM acierta a aplicar una doctrina que garantiza un resarcimiento parcial pese a las dudas probatorias que afectan a una de las condiciones (nexo causal) precisas para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial. Pero es evidente que la aplicación de esta doctrina presupone el cumplimiento de las condiciones restantes. En este sentido, la existencia de culpa constituye un presupuesto de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en los términos que a continuación se exponen.

El Consejo Consultivo, en línea con la jurisprudencia de los tribunales, defiende una concepción *panobjetiva* de la responsabilidad

patrimonial. Afirma que, conforme al artículo 139 LRJPAC, los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas son sólo la existencia de un daño antijurídico y de relación material de causa a efecto entre éste y el funcionamiento del servicio público²⁷. Sin embargo, siempre incluye párrafos expresivos de la voluntad de contrarrestar la responsabilidad desmesurada a que conduce esta construcción²⁸. Y, como los tribunales, aunque no adjudica *formalmente* relevancia a la culpa ni, en general, a los criterios jurídicos de imputación, suele analizar lo sucedido para aconsejar el resarcimiento del daño sólo después de comprobar que concurre uno de tales criterios (culpa, riesgo, sacrificio, incumplimiento). En particular, afirma como indispensable la infracción de la *lex artis* para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. De este modo, está consolidando *materialmente* una concepción policéntrica del instituto resarcitorio que, a mi juicio, se adapta mejor a las exigencias de la LRJPAC y en la que la culpa es, no el fundamento único y exclusivo del resarcimiento del daño, pero sí uno de los variados criterios que deben manejarse para resolver el juicio resarcitorio en multitud de ámbitos y, entre ellos, en el correspondiente a la sanidad. El problema fundamental es que el Consejo Consultivo (al igual que el Tribunal Supremo), al no afirmar claramente esa concepción de la responsabilidad, deja de aportar pautas claras de delimitación que permitan definir el ámbito de aplicación que corresponde a cada uno de los criterios de imputación²⁹.

El hecho es que, en cada uno de los dictámenes examinados, el Consejo Consultivo compara, con mayor o menor detallismo, el nivel de calidad del servicio sanitario dispensado en concreto con el exigible en abstracto. En aplicación de una buena teoría de la culpa, el máximo órgano consultivo de la Comunidad tiende a esforzarse en determinar el estándar de calidad exigible (*lex artis*) para afirmar o negar la culpa de la Administración (y por ende, la existencia o no de una responsabilidad parcial en aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad) según que ésta haya obrado o no en correspondencia con aquél. Se trata de una dificultosa tarea en la que resulta destacable el dato de que el Consejo se vale a veces, no sólo de los informes médicos producidos por las partes, sino también de artículos publicados en revistas científicas y memorias de protocolos elaboradas para la prestación de servicios sanitarios en los hospitales castellano-manchegos (Dictamen 242/2007).

En ejecución de este juicio de culpabilidad, el Consejo Consultivo descarta la existencia de infracción de la *lex artis* en el Dictamen 122/2005. En este caso, los pormenores de este juicio no se exponen de manera particularmente clara y ordenada. Al parecer, el

reclamante aducía que la infección nosocomial contraída por la víctima, factor posiblemente desencadenante del fallo multiorgánico que produjo la muerte, se debió a una falta de asepsia y de higiene. De la lectura del dictamen se desprende que, a juicio del reclamante, el comportamiento negligente se debió también a la tardanza en el análisis del cuadro hemorrágico de la fallecida, pues el tratamiento inicial prestado por la médico de cabecera se basó en un diagnóstico equivocado de anemia. Sin embargo, el Consejo Consultivo estima que “no puede entenderse que haya existido descuido o inadecuada aplicación de la *lex artis*”. Lejos de asociar la infección nosocomial al incumplimiento de un estándar mínimo de higiene, hace suya la conclusión del informe del Inspector Médico que afirma que “[u]n porcentaje importante de infecciones hospitalarias y no hospitalarias son difíciles de evitar, como en el presente caso, debido a la gravedad del proceso de base, la afectación de los mecanismos inmunológicos, la edad avanzada y el tipo de tratamiento requerido”. A su vez, entiende que, dadas las circunstancias en que operó la médico de cabecera, su diagnóstico, aunque inexacto, fue adoptado protocolariamente y con el cuidado debido. Parece acogerse así el criterio del informe facultativo emitido por la Asesoría de la compañía aseguradora de la Administración sanitaria imputada en cuanto a que “[n]o existen datos de que la paciente presentara signos o síntomas sugestivos de una hemorragia digestiva con anterioridad a las 18:00 del día 28 de enero”. El Consejo afirma en este sentido sobre la base del informe de la Inspección Sanitaria “que la actuación sanitaria tuvo lugar en un periodo corto de tiempo y adoptando las medidas diagnósticas según los síntomas que presentaba la paciente, e ingresándola en un centro hospitalario para seguir y controlar las posibles complicaciones que pudieran derivarse inmediatamente después de aparecer la hemorragia. Con lo cual se puede afirmar que se adoptaron las medidas médicas asistenciales necesarias para atajar las consecuencias derivadas de la enfermedad de la paciente”. En ausencia de culpa, debe desaconsejarse el resarcimiento, sin que haya de examinarse la existencia del grado de incertidumbre causal que justifica la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Aunque se dieran las circunstancias aplicativas propias de esta doctrina, la ausencia de un presupuesto elemental del surgimiento de la responsabilidad patrimonial como es la culpa de la Administración sanitaria determina que el reclamante carezca de derecho resarcitorio alguno. No obstante, comoquiera que el familiar de la fallecida postula en su escrito la reparación de la “privación del derecho a tener unas posibilidades de supervivencia y la pérdida de oportunidad al privársele de la posibilidad de luchar por su vida”, el Consejo afronta la cuestión, descartando la resarcibilidad de la mera expectativa.

Los demás Dictámenes examinados indemnizan en concepto de pérdida de oportunidad (afirmándolo o no expresamente) sobre la base de una asistencia sanitaria defectuosa. El número 142/2005 considera que “existió un funcionamiento irregular de los servicios sanitarios del referido centro hospitalario, concretado en el hecho de que, a pesar del informe de la radióloga de 19 de julio de 2001, que habla de la necesidad de realizar una valoración ecográfica para pronunciarse sobre la benignidad o malignidad de la formación glandular...la misma no fue ordenada ni por aquélla ni por el ginecólogo que atendía a la paciente”. En parecido sentido, el Dictamen 34/2006 aprecia que el “hecho no justificado de no examinar, en su momento, al mamografía realizada...y de cuya valoración resultaba ‘lesión de sospecha como para considerar biopsia’ ha retrasado el diagnóstico, y subsiguiente intervención de su cáncer de mama...demora que constituye un funcionamiento anormal del servicio público sanitario”. A su vez, el Dictamen 173/2007 concuerda con la Propuesta de Resolución en que los profesionales que atendieron al paciente incurrieron en un error al no realizar el análisis del líquido sinovial extraído, pues esto dio lugar a un diagnóstico y tratamientos equivocados que retrasaron la aplicación de los cuidados que requería la artritis séptica que en efecto padecía³⁰. Del mismo modo, el Dictamen 91/2008 coincide con la Propuesta de Resolución en la existencia de culpa (retraso en el diagnóstico del cáncer pulmonar que los profesionales sanitarios podrían haber evitado examinando con mayor atención la radiografía torácica practicada). Y, en esta línea, el Dictamen 199/2008 afirma con la Propuesta de Resolución una responsabilidad basada en “una mala praxis médica en cuanto a la falta de pruebas diagnósticas para detectar la enfermedad a tiempo de ser curada con una alta probabilidad”. El Dictamen 242/2007 afirma igualmente la infracción de la *lex artis ad hoc*, aunque, en este asunto, en contra de la Propuesta de Resolución (para la que la actuación de los profesionales sanitarios fue perfectamente adecuada), del Informe de la instructora actuante (“no se puede acusar a la Doctora..., que actuó...en consonancia a la clínica que presentaba la paciente”) y del dictamen médico presentado por la compañía aseguradora de la Administración actuante (“no existió un error en el diagnóstico, sino una imposibilidad de realizar el mismo dado lo atípico de la presentación del cuadro”). Se trata de un dictamen destacable por el esfuerzo argumentativo desplegado. Para afirmar la negligencia médica el órgano consultivo se basa en el “Manual de Protocolos y Actuación en Urgencias” del Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario de Toledo (disponible en su página Web: www.cht.es) y en un trabajo científico (“Diseción Aórtica Aguda”, Sección de Medicina de Urgencia, Hospital General Universitario Gregorio Marañón, *Anales de Medicina Interna*, 2002)³¹.

Después de comparar las pautas de diagnóstico contenidas en la literatura médica con la asistencia médica concretamente dispensada, el Consejo concluye que la Administración sanitaria incurrió en culpa (no tuvo en cuenta los antecedentes personales; no constan mediciones de tensión arterial en ambos brazos, frecuencia cardíaca o temperatura ni exploraciones; ni electrocardiograma; ni atención a la sintomatología presentada, que cuadraba con la típica de la disección aórtica, sin perjuicio de su variabilidad).

6. ÁMBITO DE APLICACIÓN: LA PROBABILIDAD CAUSAL INTERMEDIA

Los dictámenes del CCCLM no contienen una definición precisa del ámbito de aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad. No obstante, algunos de sus párrafos y, sobre todo, la parte destinada al cálculo resarcitorio, permiten extraer una pauta útil de delimitación³². Conforme a ella, la aplicación de la regla de responsabilidad proporcional característica de la doctrina de la pérdida de oportunidad procede sólo en supuestos de incertidumbre causal; y ésta no se da tanto cuando la probabilidad causal es muy baja o muy alta. Si es escasamente probable que una atención médica correcta hubiera evitado el menoscabo, se niega la existencia del nexo causal y se aconseja la liberación completa de la Administración sanitaria. En cambio, si es altamente probable que tal atención hubiera impedido la muerte o asegurado la curación, tampoco se aplica la teoría, pues puede afirmarse la existencia de un nexo causal cierto para aconsejar la reparación total del daño provocado. De este modo, el Consejo, en consonancia con una cabal comprensión de la teoría, afirma la oportunidad perdida sólo ante una probabilidad causal seria, no desdeñable, que, sin alcanzar el nivel (máximo) que permite tener por cierto el hecho causal, supera el nivel (mínimo) que permite asegurar que el agente dañoso no causó el daño.

El Consejo hace referencia a la “incertidumbre causal” como criterio de delimitación cuando afirma que la teoría de la pérdida de oportunidad “sustituye la reparación de un daño no probado” y que surge el derecho a indemnización “aunque no esté claro que el acto médico hubiera evitado el resultado lesivo” (Dictámenes 173/2007, 91/2008, 199/2008). Son frases algo imprecisas: la falta de prueba se refiere, en

realidad, no al daño (los dictámenes no discuten la existencia del daño moral derivado de la muerte o el menoscabo de la integridad física del reclamante), sino a su vinculación causal con la culpa médica; y la pérdida de oportunidad se aplica, no *aunque* no esté clara la causalidad, sino, *precisamente*, en estos casos. Pero otros pasajes expresan con más claridad el criterio de la incertidumbre causal: “Establecido que...un diagnóstico correcto no garantizaba que no hubiese habido secuelas concomitantes a la dolencia, lo que debe ser objeto de reparación es la pérdida de la oportunidad o de la probabilidad de que con un diagnóstico efectuado de conformidad con las pruebas y análisis que una adecuada *lex artis* imponían, se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable” (Dictamen 173/2007); “Un diagnóstico correcto no era garantía de curación de la enferma” (Dictamen 242/2007); “no puede decirse que dicha infracción (de la *lex artis*) haya sido la única responsable del resultado producido, ya que la propia evolución de la enfermedad no hace descartable la aparición de metástasis aun en el supuesto de cánceres prontamente tratados...por tanto, lo que debe ser objeto de reparación es solamente la pérdida de la oportunidad de que, con un diagnóstico realizado en un estadio más temprano de la enfermedad, se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud del paciente” (Dictamen 91/2008). Es, pues, claro que, a juicio del Alto Órgano consultivo, la ausencia de prueba patente del nexo causal constituye un presupuesto de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. El Consejo parte así de la existencia de un nivel máximo de certeza que, si se supera, da lugar a la afirmación del nexo causal con reparación total del daño producido, pero que, si no se alcanza, da pie a la afirmación de la pérdida de oportunidad con reparación parcial del perjuicio sufrido. Del mismo modo, parece que, conforme a estos dictámenes, la probabilidad causal debe superar un mínimo, pues de otro modo puede afirmarse con seguridad suficiente la ausencia de prueba del nexo causal y, por tanto, de derecho resarcitorio alguno.

Si la probabilidad causal baja puede cifrarse de manera convencional en un 10-15% y la probabilidad alta en un 75%-80%, el Consejo ha aplicado (a mi juicio correctamente) la doctrina de la pérdida de oportunidad ante probabilidades intermedias, valoradas en porcentajes de 50 (Dictamen 173/2007, que acepta la estimación realizada en la Propuesta de Resolución; y 242/2007) o 30 (Dictamen 91/2008, que acoge también el criterio de la Propuesta de Resolución). Hay que notar, sin embargo, que el Consejo no se sustrae por completo a la (generalizada) tendencia a utilizar abusivamente la oportunidad perdida para reparar daños sobre cuya conexión causal no hay dudas razonables³³; o

perjuicios que nada tienen que ver con el hecho ilícito porque, sin éste, es muy probable que hubieran seguido padeciéndose. En el primer caso, hay abuso, por defecto, pues, en realidad, hay prueba suficiente del nexo causal por lo que la víctima deja de obtener parte de la reparación a la que tenía derecho; y en el segundo, lo hay por exceso, pues el agente no fue causante o es muy poco probable que lo fuera. La oportunidad perdida es la fórmula con que proporcionar tutela en supuestos de estricta incertidumbre, no una técnica con que reducir la indemnización de daños ciertos; ni un instrumento con que vincular a quien casi con toda seguridad no causó el perjuicio³⁴.

El Dictamen 199/2008 realiza un abuso por defecto habida cuenta de que no tiene por cierto el nexo causal ante un 95% de probabilidad: la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a supuestos en que la probabilidad causal supera un umbral mínimo de seriedad sin llegar al máximo de certeza; y éste último se sobrepasa claramente en el caso. Se produce así la aplicación del expediente en supuestos de (suficiente) certidumbre causal que está realizando la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Hasta hace bien poco, esta Sala se resistía a admitir claramente la teoría de la pérdida de oportunidad³⁵; y, cuando ha acabado aceptándola, la ha proyectado sobre casos en que no debía, que presentaban indicios suficientes para tener por cierto el elemento causal y, con ello, brindar una protección total³⁶. Por lo demás, la doctrina legal del Consejo de Estado proporciona también ejemplos de esta utilización indebida de la teoría de la oportunidad perdida³⁷. A mi modo de ver, la resistencia a tener por cierto el hecho causal ante probabilidades altas es criticable. Constituye una expresión de la resistencia tradicional de los juristas a reconocer que “en la Tierra la verdad es una cuestión de grado”³⁸. El conocimiento empírico (del que el conocimiento judicial no es más que uno de sus tipos) nunca permite saber con absoluta certeza si un hecho es verdadero; sólo intentar hallar su grado de probabilidad a partir de los elementos de juicio disponibles y determinadas pautas de racionalidad³⁹. Por eso, tener por cierto el hecho causal implica siempre un juicio valorativo del que resulta un nivel *suficiente* de probabilidad, pero no la absoluta certeza de que sin el hecho ilícito el daño habría dejado de padecerse.

Hay también el abuso por exceso que consiste en aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad ante probabilidades causales muy bajas, despreciables, que, en rigor, expresan la seguridad (en todo caso relativa) de que la Administración no interfirió en la cadena causal ni contribuyó a producir el daño. De esta tendencia hay menos ejemplos en el Derecho español, pero ciertas expresiones incluidas en alguno de

los dictámenes examinados podrían dar pie a este (a mi juicio incorrecto) entendimiento de la teoría⁴⁰. Así, el Dictamen 173/2007 afirma que “se puede concluir que sería suficiente la existencia de una leve posibilidad de que la intervención médica hubiera podido evitar el daño para que nazca el derecho a reclamar una indemnización” en concepto de pérdida de oportunidad. De este modo, parece darse a entender que, incluso la probabilidad causal que no supera un umbral mínimo de seriedad (10-15%), puede dar lugar a una responsabilidad patrimonial proporcionada. Pero, aparte de que se trata de un *obiter dictum* (en el caso, había un 50% de probabilidad causal), resulta altamente significativo que los dictámenes posteriores, al copiar el párrafo explicativo del origen, fundamento y alcance de la doctrina de la pérdida de oportunidad, hayan suprimido la referencia a la “leve posibilidad”. Así, los Dictámenes 91/2008 y 199/2008 afirman que “se puede concluir que sería suficiente la existencia de la posibilidad de que la intervención médica hubiera podido evitar el daño para que nazca el derecho a reclamar una indemnización”.

7. CONTENIDO: LA REGLA DE RESPONSABILIDAD PROBABILÍSTICA

La doctrina de la pérdida de oportunidad se traduce en un mecanismo de responsabilidad proporcional en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre constituida por la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del padecimiento. Indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final [del daño incierto o eventual, es decir, de la ventaja frustrada] el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso⁴¹. Por eso se dice que “la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida”⁴². La doctrina de la pérdida de oportunidad es, pues, esencialmente, un cálculo de probabilidad⁴³. Así lo entiende el CCLM, pues afirma que “la indemnización debe ser necesariamente inferior a la que correspondería por éste y, en todo caso, proporcional a las expectativas de éxito (de curación y de supervivencia) de la oportunidad que se perdió” (Dictamen 91/2008). También, en muchos casos, la propia Administración activa, que incluye esta valoración probabilística en la

Propuesta de Resolución⁴⁴; e, incluso, los mismos perjudicados, que solicitan en la reclamación el abono de una indemnización parcial en concepto de pérdida de oportunidad, admitiendo la dificultad que entraña tener por cierto el hecho causal⁴⁵.

Ocurre, sin embargo, que en España, las aplicaciones jurisprudenciales no suelen atenerse a criterios de racionalidad para cuantificar el daño padecido y, después, valorar el porcentaje de probabilidad causal con que realizar el descuento proporcional. Hay una tendencia general a dejar de calcular rigurosamente el valor del daño sufrido y las probabilidades de que, en ausencia del hecho ilícito, tal daño hubiera dejado de padecerse. Tales cálculos son cruciales para aplicar correctamente la teoría de la pérdida de oportunidad, pero no suelen realizarse estrictamente, pues lo habitual es que el juzgador se refugie en la equidad para establecer “a ojo de buen cubero” indemnizaciones globales, inmotivadas y generalmente parcas⁴⁶. Por eso los dictámenes del CCCLM representan ejemplos de alta calidad técnica, por desgracia excepcionales, en lo que hace a la aplicación práctica de la teoría de la pérdida de oportunidad. Hay, sin duda, defectos de aplicación, algunos verdaderamente importantes, pero, si pueden detectarse, es, justamente, por el alto grado de motivación y vertebración de las indemnizaciones. Por eso puede afirmarse, sin exageración, que los dictámenes del alto órgano consultivo castellanomanchego se insertan derechamente en la cultura valorativa del daño corporal estructurada a través de criterios de reparación íntegra y vertebrada.

7.1. Cuantificación del daño final

7.1.1. Cuestiones generales

El sistema de valoración de los daños corporales causados en accidente de circulación (hoy incluido en el Texto Refundido aprobado por RD Legislativo de 29 de octubre de 2004, modificado por Ley 21/2007, de 11 de julio) posee carácter orientativo en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, según la jurisprudencia de la Sala 3^a del Tribunal Supremo⁴⁷. Pero el CCCLM lo aplica sistemáticamente habida cuenta de que su comprensión cabal, como sistema normativo sujeto a interpretación, proporciona un nutrido conjunto de pautas con que garantizar la racionalidad del cálculo indemnizatorio⁴⁸.

Las aplicaciones realizadas del sistema legal de valoración parten (acertadamente) de un concepto dinámico de siniestro, como accidente de curso prolongado que comienza con el hecho dañoso, pero que, cuando el daño persiste, continúa hasta la consolidación de las secuelas. Es el concepto que subyace al criterio de la Ley 30/1992 de afirmar que el plazo anual de prescripción para presentar la reclamación empieza a correr desde la manifestación del efecto lesivo y, en hipótesis de daños psicofísicos, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (art. 142.5). Pues bien, el Consejo parte implícitamente del este concepto para valorar los daños según las cuantías vigentes en el año de la consolidación de las secuelas: El Dictamen 242/2007 utiliza las cantidades actualizadas en la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 24 de enero de 2006 porque el fallecimiento de la madre de las reclamantes se produjo en 2006; el Dictamen 173/2007 emplea las establecidas en la Resolución de 9 de marzo de 2004 porque en ese año se realizó la última resonancia magnética que sirve para entender fijadas las secuelas del reclamante; y el Dictamen 199/2008 se vale de las cifras de la Resolución de 7 de enero de 2007, pues el fallecimiento de la esposa del reclamante se produjo en ese año⁴⁹.

La utilización de cantidades distintas de las previstas en el momento del enjuiciamiento no significa en modo alguno que el Consejo haga pesar sobre el reclamante el peso de la depreciación monetaria (o sobre la Administración el de la apreciación, avatar que, en la actualidad, se presenta como posible). Tal cosa constituiría un atentado al principio de reparación íntegra, que exige una valoración del daño basada en la fecha en que se produjo, pero actualizada a la fecha de la resolución definitiva. Si el dinero pierde capacidad adquisitiva, el mantenimiento de su valor exige la elevación de su nominal para que la indemnización cumpla por completo su función restauradora. No se trata de cobrar/pagar más, sino de evitar que se cobre/pague menos. Se trata, pues, de cobrar/pagar lo mismo que si el abono hubiera tenido lugar en la fecha del siniestro. Este es el denominado principio valorista que, en rigor, es un criterio carente de autonomía, pues constituye obligada manifestación del principio de la integridad reparatoria o plena indemnidad. Pues bien, esta manifestación del principio de reparación íntegra aparece expresamente consagrada para la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el artículo 141.3 LPC, y de este precepto se vale el CCCLM para aconsejar la oportuna actualización⁵⁰. Se trata de un aspecto destacable habida cuenta de que, en la actualidad, es habitual leer en las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo la fórmula de reconocer una suma glo-

bal, señalándose que “ha de entenderse como ya actualizada” [SSTS de 5 de febrero de 2007 (ref. Iustel §263415) y 20 de marzo de 2007 (ref. Iustel §266690)]; o que “cubre la total responsabilidad indemnizable por la Administración en la fecha de la sentencia” [SSTS de 28 de febrero de 2007 (ref. Iustel §267844) y 14 de marzo de 2007 (ref. Iustel §266911)]. A veces se declara abierta y directamente que la cantidad global reconocida se establece como “adecuada compensación a la fecha de la sentencia” [STS de 7 de febrero de 2007 (ref. Iustel §264529)].

7.1.2. Valoración del daño moral derivado del fallecimiento de un ser querido

En dos casos, el perjuicio objeto de valoración es el daño moral padecido por las hijas mayores de la fallecida (Dictamen 242/2007) o sus hijos menores y cónyuge (199/2008) como consecuencia de la muerte (posiblemente) resultante de la deficiente atención médica dispensada. Y, en ambos, el Consejo aplica la Tabla I del citado baremo (indemnizaciones básicas por causa de muerte). En el primer caso, emplea (sin decirlo) las cantidades fijadas en el grupo III.2 (víctima sin cónyuge y con hijos mayores de 25 años) para la primera columna de edad (víctima de hasta 65 años), fijando la suma correspondiente a cada hija en 8051, 18 euros. Se trata, en realidad, de una lectura errónea del sistema legal que reduce sobremanera el monto compensatorio: la norma prevé para el caso de fallecida (de hasta 65 años sin cónyuge) que deja “un solo hijo” mayor de 25 años la cantidad de 48.307,06 euros y “por cada otro hijo mayor de veinticinco años” 8051, 18 euros más, precisándose en nota que “la cuantía total de la indemnización que corresponda según el número de hijos se asignará entre ellos a partes iguales”. Por error, el Consejo interpreta que la cifra de 8051,18 se fija para cada hijo. En cambio, debió multiplicarla por tres (número de hijas restantes), sumarla a la cantidad de 48.307,06 y dividir el total entre 4 para repartirlo a partes iguales entre todas las hijas. Consecuentemente, debió valorarse el daño de cada una en 20.127,945 euros, no en 8.051,18. El segundo dictamen valora el daño moral por muerte que sufren, de un lado, el marido de la fallecida; y, de otro, sus hijos menores. Para el primero aplica (sin expresarlo) la cantidad prevista para cónyuges en el grupo I para la primera columna de edad (fallecido de hasta 65 años), que es de 99.222,70 euros. Para los segundos, aplica (sin señalarlo) la cantidad prevista para cada hijo menor en el grupo I, que es de 41.342,79.

Las sumas obtenidas deben complementarse, en su caso, con las resultantes de la aplicación de los factores de corrección previstos en la Tabla II y, en particular, del establecido por “perjuicios económicos”. Tal factor debe aplicarse cuando el fallecido estuviera en edad laboral, aunque no trabajase y aunque no se hayan justificado ingresos. Si se justifican ingresos, el nivel acreditado marca el porcentaje de incremento sobre la suma básica. Si no se justifican o si el fallecido carecía de ellos, se aplica el primer tramo de la escala hasta el máximo del 10%. En este último caso, la práctica habitual es aplicar el porcentaje máximo admisible (10%) y a él se atiene el CCCLM. En su Dictamen 199/2008 afirma que “el factor de corrección por perjuicios económicos, fijado en la Tabla II de la mencionada Resolución...se cifra en un 10%, según criterio reiteradamente señalado por este Consejo”. El Dictamen 242/2007 no lo aplica sobre la cantidad (erróneamente) calculada para cada una de las hijas. Aunque no dice por qué, probablemente se atiene a la tesis de que la fallecida no cumplía el requisito legal de estar en edad laboral (indispensable para la aplicación del factor de corrección), pues tenía 65 años. Pero, frente a esta tesis, es más razonable interpretar que, si la edad laboral tiene un *dies a quo* (normalmente los 16 años, edad a la que puede firmarse un contrato de trabajo) carece de *dies ad quem*⁵¹.

Hay que señalar, en fin, que el Dictamen 199/2008 pudo, quizá, valorar los daños padecidos por la fallecida hasta el momento de su muerte. Ella presentó la reclamación de 300.000 euros de indemnización por sus daños y los de su familia, aunque advirtiendo que “al preverse un desenlace fatal en breve, la cantidad deberá acomodarse cuando se produzca”. El fallecimiento se produjo el 26 de junio de 2007 y el marido continuó las actuaciones. Pues bien, el Consejo prevé una indemnización para reparar (parcialmente) el daño moral padecido por el cónyuge como consecuencia de la muerte, pero no se pronuncia sobre el daño personal de la esposa y reclamado en el escrito que ésta presentó antes del fatal acontecimiento. Se trataría de una cantidad que habría de integrarse en el caudal hereditario de la fallecida.

7.1.3. Valoración de daños psicofísicos

Los demás dictámenes seleccionados valoran los daños personales producidos a los reclamantes como consecuencia (posible) de la atención médica deficitaria de la que fueron objeto. No obstante, los números, 142/2005, 34/2006 y 91/2008 (los tres sobre lesiones cencecosas) incurren en un error importante por cuanto que cifran el valor del perjuicio en la cantidad establecida en la Tabla I para el caso de muer-

te (100.930,86⁵², 190.363,61⁵³ y 96.614,12⁵⁴, respectivamente). De este modo, adjudican a una víctima viva lo que habría correspondido en caso de muerte al cónyuge viudo. Son los parientes vivos del que muere los que padecen los perjuicios causados por su muerte; no se resarcen los daños que sufre el vivo por morir, sino los perjuicios que por su muerte sufren los vivos que no mueren⁵⁵. Consecuentemente, en el caso, debió valorarse el perjuicio que padece el enfermo vivo; y no el daño moral de los allegados en caso de muerte, porque ésta no se ha producido. El error es, sin duda, flagrante, pero comprensible en parte: el empeoramiento de la salud derivado de cáncer o metástasis no está previsto en el sistema legal de valoración. Éste es, sin duda, útil para valorar daños producidos al margen del tráfico rodado, pero, justamente porque se pensó primariamente para los accidentes circulatorios, no contempla supuestos lesivos ajenos a traumatismos. Esta es la razón de que sectores profesionales de la medicina propugnen la elaboración de un baremo adaptado al daño médico o la revisión del establecido para introducir perjuicios que, sin origen traumático, son frecuentes en casos de responsabilidad médica. No obstante, la ausencia de previsión de este tipo de daños no significa que el sistema vigente de valoración legal carezca de utilidad. A través de un elemental criterio analógico, puede adjudicarse a la lesión imprevista los puntos y cantidades que las Tablas VI y III del baremo asignan a lesiones similares, más o menos equivalentes. En los casos, la gravísima enfermedad (que pudo, quizá, atajar una más cuidadosa atención médica) es un cáncer avanzado que reduce enormemente la esperanza de vida. Pongamos un ejemplo de solución alternativa a la establecida en el Dictamen 91/2008. A los efectos de una valoración racional y razonada, podría estarse a la baremación establecida de una lesión de corazón de grado cuatro, de hasta 90 puntos, a razón de 2182,58 euros cada uno, según la Resolución tomada en consideración por el Dictamen (la de 3 de febrero de 2006). De este modo, se obtendría la cantidad de 196.4320, 20 euros (por cierto, notablemente mayor que la establecida en el Dictamen con base en la Tabla I), expresiva de la valoración del perjuicio propio del reclamante, no del perjuicio de los familiares, por una muerte que aún no se ha producido. Sólo a una cantidad calculada para valorar el perjuicio personal propio del reclamante debió aplicarse el factor de corrección por “perjuicios económicos”, cifrado en los tres dictámenes criticados en un 10%, pero proyectado sobre la suma básica establecida para la muerte.

El Dictamen 173/2007 aplica de manera mucho más consecuente el sistema legal de valoración, aunque, a tenor de la naturaleza de las lesiones, resulta extraño que deje de valorar un perjuicio estético. En cualquier caso, es justamente el esfuerzo vertebrador del Consejo lo que

permite realizar esta última observación. Porque el dictamen diferencia netamente los conceptos indemnizatorios y, por tanto, las congruentes partidas resarcitorias, en concreto, dos secuelas y una incapacidad temporal. En cuanto a la primera secuela, da cuenta de la valoración establecida en el baremo para una lesión similar a la artritis séptica que afecta a la rodilla del reclamante. Se refiere, en particular, a la Tabla VI, Capítulo 5 (“Rodilla”), que asigna a la artrosis postraumática la puntuación de 1 a 10. La segunda es una lesión de ligamentos cruzados, a la que la regulación tabular asigna de 1 a 15 puntos. El Consejo afirma que, conforme al criterio de la Propuesta de Resolución, asigna la máxima puntuación a cada lesión (10 y 15), pero, en realidad, adjudica únicamente 10 puntos a la segunda secuela⁵⁶. Después aplica la fórmula legal de las secuelas concurrentes para obtener la puntuación final de 19 puntos⁵⁷, a razón de 867,2 euros cada uno (conforme a la actualización recogida en la Resolución de 9 de marzo de 2004 para víctimas de 21 a 40 años). La cantidad resultante (16.477,23 euros) se incrementa en un 10% en aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos (18.124, 83 euros). Interesa destacar que, en este caso, el Consejo se plantea cuál es el perjuicio resarcido a través de este factor de corrección. A su juicio, ese porcentaje del 10% aplicado sobre el valor de las secuelas indemniza “la pérdida de ingresos de la víctima” No es éste el lugar donde abordar esta espinosa cuestión, pero interesa aclarar que, aunque no pueda fácilmente determinarse cuál es el perjuicio resarcido, sí puede fácilmente determinarse que el lucro cesante *no* es el perjuicio que el factor repara. El lucro cesante debe compensarse atendiendo a las ganancias que deja de obtener el familiar como consecuencia de la muerte del ser querido, nada más⁵⁸.

Por otra parte, el dictamen comentado cuantifica los daños por incapacidad temporal. La Tabla V establece cantidades diferenciadas para tres tipos de días: días improductivos hospitalarios (56,38 euros), días improductivos extrahospitalarios (45,81 euros) y días no improductivos (24,67 euros). El dictamen afirma, literalmente, que “estos tres últimos apartados deben ser ponderados”, pero, incomprensiblemente, computa sólo los días de hospitalización (39) y los no improductivos (238), resultando las cantidades de 2.198,99 y 5.871, 9. Se trata de un error, pues es imposible que alguien que sufre 39 días de hospitalización (lesiones graves) no padezca después días improductivos extrahospitalarios. En cualquier caso, sumadas las cantidades mencionadas y aplicado el factor corrector del 10% (el reclamante no justifica ingresos, pero está en edad laboral), se obtienen 8.877,98 euros. Si a estos se añade el valor de las secuelas, la cantidad total en que cifra el Consejo los perjuicios padecidos es de 27.002,81 euros.

7.2. Estimación de la probabilidad causal

Valorado el daño producido, la correcta aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad exige determinar el grado de probabilidad de que ese daño dejara de producirse con una atención médica cuidadosa. Es preciso, en definitiva, establecer, de manera aproximada, el porcentaje de probabilidad causal para, en una tercera fase, proyectarlo sobre la suma total obtenida y, con ello, obtener una indemnización proporcional, que intenta distribuir el peso de la incertidumbre entre la Administración y la víctima, pues la primera responderá sólo en la medida de la certeza obtenida de que fuera autora del menoscabo. En este punto es, quizá, donde la doctrina legal del CCCLM se muestra a las claras superior a la jurisprudencia de los tribunales, que suelen ahorrarse el crucial trance de la valoración probabilística para indemnizar conforme a un “autoproclamado” prudente arbitrio. Lo cierto es que, en los dictámenes del Consejo, se echa de menos un mayor esfuerzo en la argumentación de los porcentajes calculados, pero, al menos, éstos se establecen y se proyectan sobre sumas previamente cuantificadas con los criterios de racionalidad que aporta el sistema legal de valoración.

Dentro de la doctrina legal del alto órgano consultivo castellano-manchego se distinguen dos tendencias diferenciadas a la hora de afrontar el cálculo de probabilidad. Hay, de un lado, el criterio plasmado en los Dictámenes de 2005 y 2006, que, sin invocar expresamente la teoría de la pérdida de oportunidad, afirman responsabilidades parciales o proporcionales; y, de otro, la pauta aplicada en los Dictámenes de 2007 y 2008, que, apoyándose claramente en la doctrina de la pérdida de oportunidad, afirman también responsabilidades probabilísticas.

La primera tendencia expresa una concepción *sui generis* de la teoría de la pérdida de oportunidad. El porcentaje tomado en consideración a efectos de reducir la indemnización total no es, en realidad, una cifra expresiva de la probabilidad causal, esto es, de las posibilidades de que un tratamiento médico diligente hubiera evitado el menoscabo. Expresan el grado de reducción de la esperanza de vida del reclamante como consecuencia de la patología padecida. De este modo, no se analiza estrictamente si la actuación médica ha incidido o no en la patología, sino la medida en que ésta empaña las perspectivas de supervivencia. Así, el Dictamen 142/2005 afirma que la enfermedad “supone estadísticamente una reducción porcentual de 20 puntos en sus perspectivas de supervivencia a 15 años vista”, por lo que cabe cuantificar la indemnización en “un 20% de la suma que correspondería”. Del mismo

modo, y con cita de un trabajo científico, el Dictamen 34/2006 afirma que “se ha demostrado que un retraso de 3 a 6 meses puede producir una disminución del 12% de supervivencia de las pacientes como consecuencia de la progresión de la enfermedad en ese periodo de tiempo” y “[a]plicando a la indicada cantidad de 209.399,97 euros al porcentaje del 12%, la suma correspondiente...sería de 25.127 euros”. En estos casos, no se valora la probabilidad de que el retraso haya dado lugar al estado de salud actual de la víctima; sino la probabilidad de muerte futura. La toma en consideración de probabilidades de vida (no de causalidad) se comprende en parte a la vista la singular solución dada a estos supuestos por el CCCLM. Los dictámenes 142/2005 y 34/2006 afirman que no pueden indemnizarse los daños asociados a la patología porque no fueron consecuencia de la culpa médica, sino de la propia enfermedad. Pero entienden que hay prueba del vínculo causal que liga el retraso en la intervención con la angustia vital producida: las molestias durante el tiempo en que se trazó el diagnóstico, la mayor intensidad y gravedad del tratamiento y las más sombrías expectativas de vida resultantes del diagnóstico tardío. Para cuantificar este daño moral, se está, no al valor de las secuelas y de los demás daños psicofísicos asociados a la patología, sino a las sumas previstas en el baremo para el caso de muerte. Y de éstas se descuenta el porcentaje correspondiente a la reducción de la esperanza de vida. A mi juicio, se trata de un planteamiento altamente criticable: debieron valorarse los daños psicofísicos padecidos por el reclamante, no los que habría sufrido su cónyuge o hijos en caso de muerte; y hubo de reducirse el monto resultante atendiendo a las probabilidades causales, no a las mortales. Pero, en todo caso, representa una solución razonada, mejor que la aplicación inmotivada de la teoría de la pérdida de oportunidad, tan habitual en la jurisprudencia de los tribunales.

La segunda tendencia, más conforme a un cabal entendimiento de la teoría de la pérdida de oportunidad, toma en consideración las probabilidades causales. El Dictamen 173/2007 parte de que “no es fácil predecir la evolución de una artritis séptica, ya que influyen diferentes factores en su desarrollo, tales como el agente patógeno del mismo, la respuesta al tratamiento, el estado inmunológico del paciente, etc...; pero ahora bien, el diagnóstico precoz y su tratamiento son elementos importantes”. Sobre esta base, y partiendo de la Propuesta de Resolución, cifra en un 50% la probabilidad de que un tratamiento a tiempo hubiera evitado el daño. El Dictamen 242/2007 ejecuta una estimación probabilística mucho más razonada. Señala primero que el Consejo realiza el cálculo sobre la base de varios estudios científicos y cita uno de ellos, en que se dice que si una disección aórtica no se trata en la primera semana de

evolución, la probabilidad de muerte es del 60%. Comoquiera que, a juicio del Consejo, hubo una asistencia médica deficiente en los primeros momentos de desarrollo de la patología, se insinúa que la probabilidad causal puede situarse en cifras cercanas a ese 60%, pero reconociendo que “la fijación final de una cuantía indemnizatoria va a adolecer, en cualquier caso, de un defecto de referencia cierta”. Y concluye: “Parece razonable indemnizar, por todo ello, con una cantidad suficiente para reparar esta pérdida de oportunidad, que no supere el 50% de la indemnización prevista”. El Dictamen 91/2008 hace suya la estimación del 30% realizada en la Propuesta de Resolución sobre la base de que “no todos los daños alegados por la parte derivan del retraso en el diagnóstico y tratamiento del tumor, sino de su propia patología”. El Dictamen 199/2008 se separa de la valoración propuesta por la Administración (45%) elevándola hasta el 95% sobre la base del informe de la inspección. Conforme a éste, si el análisis histológico se hubiera realizado cuando se efectuó la gastroscopia, para confirmar el diagnóstico o bien detectar el cáncer, éste se hubiera descubierto precozmente, lo que habría favorecido que la paciente tuviera un 95% de probabilidades de sobrevivir en 5 años”. En este caso, hay un esfuerzo plausible por argumentar la estimación, aunque, con un nivel de probabilidad tan alto, debió afirmarse la certeza del nexo causal y recomendarse el libramiento de una indemnización total, según hemos visto.

7.3. Proyección del porcentaje de probabilidad sobre el valor total del daño

La aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad exige, en último término, proyectar el porcentaje de probabilidad causal sobre el valor del daño padecido. Se trata de una simple multiplicación que, en principio, no entraña mayor dificultad. Así, el Dictamen 142/2005 multiplica los 111.023,94 euros en que valora el daño por el 20% y obtiene la indemnización recomendada de 22.204,79 euros. El Dictamen 34/2006 aplica el 12% a la cantidad de 209.399,97 euros, resultando la suma resarcitoria de 25.127 euros. Y el Dictamen 242/2007 multiplica una probabilidad causal del 50% por la valoración total de los daños padecidos (32204,72 euros) para obtener una indemnización de 16102,36 euros (4.025,59 para cada una de las cuatro hijas de la fallecida).

Los Dictámenes 173/2007, 91/2008 y 199/2008 realizan de otro modo esta operación, ateniéndose a criterios discutibles. El primero no incluye en la suma total sobre la que se proyecta el porcentaje de probabilidad el importe de los gastos médicos ocasionados. De este modo,

impone la reparación parcial de los daños psicofísicos padecidos junto a una compensación total de los daños económicos emergentes. A mi juicio, lo correcto hubiera sido proyectar también el margen de probabilidad sobre estos daños. En el caso, hay una culpa médica, y es posible que, sin ella, la víctima hubiera evitado sus padecimientos fisiológicos y los gastos aparejados. Por eso, las dudas en torno a si la Administración propició o no el daño se extienden también a los gastos, porque no es seguro que una atención médica adecuada hubiera evitado el desembolso. Los otros dos Dictámenes aplican el incremento del 10% como corrección “por perjuicios económicos” prevista en el sistema legal de valoración una vez proyectada la probabilidad causal sobre el valor de los daños personales. También en este caso lo estrictamente correcto sería calcular primero el valor de los daños padecidos (tanto personales como económicos) y multiplicar después la cantidad resultante por el porcentaje de probabilidad, si bien es cierto que ambos modos de proceder conducen al mismo resultado final.

8. CONCLUSIONES

El entendimiento y aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del CCCLM presenta varios aspectos criticables: Exponen de manera excesivamente simple e imprecisa los orígenes del expediente; fundamentan la teoría en planteamientos artificiosos que esconden el crucial debate en torno al ámbito en que el Derecho permite la consagración de responsabilidades por causas solamente posibles; afirman en abstracto que la culpa no es un presupuesto del surgimiento responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y, por ende, de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad), pese a que siempre resuelven en consonancia con ella; abusan en ocasiones de esta doctrina por defecto, reduciendo indemnizaciones que deberían ser totales por estarse ante muy altas probabilidades causales, suficientes para tener por cierto el hecho causal; contienen a veces pasajes que puedan dar pie a una utilización abusiva, por exceso, consistente en librar indemnizaciones, pese a la existencia de suficientes elementos de juicio para tener por cierto que el daño no es imputable a la Administración; valoran en ocasiones los daños psicofísicos del reclamante atendiendo a las cantidades previstas en el sistema legal de valoración para indemnizar el daño moral derivado del fallecimiento de un ser querido; incurren a menudo en defectos de interpretación del referi-

do sistema traducidos en una minoración de las indemnizaciones finales; reducen en ocasiones la suma correspondiente a los daños padecidos atendiendo, no a la probabilidad de causa, sino a la probabilidad de muerte; carecen muchas veces de una argumentación suficientemente demostrativa de los porcentajes manejados; y alguna vez dejan de proyectar la probabilidad causal sobre daños cuya vinculación causal es igualmente dudosa (los gastos y los “perjuicios económicos” reparados a través del factor de corrección previsto en el baremo).

En todo caso, si estas críticas pueden realizarse, es por la ciertamente encomiable voluntad del Consejo de buscar respuestas equilibradas a un problema (incertidumbre causal), carente aún de un tratamiento suficientemente satisfactorio tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. A mi juicio, su doctrina legal representa un paso en firme dentro de un proceso, ya en acto, destinado a afirmar las indemnizaciones proporcionadas al grado de incertidumbre causal, no como incómodas anomalías o excepciones cuya asimilación requiere de forzadísimas explicaciones, sino como manifestaciones de una nueva teoría general de la causalidad, que ha dejado de basarse ya, siempre y en todo caso, en el principio del todo o nada. Constituye también, desde una perspectiva más general, una expresión de la tendencia a la superación progresiva de la ingenua actitud epistemológica de los juristas, que han articulado tradicionalmente sus reflexiones y decisiones como si los hechos pudieran acreditarse con absoluta certeza. Ante las dificultades de prueba, el Consejo opta, no por afirmar o negar apodícticamente la hipótesis fáctica, sino por sacar a la luz las dudas e incertidumbres, integrándolas en la solución definitiva. Lejos de partir de una confianza ciega en el conocimiento empírico, admite que la aproximación a la verdad de los hechos sólo puede realizarse en términos de probabilidad.

Resulta igualmente plausible el encomiable esfuerzo que despliega el Consejo en orden a vertebrar y razonar sus soluciones indemnizatorias. Cuando la determinación del alcance de la responsabilidad se ventila con soluciones globales y no muy razonadas, como ocurre habitualmente en la jurisprudencia española, resulta difícil o imposible el análisis crítico que concrete su grado de acierto o corrección. Ahí radica la maravilla institucional de la vertebración y de la motivación, pues son éstas las que permiten la discusión. Son garantías metodológicas con las que, a la postre, resulta más fácil asegurar la justicia de la decisión. Por esos las críticas formuladas no deben ocultar el muy correcto manejo de la teoría de la oportunidad, afirmándose con bastante claridad su ámbito de aplicación (los casos de incertidumbre causal) y su contenido (la regla de responsabilidad proporcional o probabilística).

NOTAS:

1 Es la conclusión que el Consejo hace suya en el caso, aunque, a su modo, de ver y apoyándose en un informe médico, había una alta probabilidad (95%) de que el tratamiento tempestivo hubiera otorgado cinco años más de vida. Como después se verá, un margen probabilístico tan amplio debería conducir a reconocer la existencia de nexo causal con otorgamiento de una indemnización total y sin aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad.

2 Este párrafo se encuentra en el Dictamen 173/2007. También, con alguna variante de redacción y contenido, Dictámenes 91/2008 y 199/2008.

3 “Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esa violación”. El mandato cohonesta con lo establecido en el undécimo Considerando, que señala: “cuando una persona presente una demanda de daños y perjuicios por los gastos realizados con ocasión de la preparación de una oferta o de la participación en un procedimiento de formalización de un contrato, no se le exigirá, para obtener el reembolso de dichos gastos, que pruebe que en ausencia de esta violación se le habría adjudicado el contrato”.

4 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaída en el asunto *Farrugia*, T-230/94, que indemniza la pérdida de la posibilidad de obtener una beca de investigación.

5 Pueden reseñarse, en tal sentido, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 1984, resolutoria del caso *Goddi*; 12 de febrero de 1985, resolutoria del caso *Collozza*; 19 de diciembre de 1990, resolutoria del caso *Delta*; 10 de julio de 1998, resolutoria de los casos *Tinnelly y McEldulf*; y 10 de enero de 2006, resolutoria del asunto *Gruais y Busquet*. De la Corte Interamericana, puede citarse la Sentencia de reparaciones de 27 de noviembre de 1998, resolutoria del caso *Castillo Páez c. República del Perú*, que maneja en *obiter dictum* el concepto de “chance cierta”.

6 “Certeza del daño. Sólo es reparable el perjuicio que se establece con un grado razonable de certeza, aunque sea futuro. La pérdida de una oportunidad puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización. El perjuicio cuyo importe no puede determinarse con un grado suficiente de certeza, ha de ser valorado según la discreción del tribunal”.

7 “Daño patrimonial resarcible. 1. El daño patrimonial resarcible comprende: a) Tanto la pérdida sufrida, b) como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia que puede considerarse –con certeza razonable- ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora. (...)”.

8 “Causas inciertas en la esfera de la víctima. La víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera”. Este artículo viene acompañado de un comentario del Director del Proyecto, el profesor holandés Jaap SPIER, que aclara que su tenor tiene que ver con causas *potenciales* pertenecientes a la esfera de la víctima; y se basa, en parte, en el concepto de pérdida de oportunidad (*perte d'une chance*) (“General introduction”, en AAVV, *Principels of European Tort Law. Text and Commentary*, SpringerWien/NewYork, Horn, 2005, pp. 12-18). Advierte, además, que el Grupo ha preferido no expresar un punto de vista en cuanto a si, conforme al artículo 3:106, cabe aplicar la doctrina de la *chance* porque, aunque la mayoría de sus miembros se ha mostrado cautelosamente favorable, no se ha logrado consenso en este punto. No obstante, dice SPIER, no puede desconocerse que los Principios se basan parcialmente en una responsabilidad proporcional, que, en determinados casos, es vista, no como la solución ideal, pero sí como la mejor de las posibles. A mi juicio, es posible que en la elaboración del precepto y la decisión del Grupo de no pronunciarse en torno a si cabe aplicar con base en él la teoría de la *chance* haya pesado la posición de Francesco Donato BUSNELLI, uno de los nueve miembros de la Comisión que redactó el borrador sobre el que se ha aprobado el texto definitivo. Este profesor sostuvo hace tiempo que la *perdita di chance* no es resarcible (“Perdita di una ‘chance’ e risarcimento del danno”, nota S. Tr. Apel. París, 06-03-1994, Foro it., 1965/4, cc. 47-52); y es de los pocos autores italianos que, en la actualidad, sigue adscrito a tal postura (“Lesione di interessi legittimi: dal ‘muro di sbarramento’ alla ‘rete di

contenimento” *Danno Resp.*, núm. 3/1997, pp. 269-272; “Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il ‘muro’ degli interessi legittimi”, *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 335-354). Es uno de los más fervientes críticos de la figura y la jurisprudencia italiana que la invoca. Según él, la oportunidad es una invención *made in France* que es, en unos casos, puramente inútil y, en otros, distorsionante y, en todo caso, de fisionomía indescifrable, llegando así a la conclusión de que la *chance*, caracterizada por sus contornos ambiguos y evanescentes, constituye una “(pseudo)categoría normativamente inexistente” (“Dopo la..., cit., p. 346).

9 Para los detalles de la formación y evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito del Derecho comparado e internacional, me remito al Capítulo II de mi obra *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 127-181.

10 La primera se refiere al juego de lotería o similares; y la segunda, a las competiciones hípicas. En el primer caso, el ejemplo es el de la víctima que compra un cupón de lotería, con premio de 10.000 \$, que el organizador de la rifa debe colocar en un sombrero. Se extrae un cupón que no es el de la víctima, descubriéndose después que éste no llegó a introducirse. No puede afirmarse que el organizador propiciara la pérdida de esos 10.000 \$ porque, en cualquier caso, era poco probable que venciera, pero sí que frustró una posibilidad de ganancia (D. HAMER, “Chance would be a fine thing: proof of causation and “quantum” in an unpredictable world”, *Melbourne Univ. L. Rev.*, núm. 33, 1999, p. 589). El segundo ejemplo es el del transportista de un caballo de carreras que llega tarde al hipódromo, cuando la competición ya se inició; no puede afirmarse que su propietario perdiera el premio que corresponde al campeón porque era improbable que ganara la carrera, pero sí que ha perdido la oportunidad de obtenerlo. Es el supuesto resuelto por el Tribunal de Apelación de Limoges mediante sentencia de 24 de marzo de 1896 (caso *Rousseau vs. Ferrocarriles de Orleáns*) en la que se estimó que la pérdida de la oportunidad de ganar la carrera no constituía un perjuicio suficientemente cierto como para repararse. Para los hermanos MAZEAUD y TUNC se trataba de un supuesto claro de pérdida de oportunidad (*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. I, trad. 5ª edic. L. Alcalá-Zamora Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1962, ap. 219, p. 308).

11 STS, Sala 1^a, de 10 de octubre de 1998 (Ar. 8371).

12 STSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1205/2001 de 14 de diciembre (JUR 2002/84276), y núm. 525/2005, de 3 de junio (JUR 2005/207921); STSJ Madrid de 31 de enero de 2006 (JUR 2006/120373) y núm. 156/2006, de 2 de febrero (RJCA 2006/383).

13 SSAN (Secc. 4^a), 5 de noviembre de 2003 (RJCA 2004/274), 13 de abril de 2005 (JUR 2005/277440), 25 de mayo de 2005 (RJCA 2005/1029), 2 de noviembre de 2005 (JUR 2006/122314), 11 de octubre de 2005 (JUR 2006/122656), 15 de febrero de 2006 (JUR 2006/119520).

14 En supuestos de ausencia de consentimiento informado, SSTs, Sala 3^a, de 25 de febrero de 2004 (Ar. 3889) y 22 de junio de 2005 (Ar. 5323). En casos de diagnóstico intempestivo de dolencias o enfermedades, STS, Sala 3^a, de 13 de julio de 2005 (Ar. 9611). En este plano, son muy relevantes dos recientes Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, por vez primera, aplican abiertamente la teoría de la pérdida de oportunidad: Las SSTs, Sala 3^a, de 7 de julio y 26 de junio de 2008, a las que me refiero después.

15 Cfr. SSTs (Sala 1^a) de 20 mayo de 1996 (Ar. 3793), 16 de diciembre de 1996, 11 de noviembre de 1997 (Ar. 7871), 14 de julio de 2003 (Ar. 4630).

16 Dictamen 221/1994, de 28 de abril. Aconsejan la indemnización de esas peculiares oportunidades procesales, entre otros, los Dictámenes 35/1999, de 18 de marzo; 1582/1999, de 24 de junio; 3423/1999, de 22 de diciembre; 3425/2000, de 14 de diciembre; 857/2001, de 21 de junio; 1671/2001, de 19 de julio; 2043/2002, de 26 de septiembre; 2752/2002, de 31 de octubre.

17 “(...). 2. Para que proceda la indemnización se exigirá que se haya probado que ha habido infracción de lo dispuesto en la presente Ley y que el reclamante hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera cometido tal infracción. (...). 4. La indemnización deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación”. Si se compara el tenor de este artículo con el del mencionado artículo 2 de la Directiva 92/13 que transpone, se constata una diferencia destacable. El precepto comunitario no afirma expresamente que, en

presencia una posibilidad real de adjudicación, deben indemnizarse parcialmente las ganancias dejadas de obtener. Se limita a concretar que en estos supuestos han de abonarse los gastos de preparación de la oferta y participación en el procedimiento. La regla ha sido significativamente matizada en la Ley española, que establece que, cuando el perjudicado tuviera posibilidades reales de obtener el contrato, la compensación deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. Ese *cuando menos* encierra la idea de que la reparación que se conceda a quien pierda una posibilidad real de victoria puede incluir parte del beneficio neto que la ejecución del contrato habría reportado. Ese *más* que puede abarcar la reparación puede corresponderse, en definitiva, con un porcentaje del lucro inobtenido (el denominado beneficio industrial, que la jurisprudencia española suele identificar con el 6% del importe del contrato previsto).

18 “(...). 3. En los casos en que la reclamación fuera estimada, se haya iniciado la ejecución del contrato y mediaren razones técnicas o de equidad que hagan desaconsejable dejar sin efecto la adjudicación, la entidad contratante podrá, con carácter excepcional y de forma motivada, sustituir la ejecución de la resolución adoptada por la Junta de Contratación Pública por la concesión de una indemnización de daños y perjuicios. La indemnización deberá tener en cuenta la posibilidad real de que el reclamante hubiera obtenido la adjudicación de no haber mediado la infracción y deberá cubrir, al menos, los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de licitación”.

19 La SAP Málaga (Secc. 7^a, sede en Melilla), núm. 107/2000, de 27 de octubre (JUR 2001/86648) maneja también la figura fuera del ámbito de la responsabilidad por negligencia de profesionales forenses o sanitarios.

20 Cfr. SAN de 8 de junio de 2006 (JUR 2006/1777226).

21 Una exposición detallada y revisión crítica de las diferentes modalidades de teorías ontológicas en L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 349-411.

22 Sobre el fundamento de la teoría de la pérdida de oportunidad, son ciertamente interesantes las reflexiones de M. GASCÓN ABELLÁN (“La prueba del nexo causal en la responsabilidad patrimonial sanitaria”, en *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sani-*

taria, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 377-411) y las críticas y matices a mis planteamientos que desarrollado en *La teoría...*, cit., pp. 321-444.

23 Cfr. D. KAYE, “The limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation”, *Am. B. Found. Res. Journal*, 2/1982, pp. 487-516; S. SHAVELL, *Economic analysis of accident law*, Cambridge, Harvard Univ. press, 1987, pp. 115-117; J. MAKDISI, “Proportional liability: A comprehensive rule to apportion tort damages based on probability”, *North Carolina L. Rev.*, núm. 67, 1989, pp. 1063-1101; S. LEVMORE, “Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs”, *Journal Legal Stud.*, núm. 19, 1990, pp. 705-707. Sobre los planteamientos de estos autores, L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 325-327, 342-343, 427-432.

24 Es este un punto en que discrepa argumentadamente G. DOMÉNECH PASCUAL en la aguda recensión crítica que hace a mi libro (*La teoría...*, cit.) en *RAP*, núm. 176, 2008.

25 J. MAKDISI, “Proporcional liability..., cit., pp. 1083-1084. Con parecidos términos, J. BORÉ, “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable”, *Juris-Classeur pér.*, Semaine jur., 1974, Doctr., marg., ap. 16.

26 J. MAKDISI, “Proporcional liability..., cit., p. 1073.

27 “El sistema de responsabilidad extracontractual aplicable a nuestras Administraciones Públicas ha sido calificado por la doctrina como de carácter objetivo. Este rasgo ha sido perfilado por nuestra jurisprudencia señalando que ‘*al afirmar que es objetiva se pretende significar que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del Derecho Civil, ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, y de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en la dicción del artículo 40 [de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado hoy 139 de la Ley 30/1992], pues cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad*’ -Sentencias del Tribunal Supremo

de 26 de septiembre de 1998 (Ar. RJ 1998,6836) o de 28 de noviembre de 1.998 (Ar. RJ 1998,9967)-” (Dictámenes 122/2005, 142/2005, 173/2007, 91/2008, 199/2008).

28 “Ahora bien, aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la Jurisprudencia como un supuesto de responsabilidad objetiva, ésta también nos señala que ello no convierte a la Administración en responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas o que tengan lugar con ocasión de la utilización de los servicios, sino que es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla”)-” (Dictámenes 122/2005, 142/2005 y 173/2007; y, en parecidos términos, Dictámenes 242/2007, 91/2008, 199/2008).

29 Mi postura en torno al ámbito operativo de los distintos títulos de imputación (culpa, riesgo, sacrificio, incumplimiento) en que se concreta la general e inexpresiva fórmula general del artículo 139 LRJPAC está desarrollada en *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 196-252 y “El resarcimiento del daño causado por acto administrativo ilegal. Análisis de la cuestión en los ordenamientos italiano, francés, alemán y español”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 9, jun. 2005, pp. 1-22.

30 “a la vista de la documentación obrante en el expediente, y especialmente del informe emitido por el Médico Inspector de Servicios Sanitarios, instructor del presente expediente, se desprende que ante la sospecha de una artritis séptica debe procederse a la realización de una artrocentesis y un examen posterior del líquido sinovial. Emitida esta opinión, el Inspector echa de menos en las pruebas diagnósticas practicadas dicho análisis, ya que lo considera ‘*fundamental*’ en la valoración del paciente, por lo que concluye que ‘*la actitud correcta del especialista de Traumatología ante la clínica que presentaba el paciente y ante la presencia de líquido sinovial turbio tendría que haber sido el análisis del mismo*’. Reconoce igualmente en su informe, que aún cuando la evolución de la artritis séptica depende de muchos factores, es muy importante el diagnóstico precoz y la instauración temprana del tratamiento”.

31 Según el manual, la evaluación inicial de un dolor torácico como el presentado por la paciente debe basarse en un examen cuidadoso de la historia clínica, los antecedentes personales (incluidos los factores de riesgos cardiovascular) así como en una exploración abdomi-

nal, de pulsos periféricos y de signos vitales (tensión arterial de ambos brazos, frecuencia cardiaca y respiratoria, temperatura) con auscultación cardiaca y pulmonar así como palpación e inspección torácicas. Todo ello “buscando asimetrías que orientarían a disección de aorta”. A su vez, tanto la memoria como el estudio afirman la gran variabilidad de la presentación clínica de la disección de aorta, pero, además de afirmar que esto obliga a mantener un elevado índice de sospecha, coinciden en recoger síntomas como los presentados en el caso por la fallecida. Según el CCCLM, la memoria afirma que “[e]n el 90% de [los casos] los enfermos se presentan con un cuadro de dolor torácico lacerante que refieren ‘en puñalada’; y el trabajo científico señala que el cuadro típico de la disección aórtica “aparecería en un varón de 60-70 años de edad, con antecedentes de hipertensión arterial, que comienza con dolor torácico de inicio súbito, preferentemente retroesternal o interescapular y que progresa de forma ascendente o descendente”.

32 Es la pauta más importante, pero la doctrina y la jurisprudencia que se ha ocupado de la cuestión ha propuesto otras, la mayor parte muy discutibles. Véase L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 87-105.

33 Esta tendencia ha sido brillantemente examinada por C. I. ASÚA GONZÁLEZ en su monografía *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2008, especialmente, pp. 50-51.

34 Téngase en cuenta que hay una doctrina norteamericana minoritaria que postula la aplicación del criterio de responsabilidad proporcional a la probabilidad causal incluso en supuestos en que la medida probabilística hallada en el caso es superior al umbral de certeza (radicada en el Derecho angloamericano en el 50%) o inferior al nivel mínimo de seriedad que de ordinario presupone la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad (que puede fijarse convencionalmente en la barrera del 15%). Es la postura que defienden J. H. KING (“‘Reduction of likelihood’ reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine”, *Univ. Memphis L. Rev.*, núm. 28, 1998, pp. 556-558) y J. MAKDISI (“Proportional liability...”, cit., pp. 1092-1093, aunque con importantes diferencias de fondo. Un análisis crítico de sus posturas en L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 367-377, 425-432.

35 La STS, Sala 3ª, de 7 de septiembre de 2005 (Ar. 8846), se refiere de un modo un tanto despreciativo a la doctrina de la pérdida de oportunidad: “el recurrente no cuestiona la afirmación de la sentencia

recurrida acerca de la falta de prueba, que correspondía al recurrente, sobre la existencia del nexo causal entre la actuación médica y el definitivo fallecimiento de la paciente, sino que *se limita a exponer una doctrina que denomina de la pérdida de oportunidad*” (la cursiva es mía).

36 La STS, Sala 3ª, de 7 de julio de 2008, se refiere a un submarinista que sufre un accidente de descompresión en Cullera. Este tipo de contingencia exige actuar con la máxima celeridad introduciendo al afectado en una cámara hiperbárica, de modo que, a mayor demora, mayor riesgo de que el tratamiento resulte ineficaz. En Valencia no había una cámara hiperbárica, por lo que hubo de trasladarse al buceador a un hospital barcelonés. El problema fue que el traslado no se hizo en helicóptero, sino en ambulancia, y que ésta salió casi cuatro horas después de que el paciente ingresara en el hospital “La Fe” de Valencia. El tratamiento fue ineficaz quedando el paciente postrado en silla de ruedas. Por su parte, la STS, Sala 3ª, de 26 de junio de 2008, se refiere a un error de diagnóstico: ante la sospecha de enfermedad tuberculosa, se indicaron determinadas medicinas. La paciente no sufría tuberculosis y tenía una predisposición individual a padecer toxicidad por esas medicinas. Se suspendió el tratamiento, pero la paciente ya había desarrollado una neuritis óptica bilateral con disminución de agudeza visual. En ambos casos el Tribunal afirma que la actuación de la Administración sanitaria no se ajustó al estándar exigible de calidad: en el primero, por la ausencia de cámara hiperbárica en una zona de costa como es Valencia, la no utilización de helicóptero para el traslado y el retraso de la salida de la ambulancia. En el segundo, por la falta de pruebas encaminadas a verificar el diagnóstico de tuberculosis y, en todo caso, por la no indicación de las vitaminas que hubieran podido contrarrestar los efectos de las medicinas antituberculosas. A su vez, en los dos supuestos se descarta que exista la prueba del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño (la paraplejia y la neuritis) porque es posible que éste hubiera seguido produciéndose, aunque la Administración hubiera actuado correctamente (transportando rápidamente al buceador a Barcelona; y diagnosticando adecuadamente la dolencia o, al menos, aconsejando la toma de esas medicinas que contrarrestan los efectos de las antituberculosas). Por eso condenan a abonar en concepto de pérdida de oportunidad unas cantidades (90.000€ y 30.000€) notablemente inferiores a las pretendidas por los recurrentes (123.604€ y ?). En el primer caso se afirma: “aquel principio [de reparación integral] no demanda el reconocimiento a favor del actor de una indemnización que le satisfaga por las secuelas que no soporta, entre otras razones porque la curación nunca se encuentra médicamente garantizada. En otras palabras, no debe pagársele por las dolencias reales padecidas a conse-

cuencia del accidente disbárico, sino tan sólo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener un resultado distinto, más propicio y benigno”. En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo declara en esta misma línea: “no se indemniza por la neuritis óptica que se le ocasionó al recurrente en ambos ojos, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad, pues del informe pericial practicado cabe sostener que de haberse administrado vitamina B6, los resultados hubieran podido ser otros”. Hay que valorar positivamente estas sentencias, pues hacen suyo un expediente que, aunque difícilmente compatible con la teoría clásica de la causalidad, puede servir para proporcionar soluciones equilibradas en supuestos en que no parece justo que se condene a la Administración a reparar totalmente un daño que pudo no haber causado; ni que se obligue a la víctima a pechar totalmente con un perjuicio que pudo no haber padecido. Y resulta en cierto modo comprensible que a tal efecto el Tribunal (al igual que el CCCLM) se acoja al artificio de afirmar que el concepto indemnizado es un daño en sí mismo, distinto del perjuicio *real*, como si la posibilidad de curación fuera un bien integrado en el patrimonio personal de la víctima. Pero es criticable que abuse por defecto de la doctrina de la pérdida de oportunidad para rebajar indemnizaciones que, en rigor, deberían ser totales por haber suficientes elementos de juicio para tener por demostrado el nexo causal. De hecho, este uso abusivo se ha producido, posiblemente, en las dos sentencias referidas. En la primera el Tribunal hace suyo un informe según el cual se recupera globalmente el 71,5% de los accidentados disbáricos sometidos a tratamiento durante las primeras seis horas. Y si esto es así, pudo perfectamente afirmarse la prueba de la causalidad, pues el umbral de certeza se sitúa en cifras cercanas a ese porcentaje; o pudo, en todo caso, concederse el 71,5% del valor de los perjuicios padecidos. En el segundo pronunciamiento parece que no hay duda de que la medicina tuberculosa generó la neuritis óptica, pudiéndose afirmar el nexo causal. Lo dudoso es, probablemente, que la Administración infringiera la “*lex artis*” al aplicar un protocolo establecido y no indicar las vitaminas que contrarrestan los efectos adversos de la medicina tuberculosa en el escasísimo número de pacientes en que tales pueden manifestarse. De hecho, la sentencia *a qua* no tuvo problema en afirmar el nexo causal, pero liberó a la Administración por entender que había actuado correctamente.

37 Me refiero al Dictamen núm. 221/1994, de 28 de abril sobre un ciudadano francés que, después de haber realizado estudios de lengua española en Francia y en España así como estudios empresariales también en España, llegó a un acuerdo con una empresa informática

con sede en Sevilla, en virtud del cual percibiría por sus servicios laborales una remuneración anual de 2.800.000 Ptas., además de recibir una participación del 10% en el capital de la sociedad titular. Suscrito el precontrato, la firma del contrato definitivo quedaba condicionada a que obtuviera el permiso de trabajo y la tarjeta de residencia en España. Teniendo solicitadas esas autorizaciones, el reclamante viajó a España para iniciar su período de prácticas, pero fue detenido en la frontera porque había una orden de detención preventiva cursada por un Juzgado de Instrucción de Barcelona, que tramitaba contra él (aparentemente) un procedimiento por delito de robo cometido el día 21 de junio de 1989. Tras permanecer detenido cuatro días, fue puesto en libertad, porque, al realizarse la prueba de identificación dactiloscópica, se comprobó que las huellas del presunto autor del hecho delictivo no se correspondían con las del detenido. Además, éste acreditó que el día 15 de febrero de 1989, estando precisamente en Barcelona, había sufrido la sustracción de su documentación personal (pasaporte, documento nacional de identidad y carnet de conducir) y que lo había denunciado en una Comisaría y ante el Consulado de su país. Después se comprobó que el supuesto autor de dicho delito era un ciudadano libanés que utilizaba la indicada documentación. Una vez puesto en libertad, reanudó su viaje a Sevilla, donde realizó las prácticas de trabajo con el resultado positivo que dio lugar a la suscripción del precontrato señalado. Sin embargo, el día 16 de noviembre de 1990 fue expulsado del territorio español por orden del Gobierno Civil de Barcelona de 26 de julio anterior, sin que, en esa ocasión, se realizara la prueba de identificación dactiloscópica que habría permitido comprobar que, aunque a su nombre, la orden de expulsión iba dirigida verdaderamente contra el ciudadano libanés. La orden no fue revocada hasta el día 28 de marzo de 1992, en que se esclareció definitivamente la verdadera identidad del presunto delincuente. Promovida reclamación al Ministerio del Interior por el funcionamiento anormal de los servicios policiales, el Consejo de Estado consideró que el reclamante no llegó a adquirir derecho laboral alguno, pues era exclusivamente titular de una expectativa, habida cuenta que la prestación de los servicios laborales había quedado condicionada a la obtención del permiso de trabajo y residencia que tenía solicitados. Con base en tal razonamiento, declaró que no podía entenderse que se produjera un lucro cesante, sino sólo una “pérdida de oportunidades laborales reales” que debían ser valoradas en términos de equidad. A tal efecto, invocando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estimó que el interesado debía ser indemnizado en la suma total de 2.000.000 Ptas., sin perjuicio de la cantidad que pudiera corresponderle por los daños causados como consecuencia de los 4 días de prisión preventiva. Se trata, a mi modo de ver, de una manifes-

tación de la utilización abusiva (por defecto) de la figura de la *chance* perdida, al resarcirse como tal lo que constituía un lucro cesante acreditado. Debe recalcar que el perjudicado contaba con un precontrato laboral, obtenido después de haber superado positivamente el período de prácticas, y que la obtención de los permisos de trabajo y residencia que condicionaban el concierto del contrato definitivo no ofrecía especial dificultad habida cuenta de su condición de ciudadano de un Estado de la Comunidad Europea. Esto supone que, de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos (*id quod plerumque accidit*), había una altísima probabilidad de que, de no haber mediado la expulsión, el perjudicado hubiera suscrito el contrato previsto, por lo que sufrió, en realidad, la pérdida de las ganancias que tal contrato le habría reportado y no la mera posibilidad de obtenerlas.

38 J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 2ª ed., trad. original inglés “Short of sickness and death: a study of moral Responsibility in Legal Criticism”, *NY Univ. L. Rev.*, oct. 1951, núm. 4, C. M. Bidegain, pról. J. Cueto Rúa, Fontamara, Mexico D. F., 1993, p. 37 p 40.

39 M. GASCÓ ABELLÁN, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 42-45.

40 En principio, el Dictamen 34/2006 podría realizar esta forma de utilización abusiva, pues indemniza un 12% del valor total del daño. Pero, aparte de que esa cifra puede expresar un nivel significativo de probabilidad (es superior a 10), hay que notar que las probabilidades estimadas son, no de causalidad, sino de mortalidad. A esta singular cuestión me refiero después.

41 A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, LGDJ, Paris, 1973, ap. 237, p. 179; J. J. MOSSET ITURRASPE, “Frustración de una ‘chance’ por error en el diagnóstico”, coment. S. Cámara Nac. Apelacs. Civil Buenos Aires, 21 dic. 1981, *in re Almonacid vs Debora Centro Médico*, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, p. 73.

42 Así, la administrativista italiana F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Utet, Torino, 2000, p. 76.

43 Según precisa A. BÉNABENT (*La chance...*, cit., p. 7) la teoría de las *chances* y la teoría del cálculo de probabilidades son sinónimas

(p. 7). Bien entendido, la teoría causal tradicional y su corolario del todo o nada se basan también en un cálculo de probabilidad. En efecto, la afirmación o la negación del nexo causal depende de un juicio de aceptabilidad enderezado a determinar si la probabilidad causal alcanza o no en el caso concreto un determinado umbral de certeza: el 50%, en el Derecho angloamericano en virtud del criterio *more probable than not*; y en torno al 80% en el Derecho europeo continental (y, según creo, en el hispanoamericano) en razón de la máxima *id quod plerumque accidit*. Bajo este planteamiento, si las probabilidades causales alcanzan el dintel de certidumbre, se tiene por cierto el hecho causal y se brinda una reparación total; si, en cambio, no llegan a esa cifra, se niega su existencia y, con ello, se libera por completo al agente (posiblemente) dañoso. Así, pues, la teoría general de la causalidad se apoya también en un juicio de verosimilitud encaminado a concretar la probabilidad de que, sin la intervención del hecho ilícito, el daño no se hubiera padecido. Sin embargo, la respuesta resarcitoria del régimen alternativo establecido a través de la doctrina de la *chance* no depende ya de que tal probabilidad pueda reputarse suficiente ni implica que el perjudicado obtenga todo o nada. Hallado el grado de probabilidad en el caso concreto, si es serio o apreciable, se proyecta sin más sobre la indemnización para afirmar una responsabilidad parcial basada en una causalidad probabilística; la doctrina de la pérdida de oportunidad se vale de esa misma valoración probabilística, sólo que, si la probabilidad resultante supera un nivel (mínimo) de seriedad sin llegar a alcanzar el estándar (máximo) de certidumbre, impone una responsabilidad parcial, proporcionada a esa probabilidad. Por eso, cuando la teoría de la oportunidad perdida resulta aplicable, la decisión final es, simplemente, el resultado de proyectar el porcentaje calculado de probabilidad sobre el valor total del daño, que proporciona la medida exacta de la causalidad parcial que liga el hecho ilícito con el daño así como el preciso alcance tanto de la indemnización a que tiene derecho el perjudicado como de la responsabilidad a que queda sujeto el agente dañoso. Las teorías que, para hacer frente a la incertidumbre causal, establecen una suavización del estándar ordinario de prueba alteran la *forma* de valorar la prueba, pero mantienen invariado su *objeto*, que es siempre el hecho de la causalidad. Sin embargo, la teoría de la *chance* entraña una transformación más profunda, pues, en ella la probabilidad deja de ser un método de valoración probatoria y se convierte en el objeto mismo de la prueba. Se está, pues, ante una doctrina que resuelve el conflicto entre el *cómo* se prueba y el *qué* se prueba a que conduce la teoría clásica de la causalidad en hipótesis de incertidumbre, es decir, la inevitable tensión de acceder a un procedimiento que permite averiguar las probabilidades de que la víctima no sufriera el daño y desperdiciar sus resultados, porque el juez se crea forzado a

elegir entre la causalidad demostrada y la indemostrada; entre la reparación total o su radical ausencia. En este sentido, J. MAKDISI (“Proportional liability...”, cit., p. 1084) considera que, si la discusión se traslada de la cuestión de la acreditación del *hecho de la causalidad* a través de pruebas probabilísticas a la de la demostración de las *probabilidades del hecho de la causalidad*, desaparece el conflicto inherente entre el *qué* ha de probarse y el *cómo* ha de probarse: “Once the discussion moves from the problem of proving the fact of causation with probabilistic evidence to the problem of proving the probability of the fact of causation, there is no inherent conflict between what is to be proved and how is to be proved”.

44 Conforme a la Propuesta de Resolución extractada en el Dictamen 173/2007, “se le reconocen al interesado unas secuelas permanentes derivadas de la artrosis postraumática, a las que se asignan 10 puntos, pero el quantum indemnizatorio se rebaja finalmente en un 50%, por aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, ya que las posibilidades de no desarrollar un daño articular permanente es del 50%, con independencia de cualquier actuación y de un diagnóstico precoz o tardío”. Según el Dictamen 91/2008, “la Propuesta de Resolución señala que la cuantía indemnizatoria se considera en un 30% de la cantidad de 99.222,70 euros en que se valora la indemnización por muerte que le correspondería al cónyuge de un paciente de 66 años según la Resolución de 7 de enero de 2007, de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar, durante el 2007, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”. En esta línea también se sitúa la Propuesta de Resolución que resume el Dictamen 199/2008: “*teniendo en cuenta el grado de la enfermedad y su desarrollo, las posibilidades de supervivencia con un Estadio IV podrían haber sido de un 2% a los cinco años, como concluye la Inspectora Médica...si se tiene en cuenta que D^a Marisol era una mujer joven, nacida en 1971, madre de dos niños nacidos en 1993 y 1998, siendo menor uno de ellos, la cantidad indemnizatoria [...]*”, aplicando las cuantías publicadas mediante Resolución de 17 de enero de 2008 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, sería de 103.390’06 euros para el cónyuge y 43.079’19 euros para cada hijo menor de edad, cantidades que quedarían reducidas en un 45%, puesto que *‘en este supuesto se reconoce responsabilidad por parte de la Administración Sanitaria basada en la pérdida de oportunidad motivada por supuesto retraso en el diagnóstico, y por ello la indemnización debe ser, precisamente, la privación de la oportunidad de haber prologado la vida de la pacien-*

te, o de haber ofrecido un tratamiento precoz pero siempre teniendo en cuenta que la paciente hubiera fallecido igualmente en un tiempo más o menos prematuro, a causa de un mal preexistente e inevitable, y por ello la reducción teniendo en cuenta el pronóstico de la propia enfermedad”.

45 Así lo destaca el Dictamen 242/2007: “Las reclamantes no intentan ni siquiera probar que existe una relación causal directa entre la muerte y la falta de atención sanitaria, pero si afirman rotundamente, como se ha insistido, que se dejó a la finada ‘*sin oportunidades de vivir*’”.

46 Me remito a mi análisis de la STS, Sala 1ª, de 10 de octubre de 1998 (Ar. 8371), *La teoría...*, cit., pp. 203-207.

47 Entre otras, SSTS, Sala 3ª, 5 de junio de 2005 (RJ 2005/8820); 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7503); 11 de octubre de 2005 (RJ 2005/8500); 30 de enero de 2006 (RJ 2006/1454); 31 de enero de 2006 (RJ 2006/4353); 5 de julio de 2006 (RJ 2006/4489); 24 de julio de 2006 (RJ 2006/5161); 3 de mayo de 2007 (RJ 2007/3402); 29 de mayo de 2007 (RJ 2007/3692); 12 de junio de 2007 (RJ 2007/3809); y 27 de junio de 2007 (RJ 2007/3934).

48 Es habitual que los Dictámenes del CCCLM lo utilicen sin más, como si fuera vinculante. Aunque alguno afirma su carácter orientativo (Dictamen 142/2005).

49 No es claro si el Dictamen 91/2008 se atiene al oportuno concepto dinámico de siniestro. No informa de la fecha de la consolidación de las secuelas y, al separarse del criterio de la Propuesta de Resolución (favorable a la aplicación de las cantidades de 2007) emplea la Resolución de 3 de febrero de 2006 sobre la base de que ese año “fue en el que se realizaron las actuaciones sanitarias por las que se indemniza”. Por otra parte, el Dictamen 142/2005 se separa netamente de la fórmula, adoptado como referencia las cantidades actualizadas en el año del enjuiciamiento (2005) y no en el de la consolidación del siniestro (2003). Esto porque, según dice, tomar las cantidades de 2003 y actualizarlas con arreglo al IPC en cumplimiento del artículo 141.3 LRJPAC produce el mismo resultado que aplicar las cantidades de 2005: “ante las periódicas actualizaciones de valores de las Tablas del referido sistema de baremación cabe utilizar los correspondientes al año en curso, contenidos en la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 7 de febrero de 2005 (BOE de 18 de febrero), en el entendimiento de que su empleo proporciona la misma cuantificación que el

uso de los importes correspondientes al año 2002 –en el que cabría situar la emergencia de los daños morales objeto de indemnización- y su revisión mediante la aplicación de los correspondientes índices de precios al consumo, evitándose de esta manera la actualización a la fecha del final de procedimiento a que se alude en el artículo 141. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”. Tiene razón el Consejo al afirmar la indiferencia de aplicar las cantidades previstas en la fecha del siniestro, actualizándolas a la fecha del enjuiciamiento; o tomar las cantidades de la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones vigente en el momento del informe. Pero hay que hacer importantes precisiones: 1) Este modo de proceder no es correcto cuando entre la fecha del siniestro y la del enjuiciamiento ha mediado una reforma legislativa sobre el sistema legal de valoración que afecte al caso (lo que no ocurre en el asunto dictaminado); 2) Una resolución administrativa o un acuerdo convencional (no el dictamen) pondrán fin al procedimiento, y las cantidades que se abonen deben actualizarse a la fecha de la finalización de las actuaciones de conformidad con el principio valorista del artículo 141 LRJPAC; por eso, aunque puedan emplearse las cantidades fijadas para el año del enjuiciamiento porque no haya intervenido reforma legislativa relevante alguna, sigue siendo preciso ordenar que las sumas obtenidas se actualicen a la fecha de la finalización del procedimiento (cosa que no hace el dictamen examinado).

50 “Cuantía ésta que debería ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, tal y como determina el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre” (Dictámenes 173/2007, 242/2007); “la expresada indemnización deben considerarse incluidos los daños morales, conforme señala expresamente el Baremo que se ha utilizado para cuantificarla, y debe ser objeto de actualización conforme a lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre” (Dictamen 91/2008); “la jurisprudencia viene declarando insistentemente la necesidad de alcanzar la plena indemnidad del perjuicio causado, por lo que habrá de estarse a lo que dispone el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que exige la actualización de la indemnización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo” (Dictamen 199/2008).

51 Cfr. M. MEDINA CRESPO, *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y Jurisprudencia*, t. III, vol. 2º, *Las consecuencias patrimoniales. El lucro cesante. Propuestas de “lege ferenda”*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 109-116.

52 La suma, calculada con arreglo a la Resolución actualizadora de 2005, incluye la partida prevista para una víctima de hasta 65 años, con cónyuge (93166,95), que deja un hijo mayor de 25 años (al que se asignan 7.763,91 euros).

53 La cifra está calculada conforme a la Resolución actualizadora de 2002 y se desglosa en la suma prevista para el cónyuge de un fallecido menor de 65 años (84.606,05) y las previstas para cada uno de los hijos menores (35.252,52).

54 Es la cantidad fijada en la Resolución actualizadora de 2006 para el cónyuge de víctima de hasta 65 años.

55 M. MEDINA CRESPO, “El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte”, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord.. J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007, p. 610.

56 Afirma primero que “[a] dicha lesión permanente [ligamentos cruzados] se le asignan de 1 a 15 puntos”. Y acto seguido señala que “[s]iguiendo el criterio del SESCOAM, vertido en su Propuesta de Resolución de asignar la máxima puntuación, tenemos 10 puntos para cada lesión”. La contradicción es evidente.

57 Los puntos que asigna la Tabla VI son expresivos de una “baremación médica” del grado de menoscabo de la integridad personal. El porcentaje final de menoscabo (los puntos) se lleva después a la Tabla III para su traducción en una “baremación económica”. Pues bien, ante secuelas concurrentes, la primera opera sobre un porcentaje de integridad física del 100%. En el caso, la artrosis se valora en 10 puntos, del total de 100 en que se valora la plenitud física de la persona. Pues bien, la segunda secuela opera un menoscabo sobre una integridad física ya menoscaba (90%). De ahí que la baremación médica de las dos secuelas no pueda consistir en la suma aritmética de los puntos individualmente previstos para cada una. El sistema legal incluye, en el apartado Segundo de sus reglas explicativas, una fórmula que pondera esta circunstancia y que en el caso arroja una valoración final de 19 puntos. Cfr. M. MEDINA CRESPO, *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y Jurisprudencia*, t. VI, *Las lesiones permanentes. Bibliografía*, Dykinson, Madrid 2000, pp. 21-40.

58 Prueba de que este factor y el lucro cesante no son conceptos equiparables es que el primero opera en muchos casos en que el segundo no se produce. Piénsese en el siguiente caso: los padres y los hijos (de vida independiente) del fallecido no sufren normalmente un padecimiento económico como consecuencia de la muerte y, sin embargo, reciben un plus si el fallecido tenía edad laboral. Un desarrollo de estas tesis, en M. MEDINA CRESPO, *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y Jurisprudencia*, t. III, vol. 2º, *Las consecuencias...*, cit., pp. 51-82.

CAPÍTULO V-. RESARCIMIENTO POR DAÑOS MORALES DERIVADOS DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS SANITARIOS EN LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA- LA MANCHA

M^a del Carmen González Carrasco
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Castilla- La Mancha

SUMARIO.

1-. LOS DICTÁMENES OBJETO DE ESTUDIO. 2. ¿CUÁNDO SON INDEMNIZABLES LOS DAÑOS MORALES EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA? 2.1. La evolución de la responsabilidad patrimonial por daños morales. 2.2. Criterios de individualización del daño moral. 2.2.1) *No es daño moral evaluable la mera situación de malestar, incertidumbre o incomodidad.* 2.2.2) *Puede considerarse daño moral y cuantificarse el daño autónomo consistente en la mera privación de la asistencia sanitaria solicitada o la posibilidad de decidir sobre el tratamiento (o la lesión de derechos ordinarios ascendidos a derechos fundamentales).* 2.2.3) *Daños morales que enmascaran daños patrimoniales de difícil cuantificación.* 2.2.4) *La conversión de la pérdida de oportunidad en daño moral por la expectativa más sombría no da lugar al defecto de incongruencia procesal.* 3. DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: ¿UN PROBLEMA DE VALORACIÓN DE LOS DAÑOS O DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD? 3.1. La pérdida de oportunidad como restablecimiento del nexo causal con el daño moral. 3.2. Un caso especial: daño moral derivado de diagnóstico prenatal erróneo (Dictamen 150/2007). 4. LA VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL CONSISTENTE EN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD A TRAVÉS DE BAREMOS OBJETIVOS DE DAÑOS CORPORALES. 5. LA LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR LOS DAÑOS MORALES DERIVADOS DE UNA ACTUACIÓN SANITARIA.

1- LOS DICTÁMENES OBJETO DE ESTUDIO.

Los Dictámenes del Consejo Consultivo números 71/2004, 62/2005, 142/2005, 125/2007 y 150/2007, emitidos conforme a lo dispuesto en el artículo 59.9 a) de la Ley 11/2003, de 25 de diciembre del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha dentro de procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), abordan reclamaciones muy dispares entre sí que tienen como común denominador la consideración de que las actuaciones sanitarias analizadas en todos y cada uno de ellos no ha tenido, al menos aparentemente, como consecuencia directa un perjuicio de carácter patrimonial, sino una lesión de la indemnidad moral de los reclamantes. La agrupación de los mismos tiene un marcado carácter residual, habida cuenta de que las cuestiones que constituyen el fundamento de las respectivas reclamaciones pertenecen, por abordar su objeto, al ámbito de estudio de otros grupos de Dictámenes analizados en esta obra, como se puede comprobar en el brevísimo resumen de los mismos que se expone a continuación.

El Dictamen que se presenta con número de expediente 71/2004 (desestimatorio de la pretensión) aborda una reclamación por denegación de asistencia sanitaria en el que, además de la prueba del hecho mismo de la negativa del facultativo a personarse en el domicilio del paciente, que no se considera cumplida por la esposa reclamante, se discute la adecuación a la *lex artis* de la actuación del facultativo de guardia de urgencias, que había prescrito el tratamiento adecuado para la amigdalitis y había aconsejado el tratamiento hospitalario para el linfoma. A pesar de que, como ya hemos indicado, la pretensión fue desestimada por falta de prueba de los hechos en que se fundaba la reclamación - esto es, la denegación misma de la asistencia sanitaria sostenida por la reclamante -, el Dictamen plantea, a mi modo de ver, dos interesantes cuestiones: la de la presunción del daño moral y su correspondiente objetivación derivada de la tendencia jurisprudencial a la elevación del rango normativo de los derechos del paciente, y la de la importantísima cuestión de la legitimación para la reclamación del daño moral.

El Dictamen número de expediente 62/2005 rechaza que en el supuesto examinado existiera mala praxis en el error de diagnóstico de un cáncer de mama que hubo de ser posteriormente tratado en una clínica privada, pero informa favorablemente la procedencia de la indemnización solicitada por diversos gastos de traslados, pruebas y operacio-

nes vinculadas a la atención recibida en dicha clínica privada y a la enfermedad padecida, así como, en lo aquí interesa, la de una compensación de carácter moral. El fundamento de la responsabilidad patrimonial en este caso se hizo descansar sobre la anormalidad del funcionamiento del servicio por demora excesiva de los medios de detección y diagnóstico empleados en el caso, según los estándares que cabe extraer de la normativa reguladora de los tiempos máximos de respuesta de atención sanitaria especializada en Castilla-La Mancha, contenida en el Decreto 9/2003, de 28 de enero. En lo que a la indemnización por daños morales interesa, el Dictamen es enormemente sugerente, sobre todo en lo relativo a dos cuestiones: por un lado, plantea el problema de la determinación del nexo de causalidad y la valoración del daño en la pérdida de oportunidad¹ de una evolución más favorable de la enfermedad (en palabras del Consejo Consultivo, la procedencia de una indemnización por las expectativas más sombrías que tiene la paciente a resultados del diagnóstico tardío). Por otro lado, aunque en el caso se rechazó la existencia de nexo causal entre la demora del servicio y la pérdida corporal debido a que la localización del tumor habría impedido en cualquier caso la aplicación de una técnica de cirugía conservadora de la mama, el supuesto, tal y como la reclamante lo plantea, sugiere el problema de la acumulación de las partidas indemnizatorias correspondientes a la pérdida de un órgano y al daño moral derivado de dicha pérdida, y de la procedencia de ser valoradas conforme al baremo de la Ley de Circulación de Vehículos a Motor.

Similares reflexiones sugiere el supuesto contemplado por el Dictamen 142/2005. En éste, la reclamante, que había acudido al Hospital “Santa Bárbara” de Puertollano ante la aparición de un pequeño bulto en el pecho, alegaba haber sido víctima de una actuación inadecuada y negligente, ya que los facultativos del Servicio de Ginecología no tomaron en cuenta la recomendación de realizar una ecografía complementaria efectuada por la radióloga que practicó la mamografía en julio de 2001 (quien a pesar de ello, informó como resultado hallazgos benignos), consiguientemente, no se pusieron a su disposición todos los medios de diagnóstico que demandaban las circunstancias del caso. La reclamación se basa en las pérdidas anatómicas sufridas por causa de la exéresis del tumor finalmente localizado – extirpación de un pecho y zona axilar contigua- y el riesgo para su vida en que actualmente se halla – con “una esperanza de vida mucho más corta”- , aduciendo también como perjuicios derivados del irregular comportamiento de los servicios médicos el estado depresivo profundo en el que se halla sumida y daños morales. El Inspector médico asignado al procedimiento informó que quizás la realización de la ecografía

aconsejada por la radióloga hubiera puesto de manifiesto imágenes sospechosas de malignidad que hubieran permitido adelantar el diagnóstico y el tratamiento del caso; por ello, a su juicio, no se pusieron al alcance de la paciente todos los medios diagnósticos disponibles. Y en cualquier caso, a situaciones como ésta ponen de manifiesto disfuncionalidades en el funcionamiento y la coordinación de los servicios hospitalarios, puesto que la indicación del radiólogo para realizar la ecografía requiere que ésta sea confirmada por el facultativo responsable finalmente de su realización. Sin embargo, dicho informe también afirma que en caso de un diagnóstico más precoz de la enfermedad objeto de examen, la correspondiente intervención quirúrgica, el tratamiento médico aplicado a la paciente y las secuelas hubiesen sido prácticamente idénticas; circunstancias éstas de vital trascendencia respecto a las pretensiones económicas indemnizatorias de la reclamante, a la que finalmente no se reconoció el pretendido nexo causal entre la demora diagnóstica y las secuelas producidas por la mastectomía se reconoció indemnización alguna por el síndrome depresivo, que tampoco consideró causalmente coligado al retraso diagnóstico padecido, en virtud de los episodios de igual tipo existentes en el historial clínico de la paciente. Sin embargo, el Consejo entiende que sí existe relación causal entre las anomalías detectadas en la coordinación de los servicios de radioterapia y ginecología y el daño moral que la reclamante aparea a la circunstancia de encontrarse con “una esperanza de vida mucho más corta” o con el riesgo que para su vida ha supuesto la demora en el tratamiento médico necesario, y que estima “aún no ha quedado descartado”. En este caso se plantean las siguientes cuestiones: en primer lugar, la aplicación del concepto de daño moral a la pérdida de oportunidad de haber actuado antes contra la tumoración existente; en segundo lugar, el Dictamen invita a reflexionar sobre la procedencia de la aplicación analógica del baremo de la Ley de Circulación de Vehículos a motor a fin de cuantificar los daños morales derivados de la asistencia sanitaria.

El cuarto de los Dictámenes seleccionados, referenciado como 125/2007, conoció de la reclamación por los daños y perjuicios irrogados a una paciente de ochenta y un años de edad residente en Ciudad Real a quien, tras ser citada para la realización de una prueba de hemodinámica en la Clínica Recoletas de Albacete, a donde fue trasladada en ambulancia, se le comunicó que la prueba no se podía realizar por haberse estropeado la máquina necesaria para ello y no responder al teléfono el servicio de mantenimiento. A consecuencia del incidente, la enferma fue trasladada de vuelta a Ciudad Real en la misma ambulancia que la había traído, viéndose obligada, *según la reclamación efectuada*

por sus familiares a realizar “un viaje de cinco horas y media totalmente infructuoso y cargado de incomodidades y riesgos para la paciente a lo que hay que unir el habitual efecto de desorientación en enfermos de edad avanzada en situaciones críticas, que se vio severamente agravado por toda esta serie de innecesarias manipulaciones”. En este caso, el Dictamen, que rechazó la existencia de una lesión indemnizable, se emitió con carácter facultativo, debido a la falta de cuantificación de la reclamación por parte de los reclamantes, unido al hecho de que el año alegado consistía en incomodidades y trastornos resultantes del viaje en ambulancia inútilmente realizado, presumiblemente valorable en menos de 600 euros.

El Dictamen 150/2007 se enfrenta con una de las cuestiones más controvertidas de la responsabilidad médica, tanto desde el punto de vista ético como desde el punto de vista jurídico. Los reclamantes, padres de un niño nacido con síndrome de Down, estiman que la anomalía cromosómica que presentaba el feto debió haber sido detectada con motivo del estudio citogenético que le fue practicado tras realizarse una amniocentesis por la Unidad Genética del Hospital Virgen de la Salud de Toledo. Dicho estudio fue realizado a petición del Servicio de Tocoginecología del Hospital Nuestra Señora del Prado de Talavera de la Reina, dada la existencia de antecedentes en la familia de Síndrome de Down, y ponderando el hipotiroidismo bajo tratamiento hormonal sustitutivo y los anticuerpos anti-Ro positivos de la madre. El citado estudio citogenético fue realizado en la semana ecográfica 14+2, esto es, dentro del periodo legalmente establecido para la interrupción voluntaria del embarazo, siendo las anomalías cromosómicas perfectamente observables en ese momento, y la Unidad de Genética reconoció el error padecido durante una prueba subsiguiente, que le llevó a modificar el informe inicial para adicionar un apartado donde se reseñaba la anomalía detectada fuera ya de dicho plazo. Los reclamantes consideran que el daño irrogado al niño y a ellos mismos consiste en la pérdida de la posibilidad por parte de los padres de, caso de haber sido debidamente informados de las anomalías cromosómicas que presentaba el feto, haber podido optar por la continuidad o no del embarazo, así como en los quebrantos económicos derivados del nacimiento del hijo Sergio con anomalías, el *pretium doloris*, que comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por Sergio y sus padres, que entraña la contemplación del hijo con anomalías, así como las limitaciones que a los propios progenitores va a ocasionar la enfermedad. Por todo ello, solicitaban una indemnización de 400.000 euros.

La identificación del concepto de daño, la relación de causalidad y la legitimación se presentan especialmente complicados en estos supuestos, tan desafortunadamente bautizados por la doctrina y la jurisprudencia americanas como "*Wrongful Birth cases*".

A través del análisis de los argumentos que nos brindan estos Dictámenes, intentaré sistematizar las cuestiones relacionadas con la responsabilidad patrimonial por daños morales derivados del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, si bien al hilo de las diferentes cuestiones planteadas se hará inevitable la comparación con los criterios mantenidos por la Jurisdicción Civil en el ámbito de la asistencia sanitaria privada.

2. ¿CUÁNDO SON INDEMNIZABLES LOS DAÑOS MORALES EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

2.1. La evolución de la responsabilidad patrimonial por daños morales.

El artículo 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, exige, para poder declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. El artículo 12. 2. del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, a su vez, dispone que "se solicitará que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración² del daño causado y la cuantía y modo de indemnización...".

Concebidos los daños morales como aquellos "que son infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica" (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2001; RJ 2001\5183) hoy, tras una tardía evolución experimentada por la Jurisprudencia Contencioso- Administrativa, es pacífico que los mismos resultan lógicamente incluidos dentro del concepto genérico de daño a que alude el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, “ siendo por tanto indemnizables, aunque en si mismos carezcan de valor económico, conforme a reiterada jurisprudencia, en cuanto actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar como víctima” (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1999; RJ 1999\7272), siempre que sean efectivos, evaluables económicamente e individualizados.

La problemática innata a este tipo de daños, primero, la dificultad de su prueba, dado que afecta a un bien jurídico inmaterial, y posteriormente, su casi imposible valoración pecuniaria, cuando en la misma no intervienen criterios objetivos, fijos y aisladamente considerados, llevó a los tribunales Contencioso- Administrativos a negar durante años el resarcimiento de este tipo de daños³. El anclaje legal para dicha exclusión lo proporcionaba el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, que al aludir en su capítulo II a “otros bienes indemnizables”, hacía referencia a los bienes y derechos a los que esta Ley se refiere, entendiendo por tales el derecho de propiedad y otros derechos o intereses patrimoniales legítimos, tal como establece su artículo primero.

Esta situación chocaba con la finalidad socializadora de los daños que por definición caracteriza a la responsabilidad patrimonial, y no pudo mantenerse una vez entró en vigor la Constitución de 1.978, que en su artículo 106 reprodujo la expresión del hoy derogado artículo 40.1 LRJAE, “cualquiera de sus bienes y derechos”, sin distinguir ya su carácter patrimonial o extrapatrimonial. Desde ese momento, el Tribunal Supremo pasó del frontal rechazo al reconocimiento de su carácter indemnizable y de la posibilidad de su valoración económica, para acabar extendiendo su ámbito a nuevos objetos de reparación, tales como la demora en la asistencia sanitaria, la pérdida de la autonomía del paciente en relación con las decisiones sobre su propio tratamiento, la pérdida de la libertad de procrear o la incertidumbre sobre el acortamiento de las expectativas de vida, hasta llegar a la reparación integral del daño perseguida desde hacía décadas por la Jurisdicción Civil.

¿Puede decirse que un daño moral es efectivo, evaluable económicamente e individualizado? ¿Es compatible la afirmación de que un daño moral carece de valor económico con la condición posterior de que el mismo será indemnizable siempre que sea evaluable económicamente? Y si puede decirse, ¿Cuándo ello será así?

La afirmación de que un daño moral carece de valor económico es la constatación de que la esencia del mismo es la insusceptibilidad de la indemnización pecuniaria para garantizar una reparación adecuada. Por ello, el daño moral encuentra su primera dificultad resarcitoria en que su valoración ha de realizarse sin la referencia económicaevaluable de un bien de reemplazo⁴. No obstante, la valoración ha de ser posible, y tanto su existencia como su cuantía han de justificarse conforme a la doctrina constitucional recaída sobre *la motivación judicial del daño moral*⁵(STC 42/2006 y 36/2006). Ahora bien: ¿Con qué criterios?

2.2. Criterios de individualización económica del daño moral.

2.2.1) No es daño moral evaluable la mera situación de malestar, incertidumbre o incomodidad.

En el Dictamen 127/05 se reconoce que la incomodidad que el traslado infructuoso en una UVI móvil supuso para la paciente de avanzada edad son molestias que no tienen encaje en el ámbito de los daños morales por mucha amplitud que quiera atribuírsele a los mismos; pues, si bien es cierto que la noción de daño moral ha sufrido una progresiva ampliación de la que da fe la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000 (Ar. RJ 2000/5089) , también lo es, según dicha Sentencia se encarga de refrendar, que "la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico [...] o espiritual, [...] impotencia, zozobra, ansiedad, angustia", estados de ánimo permanentes o de una cierta intensidad. Sin embargo, el citado Tribunal también ha afirmado que por daño moral "no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave" (STS de 14 marzo 2007, Ar RJ 2007\1750).

A este respecto la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 (Ar, RJ 7799) señaló que "El concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre [...] salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave".

En este sentido ya se había manifestado el Consejo en el Dictamen nº 38 de 2 de abril de 2003 donde señalaba que en el caso de repercusiones psíquicas leves “es inapreciable el requisito de evaluabilidad al que en este caso resulta asociada la consideración del daño como perjuicio efectivo, por lo que el tacto y la cautela demandados por nuestra jurisprudencia en la ponderación de esta clase de daños de orden moral sin repercusión económica perceptible –Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1987, FJ 8º, Ar. RJ 1987\5018- hacen inviable conceder carácter resarcible a dicho componente indemnizatorio”.

Los daños alegados, en todo caso, se incardinarían dentro de los denominados perjuicios morales/personales respecto de los que el propio Consejo Consultivo ha tenido oportunidad de manifestarse en anteriores ocasiones; así los dictámenes nº 79, de 5 de junio de 2002 o nº 128, de 27 de noviembre de 2001, han venido a establecer un criterio según el cual *las presuntas alteraciones del ánimo para las que difícilmente pueden encontrarse parámetros de detección y ponderación no son susceptibles de incluirse en el concepto de daños morales, salvo en los casos en que resulte acreditado una grave afección psicológica.*

2.2.2) Puede considerarse daño moral y cuantificarse el daño autónomo consistente en la mera privación de la asistencia sanitaria solicitada o la posibilidad de decidir sobre el tratamiento (o la lesión de derechos ordinarios ascendidos a derechos fundamentales).

El Dictamen que se presenta con número de expediente 71/2004 (desestimatorio de la pretensión) aborda una reclamación por denegación de asistencia sanitaria en el que la inexistencia de prueba del hecho mismo de la negativa del facultativo a personarse en el domicilio del paciente nos ha privado de saber cuál habría sido el criterio de individualización y valoración del daño moral alegado en dicho caso, en el que a la mera angustia de no recibir la asistencia sanitaria no fue seguida de una lesión corporal.

Del análisis de la jurisprudencia recaída sobre daños morales en la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria pública podemos concluir que el requisito de la prueba misma y de la valoración del daño se relaja y tiende a la concesión de indemnizaciones meramente equitativas en los casos en que se ha producido una falta de información sanitaria que ha imposibilitado la prestación de un consen-

timiento verdaderamente informado o en los casos de denegación de asistencia sanitaria sin incidencia en un resultado dañoso final.

En la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 abril 2005 (RJ 2005, 4448), probada la falta de consentimiento informado, la corrección de las intervenciones realizadas a la paciente y la imposibilidad de imputar a la Administración la secuela padecida, concluye el TS que "el único daño que podemos imputar a la Administración es el daño moral que se ha derivado para la interesada por no habersele informado adecuadamente de las consecuencias que podría tener la intervención", lo que valora en seis mil diez euros. En definitiva, una derogación de la propia doctrina jurisprudencial que exige que la cuantía indemnizatoria compense un daño real susceptible de ser valorado económicamente para dar paso a la aceptación jurisprudencial de los daños punitivos como mecanismo de interacción en la calidad de la asistencia sanitaria⁶. En palabras de la STS 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258), "Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención". Esta orientación es seguida por la STS (3^a) 25 de abril de 2005 (RJ 4448); STSJ Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 mayo 2005 (JUR 2005, 195563) , la de TSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 mayo 2004 (JUR 2004, 213789) y la de TSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 octubre 2005 (JUR 2005, 273717) . También parecen aceptar la existencia de tal daño las SSAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 diciembre 2004 (JUR 2005, 222189) y de 17 julio 2002 (JUR 2003, 58931) ; y claramente la del mismo órgano de 7 noviembre 2002 (RJCA 2003, 970) y 5 junio 2002 (JUR 2003, 58659) . En contra, no obstante, se pronuncia la STS de 7 mayo 2002 (RJCA 2003, 97) .

En todo caso, la función preventiva de este tipo de condenas es patente, porque como ha puesto acertadamente de manifiesto ARCOS VIEIRA⁷, permiten evitar la absolución de quien ignoró los derechos de los pacientes facilitando una explicación aceptable desde la perspectiva del nexo causal- moderando al mismo tiempo las consecuencias de tales infracciones, puesto que las condenas en estos casos resultan ser menores de las correspondería como indemnizaciones íntegras de las secuelas y de los daños patrimoniales sufridos por el paciente.

La razón que, bajo mi punto de vista, han llevado a esta eclosión indemnizatoria derivada de incumplimientos de deberes profesionales sin necesidad de prueba del perjuicio moral padecido es la generalizada elevación jurisprudencial de rango experimentado por el derecho a la información asistencial derivada del art. 4.1 de la Ley 41/2002 a través del recurso a la “marca de calidad” que supone la calificación como fundamental de cualquier derecho subjetivo al que, por unas u otras razones se quiera potenciar en cada momento. Como muestra podemos citar las SSTs, 3^a, 9.5.2005 (RJ 2005, 4902), precedida por la SSTs 11 mayo 2001 (RJ 2001, 6197) . Esta última recoge la criticada⁸ afirmación de la de 12 enero 2001 (RJ 2001, 3) según la cual *el consentimiento informado "constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia"*.

En efecto, el recorrido argumental de la sentencia citada, aún antes de la entrada en vigor de la ley 41/2002, hasta llegar a dicha conclusión resulta deslumbrante, pero no añade nada al carácter indemnizable del daño que no pudiera conseguirse en aplicación de los artículos 1.902 CC o 39.2 de la Ley 30/1992: “Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10,1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias - sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio - en el artículo 9,2, en el 10,1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 , proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos

a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo, regulado por la Ley General de Sanidad y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina (Convenio de Oviedo) y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos".

La consecuencia de lo anterior podría resumirse como sigue: la alegación de un mero malestar no es, como regla, suficiente para justificar la existencia de un daño indemnizable. Pero el daño existe y su indemnización está justificada cuando se lesiona un interés elevado a rango constitucional, como lo es el derecho a la información asistencial y al consiguiente consentimiento informado a los actos sanitarios o a la autodeterminación en materia de salud⁹.

2.2.3) Daños morales que enmascaran daños patrimoniales de difícil cuantificación.

En muchos de los casos en los que se pone de manifiesto el componente subjetivo en la valoración del daño moral se está enmascarando, de forma consciente o inconsciente, un daño patrimonial del que todavía no se conoce su alcance. Un ejemplo de ello puede encontrarse el Dictamen 150/2007, relativo a la indemnización por el diagnóstico erróneo en las pruebas citogenéticas que impidió a los progenitores optar por el aborto del hijo con anomalías dentro del plazo de aborto legal.

En principio, y según lo afirmado al comienzo del Dictamen, el daño resarcible no es el nacimiento del hijo, sino la pérdida de oportunidad de ejercitar la legítima facultad de interrumpir el embarazo en los supuestos de anomalías graves del feto. Según el mismo, el resarcimiento del daño moral a los padres, por su carácter afectivo y de *pretium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1996 (RJ 1996, 5717), 26 de abril (RJ 1997, 4307) y 5 de junio de 1997 (RJ 1997, 5945) y 20 de enero de 1998 (RJ 1998, 1239), citadas por la de 18 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9079), debiendo ponderar-

se todas las circunstancias concurrentes en el caso. Hasta aquí, el Consejo Consultivo se mueve en la valoración subjetiva de dicha pérdida, pero enseguida se pone de manifiesto cuál es en realidad el daño indemnizable, que no es otro, en mi opinión, que las minusvalías del hijo no deseado, con los gastos de atención especial que ello conlleva y que los reclamantes no han podido cuantificar, dada la corta edad del niño y la incertidumbre sobre el verdadero alcance futuro de las anomalías:

... En este sentido cabe indicar que los reclamantes no han aportado informes que acrediten el estado del niño y los informes médicos obrantes en el expediente señalan que no es posible en la actualidad establecer con precisión el grado de afectación psicofísica del menor y sus concretas limitaciones orgánicas o funcionales. Por otra parte, la literatura científica aportada al expediente demuestra que la severidad de las manifestaciones clínicas puede ser muy variable, documentando casos en que la afectación es mínima junto a otros de más amplia afectación neurofisiológica, vinculando dicho grado a la cantidad de material cromosómico adicionado. Por ello entiende el Consejo que para la fijación concreta del valor del daño moral por cada uno de los conceptos reclamados (pérdida de la facultad de interrumpir el embarazo y precio del dolor de la contemplación y convivencia con la anomalía del hijo) sería necesario evaluar al menor previamente a fijar una indemnización por ambos conceptos porque, aunque el daño moral sea algo inmaterial ajeno por completo a toda realidad física evaluable (sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fecha 17 de abril de 1998 (Ar. RJ 1998, 3832), en el presente caso, dadas las circunstancias, no cabe hacer abstracción de un criterio de evaluación anudado a las concretas limitaciones físicas o psíquicas que padece el niño y a las consecuencias de todo orden que el nacimiento ha comportado a los padres.

Con las anteriores afirmaciones se pone de manifiesto otra función de los daños morales: aligerar la tarea de valorar los daños patrimoniales que no resultan, por razones diversas, difíciles de cuantificar¹⁰.

Que el daño indemnizable no es (o no es solamente) la pérdida de oportunidad como daño autónomo, a pesar de que los reclamantes no han sido capaces de cuantificar el daño patrimonial reclamado, lo demuestra el hecho de que el Dictamen en cuestión no considere caducada la acción a pesar de que ha transcurrido más de un año, no sólo desde el conocimiento de las alteraciones cromosómicas, sino incluso desde el nacimiento “no resulta posible en la actualidad establecer con precisión el grado de afectación ni determinar de forma definitiva las secuelas y con-

secuencias que se pueden derivar de ella, lo que en relación con el plazo de ejercicio de la reclamación significa que la misma no pueda considerarse prescrita aunque entre la fecha en que se diagnosticó la anomalía cromosómica, el 6 de octubre de 2004, y la fecha de la reclamación, el 18 de enero de 2006 haya transcurrido más de un año.

Este es el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene reiterando que el día inicial no será aquél en que se produce el daño, sino también aquél en que termina de manifestarse el efecto lesivo, o se alcanza la curación o la determinación de las secuelas físicas, con lo que el perjudicado adquiere cabal y perfecto conocimiento de la trascendencia y del mal que padece (Sentencias de 5 Junio 1991, Ar. RJ 1991, 5131, 10 Mayo 1993 Ar. RJ 1993, 3871 y 30 Abril 1996 Ar. RJ 1996, 3644)”. En consecuencia, según el Consejo, debe entenderse que la reclamación ha sido presentada dentro del plazo.

Como ha afirmado magistralmente GÓMEZ POMAR en el trabajo citado, la crítica al enmascaramiento de daños patrimoniales bajo la rúbrica de los daños morales no responde a un prurito académico, sino a la constatación de que dicha forma de proceder *imposibilita todo control externo de los criterios jurisprudenciales de la cuantificación de daños. Así, resulta imposible medir el ajuste de la indemnización al daño patrimonial realmente producido y la jurisprudencia pierde mucho de su valor como tal.*

2.2.4) La conversión de la pérdida de oportunidad en daño moral por la expectativa más sombría no da lugar al defecto de incongruencia procesal.

Otra de las funciones del recurso al resarcimiento al daño moral es la de encontrar un bien jurídico dañado con el que sustituir el anclaje causal inexistente en relación con el daño corporal alegado.

A pesar de que el consentimiento forma parte indiscutible de la *lex artis ad hoc*, la sola infracción de la misma no lleva consigo la consecuencia indemnizatoria si entre la infracción y el daño sufrido no existe relación de causalidad. De ahí que si, ante una información inadecuada o inexistente, y una actuación técnicamente adecuada a la *lex artis* se produce un resultado dañoso, la forma correcta de determinar la existencia de nexo causal es atender a las probabilidades de rechazo del tratamiento en el caso de que hubiese existido la información adecuada. En los casos de intervenciones necesarias requeridas por el estado crítico del paciente y por su pronóstico infausto, el resultado de la anterior

operación lógica sería la absolución por inexistencia de nexo causal entre la actuación (sin duda culposa) del médico y el daño producido. Sin embargo, las consecuencias de lo dicho han de ser necesariamente otras si, buscando el siempre necesario nexo causal, lo que se desplaza del punto de mira es el daño mismo.

Ejemplo de los dos enfoques anteriores es la historia procesal de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 abril 2000 (RJ 2000, 3258) en la que, a consecuencia de una intervención para corregir una coartación aórtica congénita, el paciente sufría desde los diecisiete años paraplejía con un déficit de su capacidad del 70%, por la que solicitó una indemnización de cien millones de pesetas o, alternatively, una renta vitalicia de catorce pagas anuales de cien mil pesetas cada una actualizables con el IPC.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia había desestimado el correspondiente recurso sobre la base del futuro que esperaba al paciente por razón de su grave enfermedad, del porcentaje mínimo de riesgo que implicaba la intervención frente a la evolución segura de su estado -que ya había comenzado a manifestarse-, y de la adecuada actuación técnica del equipo médico, añadiendo que por todo ello "no se ha de entender como decisivo el elemento (no demostrado, desde luego) de que no se hubiese informado por los médicos a quienes debían decidir en el caso, acerca del riesgo mínimo que se corría con la intervención".

El TS reconoce que "la circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, puesto que del relato de hechos de la sentencia de instancia que hemos aceptado se desprende que la operación se desarrolló adecuadamente, *que era prácticamente necesaria* y que, atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el equipo médico de no aplazar la operación fue la esperable también de cualquier persona situada en la tesitura de arriesgarse a un porcentaje tan mínimo de riesgo como el de autos frente a un seguro futuro tan problemático respecto de la salud y en el momento en que ya empezaban los síntomas al respecto como era el de la hipertensión. Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público¹¹ sanitario y no son indemnizables". Pero lo que posteriormente lleva al TS a conceder una indemnización – inferior a la solicitada – conlleva una variación importante de la *causa petendi*, porque ya no considera (como sí lo hacen los demandantes) que el daño solicitado es

el correspondiente a la lesión corporal sufrida, sino que indemniza el daño moral sufrido por la privación del derecho a la autodeterminación sanitaria.

Con posterioridad, la STS (Sala 1ª) de 17.4.2007 (RJ 2007/2223) expresó con mayor claridad esta cuestión: reclamándose 65.000.000 de pesetas por la muerte de un paciente a causa de la omisión de trasladarlo a otro centro hospitalario, el TS confirma la falta de causalidad entre la muerte y la conducta del facultativo, debido a las escasas expectativas de supervivencia de aquél, inferiores al 20%. No obstante, el TS concede 5.000.000 pesetas al entender que la privación de la expectativa de curación es un daño moral indemnizable y su toma en consideración no es incongruente con el objeto de la litis.

Un supuesto de sustitución del daño alegado puede detectarse en el Dictamen 62/2005, en el que la reclamante exponía: *“Es por ello por lo que vengo a solicitar el reembolso de los gastos médicos realizados como consecuencia de mi enfermedad, así como la indemnización a que hubiere lugar en derecho, si resulta procedente por la pérdida del pecho izquierdo, incluyendo daños morales, de conformidad con la Resolución de 9 de marzo de 2004”*. La relación de causalidad entre la demora del servicio de pruebas de diagnóstico y la pérdida del pecho fue rechazada atendiendo a la localización del tumor, que en todo caso descartaba que la paciente fuese acreedora de una técnica de cirugía conservadora, rechazando con ello la indemnización derivada de la pérdida del pecho valorada conforme a la tabla valoración del daño corporal regulado en la Ley de Responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor. Pese a ello, el Consejo informa favorablemente una indemnización basada discrecionalmente en 3.000 euros, cantidad prácticamente coincidente con la cifra de daño patrimonial consistente en la asistencia sanitaria recibida en una clínica privada, que fue denegada por el Consejo al no cumplirse los requisitos del reembolso de gastos médicos regulado en la normativa reguladora de los tiempos máximos de respuesta de atención sanitaria especializada en Castilla-La Mancha, contenida en el Decreto 9/2003, de 28 de enero. Pero no la considera procedente como daño moral derivado de la pérdida corporal alegada, respecto de la que no existe nexo causal, sino atendiendo a los sufrimientos padecidos durante un tratamiento de más intensidad del que habría correspondido de haber sido diagnosticada a tiempo la enfermedad padecida y al temor a expectativas de vida menores, supuesto para el que no se había solicitado cantidad alguna fuera de los daños morales aparejados a la pérdida del pecho.

3-. DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: ¿UN PROBLEMA DE VALORACIÓN DE LOS DAÑOS O DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD?

3.1. La pérdida de oportunidad como restablecimiento del nexo causal del daño moral.

En el artículo 12. 2. del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial exige “que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización. El análisis de la relación de causalidad existente entre el actuar administrativo y los efectos lesivos producidos ha experimentado una evolución que se pone de manifiesto indefectiblemente en todos los Dictámenes analizados.

Hasta hace relativamente poco tiempo, la característica exigida a la actuación administrativa como causa del daño era su carácter directo, su inmediatez y su exclusividad respecto de los perjuicios generadores de la reclamación –así, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1987 (Ar. RJ 1987,426) o de 4 de junio de 1994 (Ar. RJ 1994,4783). Sin embargo, esta tendencia doctrinal ha sido matizada y corregida, admitiéndose también formas de producción *mediatas, indirectas y concurrentes que plantean la posibilidad de una moderación de la responsabilidad cuando intervengan otras causas, lo que deberá tenerse en cuenta en el momento de fijar la indemnización* –Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001 (Ar. RJ 2001,10061), de 15 de abril de 2000 (Ar. RJ 2000,6255) o de 4 de mayo de 1999 (Ar. RJ 1999,4911).

La doctrina de la pérdida de oportunidad surgió en nuestro derecho como respuesta a un problema de nexo causal, convirtiéndose posteriormente en un instrumento de cuantificación del perjuicio con base en el elemento de la probabilidad. En el ámbito de la responsabilidad sanitaria el camino fue el inverso. Inicialmente, surgió como una cuestión dirigida a cuantificar el daño una vez ya se daba por existente una relación de causalidad suficiente; pero en la actualidad, virtualidad de la doctrina de la pérdida de oportunidad se dirige principalmente a resolver un problema de incertidumbre causal¹².

En cualquier caso, es preciso matizar que el daño moral consistente en el temor a la materialización de las probabilidades, por mínimas que estas sean, queda fuera del factor incertidumbre y con ello, del concepto de pérdida de oportunidad. En este sentido se entiende que en cuanto a la individualización y cuantificación de los daños morales consistentes en la ansiedad o el miedo ante un *todavía no producido* ensombrecimiento de las perspectivas de curación, el cálculo de probabilidades de que ello ocurra adquiere un papel relevante en la cuantificación del daño¹³ y no en la determinación causal. Mientras que si el daño considerado es el haber recibido *ya* un tratamiento más agresivo, entonces nos movemos en el ámbito de incertidumbre propio de la pérdida de oportunidad.

Ejemplo de una apreciación conjunta de estos dos tipos de daños lo constituyen los Dictámenes 62/2005 y 42/2005, sobre funcionamiento anormal¹⁴ del servicio por demora en la realización de las pruebas de detección y seguimiento del cáncer de mama. Ambos citan y se apoyan en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de noviembre de 2002 (Ar. RJCA 2003\61), en cuyo fundamento jurídico sexto se atienden como componentes lesivos indemnizables a dichos daños morales, referenciando como tales “las molestias sufridas durante el tiempo en que se trazó el diagnóstico, así como las que resultan de la mayor intensidad y gravedad del tratamiento quimioterápico y radioterápico al que fue sometida la paciente, así como las que derivan de las expectativas más sombrías que tiene la paciente a resultados del diagnóstico tardío”.

Según el primero Dictámenes citados, “cabe presumir que en el proceso de desarrollo del tumor padecido por la reclamante, un acortamiento significativo del plazo de diagnóstico *habría podido tener* cierta incidencia sobre los ámbitos de consideración incluidos dentro de la categoría de daños morales señalados en la sentencia citada, procediendo reconocer a la misma una indemnización por dicho concepto. Ahora bien, *dada la escasa entidad de la demora producida, que cabe situar en unos dos meses*, la compensación que se establezca debe venir atemperada por tal circunstancia, habida cuenta además que la reclamante no cuantifica este concepto, estimando el Consejo que puede quedar válidamente compensada con el abono de la cantidad de 3.000 euros¹⁵”.

Todavía más evidente se hace el papel del cálculo de probabilidades en el segundo de los Dictámenes citados. En el Dictamen 42/2005, una vez descartada la relación de causalidad entre la pérdida de la pieza anatómica mamaria y la anormalidad detectada en el funcionamiento del servicio encargado de la detección tumoral maligna, la disminución

de las expectativas de supervivencia operada por la demora en el tratamiento (20%) se traduce en una indemnización del 20% de la cantidad que correspondería a los familiares como indemnización global (por todo tipo de conceptos, incluidos los morales, únicos reconocidos por el Dictamen) en caso de muerte de la reclamante según el baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro de circulación.

3.2. Un caso especial: daño moral derivado de diagnóstico prenatal erróneo (Dictamen 150/2007).

Es doctrina constante de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que el daño moral que puede venir constituido por la falta de información necesaria para ejercer la opción de continuar un embarazo, puede ser reconocido como daño moral cuando se vincula a una repercusión *psicofísica* grave.

Así, entre las más recientes sentencias, la de 30 de junio de 2006 (RJ 2006/6580), dictada en casación para la unificación de doctrina, 14 de marzo de 2007 y la de 10 de mayo de 2007 (RJ 2007/3403). En esta última sentencia, que reitera la doctrina ya expuesta en la primera, se declara que la Sala “en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 29 de marzo de 2006 y 3 de octubre de 2000 ha dicho que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad”.

Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abril “nuestra Constitución ha elevado también el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) [...]”. En efecto, como añade el Tribunal Constitucional “la dignidad es un valor

espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]”.

En el Dictamen 150/2007, el Consejo repasa el diferente enfoque de la cuestión por parte de la Jurisdicción Civil y de la Contencioso-Administrativa, y sobre ello nos interesa detenernos en este epígrafe, puesto que de las diferencias entre ambas se derivan importantes consecuencias en orden a la identificación del daño resarcible, así como a la determinación nexo causal.

Como paso previo a la comparación de las dos Jurisdicciones, ha de partirse de un hecho que ya se constata desde el comienzo del Dictamen: a pesar de que el mismo reitera el punto de encuentro común entre ambas, esto es, el consenso existente sobre la base de que *el nacimiento de un hijo no puede ser contemplado como daño moral en ningún caso*, lo cierto es que dicha afirmación no se sigue posteriormente en el *iter* argumental del Dictamen. Como puede comprobarse con la transcripción siguiente, las anomalías detectadas no cumple en el presente Dictamen la única función de justificar la existencia de una opción legal perdida, como sin embargo así debiera ser si el daño se localizase en dicha pérdida autónoma como lesión del derecho de autodeterminación, sino que cumplen la función de convertir el nacimiento en el evento dañoso que la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria está llamada a reparar. De ahí que la relación de causalidad entre la falta de información adecuada sobre las anomalías fetales y el evento dañoso sea indirecta o mediata, y necesite para su restablecimiento la construcción de la presunción – cuya prueba en contrario correspondería a los servicios sanitarios reclamados- de que los progenitores habrían optado por la interrupción voluntaria del embarazo:

...“*La relación causal entre el actuar de la Administración y los efectos lesivos sufridos por los reclamantes se habría de reconocer acreditada en este caso si el error en la información facilitada a los progenitores sobre los resultados de la prueba de la amniocentesis, imputable a la Administración sanitaria, fuera la causa que hubiera impedido a éstos interrumpir el embarazo, porque nuestro ordenamiento jurídico reconoce la no punibilidad de la decisión en supuestos tasados legalmente, esto es, cuando concurren causas de entidad o gravedad suficientes, como la que se establece cuando se presume que el feto habrá de nacer con graves malformaciones físicas o psíquicas.*”

En el presente caso, como la anomalía cromosómica del menor presenta una variabilidad amplia de afectación psicofísica, no podría haberse descartado

a priori que el feto pudiera nacer con una patología grave, por lo que se ha de admitir, al menos como hipótesis que, de haber contado con la adecuada información, los padres hubieran podido interrumpir el embarazo, dado que la amniocentesis se realiza antes de la semana veintidós de la gestación.

*Por ello, si bien la concreta patología del menor no sería imputable al error de la prueba, como resulta obvio, en el nacimiento del menor con una anomalía como la que presenta, el actuar de la Administración, mediante la realización de una prueba específica dirigida a detectar malformaciones congénitas, ha interferido en la decisión de los progenitores porque, de haber contado éstos con una diagnóstico correcto podrían haber adoptado legítimamente la decisión de interrumpir la gestación conforme a la legislación vigente. Ello permite imputar a la Administración los **daños causados por el nacimiento**".*

La pérdida de oportunidad como conformadora del nexo causal que sigue el Dictamen, en consonancia con la doctrina emanada de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre esta misma cuestión, se basa en la teoría de los cursos causales no verificables usada por la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal, que si bien permite al facultativo aducir que no es seguro que de haber sido correcto el diagnóstico la decisión del interesado hubiese sido distinta, hace recaer sobre el médico la carga de probar que tal decisión habría sido la misma con un diagnóstico acertado. Esta teoría, según reconoce el propio dictamen, ha tenido distinta acogida en la jurisprudencia, de manera que mientras fue seguida por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997, fue abandonada en las dictadas con fechas de 4 de febrero de 1999 y 7 de junio de 2002 en las que no se consideró probado que la madre de conocer las malformaciones del feto, habría abortado.

En la primera se estimó la acción de responsabilidad derivada de una falta de información sobre una prueba practicada por lo que se le impidió a la madre haber interrumpido legalmente su embarazo, mientras que en la segunda, por el contrario, se denegó la indemnización reclamada por el padre de una niña que nació con graves malformaciones congénitas que no fueron detectadas con los estudios ecográficos, declarándose que la genética está fuera de las posibilidades de evitar el resultado y además es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante habría tomado la decisión de interrumpir el embarazo. Finalmente, la Sentencia de 7 de junio de 2002 considera que no había prueba de que la embarazada de haber conocido la existencia de malformaciones en el feto hubiese abortado.

Por su parte, la Jurisprudencia Contencioso- Administrativa, entiende que en los supuestos de daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial.”

De acuerdo con esta doctrina, contenida en las sentencias de 30 de junio de 2006 (RJ 2006/6580), dictada en recurso de unificación de doctrina, 14 de marzo de 2007 y de 10 de mayo de 2007 (RJ 2007/135816) no se rompe el nexo causal por la falta de prueba sobre la decisión que hubiera adoptado la madre de haber contado con un diagnóstico correcto, criterio que se sustenta en una presunción de que la opción de la madre que reclama habría sido la interrupción del embarazo.

Las diferencias entre las dos posturas¹⁶ son fundamentales. En la primera, el nexo causal se establece entre la falta de información o el error de diagnóstico y la pérdida de oportunidad en sí misma considerada, de manera que la gravedad de las anomalías únicamente sirve, junto con otras circunstancias, para constatar la existencia de una probabilidad de materialización de la oportunidad perdida, pero no para cuantificar el daño, que no es la anomalía en sí sino la pérdida de autonomía personal reflejada en la pérdida de la facultad de optar por el aborto eugenésico. En la segunda, la relación de causalidad se establece entre la falta de información y el nacimiento, que se considera un daño que los reclamantes no tienen la obligación jurídica de soportar. La relación de causalidad no se establece entre la falta de información y la lesión a la autonomía personal, puesto que, realizadas las pertinentes pruebas genéticas, la decisión de abortar en supuestos de anomalías graves se presume, luego ninguna incertidumbre existe, y la lesión se reconduce directamente al hecho del nacimiento no deseado.

Si bien es cierto que la posición del demandado es idéntica procesalmente hablando (sólo se exonerará si prueba en el primer caso que la opción habría sido la del nacimiento, o si destruye en el segundo la presunción de que los progenitores habrían optado por la interrupción del embarazo), las consecuencias indemnizatorias son completamente

distintas, como también lo son, y esto no es menos importante, la determinación de la legitimación y las derivaciones éticas de una u otra consideración.

En cuanto al montante indemnizatorio, el Dictamen objeto de este comentario se aparta de la línea argumentativa jurisprudencia civil en que en ésta, el daño resarcible no es el nacimiento en sí, sino únicamente la lesión al derecho de optar por la continuación o la interrupción del embarazo de forma autónoma, sin prejuzgar el resultado de la deliberación interna de la gestante. De ahí que la cifra indemnizatoria suela ser simbólica y necesariamente menor que el coste de la crianza; mientras que en la jurisprudencia contenciosa a la que sigue el Dictamen, precisamente por presumir el carácter no deseado del nacimiento y la decisión de los progenitores de interrumpir el embarazo, la pérdida de dicha oportunidad se convierte en el resultado de la existencia misma del hijo como daño material y moral que ha de ser resarcido de forma acumulada y discutiblemente compatible. En cuanto a los daños morales, en los que el Consejo considera incluidos no sólo los derivados de la pérdida autónoma de la posibilidad de optar sino también, discutiblemente, el precio del dolor ocasionado por la contemplación de las minusvalías del hijo, el Dictamen 150/2007 entiende que podría servir de pauta para fijar un límite máximo por daños morales la suma máxima que se fija para los “perjuicios morales de familiares” complementarios, fijados como factor de corrección para compensar la alteración sustancial de las condiciones de vida y convivencia derivada de los cuidados y atenciones del discapacitado en la Tabla IV del sistema de indemnizaciones recogido el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro de circulación, criterio objetivo de referencia que es utilizado en otras ocasiones por el Consejo. Dicha cantidad límite, una vez actualizada, a la fecha de la reclamación, conforme a la Resolución de 24 de enero de 2006, ascendería en el presente caso a 80.511,76 euros para cada uno de los reclamantes.

La solución indemnizatoria a que llega el Dictamen, si bien no concreta la cantidad finalmente procedente tras la detracción de las partidas que no quedasen finalmente probadas, plantea problemas de coherencia importantes pero inevitables bajo el punto de vista, plausible, de eliminar el ancho margen de discrecionalidad en la fijación de indemnizaciones por daño moral. En primer lugar, por equiparar el sufrimiento moral de los padres (aún dando por bueno que sea el derivado del nacimiento no deseado) con el límite máximo de los daños morales familiares cuando no se ha probado el alcance de la minusvalía ni, por

lo tanto, la alteración de la vida de los padres por dicha razón; en segundo lugar, por considerar acumulable el daño moral derivado de la pérdida de la oportunidad de interrumpir voluntariamente el embarazo con el del nacimiento (presumiblemente no deseado) con minusvalías, ya que si se estima como daño la imposibilidad de decidir no se debe también indemnizar el propio nacimiento¹⁷ que se presume habría sido evitado con el ejercicio de dicha opción¹⁸; en tercer lugar por considerar que la indemnización por pérdida de oportunidad corresponde a ambos progenitores (a quienes se otorga separadamente, en razón de 80.511,76 euros para cada uno), cuando en puridad sólo la mujer gestante puede hacer uso de la opción por la interrupción voluntaria del embarazo en el régimen de la despenalización previsto en el Código Penal; también me parece discutible la decisión final porque si se afirma que los daños morales (incluidos los derivados de la pérdida de oportunidad, que, como decimos, se consideran indemnizable de forma independiente del padecimiento moral por la contemplación de las anomalías y las limitaciones vitales propias derivadas de la existencia del hijo) dependerán de la efectiva incidencia del síndrome en el niño, se está diciendo que la lesión de la autonomía personal que conlleva no haber podido decidir la continuación del embarazo no es un daño autónomo (a pesar de haberlo aceptado así anteriormente), ya que no es de recibo condicionar la indemnización por la pérdida de la posibilidad de optar a una información de la que la gestante habría carecido necesariamente a la hora de decidir. Y si se entiende que la alteración cromosómica era mínima, dicha circunstancia también se debería haber tenido en cuenta a la hora de establecer un cálculo probabilístico de la decisión de abortar que en el supuesto no se realizó, porque se presume salvo prueba en contrario del demandado¹⁹, y a la hora de cuantificar el daño, que, repetimos, se valora al máximo de la escala de daños morales familiares complementarios. Por último, una vez declarado indemnizable e incluido en la valoración conjunta junto con la pérdida de oportunidad el daño moral derivado de las limitaciones y el sufrimiento ante su contemplación que las anomalías del hijo provocarán en la vida de sus padres, y aún compartiendo la idea generalizada de que la final aceptación del hijo no priva a la privación de la facultad de abortar de la condición de lesión antijurídica ¿Por qué no tener en cuenta también, a modo de evitación del enriquecimiento injusto, las satisfacciones que sin duda les reportará su existencia?

Por estas y otras razones, entendemos que la fijación de una indemnización conjunta por todos los daños morales solicitados basada en la aplicación del máximo contemplado en el baremo citado para los daños complementarios de carácter personal tiene una justificación

basada en la justicia material consistente en subvenir a las necesidades económicas derivadas de la crianza (daños materiales) que los padres solicitaron pero no cuantificaron de forma independiente. El riesgo de la ampliación de los supuestos indemnizables en este ámbito es que la falta de una atención adecuada el Estado Social hacia las necesidades de las personas con discapacidad acabe solucionándose a través de la socialización del riesgo que conlleva la declaración de una responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria de carácter no asegurable²⁰.

4. LA VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL CONSISTENTE EN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD A TRAVÉS DE BAREMOS OBJETIVOS DE DAÑOS CORPORALES

Es cada vez más frecuente tanto en los Dictámenes del Consejo Consultivo como en la propia jurisprudencia Contencioso-Administrativa fijar el valor del daño moral con la referencia objetiva del sistema de indemnizaciones recogido el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro de circulación. Sin embargo, no todos los criterios contenidos en dicho sistema son adecuados (siquiera de modo orientativo) a la indemnización de los daños morales derivados de oportunidades sanitarias perdidas.

En el Dictamen número de expediente 62/2005, la reclamante manifiesta su pretensión de ser resarcida de los gastos de asistencia médica soportados como consecuencia del tratamiento recibido en un centro sanitario privado, para cuya acreditación aportó cinco facturas –tres de ellas emitidas por el Sanatorio “Nuestra Señora del Rosario”-, que suman un total de 3.192,43 euros. Como segundo hecho lesivo la interesada alude claramente a la extirpación del pecho afectado por el carcinoma, sugiriendo en su escrito de alegaciones que la cuantificación que en su caso proceda por dicha pérdida anatómica se realice conforme a los criterios evaluatorios de daños corporales aplicables en el ámbito de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Por último, la reclamante hace referencia a la concurrencia de daños morales, elemento lesivo que parece quedar igualmente referido al método de cuantificación previamente aludido. El Consejo entiende que cabe presumir que en el proceso de desarrollo del tumor

padecido por la reclamante, un acortamiento significativo del plazo de diagnóstico habría podido tener cierta incidencia sobre los ámbitos de consideración incluidos dentro de la categoría de daños morales señalados en la sentencia citada, procediendo reconocer a la misma una indemnización por dicho concepto. Ahora bien, dada la escasa entidad de la demora producida, que cabe situar en unos dos meses, la compensación que se establezca debe venir atemperada por tal circunstancia, habida cuenta además que la reclamante no cuantifica este concepto, estimando el Consejo que puede quedar válidamente compensada con el abono de la cantidad de 3.000 euros, cantidad por cierto prácticamente coincidente con la solicitada como indemnización por el daño patrimonial derivado de las facturas abonadas por la reclamante a la clínica privada donde se realizó el tratamiento, indemnización que el Consejo había rechazado por no haberse sometido la reclamante al procedimiento establecido por la normativa vigente para exigir el reembolso de los gastos sanitarios realizados en clínicas privadas. En este caso, el subjetivismo es tal que no nos permite contrastar la adecuación de la indemnización a los criterios de la tabla ni saber cuál de los criterios de esta habría sido en su caso tenido en cuenta para llegar a tal cifra indemnizatoria.

Sin embargo, en el Dictamen 142/2005, recaído sobre un supuesto muy similar al anterior, en el que la reclamante tampoco había procedido a cuantificar el daño reclamado pero en el que la demora en el tratamiento había sido más larga de y de consecuencias más explícitas en el desarrollo tumoral, el Consejo realizó una actividad valorativa mucho más prolija y apegada al baremo citado. Reproducimos a continuación la actividad llevada a cabo para determinar la cifra indemnizatoria por daños morales:

...“Como quiera que del informe del Inspector Médico interviniente es posible deducir que la afectada pasó probablemente en el transcurso de los siete meses de inactividad clínica del estadio IIA al estadio IIB (T2N1M0) de la enfermedad, y que *ello supone estadísticamente una reducción porcentual de 20 puntos en sus perspectivas de supervivencia a 15 años vista*, cabe la posibilidad de cuantificar la indemnización correspondiente a los citados daños morales, cifrando ésta en un 20 % de la suma que correspondería para el caso de fallecimiento de una mujer de su edad y situación familiar: casada y con un hijo de más de 25 años, según datos extraídos de la historia clínica de la paciente.

Para ello, y no habiendo propuesto la interesada sistema de valoración alguno, ni habiendo efectuado desglose que permita someter a

contraste sus pretensiones indemnizatorias, considera procedente el Consejo recurrir al método de cuantificación que viene siendo de uso generalizado dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando de la valoración de daños personales se trata, proponiendo para ello la aplicación de las reglas de baremación contenidas en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, tomadas de la versión integrada en la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que, por otro lado, no difiere sustancialmente de la versión hoy vigente, aprobada por medio del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. En todo caso, ha de recordarse, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo y este propio Consejo Consultivo, que dicho sistema de valoración presenta un carácter orientativo.

De otro lado, ante las periódicas actualizaciones de valores de las Tablas del referido sistema de baremación cabe utilizar los correspondientes al año en curso, contenidos en la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 7 de febrero de 2005 (BOE de 18 de febrero), en el entendimiento de que su empleo proporciona la misma cuantificación que el uso de los importes correspondientes al año 2002 –en el que cabría situar la emergencia de los daños morales objeto de indemnización- y su revisión mediante la aplicación de los correspondientes índices de precios al consumo, evitándose de esta manera la actualización a la fecha del final de procedimiento a que se alude en el artículo 141. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Dicho todo lo anterior, procede efectuar la siguiente valoración:

a) Cantidad que correspondería para la contingencia de fallecimiento (para una víctima de hasta 65 años, con cónyuge y un hijo mayor de 25 años) según la Tabla I del Anexo, denominada “Indemnizaciones básicas por muerte, incluidos daños morales”: $(93.166,95 + 7.763,91) = 100.930,86$ euros.

b) Incremento porcentual por utilización del factor de corrección (Tabla II), por perjuicios económicos, aplicable sin justificación de ingresos en caso de víctimas en edad laboral (10 % de la cifra anterior) = 10.093,08 euros.

c) Suma de los dos conceptos anteriores: 111.023,94 euros.

d) 20 % de la cifra precedente: 22.204,79 euros”.

La anterior cuantificación me parece sumamente criticable a menos que se reconozca abiertamente que la suma indemnizatoria de los daños morales enmascara el resarcimiento de perjuicios patrimoniales faltos de prueba o de difícil cuantificación. El daño moral derivado de la pérdida de oportunidad no puede valorarse en la misma cuantía que según el baremo de la Ley 30/95 corresponda a la secuela temida derivada de la intervención²¹ o de la omisión, y ello ni siquiera cuando la indemnización se reduce en función de las probabilidades de materialización de la oportunidad todavía no sacrificada. No cabe olvidar que lo que se indemniza en los casos de ensombrecimiento de las posibilidades de curación (o si se quiere, de la reducción de las expectativas de vida derivadas de la demora en el tratamiento) es, en palabras de ASÚA GONZÁLEZ²², el temor o la ansiedad ante la pérdida de una *oportunidad todavía no sacrificada*. Y ello no sólo porque es de esencia de los supuestos de pérdida de oportunidad que la indemnización sea menor que la prevista para el daño no materializado. También porque ello implicaría admitirla como una partida autónoma dentro del conjunto de daños indemnizables, compatible -en su caso- con otras que pudieran responder a perjuicios de diferente carácter y origen, incluidos los corporales, por lo que el recurso al baremo sería doble y originaría una duplicación indemnizatoria que originaría un claro enriquecimiento injusto²³, ya que la base del cálculo lo constituyen las indemnizaciones básicas por muerte incluidos daños morales. Además, ¿Qué sentido tiene en estos casos de daño moral llevar al extremo la obediencia al baremo aplicando el incremento porcentual por utilización del factor de corrección (Tabla II), por perjuicios económicos? Por ello, me parece más adecuada, en abstracto y sin perjuicio de lo que luego se dirá, la solución de recurrir como criterio orientativo no a la cuantificación de la secuela o a la valoración de la muerte porcentualmente reducida en función de la expectativa de vida no afectada por la pérdida de oportunidad (que sin duda responde bien al factor incertidumbre), sino a otros criterios correctores (de la tabla o de fuera de ella) que se adecuen mejor a la verdadera naturaleza del daño moral analizado.

Esta es la solución, respecto de los daños morales de familiares adoptada por el Dictamen 150/2007, cuyo criterio cuantificador del daño pasamos a exponer.

En el Dictamen 150/2007 se indemniza por el daño moral derivado de la pérdida de oportunidad de interrumpir voluntaria-

mente el embarazo unido al *pretium doloris* consistente en las limitaciones vitales y el sufrimiento para los reclamantes que comportará la existencia del hijo con anomalías congénitas (de alcance indeterminado presumiblemente leves) con el límite máximo de los daños morales complementarios fijados en dicho baremo (Tabla IV: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes) para familiares *en atención a la sustancial alteración de la vida y de la convivencia provocada por los cuidados y atención continuada, según las circunstancias* .

En la tan citada STS (3^a) de 4 de abril de 2000 (RJ 2002/3852) el demandante, menor que queda discapacitado a consecuencia del riesgo materializado no informado de una intervención considerada necesaria para su curación, solicitaba una indemnización de cien millones de pesetas o, alternativamente, una renta vitalicia de catorce pagas anuales de cien mil pesetas revisables conforme al IPC. El TS valoró ese específico daño moral en once millones ciento setenta mil pesetas el daño delimitado conforme a los criterios ya indicados, por referencia a lo establecido en el sistema de valoración de daños corporales regulado en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. La valoración autónoma de la desinformación conforme al citado baremo presenta sin duda dificultades que el TS reconoce y resuelve en los siguientes términos:

"En el sistema de valoración del daño corporal regulado en la Ley de Responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor, a cuyos criterios esta Sala acude de modo analógico y orientativo para la ponderación necesaria en la indemnización del daño moral, no se halla incluido un daño moral por omisión de información para obtener el consentimiento de la naturaleza del que estamos contemplando. Sin embargo, el concepto con el que hallamos una mayor analogía es el previsto en la tabla II para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad, dado que se trata de un concepto que parece encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela padecida es de especial intensidad, un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean".

5. LA LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR LOS DAÑOS MORALES DERIVADOS DE UNA ACTUACIÓN SANITARIA.

Es una afirmación común en la totalidad de los Dictámenes analizados que la legitimación activa de la persona que reclama una indemnización por daños morales deviene del vínculo de parentesco acreditado con el paciente que ha recibido la asistencia sanitaria.

La primera cuestión a dilucidar para determinar la existencia de legitimación activa para la reclamación es si el reclamante actúa en nombre propio, reclamando por la daños sufridos en sus propia esfera moral, sus sentimientos, sus derechos de la personalidad o si actúa en nombre ajeno, solicitando, a veces y desafortunadamente *post mortem*, el derecho, ya incorporado al patrimonio del fallecido en el momento de su muerte, a ser indemnizado por el sufrimiento padecido durante el tratamiento, a consecuencia de la asistencia médica recibida.

Decir que la legitimación deviene del vínculo de parentesco significa optar por la segunda posibilidad, dando por bueno que el reclamante actúa como representante del paciente, bien por su incapacidad, bien por su fallecimiento anterior a la reclamación, y presupone asimismo que el paciente representado en dicha reclamación padeció el sufrimiento moral que su pariente reclama. Esta última cuestión no carece en absoluto de transcendencia si pensamos que en la mayoría de las ocasiones— aunque no, como veremos, necesariamente en la que es objeto del Dictamen 71/2004- , el paciente carecerá de la consciencia necesaria para padecer tal sufrimiento o, en el mejor de los casos, habrá sido privado de la información necesaria sobre el tratamiento necesario en virtud de la aplicación del privilegio terapéutico que se contempla en el art. 5.4 de la Ley 41/2002. En estos casos, la legitimación representativa habrá de desembocar en una resolución desestimatoria, habida cuenta de que el representado habrá permanecido ajeno a la inquietud, rabia o desesperación aparejadas a la dilación de asistencia médica, experimentados sin embargo por la persona de su cuidador.

Si lo que se reclama es esto último, esto es, si el reclamante solicita una indemnización por el sufrimiento moral experimentado a causa de la impotencia de no poder procurar una correcta, efectiva e inmediata asistencia médica para al paciente a su cargo, entonces el vínculo de parentesco – matrimonial en este caso- puede ser constituir la base de una presunción de ese sufrimiento y un criterio de prelación ante la

existencia de varios cuidadores con diferentes grados de parentesco, pero en absoluto es el fundamento de la legitimación. De los antecedentes existentes en el expediente 71/2004 se deduce que la interesada, si bien presentó un primer escrito de fecha 28 de febrero de 2003, del mismo no se deduce su pretensión indemnizatoria ya que en él sólo solicita saber quién era la doctora que se encontraba de guardia en la madrugada del día 20 de febrero de 2003 para “*poder agradecerle lo bien atendida que fui*”. Por otra parte, del propio expediente se deduce que el paciente para el que la reclamante solicitó asistencia no falleció, limitándose aquella a reclamar por la no personación de la facultativa de urgencias en su domicilio, recomendando el traslado del paciente a un centro hospitalario. Reclamación en nombre propio que no exige la experimentación de daño moral alguno por el propio paciente en su opinión desatendido, pero tampoco, en puridad, la existencia de un vínculo de parentesco, pudiéndose indemnizar, en el caso de que la defectuosa asistencia médica hubiera quedado suficientemente probada, el sufrimiento experimentado por cualquier persona que, de hecho, y guiada por el afecto, asuma el cuidado de un enfermo privado de una correcta y puntual atención médica. Pensemos por ejemplo en el cónyuge no conviviente por estar atendido el paciente por otra persona. Como partimos de que la reclamación solicitada lo es por el daño moral producido por la desatención médica y no por la muerte del ser querido, estará legitimado aquél que sufra la impotencia de no poder procurarle la asistencia sanitaria exigida por las circunstancias, y no el pariente que acredite su condición de pariente más cercano.

Por ello, aunque el Dictamen 71/2004 entiende que la Administración instructora, al amparo del artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debería haber requerido a la reclamante para que subsanara tal deficiencia acreditativa del parentesco habiendo optado, no obstante, por continuar el procedimiento dando por buena tal legitimación, cabe pensar que este último fuera el proceder correcto, sin perjuicio de que durante el procedimiento, el daño moral experimentado en nombre propio por la reclamante como cuidadora del enfermo (fundamento de su legitimación procesal) tuviera que ser enjuiciada de forma conjunta con el fondo del asunto (legitimación *ad causam*).

Sin embargo, en el Dictamen 127/2005 se detectó por los servicios jurídicos un defecto de acreditación de la representación de la damnificada (que simplemente sufrió trastornos e incomodidades derivados de un viaje infructuoso en ambulancia), al que debía conferirse carácter esencial. Pero dado que dicha carencia podría ser objeto de una ulterior subsanación tras la emisión del dictamen, y que el sentido del mismo

presentaba, en todo caso, un carácter obstativo al reconocimiento de la responsabilidad demandada -privando de objeto a una eventual retroacción de actuaciones, que resultaría contraria a los principios de eficacia y celeridad-, el Consejo Consultivo consideró procedente continuar con el análisis de las restantes cuestiones de fondo suscitadas por el asunto sometido a consulta.

La legitimación para la reclamación de los daños morales plantea otras cuestiones de interés.

¿Pueden reclamar los progenitores (ambos progenitores) en nombre del hijo no querido?

Como ya hemos tenido ocasión de ver, en el Dictamen 150/2007 se plantea un caso de Wrongful Birth, esto es, los padres, en su propio nombre y en el de su hijo con síndrome de Down, reclaman una indemnización de 400.000 euros por los daños consistentes en la pérdida de oportunidad de optar por interrumpir voluntariamente el embarazo, el quebranto económico que les suponen sus especiales necesidades de crianza y el *pretium doloris* consistente en el sufrimiento psíquico y físico sufrido por el hijo y por los propios padres al contemplar su anomalía congénita. El Consejo Consultivo, a diferencia de lo informado por el Gabinete Jurídico, entendió que la legitimación activa de los reclamantes se encontraba plenamente acreditada en el expediente, a través de las respectivas historias clínicas e informes médicos, por lo que no resulta necesario retrotraer el expediente a efectos de recabar el Libro de familia. Pero las cuestiones de legitimación planteadas en por este asunto exceden de la mera formalidad para adentrarse en cuestiones éticas de mayor calado, que pueden resumirse como sigue:

- Los progenitores reclaman en nombre propio y también en el de su hijo, puesto que dentro de la cifra conjunta de 400.000 euros solicitada engloban no sólo la indemnización por la pérdida de oportunidad provocada por el diagnóstico citogenético erróneo, sino también por los sufrimientos morales propios y los físicos y psíquicos de su hijo. Es evidente que en los casos de pérdida de la oportunidad de interrumpir legalmente el embarazo no cabe demandar en nombre del hijo nacido, puesto que en ningún momento ha sido titular de derecho de autodeterminación alguno referente a tal opción²⁴ y, *tratándose de un bien personalísimo, no cabe atribuir legitimación para reclamar el daño derivado de la ausencia o insuficiencia de información, a persona distinta de quien prestó el consentimiento*²⁵. De ahí la importancia de separar convenientemente no sólo las partidas de los daños, sino también, separadamente, la cuantía

de cada damnificado. En el caso del Dictamen 150/2007, el Consejo, con buen criterio, rechaza la posibilidad de indemnizar al hijo por no entender acreditados, ni el daño físico alegado ni conciencia de anomalía necesaria para sufrir físicamente. Pero añade: *Ello no obstante, al no poder considerar que en el momento de la reclamación se haya estabilizado la afectación psicofísica del menor, no cabe descartar que, en el futuro, si se pudiera determinar en un momento posterior un preciso grado de afectación y tales daños se manifestaran, exista acción para que los progenitores y también personalmente el propio menor- si tuviera capacidad legal- pudieran reclamar por los daños que, como pretium doloris, el niño pudiera experimentar a consecuencia de la anomalía que padece.* Creo que en este punto el Dictamen pierde de vista que el nexo de causalidad entre el error de la prueba genética y las anomalías congénitas es inexistente. ¿En qué se basaría entonces la reclamación del hijo o en su nombre? Única y exclusivamente en la pérdida de oportunidad de una opción que, por definición, no le correspondía a él ejercitar.

Podría argumentarse en contra de lo anteriormente dicho que el hijo, por sí o legalmente representado por sus padres, reclamaría por el hecho de no haber podido ser abortado, para lo cual debería considerarse que, una vez descartada la posibilidad de que el daño sufrido por el hijo sea la privación del derecho a la autodeterminación, no cabría otra posibilidad que la de presentarse a sí mismo como un daño indemnizable. Pero no creo que el Orden Público permita considerar como daño resarcible el sustrato de la propia legitimación para reclamar y para ser titular de derechos y obligaciones.

¿Podrían los padres reclamar en nombre del hijo? Desde luego, no con fundamento en la pérdida de oportunidad como daño autónomo, por lo anteriormente dicho. Pero...¿Y reclamar en nombre del hijo una indemnización por los daños derivados de su propia existencia, una vez aplicada al caso la presunción establecida por el Consejo acerca de la opción de su madre por la interrupción voluntaria del embarazo? En efecto, esta acción wrongful life ha sido una de las entabladas de forma acumulada por los padres en el presente caso. Y aunque rechazada por falta de prueba, el Consejo reserva su procedencia para un ulterior momento en el que pudiera quedar demostrada una mayor incidencia de las alteraciones genéticas en el desarrollo del hijo²⁶. Sin embargo, no creo que un acto tal pueda considerarse comprendido dentro de la función representativa ligada a la patria potestad ordinaria o ulteriormente prorrogada. Y no sólo porque dudo que exista un acto más personalísimo que el presentarse a sí mismo como daño indemnizable (art. 166 CC), y porque el conflicto de intereses entre el hijo naci-

do (al que a nadie ha preguntado sobre su deseo de vivir) y sus padres es evidente (art. 162.2 CC), sino porque no puedo aceptar que se trate de un acto ejercido en beneficio del menor y con respeto a su dignidad (art. 154 CC), como han de serlo todos los realizados en el ejercicio de la patria potestad. A no ser que se considere, como yo en el fondo también así lo entiendo, que tras la decisión de legitimar a los padres en nombre del hijo subyace la necesidad de indemnizar daños materiales de difícil anclaje causal.

NOTAS:

1 Sin perjuicio del tratamiento más exhaustivo de los supuestos de oportunidad examinados por el Consejo Consultivo en otro capítulo de esta obra, englobamos desde ya bajo el rótulo de pérdida de oportunidad aquellos casos de incertidumbre causal en los que no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño, pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido (ASÚA GONZÁLEZ, C.I. “Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”, Cuadernos de Aranzadi Civil num. 31/2008 parte Estudios. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor (Navarra). 2008, pág. 17).

2 Uno de los problemas más frecuentes es la invocación de un daño moral sin cuantificación por el interesado. En el expediente 71/2004, la interesada no cuantificó los daños y perjuicios cuya indemnización reclama, limitándose a pedir un resarcimiento económico por los supuestos daños morales ocasionados por la mala atención dispensada. Tampoco la Administración procedió a cuantificar en modo alguno dichos daños, ni determinó siquiera los criterios a seguir para realizar tal evaluación -aun cuando invocó en su escrito de consulta el artículo 59.4.a) de la Ley 11/2003 expresivo de los supuestos de responsabilidad patrimonial en que el dictamen habrá de emitirse con carácter preceptivo.

En estos casos, el Consejo entiende que si bien la determinación de la cuantificación debería haberse atendido por la Administración a lo largo del procedimiento, requiriendo a la interesada la aportación de pruebas o medios para evaluar dichos daños o bien fijando los criterios a seguir en la determinación de los mismos, ante esta ausencia de cuan-

tificación, y a efectos de salvaguardar la mayor garantía que para la reclamante supone la intervención del Consejo Consultivo en el procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado, procederá emitir el dictamen con carácter preceptivo.

Sin embargo, en los casos en los que la falta de cuantificación del daño se une a una presunción de que el mismo no podrá superar los 600 euros, el Dictamen se emite con carácter facultativo (Dictamen 127/2005).

3 Un recorrido exhaustivo por esta evolución, que resumimos, puede encontrarse en MARCOS OYARZUN, F.J., *Reparación integral del daño (daño moral)*. Ed. Bayer, Hnos. S.A, Barcelona, 2002, págs. 92-98.

4 GÓMEZ -POMAR, Indret, 1/00. Según este autor, los daños morales se diferencian de los patrimoniales en función de la distinta aptitud que el dinero tiene para restaurar, en un supuesto y otro, la utilidad perdida. Así, en el caso de los daños de naturaleza moral, se produce una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni los bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar. Según el autor, *las Salas del Tribunal Supremo se aproximan al problema de la indemnización sin aparente criterio teórico y resuelven los casos de daños de esta naturaleza inspiradas por la máxima "las penas con pan son menos"*.

5 En un artículo de este mismo nombre, publicado en la revista derecho Privado y Constitución (nº 20, 2006), CAVANILLAS MÚGICA, S. págs. 153 y ss. entiende que en los daños morales pueden distinguirse tres aspectos que merecen distintas reglas: a) el reconocimiento de un determinado daño moral como indemnizable, que es una cuestión de Derecho a motivar como cualquier otra; b) la prueba de la existencia de ese daño moral, cuya motivación es conveniente pero no estrictamente exigida por el TC; c) la cuantificación del daño moral, que solo requiere una suerte de motivación flexible de carácter comparativo.

6 (VASÚA GONZÁLEZ, C.: "Responsabilidad civil médica", en AA VV: Tratado de Responsabilidad civil , Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 3ª ed., 2006, pgs. 1189-1190): "*Al plano indemnizatorio sólo debieran conducirse los daños efectivamente causados por no haber informado o por no haber prestado el consentimiento o no haberlo hecho suficientemente informado. Aunque la información y/o el consentimiento informado sean derechos indiscutibles del paciente, pieza clave en un sistema de*

salud democrático y, en definitiva, instrumento para evitar el autoritarismo, prepotencia irrespetuosa u oscurantismo, el recurso a la indemnización de daños sin una suficiente relación de causalidad, no haría sino enmascarar unos daños punitivos ".

7 M.L., en *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente* (Cuadernos de Aranzadi Civil num. 27/2006).

8 Se muestran críticos RUBIO TORRANO, E.: "Derechos fundamentales y consentimiento informado", Aranzadi Civil, Tribuna, 19/2001, que considera que "no resulta necesario acudir a semejante caracterización para exigir judicialmente la reparación de un daño producido con ocasión de un acto médico"; y PULIDO QUECEDO, M.: "El consentimiento informado en materia de salud: ¿derecho humano fundamental?", Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Tribuna, 5/2001, para quien "debe este derecho al consentimiento informado en materia de salud, ser puesto en su lugar adecuado, en el marco de la legalidad ordinaria, interpretable a la luz del Convenio citado, sin calificaciones de "Derecho humano fundamental", que puede dar lugar a confusiones innecesarias".

9 Sobre la indemnización autónoma de la falta de consentimiento informado, RIBOT, «La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado», RDP, noviembre-diciembre, 2007, pgs. 32 ss. No obstante, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 diciembre 2005 (RJ 2006, 4182) , considera que la doctrina de esa sentencia ha sido superada por otras posteriores de la misma Sala que reclaman la existencia de un "daño antijurídico".

10 Según GÓMEZ POMAR, Indret 1/00, pág. 12, con ello se evita tener que explicitar los criterios de valoración económica del daño, ya que tales criterios, según reiterada jurisprudencia del propio TS, no existen para los daños morales.

11 Debería decir más correctamente que existe un funcionamiento anormal del servicio que no tiene como consecuencia directa el daño corporal sufrido. O lo que es lo mismo, que existiendo un quebrantamiento de la *lex artis* consistente en el incumplimiento de los deberes de información clínica (DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario, cit., pg. 60), el daño corporal sufrido no tiene su causa en aquella actuación.

12 (MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. “La doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria: un problema de quantum indemnizatorio o de nexo causal” (Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina, Thomson- Aranzadi, 2008, págs. 369-373).

13 ASÚA GONZÁLEZ, C.I. “Pérdida de oportunidad...cit. Pág. 96.

14 Como afirma ASÚA GONZÁLEZ, C.I....(ob. cit. pág.) *se trata siempre de casos en los que la conducta, con un grado mayor o menor de omisión, se considera negligente. Ello es obvio en un sistema que requiera la culpa para imputar responsabilidad. No lo sería en un sistema objetivo. Pero, como acabamos de señalar, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias hoy, si no hay funcionamiento anormal, se descarta la responsabilidad. Y otro tanto ha de decirse de la esfera propia del Derecho Civil, porque la aplicación del antes artículo 28 II LGDCU (y ahora artículo 148 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) pone de manifiesto que el mismo no se desvincula de una culpa siquiera afirmada formalmente. De esta manera, no se ofrece ahora como problemático el supuesto, perfectamente posible, de un caso de funcionamiento normal con incertidumbre causal (el generado, por ejemplo, por un error de diagnóstico no culpable), pues la atribución de responsabilidad queda descartada por la ausencia de negligencia/funcionamiento anormal.*

15 Es muy significativo que la reclamante reclamase por los daños y perjuicios derivados de la pérdida del pecho, incluidos los morales de conformidad con la valoración de los daños derivados de la Ley de circulación de vehículos a motor y el Consejo, trasladando el punto de mira del nexo causal, los traslade a los perjuicios derivados de las molestias de un tratamiento más agresivo y de la expectativa más sombría de curación.

16 La doctrina se ha hecho eco de estas dos posturas en torno a la identificación del daño. MACÍA MORILLO, La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life), Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 347; GARRIGA, "Negligencia en el diagnóstico prenatal", Indret, julio 2003 (www.indret.com), pg. 6.

17 Reconoce daños -morales- distintos al de lesión de la facultad de optar de la madre la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 noviembre 2005 (RJ 2005, 1544) .

18 Sin embargo, a la pregunta de si cabe esperar -y, en consecuencia, reclamar- una indemnización específica por la falta de información además de la correspondiente al perjuicio a la salud del paciente da una respuesta afirmativa la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 septiembre 2005 (RJ 2005, 7503).

19 La presunción judicial de que la gestante habría hecho uso de la facultad de interrumpir el embarazo tiene la ventaja de eliminar la incertidumbre causal, pero tiene un efecto devaluador de una tipología de daños morales en los que por definición, tampoco existe incertidumbre sobre la opción: los sufridos por la gestante que, a pesar de tener por descartada la opción de interrumpir el embarazo, no puede prepararse psicológicamente para la aceptación y crianza de un hijo con las citadas anomalías.

20 La cuestión de la exclusión de los daños morales de la cobertura de las pólizas de responsabilidad sanitaria excede del objeto del presente estudio, pero su importancia exige clarificar adecuadamente el carácter material o moral de los daños finalmente indemnizados. Un interesantísimo estudio sobre la exclusión de los daños morales en un sistema que persiga un aseguramiento óptimo de la víctima es el realizado por GÓMEZ POMAR, Indret, 1/00, al que remitimos al lector.

21 Como por cierto declara procedente la STSJ Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 mayo 2005 (JUR 2005, 195563).

22 Pérdida...cit. Pág. 96 y ss.

23 Como acertadamente pone de manifiesto ARCOS VIEIRA, M.L. en *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente* (Cuadernos de Aranzadi Civil num. 27/2006).

24 Un ejemplo del problema apuntado lo plantea la STS (3^a) 4.4.2002. El TS dice que al omitir la información "se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación", aunque añade luego que "se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención". Si el daño moral por ignorancia va unido a la toma de decisiones sobre la base de una información incompleta, debe reconocerse en aquellos

sujetos que acaso hubieran podido actuar de distinto modo (en el caso, los padres), y no en quien no tuvo que tomar decisión alguna, por más que sea su salud la que resulta finalmente perjudicada (ARCOS VIEIRA, ob. cit).

25 Como afirma acertadamente la STSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 octubre 2005 (JUR 2006, 59521).

26 “...Ello no obstante, al no poder considerar que en el momento de la reclamación se haya estabilizado la afectación psicofísica del menor, no cabe descartar que, en el futuro, si se pudiera determinar en un momento posterior un preciso grado de afectación y tales daños se manifestaran, exista acción para que los progenitores y también personalmente el propio menor si tuviera capacidad legal- pudieran reclamar por los daños que, como pretium doloris, el niño pudiera experimentar a consecuencia de la anomalía que padece”.

CAPÍTULO VI-. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTUACIONES SANITARIAS REALIZADAS POR CONTRATISTAS O CONCESIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA- LA MANCHA

Josefa Cantero Martínez
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Josefa.cantero@uclm.es
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO:

1. La responsabilidad derivada de la ejecución de un contrato administrativo. 1.1. Su complejo marco regulatorio y las especialidades de la responsabilidad sanitaria. 1.2. Aspectos relativos a la imputación de la responsabilidad: ¿Actúa el centro médico concertado como delegado de la Administración? **2. Su atribución a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El problema de la legitimación pasiva de la Administración sanitaria.** 2.1. Planteamiento de las dificultades interpretativas para su reconocimiento. 2.2. El dato relevante: la noción de servicio público en la que se inserta la actuación del contratista. 2.3. Línea jurisprudencial que no reconoce la legitimación pasiva de la Administración. 2.4. Sobre la necesidad de realizar una interpretación integradora de la normativa relativa a los contratos y al procedimiento administrativo común para reafirmar su legitimación. **3. Matizaciones acerca de la objetividad de la responsabilidad patrimonial: el criterio de la *lex artis ad hoc*.** **4. Algunos aspectos relativos al procedimiento para la exigencia de responsabilidad.** 4.1. El previo requerimiento a la Administración: ¿una mera opción o una verdadera reconversión de la reclamación en una acción contenciosa? El reconocimiento del “papel arbitral” de la Administración sanitaria. 4.2. Las importantes consecuencias jurisprudenciales que se están derivando de la pasividad e inactividad de la Administración. 4.3. La declaración por parte de la administración del obligado al pago. ¿Debe responder subsidiariamente en caso de retraso o impago del concesionario? 4.4. Las interpretaciones del Consejo Consultivo respecto al plazo de prescripción de la acción.

1. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO

Nuestro ordenamiento administrativo prevé la posibilidad de que la Administración sanitaria, en el ejercicio de sus potestades de autoorganización, pueda decidir prestar el servicio público sanitario bien directamente o bien de forma indirecta a través de cualquiera de las modalidades de gestión de servicios que permiten nuestras normas sobre contratación administrativa. En la prestación directa, es la propia Administración la que, a través de sus propias estructuras organizativas ordinarias o mediante la creación de un nuevo ente al que dota de personalidad jurídica propia, se encarga de proporcionar la asistencia sanitaria requerida. El principio constitucional de eficacia que se predica de la actividad administrativa (art. 103.1) le habilita, pues, para elegir cualquiera de las opciones organizativas que en cada momento considere más adecuadas, tanto regidas por el derecho público¹ como por el privado, a través de los denominados entes instrumentales o institucionales.

El foco de los problemas que vamos a analizar en este trabajo, sin embargo, se centra en aquellos supuestos en que la Administración gestiona indirectamente sus servicios, esto es, a través de una empresa privada ligada a la Administración sanitaria a través de un contrato administrativo que, en principio, puede revestir formalmente cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la *Ley de contratos del sector público, Ley 30/2007, de 30 de octubre*². Todos los dictámenes elaborados por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha estudiados en estas páginas tienen en común que la exigencia de responsabilidad patrimonial se ha derivado a partir de los daños ocasionados al paciente por la asistencia sanitaria prestada en un centro privado que previamente había suscrito un contrato con la Administración (concierto, en todos los casos) para la gestión de este servicio público.

La posibilidad de utilizar cualquiera de estas modalidades contractuales que permiten la gestión indirecta de los servicios sanitarios públicos es bastante reciente en nuestro ordenamiento. Su origen hay que situarlo concretamente en la *Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud*³, que se enmarca dentro de un proceso de flexibilización, descentralización y autonomía de la gestión sanitaria que pretende contribuir a la mejora de la eficacia y eficiencia del Sistema Nacional de Salud. A partir de ahí, son muchos los interrogantes que todavía planean a la hora de determi-

nar el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad por los daños que se causen al paciente en estos centros de titularidad privada. En concreto, pretendemos analizar la respuesta que ha dado el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha a los daños provocados por los centros concertados de la Administración autonómica, toda vez que la interferencia de la figura del contratista en la causación de daños derivados de la prestación del servicio público sanitario es una de las cuestiones más controvertidas que suscita en la actualidad el instituto de la responsabilidad patrimonial.

Los problemas que se plantean no son en modo alguno triviales. Por una parte, no resulta nada claro el marco normativo aplicable a la responsabilidad en caso de que sea una clínica privada concertada la responsable de los daños, pues al ser varias las normas que resultan aplicables en esta materia, el operador jurídico se ve obligado a realizar una importante labor interpretativa para la integración de las distintas fuentes. Por otra, tampoco ha resultado inconcusa la interpretación que han venido realizando al respecto nuestros jueces y tribunales, tal como más adelante tendremos ocasión de ir señalando.

Todo ello ha contribuido, sin duda, a crear un marco de incertidumbre a la hora de determinar aspectos fundamentales de esta materia, como son los relativos a la jurisdicción competente, la legitimidad pasiva de la Administración, su imputabilidad o el procedimiento mismo para la exigencia de la responsabilidad. De ellos nos ocuparemos en las siguientes páginas.

1.1. SU COMPLEJO MARCO REGULATORIO Y LAS ESPECIALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA

El núcleo gordiano de la regulación de esta materia se encuentra en la *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público*, cuyo artículo 198 contempla el régimen general de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la ejecución de un contrato. Dispone el precepto, efectivamente, que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Ahora bien, cuando dichos daños hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, será ésta la responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. Para la exigencia de responsabilidad, los terceros podrán requerir previamente, dentro del

año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. En todo caso, su reclamación se formulará conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

A mayor abundamiento, a la hora de regular la ejecución del contrato de gestión de servicios públicos, la letra c) de su artículo 256, establece como una obligación general del contratista la de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

Sin embargo, tal como reconocen los dictámenes analizados, éstas no son las únicas normas aplicables a la responsabilidad de los contratistas, toda vez que también resultarían aplicables varios preceptos de la *Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954*, que no han sido expresamente derogados por normas posteriores⁴. Conviene recordar que fue precisamente esta norma la que contempló por primera vez en nuestro ordenamiento administrativo y con carácter general la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos puesto que, hasta ese momento, resultaban aplicables las normas civiles⁵. Su artículo 121.2 dispone, efectivamente, que "en los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en los casos en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste". Hasta aquí, pues, podría decirse que las normas posteriores no han introducido ninguna variación en esta materia, pues se sigue contemplando como excepción de la responsabilidad del contratista, los supuestos en que los daños se hayan causados por una orden de la Administración o un vicio en el proyecto elaborado por ésta.

Más explícito y relevante a nuestros efectos resulta incluso su artículo 123, en la medida en que contemplaba importantes aspectos procedimentales para la exigencia de responsabilidad e, incluso podría decirse que "administrativizaba o publicaba" toda esta actuación al contemplar la obligación del sujeto dañado de dirigirse directamente contra la Administración. Según el tenor literal del precepto, "cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el

párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso". Se establecía, así, un sistema "arbitral" en el que la Administración iba a desempeñar un papel fundamental y protagonista en la medida en que iba a ser ella misma quien señalara si procedía o no la indemnización y, en su caso, quien debía pagarla⁶.

Estas normas no fueron derogadas expresamente por la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, que no contiene ninguna referencia a la responsabilidad de los contratistas en los preceptos que dedica a la regulación de la responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio (Título X, artículos 139 y siguientes). A partir de ahí pueden surgir importantes dudas a la hora de interpretar si la necesidad de dirigirse directamente a la Administración es ciertamente una obligación o una facultad del paciente dañado, pues las consecuencias jurídicas –y sobre todo jurisdiccionales- de una u otra opción son muy distintas. Más adelante volveremos sobre ello.

En su desarrollo, es preciso tener también en cuenta lo contemplado en el artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial. Dispone este precepto que se seguirán los procedimientos previstos en el propio Reglamento, esto es, el procedimiento general y el procedimiento abreviado, para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso, deberá darse audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios. Es decir, se deduce del mismo la responsabilidad patrimonial en los dos supuestos mencionados y la responsabilidad civil del contratista, con la exclusión del procedimiento administrativo en todos los demás.

Pero todavía no podemos cerrar este marco normativo sin tener en cuenta las especialidades que se contemplan en el ámbito sanitario y que, a nuestro juicio, contribuyen a aportar un poco de luz en este panorama tan complejo. La Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1992, con las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero, vino a administrativizar toda esta materia al apartarse de la exclusión procedimental que establece el RD 491/1993 y al establecer que *“la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”*. Es decir, en el ámbito sanitario, al menos en principio parece claro que la exigencia de responsabilidad por los daños provocados al paciente en un centro concertado ha de tramitarse siempre con sometimiento a las normas procedimentales administrativas.

Aunque expresamente este precepto sólo se refiere al concierto como específica modalidad sanitaria contractual, la doctrina ha interpretado que su contenido ha de aplicarse a todos los demás supuestos en que la prestación sanitaria se efectúa a través de un sujeto privado que previamente ha celebrado un contrato con la Administración responsable, incluyéndose, en consecuencia, la prestación de asistencia sanitaria a través de una concesión administrativa, a través de un contrato de gestión interesada e incluso a través de un convenio singular de vinculación a la red de hospitales públicos a los que se refiere la Ley General de Sanidad (arts. 66 y 67 de la Ley 14/1986, de 25 de abril). Mayores dudas puede plantear su aplicación a algunas de las más recientes modalidades de gestión de hospitales, como sucede, por ejemplo, con la concesión de obra pública, que es aquella modalidad contractual en cuya virtud la Administración otorga a un concesionario durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación de determinadas obras que, siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad retributiva que se prevea en la legislación contractual⁷.

No obstante, conviene desde este momento acotar el fenómeno al que nos vamos a referir. Nuestro análisis se refiere exclusivamente a la figura del concierto, por ser ésta la forma más usual de colaboración público-privada en materia sanitaria en nuestra Comunidad Autónoma y, en consecuencia, a la única que se refieren todos los dictámenes utilizados. Esto no quiere decir que nuestra Administración no esté ensayando en los últimos años fórmulas sanitarias no tradicionales para la construcción y explotación de los hospitales y demás centros sanitarios. Buen ejemplo de ello constituyen “Servicios Hospitalarios Generales, S.L”, (SHG), que depende del grupo de empresas públicas dirigido por el Instituto de Finanzas de Castilla-La Mancha, que tiene el encargo de construir el hospital de Toledo. La obra, como apunta VILLAR ROJAS⁸, se ejecutó mediante un contrato llave en mano. Es decir, una vez concluida la obra y entregado el inmueble, la empresa lo pone a disposición del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) mediante un contrato de alquiler por 36 años. Durante esos años, la Administración aparece como arrendataria de ese inmueble, y la empresa SHG, en concepto de arrendador, mantiene la propiedad, asume el mantenimiento del inmueble en unos determinados parámetros de calidad, así como la prestación de todos los demás servicios no propiamente sanitarios.

1.2. ASPECTOS RELATIVOS A LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: ¿ACTÚA EL CENTRO MÉDICO CONCERTADO COMO DELEGADO DE LA ADMINISTRACIÓN?

Al margen de las estipulaciones procedimentales y jurisdiccionales que contempla la Disposición Adicional citada, según puede deducirse de todo el bloque normativo señalado anteriormente, la imputación de la responsabilidad recae en el contratista, esto es, en el centro sanitario concertado que causa el daño al paciente, toda vez que el artículo 198 de la Ley de Contratos establece con carácter general su obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Ello, por lo demás, resultaría lógico si tenemos en cuenta que, al fin y al cabo, tal como ha resaltado la doctrina, la Administración no tiene que responder por los daños ocasionados por los contratistas o concesionarios ya que éstos no se encuentran integrados en la organización administrativa, y por tanto no puede considerarse su actuación como propia de la Administración. Lo contrario supondría convertir a la Administración en “pagadora universal de responsabilidades privadas⁹”.

Ahora bien, desde la propia teoría general del Derecho Administrativo no resultaría difícil encontrar argumentos para deducir la imputabilidad directa de la Administración, especialmente si tenemos en cuenta que la doctrina mayoritaria ha justificado la actividad administrativa que realizan los sujetos privados a raíz de su consideración como una mera técnica instrumental que les permite a éstos desarrollar funciones públicas por delegación de la Administración, lo que ha permitido el mantenimiento de la denominada teoría subjetiva o estatutaria del Derecho Administrativo.

Efectivamente, la doctrina más autorizada ha explicado estas nuevas fórmulas de colaboración de los sujetos privados en las funciones administrativas como meras técnicas o instrumentos de los que se sirve la Administración en el ejercicio de sus funciones. La mejor manera de que la concepción estatutaria no se viera afectada pasaba, pues, por encontrar un vínculo que en última instancia relacionara a aquellos sujetos privados con una Administración Pública, ya fuera a través de una delegación de funciones o a través de una concesión administrativa. De esta forma, estos supuestos no serían sino manifestaciones de actuación vicarial o delegada de la propia Administración Pública que, por ello mismo, serían -sin necesidad de acudir a mayores esfuerzos interpretativos- susceptibles de ser reconducidos al ámbito subjetivo del Derecho Administrativo. Tomás Ramón FERNÁNDEZ dio tempranamente una explicación bastante convincente de este fenómeno al entender que la actuación administrativa que realizan estos sujetos privados acaba finalmente reconduciéndose a la Administración Pública. De esta manera, la posibilidad de que existan actos administrativos emanados de un particular o de una persona jurídica formalmente privada resulta perfectamente explicable si tenemos en cuenta que esas personas no actúan como simples sujetos privados, sino más bien como “órganos, delegados o agentes de la propia Administración Pública y en virtud de mecanismos bien conocidos que transmiten poderes originariamente administrativos para el ejercicio de funciones previamente asumidas de modo formal y expreso por la Administración Pública¹⁰”.

El principal paladín de la teoría subjetiva, GARCÍA DE ENTERRÍA, también ha intentado explicar con detalle en las sucesivas ediciones de su Curso de Derecho Administrativo como ha de ser entendido en todos estos supuestos el requisito de la presencia de una Administración Pública para que una determinada relación jurídica pudiera ser calificada de administrativa. Así, en el caso de los concesionarios de servicios públicos, la gestión del servicio se entrega a un empresario privado bajo ciertas condiciones, pero la Administración retiene la titularidad última del servicio concedido, así como las potes-

tades de policía necesarias. Cuando la Administración delega al concesionario el ejercicio de funciones públicas, sus actuaciones tienen la misma eficacia que si hubieran sido dictadas por la Administración delegante. Nos encontraríamos, pues, con verdaderas actuaciones administrativas, en la medida en que el concesionario actúa en lugar de la Administración Pública, como delegado suyo¹¹.

Desde estos planteamientos no es de extrañar que algunos pronunciamientos judiciales se hayan hecho eco de esta teoría y hayan derivado la imputación directa de la Administración en los casos de daños provocados por los concesionarios de servicios públicos. Puede traerse en este sentido a colación la STS de 9 de mayo de 1989 (RJ 1989, 4487), que rechaza cualquier interpretación que pretenda liberar de toda sospecha de responsabilidad de la Administración cuando el concesionario cause daños¹². *“Si la gestión de servicios públicos mediante contrato exige la previa atribución de las competencias administrativas y la Administración conserva la titularidad en todo momento, resultará que, con independencia de la delegación de otras posibles competencias, la concesión implica ya por sí sola una delegación, esto es, una técnica de transferencia del ejercicio de la competencia cuya gestión se encomienda a la persona natural o jurídica, según el caso, que es el concesionario. Y si esto es así, los actos del delegado se considerarán como dictados por la autoridad que haya conferido la delegación, es decir, por la Administración concedente, por lo que resulta explicable que ésta no pueda quedar exenta de responsabilidad por la actuación del concesionario como tal, aunque sea en relaciones de derecho privado. Además, el artículo 106 de la Constitución obliga a la Administración a responder de los daños causados a los particulares por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, resulta ineludible, todo ello sin perjuicio de repetir contra el concesionario, ya que la indemnización en este caso es a cargo del mismo. En definitiva, tanto desde un punto de vista teórico como desde el punto de vista del derecho positivo, la Administración no puede de ninguna manera desentenderse de los daños que cause la actuación del concesionario, daños de los que, en principio, responde directamente”*.

No obstante, esta línea jurisprudencial ha sido abandonada por otras muchas sentencias posteriores, que han puesto en tela de juicio el razonamiento de que la responsabilidad deba ser directa de la Administración cuando el causante de los daños es una empresa o sujeto privado, aplicando lo dispuesto en el artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa y, en consecuencia, derivando que la indemnización ha de recaer en el concesionario del servicio público, con carácter general, y sólo en la Administración cuando el daño tenga su origen en una cláusula de ineludible cumplimiento impuesta por ésta (STS de 31 de julio de 1989, RJ 1989, 6193).

En definitiva, pues, a pesar de los razonamientos –también lógicos- que abogan por la responsabilidad directa de la Administración, lo cierto y verdad es que la Ley de contratos del sector público, al igual que hicieran las Leyes que la han precedido, contempla que la indemnización corresponda al concesionario directamente. Las únicas excepciones a esta regla serían las establecidas en el apartado 2 de dicho precepto, que imputa la responsabilidad a la Administración cuando los daños hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración y sean consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ésta en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. Ahora bien, al no ser ya obligatorio que el particular ejercite el requerimiento previo a la Administración en estos supuestos, si éste se dirige directamente contra la empresa contratista, el orden jurisdiccional competente para conocer de la reclamación será el civil. Se puede producir así una ruptura de la unidad jurisdiccional que se había conseguido ya en el ámbito de la responsabilidad patrimonial¹³. Esta es la línea que ha seguido el Auto del TS de 11 de abril de 2003, RJ 2003, 8694, dictado por su Sala de Conflictos, que vino a aclarar con contundencia que *“sólo queda atribuido el conocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando dicha reclamación se dirija frente a una Administración Pública, mas no cuando, como en el presente caso, la acción exclusivamente se ejercite frente a la empresa contratista.... Distinto sería el criterio a adoptar si el demandante hubiera dirigido la acción contra la Administración y contra el contratista, ya que, en este hipotético supuesto sería aplicable lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, correspondiendo su conocimiento al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues faltando aquel elemento subjetivo determinante de la jurisdicción, cual es el que la acción se ejercite contra la Administración Pública, falta también el requisito previo para que dicha jurisdicción se atribuya al citado orden jurisdiccional”*.

La falta de remisión legal a cualquier otra causa no ha impedido que la doctrina destacara la necesidad de contemplar también la responsabilidad de la Administración en caso de insolvencia del contratista, al menos con carácter subsidiario¹⁴, e, incluso por su posible culpa “in eligendo” o “in vigilando” por incumplimiento de sus obligaciones de vigilancia e inspección sobre la ejecución del contrato. Sin embargo, tal como brillantemente ha destacado GALLEGO CÓRCOLES, no resulta nada fácil acreditar la existencia de este título de imputación, en la medida en que este tipo de culpa exigiría el cumplimiento de dos requisitos a la vez: que no se haya realizado una actividad debida por parte de la Administración y que se demuestre que dicha actividad hubiera tenido capacidad para evitar el resultado lesivo¹⁵.

Ciertamente puede resultar bastante complejo acreditar estos dos elementos, especialmente el primero de ellos, pues la normativa de contratos no fija ningún estándar determinado, ningún deber específico de seguimiento total de la actividad del contratista. Es más, nos encontraríamos incluso con el importante límite que al respecto supone el principio de autonomía y libertad de organización que está en la base de toda actividad empresarial y que encontraría amparo en la proclamación del principio de riesgo y ventura que rige los contratos administrativos. Aun siendo consciente de todas estas dificultades, tal vez podría darse este supuesto, según ha resaltado JIMÉNEZ IBAÑEZ, cuando la Administración derive al paciente a un centro privado concertado que ha dejado de reunir las condiciones personales o materiales para la adecuada prestación de la asistencia médica requerida, pues la Administración habría hecho una dejación de sus funciones de control e inspección. En este caso, “una vez constatada la relación de causalidad entre el daño y los hechos que lo producen –cuestión de puro carácter fáctico- y la imputación –cuestión de carácter jurídico- a la luz de la normativa vigente, la responsabilidad recae en el contratista o concesionario de la Administración y no en ésta. Solución de pura lógica, pues el responsable racionalmente no puede ni debe ser otro que aquel que causa el daño con su actividad¹⁶”.

2. SU ATRIBUCIÓN A LA JURISDICCIÓN CONTENCIO-SO-ADMINISTRATIVA. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

2.1. PLANTEAMIENTO DE LAS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS PARA SU RECONOCIMIENTO

Uno de los principales problemas que plantean las reclamaciones dirigidas contra actividades ejecutadas por contratistas de la Administración es el de determinar el orden jurisdiccional competente para su conocimiento, así como el papel que ha de jugar la Administración en un eventual proceso judicial, toda vez que se trata de actuaciones médicas que se llevan a cabo en centros privados y por personal que no tiene la condición de personal estatutario de la Administración.

La postura mantenida al respecto por el Consejo Consultivo ha sido bastante clara desde el principio, al haber optado por la interpretación más garantista para la igualdad de trato de los pacientes. Dado que los pacientes son derivados a un centro privado por la propia voluntad de la Administración, no tendría sentido que quedaran situados en peor situación que los que son tratados en hospitales públicos y que, en consecuencia, tuvieran que acudir a una jurisdicción diferente en virtud meramente de una decisión organizativa¹⁷. Esta argumentación le ha permitido justificar la imputabilidad de la Administración ante las lesiones causadas por centros concertados, derivando de ello la correspondiente competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para su conocimiento.

Resulta especialmente claro y contundente su Dictamen 174/2006, de 11 de octubre, que ha reconocido la existencia de relación de causalidad entre los daños sufridos por la paciente como consecuencia de una operación realizada en un centro privado de Albacete que había sido previamente concertado con el SESCAM durante la realización de una intervención quirúrgica de artroplastia de cadera. La conducta del personal del centro sanitario había consistido en no haber recabado la historia clínica de la paciente y, consecuentemente, no haber adoptado las precauciones necesarias para tratar de modo conveniente la insuficiencia vascular de ambas carótidas que presentaba con anterioridad¹⁸. El resultado de dicha acción fue la ceguera sobrevinida de la paciente.

Sin embargo, esta cuestión no ha sido en modo alguno pacífico ni clara. De hecho, en algunas ocasiones la postura mantenida por el Consejo Consultivo no ha sido compartida ni por el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades ni por el propio órgano resolutorio del SESCAM, que se han apartado conscientemente de esta tesis. Así ha ocurrido, por ejemplo, con su dictamen 119/2004, de 6 de octubre, cuyos razonamientos sobre la concurrencia de los requisitos conformadores del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica y su imputabilidad fueron abandonados al considerar que la actuación del centro concertado no resulta imputable a la Administración. No obstante, conviene tener en cuenta que la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Toledo, de 1 de septiembre de 2006, rechazó la argumentación planteada por el SESCAM de su falta de legitimación pasiva y lo condenó a satisfacer la correspondiente indemnización de responsabilidad patrimonial por los daños que habían sido causados al paciente por uno de sus centros concertados.

Nos encontramos ciertamente ante una cuestión compleja sobre la que todavía no ha sido fijada una inconcusa línea jurisprudencial. Es más, del análisis de las sentencias emanadas de nuestros jueces y tribunales parece deducirse incluso que el tratamiento que se le está dando a este instituto no es exactamente el mismo cuando los daños se producen como consecuencia de la ejecución de un contrato de obra o a consecuencia de la gestión de un servicio público y, dentro de esta última categoría, cuando la lesión se produce como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en centros concertados por los correspondientes servicios autonómicos de salud. Es más, a mi juicio, las dudas sobre la legitimación pasiva de la Administración y los problemas que su determinación plantea podrían verse considerablemente aumentadas si tenemos en cuenta las nuevas modalidades de prestación de asistencia sanitaria a las que se está recurriendo en algunos servicios autonómicos de salud y que hacen pivotar enteramente la asistencia sanitaria en los sujetos privados. Pero vayamos analizando por parte cada una de estas cuestiones.

2.2. EL DATO RELEVANTE: LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN LA QUE SE INSERTA LA ACTUACIÓN DEL CONTRATISTA

En materia de legitimación pasiva de la Administración por las actuaciones que realizan los centros sanitarios concertados conviene aclarar que, en todo caso y a pesar de las dudas que ello plantea, el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración abarcaría únicamente a aquel tipo de prestaciones sanitarias que han sido objeto del concierto. Ello explica que algunas sentencias del Tribunal Supremo hayan excluido la responsabilidad administrativa, pese a la existencia de un concierto, cuando el concreto servicio causante de la responsabilidad es un servicio ajeno al contrato celebrado entre el correspondiente servicio autonómico de salud y la clínica privada. Así ha sucedido, por ejemplo, con la STS de 30 de enero de 2007, RJ 2007, 318, que ha excluido la responsabilidad patrimonial de la Administración porque el hecho determinante de la responsabilidad había sido una deficiente prestación del servicio de transporte de ambulancia, dándose la circunstancia de que dicha prestación no estaba incluida en el concierto¹⁹.

En los dictámenes del Consejo Consultivo analizados en este trabajo, no obstante, existen pronunciamientos que han declarado la legitimación pasiva de la Administración imputada por los daños causados

por el transporte sanitario. En el Dictamen 67/2007, de 25 de abril, por ejemplo, ha estimado la existencia de relación de causalidad entre los daños sufridos por la paciente en su brazo y la prestación del transporte sanitario efectuado por una empresa privada, la UTE Transaltozano Albacete, en virtud de un concierto celebrado con el SESCAM. Cuando la paciente iba a ser trasladada a su domicilio desde el hospital de Hellín, una vez finalizada su sesión de rehabilitación, al ir a subir a la ambulancia el conductor cerró la puerta antes de que ella terminase de acomodarse en la misma, golpeándole con la puerta en el brazo, lo que le produjo una fractura del tercio distal del radio derecho. Por esa razón, la paciente solicitó la exigencia de responsabilidad que procediera, ya fuera de la Administración, de la empresa o de la compañía aseguradora.

Obvio es decir que para determinar la legitimación pasiva de la Administración autonómica imputada es preciso que el daño producido se haya producido con ocasión de la realización de una prestación que constituya objeto de un concierto sanitario. De no ser así, la responsabilidad y la correspondiente obligación de indemnizar correría exclusivamente por cuenta de la empresa transportista privada y de su compañía aseguradora. En este caso, el Dictamen examinado realiza un análisis del artículo 7.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que a la hora de establecer el catálogo de prestaciones a las que tienen derecho los usuarios del servicio público sanitario fija que “el catálogo comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario”, encontrándose regulada la prestación correspondiente al transporte sanitario en su artículo 19 y en el Anexo VIII del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud²⁰.

A partir del marco de prestaciones mínimas fijadas en estas normas, considera el Consejo que no pueden evadirse las dudas que suscita en la doctrina y en la jurisprudencia la cuestión de la responsabilidad patrimonial y la forma de hacerla efectiva en los supuestos en los que la reclamación se origina por una actuación de un contratista o concesionario de la Administración en el marco de una prestación de servicio público y los matices que en muchos casos presente la propia noción de servicio público. Las dudas aumentan especialmente en esta materia, en la que los daños son causados durante el traslado del paciente. Sin embargo, del marco normativo citado no cabe ya ninguna duda de que el transporte sanitario prestado a la paciente por la UTE Transaltozano

Albacete fue concertado con esta unión temporal de empresas por la Gerencia de Urgencias, Emergencias y Transporte Sanitario del SES-CAM. “Tanto en caso de centros concertados como en el caso del servicio de transporte, si éste es una prestación propia del Sistema Nacional de Salud, las razones que han motivado en Dictámenes precedentes estimar la legitimación pasiva de la Administración sanitaria para soportar y resolver la reclamación son las mismas: la obligación de prestar el servicio público y su inserción en el servicio aunque se dé cumplimiento a la misma mediante conciertos con terceros²¹”.

En el cumplimiento de su tarea, el Consejo Consultivo debe realizar un análisis de la relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público. Para ello debe tener en cuenta que la responsabilidad que se imputa se fundamenta en un deficiente funcionamiento del servicio de transporte de ambulancia y, aunque no se alega en este caso una infracción de la *lex artis ad hoc*, sí que la Administración autonómica es la responsable del transporte de los enfermos. Lo significativo para establecer el nexo causal a juicio del Consejo es, pues, la noción de servicio público sanitario que tiene el transporte de pacientes cuando resulta ser una prestación integrada en el servicio sanitario²².

Aunque el servicio lo prestaba una empresa privada de ambulancias a través de un concierto, dicha actividad constituye un servicio público cuya responsabilidad recae en la Administración y, en consecuencia, ello tiene la relevancia suficiente para justificar la legitimación pasiva de la Administración, esto es, para que ésta “soporte y resuelva” la reclamación de responsabilidad presentada por la paciente.

2.3. LÍNEA JURISPRUDENCIAL QUE NO RECONOCE LA LEGITIMIDAD PASIVA DE LA ADMINISTRACIÓN

Algunos pronunciamientos judiciales han declarado la imposibilidad de atribuir una responsabilidad directa a la Administración, posibilitando su derivación inmediata hacia el contratista, a través de la jurisdicción civil y rompiendo así el pretendido principio de unidad jurisdiccional de la responsabilidad patrimonial de la Administración²³. Para entenderlos es preciso tener en cuenta la evolución que en materia general de contratación se ha producido en los últimos años y partir del régimen contemplado inicialmente en el artículo 134 del antiguo Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975. Según dicho precepto:

«Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras. Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras. Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios del proyecto. Las reclamaciones de los terceros se presentarán en todo caso en el término de un año ante el órgano de contratación que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

Posteriormente, el artículo 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/1995, de 18 de mayo, introdujo importantes modificaciones al respecto. Consideró potestativo el requerimiento previo a la Administración, limitó sus facultades exclusivamente al pronunciamiento sobre la procedencia u origen de la responsabilidad y residenció su conocimiento ante la jurisdicción civil en caso de que la responsabilidad fuera imputable al contratista. Este cambio de legislación contractual supuso el establecimiento de un sistema dual en materia de responsabilidad ante los daños causados por el contratista, la civil y la contencioso-administrativa. Esta dualidad en virtud de los sujetos responsables, como advierte VILLALBA PÉREZ, puede causar importantes disfunciones por falta de justicia material, pues en virtud de las especiales notas de la responsabilidad patrimonial, podría darse el caso de que unos mismos hechos, en virtud únicamente de la forma de gestión empleada, puedan o no ser indemnizados en virtud del orden jurisdiccional que conozca de ellos²⁴.

Como textualmente expresa la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 abril de 2009, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda) este régimen tan protector fue sorprendentemente modificado, en perjuicio del usuario dañado, por el art. 98 de la Ley de 1995 (que después pasó a ser el art. 97 del Texto Refundido de 2000 y en la actualidad se corresponde con el art. 198 de la Ley de contratos del sector público de 2007). Sorprendentemente, dice la Sentencia, porque dicha norma se dicta vigente la cláusula constitucional del Estado Social y de Derecho (art. 1 de la Constitución) y una vez constitucionalizado

el principio de responsabilidad administrativa en su artículo 106.2. En efecto, aunque se mantuvo un régimen de reparto de responsabilidad parecido al del art. 121.2 Ley de Expropiación Forzosa, estableció que cuando la Administración declarara que la responsabilidad correspondía al contratista, el particular, lejos de contar, como antes, con la fuerza de un acto administrativo inmediatamente ejecutivo y ser el concesionario quien debiera impugnarlo en caso de disconformidad ante el orden contencioso, debería ejercitar la acción por su cuenta ante el orden civil (la expresión "civil" se contenía en la redacción del texto de 1995, y aunque en el Texto Refundido de 2000 se eliminó y ya no aparece en el del 2007, no cambia la cuestión, a la vista de lo dispuesto en su párrafo 4).

Las vicisitudes de que ha sido objeto este régimen, no sólo dejan al particular dañado en situación procesal más dificultosa que antes, pues es él quien debe accionar, no el concesionario, sino que además se le remite al ámbito de lo civil y de su régimen de responsabilidad, pues la nueva normativa habla del procedimiento correspondiente según la "legislación aplicable a cada supuesto", esto es, la civil. La nueva regulación proclama, al igual que las anteriores, que "será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato". Y sólo esta enunciación está sirviendo de fundamento en determinados casos para posibilitar la exoneración de responsabilidad de la Administración y la declaración de su falta de legitimación pasiva en reclamaciones a ella dirigidas cuando el daño no deriva de una orden suya o de vicios del proyecto elaborado por ella.

La huida del derecho administrativo que se produce a consecuencia de la utilización de muy variadas fórmulas organizativas –en este caso, el concierto sanitario–, puede presentar en lo relativo al régimen de responsabilidad un problema de compatibilidad constitucional con el art. 106.2 de la Constitución. Como ha señalado la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de abril de 2009, "*es razonable preguntarse si resulta lícito, a la vista de dicha cláusula constitucional de responsabilidad objetiva en el ámbito del servicio público, el que, por medio de fórmulas concesionales, no sólo la Administración quede al margen de su responsabilidad, sino incluso que la responsabilidad quede sujeta a criterios de Derecho privado, menos garantistas para el particular dañado*". De hecho, tantas dudas plantea esta pretensión legal de eximir a la Administración de responsabilidad, que la idea de imputar en todo caso la responsabilidad directa a la Administración aun cuando actúe un contratista, está también presente en alguna sentencia del Tribunal Supremo (STS de 1 de abril de 1985, 19 de mayo de 1987 o de 9 de mayo de 1989) y en los

Dictámenes del Consejo de Estado (3991/1998, de 26 de noviembre, 3059/2000, de 23 de noviembre y 3622/2000, de 21 de diciembre, entre otros varios).

En fin, a partir básicamente de la interpretación del antiguo artículo 134 del reglamento de contratación, han venido conviviendo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo dos líneas jurisprudenciales distintas (STS de 30 de abril de 2001, RJ 2001, 6852 y STS de 6 de octubre de 1994, RJ 1994, 7399). La primera de ellas ha entendido que este precepto (art. 134 del Reglamento de contratación administrativa) habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista. Ésta, por otra parte, ha sido la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973. En todos estos casos, una vez formulada la reclamación, la Administración habría de resolver, tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla. Esta decisión deja abierta la vía contencioso-administrativa al particular y al contratista, admitiendo por tanto una decisión exoneratoria de la propia Administración que conduciría al particular a la búsqueda de una satisfacción de manos del concesionario o contratista.

Sin embargo, la prevalencia de esta tesis doctrinal queda puesta en cuestión por la línea mantenida por otros Tribunales Superiores de Justicia, que siguen abogando por la asunción de responsabilidad por la propia Administración contratante, sin anteponer la figura del adjudicatario, según revela el contenido de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 18 de febrero de 2005, JUR 2005, 230484), del TSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de julio de 2005, JUR 2006, 4872 o del TSJ de Extremadura de 28 de junio de 2006, JUR 2006, 220321.

La segunda tesis es la que interpreta el art. 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto. Es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista un orden de aquella que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto. En los demás supuestos, la reclamación,

dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista», tesis que mantienen también las Sentencias del TS de 19 de febrero de 2009, RJ 2002, 3404 y de 11 de julio de 1995, RJ 1995, 5632. Esta segunda postura ha sido la considerada correcta por la STS de 30 de octubre de 2003, RJ 2003, 7973, «no sólo porque el texto del artículo 134 citado es clarísimo en su misma redacción literal, pues carece de sentido -pues atenta el principio de economía procesal- que, teniendo como tiene la Administración potestad de interpretar el contrato, y por tanto las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa, en su caso procesal, para que el pago se haga efectivo²⁵».

El Consejo Consultivo ha considerado que los inconvenientes procesales inherentes a dicha alternativa, la inseguridad jurídica a que se aboca al particular lesionado y el distinto alcance con que se configura la responsabilidad extracontractual en los ámbitos civil -de carácter subjetivo, ex artículo 1902 del Código Civil, por culpa o negligencia- y administrativo -de carácter puramente objetivo, ex artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre-, impedirían rechazar las pretensiones de resarcimiento planteadas a la Administración mediante la derivación de éstas hacia sus propios contratistas o concesionarios. Dirá en su Dictamen 33/2007, de 7 de marzo, que la Administración debe responder directamente sin perjuicio de la acción de regreso, dado que su posición en el seno de la relación contractual establecida con esos sujetos privados, en virtud de la cual se distribuyen y asumen riesgos entre las partes contratantes, no debe afectar al particular que sufre daños a consecuencia de esta actividad, cuya integridad patrimonial debe ser garantizada conforme al artículo 106 de la Constitución, sin perjuicio de que la indemnización sea abonada finalmente por quien deba soportarla a tenor de la regulación obligacional establecida.

2.4. SOBRE LA NECESIDAD DE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA DE LA NORMATIVA RELATIVA A LOS CONTRATOS Y AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN PARA REAFIRMAR SU LEGITIMACIÓN

Cierto es, no obstante, que el análisis de la jurisprudencia generada por supuestos en los que se reclama a la Administración sanitaria la satisfacción de daños acaecidos en ejecución de actuaciones médicas

derivadas a clínicas y hospitales concertados ofrece también abundantes ejemplos en los que se condena a la Administración a indemnizar a los perjudicados, haciendo caso omiso de las alegaciones sobre su falta de legitimación pasiva. En otras ocasiones, ha pasado a conocer directamente del asunto aunque finalmente no haya existido condena por la ausencia de alguno de los requisitos sustantivos necesarios para su estimación²⁶. Y es que acontece, efectivamente, que todas estas dudas sobre la legitimación pasiva de la Administración sanitaria se planteaban especialmente a la hora de determinar el régimen aplicable en esta materia antes de la entrada en vigor de la reforma introducida en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/92 por la Ley 4/1999.

A raíz de la reforma introducida en el año 1999, ya no debería plantear duda alguna el sometimiento a la jurisdicción contenciosa de las cuestiones relativas a la responsabilidad de los centros sanitarios privados-concertados por actuaciones médicas. Recordemos que, según el tenor literal de dicha cláusula, “la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”. Este precepto vuelve a aclarar y a ratificar la unidad de la jurisdicción para la Administración Pública en materia de responsabilidad por la asistencia sanitaria. Tal como aclara la Exposición de Motivos de dicha Ley, con ella se trata de poner fin a la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden competente para conocer este tipo de procedimientos cuando el daño se produce con ocasión de una asistencia sanitaria que, aun estando incluida en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud (actual Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre), es prestada por un centro sanitario privado que está concertado con el correspondiente servicio autonómico de salud.

Ciertamente esta solución se derivaba ya de la primera versión de la Ley 30/1992 (arts. 142 y 144), se reiteraba después en el preámbulo del reglamento de responsabilidad patrimonial (Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo) y se reafirmó, por si alguna duda cabía al respecto, en el artículo 2.e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tras las reformas introducidas en esta materia por la Ley Orgánica 19/2003. Sin embargo, y a pesar de esta claridad meridiana, todavía

siguen planteándose demandas que intentan reconducir la responsabilidad sanitaria del centro concertado hacia el ámbito de la jurisdicción civil. Buen ejemplo de ello se encuentra en un pronunciamiento reciente del Tribunal Supremo (STS de 23 de abril de 2008, RJ 2008,2731), en el que ha tenido nuevamente que aclarar que, si bien es cierto que hasta el año 1999 no se modificó dicha disposición adicional, “ello no quiere decir que antes de la reforma, y cuando la clínica privada actuaba en régimen de concierto, había de entenderse aquélla desvinculada de toda relación con la Administración sanitaria pública, puesto que lo contrario supondría desvirtuar el principio de responsabilidad de la Administración y, en definitiva, ha de entenderse con carácter general que los actos realizados en virtud de dicho concierto por la entidad privada vinculan a la Administración”. Como más adelante veremos, esta consideración ha permitido al Tribunal Supremo admitir que, en caso de error, la reclamación efectuada al centro concertado equivale a la efectuada directamente a la Administración y, en consecuencia, tiene también efectos interruptivos de la prescripción.

En esta línea, el Dictamen del Consejo Consultivo nº 174 de 2006, de 11 de octubre, ha puesto de manifiesto la necesidad de tener en cuenta las especialidades que plantea el ámbito sanitario, pues acontece que toda esta jurisprudencia que exonera a la Administración aborda casos de régimen general en los que no se dilucida específicamente la consecuencia de los daños producidos en centros sanitarios concertados. No se han tenido en cuenta las propias singularidades que en el ámbito de la protección de la salud ha querido establecer el legislador básico estatal. Efectivamente, en materia sanitaria la legitimación pasiva de la Administración contratante viene expresamente establecida por lo dispuesto en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1992, en la redacción introducida por la Ley 4/1999. De ahí, y con un acertadísimo criterio, el Consejo Consultivo ha puesto de manifiesto la necesidad de realizar una interpretación armonizadora de la normativa de contratos y la mencionada Disposición.

De la interpretación sistemática del actual artículo 198 de la Ley de contratos del sector público (antiguo art. 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y de la Disposición Adicional 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el Consejo Consultivo ha deducido las siguientes consecuencias:

1. La referencia a la prosecución del procedimiento de responsabilidad patrimonial incluida en la citada disposición adicional 12ª hace

inapropiado invocar falta de legitimación pasiva por parte de la Administración sanitaria para conocer de reclamaciones como la planteada, en las que se exige indemnización por los daños derivados de la asistencia médica prestada fuera de su red asistencial, pero por encargo de aquélla.

2. A tenor de las facultades que en tal sentido se reconocen al órgano de contratación en el procedimiento singular regulado en el artículo 198.3 de la Ley de contratos del sector público²⁷, resulta procedente que el órgano administrativo facultado para resolver sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial emita un pronunciamiento declarativo de la responsabilidad producida en el que se señale que ésta recae sobre el contratista o entidad suscriptora del concierto, si se dan los supuestos caracterizadores del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

3. El procedimiento al que alude el apartado cuarto del artículo 198 de la Ley de contratos del sector público para la reclamación de los daños imputados al centro sanitario concertado con la Administración en estos supuestos, es el procedimiento de responsabilidad patrimonial al que se refiere la indicada disposición adicional 12^a, que conduce lógicamente al ulterior conocimiento de la cuestión por los jueces y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

4. El sistema apuntado resulta plenamente operativo y garantista de los derechos de los usuarios que son derivados a clínicas y hospitales concertados, puesto que en el caso de que el procedimiento de responsabilidad patrimonial antedicho concluyera con una resolución estimatoria para el perjudicado, que declare la responsabilidad del centro concertado y la suma en que se cifre la indemnización, este último, a quien se habrá de notificar la resolución adoptada, podrá impugnar la decisión de la Administración llevando a conocimiento del orden contencioso-administrativo todas las cuestiones suscitadas, con plena salvaguarda de los intereses del damnificado, o aceptar dicha declaración de responsabilidad permitiendo su firmeza, con la consiguiente asunción de la obligación de indemnizar, que deberá cumplir, bien de forma directa, bien mediante repetición de la suma abonada por la Administración²⁸.

En conclusión, un concierto entre una clínica privada y el órgano competente de la Administración sanitaria permite a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de las reclamaciones que se dirijan a obtener una compensación por los daños y perjuicios causados a un

paciente, toda vez que la asistencia médica realizada por un contratista no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad de la Administración (STS de 24 de mayo de 2007, RJ 2007, 5088; STS de 23 de abril de 2008, RJ 2008,2731). Se asume así la doctrina general relativa a la naturaleza de los actos que realizan los contratistas de las Administraciones Públicas, de modo tal, que las clínicas u hospitales privados, en cuanto actúan concertados con la Administración, se entienden que actúan por cuenta y por encargo de la misma, en calidad de agente suyo y, en lógica consecuencia y a los meros efectos de la reclamación de responsabilidad, ha de entenderse que es la Administración misma la responsable. En caso contrario, se podría ver desvirtuado el régimen mismo de responsabilidad patrimonial de la Administración que, como es sabido, se trata de una institución jurídica que goza de rango constitucional (arts. 9.3 y 106.2 de la Constitución Española).

Con base en este razonamiento, los dictámenes emitidos por el Consejo Consultivo han venido sistemáticamente admitiendo la legitimación pasiva de la Administración sanitaria autonómica cuando se entabla una reclamación de responsabilidad por actos médicos ejecutados en clínicas u hospitales concertados privados. Así, en los dictámenes 49/2003, de 24 de abril; 117/2003, de 1 de octubre; 119/2004, de 28 de diciembre; 48/2006, de 22 de marzo o 174/2006, de 11 de octubre; 31/2007, de 28 de febrero y 67/2007, de 25 de abril, entre otros, ha aceptado dicha legitimación dada la existencia de una previa derivación del paciente desde el centro sanitario público al centro concertado, atendiendo fundamentalmente a la incidencia deducible de las determinaciones de carácter formal establecidas en la mencionada Disposición Adicional 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Esta línea protectora del paciente ha sido, por lo demás, la seguida por el Consejo de Estado en sus dictámenes. Así, por ejemplo, en el 85/2002, de 31 de enero, ha considerado que “el hecho de que la asistencia sanitaria discutida se haya prestado en un hospital concertado no es obstáculo para el examen de fondo de la reclamación planteada ni para su eventual estimación pues, en otro caso, se estaría colocando a los pacientes que son remitidos a los centros por decisión de la Administración sanitaria en una peor situación que el resto de los ciudadanos que permanecen en los establecimientos sanitarios”.

3. MATIZACIONES ACERCA DE LA OBJETIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. EL CRITERIO DE LA LEX ARTIS AD HOC

El sistema de responsabilidad patrimonial aplicable a las Administraciones públicas ha sido doctrinalmente calificado como un régimen de responsabilidad objetiva. Las consecuencias jurídicas que se derivan de la pretendida “objetividad” de este sistema han sido poco a poco perfiladas por nuestra jurisprudencia. Se ha considerado, efectivamente, que con ella se pretende resaltar que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil con la tradicional responsabilidad subjetiva, no se requiere necesariamente la culpa o ilegalidad en el autor del daño, sino que se trata de un tipo de responsabilidad que surge al margen del grado de voluntariedad o previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente (STS de 26 de septiembre de 1998, Ar. 1998, 6836, de 28 de noviembre de 1998, Ar. 1998, 9967, entre otras muchas). De ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que realiza la normativa legal vigente (art. 139 de la Ley 30/1992).

La institución de la responsabilidad patrimonial se ha cimentado sobre la idea básica de que cualquier consecuencia dañosa que se derive del funcionamiento de la Administración debe ser indemnizada, pues en caso contrario, podría producirse un sacrificio individual a favor de una actividad que, precisamente por ser de interés público o general, debería ser soportada por la comunidad. Esta presunta objetividad de la responsabilidad podría verse seriamente comprometida en el ámbito de la contratación administrativa por la aplicación del régimen general previsto en el art. 198 de la Ley de contratos del sector público, pues es muy claro y contundente al establecer que corresponde a la empresa contratista correr con la indemnización de los daños y perjuicios que cause la ejecución del contrato. Se produciría, así, un trasvase de sistemas de responsabilidad y de jurisdicciones. La reclamación pasaría a ser conocida por la jurisdicción civil y a través de un sistema de responsabilidad subjetiva o culposa.

Ahora bien, en el ámbito sanitario las diferencias que podrían plantearse entre la responsabilidad objetiva que se derivaría de una prestación directa por parte de la Administración, respecto de la responsabilidad subjetiva que se produciría cuando actúa una empresa privada contratada por ésta, se diluyen debido fundamentalmente a dos circunstancias. En primer lugar, porque la Disposición Adicional

12ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha administrativizado todo el procedimiento de reclamación frente a daños causados en centros concertados, tal como antes hemos tenido ocasión de poner de manifiesto. En segundo lugar, porque realmente tampoco existe en materia sanitaria una responsabilidad realmente objetiva, sino que la jurisprudencia ha ido estableciendo importantes matizaciones al respecto que la aproximan considerablemente a la responsabilidad subjetiva que rige en el ámbito civil. De no ser así, se podría llegar al absurdo de considerar indemnizable todas las actuaciones médicas realizadas sin éxito o, incluso, cada muerte del paciente. Para suavizar estos efectos, la doctrina y la jurisprudencia han resaltado desde muy temprano las peculiaridades que concurren en la actividad médica, pues nos encontramos realmente ante una obligación de medios y no de resultado.

Para entender las especialidades introducidas en este ámbito deberíamos partir de la propia Constitución, más concretamente de su artículo 43, que garantiza el derecho de los ciudadanos “a la protección de la salud”. Nuestro constituyente fue especialmente cauteloso al formular la redacción de este precepto, en la medida en que vino a garantizar el derecho de todos los ciudadanos, no a la salud en sí misma considerada, sino a su protección. Ello va a tener repercusiones trascendentales en este ámbito. A bote pronto, y si aplicamos las categorías que reconoce el derecho civil, hace que nos encontremos ante una obligación de medios y no ante una obligación de resultados, lo cual tiene una formidable importancia sobre todo a la hora de determinar el alcance de la responsabilidad del médico y, en su caso, de la Administración sanitaria o del centro concertado, toda vez que de no ser esto así, cada muerte de cada paciente podría dar lugar a la apertura de un expediente de responsabilidad de la Administración por no haber logrado el resultado: salvar la vida del paciente. Ello explica que en nuestro Texto Constitucional no se garantice el derecho de los ciudadanos a la salud, pues ello equivaldría meramente a garantizar la expresión de un deseo, muy loable, naturalmente, pero algo que es materialmente imposible de cumplir y del que no pueden responsabilizarse los poderes públicos. Como oportunamente exponen RODRÍGUEZ PIÑERO Y DEL REY GUANTER²⁹, quedaría fuera del ámbito de configuración del ordenamiento jurídico la alteración en sí de la salud, respecto a la cual, por más que se establezcan medios preventivos y reparadores, no es posible su absoluto control, lo que convertiría el derecho a la salud en un derecho irrealizable, en tanto que los factores que alteran la salud escapan en gran medida al control humano.

Por ello, cuando se habla del derecho a la protección de la salud, se está queriendo hacer referencia más bien al derecho de los ciudadanos a que los poderes públicos les garanticen los cuidados médicos y la asistencia sanitaria que sea necesaria en cada caso para proteger, mantener o restablecer su salud. De no tener en cuenta esta especial naturaleza de la actividad médica, estaríamos convirtiendo automáticamente a la Administración en responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse en sus instalaciones, que tengan lugar con ocasión de la utilización de los servicios sanitarios o, lo que es más grave, de todas las muertes de los pacientes, pues no hay hecho más seguro y cierto que la propia muerte.

Resulta así explicable que se hayan venido introduciendo substanciales matizaciones respecto del carácter objetivo de la responsabilidad en materia sanitaria. El criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad en esta materia “no es otro que el de la adecuación objetiva del servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los empleados públicos de la Administración y del buen o mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado” (STS de 4 de abril de 2000). Prestada la asistencia sanitaria conforme a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, las consecuencias de la enfermedad o padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por tanto no pueden tener la consideración de lesiones antijurídicas (STS de 25 de abril de 2002).

Todos los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha que han sido analizados en este trabajo reflejan, como no podría ser de otra manera, todas estas matizaciones³⁰. “Este carácter objetivo, tal y como en reiteradas ocasiones ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, no implica que todos los daños producidos en los servicios públicos sanitarios sean indemnizables”, pues ello llevaría a convertir a la Administración en una aseguradora universal. Por el contrario, la responsabilidad patrimonial se asienta en el criterio objetivo o concepto técnico de lesión, entendida ésta como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber de soportar. Dicho deber sólo existirá cuando se trate de una medida impuesta por la Administración con carácter general para todos los ciudadanos que, por estar afectados por su ámbito de actuación, están obligados a cumplir. Este deber, tal como recuerda el dictamen del Consejo Consultivo n° 154/2008, de 30 de julio, puede venir determinado por

la concurrencia de una concreta imposición legal o por otros factores vinculados ordinariamente a la propia situación o actitud del perjudicado, con incidencia sobre la entidad del riesgo generado por el actuar de la Administración.

Ésta, por lo demás, también viene siendo la inconcusa línea que ha seguido el Consejo de Estado ante estos casos. Como ha expresado, entre otros mucho, en su Dictamen 924/2003, de 3 abril, la responsabilidad patrimonial de la Administración se produce solamente si se puede probar que el daño de la interesada ha sido causado por el actuar de la Administración, es decir, que la prueba de una causalidad adecuada es "conditio sine qua non" para configurar la responsabilidad de la Administración, y en el presente caso está constatado que la Administración sanitaria ha actuado en todo caso con arreglo a la "lex artis", es decir, ajustándose a las reglas técnicas pertinentes, en la larga y constante atención médica prestada a la interesada. Toda intervención médica o quirúrgica implica no una garantía de curación, sino un riesgo con garantía de que la medicina y el médico se enfrentan al mismo con la técnica adecuada para lograr superar el mal, y, en este caso, se ha informado a la interesada de los riesgos derivados de los actos clínicos que se le han practicado lo que, según jurisprudencia constante, excluye la responsabilidad patrimonial.

También el Tribunal Supremo tiene dicho (entre otras, en su Sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido. La socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, en otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados y que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

Si esto es así con carácter general, las cautelas han de aumentar especialmente cuando se trata de intervenciones médicas sin éxito. Al respecto resulta obligado referirse al Dictamen del Consejo Consultivo número 135/2008, de 23 de junio, que se ha pronunciado sobre los efectos que en materia de responsabilidad tienen este tipo de intervenciones. En concreto, la paciente había sido sometida a una intervención quirúrgica en un dedo de su mano derecha y la misma, no sólo no eliminó el dolor que padecía, sino que agravó la situación de partida, aumentando su dolor e impotencia funcional.

Pues bien, el Dictamen recoge la línea jurisprudencial apuntada al respecto por la STS de 25 de abril de 1994, RJ 1994, 3073, al considerar que el fracaso de la intervención médica no puede considerarse, sin más, prueba de una mala asistencia sanitaria, sino que precisa de la acreditación del quebrantamiento de la *lex artis ad hoc*. Sólo así puede calificarse de antijurídico el daño sufrido por las secuelas de las intervenciones quirúrgicas. Esto es, el criterio relevante para determinar si la actuación médica es o no correcta no es otro que el de la *lex artis*, que haría referencia a los deberes y obligaciones de medios que tiene que poner en práctica el médico para la adecuada prestación del servicio público. Estos deberes serían de dos tipos. El primero hace referencia a la obligación de utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en el que se produce el tratamiento, de modo que se emplee la diligencia que el derecho anglosajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo (*lex artis material*). El hecho, no obstante, de que estas actuaciones no tengan el éxito esperado no convierte en negligente la asistencia médica dispensada, sino que más bien viene a demostrar que en medicina los resultados nunca están asegurados.

El segundo de los elementos de la *lex artis* se refiere al deber de información al paciente, que tendrá que comprender, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Conviene recordar que el artículo 4 de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos relacionados con la información y la documentación clínica*, la configura como un derecho del paciente y, en lógica consecuencia, como una obligación del médico. Es más, dicha información debe formar parte de todas las actuaciones asistenciales y ser recogida en la historia clínica del paciente. Debe ser verdadera y ser comunicada de forma comprensible y adecuada a las necesidades del paciente, pues su finalidad no es otra que la de ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, asumiendo de esta manera los riesgos que puedan derivarse de su decisión.

El cumplimiento de este deber de información resulta especialmente relevante en las intervenciones médicas que no producen el éxito esperado, en la medida en que puede condicionar por completo la elección o el rechazo de una determinada intervención por razón de sus riesgos, por lo que la información debe comprender también las posibilidades de fracaso de la intervención que se pondera y sus posibles consecuencias. Pues bien, toda esta argumentación ha permitido al Consejo Consultivo concluir en el dictamen mencionado, en el 135/2008, de 23 de junio, que el daño que ha sufrido la paciente a consecuencia de la operación de su tercer dedo de la mano derecha no era otra cosa que la materialización de uno de los riesgos típicos del tipo de intervención al que se sometió y que, en consecuencia, no se había producido una mala praxis médica, toda vez que su historial clínico recogía el documento del consentimiento informado donde se detallaban los posibles riesgos de la intervención. Al haber tenido una completa información al respecto antes de firmar su consentimiento y de someterse a la intervención, y al no existir indicio alguno de una mala praxis médica, los daños alegados carecen de la antijuricidad que exige el instituto de la responsabilidad patrimonial³¹.

En otras ocasiones, no obstante, ha matizado considerablemente los efectos que para la antijuricidad del daño puede tener el consentimiento informado. En este sentido podemos traer a colación su Dictamen 161/2008, de 30 de julio, ante la reclamación presentada por una paciente que se había sometido a una operación de cataratas en una clínica concertada. El resultado de la operación fue insatisfactorio, pues un error en la corrección refractiva de la lente que le fue implantada en su ojo derecho le causó una pérdida de su agudeza visual. Aunque existía en su historial el documento del consentimiento informado en el que se le advertía de que en la mayoría de los casos era necesario llevar gafas después de la cirugía, considera el Consejo que ello no convierte el daño en un perjuicio “no antijurídico, ni desplaza hacia el paciente el correspondiente deber de soportar la lesión, por el hecho de ser contrarrestable con el empleo de gafas, pues el consentimiento informado prestado por un enfermo nunca puede convertirse en un instrumento liberatorio de responsabilidad que disculpe de las consecuencias de un acto médico realizado sin adecuarse a los márgenes de tolerabilidad asociados a una correcta praxis médica y, por tanto, a las reglas conformadoras de la *lex artis ad hoc*”. La argumentación le permitirá declarar la existencia de responsabilidad patrimonial por la antijuricidad del daño.

4. ALGUNOS ASPECTOS RELATIVOS AL PROCEDIMIENTO PARA LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD

Los artículos 139 y 141 de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, establecen aquellas circunstancias que deben concurrir para que surja el derecho de los particulares a recibir una indemnización por parte de la Administración. Este derecho surgirá a favor del paciente o de sus herederos cuando se produzca una lesión que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sanitarios en una relación directa, exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen³². El daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. De la misma forma, sólo resultarán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley, siempre que el daño no se haya producido por fuerza mayor y no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo fijado en la ley.

En nuestro análisis, sin embargo, vamos a prescindir del estudio de cada uno de estos requisitos, toda vez que ello ya habrá sido objeto de detallado examen en otros trabajos de este número monográfico. Por ello sólo destacaré aquellos aspectos que realmente presentan alguna especialidad cuando en la causación del daño interviene un sujeto privado, esto es, el centro concertado, lo que afecta fundamentalmente a determinados aspectos procedimentales y al instituto de la prescripción.

4.1. EL PREVIO REQUERIMIENTO A LA ADMINISTRACIÓN ¿UNA MERA OPCION O UNA VERDADERA RECONVERSIÓN DE LA RECLAMACIÓN EN UNA ACCIÓN CONTENCIOSA? EL RECONOCIMIENTO DEL “PAPEL ARBITRAL” DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Nuevamente en este punto nos surge el problema de determinar el procedimiento o modo de hacer exigible la responsabilidad por los daños causados al paciente. Como ha destacado REBOLLO PUIG, la inseguridad jurídica es total en este ámbito y sólo podría resolverse por la intervención del legislador, “aunque sólo fuera para dejar claro lo que antes ya estuvo claro y después se ha enturbiado hasta extremos intolerables³³”. Ante esta incertidumbre, una de las cuestiones sobre las que se pronuncian expresamente los dictámenes del Consejo Consultivo de

Castilla-La Mancha analizados es la relativa al régimen aplicable, o más en concreto, respecto de la aplicabilidad al ámbito sanitario del procedimiento previsto en los artículos 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que proclaman una función “arbitral” de la Administración ante estos supuestos.

Conviene recordar que según estos preceptos, que expresamente no han sido derogados, en los servicios públicos concedidos corre la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso de que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste. En estos casos, la reclamación se dirige forzosamente a la Administración que otorgó la concesión, que tendrá que resolver tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, dejando abierta la vía contencioso-administrativa para el particular o el concesionario, en su caso.

Las dudas se plantean porque, como antes hemos señalado, el actual artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, al igual que hiciera el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya no contempla con carácter imperativo la obligación de dirigirse a la Administración para que ésta se pronuncie sobre a cuál de las dos partes contratantes le corresponde indemnizar, sino que se limita a recogerla como una mera posibilidad que el paciente puede o no utilizar. Según dispone la nueva normativa, efectivamente, *“los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños”*. Es decir, el criterio de la libre opción del perjudicado ha llevado en la práctica a que no se aplique el sistema arbitral diseñado por el legislador en la Ley de Expropiación Forzosa, que había configurado la acción de responsabilidad como una acción administrativa y, con ello, había atribuido a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de estos asuntos.

Aunque el Consejo es plenamente consciente de la falta de uniformidad que existe en la doctrina administrativa y en la jurisprudencia respecto a la vigencia de los preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa y su compatibilidad con la Ley de contratos del sector público, se ha decantado por el mantenimiento del sistema arbitral de la Administración, esto es, de aquel en que la Administración parece actuar como un verdadero árbitro, en la medida en que el interesado dañado debe dirigirse siempre a ella para que ésta señale quién debe

pagar la indemnización. Así, desde el dictamen 6/2008, de 16 de enero, ha dejado sentada su postura al respecto. Ha considerado que “la previsión para el caso de los daños derivados de la actuación de concesionarios se contempla expresamente en nuestra legislación en el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, precepto que no ha sido objeto de derogación expresa y que, a juicio de este Consejo, se encuentra vigente”.

A partir de esta proclamación, ha considerado que, en realidad, no existe incompatibilidad entre el contenido de ambos preceptos. Considerar lo contrario generaría más problemas de índole procedimental y procesal a todas las partes intervinientes, esto es, al centro concertado y al paciente. *“El procedimiento regulado en la legislación sobre contratos, entendido como el mero pronunciamiento ante el tercero dañado, sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad por el hecho causante, no está en contradicción con la posibilidad de reintegrarlo o convertirlo en un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, en el que se examina la relación causal. Negar esta posibilidad legal implica abocar a una división con la continencia de la causa pues, declarada por la Administración solamente la legitimación pasiva del contratista concesionario, orientando con ello al tercero dañado al ejercicio de su acción civil frente al mismo, éste no sólo tendría que plantear su defensa en dicho orden jurisdiccional, sino que podrían también recurrir en vía contencioso-administrativa el pronunciamiento de la Administración”.*

Con base en esta argumentación el Consejo ha considerado que la legitimación pasiva de la Administración, “dada la existencia de un contratista que tiene encomendada la prestación del servicio de auxiliares sanitarios, comporta que la Administración no sólo deberá pronunciarse sobre a cuál de las dos partes contratantes corresponde la responsabilidad, en virtud de lo previsto en la legislación de contratos, sino que deberá también declarar la obligación de pago de quien resultara responsable” (Dictamen 154/2008, de 30 de julio³⁴).

Ésta es, pues, la interpretación que ha realizado el Consejo Consultivo al intentar armonizar los preceptos mencionados de la Ley de Expropiación Forzosa con la nueva redacción de la Ley de Contratos y la que parece a todas luces más lógica. Lo contrario supondría un gravamen para el particular afectado y para el propio contratista, en la medida en que les generaría importantes problemas de índole procesal y procedimental.

A mayor abundamiento, habría que tener en cuenta las especialidades que la Ley 4/1999 introdujo sobre esta materia en el ámbito sanitario y que aclaran definitivamente la incertidumbre respecto del papel que debe desempeñar en este caso la Administración, toda vez que la Disposición Adicional 12ª de la Ley 30/92, con independencia de quién resulte obligado al pago, ha establecido con carácter imperativo que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria prestada por los centros concertados con la Administración “seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”. Es decir, si este precepto obliga a seguir las normas administrativas para la tramitación del procedimiento, lo lógico será pensar que el paciente debe dirigirse, no al centro privado concertado, sino directamente a la Administración que ha celebrado el concierto, pues sólo ésta tiene potestades para tramitar con todas sus garantías el procedimiento de responsabilidad conforme a las normas administrativas. Duda, pues, que parece ya resuelta definitivamente por el legislador y por las interpretaciones de que está siendo objeto.

4.2. LAS IMPORTANTES CONSECUENCIAS QUE ESTÁ DERIVANDO LA JURISPRUDENCIA ANTE LA PASIVIDAD O INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

La referencia explícita al procedimiento de responsabilidad patrimonial que contempla la Disposición Adicional 12ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, hace inapropiado invocar la falta de legitimación pasiva por parte de la Administración sanitaria para conocer de reclamaciones de responsabilidad en las que el interesado exige una indemnización por los daños derivados de la asistencia médica prestada fuera de su red asistencial, por centros privados, pero por encargo de aquélla (Dictamen nº 135/2008, de 23 de junio).

Sin embargo, en no pocas ocasiones sucede que la Administración pretende exonerarse de cualquier tipo de responsabilidad invocando la obligación del contratista de pagar la indemnización conforme a la proclamación establecida en el art. 198 de la Ley de contratos del sector público de 2007 que, como sabemos, impone al contratista la obligación de pagar por los daños que cause durante la ejecución del contrato. Buena muestra de ello encontramos en la reciente STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de abril de 2009 (Sala de lo

Contencioso-Administrativo, Sección segunda), que ha derivado importantes consecuencias en caso de que la Administración pretenda escudarse en la falta de legitimación pasiva y no actúe ante el requerimiento del sujeto dañado.

Efectivamente, parte este pronunciamiento de un análisis de la situación tan confusa y complicada en que se encuentra el paciente en cuanto a la determinación de la correcta forma de actuar para la reparación del daño cuando el servicio sanitario, aun siendo de titularidad administrativa, se encuentra contratado con un tercero. En tales casos, se topa con alternativas de responsables, de regímenes jurídicos aplicables e incluso de órdenes jurisdiccionales competentes, lo cual agrega un componente de complejidad, incertidumbre y grave riesgo del "peregrinaje jurisdiccional" que tan dañino resulta para la efectividad de la tutela judicial. La cuestión se torna para el perjudicado especialmente confusa en los supuestos en que el paciente, aun habiendo acudido como usuario del servicio público a la propia Administración, es remitido a un centro concertado por decisión de ésta y sin posible intervención de su voluntad. En fin, se ve abocado a un "subcircuito" sanitario laberíntico y generador de un marco jurídico de enorme complejidad.

La situación se torna todavía más escandalosa cuando el paciente dañado se encuentra ante una denegación por silencio administrativo de su petición. En el caso analizado en esta sentencia, el SESCAM, en vez de inadmitir la reclamación, desestimó la pretensión por silencio administrativo negativo y, en consecuencia, no indicó a los interesados en la vía administrativa la falta de legitimación pasiva que pretendía después invocar en vía judicial. Ante esta situación de completa indefensión, no sería razonable permitir que la Administración pudiera resultar beneficiada de su silencio.

En este contexto, la sentencia parte de la función de guía y tutela que la ley impone a la Administración respecto del usuario dañado y que, incluso en su versión menos protectora de la Ley de Contratos, exige que al menos se pronuncie expresamente acerca de a quién le es imputable la responsabilidad y por tanto cuál es la acción que corresponde ejercer al afectado. Desde este punto de vista, considera el TSJ que resulta por completo inaceptable que la Administración pretenda ahora, en vía judicial, desviar la responsabilidad a la concesionaria cuando, presentada la reclamación por los herederos de la paciente fallecida, se abstuvo absolutamente de cumplir con esa obligación mínima pero capital para que éstos supieran cómo actuar, guardando silencio y dejando a los perjudicados sin la respuesta que la Ley le obliga a dar respecto de quién

sea el responsable. A partir de ahí, considera inaceptable el intento tardío de la Administración de eludir su responsabilidad y su pretensión de que el paciente prosiguiera su peregrinaje jurisdiccional presentando una nueva reclamación civil contra el concesionario, cuando habían pasado ya más de cinco años del daño (muerte de la paciente).

Pues bien, aun aceptando el marco que plantea la Ley de contratos, que hace responsable de la indemnización al centro concertado, “es innegable que la Administración, titular del servicio, mantiene una posición de preeminencia y dominio sobre la situación concesional que le confiere ciertos derechos y potestades, pero también la sujeta al cumplimiento de ciertas obligaciones, no sólo frente al concesionario, sino también frente a los usuarios, una de la cuales es la que venimos comentando, y sin cuyo estricto cumplimiento tampoco puede pretender beneficiarse de la exención de responsabilidad que, por razón de haber concedido el servicio, le reconoce la ley, sin perjuicio, lo decimos una vez más, de las dudas de constitucionalidad que tal exención pueda merecer”.

Ante tales circunstancias, concluye el Tribunal que la Administración no puede exonerarse de responsabilidad, sin perjuicio de que, si entiende que, de acuerdo con los criterios de distribución de responsabilidad, ésta corresponde al concesionario, pueda, bien en el seno de la relación que la une al mismo, bien por la vía que entienda oportuna, reclamar el reintegro, en caso de que efectúe el abono de la indemnización, en función de la condena solidaria realizada, pues “tal condena no se basa en una determinación de la responsabilidad sobre la base de los criterios de atribución material de responsabilidad establecidos en la Ley de contratos, sino en una constatación combinada, por un lado, de la intervención del concesionario en la causación del daño (la cual genera la condena de éste) y, por otro, de la actuación de la Administración frente a la reclamación del perjudicado (que genera la condena de aquélla). Ahora bien, este razonamiento, que sirve para reconocer la responsabilidad de la Administración frente al perjudicado, pues se funda en el examen de la actuación de aquélla frente a éste, no tiene virtualidad en las relaciones entre la Administración y el concesionario, que deben regirse estrictamente por los criterios materiales de reparto de la responsabilidad fijados en la normativa de contratos”.

En definitiva, pues, las reflexiones realizadas por esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha tienen un marcado carácter protector del paciente dañado, en la medida en que conducen a una suerte de responsabilidad universal y directa de la

Administración incluso en el caso de servicios concertados. En este concreto supuesto, el hecho de que la paciente acudiera en primer lugar al hospital público del SESCAM y de ahí fuera expresamente derivada al centro concertado, unido al dato de la pasividad o inactividad de la Administración ante el requerimiento realizado, son argumentos suficientes como para declarar la responsabilidad directa de la Administración, eso sí, dejando abierta la posibilidad de que después pueda repetir contra el centro privado concertado como causante material del daño.

4.3. LA DECLARACIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN DEL OBLIGADO AL PAGO. ¿DEBE RESPONDER SUBSIDIARIAMENTE EN CASO DE RETRASO O IMPAGO DEL CONCESIONARIO?

Los dictámenes del Consejo Consultivo, una vez analizada la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad, prosiguen su estudio con la intención de determinar el sujeto que ha de resultar obligado al pago de la indemnización en virtud de la resolución que ponga fin al procedimiento tramitado.

Al ser un contrato de naturaleza administrativa el que vincula a la Administración sanitaria castellano-manchega con la empresa privada encargada de la prestación del servicio, resultan plenamente aplicables las normas contenidas en la legislación de contratos. Según lo establecido en la letra e) del artículo 229 de la Ley de contratos del sector público, corresponde al concesionario la obligación de indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con lo previsto en el artículo 198 de dicha Ley.

Pues bien, para la determinación del obligado al pago, el Consejo Consultivo realiza un análisis detallado de las cláusulas del contrato. Así, en el Dictamen 154/2008, de 30 de julio, ante las lesiones realizadas por una auxiliar sanitaria mientras daba de comer a una menor, concluye el Consejo que la obligación de indemnización corresponde a la empresa contratista, pues las actividades que causaron la lesión (rotura de dientes) son realizadas por dicha empresa bajo su propio control y supervisión, tal como señala la cláusula cuarta del pliego de prescripciones técnicas del contrato de concesión. A partir de ahí, considera que “dictar una resolución que obligue a reparar los daños físicos ocasionados es la forma más adecuada que tiene la Administración de hacer

cumplir las cláusulas contractuales citadas anteriormente, resolución administrativa que, dado su carácter ejecutivo, es el medio pertinente para cumplir las exigencias de inmediatez que establece la cláusula 9.6 del pliego de cláusulas administrativas particulares. Asimismo, la Administración deberá velar por el cumplimiento y pronto pago de la indemnización, debiendo incluso, si el contratista no efectúa el pago en el plazo que razonablemente establezca la resolución, satisfacerlo ella y proceder, a continuación, a repetir contra éste como obligado al pago”.

El Dictamen apunta, pues, a una responsabilidad subsidiaria de la Administración como titular del servicio público, de modo tal que, si el centro concertado no salda la deuda, deberá ella efectuarlo y después repetir contra su deudor³⁵. En otras ocasiones, tal como acabamos de ver en el epígrafe anterior, y por ello no nos vamos a detener en esta cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sentencia de 22 de abril de 2009) ha transformado incluso esta responsabilidad subsidiaria en el pago en una responsabilidad solidaria.

4.4. LAS INTERPRETACIONES DEL CONSEJO CONSULTIVO ANTE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Todos los Dictámenes se pronuncian sobre el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad. En algunos ha realizado una interpretación bastante favorable para los intereses del interesado, recurriendo, sin duda, al principio procedimental de *in dubio pro actione*. En estos casos se plantea la incidencia que puede tener la demora en la iniciación del procedimiento, esto es, el tiempo que haya mediado entre la producción del evento lesivo y el ejercicio de la acción de responsabilidad tendente a su reparación pues, tal como establecen los artículos 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación o estabilización de sus efectos lesivos.

En el Dictamen nº 62/2005, de 11 de mayo, ha considerado que, según lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/92, para el caso de daños de carácter físico a las personas, el plazo de prescripción no empezaría a contar hasta la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En el Dictamen 82/2008, de 9 de abril, por el contrario, se ha apartado de la declaración de extemporaneidad planteada por el órgano instructor de la Administración y por el propio Gabinete

Jurídico de la Junta de Comunidades para desestimar la reclamación, alegando que los efectos lesivos de la operación de cataratas a la que se sometió la paciente, consistentes en la comisión de un error de refracción en la lente implantada en dicho órgano, quedaron objetivados en una revisión oftalmológica practicada pocos días después de la intervención. Ello motivó que la reclamación fue presentada fuera del plazo de prescripción de un año previsto para tales acciones.

El Consejo Consultivo, sin embargo, no ha compartido dicha interpretación, dado que su índice de visión fue empeorando de forma paulatina, hasta el punto de que la paciente tuvo que someterse a una segunda intervención con el fin de evitar una descompensación entre ambos ojos, aunque esta vez la intervención fue practicada directamente por el SESCAM. Ante estos hechos, ha admitido la tesis que pospone el comienzo del cómputo de dicho plazo al momento de la plena estabilización de las secuelas existentes, con la operatividad del principio de *actio nata*, que permite diferir su inicio hasta el momento de manifestación de todos los elementos necesarios para lograr una acabada configuración de la acción. Con base en esta interpretación ha concluido que la reclamación no se hallaba afectada de prescripción, al ser éste el criterio que mejor se compadece con aquellos principios que excluyen una interpretación rigorista del plazo de prescripción. Ello, por otra parte, resulta lógico si tenemos en cuenta que el instituto de la prescripción no está fundado en la justicia intrínseca sino en la seguridad, por lo que debe merecer un tratamiento restrictivo y una interpretación siempre a favor del administrado.

Estas interpretaciones, por lo demás, no hacen sino seguir la línea jurisprudencial marcada por algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 23 de abril de 2008, RJ 2008, 2731, en la que ha entendido que, dado el complejo marco jurídico que -como hemos visto- envuelve la institución de la responsabilidad por los daños causados por el contratista, la reclamación dirigida por el paciente al ente concertado en su condición de representante o mandatario de la sanidad pública en el ejercicio de sus funciones, ha de tener los mismos efectos que la efectuada a la Administración pública y, en consecuencia, los requerimientos efectuados a dicha entidad, a quien la Administración encomienda la asistencia sanitaria, tienen efectos interruptivos de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial. Todo ello, claro está, por aplicación de los principios de buena fe y de *indubio pro actione*, que propugnan la interdicción de los criterios obstativos al ejercicio de la acción, toda vez que una interpretación contraria llevaría a estimar la prescripción de la acción de responsabilidad.

El criterio más acorde, pues, con la exigencia de justicia y con los mencionados principios ha llevado a la jurisprudencia a concluir que la reclamación efectuada por el paciente al centro concertado equivale a la efectuada directamente a la Administración y, en consecuencia, tiene también efectos interruptivos del plazo de prescripción.

NOTAS:

1 Cuando la Administración adopte una forma de personificación pública, las reclamaciones que formulen los ciudadanos encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de este tipo de entidades se regirán por lo dispuesto en la Ley 30/1992 y en su normativa de desarrollo. La reclamación se dirigirá frente a la Administración y, obviamente, contra su resolución cabe interponer un recurso contencioso-administrativo en el que pueden actuar como codemandados los centros sanitarios en virtud de su personalidad jurídica, (art. 35 del *Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de habilitación de nuevas formas del INSALUD*)

2 La utilización de algunas de estas figuras, sin embargo, no es ni mucho menos pacífica en la doctrina. Así, por ejemplo, podemos traer a colación el reciente trabajo de MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista de Administración Sanitaria*, nº 6, 2008, págs. 269 y ss. , donde se plantea el autor las dudas que le suscita el uso de la concesión de servicio público empleada, por ejemplo, en el hospital valenciano de Alzira y cuya utilización, por cierto, fue admitida expresamente por la STS de 20 de diciembre de 2005, RJ 2006, 4212.

3 Posteriormente desarrollada por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero.

4 Sobre su vigencia véase, por ejemplo, BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.

5 Como han recordado entre otros muchos autores MARTÍN REBOLLO, Luís, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España", *Documentación Administrativa* n° 237-238, 1994, págs. 11 o BOCANEGRA SIERRA, Raúl, "La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas", *Documentación Administrativa* n° 237-238, 1994, p. 206 y "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración pública por daños causados a terceros", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 18, 1978, pág. 397, hasta ese momento, la responsabilidad de los contratistas de la Administración frente a terceros se regía por los preceptos del Código Civil relativos a la responsabilidad por culpa o negligencia entre particulares, y, por tanto, de ella conocían los jueces del Orden Jurisdiccional Civil.

6 Dirá la STS de 26 de marzo de 2001, que ciertamente "la Administración sólo responde de los daños efectivamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización a la actividad administrativa, pues cuando los perjuicios ocasionados a los usuarios o a terceros emanan o derivan de la actuación de los concesionarios de servicios públicos, no se imputan a la Administración concedente, salvo que el daño tenga su origen en una cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste (art. 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa). Por ello, en estos supuestos, la responsabilidad originada es a cargo del concesionario y es administrativa, y no civil, y se sustancia en el ejercicio de una actividad arbitral por la Administración concedente, ante la cual el perjudicado dirigirá la reclamación.

7 Para profundizar nos remitimos a VILLAR ROJAS, Francisco José, "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", *Revista de Administración Pública*, n° 172, 2007, págs. 141 y ss., quien analiza toda una pléyade de posibilidades. Subraya el autor que el régimen básico de los hospitales analizados (hospital de Burgos en Castilla y León, el hospital Son Dureta de Baleares, el hospital Virgen del Rocío en Andalucía, los hospitales madrileños de San Sebastián de los Reyes, Coslada, Arganda del Rey, Parla, Aranjuez, Vallecas y Puerta del Hierro; los hospitales valencianos de Torrevieja, Denia, Manises, etc.) se construye a partir de tres aspectos fundamentales: la gestión de los servicios médicos queda en manos de la Administración competente, y no del concesionario; la financiación de la construcción del hospital admite la negociación con la retribución futura que pueda obtener el contratista y, una vez en

funcionamiento, quien paga al concesionario es la Administración y no los pacientes, aunque con arreglo, bien es cierto, a la calidad y regularidad de los servicios no sanitarios y de las instalaciones que son utilizadas. Sobre los problemas en materia de responsabilidad que empiezan ya a plantear estos centros por los daños causados (como buena muestra de ello supone el Auto de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2006), nos remitimos a TOLIVAR ALAS, Leopoldo, “Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de servicios sanitarios”, *Revista Derecho y Salud*, Congreso Extraordinario XV Congreso “Derecho y Salud”, 2006.

8 VILLAR ROJAS, Francisco José, “La privatización de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid”, *Revista Derecho y Salud*, volumen 17, Extraordinario XVII Congreso “Derecho y Salud”, pág. 7.

9 VILLALBA PÉREZ, Francisca, “Responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados a terceros en la ejecución del contrato”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 296-297 (septiembre 2004-abril 2005), pág. 90, así como la copiosa bibliografía citada en dicho trabajo.

10 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972, pág. 122 fundamentalmente.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 45 y 46, han interpretado que “cuando se dice que para que exista una relación jurídico-administrativa es necesario que esté presente en la relación una Administración Pública, habrá que comprender dentro de esta expresión no sólo lo que señala el artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción, sino también a los particulares, cuando obraren por delegación o como meros agentes o mandatarios de cualquiera de estas Administraciones (aludidos en el artículo 2.d) de la Ley de la Jurisdicción)”.

12 Véase, por ejemplo, REBOLLO PUIG, Manuel., “Servicios Públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro (comentario a la STS de 9 de mayo de 1989)”, *Revista Poder Judicial*, nº 20, 1990.

13 Para un detenido análisis de esta cuestión nos remitimos, además de la doctrina citada en este trabajo, a ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, “El aseguramiento de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública: procedimiento y jurisdicción”, *Revista Derecho Sanitario*, vol. 13, número 1, enero-junio de 2005, pág. 9. Para recuperar nuevamente la unidad jurisdiccional propone el autor la obligatoriedad de que el particular demande en la vía contenciosa, no sólo a la Administración, sino también al contratista causante del daño pues, en ese caso, sí que sería éste el orden competente para su conocimiento.

14 REBOLLO PUIG, Manuel, REBOLLO PUIG, Manuel, “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en la obra colectiva titulada *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, publicada por el INAP, Madrid, 2005, pág. 233, pues el perjudicado no debe ver alterados sus derechos meramente por la forma de gestionar el servicio por la que haya optado la Administración. En el mismo sentido, MUNOZ MACHADO, Santiago, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 135; BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 209; VILLALBA PÉREZ, Francisca, “Responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados a terceros en la ejecución del contrato”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 296-297 (septiembre 2004-abril 2005), pág. 127.

15 Para profundizar sobre este tema nos remitimos a GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, “Daños derivados de la ejecución de contratos administrativos. La culpa *in vigilando* como título de imputación”, en la *Revista de Administración Pública*, nº 177, 2008, págs. 265 y ss. Esta autora pone de manifiesto la diferente aplicación que se está realizando de este título de imputación en virtud de la jurisdicción que ha conocido de estos asuntos, resaltando especialmente las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2003; de 18 de diciembre de 2000; de 7 de marzo de 2002; de 16 de noviembre de 2004; que hacen responsable solidaria a la Administración contratante del incumplimiento de los deberes del contratista en virtud del deber de inspeccionar y asegurar la buena marcha y ejecución de la obra. Mientras tanto, la jurisdicción contencioso-administrativa se muestra muchísimo más reticente a la hora de aplicar dicho título, como buen reflejo de ello suponen las STS de 19 de septiembre de 2002; de 30 de abril de 2002 o de 22 de diciembre de 2006, entre

otras muchas. Asimismo, puede también consultarse a MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 241 y ss.

16 JIMÉNEZ IBAÑEZ, Salvador, “La responsabilidad patrimonial por las obras o servicios públicos prestados por particulares, con especial referencia a la responsabilidad sanitaria”, Ponencia inédita presentada por el autor en la V edición del Master en Derecho Sanitario y Bioética de la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, 2008.

17 En la misma línea se ha pronunciado el Dictamen del Consejo de Estado 85/2002, de 31 de enero, al considerar que “el hecho de que la asistencia sanitaria discutida se haya prestado en un hospital concertado en el INSALUD no es obstáculo para el examen de fondo de la reclamación planteada ni para su eventual estimación, pues, en otro caso, se estaría colocando a los pacientes que son remitidos a los centros, por decisión de la Administración sanitaria, en una peor situación que el resto de los ciudadanos que permanecen en los establecimientos hospitalarios públicos”.

18 Considera el Consejo que, aun cuando no pudiera considerarse plenamente demostrada la relación causal existente entre la realización de la intervención y el episodio neurológico sufrido por la paciente, la visible contradicción en que incurre el centro médico concertado, la proximidad temporal existente entre ambos hechos y el carácter desproporcionado del daño sobrevenido respecto de lo que es usual en el tipo de operación realizada, favorecen de manera determinante la posibilidad de incidencia de la supresión de la medicación anticoagulante en la neuropatía isquémica sobrevenida a la paciente, así como la presunción de que existe dicha conexión causal entre la operación y la pérdida de visión. Aunque se trata de una patología de escasa incidencia en la población general, considera el Consejo que no puede servir como disculpa la falta de colaboración achacada a la paciente en la comunicación de sus antecedentes clínicos.

19 En los mismos términos se ha pronunciado también la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a) de 30 de octubre de 2002, RJ 2003, 967, que ha negado la existencia de responsabilidad por ruptura del nexo causal. La paciente había tenido un accidente de bicicleta y los testigos llamaron de modo particular a la empresa de ambulancias concertada, que procedió al traslado de la paciente sin la

presencia de ningún facultativo y sin tomar medidas para inmovilizarla, por lo que ésta quedó finalmente inválida. En este caso, se exonera por completo a la Administración porque el concierto suscrito con esta empresa preveía su utilización sólo a requerimiento de los servicios médicos correspondientes y no a través de llamadas de particulares. Al no circunscribirse la actuación de la ambulancia a los estrictos términos del concierto se desestima la pretensión de indemnización de daños.

20 En el Real Decreto 63/1995 de ordenación de prestaciones sanitarias, que ha sido sustituido por el mencionado Real Decreto 1030/2006, ya se contemplaba el transporte sanitario como una prestación sanitaria “complementaria”. Según ha considerado la STS de 3 de octubre de 2008, de la Sala de lo Social, aunque la prestación de transporte sanitario de urgencia se califique como complementaria, estas prestaciones suponen un elemento adicional y necesario para la consecución de una asistencia sanitaria completa y adecuada, por lo que no se trata de una actividad marginal, sino también necesaria para la adecuada prestación del servicio público.

21 Se refiere el Consejo a sus Dictámenes 174/2006, de 11 de octubre, y 31/2007, de 28 de febrero, fundamentalmente.

22 Dada su actual relevancia, no estaría de más recordar la definición clásica de servicio público que formuló su artífice, Leon DUGUIT, que la concretó como “*toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante*”. *Las transformaciones del Derecho Público*, ed. española, Buenos Aires, 1975, pág. 50.

23 Entre otras muchas, pueden citarse la STS de 30 de abril de 2001 (Ar. RJ 2001, 6852); la de 19 de septiembre de 2002 (Ar. RJ 2002, 8401) o la de 24 de abril de 2003 (Ar. RJ 2003, 5409). En todo caso, este proceso aparece recogido de una forma bastante clarificadora en la STS de 30 de octubre de 2003, RJ 2003, 7973.

24 VILLALBA PÉREZ, Francisca, “Responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados a terceros en la ejecución del contrato”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 296-297 (septiembre 2004-abril 2005), pág. 89.

25 Ello ha tenido reflejo en las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Así, su sentencia de 6 de abril de 2006, JUR 2006, 152699, ha rechazado la legitimación pasiva de la Administración sanitaria para la imputación a la misma de los daños causados a un usuario del servicio de transporte en ambulancia prestado por un concesionario.

26 A modo meramente de ejemplo pueden traerse a colación, entre otras muchas, la SAN de 17 de marzo de 2004 (JUR 2004, 134765); la STSJ de Galicia de 6 de octubre de 2004 (JUR 2005, 197616), de Baleares de 30 de junio de 2005 (JUR 2005, 398) o de Andalucía de 10 de febrero de 2003 (JUR, 2003, 122263).

27 En rigor, el Dictamen nº 174/2006, de 11 de octubre, se refiere explícitamente al art. 97 de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas del año 2000, no obstante, por razones meramente sistemáticas y para facilitar su comprensión al lector, me he tomado la libertad de actualizar el precepto utilizado y sustituirlo por el actual art. 198 de la actual Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007, toda vez que sus contenidos son idénticos.

28 A partir de ahí, en su Dictamen 31/2007, de 28 de febrero, ha considerado que el cumplimiento de esta obligación de indemnizar se realizará por la clínica privada concertada Alameda del Júcar, de Cuenca, de forma directa o bien cuando la Administración autonómica le repita la suma previamente abonada por ella al reclamante, si éste ha sido el caso. En este supuesto, la paciente reclamante había sido derivada del Hospital General Virgen de la Luz, también de Cuenca, a dicha clínica privada con la que mantenía un concierto, para que fuera intervenida quirúrgicamente ante el prolongado cuadro clínico de dolor abdominal que venía padeciendo desde hacía ya varios meses. Finalmente se descubrió que la causa de tales dolores tenían su origen en un cálculo de grandes dimensiones que la paciente tenía en su vesícula, por la que se decidió su intervención. Entiende el Consejo Consultivo que esta situación de sufrimiento forma parte del denominado *pretium doloris*, que tiene la consideración de daño real y efectivo a efectos de determinar los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, en consecuencia, debe ser indemnizado si concurren los restantes elementos exigidos por la legislación vigente. Había resultado acreditado que los sufrimientos de la paciente se debieron a la postergación de su recuperación y a la necesidad de someterse a una segunda intervención médica, pues no se habían realizado a la reclamante los estudios necesarios previos que hubiesen detectado los pro-

blemas de su vesícula biliar. La consideración del *pretium doloris* como daño efectivo y real ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras muchas, en sus Sentencias de 3 de marzo de 2000, RJ 2000, 7799, de 29 de marzo de 2006, RJ 2006, 5482 y de 30 de junio de 2006, RJ 2006, 6580.

29 RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y DEL REY GUANTER, Salvador, “Informe español”, en la obra colectiva titulada *Protección de la salud y Derecho social*, coordinada por Antonio MARZAL y publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad Ramón Llull, (ESADE), Barcelona, 1999, pág. 97; así como en el artículo de DEL REY GUANTER, Salvador, “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, en *Derechos y Libertades*, nº 6, 1998, pág.163.

30 A modo de ejemplo pueden consultarse los siguientes Dictámenes: 135/2008, de 23 de junio; 82/2008, de 9 de abril; 161/2008, de 30 de julio; 194/2006, de 8 de noviembre; 174/2006, de 11 de octubre; 67/2007, de 25 de abril o el 31/2007, de 28 de febrero, por citar, tan sólo, algunos de los más recientes.

31 A la misma solución ha llegado el Dictamen del Consejo Consultivo 194/2006, de 8 de noviembre, ante las secuelas padecidas de una hernia discal y el número 161/2008, de 30 de julio, ante la reclamación presentada por una paciente que, tras someterse a una intervención quirúrgica ginecológica en un centro concertado, sufrió una fístula vesicovaginal que requirió una segunda intervención. En este último caso, también consideró que el daño no era antijurídico por tratarse meramente de una materialización de uno de los riesgos típicos de este tipo de intervenciones en el que no se aprecia mala praxis. Se había acreditado, a través del documento que recogía su consentimiento informado, que había tenido información anticipada, suficiente y clara como para haberse negado a la práctica de la intervención y no haber asumido así los riesgos posibles derivados de la misma.

32 Es un elemento esencial de los procedimientos de responsabilidad el análisis de la relación de causalidad existente entre la actuación sanitaria y los efectos lesivos producidos. Dicho elemento, además, constituye el principal objeto de estudio por parte del Consejo Consultivo, toda vez que el art. 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, prevé la emisión de un dictamen del Consejo, que versará sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización.

33 REBOLLO PUIG, Manuel, “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en la obra colectiva titulada *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, publicada por el INAP, Madrid, 2005, págs. 234 y 235. Las respuestas que encontramos en la jurisprudencia e incluso en los dictámenes de los distintos Consejos poca luz aportan al respecto al apuntar a dos soluciones completamente dispares. El autor propone que la Administración tramite el procedimiento general con la única peculiaridad de la intervención del contratista y resuelva finalmente si procede o no la indemnización, su cuantía y, por supuesto, el obligado al pago. El dictamen del órgano consultivo correspondiente sería una garantía suficiente para el contratista y la resolución sería impugnabile en la jurisdicción contencioso-administrativa exclusivamente.

34 En este caso se produjo a la usuaria del servicio público contratado, una joven discapacitada, la rotura de varios dientes y determinadas lesiones en la encía cuando la persona encargada de alimentar a la paciente, empleada de la empresa contratista, tiró hacia fuera del tenedor que tenía la usuaria dentro de la boca, en un momento en que ésta la cerraba de nuevo. La lesión, según la directora del centro, fue normal debido a las características propias de la discapacidad que padecía la usuaria, a la vez que reconocía que “se produjo gran alarma y nerviosismo, lo cual pudo precipitar las acciones del personal”.

35 Esta responsabilidad, por lo demás, ya había sido apuntada por la doctrina para evitar que el perjudicado pueda ver alterado su derecho al cobro de la indemnización. Véase, al respecto a VILLALBA PÉREZ, Francisca, “Responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados a terceros en la ejecución del contrato”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 296-297 (septiembre 2004-abril 2005), pág. 127; REBOLLO PUIG, Manuel, REBOLLO PUIG, Manuel, “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en la obra colectiva titulada *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, publicada por el INAP, Madrid, 2005, pág. 233; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 135; BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 209, entre otros muchos autores.

CAPÍTULO VII-LA PRESCRIPCIÓN EN EL SENO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL SANITARIA¹

Jesús Punzón Moraleda

Francisco Sánchez Rodríguez

Profesores de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla- La Mancha

SUMARIO:

I. BREVE DESCRIPCIÓN HISTÓRICA. II. INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. 1. Daños permanentes y daños continuados. III. INTERPRETACIÓN DEL ART. 146.2 LRJPAC EN RELACIÓN CON LA PRESCRIPCIÓN. IV. EXTRACTO DE DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA RELACIONADOS CON LA TEORÍA PRESCRIPTIVA. 1. Dictamen 129/2003. 2. Dictamen 159/2005. 3. Dictamen 85/2006. 4. Dictamen 150/2007. 5. Dictamen 238/2007. 6. Dictamen 34/2008. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. BREVE DESCRIPCIÓN HISTÓRICA

Históricamente ha habido ciertos problemas para determinar el plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad. Tanto el artículo 1968 CC², como el artículo 122 LEP³ (1954), calificaron el plazo para ejercitar la acción como de prescripción, por lo que aplicándose analógicamente el artículo 1973 CC se podía deducir, como así por ejemplo lo señala T.R. FERNÁNDEZ⁴, la consecuencia jurídica más importante: la interrupción del plazo, judicial o extrajudicial –también que no se aprecia de oficio (la prescripción debe oponerse por el beneficiado), y, que es “posible la renuncia a la prescripción ganada”⁵-.

La controversia jurídica surgió poco después, con la aprobación de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, en cuyo artículo 40.3 se determinó que el derecho a reclamar caducaría al año del hecho que motivo la indemnización, y que en palabras del autor anteriormente citado suponía una “rectificación seguramente no pensada, absurda e incluso, contraria, además, a la intención básica que la ley proclama en cuanto a este precepto, ampliar el régimen introducido por el artículo 121 LEF y no restringirlo”.

El Consejo de Estado estudió la cuestión identificada como problemática en diversos dictámenes. Entre ellos resaltar el Dictamen de 23 de febrero de 1978⁶, en el que sostuvo, teniendo en cuenta las conclusiones formuladas por el propio Consejo de Estado en sus dictámenes de 14 de julio de 1966, 9 de abril de 1970, 18 de febrero de 1971, que el sentido de que lo que prescribe es el derecho a reclamar (según el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) y no el derecho sustantivo a la indemnización, y que “si bien un derecho sin acción pertenece más al mundo del derecho natural que al del derecho positivo, no deja de tener una importante virtualidad para que el Estado no llegue a fundar su irresponsabilidad patrimonial en la fatalidad de un plazo, que de manera alguna le absuelve de la legítima censura que merece al producir un acto perjudicial e ilegítimo”.

La situación descrita, en principio, habilitaba dos regímenes diferenciados, como ya indicó GARCÍA-TREVIJANO⁷, por un lado, el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de actuaciones expropiatorias, y por otro, el resto de las reclamaciones dirigidas contra el Estado, aunque en ambos supuestos había que reclamar en un año.

Para la mayoría de doctrina quedaba muy claro cuál era el espíritu de la ley, aunque las primeras sentencias obviaron esta interpretación. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1974 determinó que, para las reclamaciones que se produjeran fuera del ámbito de aplicación de la LEF, el plazo sería de caducidad -no susceptibles de interrupción-.

La consecuencia final es que, como nos recuerdan diversos autores, por ejemplo CUETO⁸ o más recientemente MORENO MOLINA⁹, la jurisprudencia trató de evitar los perjuicios que se derivaban de la distinción entre caducidad y prescripción, con un criterio claramente anti-formalista, y empezó a considerar el plazo como de prescripción, pese a lo dispuesto en la norma legal.

II. INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

En este apartado es esencial entender la naturaleza de la institución de la prescripción en relación con los daños producidos. En este sentido ha sido la importante labor jurisprudencial la que se ha planteado la salvaguarda de los derechos del lesionado, es decir, la que de alguna forma ha intentado aplicar los principios sobre la prescripción extintiva de manera menos restrictiva; en otras palabras, en esta materia ha prevalecido el principio progresista *pro damnato*¹⁰ para la interpretación de la prescripción. Así, poco a poco se han introducido cambios importantes en la apreciación de la prescripción. Por ejemplo, en un principio se impuso como criterio el que el plazo de prescripción de un año comenzará a correr desde el momento en que se conociese el alta médica definitiva, por lo que hemos de entender, según señala GONZÁLEZ¹¹, que el saber del agraviado se entiende como un saber completo cualitativamente, al cerrar el alta médica el ciclo de conocimiento, por lo que desde ese momento pueden ser ejercitadas las acciones pertinentes. Existen varias sentencias del TS que consagran esta formulación. Así por ejemplo, en la Sentencia de 8 de junio de 1987¹² se declara que tratándose de lesiones, para la fijación del “dies a quo” del plazo de un año (...) hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica, pues sólo entonces está el interesado en condiciones de ejercitar la acción –(en el mismo sentido la Sentencia del TS de 16 de diciembre de 1987). La jurisprudencia ha sido bastante clara al interpretar el concepto de “quebranto padecido”, pues resulta obvio que no se refiere a que el plazo se deba contar a partir del alta médica, sino según las especificaciones del especialista médico que se recogen en el alta médica (véanse por ejemplo las sentencias de 8 de junio de 1987, 15 de julio de 1991, 14 de febrero de 1994 y las de 8 de octubre de 1988 y 10 de octubre de 1988). Más recientemente, se pueden encontrar multitud de sentencias que corroboran este parecer (sentencias de 26 de mayo de 1994, 28 de julio de 1994, 28 de octubre de 1994, 31 de marzo de 1995 y 22 de abril de 1995), es decir, como bien indica GUERRERO¹³, estas sentencias mantienen que la fecha inicial del cómputo, *dies a quo*, no es el alta de enfermedad cuando quedan secuelas, sino cuando se sabe exactamente su alcance, es decir, a partir del conocimiento del quebranto padecido.¹⁴

De lo señalado se desprende una pregunta de cierto interés: ¿Es lo mismo el momento en que la acción se puede ejercitar y el inicio del cómputo del plazo?; o, formulando la pregunta de forma distinta:

¿Existen supuestos en los que se produce una disociación entre el momento en el que la acción es ejercitable y el inicio del cómputo del plazo para reclamar?

La respuesta a esta pregunta no supone problema alguno si nos la planteamos desde un punto de vista teórico. GARCÍA-TREVIJANO¹⁵, que ya se ocupó de esta cuestión de forma detallada, asocia la respuesta a la teoría de la denominada *actio nata*, es decir, según ésta el plazo de prescripción se contará desde el día en que la acción pudo ejercitarse, con lo que quedaríamos vinculados a la posición objetiva que se recoge en el art. 1968 CC. Ahora bien, como bien indica REGLERO¹⁶, para las acciones de reclamación de daños extracontractuales, al menos en Derecho civil, cuando se trata de acciones de responsabilidad extracontractual –art. 1968.2 CC, como ya se ha apuntado- nos encontraríamos con una naturaleza claramente objetiva. De esta forma, el lesionado no sólo podría iniciar las acciones en el momento en el que teóricamente podemos situar el inicio de la acción de responsabilidad, sino incluso en un momento anterior. Así, por ejemplo, teniendo en cuenta la completa fijación de las secuelas, podríamos obtener la determinación del día inicial para el inicio del cómputo del plazo, pero en principio nada impediría que la acción se ejercitase con anterioridad, en cuyo caso nos encontraríamos ante el problema de saber con exactitud el montante indemnizatorio si aún no conocemos todos los elementos finales de la lesión. Así, como con acierto vuelve a indicar REGLERO¹⁷, con la nueva LECiv la posibilidad de dejar la determinación de los daños a la fase de ejecución de sentencia se encuentra mucho más limitada, puesto que en caso de “reclamación de pago (...) prohíbe con carácter general las sentencias con reserva de liquidación; esto es, prohíbe la pretensión de que se emita una sentencia meramente declarativa del derecho a obtener dicha cantidad, y que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia (art. 219.1 LECiv)”. Este es un ejemplo, aunque más restringido en posibilidades que el antiguo artículo de la art. 360 de la LECiv/1881, de que el plazo de prescripción no tiene porqué comenzar en el momento en el que la acción es ejercitable.

1. Daños permanentes y daños continuados

Otra cuestión importante en la determinación del inicio de la acción es la distinción entre daños permanentes y daños continuados. Mientras que los daños permanentes, -respecto a esta definición podemos seguir por ejemplo a MAGRO SERVET¹⁸-, podrían definirse como los daños que el acto generador de los mismos se agotó en un momen-

to concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, y los daños continuados serían aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad. En el caso de los daños definidos como permanentes, continúa dicho autor, “es evidente que producido el acto causante del resultado lesivo éste queda perfectamente determinado y puede ser evaluado o cuantificado de forma definitiva. Por el contrario, en el supuesto de daños continuados, al producirse éstos día a día en el tiempo, produciéndose un agravamiento paulatino sin solución de continuidad, como consecuencia de un único hecho inicial, con lo que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no cesa el hecho causante de los mismos, lo que ha llevado a la jurisprudencia a señalar que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a computarse hasta que no cesan los efectos lesivos, por contraposición a lo que ocurre en los daños permanentes en que el plazo comienza a computarse en el momento en que se produce la conducta dañosa.” Como se puede observar, ambas definiciones en la práctica ofrecen bastante juego a las partes en el proceso a la hora de concretar en la práctica el inicio del cómputo del plazo de prescripción, sobre todo en aquellos supuestos en los que se produce una evolución de la enfermedad en distintos momentos temporales. Por tanto, es importante señalar que en los daños permanentes el plazo de prescripción empieza a computarse en el momento en que se produce el hecho dañoso y en los daños continuados el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a computarse hasta que no cesan los efectos lesivos (por ejemplo, pueden consultarse al respecto las SSTS 22-6-95, 7-2-97 y 12-5-1997). La teoría que acabamos de referir se puede condensar, por ejemplo, en la ilustrativa la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª) FJ 3º, en la que se indica:

“En materia sanitaria el criterio del Tribunal Supremo viene referido no al momento en que se producen las lesiones, ni las curas, ni las revisiones sino aquel en que el paciente conoce las secuelas de tal forma que pueda cuantificar todos los elementos de la responsabilidad patrimonial, sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera-Sección Sexta de 25.06.2002 cuando afirma “...en el 142.5 de la Ley 30/1992, ya que, como venimos proclamando hasta la saciedad, (sentencias de este Tribunal de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero y 26 de mayo de 1994, 26 de octubre de 2000 y 11 de mayo de 2001), “el dies “a quo” para el ejercicio de la acción de res-

ponsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto", el Tribunal Supremo (Sala Tercera-Sección Sexta) 23.1.1998, 25.2.1998 y 26.4.2002 (recurso para unificación de doctrina) entiende que se debe distinguir a efectos de comenzar el cómputo de la prescripción entre el "daño permanente y daños continuado" habiendo establecido el Alto Tribunal la siguiente doctrina "...la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se distingue entre los daños permanentes y los continuados. En los daños permanentes producido el acto causante del resultado lesivo queda perfectamente determinado y puede ser evaluado o cuantificado de forma definitiva, de tal manera que la agravación del daño habrá de provenir de un hecho nuevo. Por contra en los supuestos de daño continuado, al producirse día a día generándose un agravamiento paulatino sin solución de continuidad como consecuencia de un hecho inicial, nos encontramos con que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no se adoptan las medidas necesarias para poner fin al mismo, lo que ha llevado a la jurisprudencia a establecer que el plazo de prescripción no empieza a correr en el supuesto de daños continuados hasta que no cesen los efectos lesivos, en tanto que en el caso de daños permanentes el plazo empieza a contarse en el momento en que se produce la conducta dañosa..".

En el ámbito de responsabilidad de la Administración su regulación la encontramos en el artículo 142.5 -Procedimientos de responsabilidad patrimonial- de la Ley 30/1992 LRJPAC:

“En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.”¹⁹

Como anteriormente se indicó no siempre es fácil determinar cuando se produce el hecho lesivo, baste simplemente con recordar que enfermedades como la hepatitis C necesitan un tiempo para que aparezcan los primeros síntomas y que cuando se diagnostican, como bien indica GUERRERO²⁰, tienen carácter evolutivo con aparición de síntomas de modo progresivo con posibilidad tanto de evoluciones fatales,

como de que se manifiesten de modo silente durante muy largos períodos de tiempo. En estos supuestos la determinación del alcance de las secuelas es de suma importancia, por lo que la pregunta se hace obligada: ¿Cuándo se debe fijar? ¿En el momento en que se diagnostica al paciente que ha sido contagiado de hepatitis C o cuando se estabilicen las futuras secuelas que pueden aparecer? La solución la encontramos en la correcta interpretación que realiza la jurisprudencia del artículo en estudio. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 9 enero 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), se determina:

“Y es que existen determinadas enfermedades en las que no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la *actio nata*, desde la determinación del alcance de las secuelas, aún cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable. También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello 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, en cuyos supuestos **este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del periodo del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido.** Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas **secuelas de imposible predeterminación en su origen.** En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de

ocurrir el acontecimiento dañoso, el **plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado**, en cualquier momento. Así lo hemos afirmado en sentencia del 31 de octubre de 2000. A tal efecto y como señala la sentencia de 25 de junio de 2002, esta Sala viene "proclamando hasta la saciedad (sentencias de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero y 26 de mayo de 1994, 26 de octubre de 2000 y 11 de mayo de 2001), que "el "dies a quo" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto" (Sentencia de 31 de octubre de 2000), o, en otros términos "aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad" (Sentencia de 23 de julio de 1997)". –la negrilla es nuestra–.

Como puede observarse en el extracto de la sentencia cuando el daño no es fruto de una acción o hecho puntual, es decir, en aquellos supuestos en los cuales se produce un daño continuado en el tiempo, la jurisprudencia ha intentado salvar el pequeño plazo de prescripción de un año y adaptar la doctrina de la *actio nata*.

Cuestión distinta es si la enfermedad se había estabilizado. En este sentido existe una jurisprudencia que sostenía que el diagnóstico era la fecha clave del inicio del cómputo del plazo de prescripción, puesto que el enfermo ya podía conocer todos los datos de su enfermedad y, en gran medida, las posibilidades y previsiones de su evolución, como así lo declaró en el FJ 3º de la Sentencia núm. 1042/2000 de 16 noviembre Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). No obstante, con carácter general el *dies a quo* para reclamar, según el tenor literal del artículo 142.5 LRJPAC, no puede ser otro que aquel en que queden determinadas el alcance de las secuelas.

III. INTERPRETACIÓN DEL ART. 146.2 LRJPAC EN RELACIÓN CON LA PRESCRIPCIÓN

Finalmente, hay que tener en cuenta el contenido del artículo 146.2 LRJPAC, según el cual “La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”²¹; es decir, se puede deducir que el ejercicio de acciones penales no interrumpe el plazo de prescripción de un año. En otras palabras, ha sido reiterada la jurisprudencia que ha señalado que la adecuada interpretación de este precepto legal exige considerar que la interrupción de la prescripción por iniciación del proceso penal se produce en todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles en apariencia de ser fijados en el mismo con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues otra interpretación colocaría al administrado en una situación de inseguridad jurídica derivada de la incertidumbre sobre el futuro desenlace del proceso penal iniciado. (Sentencia núm. 15/2008 de 17 enero, Tribunal Superior de Justicia de Aragón -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª-, FJ. 3º).

IV. EXTRACTO DE DICTÁMENES DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA RELACIONADOS CON LA TEORÍA PRESCRIPTIVA

Analizada de forma somera la teoría sobre el hecho prescriptivo, vamos a comentar una selección de dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en relación con la prescripción (Dictámenes 129/2003, 159/2005, 85/2006, 150/2007, 238/2007 y 34/2008).

1. Dictamen 129/2003

En el presente Dictamen, el hecho que determina el inicio del plazo de prescripción es la detección de unas malformaciones del feto, hecho que se produjo al tiempo del parto, esto es el 27 de enero de 1999. Ahora bien, dicho plazo se vio interrumpido por la interposición con fecha 29 de abril de 1999 de una denuncia penal contra los facultativos actuantes durante el periodo gestacional. En supuestos semejantes, el Tribunal Supremo ha venido afirmando (entre otras muchas en su sentencia de 25 de mayo de 1995, RJ. Ar. 4220) que “el *dies a quo* para el cómputo del plazo de un año de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, en el supuesto de haberse promovido previamente un proceso penal, ha de ser el de la firmeza de la resolución que pone fin a la causa criminal”. En el supuesto examinado el procedimiento judicial finalizó mediante sentencia de 10 de noviembre de 2001, que ha devenido firme al no ser recurrida por las partes.

No obstante, en supuestos de este tipo se tiene que tomar en cuenta el momento en que la sentencia fue notificada a los denunciantes. En este caso, fue el 12 de diciembre siguiente, iniciándose nuevamente el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad que había sido interrumpido. Dado que la reclamación fue presentada por los interesados el 6 de noviembre de 2002 no es posible sino concluir que la misma fue interpuesta en plazo, sin que pueda apreciarse la prescripción de la acción ejercitada.

2. Dictamen 159/2005

Los reclamantes, para justificar la demora producida entre el momento de producción del daño y el del ejercicio de la acción de responsabilidad, eludiendo así la concurrencia de prescripción, indican que **la situación de discapacidad del niño ha sido objeto de evaluación reiterada**, de suerte que el “EVO ha hecho una revisión de oficio” de la misma con fecha 22 de marzo de 2004, en la que se ha cifrado en un 97 % la discapacidad que con fecha 9 de abril de 1987 había sido cuantificada en un 85 %, **infiriéndose de ambas resoluciones la evolución desfavorable de la patología del perjudicado**.

El Secretario General del SESCAM suscribió propuesta de resolución de carácter desestimatorio, basada primordialmente en la consi-

deración de que se ha producido la prescripción de la acción, toda vez que “las secuelas y el grado de minusvalía quedaron fijadas en el año 1987 y se estabilizaron, como confirma el dictamen del EVO de 1997”.

Por otra parte, en el informe evacuado a 11 de julio de 2005 por el Médico Rehabilitador del Centro Base de Ciudad Real, actualmente dependiente de la Consejería de Bienestar Social -recabado a instancia del Consejo Consultivo-, se afirma sobre las variaciones producidas en el grado de minusvalía del afectado lo siguiente: “La situación del paciente en cada una de las visitas ha estado condicionada por el **mismo diagnóstico** de PCI [parálisis cerebral infantil] con tetraparesia espástica y oligofrenia severa de probable origen por sufrimiento fetal. Situación estable, no evolutiva y determinante de su situación desde la infancia. **La variación porcentual en el grado de minusvalía sólo puede entenderse de pequeñas variaciones a la hora de baremar con diferentes tablas** (previas a RD 1971/1999 y los actuales) y el encuadramiento de una patología tan grave en sus diferentes aspectos”. Igual opinión expresa el Inspector de Servicios Sanitarios informante en el expediente, en su último informe, cuando señala, con base en el antes citado: “Del informe emitido por el Centro Base de Ciudad Real el 11 de julio de 2005 se desprende que **la situación del paciente desde 1987 se considera estable, no evolutiva y determinante de su situación desde la infancia** (folios 155 y 156)”. Ante esta situación no parece atendible el argumento esgrimido por los reclamantes de que las secuelas “aún no se han estabilizado, encontrándonos en el presente caso ante un claro supuesto de daño continuado”, pues no puede calificarse el daño ponderado como tal sino como permanente.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1998 (Ar. RJ 1998\569) y de 26 de abril de 2002 (Ar. RJ 2002\4316) distinguen estas dos clases de daños y el diferente modo de computar en una y otra el «dies a quo» del plazo de prescripción establecido en el artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, del siguiente modo: «Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se distingue entre los daños permanentes y los continuados. En los daños permanentes producido el acto causante del resultado lesivo queda perfectamente determinado y puede ser evaluado o cuantificado de forma definitiva, de tal manera que la agravación del daño habrá de provenir de un hecho nuevo. Por contra en los supuestos de daño continuado, al producirse día a día generándose un agravamiento paulatino sin solución de continuidad como consecuencia de un hecho inicial, nos encontramos con

que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no se adoptan las medidas necesarias para poner fin al mismo, lo que ha llevado a la jurisprudencia a establecer que el plazo de prescripción no empieza a correr en el supuesto de daños continuados hasta que no cesen los efectos lesivos, en tanto que en el caso de daños permanentes el plazo empieza a contarse en el momento en que se produce la conducta dañosa». Es más, incluso dentro de la propia doctrina emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, a la que los reclamantes apelan como principal sustento de su posición, encontramos en la Sentencia de 27 de marzo de 2002 (Ar. JUR 2003\58562), respecto de un supuesto también similar al actual –tetraparesia, por parálisis cerebral, cuyo origen fue un sufrimiento fetal perinatal-, un pronunciamiento en el que viene a negarse la correspondencia automática pretendida por los reclamantes entre la alteración del grado de minusvalía y la calificación de “daños continuados”. En el citado fallo, el órgano sentenciador razonaba al respecto: “En el supuesto de autos, en el que no es previsible la curación en sentido estricto, la determinación del día inicial ha de venir dado por el de la fecha en que se ha determinado el alcance de las secuelas, con independencia de que el padecimiento va ser de por vida; de modo que es en el momento en que se obtenga la información plasmada en el diagnóstico el momento inicial del cómputo”; añadiendo más adelante: “Frente a los supuestos contemplados en las sentencias citadas, referidos al virus C, considera la Sala que, en el caso que nos ocupa, nos hallamos ante un daño permanente, ya que el acto generador se agotó en su momento y la lesión sigue un proceso previsible, de modo que realizado el diagnóstico se conocen las limitaciones con que va a encontrarse el paciente.[...] la calificación de minusvalía es la respuesta a una solicitud de derechos, beneficios y servicios que puedan corresponder y no se opone a los diagnósticos anteriores sobre la enfermedad, por los que los demandantes conocían ya el daño permanente y la previsible evolución [...]”. Así, no habiéndose producido una alteración sustantiva de la situación patológica del lesionado o un agravamiento, ni cualitativo ni cuantitativo, de su estado de salud, no cabe admitir una reapertura del plazo de ejercicio de la acción.

En consecuencia con lo expuesto el Consejo Consultivo entendió que debe considerarse prescrita la reclamación presentada por una hipotética lesión sufrida en el año 1979 y cuyas secuelas quedaron estabilizadas, al menos, desde 1987, fecha en que el discapacitado fue evaluado por el EVO y calificado en función de similar diagnóstico al que actualmente presenta, como portador de una minusvalía para la que se sostuvo un “plazo de validez permanente”.

La misma jurisprudencia descrita la podemos encontrar en fecha posterior en la Sentencia de 28 abril 2004 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a). Es claro que para estos supuestos no puede objetarse daños continuados, puesto que el acto causante del resultado lesivo queda perfectamente determinado y puede ser evaluado o cuantificado de forma definitiva, de tal manera que la agravación del daño habrá de provenir de un hecho nuevo, lo que corresponde con la definición teórica que la jurisprudencia ha dado a los daños permanentes.

3. Dictamen 85/2006

En este Dictamen se centra en la interrupción de la prescripción. El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha mantiene su doctrina (entre otros, en sus Dictámenes 47/2005, de 22 de marzo; 47/2007, de 21 de marzo; 55/2007, de 27 de marzo, etc.) que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como la doctrina del Consejo de Estado, entiende que si bien el citado artículo 142.5 establece el plazo de un año, debiéndose computar dicho plazo desde la fecha en que acaece el hecho que motive la indemnización, cuando el hecho generador del evento dañoso provoca la incoación de diligencias judiciales de orden penal, tales actuaciones procesales tienen efectos interruptivos de la prescripción del plazo para reclamar.

Es jurisprudencia constante del Tribunal Supremo que el principio de la “actio nata” impide que pueda iniciarse el cómputo del plazo de la prescripción, mientras no haya terminado de conocer la justicia penal en diligencias seguidas por los mismos hechos, dado el carácter preferente de orden penal respecto de cualquier otro orden jurisdiccional, como así se deduce de lo dispuesto por los artículos 4.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial” (Sentencia del Tribunal Supremo del 23 de mayo de 1995, RJ 1995\4220, y las que en ella se citan)

En este sentido, en Sentencia de 16 de mayo de 2002 (Ar. RJ. 2002\4515) señaló dicho Tribunal, en interpretación del artículo 146.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que “la adecuada interpretación de este precepto legal exige considerar que la interrupción de la prescripción por iniciación del proceso penal se produce en todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles en apariencia de ser fijados en el mismo con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues

otra interpretación colocaría al administrado en una situación de inseguridad jurídica derivada de la incertidumbre sobre el futuro desenlace del proceso penal iniciado”. Sin embargo, continua diciéndose en el Dictamen, en el presente caso, la documentación aportada por la parte reclamante, referida a las diligencias previas seguidas en el orden penal a consecuencia de los mismos hechos por los que ahora se pretende reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración, no permiten efectuar un pronunciamiento certero en torno a la prescripción de la acción. Resulta evidente que si tomamos como fecha de notificación del Auto la de 23 de marzo de 2004, la reclamación habría sido interpuesta dentro del plazo legalmente establecido; pero la toma en consideración del citado “dies a quo” exigiría dejar debidamente acreditado que el citado Auto no fue notificado con anterioridad a la reclamante, dato éste que puede ser puesto en duda, habida cuenta del largo lapso de tiempo transcurrido -más de 21 meses- desde que se dictó el Auto decretando el sobreseimiento y archivo de actuaciones hasta la fecha en que la reclamante aduce que le fue notificado. La acreditación indubitada del citado extremo exigiría que, por parte de la Administración instructora, se hubiera cursado la correspondiente comunicación al Juzgado dirigida a su aclaración, si bien, y habida cuenta del sentido desestimatorio del presente dictamen -conforme seguidamente se razonará-, entiende este Consejo que, atendiendo a razones de economía procedimental, procede entrar a conocer el examen del vínculo causal y de la eventual antijuridicidad del daño invocado.

Pues bien, a nuestro juicio, este Dictamen es importante por cuanto pone claramente de manifiesto que no cabe duda de que el proceso penal tiene eficacia interruptiva con carácter general y ello pues, aunque en una interpretación literal, dicha eficacia interruptiva sólo debía ser efectiva para el caso de que la determinación de los hechos sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial. En este sentido, es también relevante la Sentencia núm. 405/2009 de 13 febrero del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) en la que determina que la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa debe reconocerse en tal supuesto en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos. Este criterio tiene su origen en la aceptación por este Tribunal del principio de la "actio nata" para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según

el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible, y esa coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. Dictamen 150/2007

En el presente Dictamen se entiende que la reclamación ha sido presentada dentro de plazo porque no es posible precisar la afectación clínica definitiva del hijo de los reclamantes debido a la alta variabilidad de las manifestaciones que puede presentar el síndrome de Down, circunstancia ésta consignada en los informes obrantes en el expediente y en la literatura científica recogida en los mismos.

Por otra parte, debido a la corta edad del menor, no era posible establecer con precisión el grado de afectación ni determinar de forma definitiva las secuelas y consecuencias que se pueden derivar de ella, lo que en relación con el plazo de ejercicio de la reclamación significa que la misma no pueda considerarse prescrita aunque entre la fecha en que se diagnosticó la anomalía cromosómica, el 6 de octubre de 2004, y la fecha de la reclamación, el 18 de enero de 2006, haya transcurrido más de un año. Este es el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reiterando, como ya se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente estudio, que el día inicial no será aquel en que se produce el daño, sino aquel en que termina de manifestarse el efecto lesivo, o se alcanza la curación o la determinación de las secuelas físicas, con lo que el perjudicado adquiere cabal y perfecto conocimiento de la trascendencia y del mal que padece (Sentencias de 5 Junio 1991, Ar. RJ 1991, 5131, 10 Mayo 1993 Ar. RJ 1993, 3871 y 30 Abril 1996 Ar. RJ 1996, 3644).

5. Dictamen 238/2007

La parte reclamante, en referencia al plazo de prescripción de la acción, alegó que los daños sufridos por la niña han de ser calificados de “continuados”, afirmando que la reclamación había sido interpuesta en plazo. El problema que se plantea es que existen dos valoraciones res-

pecto de la minusvalía, reconociéndose en la segunda un grado ligeramente superior que en la primera, hecho que es suficiente para argumentar por la reclamante que las secuelas han tenido cierta evolución, y como se ha indicado en varias ocasiones en el presente estudio, existe jurisprudencia, por ejemplo, la Sentencia de 28 de febrero de 2007 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en supuesto similar, en la que se determina que “el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal ha de ser aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquél en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas, y una vez establecido dicho alcance definitivo de la enfermedad y sus secuelas, los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud de la paciente o la progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten”.

En el presente Dictamen, la gravedad de las lesiones está objetivada y estabilizada como permanente e irreversible antes de que se le hubiera valorado por el EVO en la primera ocasión en 2001. También es importante resaltar, según se especifica en el Dictamen, que sin necesidad de acudir a la resolución del EVO, se encuentran en la historia informes anteriores donde se consigna el diagnóstico de parálisis cerebral y sus secuelas más graves. No obstante, habiendo discurrido el debate en el procedimiento en torno a los efectos del EVO sobre la prescripción, al haberlo así tratado de argumentar extensamente el representante de los reclamantes, el Consejo Consultivo decide entrar a despejar las dudas que al respecto pudieran existir.

En este sentido, se indica que se habría de partir de la consideración previa de que las resoluciones del EVO, pueden ser referencia para fijar una fecha inicial de cómputo del plazo prescriptivo porque permiten objetivar unas secuelas y su carácter permanente, afirmándose en el Dictamen que **es criterio del Consejo Consultivo, que para que el cómputo del término inicial del plazo de prescripción se hubiera de situar inexcusablemente en el momento de la valoración de una minusvalía, habría de coincidir la determinación objetiva de las lesiones y secuelas que la originan con el momento de emisión del dictamen**, lo que generalmente no sucederá, salvo que los únicos informes médicos, que son los que objetivan la lesión y las secuelas y sobre los que se sustenta el dictamen de valoración, hubieran sido emitidos en tal ocasión o por dicho motivo. También podría suceder que se careciera de otros informes médicos en la historia clínica a través de los cuales obtener certeza sobre la estabilización del daño y las secuelas y

por ello hubiera que tomar en consideración el dictamen del EVO, lo que en este caso no sucede.

Ello no obstante, si se hubiera de acudir a los dictámenes del EVO, la conclusión sobre la prescripción de la acción también sería la misma, a la vista del contenido de los que en este caso se han emitido, porque **las lesiones objetivadas en ambas ocasiones han sido las mismas, aunque la valoración de la minusvalía, como ya adelantamos, habían variado en un pequeño porcentaje** –hecho que se constata en la primera resolución sobre el grado de minusvalía -4 de mayo de 2001- con una valoración del 94%, mientras que en la segunda resolución -18 de junio de 2004- el grado de minusvalía alcanza el 99%.

En ambas, concluye el Dictamen, la grave patología no varía, siendo la razón de la variación del porcentaje de valoración del grado de minusvalía, la que se expone en el informe incorporado al expediente emitido por la Directora del Centro Base dependiente de la Consejería de Bienestar Social, en el que se señala que la diferente valoración en el grado de discapacidad en los años 2001 (75%) y 2004 (90%) “sólo responde a distintos criterios de valoración aplicables a una misma secuela derivada de la encefalopatía anóxica connatal con trespaleja espástica que sufre la niña y con estabilización como secuelas definitivas en el tiempo. No constatándose agravación añadidas a éstas”. De este modo ha de entenderse que el daño es permanente y, por tanto, las secuelas ya estaban determinadas y estabilizadas en el año 2001, habiendo sido presentada la reclamación fuera de plazo²².

Por tanto, el Dictamen, según nuestro criterio, y pese a la complejidad del caso, se ajusta perfectamente a la jurisprudencia dominante respecto a la ubicación del mismo dentro del concepto de daño permanente.

6. Dictamen 34/2008

Finalmente, en el presente Dictamen, se aplica de forma reiterada la doctrina mayoritaria sobre el tema tratado²³, aplicando la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁴, ya explicitada a lo largo del artículo, que afirma que en el caso de enfermedades como la hepatitis C, se trataría de enfermedades crónicas cuyas secuelas, aunque puedan establecerse como posibles, están inde-

terminadas en el caso concreto, desconociéndose la incidencia de la enfermedad en el futuro de la víctima. Es claro que estamos ante un supuesto de daño continuado y por ello el plazo de prescripción queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas. Así, en este supuesto, aunque la hepatitis contagiada en el año 1989 fuera diagnosticada a la paciente en el 1993 y la reclamación se presentara el 19 de octubre de 2005, atendida la naturaleza de la propia enfermedad de la Hepatitis C, no es posible entender vulnerado el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Como conclusión final hemos de indicar que en todos los supuestos estudiados, la aplicación de la teoría general de la prescripción ha sido, a nuestro juicio, correcta y bien fundamentada. En los distintos supuestos estudiados se aportan las líneas maestras jurisprudenciales que de forma más solvente explican con claridad cuestiones complejas y que por tanto las convierten en los instrumentos jurisprudenciales más idóneos. Sin lugar a dudas nos hacen ver con claridad que nuestro Consejo Consultivo castellano-manchego se está aplicando la jurisprudencia mayoritaria, más asentada y progresista del abanico judicial español.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985.

BONILLA SÁNCHEZ, JUAN J., *La responsabilidad Médica Extracontractual*, Ed. Laborum, 2004.

- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael, *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999.

- CUETO PÉREZ, Miriam, *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *El régimen*

de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo –Vol. II*, 7ª Ed. Cívitas, Madrid, 2000.

- GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual de las administraciones publicas*, Ed. Cívitas, Madrid, 1998.

- GÓMEZ JARA, Mariano, *La responsabilidad profesional sanitaria*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007.

- GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *La responsabilidad civil del médico*, Ed. Bosch, 1990.

- GONZALEZ PEREZ, Jesús y GONZALEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1997.

- GUERRERO ZAPANA, José, *Las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria*, Ed. Lex Nova, 5ª ed., Valladolid, 2006.

- MAGRO SERVET, Vicente, *Guía práctica de responsabilidad sanitaria (Análisis de la casuística existente en materia de responsabilidad penal y civil sanitaria con formulación de preguntas y respuestas ante los supuestos que concurren en la práctica. Repertorio práctico de jurisprudencia actualizada con fichas identificativos de casos de responsabilidad sanitaria)*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.

- MORENO MOLINA, José Antonio, “Evolución histórica y situación actual de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado en México y en España”, en la obra colectiva dirigida por Salvador Jiménez, Víctor M. Martínez y Enrique Belda, *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Jornadas Hispano-Mexicanas sobre el derecho a la salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria, Toledo, 28 y 29 de noviembre de 2007.

NOTAS:

1 Téngase en cuenta para la lectura de este estudio que el plazo para la prescripción del ejercicio de la acción civil por culpa en el ejercicio de la práctica sanitaria es como determina el art. 1968.2 CC de un año –cuyo antecedente más próximo fue el Proyecto de 1851 (art. 1976)-, plazo que es idéntico para las acciones de reclamación ante la Administración sanitaria según se desprende de los artículos 142.5 LRJPAC y 4.2 del RD 429/1993, de 26 de marzo. En el ámbito administrativo el antecedente inmediato debemos encontrarlo en el artículo 40.3 LRJAE (1957).

2 ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 256, en un momento en el que las referencias sobre la responsabilidad civil médica eran distintas, explicaba de forma plausible las consecuencias resultantes del plazo de prescripción subyacente en el CC.: “La diferencia en el plazo de prescripción de la acción derivada del artículo 1.902, y la derivada del 1.101, tiene una expresa sanción legal en los artículos 1.164 y 1.969-2. Según el primero, las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, lo hacen a los quince años; mientras que el artículo 1.969-2 declara que prescribe al año la acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902; plazo que se inicia a contar desde que lo supo el agraviado.”

3 Artículo desarrollado por el Decreto de 26 de abril de 1957 y derogado por el RD 429/1993, por el que se aprobó el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad.

4 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, 7ª Ed. Cívitas, Madrid, 2000, pág. 424.

5 La renuncia a la prescripción ganada es otra cuestión controvertida, y en este sentido es preciso que la Administración a quien beneficia invoque tal prescripción de la acción, pues, de lo contrario, habría de estimarse como una renuncia a la prescripción ganada, hecho que jurídicamente sería poco entendible (véase STS 23-V-95 - Ar. 4220-; sobre esta sentencia puede consultarse: GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual de las administraciones publicas*, Ed. Cívitas, Madrid, 1998, pág. 41;

GONZALEZ PEREZ, Jesús y GONZALEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1997, pág. 2115 -en este último caso en referencia a las acciones penales-. A esta cuestión hace alusión CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael, *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 403, nota a pie de página 134.

En resumen, aunque han existido pronunciamientos del TS en el sentido de la improcedencia de apreciar de oficio la prescripción ganada por la Administración por el hecho de no aludir a la existencia de la prescripción en el escrito de contestación a la demanda –ver la STS de 22 de marzo de 1988-, y teniendo en cuenta que la caducidad es apreciable de oficio mientras que la prescripción debe oponerse por el beneficiado, existen excepciones en las que no es así (bien es cierto en que en estas ocasiones el beneficiario es el interesado: por ej. art. 63 de la Ley de subvenciones de Galicia, Ley 9/2007, de 13 de junio). En este sentido GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *Plazo...*, *Op. cit.* pág. 47 sostiene que aunque no exista una previsión expresa que disipe cualquier duda sobre la admisibilidad de apreciar de oficio la prescripción ganada por la Administración, no excluye que efectivamente sea admisible tal posibilidad, fundamentalmente por las dos razones siguientes: en primer lugar, porque no existe regulación que lo prohíba; y en segundo término, porque atendiendo especialmente al ámbito en el que planteamos la cuestión, la admisibilidad de la apreciación de oficio de la prescripción ganada por la Administración es más congruente con el principio *iura novit curia*. Es así, por lo demás, como los Tribunales Contencioso-Administrativos velan también por la aplicación de la legalidad, lo que en modo alguno debe confundirse con convertir a dichos Tribunales en abogados de la propia Administración. Por otra parte existe jurisprudencia que así lo corrobora, como por ejemplo STSJ de Extremadura 664/1998, de 20 de julio que viene a decir lo siguiente: “En orden al cómputo de ese plazo y a su interrupción requiere partir de la propia naturaleza material de la institución que, como declara la STS 13 junio 1989, supone una «condición objetiva para que se ejerza el poder sancionador de la Administración, de ahí que deba ser apreciada de oficio por la misma Administración y, por supuesto, por el Tribunal de lo Contencioso aun sin hacer el planteamiento de la tesis del artículo 43 de la Ley Jurisdiccional» (STS 23 junio, 15 mayo 1989)”.

No obstante, en sentido contrario, existe numerosa jurisprudencia que se decanta en sentido contrario: Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 marzo 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), FJ 4º: “No obstante, **las dudas que al respecto pudieran plantearse no pueden resolverse en perjuicio del recurrente**, al ser la prescripción una figura jurídica de interpretación esencialmente restrictiva, teniendo en cuenta además **que la Administración ha resuelto expresamente la reclamación en cuanto al fondo, silenciando todo pronunciamiento sobre la eventual extemporaneidad de la reclamación**, conducta que, en virtud de la doctrina de los actos propios, presupone una renuncia a la prescripción ganada al no haberla esgrimido oportunamente en vía previa. En efecto, esta doctrina se encuentra recogida, entre otras, en la Sentencia de nuestro Alto Tribunal de 16 de noviembre de 1.998 , -bien que referida a otro supuesto-, en la que se razona que “La actuación de la Administración, al desestimar el recurso de reposición extemporáneamente interpuesto en cuanto al fondo, constituye un acto propio, que no cabe ignorar en sede jurisdiccional, según doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias de esta Sala, de fechas 22 febrero 1985, 19 abril 1985, 9 marzo 1987, 9 octubre 1987, 26 julio 1988, 5 abril 1989, 4 marzo 1992, 18 enero y 29 mayo 1993, 23 mayo 1994, 10 abril 1995, 4 julio 1995, 3 junio 1996, 6 noviembre 1997 y 20 octubre 1998, **de manera que la Administración, al resolver el recurso de reposición en el fondo, convalidó la posible presentación extemporánea del mismo a efectos de considerar cumplido tal requisito de procedibilidad**”. En sentido parecido encontramos la Sentencia núm. 26/2009 de 16 enero del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas, FJ. 1º: “En este sentido es muy clara la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, en la STS de 23 de junio del 2001 se razona que “el silencio de la Administración respecto de la prescripción de la acción ejercitada implica, dadas sus potestades de auto tutela, una renuncia a la prescripción ganada por no haberla esgrimido oportunamente en vía previa, de manera que carece de eficacia la excepción que en sede jurisdiccional esgrimió su representante procesal a tal fin, y así lo ha declarado repetidamente esta Sala en virtud del principio de los actos propios respecto de la caducidad de los plazos de interposición de los recursos administrativos o del ejercicio de derechos cuando la Administración entra a conocer del fondo de las pretensiones ejercitadas y guarda silencio respecto de la extemporaneidad de los recursos o acciones (Sentencias, entre otras, de 22 de febrero de 1985, 19 de abril de 1985, 9 de marzo de 1987, 26 de julio de 1988, 5 de abril de 1989, 4 de marzo de 1992, 18 de enero y 29 de mayo de 1993, 23 de mayo de 1994, 10 de abril de 1995, 4 de julio de 1995, 3 de junio de 1996, 6 de noviembre de 1997, 20 de octubre de 1998 y 16 de noviembre de 1998)”.

6 Véase además de la bibliografía indicada en la nota a pié de pág. núm. 1, a GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *Plazo...*, *Op. cit.*, pág. 51.

7 GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *Plazo...*, *Op. cit.*, págs. 27 y 28.

8 CUETO PÉREZ, Miriam, *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 489.

9 MORENO MOLINA, José Antonio, “Evolución histórica y situación actual de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado en México y en España”, en la obra colectiva dirigida por Salvador Jiménez, Víctor M. Martínez y Enrique Belda, *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Jornadas Hispano-Mexicanas sobre el derecho a la salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria, Toledo, 28 y 29 de noviembre de 2007, pág. 133.

10 A este principio y alcance de su significado hacen alusión: GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *La responsabilidad civil del médico*, Ed. Bosch, 1990, pág. 152; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 124, nota a pie de página 162, etc. También puede consultarse distinta jurisprudencia sobre la instauración del principio *pro damnato*; por ejemplo: TS (Sala de lo Civil, Sección Única), sentencia núm. 223/2003 de 14 marzo; AP Asturias (Sección 7ª), sentencia núm. 89/2005 de 25 febrero; AP A Coruña (Sección 6ª), sentencia núm. 6/2007 de 29 enero, etc.

11 GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *La responsabilidad...*, *Op. cit.*, pág. 151.

12 También menciona expresamente esta sentencia BONILLA SÁNCHEZ, JUAN J., *La responsabilidad Médica Extracontractual*, Ed. Laborum, 2004, pág. 232, nota a pie de página 117.

13 GUERRERO ZAPANA, José, *Las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria*, Ed. Lex Nova, 5ª ed., Valladolid, 2006, pág. 86.

14 Por todas puede consultarse el FJ. 2º de la Sentencia 516/2008, de 16 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5ª: “En cuanto a la excepción de prescripción opuesta por la demanda, al amparo de lo dispuesto en los arts. 1902 y 1968.2 del CC , debe decirse que el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de

3 abril 1991 (RJ 1991\2632), declara con referencia a la S. 17 de junio de 1989 y las en ella citadas, que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, en el caso de reclamación indemnizatoria por lesiones, la del alta médica de la enfermedad cuando quedan secuelas cuyo tratamiento prosigue, sino aquel en que pudo conocer el interesado de modo definitivo el quebranto padecido por efecto de aquellas lesiones. El mismo Alto Tribunal, en su posterior Sentencia de 30 julio 1991 (RJ 1991\5435), manifiesta que en el caso de enfermedades o lesiones no se puede comprender como fecha inicial de cómputo del plazo de prescripción la del alta de la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la determinación invalidante de ésta, pues hasta que no se sepa su alcance no puede reclamarse en base a ella; aparte que la prescripción en cuanto instituto no fundado en justicia intrínseca, su aplicación ha de hacerse y entenderse de forma restrictiva, y en caso de daño lesión susceptible de indemnización que se mantiene durante largo tiempo al comienzo del plazo ha de determinarlo el juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto al art. 1969 no es a estos efectos un precepto imperativo, y si de derecho dispositivo, siendo indudable que no estando el enfermo o el lesionado totalmente curado no puede decirse que haya comenzado el plazo de prescripción. Consolida, aún más, si cabe, la doctrina expuesta, la ulterior Sentencia de 30 enero 1993 (RJ 1993\355), según la cual es reiterada y pacífica doctrina de esta Sala la de que en los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejora, mediante el oportuno tratamiento continuado de las mismas, el cómputo del plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha del informe de sanidad o de alta, en el que se consignen o expresen las referidas secuelas, sino que ha de esperarse a conocer el alcance o efecto definitivo de éstas, consecuente al tratamiento que de las mismas se ha venido haciendo, en cuyo supuesto la fijación del «dies a quo» para la computación del plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto que el art. 1969 CC no es, a estos efectos, un precepto imperativo y sí de «ius dispositivum» (...). Por este conjunto de razones la Sala tiene declarado que el momento del comienzo del cómputo del plazo prescriptivo ha de referirse siempre, cuando de lesiones causadas por culpa extracontractual se trate, el día en que, producida la sanidad, se conozca de modo definitivo los efectos del quebranto padecido determinado en el correspondiente dictamen pericial (sin perjuicio de las secuelas que subsistan de un modo permanente), ya que tal cómputo no es inicial hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en hechos diferenciados la serie proseguida.”

15 GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *Plazo...*, *Op. cit.*, págs. 61 y ss.

16 REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “La prescripción de la acción de la reclamación de daños”, Cap. VII del libro Coordinado por dicho autor titulado *Tratado de responsabilidad civil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, págs. 533-534.

17 REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “La prescripción...”, *Op. cit.*, pág. 537.

18 MAGRO SERVET, Vicente, *Guía práctica de responsabilidad sanitaria (Análisis de la casuística existente en materia de responsabilidad penal y civil sanitaria con formulación de preguntas y respuestas ante los supuestos que concurren en la práctica. Repertorio práctico de jurisprudencia actualizada con fichas identificativos de casos de responsabilidad sanitaria)*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, pág. 130.

19 En el mismo sentido se pronuncia el art.4.2.2º del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, Reglamento del Procedimiento de la Administración sobre Responsabilidad Patrimonial (BOE 4 mayo 1993, núm. 106, [pág. 13250] ; rect. BOE 8 junio 1993, núm. 136, -pág. 17166-).

20 GUERRERO ZAPANA, José, *Las reclamaciones...*, *Op. cit.*, pág. 179.

21 El texto original: “La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan **ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos**, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial” –la negrilla es nuestra-, fue modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Como resulta obvio, y según apuntaron en su momento diversos autores, por ejemplo CABALLERO - CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael, *Prescripción...*, *Op. cit.*, pág. 404-, se declaraba la independencia del proceso penal y del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, excepto en casos de insuperable vinculación. Por supuesto, como el propio autor apunta en nota a pie de pág. 138, “tal como recuerda Luis MARTÍN REBOLLO, *op. cit.*, pág. 107, cabe que la jurisdicción penal condene directa o subsidiariamente a la Administración por responsabilidad civil, por lo que no sería estricta-

mente necesario simultanear la acción civil y penal ante instancias diferentes. Ahora bien, si el tribunal penal no se pronuncia sobre la responsabilidad civil, absuelve o se sobresee la causa y ha pasado más de un año desde los hechos dañosos, desde la manifestación de sus efectos lesivos, desde la curación de la víctima o desde la determinación del alcance de las secuelas (art. 142.5 LAP) sin haberse iniciado el procedimiento de reclamación de la indemnización, la acción de la responsabilidad administrativa ha prescrito”. Véase un comentario más preciso sobre la regulación anterior en GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *Plazo...*, *Op. cit.*, págs. 153 y ss.

22 En el mismo sentido, se expresa la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que en Sentencia de 17 de septiembre de 2007 - con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, Ar. RJ 3678-, concluye que “al ser el diagnóstico el mismo en uno y otro momento y no haber variado esencialmente las secuelas y puesto que el dato de que se elevase mínimamente el grado de minusvalía entre 1998 y 2005 (desde el 92% al 100%) no deviene revelador de secuelas nuevas o de evolución imprevisible de las patologías que tristemente afectan a la paciente, no podemos sino confirmar la prescripción de la acción para reclamar por responsabilidad patrimonial”.

23 Por ejemplo en los Dictámenes 155/2006, de 28 de septiembre, 22/2007, de 7 de febrero y 49/2007, de 21 de marzo.

24 Valga por todas, la recogida en STS de 6 de marzo de 2003 (Ar, RJ 2785).

