

# LAS RECLAMACIONES POR LA DEFECTUOSA ASISTENCIA SANITARIA

Doctrina, Jurisprudencia,  
Legislación y Formularios

JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

---

5.<sup>a</sup> EDICIÓN

INCLUYE CD-ROM CON FORMULARIOS



editorial  
**LEX NOVA**

- 1.ª edición, septiembre 2001
- 2.ª edición, junio 2002
- 3.ª edición, abril 2003
- 4.ª edición, junio 2004
- 5.ª edición, diciembre 2006

© José Guerrero Zaplana

© Editorial LEX NOVA, S.A.  
General Solchaga, 3  
47008 Valladolid  
Tel. 902 457 038  
Fax 983 457 224  
E-mail: [clientes@lexnova.es](mailto:clientes@lexnova.es)

Fotocomposición e impresión:  
GRAFOLEX, S.L.  
Fernández Ladreda, 16-17  
47008 Valladolid

Depósito Legal: VA. 981-2006  
I.S.B.N.: 84-85012-93-3  
Printed in Spain - Impreso en España

Este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

## ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
<u>PRÓLOGO</u> .....	25
<u>INTENCIÓN DEL AUTOR</u> .....	29
<u>NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN</u> .....	31
<u>NOTA A LA TERCERA EDICIÓN</u> .....	32
<u>NOTA A LA CUARTA EDICIÓN</u> .....	33
<u>NOTA A LA QUINTA EDICIÓN</u> .....	34

### PRIMERA PARTE

#### INTRODUCCIÓN

<u>I. EL DERECHO A LA SALUD</u> .....	37
<u>II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD</u> .....	39
<u>III. LA PROGRESIVA APARICIÓN DE LA MEDICINA DEFENSIVA</u> .....	41

#### CAPÍTULO I

##### LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

<u>I. LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL</u> .....	46
<u>II. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL</u> .....	48
<u>1. Acción u omisión</u> .....	49
<u>2. Ilícita o antijurídica</u> .....	49
<u>3. Daño. El daño moral</u> .....	49
<u>4. Culpa o negligencia</u> .....	53
<u>III. LA RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE OTRO</u> .....	57
<u>IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y SUS REQUISITOS</u> .....	59
<u>1. Acción u omisión</u> .....	60
<u>A) Responsabilidad del médico y del servicio</u> .....	61
<u>a) Responsabilidad del médico</u> .....	61
<u>b) Supuestos especiales: cirugía perfecta y asistencia por motivos deontológicos</u> .....	63



	<u>Página</u>
c) Responsabilidad del servicio .....	68
d) Relación entre la responsabilidad del médico y del servicio .....	70
B) Carga de la prueba .....	72
a) Problemática general y supuestos especiales: la culpa virtual, el daño desproporcionado y el conjunto de posibles deficiencias asistenciales .....	72
b) La prueba pericial .....	76
c) Pruebas practicadas para mejor proveer .....	77
2. El daño .....	78
3. Culpa o negligencia .....	79
A) Posición tradicional .....	79
B) Modernas posiciones objetivistas y el freno a las mismas .....	82
4. Relación de causalidad .....	84
5. Plazo de ejercicio .....	85
6. Aplicación de la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios .....	87

## CAPÍTULO II

### LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

I. INTRODUCCIÓN .....	94
II. LA EVOLUCIÓN HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL .....	96
III. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL .....	100
1. Fundamento e importancia actual .....	100
2. Naturaleza: Responsabilidad directa y objetiva .....	102
A) Conceptos .....	102
B) Consecuencia: compatibilidad indemnizatoria .....	103
IV. ELEMENTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL .....	106
1. Enumeración .....	106
2. Sujetos de la responsabilidad patrimonial .....	107
3. Hecho o acto imputable a la Administración .....	109
4. La lesión patrimonial y sus requisitos .....	109



	<u>Página</u>
A) Efectividad. La carga de la prueba .....	110
B) Evaluación económica .....	112
a) Delimitación .....	112
b) El principio de reparación integral. Modalidades de reparación .....	114
c) Momento de la valoración del perjuicio .....	117
C) Individualización del daño .....	119
5. Antijuridicidad .....	119
A) Concepto .....	119
B) Responsabilidad por anulación de actos administrativos.	122
6. La imputación y la relación de causalidad .....	123
A) Imputación a una Administración pública .....	123
B) Concepto de la relación de causalidad .....	125
C) Teorías sobre la relación de causalidad .....	127
D) La prueba de la relación de causalidad .....	129
E) Interrupción del nexo causal. La fuerza mayor .....	130

### CAPÍTULO III

#### LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

<u>I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL .....</u>	<u>136</u>
1. En general .....	136
2. Delimitación subjetiva .....	137
3. Delimitación del concepto de Administración sanitaria. Los en- tes autonómicos .....	138
<u>II. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA COMO UNA FORMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA .....</u>	<u>139</u>
1. Concepto de responsabilidad objetiva .....	139
2. Efectos de la consideración como objetiva de la responsabilidad patrimonial .....	142
3. Concurrencia de causas en la responsabilidad sanitaria .....	147
4. El criterio de la <i>lex artis</i> .....	148
A) Configuración doctrinal .....	148
B) Configuración jurisprudencial .....	155
C) La <i>lex artis</i> como límite de la responsabilidad .....	157

<u>III. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL ERROR DE DIAGNOSTICO .....</u>	<u>159</u>
--	------------

	<u>Página</u>
<u>IV. LA EXIGENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO .....</u>	<u>162</u>
1. Consideración legal y jurisprudencial .....	162
2. La pérdida de oportunidades como daño antijurídico .....	165
<u>V. LA VALORACIÓN DEL DAÑO. LOS DAÑOS MORALES .....</u>	<u>167</u>
<u>VI. LAS RECLAMACIONES EN RELACIÓN A LA TRANSFUSIÓN DE LA SANGRE CONTAMINADA .....</u>	<u>170</u>
1. Los problemas del nexo causal y la fuerza mayor .....	170
2. El nuevo artículo 141.1 de la Ley 30/1992 .....	173
3. El problema del transcurso del tiempo en los contagios por vía parenteral .....	178
A) La prescripción de la acción .....	178
B) El retraso en el diagnóstico .....	181
4. Compatibilidad con prestaciones de tipo asistencial .....	182

#### CAPÍTULO IV

##### LAS RECLAMACIONES POR LA VÍA SOCIAL. EL REINTEGRO DE GASTOS

<u>I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN .....</u>	<u>186</u>
<u>II. LA REGULACIÓN TRADICIONAL .....</u>	<u>188</u>
1. El Real Decreto 2766/1967: Reglamento de asistencia sanitaria.	188
2. La denegación de asistencia .....	190
A) Requisitos generales y supuestos .....	190
B) El error de diagnóstico .....	191
C) Asistencia prestada en el extranjero .....	193
3. El supuesto de la urgencia vital .....	195
<u>III. EL REAL DECRETO 63/1995 DE ORDENACIÓN DE PRESTACIONES SANITARIAS Y EL REAL DECRETO 1030/2006, POR EL QUE SE ESTABLECE LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD .....</u>	<u>197</u>
1. Planteamiento y posibilidades de reclamación .....	197
2. La denegación de asistencia como supuesto autónomo .....	198
3. La desaparición de la denegación de asistencia .....	200
4. La denegación de asistencia como reclamación de responsabilidad patrimonial .....	202
A) Requisitos de la reclamación planteada por esta vía .....	202
B) El alta voluntaria .....	206
C) La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa .....	207
D) Conclusión .....	210



	Página
IV. LAS RECLAMACIONES RELATIVAS A LAS PRÓTESIS .....	211
1. Planteamiento y regulación legal .....	211
2. Algunos supuestos .....	213
<b>CAPÍTULO V</b>	
<b>EL CONSENTIMIENTO INFORMADO</b>	
I. INTRODUCCIÓN .....	218
II. CONCEPTO Y FUNDAMENTO .....	220
III. RÉGIMEN JURÍDICO .....	221
1. Antecedentes .....	221
2. La Ley General de Sanidad y el Código Deontológico .....	222
3. Regulación autonómica .....	223
4. La regulación procedente de la Ley 41/2002 .....	225
A) Sujeto obligado a facilitar la información .....	225
B) Sujeto receptor de la información .....	226
C) Contenido de la información .....	227
D) Exigencias formales .....	230
E) Excepciones .....	232
5. Las voluntades anticipadas .....	233
A) Requisitos subjetivos .....	233
B) Requisitos objetivos .....	234
C) Problemas de interpretación .....	235
6. Efectos de la prestación del consentimiento informado .....	236
A) Introducción .....	236
B) El empleo de formularios .....	237
C) El consentimiento en la jurisprudencia de la Sala 1. <sup>a</sup> del Tribunal Supremo .....	239
D) Valoración jurisprudencial de la falta de información ...	242
a) Primeras sentencias .....	244
b) Otras sentencias posteriores .....	246
c) Algunos comentarios críticos .....	248
E) Diversas circunstancias a tener en cuenta en los supuestos de defectuosa información .....	249

	Página
<b>CAPÍTULO VI</b>	
<b>PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACIÓN</b>	
I. EL PROCEDIMIENTO EN VÍA ADMINISTRATIVA .....	254
1. Introducción .....	254
2. Órganos competentes .....	256
3. Procedimiento ordinario .....	257
A) Iniciación .....	257
B) Instrucción del expediente .....	258
C) Terminación .....	260
4. Procedimiento abreviado .....	260
A) Instrucción .....	261
B) Terminación .....	261
5. Inicio de la vía contenciosa .....	261
II. LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA .....	262
1. Posturas jurisprudenciales tradicionales .....	262
2. El efecto de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .....	267
3. La jurisprudencia posterior a la Ley 29/1998 .....	269
4. El posible retorno al peregrinaje jurisdiccional .....	274
III. PECULIARIDADES DEL PROCESO CIVIL .....	277
1. Generalidades .....	277
2. La prueba pericial .....	278
A) Pericial realizada por perito de parte .....	279
a) Principio general: aportación con los escritos de alegaciones .....	279
b) Aportación posterior .....	280
c) Aportación posterior en virtud de actuaciones procesales posteriores a la demanda .....	281
B) Pericial realizada por perito designado por el Tribunal .....	281
a) Solicitud por el beneficiario de justicia gratuita .....	281
b) Solicitud por algún litigante .....	282
c) Procedimiento de designación judicial de perito .....	282
C) Operaciones periciales y emisión del informe .....	284
3. El «testigo-perito» .....	287

	Página
IV. LOS SUPUESTOS DE COLISIÓN DE JURISDICCIONES .....	288
1. Actuación de la administración en forma privada .....	288
2. Reclamaciones dirigidas frente al médico y la aseguradora ..	290
3. La acción de repetición .....	293
V. UNA REFERENCIA A LA VÍA PENAL .....	295
1. Introducción .....	295
2. La responsabilidad penal por imprudencia en el Código Penal de 1995 .....	296
A) Muerte por imprudencia .....	297
B) Lesiones por imprudencia .....	297
3. Otros tipos penales relacionados con la asistencia sanitaria ..	298
4. La relación entre las diligencias penales y la prescripción de las reclamaciones administrativas .....	299
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	
BIBLIOGRAFÍA .....	301

## SEGUNDA PARTE

### Anexo jurisprudencial

#### I. JURISPRUDENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

1. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1. <sup>a</sup> de 1 de julio de 1997. ( <i>Aplicación Ley 26/1984. Responsabilidad médica. Falta de prudencia</i> ) .....	307
2. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1. <sup>a</sup> de 29 de junio de 1999. ( <i>Responsabilidad por hecho ajeno. Daño desproporcionado</i> ) .....	312
3. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1. <sup>a</sup> de 10 de noviembre de 1999. ( <i>Lesión. Responsabilidad médica. Causalidad adecuada</i> ) .....	315
4. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1. <sup>a</sup> de 11 de mayo de 2001. ( <i>Obligación de medios. Acciones de "wrongful"</i> ) .....	318
5. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1. <sup>a</sup> de 2 de diciembre de 2002. ( <i>Jurisdicción competente</i> ) .....	321
6. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1. <sup>a</sup> de 23 de diciembre de 2002 .....	327
7. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1. <sup>a</sup> de 31 de enero de 2003. ( <i>Daño desproporcionado. Ley 26/1984</i> ) .....	332
8. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1. <sup>a</sup> de 8 de marzo de 2004 (Recurso 1150/1998). ( <i>Jurisdicción competente; doctrina general sobre responsabilidad patrimonial</i> ) .....	337



	Página
9. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.ª de 26 de marzo de 2004 (Sentencia 267/2004). ( <i>Obligación de medios; Lex artis, aplicación Ley 26/1984</i> ) .....	346
10. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.ª de 31 de mayo de 2005 (Sentencia 422/2005). ( <i>Responsabilidad extracontractual en general. Requisitos. Responsabilidad objetiva. Nexo causal</i> ) .....	350
11. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.ª de 10 de mayo de 2006 (Sentencia 462/2006). ( <i>Requisitos generales, imputabilidad</i> ) .....	352
12. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.ª de 19 de mayo de 2006 (Sentencia 468/2006). ( <i>Obligación de medios. Aplicación de la lex artis. Posibles deficiencias asistenciales</i> ) .....	354

**II. JURISPRUDENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

1. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 10 de febrero de 1998. ( <i>Requisitos generales. Lex artis. Daños. Responsabilidad objetiva. Relación de causalidad</i> ) .....	359
2. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 13 de octubre de 1998. ( <i>Infarto. Responsabilidad patrimonial. Causalidad adecuada</i> ) .....	363
3. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 31 de mayo de 1999. ( <i>Contagio en transfusión. Conocimientos médicos. El estado de la ciencia. Voto particular</i> ) .....	366
4. Sentencia de la Audiencia Nacional Sección 4.ª de 15 de septiembre de 1999. ( <i>Gastos en clínica privada por retraso en la pública</i> ) .....	373
5. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 30 de octubre de 1999. ( <i>Antijuridicidad. Responsabilidad objetiva. Prueba del nexo causal</i> ) .....	378
6. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 4 de abril de 2000. ( <i>Consentimiento informado. Daño moral</i> ) .....	383
7. Sentencia de la Audiencia Nacional Sección 4.ª de 12 de abril de 2000. ( <i>Error de diagnóstico. Gastos médicos. Indemnización</i> ) .....	389
8. Sentencia de la Audiencia Nacional Sección 4.ª de 31 de mayo de 2000. ( <i>Lista de espera. Daño antijurídico. Indemnización</i> ) .....	391
9. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 3 de octubre de 2000. ( <i>Responsabilidad patrimonial. Daños morales. Determinación. Información suficiente</i> ) .....	393
10. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 5 de octubre de 2000. ( <i>Contagio en transfusión. Daño continuado. Prescripción</i> ) .....	405
11. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 25 de noviembre de 2000. ( <i>Contagio en transfusión. Estado de la ciencia. Desestimación</i> ) .....	409
12. Auto del Tribunal Supremo Sala de Conflictos de Competencia de 17 de diciembre de 2001. ( <i>Competencia del Orden Jurisdiccional Civil</i> ) .....	413

	Página
13. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 22 de diciembre de 2001. ( <i>Carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial. Daño antijurídico</i> ) .....	416
14. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 14 de octubre de 2002. ( <i>Lex artis. Daño antijurídico. Información suficiente</i> ) .....	419
15. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 26 de febrero de 2004. ( <i>La mala praxis derivada de la falta de consentimiento del paciente no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el paciente</i> ) .....	424
16. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 8 de marzo de 2004. ( <i>Competencia de los TSJ para conocer de la impugnación jurisdiccional de reclamaciones interpuestas antes de junio de 2001</i> ) .....	426
17. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 18 de junio de 2004 (Recurso 307/2003). ( <i>Consentimiento informado. Contenido del derecho de información</i> ) .....	429
18. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 19 de octubre de 2004 (Recurso 7286/2000). ( <i>Responsabilidad patrimonial. Requisitos. Prueba de la relación causal</i> ) .....	432
19. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 18 de enero de 2005 (Recurso 166/2004). ( <i>Consentimiento y efectos del consentimiento informado</i> ) .....	438
20. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 13 de abril de 2005 (Recurso 5588/2002). ( <i>Requisitos generales; daño, concreción y valoración del daño</i> ) .....	443
21. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 10 de mayo de 2005 (Recurso 6595/2001). ( <i>Responsabilidad objetiva. Lex artis</i> ) .....	449
22. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 29 de junio de 2005 (Recurso 4451/2001). ( <i>Contagio hepatitis C</i> ) .....	458
23. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 20 de septiembre de 2005 (Recurso 5078/2002). ( <i>Consentimiento informado. Valoración del daño</i> ) .....	461
24. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 9 de noviembre de 2005 (Recurso 6620/2001) ( <i>Lex artis, consentimiento</i> ) .....	472
25. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 15 de noviembre de 2005 (Recurso 7791/2002). ( <i>Contagio hepatitis C</i> ) .....	477
26. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 17 de enero de 2006 (Recurso 8425/1999). ( <i>Valoración del daño. Reparación integral. Motivación de la valoración</i> ) .....	480
27. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 14 de febrero de 2006 (Recurso 6481/2001). ( <i>Requisitos de la responsabilidad patrimonial. Relación causal. Responsabilidad objetiva</i> ) .....	490
28. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de 7 de marzo de 2006 (Recurso 1884/2002). ( <i>Responsabilidad patrimonial. Contagio hepatitis C</i> ) .....	494

### III. JURISPRUDENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

	Página
1. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4. <sup>a</sup> de 4 de noviembre de 1988. ( <i>Error de diagnóstico. Reintegro de gastos médicos. Urgencia vital</i> ) .....	501
2. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4. <sup>a</sup> de 21 de diciembre de 1988. ( <i>No reintegro de gastos médicos. Urgencia vital inexistente</i> ) ...	504
3. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4. <sup>a</sup> de 28 de mayo de 1990. ( <i>Asistencia sanitaria. Gastos médicos. Urgencia vital</i> ) .....	506
4. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4. <sup>a</sup> de 11 de junio de 1990. ( <i>Inexistencia de error de diagnóstico. Gastos médicos en el extranjero. No reintegrables</i> ) .....	508
5. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4. <sup>a</sup> de 26 de abril de 1996. ( <i>Asistencia sanitaria en el extranjero. Gastos médicos por empleo de técnicos no disponibles en España</i> ) .....	510
6. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4. <sup>a</sup> de 25 de octubre de 1999. ( <i>Asistencia sanitaria. Gastos médicos. Urgencia vital</i> ) .....	512
7. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4. <sup>a</sup> de 4 de abril de 2000. ( <i>Asistencia sanitaria en el extranjero. Enfermedad imprevista</i> ) .....	515
8. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4. <sup>a</sup> de 25 de noviembre de 2003 (Recurso 4238/2002). ( <i>Reintegro de gastos, responsabilidad patrimonial</i> ) .....	518
9. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4. <sup>a</sup> de 11 de octubre de 2004 (Recurso 1157/2004). ( <i>Reintegro de gastos, denegación de asistencia</i> ) ..	520

### Anexo normativo

1. Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. ( <i>Reproducción parcial</i> ) .....	525
2. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. ( <i>Reproducción parcial</i> ) .....	526
3. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. ( <i>Reproducción parcial</i> ) .....	528
4. Código Civil. ( <i>Reproducción parcial</i> ) .....	532
5. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. ( <i>Reproducción parcial</i> ) .....	533
6. 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. ( <i>Reproducción parcial</i> ) .....	538
7. Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud. ( <i>Reproducción parcial</i> ) .....	545
8. Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización .....	553



	Página
9. 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 .....	564
10. Otra normativa de aplicación en las Comunidades Autónomas ..	576

**Formularios****I. FORMULARIOS CIVILES**

Modelo I.1.	Demanda de juicio civil ordinario .....	581
Modelo I.2.	Escrito de solicitud de práctica de prueba anticipada ..	584
Modelo I.3.	Escrito anunciando la aportación de un dictamen pericial del que aún no se dispone .....	585
Modelo I.4.	Escrito de aportación de dictamen pericial necesario en virtud de las alegaciones posteriores a la demanda ..	586
Modelo I.5.	Escrito de interposición de recurso de reposición ....	587
Modelo I.6.	Escrito de preparación de recurso de apelación .....	588
Modelo I.7.	Escrito de interposición de recurso de apelación ....	589
Modelo I.8.	Escrito de preparación del recurso extraordinario por infracción procesal .....	591
Modelo I.9.	Escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal .....	592
Modelo I.10.	Escrito de preparación de recurso de casación .....	593
Modelo I.11.	Escrito de interposición de recurso de casación .....	594

**II. FORMULARIOS ADMINISTRATIVOS**

Modelo II.1.	Reclamación administrativa por daños derivados de la actuación de la Administración Central (INGESA u otro organismo) .....	595
Modelo II.2.	Reclamación administrativa por daños derivados de la asistencia sanitaria prestada por una Comunidad Autónoma .....	597
Modelo II.3.	Reclamación administrativa en solicitud de reintegro de gastos médicos por denegación de asistencia o error de diagnóstico .....	599
Modelo II.4.	Escrito de petición de prueba en el expediente administrativo .....	602
Modelo II.5.	Escrito de evacuación del trámite de audiencia en el expediente administrativo .....	603
Modelo II.6.	Escrito de solicitud de información sobre el estado del procedimiento administrativo .....	604
Modelo II.7.	Escrito de solicitud de copia de los documentos incorporados al expediente administrativo .....	605
Modelo II.8.	Escrito proponiendo la terminación convencional del expediente administrativo .....	606
Modelo II.9.	Escrito de alegaciones en el trámite del procedimiento abreviado .....	608

	<u>Página</u>
Modelo II.10. Modelo orientativo de documento de voluntades anticipadas .....	609

	Página
Modelo II.11. Escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional .....	613
Modelo II.12. Escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente de un Tribunal Superior de Justicia .....	614
Modelo II.13. Escrito planteando la falta de competencia de una Sala .....	616
Modelo II.14. Escrito solicitando la acumulación .....	617
Modelo II.15. Escrito de ampliación del recurso .....	618
Modelo II.16. Escrito solicitando que se complete el expediente administrativo .....	619
Modelo II.17. Demanda en un recurso contencioso-administrativo .	620
Modelo II.18. Escrito planteando alegaciones previas .....	622
Modelo II.19. Escrito fijando cuantía .....	623
Modelo II.20. Escrito de proposición de prueba .....	624
Modelo II.21. Escrito interponiendo recurso de súplica por denegación del recibimiento a prueba .....	625
Modelo II.22. Escrito interponiendo recurso de súplica frente al rechazo de la práctica de pruebas .....	626
Modelo II.23. Solicitud interesando la tramitación preferente de un recurso contencioso .....	627
Modelo II.24. Escrito de conclusiones en un recurso contencioso-administrativo .....	628
Modelo II.25. Escrito solicitando aclaración de sentencia .....	629
Modelo II.26. Escrito de preparación de recurso de casación .....	630
Modelo II.27. Escrito de interposición de recurso de casación ordinario .....	631
Modelo II.28. Escrito de interposición de recurso de casación para unificación de doctrina .....	632
Modelo II.29. Escrito de interposición de recurso de casación en interés de la Ley .....	634
Modelo II.30. Escrito de solicitud de ejecución forzosa .....	635
Modelo II.31. Solicitud de incidente de ejecución del artículo 190.1 de la Ley 29/1998 .....	636
Modelo II.32. Escrito de petición de la extensión de efectos de la sentencia preferente a otros recursos .....	637
Modelo II.33. Solicitud de intereses de la cantidad fijada en sentencia .	638

### III. FORMULARIOS SOCIALES

Modelo III.1. Reclamación previa a la vía social por reintegro de gastos médicos por un supuesto de urgencia vital .....	639
--	-----



	<u>Página</u>
Modelo III.2. Escrito de alegaciones ante el Juzgado de lo Social por incompetencia en razón de la materia .....	641

	Página
Modelo III.3. Petición ante el Juzgado de lo Social de acumulación de Autos .....	642
Modelo III.4. Demanda ante el Juzgado de lo Social en reclamación de reintegro de gastos por urgencia vital .....	643
Modelo III.5. Demanda ante el Juzgado de lo Social en reclamación de reintegro de gastos por prótesis .....	645
Modelo III.6. Demanda ante el Juzgado de lo Social en reclamación de reintegro de gastos por asistencia recibida en el extranjero .....	647
Modelo III.7. Escrito de desistimiento de la demanda .....	649
Modelo III.8. Escrito de proposición de prueba .....	650
Modelo III.9. Escrito de interposición de recurso de reposición ....	651
Modelo III.10. Escrito de interposición de recurso de súplica .....	652
Modelo III.11. Escrito anunciando recurso de suplicación .....	653
Modelo III.12. Escrito de interposición de recurso de suplicación ...	654
Modelo III.13. Escrito de preparación del recurso de casación .....	656
Modelo III.14. Comparecencia ante el Tribunal Supremo .....	657
Modelo III.15. Escrito de formalización del recurso de casación ....	658

## PRÓLOGO

*La medicina y el derecho tienen un elemento común; ambas ciencias se ocupan del hombre, se preocupan del hombre y por el hombre, por su devenir. Por lo que tiene de permanente en el devenir de las circunstancias de espacio y tiempo.*

*Para los médicos el hombre es objeto de estudio en cuanto paciente, a los juristas les preocupa el hombre, la persona, en cuanto ser en conflicto. En ambos casos, la persona se nos presenta en un contexto, en una circunstancia histórica concreta. Sin relaciones de alteridad, de proximidad con el otro y de afectividad el derecho no existiría. El derecho resuelve situaciones de tensión, de conflicto, de enfrentamiento allí donde hay convivencia, dependencia de unos hombres con otros. La medicina, también, cada vez más, concibe al hombre enfermo en un contexto social y familiar. Ambas disciplinas saben muy bien, por experiencia, que el hombre, la persona es un ser débil, contingente: está expuesto a la enfermedad y al sufrimiento. Los médicos buscan el progreso en la atención de la salud de los ciudadanos, los juristas buscan la justicia en las relaciones interpersonales. Siguiendo a los filósofos griegos podríamos decir que, ambos, médicos y juristas, buscamos curar al hombre restableciendo el equilibrio y la armonía del ser humano. Ambas profesiones tienen un alto contenido ético, se preguntan constantemente sobre el concepto de la persona y su dignidad y en cierto modo son también profesiones bellas, pues la belleza se identifica con el equilibrio de las cosas, con el logro de la armonía.*

*Los juristas y también quienes cultivan disciplinas sociales como la ética o la sociología apelan con demasiada frecuencia, y creo que es bueno, a la dignidad de la persona para legitimar y justificar posiciones o conceptos que pretenden dotar al hombre de transcendencia o de referencias más allá de la estricta inmanencia del devenir de los acontecimientos históricos, el hombre no es sólo circunstancia, pero está condenado a desenvolverse en la circunstancia, en la coyuntura de una determinada realidad social. El nivel de dependencia o de determinismo que se quiera dar a «la circunstancia» va a condicionar lo que pensemos sobre el concepto del hombre mismo.*

*Si ya es difícil ponernos de acuerdo en qué es el hombre y cuáles son las señas de su identidad como «ser digno» en cada momento histórico, mucho más difícil, pero también imprescindible, me parece ponernos de acuerdo en cuál es la dignidad del hombre, del hombre enfermo.*

*La búsqueda de la dignidad en el hombre enfermo, sobre todo en aquellos supuestos en que la enfermedad se centra en lo más noble y característico del hombre; en la mente, en la capacidad de pensar, de discernir y de querer, en los presupuestos de la libre determinación, en la conciencia, cuando se pierde la capacidad de discernir, cuando el hombre no controla sus sentimientos, sus emociones, esta empresa resulta especialmente difícil porque, quizá, las enfermedades de la mente y las enfermedades*

*terminales o incurables son las que ponen de relieve, de una manera especial, la fragilidad del ser humano, su contingencia. Pienso que en estos casos resulta especialmente difícil ver al hombre, al hombre gravemente enfermo, al hombre sin razón, como un «ser digno».*

*La respuesta a este comprometido dilema depende de nuestro punto de partida. Como decíamos al principio, los juristas, los filósofos y los cultivadores de la bioética, acuden como argumento último y de máxima autoridad para fundar sus afirmaciones a «la dignidad de la persona». Sin embargo, en la práctica, si les preguntamos, no todos sabrían concretar en qué consiste esa dignidad. Cuáles son sus notas distintivas, permanentes, al margen de la circunstancia, a veces tan condicionadora de los principios. En cualquier caso, también los presupuestos de la reparación de los daños derivados de una deficiente asistencia sanitaria tienen su presupuesto último en este sentido de la dignidad de la persona como titular de derechos frente a los poderes públicos.*

*Para profundizar en esta dimensión humanista de médicos y juristas son necesarias dos cualidades que no siempre se encuentran en los trabajos científicos y sobre las que, pienso, es conveniente reflexionar: la sencillez y la energía. La sencillez, es fruto de la reflexión interior profunda, exigente y comprometida que como resultado ofrece criterios claros, inteligibles, que pueden orientar, que pueden ser seguidos por los ciudadanos y que pueden ser útiles para el propio «gobierno e inteligencia de su persona».*

*El reto quizá más difícil del hombre en un mundo tan complejo es entenderse a sí mismo, poder explicarse. Estas elementales coordenadas sobre su situación en el mundo y su referencia con las cosas que le rodean, constituyen hoy una fuente de «salud colectiva», se dice en ocasiones y es una de las preguntas que todos nos hacemos ¿quién es el enfermo, el hombre o la sociedad?*

*La dignidad, en palabras del Tribunal Constitucional, también se presenta para el jurista como un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.*

*Podemos concluir que la dignidad para el derecho ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, también cuando está enferma. Constituye un **mínimum** invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar.*

*La transcendencia de los derechos fundamentales que son inherentes a la dignidad de la persona, en el Estado social de derecho, no se limita a su universal reconocimiento como derechos de toda persona, sino que son elementos esenciales de un ordenamiento jurídico y por tanto constituyen un compromiso positivo que obliga a todos los Poderes Públicos.*

*La posibilidad de su ejercicio debe ser asumida también por el Estado y en este sentido, el derecho a la salud, a la salud de todos los ciudadanos, es también un derecho de contenido social que establece vínculos de estrecha dependencia entre mi salud y la salud de los demás.*

*La medicina y el derecho tratan al hombre, estudian al hombre, y ambas, más la medicina que el derecho, pretenden curar al hombre.*



*Se ocupan del hombre en cuanto que es persona y que, como tal, es una cosa digna, dotada de excelencia, merecedora de respeto, con derechos inviolables e inherentes a su condición de persona.*

*En este contexto, el encuentro entre médicos y juristas, se sitúa la excelente obra de José GUERRERO ZAPLANA, Magistrado-especialista de lo Contencioso-Administrativo, con una brillante trayectoria en la carrera judicial.*

*La obra «Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria», constituye una aportación clarificadora, rigurosa, completa y muy actualizada en una materia, la regulación de las eventuales responsabilidades de las Administraciones Sanitarias ante la defectuosa asistencia a los ciudadanos.*

*Los complejos problemas jurídicos que plantea la responsabilidad objetiva de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos, en los términos reconocidos en el artículo 106.2 de la Constitución, y las recientes reformas operadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para residenciar todas estas reclamaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cualquiera que sea la naturaleza jurídica, pública o privada, de la relación en que se ocasione el daño, son abordadas con rigor, acierto y un conocimiento exhaustivo de la jurisprudencia.*

*Trabajos como el que hoy se presenta, ponen de relieve la importancia de unir teoría y práctica al abordar trabajos de actualidad.*

*José GUERRERO ZAPLANA, constituye un excelente ejemplo de una nueva generación de Magistrados que, a su experiencia diaria como jueces en ejercicio, unen la preocupación intelectual y la sensibilidad propia de los juristas dedicados al estudio científico del derecho.*

*La amistad que me une a José GUERRERO ZAPLANA y el haber compartido con él tareas jurisdiccionales en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, constituyen para mí una doble satisfacción a la hora de presentar esta obra.*

*La calidad y oportunidad de su trabajo sobre «Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria» aseguran el éxito de la empresa, a mí sólo me resta animar al autor para que continúe en ese permanente diálogo entre médicos y juristas, consciente de que todos buscamos un mismo objetivo: hacer que los hombres vivan en libertad e igualdad.*

*Madrid, 1 de mayo de 2001*

José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

## INTENCIÓN DEL AUTOR

*Cuando surgió la idea de la preparación de este libro se pensó en realizar un trabajo que tuviera una orientación eminentemente práctica y que pudiera servir al profesional, tanto del derecho como de la salud, que estuviera interesado en conocer las cuestiones que se plantean en relación a las reclamaciones relativas a la prestación de la asistencia sanitaria y que pretendiera obtener un conocimiento somero, aunque suficientemente técnico, sobre el fundamento, los principios inspiradores, los requisitos y los procedimientos por los que se tramitan esta clase de reclamaciones.*

*Por esta razón, en el texto que sigue se ha evitado entrar en polémicas de tipo excesivamente doctrinal o de compleja técnica jurídica que, si bien son importantes, están en ocasiones separadas de la realidad práctica que es la que se aborda con profundidad en este trabajo; aquellas otras cuestiones deben dejarse reservadas para trabajos de otra naturaleza y orientación, limitándose ahora a su simple enumeración o a la cita de las posturas más predominantes dentro del panorama de los que se vienen a llamar «operadores jurídicos».*

*En la primera parte de este libro se abordan con detalle aquellas cuestiones que la práctica diaria de los Tribunales convierte en fundamentales y que deben ser valoradas en las reclamaciones relativas a la prestación sanitaria que se pueden plantear ante las diversas jurisdicciones; igualmente, se orienta sobre cuál debe ser el orden jurisdiccional competente para el conocimiento de cada especie de pretensiones; se enuncian los problemas habituales que se plantean ante los Tribunales y se da la solución seguida por la jurisprudencia mayoritaria más reciente, enunciando, a veces, otras líneas jurisprudenciales minoritarias, cuya valoración y conocimiento se hace imprescindible.*

*Con afán de simplificar, en esta primera parte se ha prescindido de las notas a pie de página y lo que había sido su contenido o bien se ha incluido en el texto (cuando se ha considerado necesario) o bien se ha eliminado (cuando se ha considerado que su inclusión alteraba la finalidad eminentemente práctica del trabajo). Por la misma razón se ha prescindido de citas bibliográficas, aunque se incluye al final una relación de la bibliografía utilizada y cuya consulta conseguirá suplir cualquier omisión que se aprecie en el texto. Para facilitar la lectura se ha prescindido, también, de siglas, llamadas de atención o comentarios que hacen perder el hilo de la exposición y que tan perturbadores resultan a veces cuando se trata de hacer una exposición clara y sistemática.*

*Como complemento, y en la segunda parte del libro, se recoge, una selección de la jurisprudencia citada en la primera parte relativa a los órdenes jurisdiccionales ci-*

*vil, contencioso-administrativo y social; se citan fundamentalmente sentencias de las diversas Salas del Tribunal Supremo y prácticamente todas son de los últimos años para así garantizar que se están recogiendo las últimas líneas marcadas por la jurisprudencia. Para su mejor comprensión y valoración se han incluido todas las sentencias a texto completo aunque, a veces, se han suprimido algunos pasajes que no eran relevantes a nuestro objeto de estudio y se ha señalado mediante (...).*

*También se incluye en la segunda parte del libro un anexo normativo (en el que por orden de rango normativo se recoge la normativa básica que debe aplicarse a este tipo de reclamaciones) y una relación de formularios básicos (relativa a los diversos procedimientos y órdenes jurisdiccionales que pueden tener competencias en materia sanitaria). Con ello se pretende reunir en un solo volumen toda la información precisa sobre la materia que nos ocupa.*

*Tanto en la materia recogida en la primera parte como en la recogida en la segunda (jurisprudencia y formularios) se presta una atención mucho más detallada al ámbito contencioso-administrativo pero ello no puede imputarse en ningún caso a la especialización del autor sino que se debe, como no podía ser de otra manera, a que la materia que es objeto de este trabajo está destinada a ser enjuiciada dentro de dicho ámbito jurisdiccional, lo que hace que deba ser mucho mayor el peso de este orden jurisdiccional en las materias relativas a la responsabilidad patrimonial sanitaria.*

*Si se ha conseguido todo lo pretendido se verá a partir de la página siguiente (...).*



## NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN

*La favorable acogida dispensada a la primera edición de este libro ha obligado a preparar esta segunda. La necesaria rapidez con la que se ha confeccionado ha aconsejado mantener en su integridad el esquema básico y el contenido de la primera edición y limitarse ahora a efectuar algunas correcciones con el fin de adaptar el texto a las modificaciones producidas por el traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas que aún no habían recibido las plenas competencias en esta materia cuando se cerró la primera edición.*

*Se deja para más adelante el realizar una adaptación más profunda tanto del texto como del contenido de algunos apartados, así como el acometer una actualización jurisprudencial completa (aunque la jurisprudencia citada sigue siendo plenamente vigente, pues no se han producido cambios de orientación significativos), así como añadir las modificaciones que resulten necesarias derivadas del cambio competencial que, aunque ya se ha producido, ahora empieza a producir sus efectos jurídicos prácticos.*

*Antes de terminar, quisiera tener un recuerdo para don José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, autor del Prólogo de la primera edición, que, a la hora de redactar esta nota introductoria a la segunda edición, se encuentra en proceso de recuperación de la enfermedad que, de momento, lo tiene apartado de las tareas jurisdiccionales. Espero que con su esfuerzo, y con el apoyo de su familia, pronto se encuentre de nuevo entre nosotros sirviendo, como siempre, de ejemplo y estímulo para generaciones enteras de Magistrados.*

## NOTA A LA TERCERA EDICIÓN

*Como ya se anunció al preparar la segunda edición, en esta tercera se ha producido una renovación casi total del libro ya que apenas uno de los capítulos ha quedado sin modificaciones.*

*La necesidad de la adaptación a las reformas legales ha obligado a dedicar un capítulo entero al Consentimiento Informado y a buena parte de la regulación que procede de la Ley 41/2002 que está en íntima relación con las cuestiones que se tratan en este libro; también se ha hecho necesario dedicar más espacio a la contemplación y análisis de los supuestos derivados del traspaso de competencias en materia sanitaria a las Comunidades Autónomas que aún no habían recibido dichas competencias; no obstante, esta cuestión queda pendiente del pronunciamiento definitivo por parte del Tribunal Supremo que, a la fecha de cerrar esta edición, aún no se ha producido.*

*Por lo demás, se ha actualizado la jurisprudencia sustituyendo alguna de la que estaba citada en las ediciones anteriores por la cita de otras sentencias que, aunque con un contenido sustancialmente idéntico se han dictado en el año 2002 o, en la medida de lo posible, en enero de 2003.*

*También se ha tratado de dar entrada a las últimas líneas jurisprudenciales en materia de consentimiento, de valoración de la *lex artis* así como modernas teorías que van encontrando acomodo en nuestra jurisprudencia más moderna como las de la culpa virtual, del daño desproporcionado o de la pérdida de oportunidades.*

*Por lo demás, el libro se mantiene en sus mismos parámetros: trata de ser un libro de contenido y estructuras esencialmente prácticos, que trata las cuestiones derivadas de las reclamaciones planteadas en relación a la asistencia sanitaria desde un punto de vista lo más clarificador posible y haciendo mención siempre a los problemas que se plantean en la realidad de cada día pero ofreciendo respuestas a todos los problemas enunciados, respuestas que tratan no solo de ser exactas, sino también basadas en la respuesta que ofrecen algunos de los Tribunales que tratan de dichas cuestiones.*

*Esa orientación eminentemente práctica, procedente de la experiencia del autor durante varios años conociendo de este tipo de reclamaciones, ha aconsejado dejar al margen cuestiones que, aun relacionadas con el derecho sanitario, se encuentran al margen de las reclamaciones que se conocen a diario en los tribunales: es el caso, por ejemplo, de cuestiones de carácter más doctrinal y teórico que se pueden plantear en materia de consentimiento informado y en relación con el testamento vital o en materias relacionadas con la historia clínica o con la colegiación, o con las reclamaciones de gasto farmacéutico, etcétera. Estas y otras cuestiones quizá, exijan un tratamiento pormenorizado en otra clase de trabajo.*

Febrero 2003

## NOTA A LA CUARTA EDICIÓN

*En atención a que este libro sigue encontrando favorable acogida entre los interesados en la materia sanitaria se hace necesario realizar actualizaciones periódicas cada vez que se agotan las sucesivas ediciones.*

*Aunque sería posible realizar simples reimpresiones de las ediciones anteriores, prefiero siempre realizar algunas modificaciones, aunque sean puntuales, con el fin de adaptar el contenido del libro a las últimas novedades dentro del mundo del derecho sanitario. En este momento las modificaciones que se imponen como fundamentales son las que se derivan de las nuevas redacciones de determinados preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las que se derivan de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en la materia del órgano jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial sanitaria.*

*Por lo demás, tanto el contenido doctrinal del libro como la jurisprudencia citada en la edición anterior sigue siendo plenamente válida casi en su totalidad por lo que sólo se han realizado añadidos puntuales pero manteniendo la estructura y contenido básicos de la edición anterior; en cuanto se refiere a las cuestiones derivadas de la nueva regulación de los derechos de los pacientes y el consentimiento informado, es una cuestión que ha sido tratada con más detalle en otra monografía específica sobre la materia publicada en esta misma Editorial, y a la que debo remitirme para un estudio más completo.*

*Abril 2004*

## NOTA A LA QUINTA EDICIÓN

*De nuevo a petición de la editorial Lex Nova me he debido enfrentar a la tarea de la preparación de la quinta edición de este libro. Desde que se elaboró la cuarta edición no se habían producido novedades legislativas reseñables pero, sin embargo, sí había una nueva jurisprudencia que era necesario incorporar para recoger los últimos criterios del Tribunal Supremo en las materias objeto de este trabajo.*

*En materia de procedimiento y de competencia del órgano jurisdiccional encargado de conocer las reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria sí que era necesario actualizar el contenido del libro de modo que los criterios inicialmente apuntados como hipótesis la jurisprudencia ha encargado de fijarlos y se han confirmado los criterios expuestos en aplicación de las novedades legislativas del año 2003 y ahora ya, esa jurisprudencia ha marcado claramente las líneas por las que se debe circular.*

*También en materia de consentimiento informado era necesario realizar una modificación sustancial para acoger los nuevos criterios jurisprudenciales y eliminar aquellas partes del libro en las que se planteaban hipótesis de futuro en relación a los posibles criterios que debía acoger el Tribunal Supremo y que ahora son, ya, realidades jurisprudenciales estables.*

*Se ha procedido también a realizar algunos cambios en la estructura del libro con el fin de dar más importancia a cuestiones fundamentales dejando en segundo plano algunos problemas candentes en su momento pero que hoy responden a problemas resueltos según criterios muy consolidados.*

*Por último, debe señalarse que la finalidad del libro sigue siendo la misma: ofrecer un trabajo de aplicación diaria para todos aquellos que se deben enfrentar a una reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria incluyendo en un mismo volumen todo el material legal, jurisprudencial y documental que puede ser necesario para enfrentarse a dicha tarea.*

*La favorable acogida y el éxito de ediciones anteriores parece aconsejar que se realicen las menores modificaciones posibles pues lo dicho y hecho hasta ahora ha contado con el beneplácito del público destinatario de este trabajo. No queda, pues, sino agradecer a los lectores de esas cuatro ediciones anteriores su muy amable acogida.*

Octubre 2006



# **PRIMERA PARTE**

## INTRODUCCIÓN

### I. EL DERECHO A LA SALUD

La protección de la salud se configura en los Estados modernos como uno de los pilares básicos que los sustentan y se reconoce como un derecho fundamental que pueden reclamar los ciudadanos; así se recoge en la Declaración de los Derechos Humanos (ONU, 1948) en la Carta Social Europea del Consejo de Europa (1961) y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966).

En nuestro ordenamiento, el artículo 43 de la Constitución, dentro de los Principios Rectores de la Política Social y Económica, establece que: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud»; éste es el precepto básico y sobre el que se sustenta la estructura constitucional relativa a la sanidad y protección social; a su vez, este precepto aparece interconectado con otros preceptos constitucionales como pueden ser los siguientes:

- Artículo 40.2 que establece que los poderes públicos velarán por la Seguridad e Higiene en el trabajo.
- Artículo 41 establece que: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en caso de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.»

A su vez, debe aplicarse lo que dispone el artículo 9.2 según el cuál los Poderes Públicos tienen el encargo de promover las condiciones para que la igualdad y la libertad de los individuos sean reales y efectivas, posibilitando el ejercicio en plenitud de sus derechos; para conseguir dichos objetivos, resulta evidente la necesidad de que se actúe desde la perspectiva del respeto a la integridad física y moral de la persona, por lo que la defensa de la salud y su promoción se convierten en un objetivo básico que deben lograr los poderes públicos.

De este modo, la salud y su protección se convierten, no en un mero principio rector de la política social y económica del Estado (como resulta de su encuadre en el capítulo III del título I de la Constitución), sino que se convierte en un valor que es esencial para el pleno desarrollo de la personalidad

cuya consecución es un objetivo de los poderes públicos. Así pues, la efectividad del derecho a la salud aparece como un objetivo irrenunciable y el sistema sanitario no es sino una ordenación de medios orientados a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades.

Así, el derecho a la salud se convierte en un auténtico derecho público subjetivo (que no es sino la aplicación al campo del derecho público del concepto general de derecho subjetivo) en virtud del cual, el Estado se obliga a dar o hacer algo a favor de una persona que, si se cumplen los requisitos legalmente establecidos, tiene derecho a exigir tal prestación.

Al configurar las prestaciones sanitarias como un derecho público subjetivo, se superan antiguas consideraciones de las mismas como prestaciones de carácter benéfico o asistencial que carecían de la nota de reciprocidad y ello por cuanto dicha consideración como derecho público subjetivo implica no solo una abstención por parte del Estado sino una actuación positiva por parte del mismo para satisfacer una serie de necesidades trascendentales para la vida. No se olvide que estas prestaciones sanitarias cumplen los requisitos básicos determinantes de la presencia de un derecho subjetivo: tienen su origen en una norma, tienen un objetivo específico y concreto y su contenido es la realización de una conducta específica exigible a un sujeto pasivo.

Por tanto, los ciudadanos aparecen frente al Sistema Nacional de Salud, ostentando una posición activa que les permite la consecución de un beneficio patrimonial y personal, por lo que estamos ante derechos subjetivos típicos. Ahora bien, esto no puede hacer olvidar la naturaleza peculiar de los derechos a que nos referimos, que son derechos de carácter social tanto porque se otorgan en función de un concepto solidario de la propia personalidad como porque el beneficiario de la prestación sanitaria se concibe, cada vez más, en función del grupo social. Por todo ello, los derechos del paciente respecto al Sistema Nacional de Salud (definido tal como resulta de la enumeración de derechos que proceden del artículo 10 de la Ley General de Sanidad) no se puede contemplar con carácter absolutamente subjetivo y de intereses individuales, sino que hay que considerar los intereses de la sociedad en la prevención y defensa de la salud entendiendo que este es un bien colectivo de toda la comunidad. De este modo, se convierten los servicios sanitarios como uno de los ejes sustentadores del moderno Estado del bienestar; por tanto, las diversas políticas sanitarias que se pueden adoptar en cada Estado no se deben dirigir, exclusivamente, a la mejora de las técnicas de gestión y utilización de recursos humanos y materiales, buscando su optimización, sino que la adopción de una u otra política sanitaria lleva a la revisión del contenido y alcance del concepto de Servicio Público de Salud en un estado social y democrático de derecho, tal como se define el nuestro por la Constitución en su artículo 1. La configuración de una u otra clase de sistema dependerá del papel que se atribuya al poder público, bien como simple gestor o con una función también reguladora; el problema será de límites pues ni es posible plantear un sistema en el que se reserve en exclusiva la gestión a los poderes públicos, ni cabe pensar en un sistema sin presencia pública y en el que la gestión sea enteramente privada.

## II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD

La protección social en que consisten las prestaciones sanitarias no se han configurado siempre del modo al que nos acabamos de referir en el apartado anterior, la aparición de las primeras formas del seguro de accidentes trataban de superar los efectos indeseables de la beneficencia (que era la forma más primitiva de protección social); el siguiente hito se marcó por la aparición de las mutualidades que no fueron sino una forma de aseguramiento con autogestión y administración por los afectados. Esto sirve de transición al sistema de seguridad social con universalización de coberturas caracterizado por la uniformidad y la intensidad en la protección y en el que la incorporación al sistema no procede (como al inicio) de la cobertura del accidente de trabajo y se configura, no como un seguro de accidentes, sino como un seguro de enfermedad.

La configuración constitucional del Estado como estado social y democrático de derecho, a la que ya nos hemos referido, hace que se establezca un régimen de Seguridad Social cada vez más amplio ya que el propio texto constitucional no establece un límite cerrado de medidas de asistencia social lo que permite que se articule un régimen de protección cada vez más amplio que trata de atender a los diversos estados de necesidad de los ciudadanos configurándose de ese modo el sistema de salud como un sistema de triple protección: protección de la salud, de seguridad social y de prestaciones o servicios sociales; a ello han contribuido diversas normas de desarrollo constitucional que han llevado tanto a la universalidad de prestaciones como al establecimiento de un nivel no contributivo de cobertura de seguridad social que establece prestaciones en términos de identidad e igualdad en las situaciones de necesidad respecto de aquellos que carezcan de medios para hacer frente a dichas situaciones.

Por tanto, al reconocer la Constitución la existencia de un Estado social, se entiende superado el modelo de estado abstencionista en sus relaciones con los particulares y se sustituye por un Estado intervencionista que asume funciones básicas en relación a valores de la persona como puede ser la salud, esencial para el desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos; de ahí que el artículo 1.2 de la Ley General de Sanidad establezca que «son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan su residencia en España».

Desde esta perspectiva, no puede olvidarse que la universalidad que se predica del derecho a la salud y de las prestaciones sanitarias hace que deban tomarse medidas específicas en relación a una serie de colectivos ciudadanos especialmente desprotegidos y que tienen necesidades especiales y a los que la propia Constitución cita expresamente dentro del mismo capítulo III del título I en el que se incluye en artículo 43, ya citado; así cabe mencionar a los trabajadores [artículo 40.2: los poderes públicos (...) velarán por la



seguridad e higiene en el trabajo]; los disminuidos físicos (artículo 49: los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales...); tercera edad (artículo 50: Los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad...); consumidores y usuarios (artículo 51: Los poderes públicos garantizan la defensa de los consumidores y usuarios).

En base a todo lo anterior, puede definirse la sanidad (o la organización sanitaria) como el sistema organizativo previsto para la prestación de servicios a través de relaciones contractuales y extracontractuales que garantizan la utilización de medios idóneos (incluida la prestación de fármacos) tanto en tratamiento hospitalario, ambulatorio o en el propio domicilio del enfermo, tendente a preservar el estado de salud de las personas, facilitar su recuperación su curación o a disminuir sus efectos perniciosos.

No hay que olvidar que dentro de la actividad administrativa en materia sanitaria se pueden incluir diversas actividades que, en principio, se consideran ajenas a la prestación sanitaria; así la que tiene por objeto el buen estado de los animales (sanidad veterinaria); el control de la alimentación y la bebida; las limitaciones en relación al ámbito laboral (regulaciones de trabajos peligrosos) o medidas en relación al medio ambiente o a la contaminación.

Por tanto, la amplitud de la materia considerada, en general, como materia sanitaria, hace necesario en nuestro actual Estado de las Autonomías, proceder a un reparto de las competencias de acuerdo con la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía. Es necesario proceder a la delimitación de cuáles son los aspectos de la sanidad nacional que corresponden al Estado y cuáles pueden ser competencia de las Comunidades Autónomas acudiendo para ello a lo dispuesto en el título VIII de la Constitución.

El artículo 149.1.16 ha establecido como competencia exclusiva del Estado todo aquello que se refiere a «Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos». Por tanto, la competencia es exclusiva sobre sanidad exterior y legislación sobre productos farmacéuticos y su competencia solo se extiende a las bases y coordinación general en lo que se refiere a la materia sanitaria.

Establecido así un sistema de sanidad con entronque en preceptos constitucionales básicos y al regularse el derecho a la salud no solo como principio rector de la política social y económica sino también como valor fundamental de la persona a la vez que como derecho subjetivo público, se hace necesario estudiar el sistema por el que se van a hacer efectivas las consecuencias del incumplimiento de las normas reguladoras de este derecho, y esto es, precisamente, nuestro objeto de estudio que se centrará en las reclamaciones que se puedan plantear por la defectuosa prestación de la asistencia sanitaria.

### III. LA PROGRESIVA APARICIÓN DE LA MEDICINA DEFENSIVA

Como trataremos de exponer en las páginas que siguen, la realidad es que ante el defectuoso resultado de la prestación asistencial o sanitaria, se abren para el perjudicado una serie de vías de reclamación por las que podrá circular de modo alternativo o sucesivo: reclamación civil si se ha tratado de la medicina privada, reclamación de responsabilidad patrimonial si la prestación se ha realizado por el Servicio Público de Salud, reclamación también contra el médico o contra la compañía de seguros, o dejar esta última para ejercitarla ante la vía civil. Igualmente podrá iniciar una reclamación ante la vía social en el caso de que se trate de una reclamación de reintegro de gastos si para el restablecimiento de la salud se ha debido acudir a la sanidad privada. A su vez, en todo caso, podrá iniciar una reclamación por la vía penal en el caso de que considere que concurren los requisitos para entender que se ha producido un delito, ello siempre con carácter preferente.

No hay duda de que este abanico de posibilidades de reclamación, utilizado hoy día con generosidad por los supuestos perjudicados, puede llevar a una verdadera situación de colapso de la asistencia sanitaria ante el temor de los profesionales de la medicina de que su actuación se vea continuamente cuestionada cuando no se ha conseguido el resultado querido por el paciente.

No hay duda de que en la sociedad se ha producido en el último cuarto de siglo el reconocimiento genérico de un abanico cada vez más amplio de derechos y que la conciencia ciudadana de los derechos que la Constitución y las leyes nos conceden a todos los ciudadanos ha provocado que en los últimos años las reclamaciones contra los médicos y la sanidad proliferen de modo extraordinario.

Si reflexionamos serenamente sobre dicho aumento nos daremos cuenta de que si los medios con los que cuenta la sanidad, tanto pública como privada, son cada vez mayores y de más calidad, si la preparación de los profesionales es cada vez más depurada, y la formación que reciben cada vez más perfecta y continuada, y eso, a su vez, coincide con un incremento en el número de las reclamaciones, dicho aumento no puede deberse más que a la voluntad de los ciudadanos en plantear dichas reclamaciones que, generalmente, terminan ante los Tribunales de Justicia a los que la Constitución (en su artículo 117) encomienda la obligación de ejercer la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos. No se olvide que el artículo 10.12 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986) entre los derechos de los ciudadanos en relación con la administración pública sanitaria reconoce el derecho «A utilizar las vías de reclamación».

Por tanto, y como primera conclusión, deberíamos entender que el recelo que puedan tener los médicos ante la Administración de justicia no tiene su origen en la actitud de los jueces y magistrados sino que es la propia sociedad la que demanda de los médicos una actuación más exquisita y ello se refleja en un aumento de las reclamaciones lo que obliga a los jueces y tribu-

nales a poner en marcha los mecanismos previstos por las leyes procesales (criminales, civiles o contenciosas) y a pronunciarse sobre la corrección y adecuación de la actividad profesional de los médicos.

No son, por tanto, los jueces y tribunales los que, recelando de la actuación profesional de los médicos los someten a enjuiciamiento, es la propia sociedad la que se manifiesta de ese modo y acude a los jueces, que son los garantes constitucionalmente asignados de sus derechos, para solicitar su amparo y protección. Se produce de este modo una cierta contradicción: por un lado los ciudadanos acuden cada vez con más asiduidad a los médicos y, por otro lado, sus reclamaciones se producen, también, de modo más frecuente y con mayor intensidad, esto llevará como efecto la práctica de lo que se ha venido en llamar medicina defensiva.

Será difícil establecer un criterio que satisfaga a todos sobre lo que se entiende como medicina defensiva, pero, sin perjuicio de lo que podamos concluir al amparo de lo previsto en el Código de Deontología al que nos referiremos más adelante, quizá podamos admitir que cuando hablamos de medicina defensiva estamos hablando de que los médicos, para evitar que se les impute mala práctica, prescriben la realización de pruebas diagnósticas que exceden con mucho de lo que sería habitual y ordenan la práctica de análisis, radiografías, resonancias y abren todo el abanico que la medicina moderna les permite para evitar tanto un diagnóstico equivocado como que se les pueda tachar de dejadez o abandono en la investigación de la causa de la enfermedad.

El segundo párrafo del artículo 18 del Código Deontológico al que hacíamos referencia en el párrafo anterior, establece que «El médico no debe indicar exploraciones o tratamientos que no tienen otro fin que su protección. La medicina defensiva es contraria a la ética médica». En principio, dicho precepto es claro y sirve no solo como reflejo de que el ejercicio de la medicina defensiva está prohibida por la Organización Médica Colegial, sino que, también, nos permite obtener un concepto de lo que deba entenderse por medicina defensiva: puede entenderse que es aquella en que se prescriben exploraciones o tratamientos que no tienen finalidad terapéutica sino que buscan la protección del médico ante eventuales reclamaciones.

La medicina defensiva, pues, trataría de proporcionar al médico la protección necesaria ante futuras reclamaciones planteadas por los posibles perjudicados por la prestación asistencial recibida, de modo que el médico ante el que se formule la reclamación estuviera en condiciones de probar en todo caso que se actuó con arreglo a los protocolos aplicables y que la prestación asistencial fue conforme al criterio de la *lex artis*, entendida ésta como criterio de normalidad en la prestación asistencial. La actuación médica «a la defensiva» supone que se practiquen las pruebas diagnósticas y que se actúe tomando no solo las precauciones normales (en las que siempre se corre algún riesgo pues no puede garantizarse que siempre la salud y la vida triunfen en el combate contra la enfermedad) sino más allá de las normales acentuando



hasta el límite máximo las precauciones con el fin de reducir al mínimo de lo razonable los riesgos derivados del tratamiento médico.

La práctica de la medicina defensiva, considerada tal como hemos hecho en los párrafos anteriores lleva aparejadas dos consecuencias fundamentales igualmente perniciosas para el sistema sanitario en general: por un lado, ocasiona una ralentización en la prestación asistencial, y por otra provoca que se encarezca la asistencia prestada por cuanto supone la realización de pruebas de las que se podría haber prescindido. Se infringe frontalmente de este modo lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Sanidad que establece que: «Los servicios sanitarios (...) adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad», y ello pues dicha actitud estaría infringiendo, al menos, los principios de celeridad y economía.

No es este el inconveniente fundamental de la práctica de la medicina defensiva, como veremos en el capítulo correspondiente, el criterio de la *lex artis* se convierte en el delimitador de los supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración en multitud de ocasiones. Se plantean problemas a diario para determinar qué es lo que aconseja la *lex artis* en cada caso, y ello pues si una cosa es lo que sería normal en unas condiciones ordinarias, la proliferación de reclamaciones dirigidas contra los médicos llevan a que se practique una cierta medicina defensiva con generalidad con lo que el criterio de la *lex artis* aumenta su nivel de exigencia de modo que lo normal viene a ser no lo que sería habitual en atención a la patología y circunstancias de cada paciente, sino lo normal para evitar la formulación de reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración.

No cabe duda de que el avance de la ciencia médica y la proliferación de nuevos y más perfectos métodos diagnósticos, obliga a que el criterio de normalidad que representa la *lex artis* sea un criterio esencialmente variable en el tiempo (es decir, los protocolos asistenciales se deben ir mejorando y perfeccionando a lo largo del tiempo impulsados por el avance de la ciencia); ahora bien, lo que no tiene justificación suficiente es que la modificación de la *lex artis* la marque no el avance de la ciencia sino el hecho de que se practique una medicina cada vez de carácter más defensivo que lleve a convertir en normal cosas que no lo son si se valoran desde el punto de vista estrictamente científico y técnico.

Así, la asistencia médica considerada como normal en un determinado momento, transcurrido un corto período de tiempo se considera claramente insuficiente y no acomodada a la *lex artis* pero ello se debe, en la mayoría de las ocasiones a la práctica de la medicina defensiva que aconseja que en cada momento se utilicen mayor número de métodos diagnósticos y más complejos y exactos, lo que hace que el concepto de *lex artis* varíe cada caso y en cada circunstancia.

Vemos así cómo se produce otro gran inconveniente de lo que es la práctica de una medicina defensiva impulsada por la proliferación de recla-



maciones: el criterio de la *lex artis* no viene marcado por el avance de la ciencia sino por el temor a que se produzcan reclamaciones de los particulares en relación con la asistencia recibida.

De este modo, el estudio que se pretende en este libro sobre las diversas vías de reclamación derivadas de la asistencia sanitaria no debe ser interpretado como un favorecimiento del enjuiciamiento por los órganos jurisdiccionales de la actuación de los profesionales de la medicina.

Lo que se pretende es, antes al contrario, que un mejor y más profundo conocimiento de los diversos aspectos que envuelven la cuestión de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria permita aumentar las garantías de seguridad no solo de los médicos sino también de los pacientes y sus familiares pues el mayor conocimiento debe conllevar a un mayor entendimiento entre dos profesiones (la de los médicos y la de los jueces) tan ligadas con la persona y su dignidad.

# CAPÍTULO I

## LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

---

### SUMARIO

- I. LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL.
  - II. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.
    - 1. Acción u omisión.
    - 2. Ilícita o antijurídica.
    - 3. Daño. El daño moral.
    - 4. Culpa o negligencia.
  - III. LA RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE OTRO.
  - IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y SUS REQUISITOS.
    - 1. Acción u omisión.
      - A) Responsabilidad del médico y del servicio.
        - a) Responsabilidad del médico.
        - b) Supuestos especiales: cirugía perfectiva y asistencia por motivos deontológicos.
        - c) Responsabilidad del servicio.
        - d) Relación entre la responsabilidad del médico y del servicio.
      - B) Carga de la prueba.
        - a) Problemática general y supuestos especiales: la culpa virtual, el daño desproporcionado y el conjunto de posibles deficiencias asistenciales.
        - b) La prueba pericial.
        - c) Pruebas practicadas para mejor proveer.
    - 2. El daño.
    - 3. Culpa o negligencia.
      - A) Posición tradicional.
      - B) Modernas posiciones objetivistas y el freno a las mismas.
    - 4. Relación de causalidad.
    - 5. Plazo de ejercicio.
    - 6. Aplicación de la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
-

## I. LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL

Un estudio relativamente detallado sobre la culpa extracontractual, y de las obligaciones que surgen de este tipo de responsabilidad, exige ser iniciado con la enumeración de los diversos modos por los que surgen las obligaciones, para, solo de este modo, poder determinar y encuadrar adecuadamente las obligaciones que tienen su origen en la culpa contractual y poder ser distinguidas, en cuanto a su naturaleza, contenido y efectos, de otro tipo de obligaciones con un origen distinto.

En este sentido, es tradicional la distinción, en atención a su origen, entre las obligaciones que surgen o bien de los contratos (a las que no nos referimos en este momento) o bien de actos ilícitos; a su vez, las que surgen de los actos ilícitos pueden surgir del delito o de otros actos ilícitos no delictivos en los que interviene culpa o negligencia.

No procede ahora hacer una referencia a la doctrina tradicional que distingue entre los delitos y los cuasi delitos como las dos fuentes de las que surgen las obligaciones no contractuales, sino que basta con referirse a lo que establece el Código Civil que habla en el artículo 1089, al inicio del Libro Cuarto en el que se regulan las obligaciones y contratos, y en relación al origen de las obligaciones de que: «Las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos en los que inter venga cualquier género de culpa o negligencia».

Los artículos siguientes establecen la normativa básica para cada tipo de obligaciones según su origen; así el artículo 1090, en cuanto a las obligaciones derivadas de la Ley, establece que no se presumen y que se regularán por los preceptos de la Ley que las hubiera establecido y, en lo que esta no hubiera previsto, por las disposiciones del Libro Cuarto del Código Civil; el artículo 1091, para regular las obligaciones que surgen del contrato, establece que tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y remite al tenor de los mismos; el 1092 remite al Código Penal para las obligaciones civiles que surgen de los delitos y faltas y, por lo que a nosotros más nos interesa, el artículo 1093 establece que: «Las (obligaciones) que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la Ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro», referencia que hay que entender realizada a los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, preceptos a los que más adelante nos referiremos.

Esta forma de responsabilidad, que para diferenciarla tanto de la que surge del contrato, como de la que surge de ley como de la que surge del ilícito penal, se ha dado en denominar «responsabilidad extracontractual» ha existido desde siempre en los ordenamientos jurídicos y ello, pues, se basa en principios generales del derecho que han sido reconocidos por todos los ordenamientos jurídicos como son el principio de equidad, el de reparación del daño causado a otro, el de la prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa y a costa de un tercero, etcétera. Con la responsabilidad extracontractual lo que se trata es de regular la necesidad de que cuando una persona, o alguien que depende de esa persona, cause daño a otra en el ejer-

cicio de sus actividades (o de cualquier otra forma en que no exista relación contractual) debe proceder a la reparación del daño causado, siempre que haya existido dolo, o al menos culpa en la causación de dicho daño. El principio general que enuncia esta forma de responsabilidad que, como decimos, se ha dado en llamar extracontractual (o aquiliana por ser sancionada en derecho romano por la Ley aquilia) puede enunciarse diciendo que todo hecho ilícito realizado por una persona, y que sea realizado de modo, al menos, negligente, genera la obligación de reparar el daño causado.

Para determinar en qué supuestos se va a considerar que existe responsabilidad, con la consiguiente obligación de reparar, existen dos modalidades de entender la responsabilidad extracontractual:

- a) Aquella en la que se hace recaer la existencia de la responsabilidad en el criterio de la culpa; son estos los sistemas de responsabilidad subjetiva.
- b) Aquella en la que se entiende que lo fundamental es la relación de causalidad entre el acto y el daño y en los que se prescinde de toda idea de intencionalidad o culpabilidad; son los sistemas de responsabilidad objetiva en los que lo que genera la responsabilidad no es la culpa o negligencia sino el riesgo creado que, cuando se hace efectivo, ocasionando el daño, debe dar lugar a responsabilidad y a la consiguiente obligación de indemnizar y reparar el daño causado.

Si bien el sistema tradicional, procedente del Derecho romano, es el de la responsabilidad subjetiva o por culpa, no puede olvidarse que la modernización y el aumento de las actividades de riesgo lleva a la proliferación de sistemas de responsabilidad objetiva o por el resultado en que lo fundamental no es la determinación de la culpa o negligencia del autor del daño (o de la persona por la que se debe responder) sino la existencia del dato cierto del daño y la relación de causalidad entre el causante y aquel al que se imputa dicho daño.

La tendencia moderna hacia la objetivación de la responsabilidad, procede del hecho de considerar que la responsabilidad debe surgir cuando se causa un daño y que el que lo padece no tiene obligación de soportarlo; de ahí que la evolución temporal de la responsabilidad extracontractual haya supuesto un cambio desde posiciones en las que se mantenían criterios de responsabilidad subjetiva o por culpa hacia el sostenimiento de formas de responsabilidad objetiva o por el resultado y ello empujado por la propia evolución de la actividad humana que realiza actividades cada vez más complejas en las que es posible contemplar riesgos inherentes a la realización de dichas actividades; puede pensarse en actividades industriales, conducción de vehículos de motor, contratos de transporte o la propia actividad sanitaria, en las que las posibilidades de ocasionar un daño a un tercero son elevadas y el ordenamiento jurídico debe prever la necesidad de que se reparen los daños causados en el ejercicio de estas actividades legítimas pero que pueden ocasionar daños a terceros. Para la reparación de estos supues-



tos se suelen reconocer formas de responsabilidad objetiva, tal como veremos más adelante.

En nuestro ordenamiento jurídico, dentro del ámbito civil, la regla general es la de la aplicación del sistema de responsabilidad por culpa o subjetiva y la excepción es la responsabilidad objetiva en determinados supuestos. Este elemento de la culpa es el que, como veremos con detalle más adelante, separa fundamentalmente las reclamaciones por responsabilidad en el ámbito sanitario que se tramitan ante la vía civil (a las que se aplica el principio de responsabilidad subjetiva o por culpa, aunque ligeramente matizado por la jurisprudencia más reciente) y las que se tramitan ante la vía contenciosa (a las que se aplica un principio de responsabilidad objetiva).

## II. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

En nuestro ordenamiento jurídico civil, la responsabilidad extracontractual se regula en el capítulo II del título XVI del Libro IV del Código Civil, a partir del artículo 1902 en el que se enuncia el principio básico de esta materia: «El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Para que surja la responsabilidad patrimonial así definida, es necesario que concurren una serie de requisitos o elementos que la jurisprudencia más reiterada tiene establecidos de modo pacífico; así, citaremos inicialmente la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.<sup>a</sup> de fecha 27 de diciembre de 1996 (sentencia número 1124/1996), en un supuesto en el que una empresa había instalado una tubería de desagüe de diámetro inferior al necesario ocasionando el embolsamiento del agua con el consiguiente reblandecimiento del terreno y la caída de un muro en la finca colindante, estableció: «Efectivamente la jurisprudencia de esta Sala ha constituido un cuerpo de doctrina sobre la responsabilidad extracontractual o aquiliana (*lex aquilia*, siglo III a. de J.C.), o también denominada de las obligaciones nacidas de un acto ilícito, que exige ineludiblemente, para su efectividad, la concurrencia de los siguientes elementos: a) Una acción u omisión ilícitas. b) La producción y determinación de un evento dañino. c) Una situación culpabilista. d) Un nexo causal entre la acción u omisión y el daño». Estos mismos requisitos son exigidos por sentencias más recientes como la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.<sup>a</sup> de fecha 28 de octubre de 2005 (sentencia número 817/2005) que en un supuesto de accidente en el curso de la ejecución de una obra que ocasiona lesiones a un trabajador estableció que «Por lo tanto, al concurrir los requisitos de omisión, daño, nexo causal y culpa, resulta lógica consecuencia la apreciación de responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana del artículo 1902 del Código Civil en la empresa demandada».

La sentencia de la misma Sala de fecha 7 de junio de 2002 (recurso 3834/1996) efectúa idéntica indicación de los requisitos precisos para admitir la responsabilidad y añade diversas consideraciones sobre la indicación de cuáles de entre ellos tiene acceso al recurso de casación y cuál es la vía que debe emplearse en cada caso.

Analizaremos en los siguientes apartados cada uno de los elementos que estas y otras sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo exigen para la generación de responsabilidad extracontractual.

### 1. ACCIÓN U OMISIÓN

Acción u omisión de una persona y ello pues la responsabilidad puede surgir tanto de la acción positiva como de la abstención de lo que se venía obligado a realizar y que ha ocasionado también un daño.

### 2. ILÍCITA O ANTIJURÍDICA

El artículo 1902 del Código Civil no hace mención alguna a este requisito que, sin embargo, es de necesaria concurrencia pues no puede entenderse que pueda surgir la responsabilidad en relación a una conducta o actividad que se encuentre amparada por el ordenamiento, cuya causa actuaría como exclusión de la antijuridicidad.

Por lo tanto, no dará lugar a responsabilidad extracontractual cuando se actúe en el ejercicio de un derecho amparado por el ordenamiento (además de los supuestos de legítima defensa y consentimiento de la víctima) y ello pues quien ejercita un derecho está fuera de los supuestos generadores de responsabilidad.

Solo deberá mencionarse como excepción el caso del abuso de derecho que justificará su exclusión en lo previsto en el artículo 7.2 del Código Civil: «La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impiden la persistencia en el abuso».

### 3. DAÑO. EL DAÑO MORAL

En este punto hoy día no hay duda de que pueden ser objeto de reparación tanto los daños materiales como los morales con el único requisito común de que sean acreditados tanto en su existencia como en su cuantía.

Igualmente hay acuerdo en que el daño que puede ser objeto de reparación es todo aquel que es susceptible de valoración económica y que éste puede estar integrado por dos partidas diferentes pues es susceptible de indemnización tanto el daño efectivo (o emergente) como las ganancias dejadas de obtener (lucro cesante).

Tampoco hay duda, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, para reconocer que la indemnización puede extenderse a los daños puramente materiales (que son de valoración económica clara) como los daños llama-

dos morales que retribuyen conceptos distintos que si bien también son indemnizables, su conversión económica es más compleja al retribuir daños no patrimoniales relativos a conceptos y valores de carácter no material: familiares, sociales, relativos al honor, a la imagen o que no son susceptibles de reparación específica por lo que se ha de retribuir el daño moral que supone su pérdida (por ejemplo, los derivados del fallecimiento de una determinada persona).

La sentencia del Tribunal Supremo, aun dictada por la Sala 3.<sup>a</sup> de fecha 3 de octubre de 2000 [*reproducida a texto íntegro en el Texto Jurisprudencial*] (sentencia número 3905/1996), en relación a la posible consideración como daño moral del hecho de haber engendrado un hijo a pesar de haberse sometido a una operación de vasectomía, trata de limitar lo que se pueda entender por daño moral y entendía que: «Esta Sala ha considerado 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 ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata, 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».

Un problema específico que genera el reconocimiento de la existencia de los daños morales es el que se refiere a la cuantía de la indemnización que deba fijarse en cada caso; al tratarse de daños de carácter no patrimonial la indemnización no puede fijarse siguiendo criterios que ajusten el importe de la indemnización al valor real de la pérdida y ello pues dicho valor responde a criterios que escapan de toda posibilidad de valoración matemática o económica, por esta razón, la indemnización que deba fijarse debe ser siempre prudente y atendiendo a las concretas circunstancias del daño causado y buscando la reparación más ajustada al daño realmente sentido. En cuanto al importe que se fije para indemnizar daños que tengan la consideración de daños morales, es necesario tener en cuenta dos notas fundamentales que pueden predicarse de toda valoración de esta naturaleza:

- La fijación del importe de la indemnización queda en manos del juez o Tribunal al que se someta la controversia sin que existan criterios fijos o previamente establecidos; ello salvo casos específicos en que resulten de aplicación baremos como el que se aplica a los hechos derivados de la circulación de vehículos de motor.
- La reparación en dinero en la que se fija el importe de la indemnización por los daños morales es siempre una reparación «por compensación» que no puede pretender una reparación específica, que solo puede conseguirse en los daños materiales, sino que debe ir dirigida a reparar por equivalencia el daño sufrido y permitir al perjudicado que obtenga una satisfacción que le compense la pérdida sufrida por



el daño moral padecido pero que ni es de la misma naturaleza (el daño es moral y la reparación económica) y cuyos importes no pueden fijarse con exactitud sino solo por aproximación.

La dificultad de valoración de los daños morales se ha reconocido, incluso, desde el punto de vista legislativo; la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al honor, intimidad familiar y propia imagen, en su artículo 9, que regula el modo de reaccionar frente a las inmisiones ilegítimas en los derechos protegidos por dicha ley, establece al regular la indemnización que: «La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma». Estos criterios valorativos pueden ser utilizados en toda reclamación en la que se solicite una indemnización por el concepto de daño moral, y ello aunque no tenga relación con los derechos objeto de protección por esta Ley Orgánica 1/1982.

La misma jurisprudencia de la Sala 1.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo ha reconocido la dificultad que existe para la valoración de los daños morales así como la posibilidad de que en esta materia se produzcan con más facilidad disparidades entre diversas valoraciones sometidas a diferentes resoluciones judiciales. En este sentido cabe citar la sentencia de fecha 10 de febrero de 2006 (sentencia 58/2006) que insiste en la aplicabilidad de los criterios que resultan de sistemas de valoración de daños corporales producidos a consecuencia de la circulación de vehículos de motor, y pone de manifiesto cómo la propia jurisprudencia ha insinuado la conveniencia del establecimiento de baremos para la valoración de daños que resultan de la responsabilidad médica, y cómo la aplicación relativa de baremos previstos para determinados sectores de la vida social y económica no es sino la respuesta a las exigencias de los principios de indemnidad y de proscripción de la arbitrariedad.

La sentencia de la Sala 1.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 2000 (sentencia número 533/2000) contempló un caso muy peculiar como es el de la reclamación de un pasajero de avión que llegó a su destino en Barcelona, después de un vuelo transoceánico, con diez horas de retraso, y al justificar la procedencia de la indemnización reconocida por el Juez de instancia en concepto de daños morales por el retraso (la sentencia de instancia no reconoció el derecho a la indemnización de daños materiales por la falta de prueba de dichos daños), efectuó una completa recopilación de la jurisprudencia más reciente en materia de daños morales y sobre la justificación de su reparabilidad: La temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfía) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere.



Por esta razón, unas veces se indica que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (sentencia de 21 de octubre de 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (sentencia de 15 de febrero de 1994), o que la existencia de aquel no depende de pruebas directas (sentencia de 3 de junio de 1991), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (sentencia de 14 de diciembre de 1993), o no se admita la indemnización —compensación o reparación satisfactoria— por falta de prueba (sentencia de 19 de octubre de 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (sentencias de 23 de julio de 1990, 29 de enero de 1993, 9 de diciembre de 1994 y 21 de junio de 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las sentencias de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994. Estos criterios vienen expuestos por la misma jurisprudencia y fueron recogidos por la sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de fecha 11 de noviembre de 2003 (sentencia número 1047/2003).

Cuando el daño moral emane de un daño material (sentencia de 19 de octubre de 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la *in re ipsa loquitur*, o cuando se da una situación de notoriedad (sentencias de 15 de febrero de 1994, 11 de marzo de 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria.

Las sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> han reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (sentencia de 22 de mayo de 1995), relativa e imprecisa (sentencias de 14 de diciembre de 1996 y 5 de octubre de 1998). Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual (sentencias de 9 de mayo de 1984, 27 de julio de 1994, 22 de noviembre de 1997, 14 de mayo y 12 de julio de 1999, entre otras), adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad (sentencia de 19 de octubre de 1998). Ciertamente que todavía las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo), los ataques al prestigio profesional (sentencias de 28 de febrero, 9 y 14 de diciembre de 1994 y 21 de octubre de 1996), propiedad intelectual (igualmente con regulación legal), responsabilidad sanitaria (sentencias de 22 de mayo de 1995, 27 de enero de 1997, 28 de diciembre de 1998 y 27 de septiembre de 1999) y culpa extracontractual (accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte), pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), bien en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho (sentencia de 27 de julio de 1994), o bien con causa generatriz en el incumplimiento contractual (sentencias de 12 de julio de 1999, 18 de noviembre de 1998, 22 de noviembre de 1997, 20 de mayo y 21 de octubre de 1996), lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria.

La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en cualquier clase de sufrimiento o padecimiento psíquico, tal como tiene establecida la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo desde sentencias ya antiguas como las de fechas 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de septiembre de 1999. La jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (sentencia de 23 de julio de 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (sentencia de 6 de julio de 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (sentencia de 22 de mayo de 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuyente (sentencia de 27 de enero de 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (sentencia de 12 de julio de 1999). En todas estas sentencias, y en otras más recientes que podemos citar como la de fecha 10 de febrero de 2006, cabe hablar de que cualquier clase de sufrimiento puede dar lugar a la reparación por la vía del daño moral.

Finalmente, y en relación también a los daños morales no debe dudarse de la posibilidad de que estos pueden ser imputados, también, a personas jurídicas aunque esta imputación debe realizarse con la consiguiente moderación para evitar por esta vía situaciones de enriquecimiento injusto.

#### 4. CULPA O NEGLIGENCIA

Este es el elemento fundamental que califica la responsabilidad extracontractual como una forma separada y diferente de otras formas de responsabilidad; para que exista responsabilidad es exigible que el daño sea atribuible al agente al que se imputa la acción u omisión bien por dolo (intención de causar el daño) o bien por culpa (negligencia inexcusable que supone que de haberse actuado con la diligencia debida se habría evitado el daño).

Como hemos señalado más arriba, frente a la idea del subjetivismo de la culpa (basada en la idea de la omisión de diligencia, el descuido o la previsión del resultado dañoso), surge, para fundamentar la responsabilidad extracontractual, la idea de la responsabilidad objetiva o por el resultado integrándose así la teoría del riesgo, según la cual, la obligación de responder no surgirá de la actuación culposa o negligente sino de la situación de riesgo creada y por la que se debería responder siempre cuando se produce de modo efectivo un daño y aunque no haya mediado culpa o negligencia en sus diversos grados (desde la culpa levisima solo exigible a las personas más prudentes, hasta la negligencia inexcusable que emplearía cualquier persona que se encontrara en la misma situación que la que causó el daño por el que se reclama).

La objetivación de la responsabilidad supone, como ya adelantábamos, hacer responsable del daño causado a la persona generadora de un riesgo potencial que acaba produciendo un daño efectivo. Es clásico, dentro del estudio de la culpabilidad como elemento fundamental de la responsabilidad extracontractual, hacer una referencia a cuatro leyes sectoriales que configu-

raron los primeros supuestos de responsabilidad propiamente objetiva y que, precisamente por la creación de un riesgo para terceros, llevaron al establecimiento de sistemas de responsabilidad objetiva en los que para garantizar la reparación de los daños efectivamente producidos se obligaba a la suscripción de un seguro obligatorio; son estas las leyes que regulan el uso y circulación de vehículos a motor, la energía nuclear, la navegación aérea y la caza.

En materia de responsabilidad extracontractual, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, y especialmente por aplicación del artículo 1089 que habla de «cualquier género de culpa o negligencia» hay que entender que la responsabilidad es una responsabilidad subjetiva o por culpa y que, por tanto, el autor del acto que genera el daño responde independientemente de la intensidad de la omisión de diligencia.

Aunque, como veremos más adelante, se viene produciendo en la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo una cierta objetivización de la responsabilidad extracontractual, la realidad es que tal objetivización viene siendo frenada, también, por esa misma jurisprudencia. Cabe citar como muestra de esa corriente que frena una excesiva objetivización, la sentencia de la Sala 1.<sup>ª</sup> de fecha 10 de mayo de 2006 (sentencia número 462/2006) [*reproducida a texto íntegro en el Texto Jurisprudencial*] según la cual: «Con reiteración esta Sala ha declarado que la aplicación de la doctrina del riesgo como fundamento de la responsabilidad extracontractual exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación a los estándares medios (SSTS de 6 de noviembre de 2002 y 24 de enero de 2003), circunstancia que requiere un juicio previo de valoración sobre la actividad o situación que lo crea al objeto de que pueda ser tomado en consideración como punto de referencia para imputar o no a quien lo crea los efectos de un determinado resultado dañoso, siempre sobre la base de que la creación de un riesgo no es un elemento suficiente para decretar la responsabilidad (SSTS de 13 de marzo de 2002 y 6 de septiembre de 2005, entre otras). Se requiere, además, la concurrencia del elemento subjetivo de la culpa, o lo que se ha venido en llamar un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 del Código Civil, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la ley (sentencia de 13 de abril de 2006); reproche que, como dice la sentencia de esta Sala de 6 de septiembre de 2005 ha de referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares establecidos, que ha de contener un elemento de imprevisión, de falta de diligencia o de impericia, pero que, en definitiva, se ha de deducir de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido por el ordenamiento, como una conducta llevada a cabo por quien no cumple los deberes que le incumben o como una infracción de la diligencia exigible, que, en todo caso, habría que identificar con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto.»

A consecuencia de lo anterior, y al exigirse siempre un comportamiento que tenga una base culpabilística, y por aplicación de lo dispuesto en el ar-



título 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (una vez que el artículo 1214 del Código Civil ha sido derogado por la disposición derogatoria única.2 de la Ley 1/2000) resulta que la carga de la prueba de la culpa recae sobre la persona que reclama y que ha sufrido el daño que pretende que sea reparado o indemnizado, mientras que sobre el causante del daño recaería la carga de acreditar la diligencia empleada en el ejercicio de la actividad causante del daño. En los supuestos de responsabilidad objetiva, la carga de la prueba se invierte, en beneficio para el perjudicado, y ello pues éste solo debería acreditar la realidad del daño y su importe, mientras que sería sobre el causante del daño sobre el que recae la carga de acreditar las circunstancias que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad.

Independientemente de la exigencia de una mínima base culpabilística, la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en esta cuestión, ha ido sufriendo una progresiva evolución que, sin llegar a la objetivación de la responsabilidad, trata de aliviar al perjudicado de la carga de la prueba de la culpa imputable al causante del daño. Esta evolución se aprecia en la jurisprudencia a partir de la sentencia de fecha 10 de julio de 1943 (reiteradamente citada por todos los autores) y camina hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, que se exigen tanto por el incremento de actividades peligrosas, consiguientes al desarrollo de la técnica, como por el principio de poner a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido por la actividad peligrosa. De este modo, se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, por un lado por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias de lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias; por otro lado, exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, entendiéndose que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado.

Como muestra de esta evolución jurisprudencial cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.ª de fecha 17 de noviembre de 1998, a la que ya hemos hecho referencia al enumerar los requisitos de la responsabilidad patrimonial y que establecía en su fundamento jurídico primero que: «Desde luego es incuestionable que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la de esta Sala, sobre todo la más actual, tiende hacia un establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva para la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902 del Código Civil, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical (...)». Más recientemente, la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2005 (sentencia 642/2005) ha mantenido



el mismo criterio con ocasión de una reclamación de un trabajador por las lesiones sufridas en un accidente laboral y ello pues la sentencia afirma que: «Por otra parte, la sentencia de 9 de octubre de 2000, citada en la de 12 de diciembre de 2002, dice que “El artículo 1902 del Código Civil ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante (artículo 3.1 del Código Civil) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de culpa”». De modo muy similar se pronuncia la sentencia de la misma Sala de fecha 31 de mayo de 2005 (sentencia 422/2005) [*reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial*] y que estima improcedente la indemnización que se había ocasionado por los daños producidos por la caída sobre la techumbre de la nave de una pared de ladrillo que se estaba ejecutando y que servía de cerramiento a un hueco del edificio colindante. Esta sentencia realiza una correcta indicación de los requisitos de la responsabilidad extracontractual y expone cómo el problema del nexo causal se convierte recientemente en un problema de nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido de modo que los daños fueran ocasionados por acto u omisión imputable de aquel a quien se exige indemnización por culpa o negligencia.

Un poco posterior en el tiempo, pero igualmente clarificadora en cuanto a la exposición de la tensión que se vive en la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre la tendencia objetivista y la culpabilista, y de cómo una y otra avanzan o retroceden según la materia o la actuación generadora del daño cuya indemnización se pretende, es la sentencia de la Sala 1.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo de fecha 30 de noviembre de 2005 (sentencia número 983/2005) según la cual, aun reconociendo una cierta tendencia objetivadora, es necesario no olvidar el origen culpabilístico de la responsabilidad extracontractual. Dice esta sentencia que: «El principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, acogido en el artículo 1902 del Código Civil, de tal suerte que se exige, por punto general, la necesidad ineludible de que el hecho pueda ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable, y si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal desarrollo se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba o acentuando el rigor de la diligencia recurrida según las circunstancias del caso, pero sin excluir, en modo alguno, el clásico principio de la responsabilidad por culpa y sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir».

Citaremos, por último, la sentencia de la misma Sala 1.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo de fecha 3 de abril de 2006 (sentencia 328/2006) que insiste en la exigencia de prueba del nexo causal y de la culpa del empresario y añade que «Este criterio de decisión es el seguido decididamente por las más recientes sentencias de esta Sala, (...) las cuales parten de la aplicación del principio de responsabilidad subjetiva consagrado como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en los artículos 1902 y siguientes del

Código Civil, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallan previstas en la Ley».

### III. LA RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE OTRO

Junto a los supuestos que acabamos de contemplar, que son aquellos en que se responde por hechos propios, y junto a los supuestos que se contemplan en los artículos 1905 (responsabilidad por hechos procedentes de animales) y 1906 (responsabilidad por cosas inanimadas), hay que tratar la cuestión de la responsabilidad que puede surgir por hechos de otros de los que existe obligación de responder, supuesto que se contempla en el artículo 1903 del Código Civil.

Se trata de una diversidad de supuestos en los que existe una diferenciación entre el causante material del daño y el obligado a responder por ese daño causado. El fundamento de todos ellos viene a ser el mismo, y consiste en entender que el daño debe imputarse no al causante material sino al descuido de la persona a la que la Ley hace responsable del daño, aun no siendo autor material; de ahí la separación entre autor material y responsable. Se trata de supuestos de presunción de culpa que puede tener su origen o bien en la citada falta de vigilancia (*culpa in vigilando*) o bien en lo desacertado o inadecuado de la elección (*culpa in eligendo*), pero con el mismo resultado: obligación de responder por hechos ajenos.

Antes de entrar en la enunciación de los supuestos en los que hay obligación de responder por hechos ajenos, es necesario mencionar lo que establece el artículo 1903 en su último párrafo que permite la prueba en contrario en relación a la presunción de culpa en la que se basa esta forma de responsabilidad: «La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Los supuestos que mencionaba el artículo 1903 del Código Civil antes de la reforma introducida por la Ley 1/1991 (de reforma de los Códigos Civil y Penal para la regulación de la responsabilidad del profesorado) como de hechos de personas por las que se debe responder eran los siguientes:

- Los padres responden de los daños que causen las personas que se encuentren bajo su guarda. Los tutores respecto de los menores o incapacitados que estén bajo su guarda.
- Los directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que estuvieran empleados.
- El Estado es responsable cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiera sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso remite al artículo 1902.

- Los maestros o directores de artes y oficios respecto de los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices mientras permanezcan bajo su custodia.

A partir de la reforma introducida por dicha Ley 1/1991, se suprimieron los apartados 3 y 4 y se redactó un único apartado 4 con el siguiente contenido: «Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias».

En este momento los supuestos que más nos interesan son los que se refieren a los antiguos apartados 3 (Directores de establecimiento) puesto que se puede aplicar a la actuación de los médicos que causen daños ejerciendo la medicina privada y puedan hacerse responsable de ellos las empresas de las que dependan o para las que trabajen; y el número 4 (El Estado) por cuanto puede servir para hacer responsable a la administración del Estado respecto de los daños que puedan derivar de la actuación de los médicos dependientes del Sistema Nacional de Salud (idéntico criterio servirá para cuando la asistencia se preste por una Comunidad Autónoma). Multitud de sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo han aplicado estas disposiciones del artículo 1903 del Código Civil para justificar la responsabilidad civil extracontractual del INSALUD, en este sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.<sup>a</sup> de fecha 29 de junio de 1999 (sentencia número 593/1999) [*reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial*]: «La base jurídica del presente caso se concreta en la responsabilidad por hecho ajeno del párrafo 4.<sup>o</sup> del artículo 1903 del Código Civil y que con frecuencia se ha aplicado al Instituto Nacional de la Salud: así, sentencias de 7 de junio de 1988, 22 de junio de 1988, entre otras muchas, y 11 de octubre de 1995, 11 de marzo de 1996, 3 de septiembre de 1996, 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997 como más recientes». En el mismo sentido se pronunciaba la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de junio de 1998 (sentencia número 553/1998) que justificó la declaración de responsabilidad del INSALUD del siguiente modo: «la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que la responsabilidad del artículo 1903.4 del Código Civil, con referencia a entidades gestoras o titulares de hospitales es directa, cuando se advierten deficiencias imputables a la asistencia masificada que dispensan con imposibilidad de ejercer un absoluto y preciso control de la actuación profesional y administrativa del personal que presta sus servicios en los mismos».

Es necesario referirse a la aplicación del artículo 1904 del Código Civil que establece que: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de estos lo que hubiese satisfecho». Quiere decir, por tanto, que, en principio, el perjudicado, podría optar entre reclamar directamente contra el causante material del daño (por la vía del artículo 1902) o contra la persona que debe responder (por la vía del artículo 1903). En caso de que se hubiera decidido por esta última opción, el tercero que hubiera pagado por los hechos de la persona de la que se responde, tendría una acción de repeti-



ción o de regreso contra el autor material del daño por el que se ha visto obligado a indemnizar, acción que ejercitaría con amparo en este artículo 1904 del Código Civil.

La doctrina jurisprudencial viene sosteniendo; con base en diversos argumentos y, singularmente, por una interpretación sociológica (artículo 3.1 del Código Civil), que el artículo 1904 del Código Civil contiene un caso de responsabilidad «cuasi-objetiva» (entre otras, sentencias de 28 de octubre de 1994, 29 de marzo de 1996, 3 de julio y 31 de octubre de 1998). La aplicación de esta doctrina a los casos concretos se ha movido entre dos extremos: o bien la atribución de la carga sobre la diligencia empleada (en relación a las medidas de control, a la vigilancia y a la adecuada elección del personal) a la empresa demandada (sentencias de 4 de diciembre de 1984, 19 de julio de 1993 o 29 de marzo y 20 de diciembre de 1996); o bien la admisión de doctrinas de mayor matiz objetivista en las que se aplica la teoría de la creación del riesgo (sentencias de 10 de mayo de 1986, 21 de septiembre de 1987, 28 de febrero de 1992, 28 de octubre de 1994 y 7 de abril de 1997).

Obviamente la aplicación de un criterio más o menos riguroso depende de las circunstancias del caso concreto, porque, como ha puesto de relieve la doctrina, la tesis subjetivista resulta insatisfactoria cuando el empleado presenta un alto grado de calificación técnica en la actividad motivadora del daño, por resultar difícil de imaginar, en tal caso, la culpa *in vigilando* o *in eligiendo*. Por consiguiente, el ámbito de rigor del matiz objetivista ha de ponerse en relación, y guardar proporcionalidad, con las circunstancias del supuesto, y tipo y entidad del riesgo creado (STS de 16 de junio de 2000, recurso 606/2000).

#### IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y SUS REQUISITOS

Hasta aquí hemos tratado de hacer un enunciado general de lo que deba considerarse la responsabilidad extracontractual con mención de su fundamento y de los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para que se entienda que surge el deber de indemnizar. Ahora resulta procedente aplicar todo esto a la responsabilidad extracontractual derivada de actos médicos, es decir, a aquellos supuestos en los que la responsabilidad se reclama por el perjudicado de una actuación sanitaria o aquellos supuestos en que el hecho dañoso se produce en el ámbito de la salud. Como no podía ser de otra manera, se trata de supuestos en los que deberán concurrir los mismos requisitos que para la responsabilidad patrimonial en general pero deberán acomodarse estos a las peculiaridades que se derivan de la prestación sanitaria.

La enumeración de requisitos debe complementarse de modo detallado con la aportación de una importante base jurisprudencial que permita mostrar la aplicación que vienen haciendo los Tribunales de esta forma de responsabilidad; no se olvide que los preceptos legales aplicables son muy escasos y que toda la construcción doctrinal se hace sobre la base de los muy reiterados pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia. Los requisi-



tos exigidos por la jurisprudencia para que exista responsabilidad extracontractual dentro del ámbito sanitario son, reproduciendo los señalados en relación a la responsabilidad general: acción u omisión; daño real y efectivo, bien sea patrimonial o moral; relación de causa a efecto, y culpa o negligencia. La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.ª de fecha 8 de febrero de 2000 (sentencia número 92/2000), en un supuesto de retraso en una operación ginecológica que ocasionó la muerte del feto establece que «cualquiera que sea la perspectiva con que se mire la presente cuestión, será preciso que ocurran determinados eventos para el éxito de la pretensión de la parte actora, como son un daño concreto, una acción impregnada de culpa de una persona unida o no a un vínculo contractual y un nexo causal entre los anteriores»; insiste esta sentencia en que lo esencial para el surgimiento de la responsabilidad es que se acredite que no se ha observado la racional y ordinaria cautela que debe acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse posibles daños.

A dichos requisitos debe unirse la exigencia de que la acción de reclamación se ejercite dentro de plazo pues, de no ser así podría alegarse por la parte frente a la que se reclama la prescripción, dando lugar a la desestimación de las pretensiones indemnizatorias por el ejercicio extemporáneo de las mismas.

## 1. ACCIÓN U OMISIÓN

La responsabilidad, bien sea del médico como del centro sanitario u organización sanitaria, puede resultar tanto de un hacer como de una omisión ilícitos, siempre que la ilicitud no llegue a convertirse en delito pues la exigencia de responsabilidad por la vía penal siempre es preferente y excluyente de la reclamación por cualquier otra vía.

En cualquier caso, para que estemos ante un supuesto de responsabilidad de los que ahora nos interesan, es necesario que el hecho generador del daño que se trata de reparar pueda calificarse como de «acto médico»; aunque no es fácil definir qué es un acto médico, debe considerarse que éste tiene dos notas básicas:

- Que esté ligado al ejercicio de la profesión médica, independientemente de que proceda de un arrendamiento de servicios o de obra o que se pueda hablar de responsabilidad contractual o extracontractual.
- Que esté directamente vinculado a la actividad curativa que se desarrolla sobre el paciente y ello pues no son daños reparables por esta vía aquellos que puedan guardar relación con el ejercicio profesional pero que no tengan relación con la actividad curativa.

Dadas las peculiaridades de la ciencia médica, que incide sobre una cuestión de naturaleza tan peculiar como es la salud de las personas, y cuyo

logro no puede estar nunca garantizado, y ello por la debilidad y fragilidad natural de la condición humana, es doctrina reiterada que la obligación del médico no es, por lo general, obligación de resultado sino de medios, pues de otro modo los médicos deberían estar en condiciones de garantizar en todo caso la salud de las personas, lo cual, como es evidente, resulta imposible.

En relación con este elemento, es necesario poder distinguir cuáles son los hechos o la conducta que puede dar lugar a la responsabilidad extracontractual, y, puesto que nos interesan los supuestos relacionados con la prestación de la asistencia sanitaria, es de especial importancia la separación que se puede hacer para distinguir la responsabilidad del médico y la responsabilidad de los servicios de salud, sean estos públicos o privados o sean de titularidad estatal o de las Comunidades Autónomas, en aquellas en las que las competencias en materia sanitaria ha sido transferida. La distinción entre la responsabilidad del médico y la responsabilidad del servicio se puede realizar sobre la base de la clásica distinción de las obligaciones entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado; en las primeras, el deudor se compromete a poner todos los medios a su alcance para tratar de lograr un determinado fin, sin llegar a garantizar la obtención del mismo; en las segundas (las de resultado) el contenido de la obligación contractual era la obtención del resultado, en sí mismo considerado. Aplicando esto a los supuestos de responsabilidad médica, no hay duda de que la obligación básica de los facultativos es una obligación de medios, de diligencia, de poner a disposición del enfermo, y según las prescripciones de la ciencia médica en cada momento, todos los medios para conseguir la salud del enfermo y su curación, resultado que no puede estar garantizado por encima de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Esta distinción entre las obligaciones de medios y la de resultados es, con las matizaciones que veremos, la que nos va a permitir diferenciar la responsabilidad del médico y la responsabilidad de los servicios de salud.

#### A) RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO Y DEL SERVICIO

##### a) RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO

Respecto a la responsabilidad de los médicos, hay una línea jurisprudencial muy establecida que determina el alcance de la responsabilidad extracontractual que puede imputarse a los médicos y que fija con bastante claridad cuál es el límite hasta el que cabe llevar la exigencia de responsabilidad; en este sentido, cabe citar las sentencias de la Sala 1.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo de fechas 29 de junio o 9 de diciembre de 1999 (sentencias números 593/1999 y 1039/1999), que hablan de que: «la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resul-

tado, en lo que es reiterada la jurisprudencia: entre otras muchas, sentencias de 8 de mayo de 1991, 20 de febrero de 1992, 13 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993, 7 de julio de 1993, 15 de noviembre de 1993, 12 de julio de 1994, 24 de septiembre de 1994, 16 de febrero de 1995, 23 de septiembre de 1996, 15 de octubre de 1996 y 22 de abril de 1997».

Sentencias más recientes de la Sala 1.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo como la de fecha 19 de mayo de 2006 (recurso de casación 3159/1999) [*reproducida a texto íntegro en el Texto Jurisprudencial*] insisten en esta exposición sobre la doctrina general de la responsabilidad patrimonial por defectuosa prestación de servicios sanitarios entendiendo que «constituye reiterada doctrina jurisprudencial la concerniente a que la actividad del personal y de los centros sanitarios no es la de obtener resultados satisfactorios, sino la de aplicar todos los medios que la *lex artis ad hoc* impone para que no exista, en ningún caso, defectuosa prestación de los servicios sanitarios requeridos por el paciente».

La obligación de medios que tiene el médico se debe poner en relación con el criterio de la *lex artis* que servirá para determinar cuándo se han puesto los medios correctos y en qué supuestos la atención prestada al paciente ha sido la adecuada en consideración a las condiciones y circunstancias en las que se presta dicha atención. Por tanto, la ciencia médica debe establecer, en cada caso, cuál es el contenido y alcance de la prestación sanitaria que, razonablemente, prestaría un médico normal y esto se convierte en criterio de normalidad para determinar que toda la asistencia prestada por debajo de dicho criterio es una asistencia insuficiente o respecto de la que cabe hablar de negligencia. La STS de fecha 5 de febrero de 1999 (sentencia número 133/1999) establece el concepto de este baremo de normalidad que es la *lex artis* del siguiente modo: «la *lex artis* de la profesión médica exige que la conducta del profesional sanitario, como experto, ponga a disposición del enfermo todos los medios materiales de que dispone y que prevea, de forma anticipada, las posibles complicaciones y evolución de la patología que trata de curar. Aquí es donde podemos cifrar la negligencia del técnico». Se trataba de un supuesto en el que un médico atiende una herida traumática sin apercibirse de la necesidad de asegurarse de la correcta desinfección de la herida para evitar la aparición de una gangrena gaseosa que terminó con la necesaria amputación de una pierna del reclamante.

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.<sup>ª</sup> de fecha 10 de noviembre de 1999 (sentencia número 923/1999) [*reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial*] al tratar del supuesto de un médico que no se apercibió de la existencia de una esquirla en el ojo de la paciente, con la consiguiente aparición posterior de una catarata con la lesión irreversible del ojo, establece el límite en el grado de negligencia en el que cabe fijar la *lex artis*: «Cuando la prestación tiene contenido técnico es donde entra en juego la *lex artis ad hoc* y, en este sentido, el criterio para determinar si la actuación del médico ha sido cuidadosa no es el ordinario, el de la persona media normalmente diligente, sino otro técnico, el del buen profesional del ramo, o sea, el relativo a la diligencia empleada por el buen especialista, que se deriva de su específica pre-



paración científica y práctica, siempre desde la óptica del estado actual de la ciencia»; es decir, para que surja la responsabilidad es necesaria una infracción grave pues la comparación debe establecerse entre la diligencia empleada por el médico que trató al reclamante y la que habría sido exigida a un profesional cuidadoso. No obstante, el criterio de la *lex artis* lo desarrollaremos con más detalle en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

b) SUPUESTOS ESPECIALES: CIRUGÍA PERFECTIVA O ASISTENCIA POR MOTIVOS DEONTOLÓGICOS

Tal como acabamos de ver, los médicos no pueden garantizar la salud de sus pacientes, por lo que, en todo caso, responden siempre de la necesidad de facilitar la asistencia debida en los términos y en las condiciones que resultan de cada supuesto, es, como dice la jurisprudencia, una obligación de medios y no de resultados.

Trataremos ahora, de estudiar los supuestos excepcionales en los que la obligación de los médicos es una obligación de resultados y en los que no es suficiente con desarrollar una actividad profesional normal y dentro de los límites de la *lex artis*, sino que se ven obligados a obtener un determinado resultado en la salud del enfermo.

Como decimos, se trata de supuestos excepcionales y cuya especialidad radica en las peculiaridades de la intervención médica de que se trata; son los supuestos de esterilizaciones, intervenciones quirúrgicas reparadoras, perfectivas o estéticas o de intervenciones odontológicas. Como se ve, se trata de aquellos casos en que la prestación del médico se encuentra sustancialmente excluida del Sistema Nacional de Salud (tal como establecía tradicionalmente el Real Decreto 63/1995 y ahora resulta del Real Decreto 1030/2006 que establece la Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización y cuyo artículo 5.4 excluye de la cartera de servicios comunes las técnicas que tengan como finalidad la mejora estética o cosmética y cuyo anexo III incluye la realización de ligaduras de trompas y vasectomías pero solo de acuerdo con los protocolos de los servicios de salud) y en los que el paciente acude voluntariamente al médico no para poner remedio a un problema de salud sino para la obtención de un resultado específico que interesa para su propia satisfacción personal pero que responde a una decisión voluntaria del paciente pues no existe ninguna causa patológica que obligue a acudir a la asistencia médica. Se podría de este modo distinguir aquellos supuestos de cirugía asistencial (son los normales de obligación de medios y no de resultados) de aquellos otros sistemas de cirugía satisfactiva en los que el médico tiene un plus de responsabilidad en cuanto que debe, además de desarrollar su actividad, obtener un resultado acorde con la intención del paciente que ha solicitado sus servicios; más adelante matizaremos oportunamente esta obligación de resultados que parece que se asume en determinados supuestos de prestación de asistencia sanitaria.



El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones en relación con estos supuestos específicos en los que la responsabilidad tiene un origen distinto a la culpa o negligencia (artículo 1902 del Código Civil) y tiene su base en el incumplimiento de la obligación previamente asumida al suscribir un contrato de arrendamiento de servicios u obra (artículos 1583 y siguientes del Código Civil).

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1997 (sentencia número 83/1997) contempla un supuesto de realización de una vasectomía que no impide que la esposa del paciente quede embarazada y hace una referencia detallada a la materia de los diferentes supuestos de responsabilidad según se trate de medicina curativa o perfectiva y concluye que la obligación del médico es de medios y que esta obligación comprende:

- La utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto.
- La información en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, familiares del mismo del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas. Este deber de información en las enfermedades crónicas, con posibles recidivas o degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad.
- La continuidad del tratamiento hasta el alta y los riesgos de su abandono.

La sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de fecha 11 de mayo de 2001 (recurso 1044/1996) [*Reproducida en el anexo jurisprudencial*] estudia con especial detalle esta cuestión de los embarazos no deseados y las reclamaciones que generan (que se han dado en llamar acciones de *wrongful* y que están muy en relación con la llamada «doctrina Perruche») así como la clase de obligación que asumen los médicos en estos supuestos, que sigue siendo una obligación solo de medios: «Sobre las características del acto médico relativo a una vasectomía, debe afirmarse con conocida doctrina que, el recurso plantea una problemática que no es nueva en la jurisprudencia española. Se trata de los supuestos conocidos con la expresión inglesa de *wrongful conception* y, en ocasiones también con la *wrongful pregnancy*, que designa aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anti-conceptivas adoptadas... Distintos de los supuestos anteriores son los casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejercita la acción es la madre se habla de *wrongful birth*, y de *wrongful life*, si quien lo hace es el propio hijo... Y, sobre la Naturaleza Jurídica de esta intervención profesional médica se subraya que, a la hora de calificar el con-

trato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica, son insuficientes para la curación de determinadas enfermedades y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros, todo ello impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado —el de la curación del paciente— que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse, entendiéndose que, por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios, consistente en utilizar cuantos remedios conozca».

En cuanto al alcance de la obligación indemnizatoria, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1997 expresa que: «si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, y en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o, como, en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica —la actividad sexual—, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de utilizar otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya solo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente —que no paciente—, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención».

Esta sentencia concluye con la desestimación de la petición indemnizatoria con el argumento de que no se había llegado a acreditar la paternidad del recurrente y que, de la prueba practicada resultaba con total certeza la

esterilidad total del recurrente y el consiguiente éxito de la vasectomía realizada. No obstante, y como veremos más adelante, la consideración de estos supuestos como un verdadero contrato de arrendamiento de obra, con los efectos que ello supone en cuanto a la obligación que se asume de obtener un resultado cierto y no una simple actividad, es una cuestión que debe ser oportunamente matizada pues todo exceso en ese sentido llevaría a resultados indeseables.

Conviene resaltar en este punto, el criterio constante que manifiesta el Tribunal Supremo en esta clase de asuntos de que puede haber lugar a obtener una indemnización por el resultado producido (la concepción no deseada) pero que nunca puede considerarse el hecho de tener un hijo como un daño que pueda dar lugar a la correspondiente indemnización; así lo dice el Tribunal en la sentencia de fecha 4 de febrero de 1999 y eso que se trataba de un supuesto límite en el que se reclamaba por el hecho de que no se hubiera informado a la madre de la malformación con que nació su hijo y ello por entender la recurrente que de haber conocido esta circunstancia había podido optar por abortar al encuadrarse el supuesto dentro de los casos que ampara el Código Penal; el Tribunal considera que ni había infracción de *lex artis* que justificara la indemnización solicitada, que el aborto no es un derecho sino una simple opción y que, además, el nacimiento de un hijo (ni aun con las malformaciones y deformidades del caso) no puede considerarse un daño. En otros casos, el Tribunal Supremo, si bien no ha reconocido como un daño el hecho de tener un hijo, sí ha admitido que el hecho de tener un hijo puede suponer una serie de gastos que dentro del ámbito familiar pueden ocasionar un cierto problema que llegue a comprometer la solvencia económica de la familia por lo que se admite la indemnización por los perjuicios derivados de esta circunstancia.

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.<sup>a</sup> de fecha 28 de junio de 1999 (sentencia número 587/1999), contempla una pretensión de indemnización dirigida por un paciente contra su odontólogo que, a pesar de mantener al paciente durante nueve años en penoso tratamiento, no obtuvo el resultado a que se había comprometido de rehabilitar la boca; entiende el Tribunal Supremo que lo que había era un contrato de obra en el que se debía haber obtenido un resultado específico que no se consiguió: «La relación jurídica de demandante y demandado deriva de contrato de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1544 en relación con el 1583 del Código Civil es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto. Si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y



odontología; este último supuesto lo recoge la sentencia de 7 de febrero de 1990, que, tras referirse al contrato habitual de prestación de servicios, añade: «... salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias...».

En relación a las operaciones de cirugía estética, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones insistiendo en la obligación de obtener un resultado que surge de la naturaleza peculiar de esta clase de intervenciones: «lo decisivo es, por tanto, determinar si el doctor don Adolfo María actuó culposa o negligentemente, y el hecho que se declara probado en la sentencia, relativo a que aseguró a la paciente su mejoría mediante intervenciones quirúrgicas, no significa, en la perspectiva del litigio, otra cosa sino que o bien incurrió en un error profesional culposo al comprometerse a mejorar a la paciente o, si esto era en realidad lo previsible, no realizó correctamente la operación y, por tal razón, no se obtuvo el resultado esperado, sin que lo dicho signifique, en modo alguno, que la actividad médica haya de obtener en todo caso la recuperación o mejoría del enfermo —obligación de resultado— sino que lo rechazable es que se comprometa un buen fin de la operación y ésta no sólo no lo consiga sino que incluso empeore la situación del paciente, razonamiento que cobra un mayor sentido en casos como el presente, en que se trata de corregir una deformidad sin que la operación fuera estrictamente necesaria».

La distinción que venimos haciendo entre obligación de medios (la que se exige al médico en general) y la obligación de resultados (que se exige al médico en los casos específicos de cirugía perfectiva, dentaria o de abolición de la capacidad reproductora) debe tomarse con las debidas precauciones, no se puede dudar de que la realidad es que en medicina no se puede nunca garantizar un resultado y ello dada la innegable influencia de innumerables factores endógenos y exógenos que pueden ocasionar que un determinado resultado, perfectamente orientado a producirse, no llegue a hacerse efectivo.

En estos supuestos específicos, tanto si se considera que se trata de contratos de arrendamientos de servicio como de ejecución de obra, la realidad es que el médico que interviene tiene también una evidente obligación de medios (y no solo de resultados) pues, por un lado, no puede garantizar un determinado resultado que dependerá de múltiples factores que se escapan al control del médico, y, por otro lado, su obligación seguirá siendo de medios en cuanto que estará obligado a una actuación conforme a los criterios fijados por la *lex artis* y la infracción de estos criterios sí que puede dar lugar a la oportuna reclamación de responsabilidad. Por esta razón, aunque la obligación se califique, en sentido general, como de resultados, dada la intervención de múltiples factores ajenos a la voluntad y a la actuación tanto del médico como del paciente, no puede olvidarse que se está también ante una obligación de medios en la que el criterio definitorio de la responsabilidad es la actuación conforme a las exigencias de la experiencia médica.



Con lo visto hasta ahora no quedan cubiertos todos los supuestos de relaciones jurídicas que pueden establecerse entre el médico privado y el enfermo; hay ocasiones en que el médico no ejerce su función a la vista de un concreto enfermo, a petición del propio enfermo o de su familia, sino que, a veces, pueden darse supuestos de ejercicio de la medicina en casos de urgencias o en casos de siniestro cumpliendo un deber deontológico, supuestos estos en los que se establece una relación fáctica que puede tener efectos jurídicos peculiares.

Se trata de casos que no tienen encaje ni en el contrato de arrendamiento de servicios (como es lo habitual) ni en el arrendamiento de obra (como acabamos de ver en los supuestos de cirugía perfecta o reparadora) sino que podrían tener su encaje, más bien, en la figura del cuasi contrato: realización de actividades o servicios en el marco del deber general de buena fe o de deber deontológico pero en el que no existe un verdadero acuerdo de voluntades (no se olvide que hablamos de los supuestos de asistencia espontánea en caso de urgencia o siniestro).

En estos supuestos, si se aceptara su consideración como cuasi contrato, debería aplicarse lo dispuesto en el artículo 1889 del Código Civil lo que supondría que debería existir una cierta elasticidad, por razones de equidad, al momento de cuantificar la obligación de reparar: «Los Tribunales podrán moderar el importe de la indemnización según las circunstancias del caso».

El Tribunal Supremo, no obstante, en uno de los pocos casos que ha contemplado supuestos de esta naturaleza, ni se define claramente sobre cuál sea ésta, ni ha llegado a aplicar dicho criterio minoritario en la cuantificación de la indemnización; se trata de la sentencia de fecha 24 de mayo de 1995 (sentencia número 487/1995) en relación a una paciente que había sido tratada no por el médico del INSALUD que le correspondía sino por otro, también del INSALUD a consecuencia de un acuerdo amistoso entre la paciente y este último médico, y respecto a la naturaleza de la relación entre el médico y el paciente dice que: «la obligación de indemnizar el resultado dañoso producido, responsabilidad ésta que es exigible cualquiera que fuese la consideración que mereciese la relación del caso de autos: contractual, cuasi-contractual o extracontractual, ya que lo esencial fue que aquel proceder desatendió un determinado deber derivado de la *lex artis*».

#### c) RESPONSABILIDAD DEL SERVICIO

En cuanto a la responsabilidad del servicio prestador de la asistencia sanitaria, bien sea el INSALUD o los Servicios de salud creados por las Comunidades Autónomas o bien se trate de Compañías privadas prestadoras de asistencia sanitaria, las mismas sentencias citadas en el apartado a) en relación con la responsabilidad del médico (sentencias del Tribunal Supremo de fechas 29 de junio o 9 de diciembre de 1999) hablan de que: «No ocurre lo mismo con la responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud, a la que debe aplicarse la doctrina jurisprudencial, también repetida y que es preciso

recordar, sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1997 y 9 de diciembre de 1998), que, como expresa la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.ª de 29 de junio de 1999 [reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial], «corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anschleinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima».

En los dos casos de las sentencias que acabamos de reproducir, se trataba de supuestos de intervenciones quirúrgicas relativamente sin trascendencia pero que acabaron con resultados totalmente impredecibles o desmedidos en relación a la naturaleza y resultados previsibles en atención a la naturaleza e importancia de la intervención en cuestión. Uno de los casos citados se trataba de una operación de colecistectomía (extirpación de vesícula biliar) realizada a una mujer relativamente joven (44 años) y sin patología previa que pudiera influir en el resultado de la intervención y en la que la intervención finalizó con resultado satisfactorio y que, a los pocos días presenta un mareo y un empeoramiento paulatino y que terminó con el fallecimiento de la paciente de una parada cardiorrespiratoria sin que por parte del centro médico se dé ninguna explicación convincente sobre los motivos o causas del fallecimiento; en el otro caso, se trataba de una operación de cataratas en la que, sin motivo aparente, acaba con la evisceración del ojo intervenido. Se trata, pues, de supuestos de intervenciones quirúrgicas sin complicaciones previsibles en las que se fundamenta la estimación de las pretensiones indemnizatorias en el hecho de que los resultados obtenidos no pueden considerarse como consecuencia natural y lógica de la intervención sino que son notablemente desproporcionadas por lo que se debe dar lugar a declarar la responsabilidad del servicio, en un caso el INSALUD y en el otro el correspondiente servicio dependiente de la Comunidad Autónoma.

La última sentencia citada (la de fecha 9 de diciembre de 1999) recoge claramente la fundamentación de la condena del Servicio de Salud de la correspondiente Comunidad Autónoma y la basa en lo dispuesto en el artículo 1903 del Código Civil y en la falta de coordinación de los diversos profesionales médicos dependientes de dicho servicio: «La fundamentación jurídica del supuesto del debate se encuentra en la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones, ubicada en el artículo 1903, párrafo cuarto, del Código Civil, que es, sin duda, aplicable al Servicio Anda-

luz de la Salud, y se precisa en el tema de la responsabilidad médica, que constituye un espacio del campo de la responsabilidad sanitaria (responsabilidad del centro médico por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal, etcétera), según indica la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.<sup>ª</sup> de 29 de junio de 1999 [*reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial*], que «como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente, más aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario».

Por tanto, y como conclusión, el primer elemento para que surja la responsabilidad es que el médico en cuestión haya prestado un determinado tratamiento (o haya dejado de prestarlo) y que, como más adelante veremos, de ahí proceda un determinado resultado dañoso; entendiéndose que, en todo caso, al médico no le es exigible la obtención de un resultado sino solo la realización de una actividad y la puesta a disposición de la salud de los pacientes de unos medios razonablemente ordenados a conseguir el restablecimiento de la salud; por el contrario, la obligación que cabe imputar a los servicios (públicos o privados, estatales o dependientes de Comunidades Autónomas) prestadores de la asistencia médica es una obligación que se genera por la aplicación de los criterios de desproporción del resultado que acabamos de citar.

#### d) RELACIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO Y DEL SERVICIO

Tal como acabamos de ver, es posible exigir responsabilidad extracontractual tanto al médico como al Servicio estatal o autonómico de Salud correspondiente; el problema puede surgir cuando la demanda se dirige solo contra el servicio correspondiente y no contra el médico (autor directo de la negligencia en la que se basa la reclamación); en estos supuestos el Tribunal Supremo tiene establecido que es posible decretar la responsabilidad del INSALUD aunque no se hubiera demandado al personal sanitario que hubiera desarrollado alguna actividad médica profesional para tratar de lograr la salud del enfermo, pues su responsabilidad resulta directa (sentencias de 30 de julio de 1991; 6, 11 y 15 de marzo de 1995; 11 de marzo de 1996; 14 de julio de 1996 y 16 de diciembre de 1998, entre otras), incurriendo, por tanto, en la responsabilidad que decreta el número cuarto del artículo 1903, en relación al 1902, ambos del Código Civil (sentencias de 21 de septiembre de 1993 o 20 de julio de 2000).

Otro supuesto semejante es el de aquellos casos en que interviene no el Servicio de Salud correspondiente (sea estatal o dependiente de las Comunidades Autónomas) sino Compañías de seguros privadas y en las que los médicos, o el personal sanitario, no tienen una relación estable con la compañía, ni tienen, tampoco, contrato de trabajo con ellas, sin embargo, sí tienen una relación contractual pero basada en un contrato de arrendamiento de servicios en el que la retribución se fija por acto médico concretamente realizado.



Se puede plantear la duda de cuál sea el sistema para reclamar por la negligencia o culpa que se aprecie en el tratamiento médico recibido en esos casos, cuyos presupuestos fácticos pueden coincidir con aquellos en que la asistencia médica la prestan médicos del INSALUD, pero cuyos presupuestos jurídicos son sustancialmente diferentes.

La solución debe de partir de considerar que es indiferente, a los efectos de apreciar la obligación reparatoria civil, directa y solidaria, la relación establecida entre el médico y la Compañía de Seguros, debido a que la responsabilidad por hecho ajeno aparece suficientemente concurrente, con apoyo probatorio adecuado, pues entre la compañía y el médico existe un medio de conexión contractual, correspondiente a un arrendamiento de servicios, y si bien la misma no crea propia relación jerárquica, sí genera la responsabilidad contractual relativa a dicho contrato, como han sentado las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1990 y 2 de noviembre de 1999 (sentencia número 929/1999). Esta última sentencia contempla el supuesto de una señora que es operada en un ojo por un médico del cuadro de médicos establecido por su compañía de seguros y a resultas de la operación perdió la visión en un ojo, y considera el Tribunal Supremo que la compañía no es ajena al grave actuar imprudente en el que incurrió el médico y ello pues lo había elegido y designado voluntariamente para formar parte de su cuadro médico y, además, en base a su calificación profesional, los órganos directivos de la Compañía, en atención a la gravedad de la operación a realizar, autorizaron y recomendaron expresamente a dicho médico para la asistencia a la señora.

Dicha sentencia justifica la compatibilidad entre la responsabilidad contractual (aseguradora-asegurado) y la extracontractual (médico-paciente) del siguiente modo: «evidentemente entre "Aseguradora A., SA" y el médico medió vínculo contractual, correspondiente a arrendamiento de servicios y si bien el mismo no crea propia relación jerárquica, sí genera la contractual correspondiente a este contrato y así lo ha establecido la sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1990, la que resulta incrementada por la especialidad que supone la prestación de servicios facultativos a fin de procurar la mejora de la salud de las personas aseguradas mediante la correspondiente póliza. Dicha responsabilidad convive con la también contractual entre aseguradora y asegurado y obliga a aquélla a prestar la asistencia no sólo correspondiente al padecimiento de cada enfermo, sino la más segura y eficaz que alcanza a la elección del facultativo adecuado y que se pone al servicio del cliente, el que resulta defraudado si la asistencia recibida resulta incorrecta y como sucede en este caso con graves consecuencias en su salud, derivadas de la actuación carente de la diligencia y pericia debida del facultativo que practicó la operación y atendió también al enfermo en el postoperatorio; acreditando todo ello una actuación de la recurrente carente de cuidado, celo y atención no sólo en la elección del médico de principio, que impone a los asegurados, sino también suficientemente intensificada cuando designó quién debía realizar la operación que sufrió el demandante, en el ámbito de sus facultades de aprobar las exploraciones e intervenciones



a practicar, dejando de lado la propia actuación médica; con lo cual vino a solidarizarse con el resultado negativo que se produjo, por lo que debe de asumir las correspondientes responsabilidades, no sólo por el hecho ajeno, sino también por hecho propio, dándose yuxtaposición de culpas, la contractual referida (aseguradora-asegurado) y extracontractual, ésta en relación a la actuación del médico en su tratamiento al enfermo, toda vez que en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada a paciente como el que nos ocupa, concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual (sentencias de 7 de febrero de 1990 y 22 de febrero de 1991), actuando la extracontractual completando a la contractual (sentencias de 11 de marzo y 8 de julio de 1996)».

## B) CARGA DE LA PRUEBA

### a) PROBLEMÁTICA GENERAL Y SUPUESTOS ESPECIALES: LA CULPA VIRTUAL, EL DAÑO DESPROPORCIONADO Y EL CONJUNTO DE POSIBLES DEFICIENCIAS ASISTENCIALES

Muy en relación con la obligación de medios que se imputa a los médicos, está la cuestión de la carga de la prueba y ello pues es preciso determinar cuál de las partes que comparecen en un proceso civil puede estar obligada a acreditar los hechos en los que se basa la responsabilidad. En principio, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que recoge el principio de la carga de la prueba respecto actor y demandado) es sobre el perjudicado sobre el que recae la carga de probar tanto la acción u omisión como la culpa o negligencia del autor; muchas sentencias del Tribunal Supremo (3 de mayo de 1995, 19 de febrero de 1998, entre otras) insisten en que la carga de la prueba del nexo causal entre la conducta activa o pasiva del sujeto causante del daño y el resultado dañoso producido le incumbe al que afirma la concurrencia de culpa extracontractual y pretende la indemnización pecuniaria.

Otra cosa ocurriría en caso de considerar que se está ante una forma de responsabilidad objetiva, supuestos en los que se produce una inversión de la carga de la prueba y obliga al causante del daño a acreditar la concurrencia de causas de exclusión de la responsabilidad. En materia de responsabilidad sanitaria, el Tribunal Supremo es claro en establecer el principio general en el sentido de que no se llega a producir una objetivación de la responsabilidad tal que lleve a la inversión de la carga de la prueba; las sentencias de fecha 6 de noviembre de 1990, 20 de febrero de 1992 o 25 de septiembre de 1999 (sentencia número 787/1999) descartan toda posibilidad de inversión de la carga probatoria o de responsabilidad objetiva en la consideración profesional de los médicos «ya que los perjudicados o herederos deben probar la culpa del médico y la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el hecho dañoso».

La inversión de la carga de la prueba se produce en los supuestos en los que la obligación del médico es una obligación de resultado y no de medios

(intervenciones quirúrgicas perfectivas, reparadoras o estéticas, supuestos de odontología o esterilización); en estos casos el paciente que se considere perjudicado y que solicite la reparación solo deberá acreditar la no obtención del resultado o que éste es defectuoso, recayendo sobre el médico o el servicio de salud demandados la carga de probar las causas que excluyen la responsabilidad.

Hay que tener en cuenta que el perjudicado (que puede ser el propio paciente o su familia) suele encontrarse con notables dificultades para desarrollar su actividad probatoria por lo que son relativamente frecuentes los supuestos en los que se habla de la llamada «culpa virtual» que presume la culpa por el solo hecho de que se haya producido un resultado dañoso ajeno a lo que habría sido el proceso normal curativo. No obstante, la aplicación de este criterio tropieza con el límite que le impone el artículo 1249 del Código Civil que solo admite la prueba de presunciones cuando el hecho del que resulta la presunción esté completamente acreditado; se exige, pues, que las circunstancias fácticas a las que se pretende aplicar la presunción resulten plenamente acreditadas.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 2002 (recurso 1270/1997) contempla y explica esta doctrina de la culpa virtual (que exige que se produzca un evento dañoso de los que generalmente no se producen sino por intervención de una conducta negligente) y entiende que se debe reiterar la doctrina que se inició con la sentencia de 2 de diciembre de 1996 reafirmando que «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 propia víctima, ajena al entorno médico, y, por ello, con mucha más dificultad a la hora de buscar la prueba».

Se trata de supuestos excepcionales en los que, dado el supuesto fáctico en el que se basan, y por aplicación del principio de desproporción de resultado en que se basaba el reconocimiento de la responsabilidad del servicio, se produce la inversión de la carga probatoria; en este sentido, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1998 que trata el supuesto de un paciente al que se le practicó un empaste en una muela y al aparecerle un flemón que le dificultaba mover la mandíbula, y tras varias visitas al médico de cabecera y a varios odontólogos, es ingresado en un hospital en el que no se hace sino mantenerle el tratamiento antibiótico y completar su analítica e historia clínica realizándose posteriormente una intervención drenaje, y otras dos en días posteriores, hasta que se observa un *shock séptico* que le produce la muerte al día siguiente.

La sentencia en cuestión anula las sentencias que se habían dictado en primera instancia y en grado de apelación y ello pues entiende que aunque el diagnóstico fue acertado, se produjeron una serie de omisiones fundamentales que fueron las que provocaron el fallecimiento y fundamenta la condena al centro hospitalario del siguiente modo: «Si se repara en la desproporción que existe entre el diagnóstico que establece el médico de urgen-

cias (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, corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición 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 efecto, la sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 1996, sostiene 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». Por tanto, en los supuestos en los que se aplica el criterio de la desproporción del resultado como justificativo de la declaración de responsabilidad, se produce la inversión de la carga de la prueba, de modo tal que es sobre el causante del daño sobre el que recae la obligación de acreditar las causas que podrían interrumpir la relación causal como excluyentes de la responsabilidad.

La sentencia de fecha 23 de diciembre de 2002 también trata la cuestión de la inversión de la carga de la prueba; el supuesto es el de una niña que resulta con una parálisis cerebral con ocasión del alumbramiento y se considera que el resultado producido es desproporcionado e inexplicable por lo que insiste en que «la doctrina de esta Sala ha venido flexibilizando el rigor de la regla del artículo 214 del Código Civil haciendo recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en posición prevalente más favorable por la disponibilidad o proximidad a la fuente de la prueba. (...) Como consecuencia de ello, aunque la doctrina general en sede de 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 figuran cuando se produce un daño anormal y desproporcionado entre la intervención médica y el daño o se da la situación antes indicada de facilidad o disponibilidad probatoria».

Idéntico criterio, aplicando la teoría de la desproporción del resultado, emana, también, de las sentencias de fechas 31 de julio de 2002 (recurso 218/1997) o 29 de noviembre de 2002 (recurso 1270/1997). Más reciente es la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2003 (número 830/2003) que con ocasión de una intervención para quitar un quiste en el cuello que concluye con una lesión en el nervio espinal, establece la doctrina que es aplicable en los casos de desproporción de resultados en los que el elemento fundamental para justificar la estimación de las pretensiones indemnizatorias hace referencia a la falta una prueba precisa sobre los hechos que han dado



lugar a la producción del daño: el médico ha sido el causante del daño sin que haya prueba alguna de una causa extraña a su actuación, daño desproporcionado del que debe responder, aplicando el artículo 1902 del Código Civil en relación con la jurisprudencia antes relacionada.

Distinto es el supuesto de la sentencia dictada por la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 2005 (recurso 6595/2001) [*reproducida a texto completo en el Anexo Jurisprudencial*] en cuyo voto particular se plantea la posible responsabilidad de la administración por un empleo de medios desproporcionados: medios excesivamente cruentos para resolver una patología menor que concluye con un resultado no deseado; el supuesto en cuestión hacía referencia a un supuesto de epistaxis que es solventado con determinadas técnicas que ocasionan daños cerebrales irreversibles al paciente. Quizás esta cuestión de la desproporción de medios podría encuadrarse dentro del apartado del error de diagnóstico al que nos referiremos en el capítulo III.

Del análisis de todos los supuestos de estimación de reclamaciones de responsabilidad en las que se ha aplicado la doctrina del daño desproporcionado puede extraerse una conclusión aplicable con generalidad a todos los casos semejantes y que hace referencia a los requisitos generales cuya concurrencia hace posible la apreciación de esta forma de responsabilidad. Básicamente, es necesario que la apreciación del daño desproporcionado sea una apreciación excepcional en la que, de no aplicar este criterio se produciría un desvalimiento del perjudicado por la asistencia de que se trate y que quedaría sin indemnizar de no acudir a este criterio; también es necesario que exista desproporción evidente entre la asistencia médica prevista y el resultado que, finalmente, se produjo. Por último, es necesario que no haya sido posible practicar una prueba con la suficiente firmeza como para justificar la relación causal producida; este elemento de la falta de prueba es lo que aconseja aplicar el criterio de la desproporción de resultados para estimar determinadas reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria.

También puede hacerse mención específica de algunos supuestos en los que se han obviado los criterios generales sobre la carga de la prueba atendiendo a otro criterio jurisprudencial que se aplica esporádicamente pero con cierto predicamento y que es el que se denomina como del «Conjunto de deficiencias asistenciales». La reciente sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 2006 (recurso 3159/99) [*reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial*] expone esta doctrina haciendo referencia a la sentencia de fecha 16 de diciembre de 1987. El supuesto de hecho es el de un paciente atendido en el Servicio de Urgencias de un Hospital y que fue diagnosticado de obstrucción intestinal siéndole indicado un tratamiento conservador y que fue atendido por varios cirujanos (a consecuencia del cambio de turnos) e ingresado en el Servicio de Traumatología, pues no existían camas libres en Cirugía, sin que fuera visitado por el médico hasta que presentó un cuadro brusco de taquicardia y que, aunque se intentó la intervención de urgencia, no evitó el fallecimiento del paciente. Esta sentencia considera que no le es exigible al paciente una prueba de cuál es el momento

concreto en el que se produjo la anomalía en el tratamiento, sobre todo en atención sanitaria (como las del caso en cuestión) prestada en hospitales con la intervención de muchos profesionales a lo largo de un dilatado período de tiempo no siendo posible una individualización de la responsabilidad. Por todo ello, citando otras sentencias que han aplicado el mismo criterio, considera que la declaración de responsabilidad procede «abstracción hecha del personal médico individualizado a quien correspondiera su adopción (los medios para el tratamiento) y que ha de ser atribuida, por vía de omisión al Hospital...».

Se trata, pues, de un supuesto en el que el principio general de la carga de la prueba se excepciona con el fin de evitar hacer recaer sobre el recurrente una prueba que sería de muy difícil obtención y que trata de acomodar las exigencias de carga de prueba a las modernas circunstancias en las que se presta la asistencia sanitaria en muchos casos. Se entiende, pues, que debe admitirse la responsabilidad cuando se ha producido un resultado que, genéricamente, se debe imputar al funcionamiento de todo el sistema sanitario sin que se exija la individualización de la responsabilidad ni de la conducta dañosa.

#### b) LA PRUEBA PERICIAL

En relación, también, con la carga de la prueba, debe hacerse una mención, aun breve, a dos cuestiones especialmente trascendentes: la vinculación de los jueces y tribunales a la prueba pericial y lo que se refiere a la posibilidad de que se acuerde la práctica de diligencias para mejor proveer.

En materia de responsabilidad extracontractual médica, no puede olvidarse que son muchos los supuestos en los que el sentido de la sentencia que deba dictarse, depende en buena medida de la prueba pericial médica que se haya realizado en los autos. El carácter técnico de los conocimientos que se precisan para apreciar la existencia de violación de la *lex artis* o la especificidad de los conocimientos que se precisan para poder valorar las concretas circunstancias que se dan en los supuestos que se encuentran en la base de las reclamaciones que se plantean ante los Tribunales, obligan a recurrir con extraordinaria frecuencia a la prueba pericial que es la única que puede aportar a los jueces y Tribunales los datos fácticos que se necesitan para efectuar una valoración jurídica adecuada de los hechos en los que se basa la reclamación.

Precisamente por la necesidad de que se aporten al pleito datos técnicos (de técnica médica y no de técnica jurídica) se pueden plantear problemas en cuanto a la valoración de la prueba pericial que es la única que puede realizar esa aportación de los datos necesarios para dictar la sentencia. La jurisprudencia de la Sala 1.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo es reiterada y unánime en orden a la apreciación y valoración de la prueba de peritos en el ámbito casacional; la jurisprudencia entiende que tal prueba no puede confundirse con la documental, y por tanto carece de eficacia a los efectos del apoyo exigido en el artículo 1692.4.º de la Ley Procesal; que debe ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse a un

dictamen determinado; que las indicadas reglas no están previstas en ninguna norma valorativa de prueba, equivaliendo este reconocimiento, salvo casos extraordinarios, a declarar la libre valoración de este medio probatorio; y que, finalmente, no obstante la reforma procesal operada por virtud de la Ley 34/1984, no se ha alterado el criterio jurisprudencial que acabamos de mencionar, no permitiéndose una impugnación abierta y libre de la actividad apreciativa de la pericia, a menos que el proceso deductivo realizado choque de una manera evidente y manifiesta con el raciocinio humano, vulnerando la sana crítica, u omitiendo un dato o concepto que figure en el dictamen, estableciendo con ello aspectos fácticos distintos de los que realmente se han querido llevar a los autos; crítica que, en estos últimos supuestos, se ha de llevar a cabo a través de la vía del ordinal 5.º del citado artículo 1692.

La doctrina jurisprudencial sobre valoración de la prueba puede obtenerse de la consulta de múltiples sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, cabe citar las de fechas 7 de marzo de 1998 o 5 de octubre de 1998; esta última insiste en la libre valoración del resultado de la prueba pericial así como en que dicha valoración está privada de acceso casacional salvo los casos de error notorio en la valoración o cuando el juzgador *aquo* tergiversase ostensiblemente las conclusiones periciales, o falsee de forma arbitraria sus dictados, o extraiga deducciones absurdas o ilógicas. Como más reciente puede citarse la sentencia de la misma Sala 1.ª del Tribunal Supremo de fecha 21 de diciembre de 2005 (sentencia 1002/2005) que, en relación a la libre valoración de la prueba entiende que «Sin duda, la emisión de varios dictámenes o el contraste de algunos de ellos con las demás pruebas, posibilita que la autoridad de un juicio pericial se vea puesta en duda por la del juicio opuesto o por otras pruebas, y que, con toda lógica, los Jueces y Tribunales, siendo la prueba pericial de apreciación libre y no tasada acepten el criterio más próximo a su convicción, motivándolo convenientemente».

#### c) PRUEBAS PRACTICADAS PARA MEJOR PROVEER

Es necesario plantear también en este momento la posibilidad de que los jueces o Tribunales al conocer de esta clase de reclamaciones puedan acordar la práctica de diligencias para mejor proveer, pudiéndose dar el caso de que la sentencia que se dicte se haga en base a las pruebas que se acordaron para mejor proveer. La doctrina jurisprudencial sobre la cuestión resulta de sentencias como la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 2000 (sentencia número 77/2000) que, a su vez, cita otras sentencias como las de fechas 15 de julio de 1997 y 19 de abril de 1999; según resulta de estas sentencias la adopción de las diligencias para mejor proveer pueden adoptarse siguiendo una serie de parámetros cuyo seguimiento permitirá entender que no se ha violado el principio dispositivo:

- Los Tribunales tienen un cierto margen de libertad para tomar la iniciativa probatoria y, precisamente por ello, las resoluciones acordadas



do la práctica de dichas diligencias no son susceptibles de recurso alguno.

- El órgano jurisdiccional correspondiente debe evitar convertirse en parte tomando la iniciativa en la investigación del suceso de que se trate pues ello supondría un ejercicio abusivo de un medio procesal.
- No se debe suplir la inactividad, pasividad, negligencia o descuido o error de las partes en la proposición de las pruebas; no obstante, sí es posible tratar por la vía de las diligencias para mejor proveer atender a situaciones puntuales cuando la falta de la práctica de las pruebas se hubiera debido a causas que resulten ajenas a la parte que hubiera propuesto la prueba que, sin embargo, no se hubiera podido practicar.

El supuesto que contempla la sentencia de fecha 8 de febrero de 2000 es una reclamación por un supuesto contagio de hepatitis C producido durante un parto y en el que la Sala de apelación acordó como diligencia para mejor proveer la ratificación de un informe ya obrante en autos y la petición de un informe sobre los análisis de sangre efectuados en relación a la paciente; en base a esta prueba se dictó sentencia absolutoria de las pretensiones de la parte recurrente en atención a que no estaban suficientemente identificadas las unidades de sangre transfundidas.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de marzo de 1999 al contemplar un supuesto en el que la Sala de la correspondiente Audiencia Provincial acordó la práctica de unas determinadas diligencias acordadas para mejor proveer, no solo no critica ni sanciona la actividad probatoria realizada a instancia de la Sala, sino que habla de que la prueba «ampliada por acuerdo para mejor proveer de la Sala sentenciadora con el decidido y loable propósito de obtener el más completo conocimiento de los hechos enjuiciados» ha sido insuficiente para acreditar la negligencia del equipo médico que atendió al concreto paciente de que se trataba en aquella ocasión.

No se olvide que la práctica de las diligencias de prueba para mejor proveer venía configurada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 como una facultad de los jueces o Tribunales ya que el artículo 340 hablaba de que éstos «podrán acordar diligencias para mejor proveer». La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) en su artículo 282 establece también la posibilidad de que el Tribunal «podrá acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas (...) cuando así lo determine la Ley» y el artículo 435 recoge bajo la rúbrica de diligencias finales la posibilidad de que, a instancia de parte se pueda acordar la práctica de diversas diligencias de prueba siempre que se cumplan determinados requisitos que, básicamente, consisten en que se hayan propuesto en su momento por la parte a la que interesen pero que, por circunstancias ajenas a la parte, no se hayan podido practicar.

## 2. EL DAÑO

Este es un elemento fundamental para la exigencia de la responsabilidad patrimonial y ello pues la finalidad de esta institución jurídica es, preci-

samente, reparar o resarcir el daño producido; como ya se ha visto, los daños que son susceptibles de indemnización son los materiales y los morales y la existencia del daño debe acreditarse en todo caso en la fase probatoria del juicio, pudiendo dejarse a la fase de ejecución de sentencia lo que se refiere a la concreta fijación y determinación del importe de los daños.

En materia de daños morales relativos a la asistencia sanitaria, se pueden distinguir diversas clases de daños, y todos ellos son susceptibles de reclamación con la consideración de daños morales: por un lado, los que se producen hasta la consolidación de lesiones o que derivan de la necesidad de soportar un tratamiento médico específico (por el dolor y el sufrimiento); por otro lado, pueden también ser objeto de indemnización en el concepto de daño moral, aquellos daños que derivan del padecimiento de secuelas (privación de satisfacciones personales, profesionales o lúdicas que se derivan del hecho de tener que soportar las secuelas) y, finalmente, también se considera daño moral aquel que deriva de la muerte de una determinada persona y que es un derecho propio del sobreviviente que no se adquiere por título hereditario sino que se considera un derecho propio de quien reclama por este concepto.

Aunque sobre el concepto y consideración jurisprudencial del daño moral ya nos referimos con amplitud en este mismo capítulo; no debe dejar de mencionarse que para la cuantificación de los daños morales es muy difícil la aplicación de baremos que, si bien garantizarían la seguridad jurídica al uniformar el importe de las indemnizaciones, no permiten acomodarse a la necesidad de que se indemnice por el perjuicio verdaderamente sentido por cada perjudicado e impiden ajustar la indemnización a las concretas circunstancias del caso de que se trate; por esta razón, no parece que pueda optarse por otro sistema que no sea el de la cuantificación individualizada en cada caso del daño moral que deba indemnizarse.

Al indemnizarse en atención al daño realmente sufrido y que haya sido posible acreditar en la fase de prueba, la realidad es que el importe indemnizatorio que debe fijarse estará en relación con el daño verdaderamente sentido, sin que sea relevante a estos efectos la intensidad o gravedad de la infracción de diligencia del causante del daño. Por lo tanto, lo relevante es la prueba que se realice y que permita acreditar el montante económico exacto de los daños acreditados independientemente de la gravedad o intensidad de la culpa o negligencia, la desproporción del resultado o la clase y naturaleza de la conducta imputada al responsable del daño.

### 3. CULPA O NEGLIGENCIA

#### A) POSICIÓN TRADICIONAL

Se trata ahora de estudiar el elemento fundamental, junto a la relación de causalidad para determinar la existencia de la responsabilidad patrimonial dentro del ámbito sanitario, y ello pues la exigencia de culpa o negligencia

cia será el elemento identificador básico según el cual puedan diferenciarse las reclamaciones que se cursan por la vía civil de aquellas otras que se tramitan por la vía contencioso-administrativa.

En este punto es también constante y reiterada la línea jurisprudencial que insiste, por un lado, en la necesidad de que se acredite la negligencia imputable al médico que intervenga en el proceso curativo del enfermo que tiene a su cuidado y, por otro lado, en la imposibilidad de aplicar dentro del ámbito de la responsabilidad sanitaria los criterios de responsabilidad objetiva que sí que son predicables en otros ámbitos de la culpa extracontractual.

Como muestra de esta línea jurisprudencial cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de marzo de 1999 (sentencia número 204/1999) que, tras insistir en que la obligación contractual o extracontractual del médico o del profesional sanitario es solo de medios y que no se puede exigir la garantía de la recuperación o sanidad del enfermo y que solo es exigible la obligación de proporcionarle los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, dice que: «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, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (*lex artis ad hoc*)».

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de abril de 1999 (sentencia número 306/1999) en relación al fallecimiento de un paciente que estaba ingresado en un centro dependiente del Servicio Vasco de Salud y que falleció, al parecer, por la falta de acorchamiento de las paredes de la habitación que ocupaba, insiste en que «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 a cargo del presunto perjudicado la demostración de la existencia de una acción culposa o negligente. (Por todas y como epítome la sentencia de 8 de mayo de 1991). Pues bien, relacionando todo lo anterior hay que afirmar que todos los profesionales médicos intervinientes en los hechos —antes demandados y ahora recurridos— actuaron utilizando todos los medios adecuados conforme a las circunstancias del caso, utilizando la técnica científica normal y que les fue requerida por las circunstancias del caso».

Por tanto, es esencial retener que en materia de responsabilidad extracontractual sanitaria no puede hablarse propiamente de objetivación de la responsabilidad (a salvo de lo que digamos en el apartado siguiente) y que, bien al contrario, la realidad es que la exigencia de la culpa es predicable con todo rigor para determinar los supuestos en los que pueda entenderse que existe responsabilidad con la consiguiente obligación indemnizatoria. Por tanto, el deslizamiento que predicaban algunas sentencias desde posiciones subjetivistas a criterios de responsabilidad objetiva o por el resultado, es so-



lo predicable respecto de la culpa extracontractual en general pero no es predicable respecto de los supuestos de responsabilidad sanitaria.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de diciembre de 1998 (recurso 1207/1998), analizando un supuesto en el que un paciente aquejado de prostatismo desde hacía varios años es sometido a una operación de adenomectomía retropúbica, debiéndose realizar una segunda operación al surgir algunas complicaciones; a los pocos meses de la segunda intervención empieza el paciente a sentir síntomas de impotencia y elevada incontinencia urinaria; las sentencias dictadas en primera instancia y en grado de apelación en la reclamación formulada tanto contra el médico que realizó la intervención como contra el INSALUD y el Instituto Catalán de Salud, insisten en la falta de prueba de ninguna clase de negligencia médica; el Tribunal Supremo en la sentencia de referencia insiste en que en la conducta de los profesionales de la medicina queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva y que no opera en estos casos la inversión de la carga de la prueba admitida en otros supuestos; insiste, además, en que corre a cargo del demandante la carga de probar la existencia de culpa, así como, la relación causal entre ésta y el resultado dañoso. Al final la sentencia concluye desestimando el recurso de casación por una cuestión de falta de prueba: «Declarado por la sentencia recurrida que la indicación quirúrgica era adecuada, la técnica empleada correcta y que no se ha demostrado la conexión física entre la actuación médica y los problemas de impotencia e incontinencia, que pueden producirse, como propios de tales enfermedades e intervenciones, aun perfectamente realizadas, sin que tales declaraciones fácticas resulten desvirtuadas en este recurso».

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.<sup>a</sup> de 22 de junio de 2000 (sentencia número 644/2000) contempla el supuesto de la reclamación de unos padres que solicitan la condena de un practicante y su compañía de seguros en atención a que a su hijo le había puesto una inyección utilizando una jeringuilla y aguja esterilizada solo por ebullición, sin haber utilizado ni otros métodos de esterilización ni material desechable, habiendo sido la inyección la puerta de entrada que había provocado una gangrena gaseosa que acabó con la vida de su hijo. La sentencia considera que, a pesar de que se podía entender que había negligencia por no haber empleado el profesional demandado los métodos más sofisticados que la ciencia le proporciona, y dado que se habían puesto varias inyecciones al hijo de los recurrentes en los días inmediatos a la aparición de dicha gangrena por tres profesionales distintos, no se podía llegar a establecer la oportuna relación de causalidad. La peculiaridad del caso radica en que el Tribunal Supremo manifiesta conocer el carácter subjetivo de la responsabilidad sanitaria y se lamenta de no poder escapar de los estrictos límites que le marca la línea jurisprudencial subjetiva que venimos comentando y que le impide dictar una sentencia favorable a las pretensiones de la parte reclamante: «la omisión culposa imputada al practicante demandado resultó desapoderada de toda demostración, que se impone a cargo de los actores, pues no obstante los esfuerzos de esta Sala para superar en ciertos casos el subjetivismo del artículo 1902 del Código

Civil, con la apertura de posiciones cuasi-objetivas cuando se instaura un riesgo notorio y trascendente; pero en casos como el presente, correspondía a los recurrentes la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa que invocan, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva en la aplicación de los medios que resulten perfectamente determinados y, por contrario, si no es posible establecer la relación de causalidad culposa, no se puede declarar responsabilidad sanitaria profesional (sentencias de 28 de marzo de 1983, 13 de junio de 1987, 12 de febrero de 1988, 7 de febrero de 1990, 6 de noviembre de 1990 y 29 de marzo de 1994, entre otras), como aquí sucede».

#### B) MODERNAS POSICIONES OBJETIVISTAS Y EL FRENO A LAS MISMAS

Como hemos visto hasta aquí, la responsabilidad que se enjuicia ante la jurisdicción civil es de carácter básicamente subjetivo y se responde exclusivamente por la culpa o negligencia. Ahora bien, es necesario reseñar algunas de las últimas sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> que tratan de configurar la responsabilidad extracontractual derivada de la asistencia sanitaria como una responsabilidad de carácter objetivo, constituyendo así una configuración de la responsabilidad más cercana a la responsabilidad patrimonial de la administración, a la que nos referiremos en el capítulo siguiente.

La tendencia hacia la objetivización de la responsabilidad extracontractual ha sido puesta de manifiesto por diversas sentencias; en este sentido cabe citar la de fecha 4 de febrero de 2002 (recurso 2805/1996) que insiste en el acierto de la sentencia de instancia en «rechazar cualquier tendencia objetivadora» pues expone que tal rechazo debe ser una constante en la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> e insiste en que dicho rechazo se mantiene en la jurisprudencia a la fecha de dictarse dicha sentencia. No obstante, esta sentencia reconoce la existencia de dicha tendencia hacia la objetivización pero pretende limitarla (con el fin de no desnaturalizar la responsabilidad extracontractual) y dice que las únicas excepciones al carácter objetivo de la responsabilidad extracontractual provienen de «los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva». No obstante, como veremos a continuación, la realidad dista mucho de ser pacífica y la objetivación avanza dentro de la jurisprudencia reciente de la Sala 1.<sup>a</sup>.

La configuración como objetiva se formula, en principio, por el Tribunal Supremo, sobre la base de la teoría del daño desproporcionado considerando que cuando se produce tal clase de daño hay que entender que nos encontramos ante un supuesto en el que se debe responder del daño pues tal daño no puede haberse producido sino por una conducta negligente del médico responsable.

Diversas sentencias recientes del Tribunal Supremo recogen consideraciones y argumentos que tienen carácter propiamente objetivo para valorar la responsabilidad de la Administración sobre la base de analizar el resultado producido:

En primer lugar, cabe citar la sentencia de fecha 25 de octubre de 2002 que trata de un paciente que sufrió una infección en la mandíbula; dice la sentencia: «No obstante sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios empleados, para la curación, adecuados según la *lex artis ad hoc*, no se excluye la presunción desfavorable que puede 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, revela inductivamente la penuria negligente de los medios empleados según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar».

En segundo lugar, cabe citar la sentencia de fecha 30 de enero de 2003 que utiliza un argumento semejante aunque el supuesto de hecho es distinto. Contemplaba esta sentencia el supuesto de una niña que en el parto había sufrido una lesión en el plexo braquial derecho que le había producido una parálisis braquial obstétrica del brazo derecho; la sentencia consideró que se había producido ese daño desproporcionado que justificaba la indemnización por importe de 45.000 euros.

Muy relevante es la sentencia de fecha 31 de enero de 2003 (recurso 1897/1997) [*Reproducida en el Anexo Jurisprudencial*] y que contempla el supuesto de un paciente intervenido de hemorroides sangrantes y fisura anal y que ha resultado con unas secuelas consistentes en una incontinencia anal parcial. La sentencia entiende, en su fundamento jurídico segundo, que «la responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del daño desproporcionado (...) 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». Aunque la sentencia manifiesta que la doctrina de los daños desproporcionados no lleva a la objetivización de la responsabilidad sino a la demostración de la culpabilidad del autor, sí entiende que es objetiva la responsabilidad que deriva de la aplicación del artículo 28 de la Ley 26/1984 de Defensa de Consumidores y Usuarios. Finalmente la sentencia estima el recurso y condena al médico sobre la base del argumento de que «en el caso presente, el médico demandado ha realizado una intervención quirúrgica que, habiendo producido un resultado desproporcionado, no ha acreditado la causa de éste, que sea ajeno a su actuación».

Esta sentencia llega a unas conclusiones que acercan extraordinariamente la responsabilidad extracontractual a una forma de responsabilidad propiamente objetiva y el mantenimiento de las tesis allí sostenidas iría difuminando paulatinamente las diferencias entre la responsabilidad que se debate en el ámbito civil de aquella otra que se debate en el campo administrativo. [En parecido sentido cuasi-objetivador de la responsabilidad se pronunciaron otras sentencias previas como la de fecha 31 de julio de 2002 (recurso 281/1997)].

No obstante, es muy ilustrativo el voto particular que acompaña a dicha sentencia que se limita a insistir en el carácter propiamente objetivo de la responsabilidad extracontractual; dicho voto expone cómo «la jurisprudencia



cia rechaza abiertamente la responsabilidad subjetiva del médico o del cirujano, esto es, su obligación de indemnizar tan solo porque el resultado de su intervención no sea el deseado». Entiende el Magistrado discrepante que la doctrina del daño desproporcionado no permite calificar como tal los riesgos típicos de una determinada intervención quirúrgica y que la responsabilidad de un médico solo se puede basar en su culpa o negligencia y no puede responder de ninguna clase de daño (sea desproporcionado o no) si acredita que dicho daño no se debió a su negligencia.

El contraste en esta sentencia entre la argumentación de la misma y el contenido del voto particular es muy ilustrativo para apreciar la diferencia entre lo que es la doctrina tradicional y clásica (que basa la responsabilidad extracontractual en criterios subjetivos de culpa) y las teorías modernas que avanzan hacia la objetivización sobre la base o bien del daño desproporcionado o bien de la aplicación de la ley de protección de consumidores.

#### 4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La relación de causalidad es el último de los elementos o requisitos de los que mencionábamos como imprescindible para que se produzca un supuesto de responsabilidad patrimonial y cuya concurrencia es precisa en cualquier supuesto de responsabilidad extracontractual, bien sea general o sanitaria.

En general, tanto la doctrina como la jurisprudencia se decantan por aceptar la teoría de la causalidad adecuada como la más acertada de modo tal que se considera como causa del daño el antecedente que es posible o probable, según las reglas de la experiencia, que lo produjera.

La peculiaridad de la responsabilidad extracontractual en el ámbito sanitario se refiere a que en el curso de la enfermedad o situación del paciente, confluyen dos elementos de capital importancia en la producción del resultado final: por un lado, la actuación profesional del médico y del personal sanitario en general, y, por otro lado, la propia situación del paciente, es decir, su estado de salud, generalmente defectuoso, cuyo empeoramiento o evolución fatal viene a ser el resultado dañoso por el que se reclama. Se trata, pues, de determinar en qué medida ese resultado dañoso por el que se reclama puede imputarse, con la oportuna relación de causalidad, a la actuación del médico y no a la natural evolución del estado de salud del paciente. No se olvide que, como hemos repetido varias veces, la responsabilidad del médico es solo de prestar los medios adecuados y la atención debida, no pudiendo hacerse responsable del resultado que pueda producirse.

La confluencia de factores en la producción del resultado es tomada en consideración por la sentencia de la Sala 1.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo de fecha 31 de julio de 2002 (recurso 281/1997) para confirmar una condena solidaria al médico y la comadrona interviniente en un parto en el que falleció el niño a causa de que en su momento no se adoptaron las precauciones que estaban indicadas y entiende que hay que atender a la «causa relevante para la pro-



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

cepto de «servicios sanitarios» (en la expresión utilizada por la Ley) pueden incluirse, sin forzamiento del concepto, los prestados por el INSALUD. Seguidamente, fundamenta la responsabilidad del siguiente modo: «Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomonas aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir), por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos».

A continuación la sentencia que comentamos cita la concurrencia tanto de la culpa exclusiva de la víctima como del caso fortuito o la fuerza mayor como causas que justifican la exclusión de la responsabilidad objetiva que se configura por la aplicación de la Ley 26/1984 y ello por faltar los presupuestos que la justifican.

Esta responsabilidad, que encuentra su amparo en lo dispuesto en la Ley 26/1984, es una responsabilidad que se configura como de carácter objetivo, cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando concurren las circunstancias previstas en la Ley, y en concreto cuando «por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario». Estos niveles se presuponen para el «servicio sanitario», entre otros.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de diciembre de 1999 (sentencia número 1038/1999) contempla el supuesto de una mujer que se somete a una operación de extirpación quirúrgica del cristalino para remediar una afección de cataratas y pierde el ojo sin que se le faciliten explicaciones sobre el modo en que ocurrieron los hechos; la sentencia de instancia había absuelto tanto al médico como al Servicio Andaluz de Salud; el Tribunal Supremo, sin embargo, fundamenta la condena de este último en la aplicación de la doctrina de la culpa virtual, la cosa habla por sí misma y de la desproporción del resultado y termina alegando, como argumento de cierre,



la aplicación de la Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios: «Por demás, son aplicables a este supuesto los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, debido a que la demandante es consumidora (artículo 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera la responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y siguientes). Semejante argumento se recoge en la sentencia de la Sala 1.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 2002 (recurso 1270/1997)».

La sentencia de la misma Sala 1.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo dictada en fecha 26 de marzo de 2004 (sentencia número 267/2004) [*reproducida a texto íntegro en el Anexo [Jurisprudencial]*] continúa recogiendo idéntica doctrina sobre la aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios y dice que «Ciertamente son cada vez más las sentencias de esta Sala que en casos de reclamaciones fundadas en una deficiente atención médica u hospitalaria aplican el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. (...) Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia, o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio sanitario, entre otros (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1998, 1 y 21 de julio de 1997, 9 de junio de 1998 y 29 de junio de 1999)».

A pesar de reconocer el carácter objetivo de esta forma de responsabilidad, esta misma sentencia indica expresamente cómo la aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios no puede convertir la responsabilidad en una responsabilidad puramente objetiva desconectada del criterio de la culpa y ello pues la aplicación de dicha ley y «su interpretación racional y en conjunto no autoriza a prescindir del referido factor de culpa en el presunto responsable».

La realidad es que esta forma de responsabilidad, que se basa en la aplicación de esta Ley, es una responsabilidad que se acerca a la responsabilidad de carácter objetivo; diferente, por tanto, de la responsabilidad extracontractual en materia sanitaria que, como hemos visto, no se beneficia de la progresiva objetivización predicable en general de la responsabilidad civil extracontractual dimanante de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil.

La objetivación de la responsabilidad sanitaria cuando se aplica la Ley de Consumidores y Usuarios es reconocida, en general, por buena parte de la jurisprudencia civil más reciente; así la sentencia de la Sala 1.<sup>ª</sup> de fecha 21 de marzo de 2006 (sentencia número 305/2006) que habla de que el régimen de acciones que prevé dicha Ley en su artículo 28 «se decanta abiertamente por un sistema objetivo, que cubre en principio todos los daños producidos por determinados bienes y servicios al ser consumidos; responsabilidad que es ajena a la cuestión de la culpa y es esencial la del nexo causal, con prueba

de cargo del demandante, al constituir uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad».

Se viene a configurar así, con la aplicación a la responsabilidad extracontractual sanitaria basada en la aplicación de la Ley de Defensa de los Consumidores, una forma de responsabilidad objetiva o por el resultado, que será predicable solo respecto del INSALUD, Servicios Sanitarios dependientes de las Comunidades Autónomas o entidades privadas prestadoras de servicios sanitarios, pero no es predicable respecto de los médicos que seguirán siendo objeto de reclamación sobre la base de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil y respecto de los que deberá seguirse reclamando sobre la base de acreditar la concurrencia del elemento de la culpa.

En este punto en el que se pone de manifiesto una cierta contradicción entre aquellas sentencias que consideran que la aplicación de la Ley 26/1984 objetiviza la responsabilidad y aquellas otras que entienden que tal aplicación no puede servir para eliminar el carácter subjetivo general de la responsabilidad por culpa, resulta conveniente recordar lo que se hizo constar en el Voto Particular de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2003 [*reproducida a texto íntegro en el Anexo [Jurisprudencial]*] que, en relación a esta cuestión, pone de manifiesto cómo no es posible sostener que la responsabilidad sea, a la vez, objetiva y subjetiva.

En conclusión, las sentencias de la Sala 1.<sup>ª</sup> que aplican la Ley 26/1984 configuran, como acabamos de ver, una forma de responsabilidad objetiva que es totalmente ajena a los principios de culpa que se encuentran en la base de la doctrina tradicional de la responsabilidad extracontractual configurada sobre la base de lo previsto en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. Esta construcción, aplicable sin duda a los Servicios de Salud (tanto estatales como autonómicos) acerca de la responsabilidad extracontractual sanitaria en el ámbito civil a la construcción jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la administración (regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992) y que es una responsabilidad propiamente objetiva o por el resultado. De este modo, considerando la responsabilidad se consigue un efecto muy favorable para la posición jurídica del perjudicado que solo debe probar la existencia del resultado dañoso y no la culpa o negligencia en el autor del daño.

Sin embargo, la jurisprudencia procedente de la Sala 3.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo, la de lo contencioso-administrativo, se ha pronunciado sobre la posible aplicación de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y ha concluido con la inaplicación de los preceptos de dicha norma a los supuestos de responsabilidad patrimonial; se trata de la sentencia de la Sala 3.<sup>ª</sup> de fecha 11 de mayo de 1999 que contempla un supuesto en que se desestima la reclamación por entender que la paciente había sido advertida de los altos riesgos que suponía la intervención a la que consintió ser sometida (con un resultado de lesión medular y paraplejia resultado de una operación de escoliosis) y considera que la responsabilidad que se cuestiona viene regulada por preceptos específicos (el artículo 106 de la Constitución y la

Ley 30/1992) y que dichos preceptos son de necesaria y preferente aplicación sobre los de la Ley 26/1984.

Como veremos más adelante, la realidad es que existiendo dos vías de reclamación por la defectuosa asistencia médica producida (fundamentalmente la vía civil y la vía contencioso-administrativa), los criterios de culpa que inspiran la responsabilidad extracontractual civil son notablemente más difíciles de desmontar que los criterios objetivos que inspiran la responsabilidad patrimonial de la administración; además, no se olvide que, si bien la jurisprudencia civil ha ido objetivando la responsabilidad civil extracontractual procedente de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, la jurisprudencia más reiterada, de la que hemos citado algunos ejemplos, ha establecido que la objetivación no era aplicable a la materia de la responsabilidad extracontractual en el ámbito sanitario, para la que seguían siendo exigibles los criterios subjetivos de responsabilidad por culpa que tradicionalmente resultan de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. No obstante, en la vía civil la objetivación de la responsabilidad ha venido de la mano de la aplicación de los criterios dimanantes de la Ley 26/1984 que, si bien reconoce un criterio de objetividad, no permite entender que los criterios de aplicación sean similares a los del ámbito administrativo, a los que nos referiremos en el siguiente capítulo.



## CAPÍTULO II

### LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

---

#### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA EVOLUCIÓN HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.
- III. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.
  - 1. Fundamento e importancia actual.
  - 2. Naturaleza: Responsabilidad directa y objetiva.
    - A) Conceptos.
    - B) Consecuencia: compatibilidad indemnizatoria.
- IV. ELEMENTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.
  - 1. Enumeración.
  - 2. Sujetos de la responsabilidad patrimonial.
  - 3. Hecho o acto imputable a la Administración.
  - 4. La lesión patrimonial y sus requisitos.
    - A) Efectividad. La carga de la prueba.
    - B) Evaluación económica.
      - a) Delimitación.
      - b) El principio de reparación integral. Modalidades de reparación.
      - c) Momento de la valoración del perjuicio.
    - C) Individualización del daño.
  - 5. Antijuridicidad.
    - A) Concepto.

B) Responsabilidad por anulación de actos administrativos.

6. La imputación y la relación de causalidad.
- A) Imputación a una Administración pública.
  - B) Concepto de la relación de causalidad.
  - C) Teorías sobre la relación de causalidad.
  - D) La prueba de la relación de causalidad.
  - E) Interrupción del nexo causal. La fuerza mayor.
- 

## I. INTRODUCCIÓN

De modo paralelo a como hemos hecho en el capítulo anterior, dedicado a las reclamaciones en la vía civil, nos ocuparemos ahora, en primer lugar, de dar una visión general de lo que sea la responsabilidad patrimonial de la administración, como institución de la que se sirven las reclamaciones sanitarias que se tramitan por la vía administrativa (y contencioso administrativo) para, una vez estudiadas tanto la naturaleza como los requisitos generales de esta institución jurídica, concretarla a las reclamaciones relativas al ámbito sanitario, especificando en ese momento, sus peculiaridades respecto de la institución en general y planteando y tratando de dar respuesta a los principales problemas que surgen en la realidad práctica de dichas reclamaciones.

Igual que la responsabilidad extracontractual contemplada en el artículo 1902 del Código Civil, justificaba su origen en la clasificación de las obligaciones según sus fuentes (de origen legal, contractual o procedentes de actos ilícitos), la responsabilidad patrimonial de la administración es una institución jurídica respecto de la que se puede justificar su nacimiento en atención a los diversos modos de ejercicio del poder: el ejercicio del poder se realiza por el Estado de muy diversas formas, tanto creando el derecho (función legislativa), como aplicando las normas de derecho positivo que previamente ha creado mediante la actividad legislativa (función judicial), y, también, actúa sometida a un derecho propio relacionándose con otros sujetos de derecho siendo parte de relaciones jurídicas, en esta clase de actuaciones es titular de un interés en juego (el interés público), y ésta es la función propiamente administrativa de la Administración.

En cualquiera de estas actividades que lleva a cabo el Estado, puede ocasionar daños a los particulares y debe responder de dichos daños igual como debería hacerlo, por aplicación del artículo 1902 del Código Civil, cualquier otro sujeto de derecho que ocasionara daños a terceros: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

No obstante, al Estado, al regirse por sus propias normas, distintas de las que rigen la actuación de los particulares, se le aplican distintos preceptos que regulan y contemplan las formas de reparación del daño causado a



terceros; esas normas que regulan la responsabilidad de las distintas formas de Administración son, básicamente, las siguientes:

- De la Constitución resultan aplicables los artículos 9.3: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», 106 (que se refiere a la responsabilidad patrimonial en general: «Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los poderes públicos» y 121 (que se refiere a la responsabilidad patrimonial del Poder Judicial): «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley».
- La responsabilidad del Poder Legislativo resulta de lo establecido en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992 que establece: «Las administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos».
- La responsabilidad del Poder Judicial se contempla y regula, además de en el precepto constitucional que hemos citado, en los artículos 292 a 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que contempla diversos supuestos: responsabilidad por retraso, por anormal funcionamiento o por el hecho de padecer prisión indebida.
- La responsabilidad general de la Administración es la que se regula en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo y del Procedimiento Administrativo Común, y ésta es a la que nos debemos referir seguidamente. A la regulación de la Ley debe añadirse la que resulta del Reglamento de Procedimiento de las Reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial (Real Decreto 429/1993).

Si hasta aquí hemos visto la posibilidad de justificar la responsabilidad patrimonial de la Administración en los diversos modos del ejercicio del poder, también es posible justificar e introducir la necesidad de realizar un estudio sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración de modo distinto. Se trata de un enunciado clásico con el que se suelen encabezar, también los estudios sobre la cuestión de la responsabilidad patrimonial; se trata de hacer referencia a que, junto al principio de legalidad como fundamento o pilar del derecho administrativo, existe otro pilar, que procede de la doctrina francesa, y que puede enunciarse en dos principios:

- Debe exigirse de la administración que actúe, pero debe exigirse que dicha actuación se produzca siempre con arreglo a la ley.
- Si bien la administración debe actuar con arreglo a la Ley, debe exigirse también que indemnice los daños que resulten de dicha actuación.

## II. LA EVOLUCIÓN HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Hoy día, como acabamos de enunciar, se regulan en el ordenamiento jurídico vigente, diversos supuestos de responsabilidad de la Administración, de modo tal que, como más adelante veremos, se tiende hacia una «hiperprotección» frente a la Administración ante toda clase de posibles perjuicios que puedan ocasionarse al particular a consecuencia de la actuación de la Administración. Pero esto no siempre ha sido así, la consideración de que la Administración debe responder de los daños y perjuicios que pueda ocasionar a los particulares a consecuencia de su funcionamiento ha sido muy reciente en la historia del derecho.

A) En un principio se entendía que el Rey (que encarnaba toda forma de Administración) no podía causar daño y se aplicaba el principio de que *the King can do no wrong* por considerar que el Monarca no podía realizar lo ilícito, y ello en virtud de la concepción teocéntrica del poder del Rey en el mundo medieval.

B) En el siglo XIX algunas leyes específicas reconocen algunas formas de responsabilidad; así la Ley de 9 de abril de 1842 en relación a los daños derivados de las guerras carlistas.

Ya en el siglo XX diversas leyes reconocen el principio de responsabilidad directa del Estado por los daños ocasionados con autorización legal a los particulares en la gestión de servicios públicos; se trataba de reconocimientos puntuales y no pretendían establecer una teoría general sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyo concepto estaba muy lejano al ánimo del legislador. Como muestra de estas formas de reconocimiento de responsabilidad cabe citar algunas leyes:

- El artículo 56 de la Ley de Aguas proclamó el deber de indemnizar a los particulares por los daños sufridos en sus propiedades por obras acordadas por la Administración para precaver o contener inundaciones. En parecido sentido el artículo 162 estableció la obligación de indemnizar cuando con motivo de incendio o inundación fuera preciso utilizar ciertas aguas.
- La Ley de Policía de Ferrocarriles en su artículo 3 estableció la obligación de indemnizar las demoliciones o modificaciones de fábrica que fuera necesario hacer en fincas particulares en beneficio del ferrocarril.

- La Ley de 31 de diciembre de 1945 declaró la responsabilidad del Estado en el caso de que las fuerzas militares o de orden público, con ocasión del uso reglamentario de las armas en actos propios del servicio, produjesen la muerte o incapacidad permanente de alguna persona siempre que concurrieran determinadas circunstancias.
- El Reglamento de Epizootias de 4 de febrero de 1955 en su artículo 149, estableció el deber de indemnizar cuando se imponga el sacrificio de animales sospechosos para el caso de enfermedades infecto-contagiosas.

C) La regulación del Código Civil en sede de responsabilidad extracontractual (artículos 1902 y siguientes) podría haber servido para amparar y dar cobertura a muy diversos supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración, sin necesidad de que se hubiera realizado una regulación específica de esa materia dentro del ámbito administrativo del ordenamiento jurídico, y para ello habría bastado con la aplicación e interpretación combinada de los artículos 1902 y 1903, a los que nos hemos referido en el capítulo anterior. No obstante, la interpretación realizada por el Tribunal Supremo de dichos preceptos no fue la más adecuada para lograr que con la simple aplicación de dichos preceptos se produjera una regulación amplia de la responsabilidad patrimonial.

La postura más favorable a la interpretación de dichos preceptos como pilares en los que sustentar la responsabilidad patrimonial de la administración en un sentido amplio, era la que entendía que el Estado respondería (pues el artículo 1903.5 remitía al 1902) cuando actuaba por medio del funcionario a quien correspondiera la gestión del asunto, pero no por la teoría de los hechos de un tercero, sino por el principio de responsabilidad por hechos propios dado que el funcionario es un órgano de la Administración y a su través es ésta quien actúa; igualmente, el Estado respondería cuando actuaba por medio de un agente especial (actuación por medio de un tercero) y ello por imponerlo expresamente el artículo 1903. Esta línea jurisprudencial, claramente minoritaria, fue mantenida por algunas sentencias clásicas, y citadas en todos los estudios sobre la materia, pero que no fueron seguidas por una línea jurisprudencial constante: 10 de enero de 1892, 2 de enero de 1899 o 17 de diciembre de 1902.

Por el contrario, el Tribunal Supremo se apartó de la línea jurisprudencial que acabamos de exponer y entendió que la responsabilidad del Estado quedaba restringida a los supuestos en los que se actuaba por medio de agente especial y ello por entender que cuando se actuaba por medio de funcionarios en el desempeño de funciones que le eran propias no cabía hablar de culpa ni negligencia en la organización de los servicios públicos ni en la designación de sus agentes por lo que la responsabilidad era del propio funcionario por aplicación de la Ley de Responsabilidad Civil de los Funcionarios de 1904 (y su Reglamento de 23 de septiembre). Esta línea jurisprudencial se manifestó claramente en sentencias del Tribunal Supremo como la de



18 de mayo de 1904 (que consideraba agente especial el que recibe un mandato o gestión concreta «ajena al servicio de su cargo»), o 7 de enero de 1908.

La consecuencia del sostenimiento por el Tribunal Supremo de esta última postura jurisprudencial, tan restrictiva en la aplicación de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, fue que durante muchos años, y a falta de una regulación genérica sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, se produjo una verdadera irresponsabilidad administrativa y ello pues no se dictó ninguna sentencia que fundamentara una condena a la administración en la existencia de un agente especial (en el sentido que resultaba de la interpretación del artículo 1903 del Código Civil). Consecuencia, también, de esa postura jurisprudencial fue que se hizo imprescindible un desarrollo legislativo expreso de la responsabilidad patrimonial en general de la administración, y ello al haber resultado imposible la ordenación de la misma con la aplicación de los preceptos del Código Civil reguladores de la responsabilidad extracontractual. No obstante, dicha regulación genérica debió esperar muchos años (hasta 1954) debiendo bastar hasta entonces con regulaciones sectoriales en el ámbito municipal.

D) La Constitución de la Segunda República (1931) en su artículo 41 recogió, de modo muy limitado por su carácter subsidiario, una forma de responsabilidad administrativa que, sin embargo, supuso un paso adelante en la lenta evolución del reconocimiento de la responsabilidad: «Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la corporación a quien sirva, serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios subsiguientes conforme determine la ley». La Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 en su artículo 209 recogió una forma de responsabilidad patrimonial de la administración, también muy limitada por su aplicación solo a las entidades municipales, y respecto de las que estableció que: «responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroge la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos».

E) La Ley de Bases de Régimen Local de fecha 17 de julio de 1945, la Ley de 16 de diciembre de 1950 y el Texto articulado y refundido de 24 de junio de 1955 establecieron una forma de responsabilidad patrimonial (artículos 405 y siguientes del último texto citado): «Las Entidades Locales responderán civilmente, en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el artículo siguiente, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroge la actuación de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas. El daño habrá de ser efectivo, material e individualizado».

F) De este modo se llega a la regulación más reciente, no integrada ya en el derecho histórico, y que es la que resulta de la Ley de Expropiación Forzosa de fecha 16 de diciembre de 1954 (y su Reglamento) cuyo artículo 121 establecía: «Dará también derecho a indemnización toda lesión que los



particulares sufran en los bienes o derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». Esta regulación de la Ley de Expropiación Forzosa permitió plantear los primeros supuestos de responsabilidad patrimonial y ello pues no debe olvidarse que entre la indemnización que procede del instituto jurídico de la expropiación y la que resulta de la responsabilidad patrimonial de la Administración existen muy notables relaciones:

- La expropiación es consecuencia de un funcionamiento normal de la Administración, se trata de un negocio jurídico que busca un despojo patrimonial para atender a una función administrativa de provisión de medios en beneficio de la Administración.
- La responsabilidad patrimonial, en cambio, es un instituto jurídico que se basa en la anormalidad en el funcionamiento de la Administración que supone una lesión patrimonial que alguien no tiene el deber jurídico de soportar.

Como dice la sentencia de 11 de noviembre de 1997 del Tribunal Supremo (rec. 398/1993): «No puede desconocerse que existe similitud básica derivada de la común finalidad resarcitoria entre la indemnización por expropiación y la que procede del daño o perjuicio causado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (...) La diferencia entre el procedimiento de responsabilidad patrimonial y el de expropiación forzosa, aun resultando obligada por imperativo de la Ley, no es sustancial, sino que tiene carácter formal y adjetivo».

G) La regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración pasó, posteriormente, a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1956 en cuyo artículo 40 se contemplaba esta materia del siguiente modo: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».

H) Actualmente, tal como ya hemos visto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado se encuentra regulada básicamente, además de en los artículos 9.3 y 106 de la Constitución, en la Ley de Procedimiento Administrativo Común (la Ley 30/1992) y en sus normas de desarrollo, siendo esencial la cita de la reforma de esta Ley producida por la Ley 4/1999 así como las novedades que introdujo la nueva regulación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 29/1998, a la que nos referiremos más adelante.

### III. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

#### 1. FUNDAMENTO E IMPORTANCIA ACTUAL

Como hemos visto, la responsabilidad patrimonial es una institución jurídica de configuración reciente y que trata de hacer efectivo el principio de equitativo reparto de las cargas públicas de modo tal que no sea exigible a un ciudadano el que soporte mayores daños que otros ciudadanos y sin que esto venga impuesto por norma jurídica alguna.

El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encontraba inicialmente en el ejercicio ilegal de las potestades del poder público o en la actuación culposa de sus funcionarios, por lo que se configuraba con carácter subsidiario, pero actualmente, y sin perjuicio de admitir en algunos supuestos otro fundamento, se considera que si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar, con mayor o menor intensidad a todos los ciudadanos, lo justo es que si con ello se causa algún perjuicio, éste se distribuya también entre todos, de forma que el dato objetivo de la causación de una lesión antijurídica por la actuación de la Administración constituye ahora el fundamento de la responsabilidad de la misma. La responsabilidad por tanto, surge con el perjuicio que se causa, independientemente de que éste se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los poderes públicos y de quién haya sido concretamente su causante. Se hace necesario, pues, que el quebranto que se ocasiona a un particular y que éste no ha hecho nada para merecerlo, se reparta entre toda la colectividad, reparto que se hace mediante el pago de la indemnización que se señale como consecuencia de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración; esta postura, pues, atiende a un criterio que se podría denominar como de «socialización del riesgo».

Se fundamenta de este modo, también, la responsabilidad patrimonial en el principio de solidaridad que resulta del estado social y de derecho (artículo 1 de la Constitución) de modo tal que se viene a configurar la responsabilidad patrimonial como una institución que tiende a lograr el aseguramiento colectivo frente a todo daño que pueda resultar de la actividad de la Administración.

Hay que tener en cuenta, también, que la actividad de la Administración es cada vez más amplia y abarca campos de actuación más diversos, por ello se hace necesario establecer los máximos controles posibles de modo que se pueda sujetar al poder público (que por naturaleza es expansivo) y someterlo a lo que deben ser sus normas y límites de actuación; para ello, no resultan suficientes los controles judiciales de legalidad ordinaria que se establecen y se encomiendan ya a los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos, sino que es preciso, también, que se constituyan otros mecanismos de control, y de entre ellos, uno de los más importantes es el que resulta de someter a la Administración a la obligación de responder de los daños que pueda ocasionar en el ejercicio de su actividad. Así, la responsabi-

lidad patrimonial de la Administración se convierte, también, en una forma de controlar la actividad de la administración y de que se someta al principio de legalidad.

No debe olvidarse la creciente importancia de este instituto jurídico, cuyo ámbito de aplicación es cada vez mayor en los diversos campos de la actuación administrativa: han sido frecuentes en los Tribunales las reclamaciones por lesiones o incapacidades resultantes de accidentes de militares en acto de servicio o de soldados de reemplazo durante la realización del servicio militar; accidentes de escolares durante su estancia en los colegios públicos; reclamaciones fundadas en la defectuosa asistencia sanitaria recibida en centros vinculados o dependientes de la sanidad pública, múltiples reclamaciones que se basan en la anulación o revocación de actos o disposiciones administrativas (bien sean a instancias de la propia administración o previa la interposición de recursos) y que generan reclamaciones de todos aquellos que se consideran perjudicados por la modificación del estado de cosas alterado por la disposición administrativa posterior, etcétera. Todos estos supuestos llegan a generar hoy día una multitud de procedimientos de diverso tipo que tienen su origen último en la responsabilidad patrimonial de la administración y que pretenden que, en todo caso, la actividad de los particulares se encuentre garantizada por la responsabilidad administrativa. Este interés generalizado en los particulares de que toda su actividad se encuentre asegurada por la responsabilidad patrimonial de la Administración, hace que se lleguen a plantear algunas reclamaciones en las que se pretende que la Administración se haga cargo de riesgos que son inherentes al desarrollo normal de la vida de los particulares; no cabe desconocer, tampoco, que existen ocasiones en las que la Administración se resiste a indemnizar supuestos en los que resulta evidente la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y pretende hacer recaer sobre los particulares riesgos que no deben éstos soportar.

No pueden dejar de mencionarse supuestos de verdadera responsabilidad patrimonial de la administración que, no obstante, se han tramitado por la vía penal: rotura de la presa de Tous, hundimiento del buque Mar Egeo; intoxicación por el aceite de colza adulterado, etcétera.

La importancia de la cuestión hace que sea necesario que la regulación de esta materia se realice por normas con rango legal; no se olvide que se trata de un derecho de los llamados de «configuración legal» (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de febrero de 1996; recurso 2034/1993) y ello pues su regulación no deriva directamente de la Constitución sino que los preceptos constitucionales (artículo 106) exigen un desarrollo con norma de rango de ley; con ello se realiza la aplicación, además de lo dispuesto en el artículo 149.18 de la Constitución según el cual el Estado tiene competencia exclusiva sobre, entre otras materias «el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas».

La configuración legal de esta materia permite, además, establecer los requisitos, formas y circunstancias con las que se va a exigir la responsabilidad, de modo que se pueda frenar el proceso expansivo que por su propia



naturaleza podría alcanzar esta institución si se llegara a admitir que cabe responsabilidad patrimonial en todos aquellos supuestos en los que la Administración no cumple con eficacia los fines que le señala el Ordenamiento: persecución de los delitos, protección del medio ambiente, organización de los servicios sanitarios etcétera. Se exige, por tanto, una regulación detallada que ordene en qué supuestos va a poder exigirse la responsabilidad de la Administración.

## 2. NATURALEZA: RESPONSABILIDAD DIRECTA Y OBJETIVA

### A) CONCEPTOS

La configuración actual de la responsabilidad patrimonial y su regulación procedente de la Ley 30/1992, así como la jurisprudencia que la analiza e interpreta, son todas conformes en reconocer el carácter directo y objetivo de la responsabilidad patrimonial.

El hecho de que se trate de una responsabilidad directa significa que la Administración no responde de modo subsidiario (como hemos visto en el apartado II de este capítulo que ocurría en los antecedentes de la regulación de esta institución); ahora bien, ello sin perjuicio del derecho de la Administración de repetir contra el personal a su servicio que sea responsable del daño causado.

En este punto, es esencial lo dispuesto por el artículo 145.2 de la Ley 30/1992 (en la redacción introducida por la Ley 4/1999) que establece que: «La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades o demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubiera incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca». Debe hacerse notar que la modificación introducida por la Ley 4/1999 ha sido fundamental en cuanto ha cambiado la expresión «podrá exigir» por la expresión «exigirá»; no obstante, hay motivos para dudar que, si cuando la acción de repetición era potestativa de la Administración, no se ha ejercitado en ningún caso, se vaya a ejercitar ahora por el simple hecho de que se haya convertido en obligatoria.

La consecuencia de que la responsabilidad sea objetiva es que no es menester demostrar que los titulares o gestores de la actividad administrativa hayan actuado con dolo o culpa, ni es necesario demostrar que el servicio público haya actuado de manera anómala, y ello pues hay obligación de indemnizar aun en los casos de funcionamiento normal del servicio público; así lo establece la Ley 30/1992 en el primero de sus artículos dedicados a la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 139.1) cuando dice que: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento NORMAL O ANORMAL de los servicios públicos».



Ese funcionamiento «normal o anormal» permite diferenciar la responsabilidad patrimonial de la Administración en general, a la que ahora nos referimos, con la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia y ello pues el artículo 292 de la LOPJ, para el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia, establece que «Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento ANORMAL de la Administración de Justicia darán a todos los perjudicados el derecho a una indemnización a cargo del Estado».

La conclusión fundamental de la nota de objetividad de esta forma de responsabilidad es la que se refiere a que el daño producido por el funcionamiento del servicio público debe ser antijurídico y lo será en los casos en que el riesgo inherente a la utilización de dichos servicios públicos debe haber rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social; desarrollaremos más extensamente esta idea cuando nos refiramos al criterio de la *lex artis* como determinante del surgimiento de la responsabilidad patrimonial. Así resulta de múltiples sentencias de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo entre las que cabe citar las de 10 de noviembre de 1994, 11 y 25 de febrero de 1995 o 10 de febrero de 1998 (rec. 11532/1990) [reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial]. Esta última sentencia recogía una reclamación de unos padres respecto de los daños sufridos por su hijo recién nacido al que, según entendía la parte recurrente, por un inadecuado suministro de oxígeno se le produjo una fibroplasia retrolental que ocasionó la pérdida de visión; sin embargo, como veremos al estudiar el criterio de la *lex artis* en el capítulo siguiente, no se llegó a acreditar que el diagnóstico y tratamiento fueran inadecuados por lo que se rechazó la petición de indemnización.

#### B) CONSECUENCIA: COMPATIBILIDAD INDEMNIZATORIA

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración hace que sea compatible la declaración de responsabilidad (y la consiguiente indemnización a la que pueda haber derecho) con la declaración de responsabilidad en otros ámbitos del derecho y con la fijación de las indemnizaciones a que pueda haber lugar.

En la relación que puede establecerse entre la responsabilidad patrimonial de la administración y el ámbito penal, se ha fijado con claridad la posibilidad de que la absolución dictada en el ámbito penal no tiene por qué vincular al ámbito contencioso administrativo y ello pues, al estar la responsabilidad penal y la contencioso administrativa regida por principios y normas distintas, no existe ningún inconveniente en que el hecho de que se acuerde que no existe responsabilidad en el ámbito penal sea compatible con la fijación de indemnizaciones en el ámbito contencioso administrativo. En relación, precisamente, con reclamaciones por asistencia sanitaria es muy frecuente en la realidad de los Tribunales que se inicie la reclamación contra el médico por la vía penal y que, una vez que se ha acordado el archivo por

no ser los hechos constitutivos de delito y no haberse acreditado en los hechos una negligencia de la suficiente intensidad como para ser encuadrada dentro del ámbito penal, se inicia la vía administrativa (ahora no contra el médico, sino contra la Administración sanitaria) y en esta vía, al tratarse de una responsabilidad de carácter objetivo y no basada en criterios de culpa sino en el criterio objetivo del daño, se obtiene una sentencia favorable a las pretensiones de la parte recurrente, con la consiguiente indemnización que fue negada en la vía penal.

El Tribunal Supremo ha reconocido la compatibilidad de las vías penal y contencioso administrativa en multitud de sentencias (28 de mayo de 1985, 6 de febrero de 1987 o 7 de diciembre de 2005) y ello por entender la independencia de las actuaciones penales en relación con la responsabilidad del Estado (se trataba de supuestos de actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado). La única limitación que se reconoce a la declaración de compatibilidad es la que resulta de los límites cuantitativos de las indemnizaciones que, como es natural, no pueden ser sobrepasados ni se puede dar lugar a una duplicidad de indemnizaciones. También se ha reconocido la compatibilidad entre la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial ante la jurisdicción contencioso administrativa y la vía contable (Tribunal de Cuentas) en la sentencia de la Sala 3.<sup>ª</sup> de fecha 2 de noviembre de 2005 (rec. 677/2003).

Pero la compatibilidad se reconoce no solo en cuanto a la posibilidad de que se declare que no son excluyentes las indemnizaciones reconocidas en la vía penal y en la contenciosa, sino que también resulta aplicable a todas las indemnizaciones que es posible reconocer en normas sectoriales respecto de la genérica que resulta de la responsabilidad patrimonial de la Administración; así lo establece la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.<sup>ª</sup> de fecha 12 de mayo de 1998 (rec. 7488/1993): «basta citar la consolidada doctrina de esta Sala 3.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo, establecida, entre otras, en sus sentencias de 2 de marzo, 20 de mayo y 28 de noviembre de 1995, 27 de marzo y 17 de abril de 1998, que siguen idéntico criterio al recogido en la sentencia de la Sala especial de este Alto Tribunal, contemplada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de fecha 12 de marzo de 1991 (resolución citada por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de diciembre de 2005 dictada en el recurso 6649/2001), según el cual las prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial son compatibles con las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial de la Administración por tener su causa en títulos diferentes y ser exigencia de ésta la plena indemnidad de la víctima, que no se alcanzaría con el percibo de las prestaciones prefijadas en las invocadas normas sectoriales».

También se reconoce la compatibilidad en las indemnizaciones a que pueda haber lugar y que, aun resultando de los mismos hechos, tienen su origen en títulos distintos; es el caso de los fallecimientos o accidentes acaecidos a militares (profesionales o de reemplazo) que, aun teniendo la consideración de ocurridos en acto de servicio y generando el derecho a indemnización o prestación periódica (al amparo de lo dispuesto en el Real Decre-

to 1234/1990), solicitan indemnización de la administración por la vía de la responsabilidad patrimonial de la administración militar causante del daño.

La compatibilidad, referida a esta clase de indemnizaciones, aun admitida con anterioridad (sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> de fecha 1 de diciembre de 1989), se confirmó a partir de la sentencia de la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991 que afirmó la compatibilidad ya que la compensación percibida normalmente, esto es, al margen de la correspondiente a la responsabilidad patrimonial, «es una evaluación apriorística y objetiva del quebranto mínimo de carácter exclusivamente económico sufrido por razón de parentesco» que «no cuida, pues, de individualizar o matizar los perjuicios cuantitativa y cualitativamente, en función de las distintas circunstancias personales, familiares y profesionales».

Entiende la Sala de Revisión que la compatibilidad debe aceptarse, pues, como se señala en la misma exposición de motivos acompañada al Real Decreto 1234/1990, de 11 de octubre, por el que se regula la concesión de pensiones e indemnizaciones del régimen de clases pasivas del Estado a quienes prestan el servicio militar y a los alumnos de los Centros docentes militares de formación, con dicha disposición se pretende «completar las medidas iniciadas en los últimos años en orden a establecer un nivel de protección suficiente, que permita cubrir las situaciones de necesidad derivadas de la incapacidad o fallecimiento acaecidos con ocasión o a consecuencia de accidente producidos durante la prestación del servicio militar», mientras que, como es conocido, la indemnización por responsabilidad patrimonial, además de tener otro fundamento, lejos de atender «situaciones de necesidad» persigue una compensación integral del daño producido (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1997 o 17 de abril u 8 de octubre de 1998).

Más reciente, y reconociendo idéntica compatibilidad, es la sentencia de fecha 30 de enero de 2006 (rec. 596/2002) que se refiere a la posibilidad de compatibilidad en atención a la condición del afectado (en este caso militar de reemplazo) y en la que se cita una sentencia anterior que es la de fecha 29 de junio de 2002 según la cual el límite a la compatibilidad procede del importe indemnizatorio y ello pues «en los supuestos en que concurren ambas, como hemos expresado en nuestras sentencias de 17 de abril y 12 de mayo de 1998, no cabe hacer abstracción de las cantidades percibidas por las diferentes vías, sin perjuicio del carácter compatible de unas y otras, dado el principio que rige este instituto de la plena indemnidad o de la reparación integral».

El fundamento de la compatibilidad entre las dos formas de reparación se reconoce por la jurisprudencia más estable que considera cómo la pensión extraordinaria es por sí misma insuficiente y está necesitada de un complemento que sirva para alcanzar la plenitud de la reparación. Y ello porque en definitiva el título jurídico por el que se reconoce la compensación es distinto, pues en el caso de la pensión extraordinaria ese título es el menoscabo patrimonial y en el de la indemnización por responsabilidad de las administraciones públicas el título determinante de la indemnización abarca todos



los daños concurrentes, incluido el daño moral. En ese sentido se han pronunciado diversas sentencias de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo entre las que cabe citar las de 27 de julio de 2005 (rec. 524/2000); 11 de enero de 2004 (rec. 7013/2000) y 10 de octubre de 2002 (rec. 5406/1998).

Diversas sentencias de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional (recursos 1333/1998, 406/1999, etcétera) reconocen dicha compatibilidad entre la vía específica y la general de reparación sobre la base de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero exigen para ello que se determine la necesidad de que la parte recurrente acredite que la cantidad obtenida por la vía específica de reparación (la procedente del Real Decreto 1234/1990) no es suficiente para obtener la reparación integral de los daños realmente sufridos por el hecho dañoso.

#### IV. ELEMENTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

##### 1. ENUMERACIÓN

La regulación de la Ley 30/1992 de la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque contempla los requisitos para el surgimiento de la misma, no recoge una enumeración tasada de estos requisitos, enumeración que sí ha realizado una jurisprudencia reiterada y constante del Tribunal Supremo; el principio fundamental que emana de dicha enumeración de requisitos se basa en la idea de que no es preciso el requisito de la culpa para el surgimiento de la responsabilidad, lo que hace de la responsabilidad de la Administración un sistema de responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla con que se haya producido un daño efectivo y evaluable económicamente e individualizado.

Los requisitos que esa muy reiterada jurisprudencia considera precisos para que surja la responsabilidad patrimonial son, básicamente, los siguientes: a) efectiva realidad del daño y que éste sea efectivo, individualizado y en relación con una persona o grupo de personas; b) que el referido daño sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; c) que exista una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre la actividad de la administración y el resultado producido y ello sin intervención de elementos extraños que pudieran romper el nexo causal; d) ausencia de fuerza mayor. No es difícil encontrar sentencias del Tribunal Supremo que realizan esta enumeración de requisitos, baste citar la de fecha 7 de febrero de 2006 dictada en el recurso 6445/2001 o la de fecha 14 de febrero de 2006 (rec. 6481/2001) [*reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial*] que realiza una enumeración sobre cuáles son los requisitos para que exista responsabilidad patrimonial y añade que dicha enumeración no es sino resultado de una reiteradísima jurisprudencia, que por lo conocido de la misma exime de su cita.

Con más detalle la sentencia de la misma Sala de fecha 13 de abril de 2005 (rec. 5588/2002) [reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial], y aunque no se refiere a una reclamación relativa a la asistencia sanitaria, ha recogido una completa doctrina sobre la responsabilidad patrimonial sanitaria y ha establecido como requisitos los siguientes:

1.º) Realidad de un resultado dañoso (sentencias de 17 de diciembre de 1980, 13 de noviembre de 1981 y 20 de enero de 1982), incluyéndose en el daño el lucro cesante (sentencia de 22 de diciembre de 1982).

2.º) La antijuridicidad del daño o lesión, definida en la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1981, al decir que la calificación de este concepto viene dada tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.

3.º) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4.º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, y, a este respecto, la sentencia de 11 de noviembre de 1982 tiene declarado que el daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo esta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento, no procediendo la indemnización si ha intervenido otra causa (sentencias de 20 y 17 de octubre de 1980).

A esta enumeración de requisitos realizada reiteradamente por la jurisprudencia, debe unirse la necesaria concurrencia de dos elementos básicos cuya existencia debe analizarse de modo previo a la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración y que hacen referencia, por un lado, a la necesaria concurrencia de un sujeto deudor y otro acreedor de la obligación de indemnizar y, por otro lado, a la necesaria existencia de un hecho o acto que proceda o sea imputable a la Administración (y del que dimana el resultado dañoso).

## 2. SUJETOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

No puede olvidarse que la responsabilidad patrimonial es una relación de carácter obligacional (pues su origen se encontraba en el paralelismo que podía establecerse entre el artículo 1902 del Código Civil y la causación de daños por parte de la Administración) por lo que es necesario que concurren

dos sujetos: el que tiene derecho a exigir la prestación en que consiste la reparación y el que está obligado a realizarla.

Por lo que se refiere al SUJETO ACTIVO la Ley 30/1992 no realiza especificación alguna y sólo habla de «los particulares» por lo que debe entenderse que el derecho a reclamar puede predicarse respecto de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, con la única exigencia de que ella haya sufrido el daño.

Como veremos al estudiar el elemento de la lesión como básica para la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños susceptibles de indemnización son los daños materiales y los daños morales, por lo que, precisamente en este concepto (por ejemplo: la muerte) se puede indemnizar no solo al directamente afectado, a sus parientes, herederos y a todo su entorno humano que se pueda sentir afectado por el daño moral que se trata de reparar y que es predicable respecto de un círculo de personas más amplio que si se tratase solo de daño material.

Por lo que se refiere al SUJETO PASIVO hay que distinguir, por una parte, la persona física a la que es imputable la conducta material de la que se deriva el daño y, por otra parte, la Administración que es la obligada a la reparación correspondiente. Insistiremos en esta cuestión al tratar de la acción de repetición (apartado IV.3 del último capítulo y en el capítulo dedicado al reintegro de gastos médicos).

La persona autora del daño debe estar integrada en la organización administrativa, y ello para que se pueda trasladar la responsabilidad a dicha organización administrativa; dicha integración se admite de una forma muy amplia y ello, pues, se comprende no solo al personal funcionario o laboral fijo sino, también, al personal eventual, interino o contratado; se excluyen, no obstante, los casos de ejercicio privado de funciones públicas (Notarios o Registradores).

La sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 2004 (rec. 3999/2001) ha considerado, citando sentencias anteriores como las de fechas 5 de junio de 1989 y 22 de marzo de 1995, que se ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo con lo que se amplía grandemente el concepto de sujeto pasivo a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No hay duda de que, tanto en la posición deudora como acreedora pueden concurrir una PLURALIDAD de personas físicas o jurídicas; a este respecto, hay que distinguir:

- En el lado acreedor no se plantea problema alguno ni hay regulación específica.
- En el lado deudor, la pluralidad de sujetos obligados a reparar se regula por lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley 30/1992 que esta-



blece que: «Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las administraciones intervinientes responderán de forma solidaria».

### 3. HECHO O ACTO IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN

El artículo 139.1 de la Ley 30/1992 exige que la lesión causada a los particulares «sea consecuencia del funcionamiento (normal o anormal) de los servicios públicos». Por tanto, lo determinante es que el hecho o acto de que se trate se integre y pueda predicarse que procede de la organización administrativa y se pueda entender que tenga en ésta su origen. Los criterios empleados por el Tribunal Supremo para delimitar qué se entiende por servicio público son criterios elásticos y que permiten integrar en su seno tanto la acción como la omisión, bien sea material o jurídica, es decir, de carácter positivo como negativo; para este último supuesto la conducta omisiva vendrá determinada por la culpa *in omitendo*, derivada de una pasividad de la administración o de la falta de prevención al no adoptar las medidas encaminadas a evitar la producción del daño.

El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 5 de noviembre de 1997, identifica servicio público «Con toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso con la omisión o pasividad, con el resultado lesivo, cuando la administración tiene el concreto deber de obrar y de comportarse de un determinado modo». Otras sentencias del Tribunal Supremo han definido este primer elemento identificándola con «gestión administrativa en general» o identificándola con «servicio público» o con «giro o tráfico administrativo» o «hacer y actuar de la Administración».

No hay que desconocer que, en la realidad de las reclamaciones, es muy frecuente que se produzcan actuaciones materiales de las que derivan o que dan lugar a indemnización que no siempre suponen la existencia de un acto administrativo previo pues no se manifiesta una clara voluntad administrativa aunque sí producen un innegable resultado en un tercero y que pueden dar lugar a la declaración de responsabilidad patrimonial, entre esta clase de actos se encuentran, por ejemplo, las actuaciones sanitarias.

### 4. LA LESIÓN PATRIMONIAL Y SUS REQUISITOS

Como acabamos de ver, todas las sentencias que enumeran los requisitos para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial comienzan la exposición de los mismos por la necesidad de que exista una lesión patrimonial; así lo han hecho también todas las normas que han regulado esta materia: el artículo 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, el 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y el actual artículo 139.2 de la Ley 30/1992: «En todo caso, el daño alegado habrá de ser efecti-

vo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

La lesión debe reunir una serie de requisitos que pasamos a enumerar:

#### A) EFECTIVIDAD. LA CARGA DE LA PRUEBA

La nota o exigencia de la efectividad significa que, a consecuencia de la actividad de la administración, se debe ocasionar un daño que debe ser real y no simplemente hipotético en la esfera patrimonial de intereses del perjudicado; quiere esto decir que no puede pretenderse la indemnización de daños futuros ni hipotéticos ni relacionados con ganancias futuras dejadas de percibir o que simplemente tuvieran la condición de posibles o esperadas. [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>ª</sup> de fecha 30 de noviembre de 2005 (rec. 5965/2001)].

También los requisitos de efectividad y certeza son exigibles cuando lo que se reclama es la indemnización del lucro cesante o ganancias dejadas de obtener. La sentencia de la misma Sala 3.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo de fecha 22 de febrero de 2006 (rec. 1761/2002) insiste en esta cuestión cuando afirma que «Como ha reconocido hasta la saciedad la jurisprudencia de esta Sala, la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas». El supuesto de hecho que trataba era el de un particular al que se le había denegado indebidamente la autorización para establecer un determinado negocio y que solicitaba ser indemnizado de los perjuicios que se le habían irrogado durante el tiempo en que no pudo tener en funcionamiento dicho establecimiento; era la propia Administración obligada al pago la que recurría frente a la fijación de la indemnización que había hecho la sentencia de instancia.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de enero de 1990 estableció, en relación a la cuestión del carácter real y efectivo del daño, y en relación a un supuesto de enfermedad, que son indemnizables las consecuencias «no solo cuando se trate de consecuencias lesivas pretéritas y actuales, sino también de futuro acaecimiento, pero, por supuesto, siempre que, por su carácter fatal derivado de esa anterioridad o actualidad, sean de producción indudable y necesaria por su acaecimiento en el tiempo, no cuando se trate de acontecimientos autónomos y con simple posibilidad». La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de octubre de 2000 (rec. 3905/1996) [reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial] en relación a una reclamación de daños derivados del hecho de haber tenido un hijo a pesar de haberse sometido a una operación de vasectomía, realiza un detallado análisis sobre el concepto de la realidad de los daños y sobre la posibilidad de considerar éstos como efectivos y sobre la nota de antijuridicidad que debe poder predicarse de dichos daños en cuanto a que suponga que no existe obligación de soportarlos.

Por lo tanto, sólo se puede declarar la responsabilidad patrimonial si se acredita la realidad del daño y si se ha probado éste de modo suficiente. Esto

nos pone en contacto con el tema de la carga de la prueba: ¿A quién corresponde probar la existencia de la lesión y quién se perjudica de la falta de prueba?, cuestión que aparece resuelta también por múltiples sentencias en el sentido de entender que esta carga recae sobre el perjudicado sin perjuicio de permitir que en el procedimiento se pruebe la realidad y certeza de ese daño y que se deje a ejecución de sentencia la cuantificación del importe del daño una vez que se apliquen las normas o bases que se hayan fijado en la sentencia.

La sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo dictada el día 19 de octubre de 2004 (rec. 7286/2000) [*reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial*] ha establecido claramente que la carga de la prueba recae en la parte recurrente y ha dicho que será «quien desea obtener la reparación que cree justa, como consecuencia de la a su juicio inadecuada prestación del servicio público, quien acredite que se produjo un acontecimiento que desencadenó un daño imputable al funcionamiento del servicio en cualquiera de sus manifestaciones, para que de ese modo se pueda achacar ese daño a la Administración como responsable de aquél».

En relación con esta cuestión, se hace necesario determinar en qué momento deben concretarse los daños cuya indemnización se pretende; a este respecto, la sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1997 entiende que: «según constante jurisprudencia, sólo permite diferir al período de ejecución de sentencia la fijación de los perjuicios acreditados en cuanto a su existencia, aunque no en cuanto a su cuantía». En el mismo sentido cabe citar tanto la sentencia de fecha 9 de mayo de 1995 que insistió en que no era posible trasladar al período de ejecución de sentencia la determinación del daño y ello pues en dicho momento solo era factible concretar su cuantía como la sentencia de fecha 14 de abril de 2005 (rec. 5588/2002) [*reproducida a texto completo en el Anexo Jurisprudencial*] que entiende que la declaración de existencia de daños y perjuicios es, en efecto, cuando se inste en la demanda, uno de los objetos propios del recurso contencioso-administrativo y, en consecuencia, sobre ella ha de recaer un pronunciamiento específico de la sentencia que no se puede trasladar al ulterior período de ejecución, en el que únicamente cabría precisar su cuantía. Afirmaciones las anteriores que se inscriben en la línea de una jurisprudencia constante según la cual es a lo largo del recurso contencioso-administrativo donde debe acreditarse, en tanto que requisito ineludible para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, el daño o perjuicio efectivo y evaluable económicamente cuya indemnización se solicita. No cabe, pues, diferir a la fase de ejecución de sentencia la demostración de un daño que ha de quedar acreditado en el proceso, tanto más cuanto que ante la oposición de la parte demandada sólo mediante la prueba de la existencia de daños o perjuicios concretos, evaluables y efectivos es posible condenar a la Administración al pago de los causados.

Esta cuestión del diferimiento a una supuesta fase de ejecución de sentencia de la existencia de los daños por los que se reclama, se convierte en muchos recursos tramitados por la vía de la responsabilidad patrimonial en



una cuestión fundamental y ello pues la parte interesada omite las actuaciones necesarias para la determinación y la concreción de los daños con lo que ocasiona que al momento de dictar sentencia exista una falta total de acreditación sobre un elemento fundamental de la responsabilidad como es el relativo al daño cuya indemnización se reclama. Esta es, pues, una cuestión central en cualquier reclamación y en el recurso contencioso que se pueda plantear.

En relación a la carga de la prueba, no puede olvidarse que la Administración no queda exonerada de toda carga probatoria y ello pues también debe acreditar las circunstancias que sean a su cargo y de las que pueda resultar la obligación de indemnizar o que puedan haber tenido influencia para la producción del resultado dañoso de que se trate. La sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de fecha 3 de diciembre de 2002 (rec. 38/2002) trató la cuestión de la posible indemnización de los daños derivados de una caída en la vía pública por la existencia de una mancha oleaginosa; en estos supuestos, una vez determinada la existencia del daño, resulta que es sobre la Administración sobre la que recae la carga de probar la acreditación de las circunstancias de hecho que definen el standard de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial de los usuarios del servicio derivadas de la acción de tercero y para reparar los efectos dañosos en el caso de que se actúe tales situaciones de riesgo. Se trata, pues, de una carga de la prueba compartida en la que la actuación de perjudicado y administración a lo largo del procedimiento de reclamación debe ser conjunta para responder cada parte a la carga que sobre ella recae.

También insiste esta sentencia en la necesidad de que, según la doctrina de la Sala, la administración frente a la que se reclama tiene la carga de probar la influencia de la actuación de terceros que puede servir para romper el nexo de causalidad «por aplicación de los principios de la carga de la prueba contenidos en el artículo 1214 del Código Civil, es claro que corresponde a la Administración titular del servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, y salvo en el supuesto de hecho notorio le corresponde también a la Administración acreditar aquellas circunstancias de hecho que definen el standard de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos producidos por los mismos». No obstante, la cuestión de la influencia de la conducta de terceros en la producción del daño indemnizable será una cuestión que deberemos abordar más adelante al tratar la relación de causalidad.

## B) EVALUACIÓN ECONÓMICA

### a) DELIMITACIÓN

La primera regulación que se produjo sobre esta materia, que como hemos dicho se encontraba en la Ley de Expropiación Forzosa, sólo permitía la indemnización de «los bienes o derechos a que esta ley se refiere». La Ley de

Régimen Jurídico de la Administración del Estado amplió el ámbito indemnizatorio al hablar de la indemnización de «toda lesión que se sufra en cualesquiera de sus bienes o derechos»; esta misma expresión es la que se utiliza en la Ley 30/1992 que habla de «toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos» (artículo 139.1).

El daño moral es hoy día no solo generalmente admitido como indemnizable, sino que muchas de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se ven ante los Tribunales de justicia, se formulan, exclusivamente, pretendiendo esta clase de indemnizaciones. Esto no ha sido siempre así, sino que cuando se trataba de reclamaciones que se regían por lo dispuesto en la Ley de expropiación forzosa, se entendía que el daño moral no era indemnizable al no poderse decir que se estaba estableciendo una indemnización sobre bienes o derechos susceptibles de expropiación (sentencias del Tribunal Supremo de fechas 11 de abril de 1972 o 12 de marzo de 1975).

Los supuestos de reclamación por supuestos daños morales son cada vez más abundantes y junto a las clásicas reclamaciones relativas al daño moral por el fallecimiento de un pariente o por las lesiones padecidas o por la defectuosa asistencia médica recibida, se plantean reclamaciones por los daños morales originados en el retraso por la Administración en homologar un título académico o por los daños morales derivados del defectuoso funcionamiento de las oficinas del INEM que provocaron que no pudiera obtener un empleo, etcétera. Es frecuente que muchas de las reclamaciones en las que se solicita la indemnización por los daños morales enmascaren reclamaciones por daños no justificables, en las que no es posible cuantificar el importe de dichos daños y, por ello, se reclaman bajo este concepto de daño moral.

En cualquier caso, y como no podía ser de otra manera, los daños morales, aun considerándose evaluables económicamente, no puede dudarse de que deben ser sometidos a una valoración conjunta, racional y prudente en la que se tomen en consideración todos los elementos de cuantificación que se puedan aportar por la parte interesada y que, además, es necesario que en dicha valoración se actúe con especial cuidado y mesura pues, precisamente por su dificultad de valoración, puede inducir a los perjudicados a tratar de imputar a los daños morales aquellas cantidades que no pueden probar como daños materiales, que precisan de una cuantificación y prueba mucho más exigente. Ya vimos en el capítulo anterior (apartado II.3, y en relación a las reclamaciones tramitadas por la vía civil) los criterios que emanaban de la jurisprudencia más reciente sobre el reconocimiento y realidad del daño moral.

También es útil realizar alguna consideración sobre la necesidad de que las sentencias que se pronuncien con ocasión de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial detallen y pormenoricen el razonamiento lógico que han podido seguir para fijar el importe indemnizatorio finalmente señalado. En relación a esta cuestión, la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.<sup>a</sup> de 17 de enero de 2006 (rec. 8425/1999) [reproducida a texto íntegro en el Anexo *Jurisprudencial*] se ha referido, tras la cita de la jurisprudencia constitucional

relativa a la necesidad de motivación de las sentencias, a la suficiente explicación ofrecida por la sentencia de instancia sobre la cantidad fijada como indemnización en el caso objeto de recurso: «se indican los criterios jurisprudenciales a tener en cuenta para efectuar la valoración del daño y cuantificación de la reparación, para pasar a examinar la valoración realizada por la parte, señalando los conceptos que no entiende indemnizables y la razón de ello, así como la distinta valoración de los conceptos que considera deben ser objeto de reparación, terminando por fijar la correspondiente indemnización, de manera que las alegaciones que formula la recurrente respecto de las secuelas (disnea, parálisis de las cuerdas vocales y alteraciones de la deglución), la graduación del daño moral, incapacidad temporal, denegación de minuta de letrada, en realidad lo que ponen de manifiesto es la disconformidad con la motivación de la sentencia, por distintas razones, y no la falta de una respuesta a tales cuestiones» por lo que considera que ninguna irregularidad se ha producido. Estas exigencias relativas a la adecuada motivación deben relacionarse con la muy restringida recurribilidad en casación de la cuestión relativa a la fijación del importe indemnizatorio, cuestión a la que nos referiremos en el apartado siguiente.

b) EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL.  
MODALIDADES DE REPARACIÓN

La extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce lo dispuesto en los artículos 106.2 de la CE y 139.1 de la Ley 30/1992, al principio de reparación «integral». La sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.<sup>a</sup> que acabamos de citar de fecha 17 de enero de 2006 (rec. 8425/1999) [*reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial*] acepta la fundamentación de la sentencia de instancia en las consideraciones que realiza sobre que la responsabilidad patrimonial de la Administración conlleva la reparación integral de los daños y perjuicios producidos; en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de abril de 1998 estableció que «a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración se persigue la consecuencia de una situación de indemnidad o reparación integral por aquel que ha sufrido una lesión antijurídica como consecuencia del normal o anormal funcionamiento de un servicio público». Por lo tanto, para determinar en cada caso si se ha llegado a dar cumplimiento al principio de reparación integral, lo que es preciso es determinar si el patrimonio del administrado ha quedado inalterado, pues solo en ese caso podrá entenderse que la reparación ha sido íntegra, real y efectiva.

De ahí que la reparación afecta a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente valuables, como el daño emergente o el lucro cesante —artículo 1106 del Código Civil—, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino que comprende también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una



categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados o personas de su entorno.

En atención a que en esta materia rige el principio de reparación integral, hay que tener en cuenta que no se puede admitir una reparación que solo tuviera en cuenta el valor del bien afectado, sino que es necesario, también, atender al momento del pago, al valor adquisitivo, al de afección y a la posible depreciación; obrar de otra manera supondría una indemnización por el valor propiamente nominal sin que se obtuviese una reparación integral.

A la hora de efectuar la valoración, la jurisprudencia ha optado por efectuar una valoración global que derive de una apreciación racional aunque no matemática pues se carece de parámetros o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la sentencia de 23 de febrero de 1988, «las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas» en una suma dineraria. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 1997 habla de la existencia de un innegable «componente subjetivo en la determinación de los daños morales».

La sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de fecha 4 de noviembre de 2005, dictada en el recurso 3787/2002 ha compendiado la doctrina de la Sala en materia de fijación del importe indemnizatorio y ha señalado tres apartados que resumen buena parte de la doctrina de la Sala en la materia:

- a) Ciertamente la doctrina jurisprudencial ha proclamado el principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados (sentencias de esta Sala de 24 de julio, 30 de octubre y 27 de diciembre de 1999, 5 de febrero, 18 de marzo y 13 de noviembre de 2000, 27 de octubre y 31 de diciembre de 2001).
- b) Como también ha proclamado reiterada doctrina jurisprudencial (valgan por todas sentencias de 25 de septiembre de 2001 y 9 de octubre de 2001) la determinación del *quantum* indemnizatorio es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y ha de ser respetado en casación, en tanto no se demuestre el error, su irracionalidad o la infracción de las normas que regulen la valoración de los medios probatorios.
- c) En materia de indemnización de daños morales esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, hasta conformar doctrina legal (sentencias, entre otras, de 20 de julio de 1996, 5 de febrero de 2000, 7 de julio y 22 de octubre de 2001 —recursos de casación 694 y 5096/1997—), que «la fijación de la cuantía de la indemnización por los perjuicios morales sufridos, dado su componente subjetivo, queda reservada al prudente arbitrio del Tribunal de instancia, sin que sea revisable en casación siempre que éste haya observado los criterios

jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación, ya que dicho recurso de casación, como hemos declarado en nuestras sentencias de 8 de noviembre de 1995, 2 de marzo y 20 de julio de 1996, tiene como finalidad someter al conocimiento del Tribunal competente el examen de la interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia realizadas por el Tribunal de instancia, tanto en relación con el proceso cuanto con la cuestión debatida en el mismo por motivos tasados», llegando a expresar en esa última sentencia de 22 de octubre de 2001 que «aunque el Tribunal de Casación tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral, no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado el Tribunal sentenciador si éste ha respetado ese único requisito controlable en casación, que es la razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados por la propia Sala de instancia».

La reparación a que pueda haber derecho sobre la base de lo dispuesto en la aplicación al caso concreto del principio de reparación integral ha permitido a la jurisprudencia contencioso administrativa (aplicando el mismo principio que resulta de lo dispuesto en el artículo 1106 del Código Civil) incluir dentro de los conceptos a reparar tanto el daño emergente como el lucro cesante. La doctrina jurisprudencial puede compendiarse en los siguientes principios:

- Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes pues no son computables las ganancias que son solo posibles.
- También se excluye la posibilidad de que a través del lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto y sin causa.
- Se exige, tanto en el caso de daño emergente como en el de lucro cesante, una prueba rigurosa; exigiéndose una especial prudencia en lo que se refiere a la valoración del lucro cesante.
- En ocasiones, la jurisprudencia admite la aplicación, en el momento de la valoración, del principio de equidad; fue tomado en cuenta en algún caso para la valoración de los perjuicios derivados de la no celebración de una exposición pictórica entendiéndose que debía valorarse no solo la frustración del pintor por no dar a conocer su obra y los gastos de montaje de la misma sino también «el desmerecimiento ante la opinión pública».
- En alguna ocasión (por ejemplo, las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en relación a la valoración de los perjuicios derivados de la anulación de una Orden Ministerial que redujo el margen del beneficio de las farmacias), se aplicó para la valoración el método estadístico y ello como único modo de concretar el importe indemnizatorio ajustado a la realidad del daño verdaderamente sentido.

A la hora de fijar los importes y modalidades de la indemnización, sobre todo en lo que se refiere a las reclamaciones en materia sanitaria, no debe olvidarse lo dispuesto por el artículo 141.4 de la Ley 30/1992, que prevé la posibilidad de que la indemnización se sustituya por una compensación en especie o por pagos periódicos «cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado»; en el mismo sentido se pronuncia el artículo 2.2 del Real Decreto 429/1993 que, sin embargo, vincula esta posibilidad a los supuestos en que exista «acuerdo entre la Administración Pública y el interesado». Esta posibilidad supone una excepción al principio genérico de indemnización en dinero y trata de evitar que se lleve a efecto una compensación en dinero de daños que, a veces, resultan difícilmente cuantificables.

La posibilidad de fijar la indemnización mediante pagos periódicos se ha utilizado en diversas ocasiones por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional en casos de personas que han quedado tetraplégicas o en un estado de coma vigil y cuya expectativa de vida no aconseja fijar una cantidad alzada para capitalizar y que produzca una renta, y ello por no considerarse una solución que responda al principio de reparación integral, ya que la adecuación y corrección de dicha cantidad dependerá siempre del tiempo en que se prolongue la vida del lesionado, circunstancia que se desconoce al momento de fijarse el importe de la indemnización [sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 4.ª de fecha 21 de marzo de 2000 (rec. 1246/1996)].

#### c) MOMENTO DE LA VALORACIÓN DEL PERJUICIO

La aplicación del principio de reparación integral obliga a que la fijación de la indemnización se realice de modo que pueda ser actualizada para, así, garantizar que, sea cual sea el momento en que se dicte la sentencia y aunque ésta se retrase en el tiempo, el importe en el que se fije la indemnización va a ser correcto y adecuado a la finalidad que se persigue.

El artículo 141.3 de la Ley 30/1992 (en la redacción dada por la Ley 4/1999) establece a este respecto que: «La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria».

La jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo reconoce con toda claridad la necesidad de que se proceda a realizar una actualización de las indemnizaciones, y ello para garantizar la reparación integral; la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1998 (rec. 7223/1993), justifica la necesidad de actualización del siguiente modo: «Esta sala viene considerando como uno de los instrumentos adecuados para hacer efectivo el principio de



indemnidad que palpita tras la institución de la responsabilidad patrimonial de la administración —junto con otros posibles procedimientos de actualización o compensación de la mora, como el abono de intereses (sentencia de 20 de octubre de 1997)—, la consideración de la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (sentencias de 15 de enero de 1992, 24 de enero de 1997 y 16 de diciembre de 1997, entre otras)».

Los criterios de actualización serán, además de los fijados por el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, los establecidos por la jurisprudencia; así cabe citar lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de septiembre de 1997 (rec. 4880/1993) que establece que: «la jurisprudencia de esta Sala 3.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo ha declarado, hasta consolidarse como doctrina legal, que la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la reparación integral de los mismos, lo que no se lograría si el retraso en el cumplimiento de tal obligación no se compensase, bien con la aplicación de un coeficiente actualizador bien con el pago de intereses por demora, pues ambos sistemas propenden precisamente a la consecuencia de una reparación justa y eficaz.

Sea con uno u otro significado, la Administración demandada debe pagar el interés legal de las cantidades exigibles como principal desde que éstas le fueron reclamadas por la perjudicada hasta la notificación de la sentencia, calculado según el interés de demora vigente a la fecha del devengo, contabilizándose año por año conforme al tipo expresado en las leyes de Presupuestos Generales del Estado, sin perjuicio de los intereses legales que, a su vez, puedan devengarse hasta el completo pago».

En cuanto a la fecha para el cómputo de los intereses, hay que tener en cuenta que el interés debe computarse desde la fecha del incumplimiento por parte de la Administración (tal como estableció la sentencia de la Sala de Revisión del Tribunal Supremo, de 9 de noviembre de 1989); mientras que en otras muchas sentencias se declara directamente aplicable el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las Administraciones Públicas distintas de la Hacienda Estatal. Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional 69/1986, de 18 de abril, ha dado un paso más allá al aceptar la aplicabilidad del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las condenas pronunciadas en contra de las Administraciones públicas cuando dispone el abono de los intereses legales desde la sentencia dictada en la primera instancia, aun sin el aumento de dos puntos previstos en la citada Ley.

La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, ha consagrado legalmente esta solución en su artículo 106, con el añadido de que, en caso de instarse la ejecución forzosa, «la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento».

### C) INDIVIDUALIZACIÓN DEL DAÑO

Este requisito, también predicable de la lesión patrimonial indemnizable, tiene su base en el principio que sirve de fundamento a la responsabilidad patrimonial (que no es otro que el de la igualdad para soportar las cargas públicas) y que exige que solo sean indemnizables aquellos daños que afecten especialmente a una persona (física o jurídica) o a un grupo de personas determinadas caracterizadas por alguna relación o circunstancia predicable solo respecto de ese grupo (asociaciones, fundaciones, uniones de hecho, etcétera).

Este requisito se encuentra muy en relación con el referido a la antijuridicidad del daño (que estudiaremos más adelante) y que supone que el daño que se sufre no tenga obligación de soportarlo la persona que lo padece; quiere esto decir, que si el daño es general o universal no puede entenderse que sea antijurídico (se tiene obligación de soportarlo) y ello pues no reúne tampoco la condición de individualizado (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 1996). Lo que se pretende con esta exigencia es evitar las reclamaciones que pudieran basarse en daños derivados de medidas generales y ello por los costes financieros que conllevaría dicha reparación.

## 5. ANTIJURIDICIDAD

### A) CONCEPTO

La Ley 30/1992 enuncia este requisito cuando habla de que «Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que no tenga la obligación de soportar de acuerdo con la Ley».

El requisito de la antijuridicidad no puede confundirse con que sea contrario a derecho el actuar de la Administración, sino que quiere decir que el daño debe ser tal que el sujeto que lo padece no debe tener obligación de soportarlo de modo que no todos los menoscabos que puede causar la administración son susceptibles de generar responsabilidad de la Administración (si se reúnen el resto de requisitos) sino que ello solo sucederá respecto de aquellos daños que no tienen amparo en una norma y que el perjudicado no tiene obligación de soportar. Esta nota de la antijuridicidad está muy en relación con el fundamento de la responsabilidad patrimonial y ello pues son lesiones antijurídicas aquellas que gravan a un ciudadano de modo distinto y más perjudicial que a los demás tratando la responsabilidad patrimonial de evitar que unos ciudadanos sean de peor condición que otros.

Es esencial tomar en consideración que la nota de la antijuridicidad se predica siempre del resultado o del daño que padece aquella persona que reclama que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración pero no se predica de la actividad administrativa y ello pues la responsabilidad patrimonial surge independientemente de que la actividad administrativa sea normal o anormal. Así lo viene estableciendo la jurisprudencia.

cia más estable de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, pudiéndose citar la sentencia de fecha 30 de octubre de 1999 (rec. 5696/1995), [reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial], o la de fecha 20 de septiembre de 2005 (rec. 5078/2002) que en un supuesto en el que se reclamaba por los daños derivados de una intervención en que se produjeron unos riesgos inherentes a la misma intervención y de los que no había sido informado el paciente, habla de que «es doctrina jurisprudencial consolidada la que, entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (sentencias de 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993; 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 y 19 de noviembre de 1994; 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995; 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo y 24 de mayo de 1999 —recurso de casación 1311/1995, fundamento jurídico tercero—), aunque, como hemos declarado en esta última, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido».

La sentencia de la misma Sala de fecha 14 de febrero de 2006 (rec. 6481/2001) [recogida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial] insiste en la misma cuestión y habla de que «lo relevante no es el proceder antijurídico de la administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión».

Por lo tanto, en aquellos supuestos en los que existe una causa de justificación que impone al particular el perjuicio padecido, decae la nota de la antijuridicidad y se obliga al particular a soportar el daño que no reuniría la condición de antijurídico. Por esta razón se consideran antijurídicos, por ejemplo, los daños derivados de sanciones que, una vez que se han cumplido, han sido anuladas (bien por la administración o habiendo precisado la interposición del recurso contencioso) o los traslados forzosos de militares respecto de los que recurre el afectado y solo obtiene la revocación del destino una vez que se ha visto obligado a residir fuera de su domicilio durante un determinado período de tiempo y ha debido efectuar una serie de gastos cuya reparación reclama por la vía de la responsabilidad patrimonial de la administración.

El punto clave para la exigencia de responsabilidad no está en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no debe tener el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga. La sentencia dictada por la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 2005 (rec. 339/2004) plantea la cuestión de la antijuridicidad en relación con el concepto de lesión y establece el siguiente razonamiento: «El primer requisito, la existencia de un daño, como una consolidada doctrina jurisprudencial ha perfilado, requiere la existencia de una lesión resarcible; lesión resarcible que constituye un concepto técnico-jurídico no equivalente al de daño económico o simple detrimento patrimonial. La lesión resarcible se produce cuando el daño patrimo-



nial existente es objetivamente antijurídico. No es, por ello el aspecto subjetivo de una actuación antijurídica de la Administración lo que determina el nacimiento de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio en el sentido de que los administrados no estén obligados a soportarlo».

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.<sup>a</sup> de fecha 8 de octubre de 1998 (rec. 1847/1994) estableció que no hay lugar a la responsabilidad patrimonial de la administración, por no ser antijurídico el daño, en un supuesto en el que se reclamaba por los perjuicios derivados de una orden que establecía unos servicios mínimos en una situación de huelga (orden que se había valorado conforme a derecho): «porque la responsabilidad objetiva que estos preceptos establecen, aparece fundada en el concepto técnico de lesión, entendido como un daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tenga el deber de soportarlo, pero si existe ese deber jurídico, decae la obligación por parte de la Administración de indemnizar, como ha reconocido reiterada jurisprudencia de esta Sala y Sección (entre otras, las sentencias de 19 de enero y 7 de junio de 1988, 29 de mayo de 1989, 8 de febrero de 1991, 2 de noviembre de 1993, 22 de abril de 1994, 14 de octubre de 1994 y 18 de abril de 1995), y en la cuestión examinada, los recurrentes en la instancia estaban obligados a soportar las consecuencias derivadas de la fijación de los servicios mínimos, cuyo origen y causa determinante había sido propiciada por la huelga, por lo que es rechazable el reconocimiento indemnizatorio efectuado en la sentencia recurrida».

La concurrencia del elemento de la antijuridicidad es el que lleva a que solo se considere que es un daño indemnizable aquel que hace recaer sobre un concreto ciudadano daños que él solo no tiene la obligación de soportar; de ahí que, por ejemplo, si el Servicio Nacional de Salud (entre cuyos fines está el promover la salud de los ciudadanos) ocasiona un daño a un concreto ciudadano, debe entenderse que ese daño es antijurídico, pues no puede admitirse que la generalidad de los ciudadanos obtengan la salud con el uso de dicho Servicio, y uno obtenga un daño; por el mismo razonamiento, si de la existencia del servicio militar obligatorio la generalidad de los ciudadanos obtiene un beneficio (la seguridad ante posibles agresiones externas), resulta antijurídico que un concreto ciudadano obtenga un perjuicio si sufre un accidente durante la prestación del servicio militar.

La falta del elemento de la antijuridicidad hace que se considere que no existe responsabilidad patrimonial, por no ser el daño antijurídico y tener obligación de soportarlo, en aquellos supuestos en los que se sufren daños que son inherentes a operaciones quirúrgicas de alto riesgo en las que nunca está asegurado un resultado positivo o en supuestos de vacunaciones obligatorias. En supuestos ajenos a la acción administrativa en materia sanitaria también se entiende que falta el elemento de la antijuridicidad cuando se plantean reclamaciones que pretenden conseguir aquello que sentencias judiciales no han reconocido (por ejemplo, intereses de cantidades reconocidas en sentencia pero que no incluyeron en su fallo mención alguna al devengo de intereses) por lo que se entiende que el daño, de existir, hay obligación de

soportarlo por no ser antijurídico. Insistiremos en esta cuestión en el capítulo siguiente al tratar el problema del contagio de sangre contaminada con el virus de la hepatitis C o el SIDA, y ello pues la nota de la antijuridicidad del daño y de la obligación o no de soportar el mismo, se convertirá en esencial en este tipo de reclamaciones para determinar si existe o no responsabilidad patrimonial de la Administración.

Es necesario señalar, finalmente, como la cuestión de la fijación del importe indemnizatorio suele quedar fuera del recurso de casación y ello pues se trata de una cuestión puramente factica ajena al contenido casacional ordinario; la jurisprudencia ha precisado, entre otras, en sentencia de 18 de enero de 2005, que es doctrina constante y uniforme que, atendidos los márgenes angostos del recurso de casación, no se puede discutir la cuantía de las indemnizaciones señaladas por el Tribunal de instancia, pues, como cuestión de hecho que es, sólo podría tener acceso a la casación en la forma en que los hechos declarados probados por la sentencia impugnada puedan ser combatidos en la misma a través de la invocación de infracción de normas o jurisprudencia en la apreciación de las pruebas —sentencias de 18 de octubre de 2000, y 23 y 30 de julio de 2001, añadiendo la sentencia de 2 de marzo de 2005 que «como valoración de hecho está excluida de control en vía casacional al no existir en el recurso de casación contencioso administrativo la posibilidad de cuestionar los hechos y su valoración realizada por la Sala de instancia si no es con invocación de infracción de preceptos sobre prueba tasada o cuando el resultado de la valoración de la Sala resulte contrario a la lógica o irracional», o como señalan las sentencias de 2 de octubre de 2003 y 27 de mayo de 2004, cuando se trate de una valoración absurda o arbitraria o se haya omitido algún concepto indemnizatorio».

#### B) RESPONSABILIDAD POR ANULACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Muy en relación con este tema está el relativo a la posibilidad de que surja la responsabilidad de la Administración por la anulación de actos administrativos. Aunque no es el momento para plantear ahora en profundidad este tema, no debemos obviar una simple mención al artículo 142.4 de la Ley 30/1992 que establece que: «La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone el derecho a indemnización...».

La jurisprudencia ha interpretado este precepto (aunque en relación con el anterior artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) en el sentido de que la Administración debe poder resolver según los criterios que considere más adecuados en el ámbito estrictamente jurídico y que no puede entenderse que exista responsabilidad patrimonial cuando dichos criterios sean sustituidos por otros (igualmente razonables y opinables en el ámbito jurídico) por los Tribunales de lo Contencioso. Por lo tanto, la sustitución de unos criterios por otros no puede dar lugar a responsabilidad siempre que se trate de criterios jurídicos o de oportunidad o este-

mos dentro del ámbito propio de la discrecionalidad administrativa; en estos casos, pues, el daño que se pudiera haber ocasionado a los particulares por ese cambio de criterio nunca sería antijurídico y, precisamente por eso, no daría lugar a que surja la responsabilidad de la administración (así resulta de sentencias del Tribunal Supremo como la de fecha 5 de febrero de 2003 dictada en el recurso 219/1999 que desestima la reclamación por no haberse acreditado oportunamente el importe de los daños por los que se reclama).

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.<sup>a</sup> de fecha 10 de febrero de 1998 (rec. 496/1997), establece a ese respecto que: «Si la ley faculta a la Administración para actuar de la manera que lo ha hecho, no existe obligación de indemnizar y no hay antijuridicidad o ilicitud pues concurre una causa que la excluye y un derecho que ampara el actuar administrativo, generando obligación jurídica de soportar el daño y perjuicio por parte del recurrente»; se trataba de un caso en que la Autoridad administrativa correspondiente había sancionado a una empresa titular de un bingo con una multa de 500.000 pesetas más el cierre del establecimiento durante tres meses, interpuesto el oportuno recurso administrativo, se dio lugar al mismo y se rebajó la sanción a una multa de 25.000 pesetas, sin cierre del establecimiento. Se formuló reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por el hecho del cierre del bingo durante los tres meses. El Tribunal Supremo dio lugar a la indemnización y razonó del siguiente modo el carácter antijurídico del daño y la no obligación del perjudicado de soportarlo: «Ha sido un daño antijurídico que se ha originado en una relación de causa a efecto, lo que conduce a reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala (así, en sentencias de 20 de mayo de 1991, 27 de noviembre de 1993, 19 de noviembre de 1994, 25 de febrero de 1995, 30 de septiembre de 1995, 4 de octubre de 1995, 2 de marzo de 1996, 26 de octubre de 1996 y 25 de enero de 1997). En consecuencia, se ha producido una lesión, no ha existido causas de fuerza mayor y el daño se ha producido como consecuencia del funcionamiento de un servicio público, existiendo una relación de causa a efecto, entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido».

## 6. LA IMPUTACIÓN Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

### A) IMPUTACIÓN A UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad que hemos definido por su carácter de objetiva, es decir, que no precisa de la existencia de culpa; pero para que surja la obligación de indemnizar es necesario que le sea imputable el daño acaecido, es decir, que la persona física a la que se pueda imputar la acción u omisión causante del daño esté integrada en la organización de una entidad administrativa, bien sea como autoridad, funcionario, personal contratado o como simple gestión de hecho.

La imputación es, pues, el fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar el daño en base a la rela-



ción existente entre dicho sujeto y el daño producido. En atención a la diversidad de formas como se puede establecer la relación entre el daño y el sujeto causante del mismo, puede hablarse de diversos títulos de imputación que permiten atribuir la responsabilidad del daño a una determinada administración. De este modo cabe considerar que los títulos de imputación son aquellas circunstancias que permiten establecer una determinada relación entre el daño producido y el sujeto imputado y que justifica el hecho de que se atribuya a éste el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone.

Para determinar cuándo existe una correcta imputación, es necesario averiguar cuándo existirá un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que permita atribuir (imputar) a la Administración la lesión que constituye el daño por el que se reclama, haciendo surgir de ese modo el deber de indemnizar.

Se hace necesario, pues, determinar qué es lo que se entiende por servicio público a efectos de la determinación de la responsabilidad; se entiende a este respecto que se considera como tal toda actividad propia de la Administración; por tanto, no es suficiente con la integración del agente en la organización administrativa, sino que se precisa, además, que el hecho o acto del que derive el perjuicio proceda de la gestión administrativa, es decir, de la actividad normal de la administración para la salvaguarda del interés público que le está encomendado. Se interpreta el concepto de servicio público de un modo subjetivo y orgánico, haciendo especial hincapié en la titularidad administrativa de la actividad.

Los diversos modos como se imputa el actuar administrativo a la organización administrativa o ente del que depende, a los efectos de determinar la existencia de responsabilidad patrimonial, son los siguientes:

A) Funcionamiento del servicio. Es el criterio que resulta de los artículos 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992 cuando hablan de «que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». No se habla de servicio público en un concepto técnico y estricto, sino que se habla de servicio público en un sentido lato, entendiendo por tal, cualquier actividad pública. El hecho de que la responsabilidad sea objetiva no puede servir para que no sea exigible el requisito de que la acción u omisión de la que deriva el daño debe ser imputable a la Administración.

Si la Administración actúa en relaciones de derecho privado, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley 30/1992 obliga a que también se responda aplicando los criterios de responsabilidad patrimonial que resultan de la regulación que procede de los artículos 139 y siguientes de dicha Ley.

Como límite de este criterio de imputación hay que tener en cuenta que a la Administración no le resultan imputables los daños ocasionados por la actuación privada de las personas físicas que actúan a su servicio, y ello

pues dichos daños no son consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; solo cabe reputar actuación privada de los agentes y funcionarios aquella que es llevada a cabo al margen totalmente de las funciones a su cargo. Del mismo modo, los daños derivados de la actuación de concesionarios, contratistas administrativos, profesionales libres que desempeñan de forma privada funciones públicas, etcétera, tampoco pueden ser imputables a la Administración y ello pues los agentes que realizan dichos actos no están integrados en la organización administrativa.

B) Creación de riesgo por parte de la Administración. La exclusión de la obligación de indemnizar por parte de la Administración solo se produce en los casos de fuerza mayor, tal como resulta del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, lo que supone, *a sensu contrario*, que existe obligación de indemnizar en los supuestos de caso fortuito.

Más adelante nos referiremos a este supuesto, sobre todo en lo que se refiere a sus efectos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en relación a los contagios de hepatitis C por vía parenteral.

C) Enriquecimiento injusto. Es la tercera de las modalidades de imputación que permite lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 30/1992; supone que una parte registra un enriquecimiento de sus bienes y otra un empobrecimiento de los mismos estando ambas en relación de causa a efecto y sin que exista razón legal que lo justifique.

#### B) CONCEPTO DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La responsabilidad patrimonial de la Administración surgirá (en la dicción tanto del artículo 106 de la Constitución como del artículo 139 de la Ley 30/1992) siempre que la lesión sea «consecuencia» del funcionamiento de los servicios públicos, bien sea éste normal o anormal, y ello pues resulta evidente que la responsabilidad objetiva no quiere decir que la obligación indemnizatoria nazca siempre que se produce una lesión por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sino que debe exigirse que entre la lesión y el funcionamiento exista un nexo de causalidad objetiva del que resulte que la lesión es consecuencia del funcionamiento de la administración; es decir, debe exigirse que el resultado sea imputable a la actividad y al desarrollo de la actividad de la Administración; solo cuando concorra este elemento de la imputabilidad, podremos hablar con propiedad de responsabilidad patrimonial de la administración.

En cuanto a cómo deba ser la relación de causalidad, hay que tomar en consideración lo dicho por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que habla de «relación directa», o de «relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto». Por tanto, debe tratarse de una relación directa, inmediata y exclusiva en la que la culpa del perjudicado exonera a la Administración de responsabilidad, mientras que la intervención de terceros puede no romper el nexo causal pero sí que atempera la responsabilidad. Por tanto, la exigen-



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

dinarios. Termina la sentencia imputando a la administración la obligación de indemnizar pero solo en un 60 por 100 de los daños acreditados por la reclamante y ello al realizar la oportuna compensación de culpas.

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.<sup>a</sup> de fecha 13 de octubre de 1998 (rec. 6564/1992) [reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial], a la que nos referiremos también más adelante, establece con toda claridad que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sigue con generalidad el criterio de la causalidad adecuada: «Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la administración, aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (sentencia de 25 de enero de 1997), por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (sentencia de 5 de junio de 1997), pues el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, y se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o *conditio sine qua non* esto es, como acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto de otro anterior, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso (sentencia de 5 de diciembre de 1995)». En parecido sentido, apuntando a la procedencia de aplicar el criterio de la causalidad adecuada, se pronuncia la sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de fecha 28 de marzo de 2000 (rec. 1067/1996).

Más reciente es la sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> de fecha 19 de junio de 2005 (rec. 66/2005) que, siguiendo la misma línea marcada por las sentencias a las que nos acabamos de referir, habla de la necesidad de que exista una causalidad adecuada entre las lesiones derivadas de la caída producida a un viandante y el mal estado de la acera, por lo que se declaraba la responsabilidad patrimonial de la Administración. También habla de causalidad adecuada la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2005 (rec. 7059/2001) que trató la cuestión de un menor que falleció a consecuencia de los disparos fortuitos disparados por el arma de su padre, Policía Nacional. La sentencia asume el razonamiento de la sentencia de instancia en el sentido de que «Procede por el contrario, desestimar cualquier petición de responsabilidad patrimonial de la Administración. Por mucha naturaleza objetiva que la misma tenga, lo cierto es que no aprecia a verse ninguna causalidad adecuada entre el fatídico resultado lesivo ocasionado a Blas (...) y cualquier posible omisión imputable a la Administración».

Por tanto, y como conclusión, en la moderna jurisprudencia se viene sustituyendo el concepto clásico de relación de causalidad por el de imputabilidad de modo tal que la responsabilidad surge cuando el resultado dañoso producido resulta imputable a la actividad de la Administración entendiéndose, por tanto, que la simple relación de causalidad debe aparecer mo-

dulada por una serie de circunstancias que solo cuando concurren dan lugar a la responsabilidad. Como veremos al referirnos a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, además de la relación de causalidad (criterio de carácter exclusivamente objetivo) es necesario la concurrencia de otras circunstancias (como es la violación de los criterios de la *lex artis*) para entender que existe responsabilidad patrimonial de la administración y que procede fijar la indemnización correspondiente. Ampliaremos este concepto en el capítulo siguiente.

#### D) LA PRUEBA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

En la realidad de los procedimientos jurisdiccionales tramitados ante las Salas de justicia, el problema de la relación de causalidad termina convirtiéndose en un problema de prueba en el que la estimación o no de las pretensiones de la parte recurrente dependerá de que llegue a acreditar la existencia de la relación causal. Citaremos a este respecto algunas sentencias que nos permitirán apreciar la importancia de la prueba de la relación de causalidad; nos referiremos primero a algunos supuestos que tienen relación con la asistencia sanitaria:

- La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de marzo de 1998 (rec. 6701/1993) concluye con que no existe responsabilidad patrimonial de la Administración por entender que el fallecimiento de una paciente se produjo no a consecuencia de la asistencia médica recibida sino a consecuencia de su mal estado de salud que existió durante varios años anteriores al momento del ingreso y a una crisis respiratoria agravada en las horas precedentes al internamiento. Dicha sentencia se basa para confirmar la sentencia de instancia en el hecho de que no se ha desvanecido la apreciación probatoria realizada por aquélla. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.<sup>a</sup> de fecha 1 de marzo de 1999 (rec. 7980/1994), aun reconociendo la existencia de la relación de causalidad entre la intervención quirúrgica y el resultado dañoso, fundamenta la desestimación de las pretensiones indemnizatorias en que no existe elemento probatorio alguno que justifique que el tratamiento aplicado no fue el correcto, esto nos pone en contacto con el tema del criterio de la *lex artis* al que nos referiremos en el apartado siguiente de este capítulo.
- Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.<sup>a</sup> de fecha 13 de octubre de 1998 (rec. 6564/1992), [reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial] considera que existe la adecuada relación de causalidad entre la actividad administrativa y el fallecimiento de un paciente al que no se ingresó con la debida rapidez en la unidad coronaria de un hospital lo que provocó que fuera trasladado por sus familiares a una clínica privada donde falleció al poco tiempo de su ingreso. Dice dicha sentencia que «el factor verdaderamente relevante por su importancia, carácter determinante y especificidad de las consecuencias que trae consigo, es el retraso en el ingreso en un



hospital o establecimiento sanitario dotado de unidad coronaria», considera probado dicha sentencia que de haberse producido el ingreso en las condiciones adecuadas se habría realizado un mejor diagnóstico y se habría evitado el fatal desenlace.

Otros muchos supuestos ha conocido el Tribunal Supremo en los que el sentido estimatorio o no de la sentencia ha dependido de la prueba practicada sobre la relación de causalidad. Son muchas las sentencias dictadas en relación a suicidios u homicidios ocurridos en establecimientos penitenciarios en las que junto a la innegable responsabilidad del autor de los hechos, concurre la de la Administración penitenciaria; en ellos la prueba de la trascendencia de una y otra inclinarán el sentido del fallo. La sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.<sup>a</sup> de fecha 14 de junio de 1999 (rec. 2714/1995), reconoce la responsabilidad de la Administración por estar acreditado que la Administración incumplió su deber de evitar que existan armas en el interior de las prisiones: «Y en tales circunstancias es evidente que no puede invocarse la ruptura del nexo causal poniendo el acento en la actuación criminal del homicida. Y esto porque —repetimos— la causa primera, verdaderamente determinante de todo lo que ocurrió después, hay que situarla en ese mal funcionamiento del servicio de vigilancia preventiva que forma parte del deber general, más amplio, de vigilancia que tiene encomendada la Administración penitenciaria». En parecido sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.<sup>a</sup> de fecha 25 de abril de 2000 (rec. 1842/1996), en relación con el incendio declarado en una celda de aislamiento en la que se llega a la declaración de concurrencia de culpas por la prueba de la innegable intervención del perjudicado: «Es cierto que esta Sala ha declarado (16 de noviembre de 1998, 20 de febrero y 13 de marzo de 1999) que la Administración queda exonerada, a pesar de que su responsabilidad patrimonial sea objetiva, cuando es la conducta del perjudicado o de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público, pero también hemos venido repitiendo que la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, que, de existir, moderan proporcionalmente la reparación a cargo de la Administración (sentencias de 24 de marzo de 1998, 13 de marzo de 1999 y 26 de febrero de 2000)». La sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.<sup>a</sup> de fecha 28 de marzo de 2000 (rec. 2000/8574), considera que la responsabilidad es exclusiva de la Administración al considerar suficientemente probado el grado de anormalidad en el funcionamiento del servicio público que lleva a considerar que la causa eficiente del fallecimiento no es la voluntad del suicida sino el anormal funcionamiento de la Administración penitenciaria.

#### E) INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL. LA FUERZA MAYOR

La concurrencia del requisito de la relación de causalidad, es el problema fundamental con el que suelen tropezar muchas de las reclamaciones de

responsabilidad patrimonial de la Administración; esta es una cuestión que suele exigir un examen pormenorizado y aplicado al caso concreto de que se trate. Siempre hay que valorar la posible aparición de concausas que interrumpen el nexo de causalidad; muy sucintamente, pues los problemas que nos interesan fundamentalmente son los derivados de las reclamaciones procedentes del ámbito sanitario, cabe citar los siguientes supuestos:

- Casos de culpa de la víctima que rompe el nexo de causalidad; es el caso de las reclamaciones por caídas o resbalones en locales públicos en los que no se ha acreditado un mal estado de las instalaciones o las lesiones procedentes de fuerzas de seguridad cuando reprimen manifestaciones ilegales.
- Supuestos de concurrencia de culpas por la intervención del reclamante: es el caso de los homicidios en establecimiento penitenciario a los que nos acabamos de referir en los que concurre la responsabilidad de la Administración y del propio perjudicado.
- Culpa de un tercero en la producción del resultado que a su vez puede, o bien romper el nexo de causalidad suponiendo la exclusión de responsabilidad de la Administración (sentencia de la Audiencia Nacional, recurso 926/1995 en que no se reconoce responsabilidad por los daños derivados a unos buques a consecuencia del bloqueo de un puerto por unos pesqueros por entender que solo éstos son los responsables de los daños producidos), o bien resultar inocua en la producción del daño (reclamaciones por accidentes en colegio en que el hecho de que un niño golpeará a otro no excluye la responsabilidad administrativa por haber debido mantener el orden evitando las peleas entre niños) finalmente, la intervención de un tercero puede servir como moderadora de la responsabilidad teniendo un efecto atemperador de la responsabilidad y de la indemnización.

Además de estos supuestos de concurrencia de causas en la producción del resultado dañoso, es necesario referirse al último de los requisitos para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial; es el requisito que hace referencia a que el daño sufrido por el particular que reclama no debe haberse producido por fuerza mayor; al estudiar el requisito de la relación de causalidad también nos referimos a que las únicas circunstancias que interrumpen dicha relación son las que se refieren a la existencia de fuerza mayor o participación de un tercero.

Tanto el artículo 106.2 de la Constitución como el artículo 139.1 de la Ley 30/1992 excluyen la responsabilidad de la administración y establecen la obligación de indemnizar «salvo en los casos de fuerza mayor». Se trata, pues, de un requisito negativo para la concurrencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración y ello por cuanto que junto a la concurrencia del resto de requisitos que ya hemos citado (actividad administrativa, lesión de bienes indemnizables, etcétera) resulta necesario para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración que no concurra fuerza mayor en la producción del daño.

El concepto legal de fuerza mayor procede del artículo 1105 del Código Civil que habla de que «Fuera de los casos mencionados en la Ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables». Por lo tanto, el concepto de fuerza mayor se integra de las notas de indeterminación (por cuanto la causa del daño es desconocida), externidad y ajeneidad (pues el evento dañoso es extraño a la organización y a la actividad del servicio público del que procede el daño por el que se reclama) e imprevisibilidad para poderlo distinguir del concepto de caso fortuito (por el que sí responde la Administración al tratarse de una responsabilidad de carácter objetivo).

El Tribunal Supremo, en los casos que se ha planteado la ruptura del nexo de causalidad por la existencia de fuerza mayor, la ha venido relacionando con fenómenos meteorológicos de gravedad extraordinaria y totalmente anormales; así en la sentencia de 6 de noviembre de 1989 negó tal carácter a una profunda borrasca acompañada de vientos huracanados y ello por entender que «no es un hecho tan anómalo en la ciudad que alcance la categoría de inevitable»; la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de fecha 15 de marzo de 1999 (rec. 8170/1994) aprecia la existencia de fuerza mayor como causa de interrupción del nexo de causalidad basando su apreciación en la excepcionalidad del régimen de lluvias: «en atención a la altura alcanzada por el agua embalsada y la cuantía de la avenida que entraba en el pantano, la decisión adoptada de desaguar 625 m<sup>3</sup>/s se enmarca dentro de la racionalidad, al ser menor que la que entraba en el pantano, con lo que en parte quedaban aliviadas las consecuencias de la avenida que llevaba el río Viar, fue el régimen de lluvias en la zona la causa determinante del daño producido que, como fenómeno extraordinario, se incardina dentro de los presupuestos integradores de la *vis maior*, como circunstancia exonerada de la responsabilidad de la Administración por ruptura del nexo causal».

La última consideración que conviene efectuar en relación a la fuerza mayor como causa de interrupción del nexo de causalidad es la que se refiere, y ya lo adelantábamos antes, a la alteración de la carga de la prueba que viene a recaer sobre la Administración y ello pues si el nexo de causalidad lo debe acreditar el reclamante, las causas de interrupción las debe acreditar la Administración; así lo establece desde siempre la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo: «incumbiendo su prueba al que reclama, a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la cuestión de fuerza mayor, cuando se alegue como causa de exoneración» (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de fecha 6 de julio de 1988).

Baste por ahora con estas nociones sobre la fuerza mayor y ello pues ésta es una cuestión que deberá tratarse con detalle al momento de estudiar la existencia o no de responsabilidad en los casos de transfusión de sangre con resultado de infección por el virus VIH o VHC (SIDA o hepatitis C) en momentos anteriores a la aparición de los conocimientos científicos precisos para el aislamiento correcto de dichos virus, cuestión, además, que se ha modificado por la Ley 4/1999 que ha dado nueva redacción al artículo 141.1



de la Ley 30/1992 según la cual: «No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes al momento de la producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos». Esta cuestión ha sido tratada, ofreciendo una solución no exenta de polémica, por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de fecha 31 de mayo de 1999, recurso 2132/1995, *[reproducida a texto íntegro en el Anexo Jurisprudencial]*.

## CAPÍTULO III

### LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

---

#### SUMARIO

#### I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.

1. En general.
2. Delimitación subjetiva.
3. Delimitación del concepto de Administración sanitaria. Los entes autonómicos.

#### II. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA COMO UNA FORMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

1. Concepto de responsabilidad objetiva.
2. Efectos de la consideración como objetiva de la responsabilidad patrimonial.
3. Concurrencia de causas en la responsabilidad sanitaria.
4. El criterio de la *lex artis*.
  - A) Configuración doctrinal.
  - B) Configuración jurisprudencial.
  - C) La *lex artis* como límite de la responsabilidad.

#### III. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL ERROR DE DIAGNÓSTICO.

#### IV. LA EXIGENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO.

1. Consideración legal y jurisprudencial.
2. La pérdida de oportunidades como daño antijurídico.

#### V. LA VALORACIÓN DEL DAÑO. LOS DAÑOS MORALES.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



obligación de vacunaciones obligatorias, inmovilizaciones de ganado para evitar epidemias (recuérdese los casos de la peste porcina africana o la crisis de las «vacas locas»). La sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª de fecha 6 de marzo de 1998 (recurso 5680/1993) contempla el supuesto de la reclamación por los daños supuestamente ocasionados por una Orden de la Junta de Andalucía que establecía la prohibición de captura y venta de determinados moluscos y que entiende que no hay lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración dada la protección y salvaguarda general del interés público; piénsese también en las diversas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en relación con la anulación de la Orden Ministerial de fecha 10 de agosto de 1985 sobre reducción de los márgenes de venta de productos farmacéuticos o las referidas a las reclamaciones de responsabilidad de los laboratorios por los daños que le habían causado la Resolución de 6 de septiembre de 1985 o la Circular de 30 del mismo mes y año en relación a las pruebas de detección del virus del SIDA al plasma empleado para la fabricación de hemoderivados (sentencias del Tribunal Supremo Sala 3.ª de fecha 11 de marzo y 4 de julio de 1998). Sin embargo, no es a estos supuestos de responsabilidad a los que pretendemos hacer referencia.

- También se pueden ocasionar daños mediante la omisión por la Administración sanitaria de deberes legales: es el caso de los supuestos de omisión de determinados deberes de vigilancia en los establecimientos psiquiátricos y que están en la base de lesiones o suicidios de los allí ingresados y que pueden generar supuestos de reclamación instadas por los internos o por sus parientes. Varias sentencias del Tribunal Supremo han tratado las reclamaciones derivadas de daños producidos durante el ingreso de personas en establecimientos psiquiátricos; podemos citar entre ellas la de fechas 25 de abril de 2000 y 7 de octubre de 2003 (recursos 1842/96 y 751/99).
- Por fin, también puede hablarse de responsabilidad en los casos en los que se produce la actividad material ordinaria de la Administración sanitaria prestando los servicios a los que está obligada por imperativo de lo dispuesto por el artículo 43.2 de la Constitución: «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios». Estos son los supuestos que pretendemos analizar, es decir, los daños derivados de las prestaciones asistenciales de las que son beneficiarios los particulares y a resultas de las cuales se ocasionan determinados daños a dichos beneficiarios.

## 2. DELIMITACIÓN SUBJETIVA

A su vez, es necesario realizar una delimitación subjetiva que permitirá terminar de centrar nuestro objeto de estudio; la responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad que no se imputa al médi-



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

En esta sentencia, la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración se fundamenta, básicamente, en el hecho de la producción de la gangrena como nexo de unión causal entre la actividad administrativa (al poner la inyección) y el resultado producido (el fallecimiento del paciente), y apenas dedica dicha sentencia unas líneas al tema de la previsibilidad del resultado y a la cuestión relativa a si cabía esperar, en las condiciones actuales de la ciencia, que se produjera dicho resultado, con lo que, en realidad, el carácter objetivo de la responsabilidad declarada es palmario. Dice dicha sentencia como única referencia a esta cuestión: «la infección origen del fallecimiento se produjo en el contexto de un acto de asistencia sanitaria, como es el de la administración de una inyección intramuscular, y, cualquiera que sea el grado de previsibilidad sobre la existencia o no de gérmenes nocivos que inopinadamente pudieran ser inoculados durante la administración de la misma, su presencia en el establecimiento sanitario y su entrada indeseada en el cuerpo del fallecido no puede considerarse como producto de la intervención de acontecimientos exteriores o extraños al propio funcionamiento del servicio, una de cuyas funciones es precisamente la de velar eficazmente por la asepsia». Por tanto, y según resulta de esta sentencia, el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que resulta de la prestación de la asistencia sanitaria no puede ser más evidente.

La sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de fecha 9 de marzo de 1998 (cuyo supuesto fáctico consiste en que una persona sufre un accidente y se le introduce una esquirla en un ojo que los servicios médicos del INSA-LUD no detectan y debe acudir a una consulta privada donde se la extraen pero cuando ya ha perdido la visión del ojo) insiste en el carácter objetivo de la responsabilidad cuando dice que «la responsabilidad de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquélla se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado (...) Esta fundamental característica impone que no solo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos».

Véase, pues, que en el ámbito administrativo el elemento fundamental viene constituido por la relación de causalidad entre la actividad de la administración y el resultado dañoso en la salud o integridad del paciente; por tanto, la imputabilidad del resultado se convierte en el elemento nuclear sobre el que gira la construcción de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, no siendo enjuiciada la conducta del médico que suministró el tratamiento del que derivó el daño; como veremos más adelante, para que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración se precisa que el resultado sea imputable a la actividad administrativa, lo cual



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



tir el correspondiente Informe; ahora bien, la novedad introducida en la Ley 1/2000 consiste en entender que dicha obligación decae si no se hace frente por la parte interesada a la provisión exigida y aceptada por el Juez. Debe entenderse que si el Juez rebaja el importe de la provisión solicitada ello no excusa al perito de la obligación de emitir el Informe y deberá esperar a la liquidación final para resarcirse íntegramente de sus honorarios.

No puede dejar de mencionarse que la «privatización» de la prueba pericial producida por la Ley 1/2000 ha tenido diversos efectos en el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa, por un lado, la creciente incorporación de informes periciales de parte que se incorporan tanto a los escritos de demanda y contestación como a los escritos de proposición de prueba y que muestran la diferencia entre unos y otros recurrentes y que llevan a que la igualdad entre los recurrentes sea un principio que se encuentra cada vez más ajeno a la realidad diaria de los procedimientos jurisdiccionales. También es frecuente el hecho de que la parte que ha solicitado la designación judicial de perito, tras su nombramiento, aceptación y juramento, proceda a renunciar a la emisión del dictamen después de que el perito solicite la provisión de fondos y resulte que la parte no puede hacer frente a las cantidades que se solicitan por este concepto con lo que se ve obligada a la renuncia de la prueba fundamental en unas reclamaciones como las referidas a la asistencia sanitaria en las que resulta esencial la aportación de los conocimientos técnicos precisos para llevar al Tribunal al convencimiento de que se ha producido la infracción de la *lex artis* en la que se debe basar la pretensión indemnizatoria.

#### C) OPERACIONES PERICIALES Y EMISIÓN DEL INFORME

El artículo 345 de la LEC prevé la posibilidad de que el perito reconozca lugares, objetos o personas de modo previo a la emisión del dictamen; si bien esta circunstancia es muy habitual en los procedimientos de materia sanitaria (en los que el perito puede exigir el examen del paciente sobre todo a los efectos de informar sobre la existencia, naturaleza e intensidad de las secuelas), se suele plantear el problema de que el perito se haya designado de los que tienen residencia en la sede del Tribunal mientras que el recurrente tenga su residencia en otro lugar (cuestión muy frecuente en los pleitos tramitados ante la Audiencia Nacional que conoce de reclamaciones relativas a todo el territorio gestionado por el INSALUD). No es excepcional que el perito reclame la presencia del paciente y éste o bien se niegue a desplazarse o alegue razones económicas para objetar dicho desplazamiento. Parece razonable entender que dicha actitud del interesado en la pericia debe considerarse como claramente obstructivo y debe interpretarse o bien como la renuncia directa a la prueba o bien como la renuncia a la parte del Informe pericial que exige el examen directo del paciente.

No parece que sean de aplicación a los asuntos relativos a la asistencia sanitaria las prescripciones de la LEC relativas a la posible presencia de las partes en la práctica de las operaciones periciales y ello pues dichas prescrip-

ciones no son compatibles con la natural intimidad que debe presidir el reconocimiento médico de un paciente.

El artículo 346, después de establecer la exigencia de que el Informe se elabore por escrito (debiéndose acompañar la documentación complementaria que señala el artículo 336.2 de la LEC) y que se presente en el plazo que al efecto se haya señalado por el Tribunal, regula, junto con el artículo 347, la posible actuación de los peritos en el juicio o en la vista; las prescripciones de dichos apartados deben entenderse aplicables al proceso contencioso con las reservas que impone la necesaria acomodación de las normas de enjuiciamiento civil al proceso contencioso-administrativo; por esta razón, la regulación de las distintas posibilidades de actuación de los peritos en el juicio o la vista debe interpretarse, a los efectos que ahora nos ocupan, como que dicha intervención se realizara en el proceso contencioso-administrativo ordinario (en el que no hay juicio ni vista) señalando día y hora para la ratificación y emisión del informe.

El artículo 347.1 recoge las distintas posibilidades de actuación del perito a los efectos de la exposición del Informe:

- Podrá solicitarse una exposición completa del dictamen si es preciso realizar operaciones complementarias del escrito aportado. No parece que esta posibilidad se ajuste mucho a la naturaleza habitual de los Informes periciales habituales en materia sanitaria.
- También se puede solicitar la simple explicación del dictamen o de alguno de sus puntos que no se consideren suficientemente explicados. Es lo más habitual: las partes, tanto la proponente de la prueba como la contraria, solicitan al perito aclaraciones orales o escritas sobre algún extremo del Informe.
- Cabe que se solicite respuesta a preguntas u objeciones sobre método, premisas, conclusiones u otros aspectos del dictamen. Es, básicamente, la misma posibilidad que se ha planteado en el apartado anterior.
- Puede solicitarse respuesta a solicitudes de ampliación del dictamen a puntos conexos, siempre que se pueda realizar en el mismo acto. Esta posibilidad tiene el riesgo de que por la vía del trámite de la ratificación del Informe se extienda el Informe a cuestiones que no fueron inicialmente incluidas o, incluso, que fueron expresamente rechazadas.
- Crítica del dictamen por el perito de la parte contraria. Aunque esta posibilidad parece muy razonable desde el punto de vista de la aplicación del principio de contradicción, no puede olvidarse que lo razonable es solicitar la presencia del autor del correspondiente informe para solicitar las aclaraciones que se consideren oportunas. Quizá esta posibilidad sea útil para el caso de que la contraparte acompañe a sus escritos un determinado informe pero no solicite la presencia del autor del mismo, en este caso, la parte contraria puede solicitar la designación judicial de un perito o aportar su propio informe y solicitar del perito aclaraciones sobre lo dicho en el otro informe.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

demnizado directamente al perjudicado, podrá a su vez exigir de los titulares de los órganos administrativos la responsabilidad en que hubiesen incurrido, tal como previene el artículo 145.2: «La administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca».

Se recoge de este modo la acción de repetición que permite a la Administración que haya satisfecho la indemnización correspondiente por el daño causado en la prestación sanitaria facilitada al paciente, obtener la recuperación de lo abonado en concepto de indemnización; como es natural, y sin que en ello la Ley 4/1999 haya supuesto modificación alguna, no en todos los supuestos de indemnización surge la posibilidad de ejercitar la acción de reparación, sino que existe un límite que consiste en que para que surja la posibilidad de ejercitar la acción de reparación es necesario que la acción causante del daño se haya producido por dolo culpa o negligencia graves, circunstancias estas que no son de frecuente apreciación en los supuestos de reclamación derivados de la asistencia sanitaria.

También es necesario señalar que el artículo 145.2 de la Ley 30/1992 (tras la reforma operada por la Ley 4/1999) ha establecido que la Administración, cuando ha indemnizado, «exigirá» de oficio a las autoridades y personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido las autoridades y demás personal a su servicio por dolo, culpa o negligencia graves... La modificación fundamental en la regulación de esta materia realizada por la Ley 4/1999 ha sido el cambio de la expresión «podrá exigir» por la expresión «exigirá» con lo que se ha convertido en obligatorio para la Administración el ejercicio de esta acción de repetición y la exigencia de reclamar del particular, funcionario o autoridad la indemnización que haya debido abonar la Administración.

No obstante, esta acción de repetición, resulta prácticamente inédita en nuestro ordenamiento, y ello a pesar de que es la acción que debiera servir, en el caso de utilizarse de modo habitual por la Administración, para un mejor funcionamiento del sistema y ello pues si se repara al ciudadano pero se deja indemne al funcionario causante del daño, se está dando la posibilidad de que se vuelva a producir la situación que generó la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración. No es ahora el momento de tratar con detalle esta acción de regreso, no obstante, señalaremos tres cuestiones que son especialmente importantes:

- A) Si bien en el régimen de responsabilidad patrimonial no es necesario individualizar al agente dañoso, pues la lesión se imputa en abstracto al servicio, la acción de regreso presupone que se conoce la identidad del funcionario o empleado causante del daño.
- B) Identificado el funcionario, el problema se desplaza a la necesaria determinación de si ha actuado con culpa o negligencia graves,

pues solo cuando se alcancen estos niveles, puede tener éxito la acción de regreso y ello tomando en consideración, en todo caso, las disponibilidades reales del servicio y los medios materiales reales con que cuenta para la realización del trabajo que le está encomendado. No se olvide que la responsabilidad de la Administración es objetiva mientras que la del médico en la acción de repetición se rige por criterios de dolo, culpa o negligencia grave.

- C) La valoración de las circunstancias a que se refiere el párrafo segundo del artículo 145.2 puede permitir que la cantidad que se reclame en la acción de repetición no coincida con la indemnización que se ha pagado al perjudicado y ello pues dichos elementos y circunstancias pueden moderar la responsabilidad patrimonial del empleado público. Dichas circunstancias son las siguientes:
- El resultado dañoso producido: Resulta evidente que debe existir una proporción entre el daño y el tipo de actividad realizada.
  - Existencia o no de intencionalidad: Si no existe intencionalidad, hay que tener en cuenta que la Ley exige que concurra «culpa o negligencia grave», lo que quiere decir que no basta con una falta normal de diligencia.
  - Responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas: Es decir, hay que valorar la profesión del causante del daño para verificar hasta qué punto, aplicando los conocimientos y la preparación exigidas, la falta cometida reviste la gravedad exigida.

## V. UNA REFERENCIA A LA VÍA PENAL

### 1. INTRODUCCIÓN

Voluntariamente hemos obviado hasta aquí toda referencia a la exigencia de responsabilidad por la vía penal y ello por estar regida por parámetros totalmente distintos a los que nos hemos referido hasta ahora. Si bien esta vía suele ser utilizada con excesiva frecuencia en reclamaciones por asistencia sanitaria frente a los médicos bien cuando el paciente no ha quedado satisfecho por la asistencia o bien por sus parientes cuando se ha producido el fallecimiento, no puede olvidarse que esto se debe, sin duda, al mayor impacto que se produce sobre el imputado ante la eventualidad de verse condenado por un delito y obligado a cumplir una pena, cuyo efecto aflictivo supera con mucho el simple pago de una indemnización.

En cualquier caso, no debe olvidarse que solo tienen visos de prosperabilidad en la vía penal aquellas reclamaciones que se refieren a conductas expresamente tipificadas por lo que haremos una breve referencia a los tipos penales recogidos en el Código Penal de 1995; esta referencia deberá ser forzosamente breve y ello pues las reclamaciones a las que nos hemos referido en los capítulos anteriores tienen una naturaleza esencialmente distinta a las



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

venimos refiriendo (la vida y la salud humana) y además inciden de modo específico en la actividad médica. Deberemos distinguir los distintos tipos penales que nos interesan en atención a que se cause la muerte, las lesiones o los otros tipos que se pueden cometer por imprudencia.

#### A) MUERTE POR IMPRUDENCIA

En primer lugar, hay que referirse a la MUERTE por imprudencia, el artículo 142.1 se refiere al homicidio imprudente exigiendo la concurrencia de imprudencia grave: «El que por imprudencia grave causare la muerte a otro, será castigado como reo de homicidio imprudente con la pena de prisión de uno a cuatro años»; se recoge una agravación para el caso de que el homicidio se cometa por imprudencia profesional en el artículo 142.3: «Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por período de tres a seis años». El elemento esencial para determinar la existencia de este tipo penal es la infracción del deber de cuidado, en este sentido, la jurisprudencia tiene establecidas una serie de notas generales:

- El modelo de conducta es la del médico medio, no siendo tipificable el error de diagnóstico, salvo que sea de entidad tal que constituya una equivocación inexcusable.
- Deben ponderarse las circunstancias concretas de cada tiempo y lugar, valorando las circunstancias concretas en las que se presta la asistencia; no se pueden efectuar generalizaciones en esta materia.
- El médico debe abstenerse de actuar cuando sea consciente de las limitaciones de su capacidad de actuar.
- Debe valorarse el deber de información del médico respecto al paciente en relación con el tratamiento médico a seguir en cada caso.

El artículo 621.2 castiga como falta el causar la muerte a otro por imprudencia: «Los que por imprudencia leve causaren la muerte a otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses». Se exige la denuncia de la persona agraviada o su representante legal para la persecución de esta infracción (artículo 621.6).

#### B) LESIONES POR IMPRUDENCIA

En cuanto a las LESIONES por imprudencia hay que distinguir las que se califican como DELITO y las que se califican como falta; el artículo 152.1 se refiere a las lesiones constitutivas de imprudencia grave y que son constitutivas de delito imponiendo pena distinta según la lesión de que se trate:

- a) Lesiones definidas en el artículo 147.1 del Código Penal, son las que se refieren al tipo básico de lesiones y que exigen para su sanidad además de la primera asistencia un tratamiento médico o quirúrgi-





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

- c) Delito de manipulación genética, se trata de un delito de nueva creación por el Código de 1995 y que ha venido a recoger conductas que se encontraban en Leyes especiales como las de Reproducción Asistida o Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos.

Se recoge un tipo imprudente en el artículo 159.2 donde se castiga la alteración del genotipo realizada por imprudencia grave imponiendo la pena de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años; las demás figuras penales que se recogen en los artículos 159.1, 160, 161 y 162 no pueden ser cometidas por imprudencia y no parece posible que puedan afectar a las reclamaciones por asistencia sanitaria, que es nuestro objeto de estudio.

- d) La sustitución de un niño por otro en centros sanitarios se recoge en el artículo 220.5: «Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios, por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año».

#### 4. LA RELACIÓN ENTRE LAS DILIGENCIAS PENALES Y LA PRESCRIPCIÓN DE LAS RECLAMACIONES ADMINISTRATIVAS

La separación entre el ámbito penal y el contencioso-administrativo justifica que el artículo 146 de la Ley 30/1992 establezca que la responsabilidad penal del personal al servicio de la Administración se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente, lo cual supone una clara remisión a las normas y principios inspiradores de la materia penal, que se aplicarán con separación radical de los principios y procedimientos contencioso-administrativos.

El segundo párrafo de dicho precepto establece claramente la independencia de ambos procedimientos, el penal y el contencioso, por lo que se añade que la referencia a que la exigencia de responsabilidad penal «no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial»; no obstante, debe entenderse que el inicio de acciones penales sí suspende el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, y ello pues con la reforma introducida por la Ley 4/1999 se ha suprimido el inciso anterior según el cual la exigencia de la responsabilidad penal «no interrumpirá el plazo de prescripción». Por lo tanto, antes de la Ley 30/1992 tenía efectos interruptivos de la prescripción el inicio de acciones penales, y también los tiene a partir de la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 4/1999. Así pues, dichos efectos sólo desaparecieron en el período intermedio a las dos redacciones del precepto.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, Raquel: «Reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria fuera del sistema de la seguridad social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 9, 1994.
- ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*.
- ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, José María y otro: *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Aranzadi, 1998.
- ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, José María: «La responsabilidad de los médicos y de la Administración sanitaria», en *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1996.
- BARCELONA LLOP, Javier: «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *REDA*, número 105, enero-marzo 2000.
- BERMEJO VERA, José (director): *Derecho Administrativo*, Parte Especial, Civitas, 1997.
- CAPILLA BOLAÑOS, José Antonio: «La casuística de los reintegros de gastos médicos», *Actualidad Laboral*, número 34, 1996.
- CANTERO RIVAS, Roberto: *El reintegro de gastos sanitarios ocasionados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*, Editorial Comares, 1998.
- CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: «El reintegro de gastos médicos. Dictamen de facultativos ajenos. Denegación», *Semana Jurídica*, número 47, 1996.
- COBO OLVERA, Tomás: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*, Bosch, 1998.
- COLEGIO OFICIAL DE MÉDICOS DE MADRID: *Jornadas sobre La Responsabilidad Civil y Penal del Médico*, 1999.
- CUETO PÉREZ, Miriam: *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Monografías, 2000.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio: «El reintegro de gastos médicos por asistencia recibida fuera de la seguridad social», Ponencia del Curso *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, CGPJ, 2002.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael: «Objeto del proceso. Actos impugnables», en *La nueva Ley de la jurisdicción contencioso administrativa*, *Estudios de Derecho Judicial*, número 11, 1999.
- FONTÁN TIRADO, Rafael: «Competencia objetiva en materia de responsabilidad sanitaria; aproximación urgente a la luz de las Leyes 29/1998 y 4/1999», *Revista Jurídica La Ley*, número 4816.

- GALÁN CORTES, Julio César: «La responsabilidad médica y el consentimiento informado», *Revista Médica del Uruguay*, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro: *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 1993.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás: *Elementos de Derecho Sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Edisofer, 2002.
- GIL IBÁÑEZ, José Luis: «Evaluación del daño y criterios de reparación», en *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1996.
- *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. Jurisprudencia contencioso-administrativa*, Actualidad Editorial, 1994.
- GÓMEZ Y DÍAZ CASTROVERDE, José M.<sup>o</sup> (director): *Lecciones de Derecho Sanitario*, Servicio de Publicaciones, Universidad de La Coruña, 1999.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, tomo II, Civitas, 1999.
- GUERRERO ZAPLANA, José: «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», en *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Escuela Gallega de Administración Pública, 1999.
- «Responsabilidad patrimonial de la Administración. Especial referencia a la Administración sanitaria», *La Ley*, 7 y 8 de noviembre de 2000.
- «El reintegro de gastos ocasionados fuera del sistema de la Seguridad Social», *Información Laboral*, número 31, 2000.
- MARTÍN BERNAL, Jose Manuel: *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, Editorial La Ley-Actualidad.
- MIR PUIGPELAT, Oriol: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Monografías Civitas, 2000.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 1995.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, Monografías Civitas, 1992.
- PALOMAR OLMEDA (director): *Manual jurídico de la profesión médica*, Dykinson, 1998.
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco: «Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la ciencia médica», *REDA*, número 104, octubre-diciembre, 1999.
- REQUERO IBÁÑEZ, José Luis: «La influencia del Consentimiento Informado. Jurisprudencia del Tribunal Supremo», Ponencia del Curso *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, CGPJ, 2002.
- RODRÍGUEZ JORDÁN, Marcelo: *Mala praxis médica*, Editorial Ciudad de Argentina, 1997.
- ROMÁN VACA, Eduardo: *Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Edersa, 1998.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual y otros: *Comentarios a la Ley 4/1999*, Tirant lo Blanch, 1999.
- VILLAR ROJAS, Francisco Javier: *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: Fundamento y límites*, Editorial Praxis, 1996.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

## **ANEXO JURISPRUDENCIAL**

## I. JURISPRUDENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL



TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª)

SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1997

*Ponente: Excmo. Sr. Almagro Nosete*

1

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Reclama el actor-recurrente al INSALUD y al médico demandado, la responsabilidad civil derivada de las negligencias habidas en su tratamiento al manifestarse una grave infección tras una intervención quirúrgica consistente en una artroplastia de la rodilla izquierda. La dicha infección, causada por *Pseudomonas aeruginosa*, determinó la desfavorable evolución del enfermo y, en definitiva, la amputación de su pierna izquierda. Son datos de hecho establecidos por la sentencia de instancia:

a) Que el actor el año 1979 sufrió un accidente de tráfico causante de grave politraumatismo, con diversas fracturas y heridas, quedándole «en lo que aquí interesa, rigidez de la rodilla y tobillo, izquierdo en extensión y equino y deficiente vascularización de los tejidos blandos del miembro afectado».

b) En noviembre de 1988, con el propósito y finalidad de mejorar la movilidad y vascularización del miembro afectado, se programó y llevó a cabo una artroplastia de la rodilla izquierda, intervención que se reali-

zó por el doctor don Agustín el día 24 del susodicho mes.

c) Veintiún días después de la intervención, el 15 de diciembre de 1988, se detectó infección por *Pseudomonas aeruginosa*, instaurándose inmediatamente tratamiento antibiótico específicamente activo frente a este tipo de bacteria, sin obtener resultado positivo. La sentencia no precisa la fuente de la contaminación-infección, aunque considera «lógico y probable» que se instalara con posterioridad a la intervención, sin desdeñar el criterio pericial que estima también que el paciente «pudo haber adquirido la bacteria a consecuencia del traumatismo inicial, ya detectada en un análisis de 1980 permaneciendo luego cronificada». La *Pseudomonas aeruginosa* es un patógeno oportunista, que existe tanto en el medio hospitalario como en el extrahospitalario, y que encontró un nicho ideal en la rodilla del paciente dado lo alterado de su anatomía, su insuficiente vascularización y consiguiente desvitalización de los tejidos. Resulta, asimismo, acreditado que la intervención quirúrgica de artroplastia efectuada, por las adversas condiciones en que se encontraba la pierna izquierda, por la influencia negativa de la in-



fección que no pudo ser erradicada o por el conjunto de las circunstancias antedichas y demás concurrentes, no consiguió la mejora prevista, y como tras más de un año desde su realización reapareciesen las secuelas articulares y vasculares, se optó por la amputación de la pierna a nivel de la rodilla.

SEGUNDO. La responsabilidad médica es un apartado del capítulo más general de la responsabilidad sanitaria (responsabilidad del centro médico, por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal etcétera). Como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente, más aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario, o cuando determinados elementos de información que constan en el historial del paciente no son considerados o se soslayan en el tratamiento o en la intervención quirúrgica, sin una acreditada valoración previa de aquellos y sin una explicación de los riesgos acumulados que aquellos comportan, para someterlos, en suma, a la aceptación del paciente, mediante su consentimiento. En estos casos la responsabilidad del médico queda fuera de la aplicación de la doctrina jurisprudencial que no acepta el desplazamiento de la carga de la prueba al demandado, como se mantiene respecto de otras posibles infracciones culposas, no obstante, que esta doctrina admita múltiples matices según proporción del resultado.

TERCERO. En el caso consta que la operación quirúrgica se llevó a efecto siguiendo en lo que a la misma se refiere las reglas del arte u oficio médico, aunque un factor exógeno, la infección agravara el normal curso del postoperatorio e influyera decisivamente en la consiguiente amputación del miembro afectado. Desde luego, ninguna culpa o negligencia cabe atribuir al paciente respecto de tal evento. También la sentencia de instancia exculpa al doctor don Agustín, pues afirma que no cabe hacer «reproche culpabilístico alguno, al no apreciarse en su actuación profesional ne-

gligencia ni olvido de la buena práctica médica, pues la corrección de la indicación quirúrgica, para someter al demandante a una intervención de artroplastia de rodilla izquierda, no ha sido cuestionada y parece además razonable, dados los graves trastornos articulares y vasculares que aquel padecía; la técnica quirúrgica empleada fue correcta, se siguieron estrictamente las medidas habituales de asepsia, y se suministró al paciente tratamiento antibiótico». Asimismo, aun considerando que la exención de responsabilidad para el INSALUD —resulta en principio más problemática— dado que, en definitiva, esta entidad responde «por todo el conjunto de posibles deficiencias asistenciales», tal criterio no se aplica entendiendo que «desde el momento de la intervención, se adoptaron las medidas de asepsia y la cobertura antibiótica precisa para prevenir cualquier infección, y que, una vez detectada, se instauraron los tratamientos específicos para combatirla, sin que en estos aspectos sean apreciables por parte del personal sanitario retraso, omisión o descuido alguno, no obstante la aparición de la infección y la ulterior imposibilidad de erradicarla. Se insiste, además, en que la amputación fue decidida, no como consecuencia de la infección, sino principalmente en atención al deterioro de la rodilla del paciente y a los problemas de vascularización del miembro afectado, constituyendo la infección un factor añadido más a las condiciones del paciente, como finalmente señaló la Dra. A. en la ratificación de su informe pericial.

CUARTO. De los motivos aducidos se examinan, en primer lugar, el segundo y el tercero para evitar en lo posible repeticiones o argumentaciones inconducentes, dada su correlación. Se apoyan ambos en el artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncian infracción por inaplicación de los artículos 1 y 28 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1 de la expresada ley, que el recurrente en cuanto «persona física» que utiliza unos «servicios», reúne la condición de «usuario» «cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden».

Conforme al sistema de «garantías y responsabilidad» que establece el capítulo VIII de tal cuerpo normativo el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva». Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil incluye entre los «sometidos su régimen» los «servicios sanitarios», conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el INSALUD. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando «por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario». Estos niveles se presuponen para el «servicio sanitario», entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomonas aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir), por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por

culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos. La culpa exclusiva del paciente —que en el caso no concurre— excluiría la responsabilidad objetiva al interferir en ese conjunto de riesgos asumidos por imperio legal otros elementos adicionales de riesgo que, en sus consecuencias, económicas, no son aceptables, y en sus consecuencias ético jurídicas son rechazables. También, en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva (no obstante, que esta excepción carezca de respaldo legal expreso), el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican. Pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los perjudicados. En definitiva, los motivos prosperan.

QUINTO. El primero de los motivos que examinamos ahora (artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), acusa la infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. El alegato argumental obliga a considerar y valorar, desde una perspectiva jurídica, la conducta del medicocirujano interviniente. Según resulta de la prueba, valorada por el Tribunal de instancia, su quehacer se ajustó a la *lex artis* en cuanto concierne a la realización de la intervención quirúrgica, así como en la corrección del tratamiento una vez detectado el elemento patógeno causante de la infección postoperatoria. Sin embargo, se omite un examen pormenorizado de la instauración de la infección, que agravó el curso del postoperatorio. En principio, la infección tal como se describe ya sea porque el paciente fuera portador de la pseudomona aeruginosa en estado latencial, ya fuera porque estas se adquirieran en el medio hospitalario, adviene o surge como una complicación inopinada. Precisamente este carácter inopinado resalta su falta de previsión. Pero esta falta de previsión, según los datos y las presunciones que es posible extraer de ellos, permiten establecer que pudo ser prevista y, siendo prevista, evita-

da o, al menos, que siendo prevista el paciente hubiera podido ser advertido de los graves riesgos añadidos a los que se sometía. En efecto, un detenido examen del historial del paciente (según se desprende de los datos obrantes en autos) hubiera servido para detectar la primitiva infección de manera que preventivamente se hubiese podido aplicar algún tratamiento específico al tiempo, que dado según consta la posible difusión en el medio hospitalario de tal agente patógeno, una elemental prudencia, según el estado de precariedad con que se describe la situación previa de la pierna afectada, hubiera aconsejado cerciorarse del estado de asepsia del quirófano o de las habitaciones de internamiento hospitalario de modo que se hubieran adoptado las cautelas requeridas de aislamiento del paciente o de asepsia específica de los medios utilizados durante su intervención quirúrgica y permanencia en el hospital o ambas cosas conjuntamente. Por supuesto que las reglas relativas a la carga de la prueba que según la jurisprudencia corresponde al actor tratándose de responsabilidad médica, no se puede interpretar en un sentido tan amplio que se extienda a probar los hechos que impedirían u obstarían a que prosperara la pretensión, como el caso fortuito. Tampoco, en consecuencia, la mejor posición probatoria de los demandados en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad puede excusarles de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia, ni imprevisión por su parte. Existen, por contra, suficientes indicios en el propio relato de hechos probados que permiten establecer la imprevisión evitable ya que, en otro caso, si la infección se consideraba, como posible e inevitable hubiera sido advertido el paciente que quizá ante la perspectiva de mejorar o de perder la pierna, como finalmente sucedió, hubiera optado por medios alternativos o por continuar con la deficiencia funcional de la que iba a ser, supuestamente, mejorado. Por consecuencia, se estima el motivo.

SEXO. La estimación de los motivos supone haber lugar al recurso e impone de acuerdo con el artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el deber de resolver

en la instancia. Como complemento de los datos de hechos que resultan establecidos en los anteriores fundamentos ha de precisarse:

1.º Que el paciente ingresó en el hospital para ser intervenido quirúrgicamente a efectos de practicarle una artroplastia de rodilla para mejorar la movilidad de la articulación (intervención que se realizó), sin que conste se le advirtieran en función del estado de desvitalización de la extremidad que posibles complicaciones postoperatorias de carácter infeccioso, podían influir en una evolución desfavorable que condujera a la amputación del miembro.

2.º Que en el historial del paciente constaba que la bacteria causa de la infección postoperatoria había sido detectada según se establece pericialmente en un análisis de 1980, por lo que pudo «permanecer cronicada» y que la pseudomona aeruginosa es un «patógeno oportunista» que encontró un nicho ideal en la rodilla del paciente dado lo alterado de su anatomía, su insuficiente vascularización y consiguiente desvitalización de los tejidos.

3.º Que asimismo consta que la «pseudomona aeruginosa» existe en el medio hospitalario.

4.º Que consta acreditado, en informe del propio médico demandado de fecha 7 de mayo de 1990 que la contaminación por pseudomonas fue una «infección quirúrgica», dato que igualmente parece sostener que la infección se adquirió *ex novo* o bien se reactivó en el curso de la intervención.

5.º Que los antecedentes del paciente sugieren, dada la eventualidad de una infección como la que se produjo, la adopción previa a la intervención de medidas de prevención, fuese con tratamiento específico o *ad hoc* o con la comprobación, en su caso, mediante la verificación de los controles necesarios del estado del material quirúrgico y de las dependencias asistenciales en punto a establecer los niveles de contaminación del mencionado patógeno, medidas que no consta se adoptaran.

6.º Que no se ha demostrado por los demandados que la infección tuviera carácter imprevisible e inevitable.

SÉPTIMO. Probado el daño causado y la omisión de las prevenciones que hubieran evitado la infección, o al menos, hubie-



ran acreditado la activa conducta tendente o su evitación aunque se considere que la infección (tratada *a posteriori* una vez acreditada su causa, con los específicos adecuados), no fue el único factor determinante de la amputación, sí fue un factor concurrente e importante en la producción del resultado. De aquí, que se hayan acogido los motivos y se entienda que deben responder civilmente tanto el cirujano como el centro sanitario solidariamente por culpa (artículos 1902 y 1903) en la cantidad indemnizatoria de quince millones de pesetas. La responsabilidad objetiva del centro sanitario queda embebida en el mayor coste que atribuimos a la responsabilidad culposa, pues ambas son incompatibles en cuanto sumandos independientes, caso de concurrencia de normas, como acontece en el caso, respecto de unos mismos hechos. Las costas de las instancias deberán satisfacerse, como las de este recurso, por cada parte las suyas en atención a la estimación parcial de la pretensión (artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y al criterio legal (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Juan José contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 1993 dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo Sección Cuarta, en autos, juicio de menor cuantía número 6/1992 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, Sección Cuarta por el recurrente contra don Agustín y el «Instituto Nacional de la Salud», y en consecuencia mandamos anular la sentencia impugnada, condenando, en su lugar a los demandados, con carácter solidario, al pago de una indemnización al actor de quince millones de pesetas. No se imponen las costas causadas en las instancias. Las de este recurso serán satisfechas por cada parte las suyas; y librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

## 2

## TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª)

SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1999

*Ponente: Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. Se ha ejercitado en el presente caso que ha llegado hasta el recurso de casación, la acción de la llamada responsabilidad aquiliana, de reclamación de la obligación de indemnizar el daño causado, fundada en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil en el tipo, cada vez más frecuente, de la responsabilidad civil médica; la acción ha sido ejercitada, como demandantes —actuales recurrentes en casación— por las hijas de la persona fallecida, doña Paula. Esta ingresó en el Hospital de M., cuyo director era el codemandado don Jesús, donde fue sometida a una operación de colecistectomía (extirpación de la vesícula biliar) por los médicos codemandados, don Rafael y don Enrique: no existía patología alguna previa que pudiera influir negativamente, el resultado de la intervención (14 de abril de 1988) fue satisfactorio (no existe indicación alguna en la hoja relativa a la aplicación de la anestesia) y, en el período postoperatorio, el día 15, tuvo un pequeño mareo, empeoró paulatinamente, se ordenó el traslado a Valladolid en una ambulancia, acompañada por un médico y un ATS y en el camino se produjo un episodio cardíaco que es solventado por el equipo y la enferma llega al «Hospital R.» a las 23 horas del día 15, con respiración espontánea, ingresando en la UVI y falleciendo con posterioridad. Ambos centros médicos son dependientes del Instituto Nacional de la Salud, también parte codemandada.

2. La demanda fue desestimada tanto por el Juzgado de 1.ª Instancia número 4 de Valladolid, como por la Audiencia Provincial, Sección 1.ª de la misma ciudad, esencialmente por la falta de prueba de negligencia médica; tras los hechos probados que se han reproducido aquí, la sentencia de la Audiencia Provincial deduce que «la actuación médica (...) fue correcta» y «fueron de ese carácter los medios empleados»

por lo que «no puede hablarse de negligencia en el diagnóstico» y concluye, en definitiva, expresando que «no existe, pues, en autos, una prueba clara y precisa, como exige la atribución de responsabilidad, de la existencia de una culpa de los demandados principales (médicos), ni tampoco del director del Hospital, pues no se ha acreditado que los medios de que dispone sean inadecuados para la realización de las intervenciones que en el mismo se practican. Siendo ello así, tampoco procede responsabilidad alguna cerca de INSALUD por aplicación del artículo 1903 del Código Civil».

3. Frente a esta sentencia desestimatoria de la demanda, las demandantes, hijas de la fallecida, han formulado el recurso de casación en seis motivos, todos al amparo del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO. 1. No es posible en casación revisar los hechos que la sentencia de instancia ha declarado probados; por el contrario, si es función de la casación la calificación jurídica de los mismos y la correcta aplicación de la norma jurídica. Partiendo de los hechos que se estiman acreditados, debe mantenerse la desestimación de la demanda respecto a las personas físicas del director del hospital y de los médicos intervinientes de la operación, respecto a los que no se ha probado una actuación productora, en nexo causal, de la muerte y se ha declarado probado que su actuación fue correcta. En este sentido, conviene recordar la doctrina jurisprudencia muy reiterada; como dice la sentencia de 13 de octubre de 1997 y reitera la de 9 de diciembre de 1998, la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extra-

contractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia: entre otras muchas, sentencias de 8 de mayo de 1991, 20 de febrero de 1992, 13 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993, 7 de julio de 1993, 15 de noviembre de 1993, 12 de julio de 1994, 24 de septiembre de 1994, 16 de febrero de 1995, 23 de septiembre de 1996, 15 de octubre de 1996, 22 de abril de 1997.

2. Distinta es la responsabilidad del Instituto Nacional de la Salud, a la que debe aplicarse la doctrina jurisprudencial, también reiterada y que es preciso recordar, sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, la sentencia de 13 de diciembre de 1997 y 9 de diciembre de 1998), que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual); lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

En el caso presente, una mujer relativamente joven (44 años) se somete a una operación relativamente sencilla (extirpación de la vesícula biliar) y fallece de una parada cardiorrespiratoria, sin que el centro médico dé la más mínima explicación coherente sobre ello. Es un resultado desproporcionado, la cosa habla por sí misma (*res ipsa loquitur*) y hay clara apariencia de prueba (*Anscheinsbeweis*) de la culpa, culpa virtual (*faute virtuelle*) que si no consta la negligencia de médicos concretos, sí aparece, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996, una 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, reve-

le 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.

3. La base jurídica del presente caso se concreta en la responsabilidad por hecho ajeno del párrafo 4.º del artículo 1903 del Código Civil y que con frecuencia se ha aplicado al Instituto Nacional de la Salud: así, sentencias de 7 de junio de 1988, 22 de junio de 1988, entre otras muchas, y 11 de octubre de 1995, 11 de marzo de 1996, 3 de septiembre de 1996, 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997 como más recientes. La responsabilidad del empresario, en general, tiene un matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*: sentencias de 4 de febrero de 1986, 21 de septiembre de 1987, 16 de abril de 1993, 2 de julio de 1993, 21 de septiembre de 1993, 27 de septiembre de 1994, 6 de octubre de 1994. Asimismo, es obligación directa: sentencias de 20 de octubre de 1989, 28 de febrero de 1992, 21 de septiembre de 1993, 27 de septiembre de 1994, 6 de octubre de 1994, 28 de octubre de 1994, 29 de marzo de 1996.

Por otra parte, se concreta en el tema de la responsabilidad médica, que es un apartado del capítulo más general de la responsabilidad sanitaria (responsabilidad del centro médico, por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal etcétera). Como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente, mas aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario, o cuando determinados elementos de información que constan en el historial del paciente no son considerados o se soslayan en el tratamiento o en la intervención quirúrgica, tal como expresan las sentencias de 1 y 21 de julio de 1997.

4. A mayor abundamiento, tal como dicen las mismas sentencias de 1 y 21 de julio de 1997, cuya doctrina se reitera, son aplicables a este supuesto los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio,



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

TERCERO. El motivo segundo de este recurso —al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por transgresión del artículo 1105 del Código Civil—, ya que, según denuncia, la sentencia de instancia no ha entrado a valorar que el resultado producido transcurridos varios años, no es imputable al doctor don Javier, sino a un suceso imprevisible y que, aun previsto, era de todo punto inevitable se desestima porque ante la omisión habida por el facultativo mencionado, al no efectuar comprobación alguna sobre la existencia o no de un cuerpo extraño en una afección derivada de traumatismo ocular, que se concretaba en el supuesto del debate en una esquirla de cobre, descarta sin duda la posibilidad del caso fortuito aducido.

CUARTO. El motivo tercero de este recurso —al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración de la doctrina jurisprudencial comprendida en las sentencias que cita—, al no estar acreditada la relación causal entre la culpa del médico y el daño causado se desestima porque obra probado en autos que el proceso de la pérdida de la visión del ojo de la paciente se inició al no advertir el doctor don Javier la presencia de un cuerpo extraño en el mismo, que dio lugar a una ausencia de información a doña Laura, la cual impidió la toma de una decisión por ésta sobre su extracción o no, y, lógicamente, ha imposibilitado la práctica de controles periódicos respecto a esta incidencia, cuya permanencia durante cinco años generó una calcosis que, a su vez, originó una uveítis desencadenante del desprendimiento de retina, lo que supone la evidente presencia de la conexión de causalidad referida.

SÉPTIMO. El motivo primero del recurso deducido por don Javier —al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1968, párrafo segundo, del Código Civil—, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada no ha acogido la prescripción de la acción ejercitada en este juicio se desestima porque esta Sala tiene reiteradamente declarado que, en los supuestos de reclamación de indemnizaciones por lesiones,

el plazo de prescripción iniciará su cómputo en el momento en que el enfermo o lesionado sea dado de alta médica por finalización del tratamiento y puedan conocerse de manera cierta las secuelas persistentes, y, en este caso, la demanda fue presentada en fecha de 26 de julio de 1990 y el cómputo del plazo prescriptivo deberá comenzar el 28 de agosto de 1989, pues hasta ese día, en que el doctor don César dio por terminado el tratamiento por considerar irreversibles las secuelas, doña Laura seguía en curación y no se sabía la situación de su estado definitivo, de donde no queda sino sentar que la acción fue instada en tiempo conveniente y, por ende, no había prescrito.

OCTAVO. El motivo segundo de este recurso —al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por transgresión del artículo 1214 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial relativa al mismo, ya que, según denuncia, la sentencia traída a casación ha invertido el principio de distribución de la carga de la prueba, pues, de una parte, la actora no ha acreditado que fue el Dr. don Javier quien le atendió el día del accidente, y, de otra, ha exigido a éste que demuestre de forma rotunda «la imposibilidad de que a través de un cuerpo intraocular se llegue a producir desprendimiento»— se desestima por las razonamientos expresados acto continuo.

Para que el Juez pueda fallar conforme a las exigencias de los artículos 361 de la Ley Procesal Civil y 1.7 del Código Civil, el ordenamiento le ofrece un instrumento lógico para indicarle, en los casos de incertez fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria, que es lo que, en la ciencia del Derecho se denomina «regla de juicio», y que, en el proceso civil, se encuentra en el citado artículo 1214, de modo que lo determinante para la aplicación de esta pauta legal es la presencia de la duda después de que se haya desarrollado, al menos, una mínima labor probatoria en el litigio, sin que, de otro lado, dicho mecanismo esté al alcance de la voluntad de las partes, que no impedirán su utilización en los supuestos de hecho incierto, ni tienen resortes para modificar su estructura y sentido, hasta el punto de que esta Sala, en sentencias,

entre otras, de 19 de febrero y 18 de marzo de 1988 y 11 de diciembre de 1997, ha declarado que sólo se permite el recurso de casación por infracción del artículo 1214 cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla.

En este supuesto, en aras a la doctrina jurisprudencial relativa a que el artículo 1214 podrá y deberá ser aplicado cuando se trate de un hecho no acreditado y cuya falta de prueba haya de recaer en sus consecuencias sobre aquél que, sin embargo de estar obligado a probar, no lo hizo (entre otras, SSTS de 5 de junio de 1987 y 19 de noviembre de 1998), no entraba en juego el precepto citado al estar suficientemente demostrado en autos la intervención del doctor don Javier en la asistencia a doña Laura. En otra temática, la recurrente lleva al motivo la mención de que la violación del artículo 1214 se produce al invertir la carga de la prueba con la exigencia de que acredite «la imposibilidad de que a través de un cuerpo intraocular se llegue a producir desprendimiento», pero el examen de esta cuestión, que pretende la revisión de la valoración probatoria, está vedado en casación.

NOVENO. El motivo tercero de este recurso —al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación del artículo 1902 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que detalla, ya que, según denuncia, la sentencia de instancia ha atribuido, sin ningún apoyo médico tajante o unívoco, la exclusividad del daño producido a la presencia del cuerpo extraño intraocular— se desestima por las razones que se dicen seguidamente.

La recurrente considera que no ha concurrido aquí el nexo causal entre el acto negligente y el daño ocasionado por las dos causas siguientes: una, por estar demostrado que la extracción de la esquirla de cobre en el año 1987 no dio el resultado pretendido y que el tratamiento posterior careció de éxito; y otra, por estar acreditado que el daño puede atribuirse no solo a la no extracción del hilo de cobre, sino también a la alta miopía padecida por doña Laura; y es-

te litigante olvida, de una parte, que está probado que el proceso de la pérdida de la visión del ojo se inició al no percatarse de la presencia de un cuerpo extraño en el mismo, que dio lugar a una ausencia de información a la paciente, la cual impidió la toma de una decisión sobre su extracción o no, y, lógicamente, ha imposibilitado la práctica de controles periódicos del mismo, cuya permanencia durante cinco años en el ojo generó una calcosis que, a su vez, originó una uveítis desencadenante del desprendimiento de retina y de todo el proceso posterior, lo que supone una relación de causalidad entre el acto negligente —no haberse percatado de la presencia de la esquirla de cobre— y el daño causado—pérdida de la visión en el ojo izquierdo—; y de otra, que, aunque la miopía sufrida por la lesionada en un ojo suponía una predisposición a un desprendimiento de retina con respecto a otros sin ese defecto, no está probado que ésta fuera la causa de dicha incidencia.

DÉCIMO. La desestimación de todos los motivos de ambos recursos produce la de estos en su integridad con las preceptivas secuelas determinadas en el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a las costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Javier contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao en fecha de 30 de diciembre de 1994. Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas por este recurso. Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la «Mutua V.» contra la sentencia reseñada en el párrafo precedente. Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas por este recurso. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

## 4

## TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª)

SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 2001

Ponente: Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 23 de febrero de 1996, desestima el recurso interpuesto por los actores confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Plasencia, número Uno, de 2 de diciembre de 1995, en la que se desestimó su demanda de reclamación de daños y perjuicios contra la demandada que le practicó una vasectomía al actor, sin resultado positivo, por cuanto que, tras las circunstancias que se especifican en la litis, el mismo de nuevo engendró un hijo en agosto de 1994; tanto el Juzgado como la Sala aprecian la existencia del correspondiente deber de información y la conducta desoyendo las instrucciones del post-operatorio realizado por el propio demandante.

SEGUNDO. Son circunstancias relevantes para la decisión que se emite, cuanto se hace constar en el FJ 3.º del Juzgado de Primera Instancia:

1.º) Los actores acudieron a la consulta de la doctora demandada para que le practicara al actor don Marcial una vasectomía, siendo realizada con fecha 17 de enero de 1994, previa información de sus características, riesgos e irreversibilidad funcional, como así se hizo constar por escrito en el documento número 2 aportado con la contestación a la demanda, reconocido por el actor en confesión judicial (posición segunda y cuarta).

2.º) Una vez realizada esa vasectomía, el actor fue sometido a diversos análisis del semen, el primero el 17 de marzo de 1994, dando como resultado la calificación de NO APTO, al apreciarse espermatozoides vivos en la eyaculación; practicándose otro análisis el 14 de abril, 4 de mayo y el 6 de junio del mismo año, arrojando el mismo resultado de NO APTO, como así se refleja en el informe médico.

3.º) Pese a ello, el actor inició relaciones sexuales con su mujer, engendrando en agosto de 1994 un bebe.

.....

SEXTO. Sobre las características del acto médico relativo a una vasectomía, debe afirmarse con conocida doctrina que, el recurso plantea una problemática que no es nueva en la jurisprudencia española. Se trata de los supuestos conocidos con la expresión inglesa de *wrongful conception* y, en ocasiones también con la *wrongful pregnancy*, que designa aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas... Distintos de los supuestos anteriores son los casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejercita la acción es la madre se habla de *wrongful birth*, y de *wrongful life*, si quien lo hace es el propio hijo...

Y, sobre la Naturaleza Jurídica de esta intervención profesional médica se subraya que, a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica, son insuficientes para la curación de determinadas enfermedades y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





## TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª)

SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 2002

Ponente: Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez

5

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se plantea demanda para que se cumpla por el Ayuntamiento lo acordado en documento de 6 de marzo de 1991, por el que el Alcalde y los actores suscribieron un contrato de permuta a resultas de la ocupación indebida de un terreno por el citado, propiedad de los actores y, que se cambiaría por otro trozo de terreno a entregar por el Ayuntamiento y, en caso de incumplimiento, se abonaría el correspondiente valor del mismo, compromiso del ente local que no se ha cumplido, por lo que, se reclama en citada demanda que fue resuelta por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Molina de Segura por sentencia de 31 de julio de 1996, que apreció la incompetencia de Jurisdicción, revocándose la misma por la de la Audiencia Provincial de Murcia, sección tercera, en 26 de febrero de 1997, que declaró la competencia de este orden civil, estimando la demanda, recurriendo en casación el Ayuntamiento demandado, para sostener la referida incompetencia.

SEGUNDO. Son hechos no cuestionados los que constan en el FJ 2.º de la recurrida, a saber:

a) Que el Excmo. Ayuntamiento de Archena en el año 1987, ocupó por error una parcela propiedad de los actores de 1345 m<sup>2</sup>, según resulta del documento obrante al folio 16, comprometiéndose el Ayuntamiento a compensar al propietario mediante la entrega de otra parcela de similar cabida y situación a la ocupada o bien indemnizar.

b) Que en fecha 16 de marzo de 1991, (por error se dice 16 de enero de 1991) el Sr. Alcalde del Ayuntamiento, don Nicolás L.A., y el propietario, don José Eduardo M. convienen que el Ayuntamiento de Archa ocupó indebidamente la superficie de 1348

metros al construir en dicho terreno una Guardería Municipal. Que el Ayuntamiento se compromete a entregar en permuta por el trozo ocupado, otro de igual superficie y volumen edificable, así como de similar situación en un plazo que no podrá rebasar la fecha de 31 de diciembre de 1991, y que, si transcurre dicha fecha y no se entrega el terreno en permuta el Ayuntamiento se compromete a entregar el valor de mercado del trozo de terreno ocupado, en un plazo no superior al 31 de enero de 1992.

Por el Juzgado en su sentencia se aprecia la incompetencia de este orden, porque, se especula sobre el juego del artículo 361 del Código Civil y, porque, la pretensión se ha articulado en base a la ejecución del acuerdo de 16 de marzo de 1991 y no «sobre la inicial ocupación indebida del terreno». Mientras que la Sala *a quo*, afirma su propia competencia, al tratarse de un contrato privado el susodicho y, por el juego de los artículos 5 y 7 de la Ley 13/1995, de 28 de mayo.

CUARTO. La Sala en línea de principio, a tenor de la normativa aplicable en su amplio desarrollo por una jurisprudencia decantada, y al mezclarse en los Motivos las cuestiones de competencia en materia de responsabilidad patrimonial del Estado y demás Entes Públicos, con los relativos al cumplimiento o no, de las obligaciones derivadas de la suscripción de los contratos en que intervenga la Administración, ya sean administrativos o privados, resume cuáles son los criterios determinantes de aquella competencia, incluso, con la extensión en sede de responsabilidad sanitaria según la siguiente síntesis doctrinal (sentencia de 26 de marzo de 2001).

I. A) *Responsabilidad patrimonial en general.*

a) Régimen anterior a la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La competencia del orden civil en ese período por sucesos o demandas planteadas antes de esa reforma, era evidente si concurría alguno de estos presupuestos:

1. Haber sido llamado al proceso no sólo el Estado o personal a su servicio, sino, otro sujeto privado, todos ellos intervinientes, sustancialmente, por los mismos hechos que pudieron dar lugar a una actuación culposa de la causante del daño del autor/autores del hecho.

2. Cuando el fundamento de la acción responde al defectuoso cumplimiento de los deberes profesionales del autor/autores que se traduce en un defectuoso o mal funcionamiento del servicio público, de la que directamente debe responder el Estado, (artículos 43 y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957).

3. Cuando las responsabilidades reclamadas se califican como extracontractuales y, por consiguiente, solidarias por la unidad fáctica en que se apoyan como razona entre otras la sentencia de la Sala 1.ª del TS de 8 de febrero de 1994.

b) Régimen vigente: Aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

A) La Ley 30/1992 establece el principio de unidad jurisdiccional en la materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por una doble vía: a) Unificando el procedimiento para la reclamación de indemnización. b) Determinando, con carácter único, la jurisdicción y el régimen jurídico aplicable, terminando con lo que la Sala Primera gráficamente ha denominado «lamentable peregrinaje de jurisdicciones» (así en sentencias de 5 de julio de 1983 y 1 de julio de 1986, entre otras), a tenor de estos criterios: a) El procedimiento lo señala el artículo 145.1 de la Ley 30/1992, cuando dice que «Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las

indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio». Así, en la actividad prestacional por parte de la Administración es indiferente, al amparo del artículo 142.6 de la Ley 30/1992, la naturaleza pública o privada de la relación de que deriva la responsabilidad. b) El segundo aspecto plantea el problema de la unificación jurisdiccional a favor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, habida cuenta de la derogación específica del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, del principio de responsabilidad directa de las Administraciones públicas cuando actúan en relaciones de derecho privado (artículo 144 de la Ley 30/1992) y de la responsabilidad exigible en la forma prevista en los artículos 142 y 143 de dicho cuerpo legal.

B) *La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

1) —Artículo 2, apartado a)— La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccional civil o social, corresponde su conocimiento al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2) Artículo 9 de la LOPJ número 4 con el mismo texto, extendiendo esa competencia, incluso cuando en la producción del daño hubiere concurrido la Administración o personal a su servicio con sujetos privados, según Ley 13 de julio de 1998.

C) *La Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

Modifica el artículo 144, en cuanto el reenvío de los artículos para su exigencia: artículo 144 Responsabilidad de derecho privado: Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de

conformidad con lo previsto en los artículos 139 y ss. de esta Ley.

II. *Disposición adicional duodécima de la Ley 4/1999, de 13 de enero. Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria.*

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.

Criterios en la jurisprudencia civil. Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha determinado el conocimiento del orden civil de las cuestiones relativas a responsabilidad extracontractual fundamentadas en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil y en aplicación del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (TR de 26 de julio de 1957), cuando se trataba de reclamaciones en las que la Administración actuaba en relaciones de Derecho privado, en las que la competencia era asumida por la jurisdicción ordinaria (entre otras, las sentencias de la Sala Primera de 5 y 21 de septiembre de 1988, 27 de enero y 7 de abril de 1989, 30 de enero y 23 de noviembre de 1990, 30 de julio de 1991, 15 de marzo de 1993, 18 de febrero y 26 de mayo de 1997), en materia de responsabilidad culposa, originada por actuaciones médicas, en litigios anteriores a la Ley 30/1992, o cuando se demanda a un Centro Médico particular, en todo caso sentencia de 26 de marzo de 2001.

III. *Singularidad competencial del orden civil en los procesos a que también se demanda a la Aseguradora del daño o de responsabilidad civil.*

Este supuesto se aborda en el Auto de 27 de diciembre de 2001 de la Sala de Conflictos: «Puede afirmarse que después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judi-

cial y de la entrada en vigor de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, toda reclamación indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación, pública o privada en que se ocasione, deberá ser sustanciada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incluso en el caso de que a la producción del daño hayan concurrido sujetos privados, quienes deberán, también, ser demandados ante este orden jurisdiccional. Sin embargo, cuando aparece en el proceso, también como codemandada junto con la RENFE (supuestos del litigio) la Aseguradora, la cual, no comparece en el proceso por haber concurrido a la producción del daño, sino como contratante de una póliza de seguro, contra la cual se actúa y en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, Ley 50/1980, de 8 de octubre, «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.»

Entonces, como puede apreciarse, la llamada al proceso de la compañía de seguros no resulta caprichosa ni tiene el carácter de subsidiaria, pues la Ley le otorga al perjudicado el ejercicio de una «acción directa o contra la aseguradora». Ello implica, según ha declarado la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de diciembre de 1995, 3 de abril y 3 de octubre de 1996) el derecho del perjudicado a mantener indemne su patrimonio, siempre que la acción se ejercite dentro de los límites de la cobertura pactada. También ha declarado la jurisprudencia que la acción directa contra la compañía aseguradora tiene su origen en el contrato de seguro, siendo la obligación al pago de la compañía aseguradora la misma (salvo las excepciones que proclama el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro) que correspondería a quien contrató la póliza, por los daños y perjuicios causados. De todo lo expuesto puede ya deducirse que la posición procesal, en calidad de codeman-



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la jurisdicción contencioso-administrativa; el perjudicado no puede ser obligado a seguir dos procesos, ante dos jurisdicciones diferentes, por lo que, conforme al artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por la *vis atractiva* de la civil, es ésta la jurisdicción competente».

IV. *En la contratación en que interviene el Estado o los Entes Públicos:*

Ya en el anterior Reglamento General de Contratación del Decreto 3410/1975, se distinguía entre los Contratos Administrativos y, los privados y, en cuyo artículo 8 se hablaba que, entre otros, el contrato de permuta de inmuebles era de competencia civil, aserto que se reitera, insistentemente, en la posterior y vigente normativa, como es sabido, en virtud de la disposición final única apartado 2 de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que modifica la susodicha Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, autoriza al vigente texto refundido, Real Decreto-ley 2/2000, de 7 de junio que repite aquella distinción y competencia expresas en su artículo 5 cuyo número 3 habla *ad hoc* entre otros del contrato de permuta como de carácter privado, y remite en su reglamento jurídico su artículo 9.3 a la competencia civil.

QUINTO. De acuerdo con lo expuesto, los citados Motivos fracasan:

El PRIMERO, porque, el litigio no se plantea en torno a la responsabilidad patrimonial pública, sino que se deriva de si el ente municipal ha de cumplir el contrato de permuta suscrito en 16 de marzo de 1991, por lo que, será dentro de este acervo normativo en donde radicará la respuesta.

El SEGUNDO, porque, al margen de la aplicación de citada Ley 13/1995, como dice el impugnante, la susodicha normativa del resumen precedente acoge la distinción y la competencia de este orden en materia de contratos privados y, por lo demás, el propio Motivo incurre en el desvío de situar el problema dentro de la «Contratación Administrativa» de que sea ésta una «cuestión nueva» pues el problema reúne

una preeminencia jurídica que provoca la actuación de oficio en toda su resolución por los órganos judiciales, y sin que la onerosidad de lo así pactado derive en la nulidad postulada.

El TERCERO, porque, esos requisitos formales habrán de observarse dentro de la contratación administrativa, siendo irrelevante la onerosidad de la prestación asumida por el Alcalde de la recurrida.

El CUARTO, por cuanto se cuestiona la naturaleza privada del convenio, que remite al Motivo Segundo.

Y el QUINTO, porque, centra el litigio dentro de la esfera de la responsabilidad civil de la Administración, que, no es, —se reitera— el seno en el que se debate el contencioso, sobre cumplimiento contractual.

SEXTO. La Sala, además, abunda en su tesis con la siguiente argumentación: Porque, es indiscutible que el litigio con independencia del argumento de la primera sentencia, proviene de un conflicto que versa sobre la propiedad privada de los actores que, en su día, fue desconocida por el ente local, a resultas de lo cual, surge el convenio o acuerdo de 16 de marzo de 1991, del que se deriva que esa vulneración de la propiedad privada implica que su titular acceda a la permuta convenida con el Alcalde y, asimismo, que en caso de incumplimiento del trozo de terreno ofrecido se le pague con la cantidad equivalente al valor de mercado del trozo ocupado, en un plazo que no superará la fecha del 31 de enero de 1992. Presupuestos, pues, que demuestran la indiscutible naturaleza privada de lo así convenido, y el Alcalde, si bien, actúa con esa condición, no por ello, deja de intervenir asumiendo una obligación o, contraprestación que, por lo pactado, actúa como subrogación de aquélla que fue ocupada indebidamente por el Ayuntamiento (en la misma línea lo resuelto por sentencia de 14 de marzo de 2002) se trata de un contrato de exclusividad civil que al provenir de un ataque a la propiedad privada, la acción correspondiente tiende a su reparación, si bien, con el objetivo de conseguir su satisfacción a través de la permuta y, con las expensas económicas derivadas. Huelgan, pues, las denuncias de los Motivos, al tratarse, como se dice, de un



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

lor. Es de significar que la demanda la formula exclusivamente el Sr. L., padre de la víctima, aunque del hecho séptimo de la demanda se deduce que la indemnización postulada es no solo para la hija, sino también para ambos padres como perjudicados. También es de indicar que durante la casación se acreditó la defunción del señor L., la inexistencia de otros hijos del matrimonio, y se tuvo por personada como perjudicada a la señora M. Todo ello exige algunas apreciaciones respecto de dicha indemnización. En primer lugar se fija en cinco millones de pesetas la cantidad que corresponde a la madre en concepto de perjudicada por los conceptos de gastos y daños morales. La restante cantidad de noventa y cinco millones es para las atenciones de todo tipo de Carla Romina L.M., y a fin de garantizar el cumplimiento de dicho objetivo en ejecución de sentencia se adoptarán todas las determinaciones que mejor resulten a tal fin con audiencia del Ministerio Fiscal; y, 5. Se imponen las costas de la primera instancia a doña Rosalía Dolores P.G., salvo las del Centro Médico Sanatorio Virgen del Carmen respecto de las que no se hace especial imposición habida cuenta las circunstancias del caso (aparición de responsabilidad y razonabilidad de la pretensión). Y no se hace expresa mención respecto de las de la apelación y la casación. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 523, párrafos primero y segundo, 710, párrafo segundo, y 1715.2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo procede acordar la devolución del depósito constituido por la parte recurrente.

#### FALLO

Que estimando el recurso de casación interpuesto por la Procuradora doña Mer-

cedes B.A. en representación procesal de don José L.P., y por sucesión procesal de doña Mirta Susana M., acordamos:

PRIMERO. Casar y anular la sentencia recurrida dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería el 5 de abril de 1997 en el Rollo 46 de 1996, y revocar en la misma medida la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 6 de la propia Ciudad el 16 de noviembre de 1995 en los autos de juicio de menor cuantía 144 de 1995, en el sentido de estimar la demanda entablada por don José L.P., y como sucesora procesal por doña Mirta Susana M., y condenar a la demandada doña Rosalía Dolores P.G. a pagar la cantidad de cien millones de pesetas —100.000.000 de pesetas—, de los que cinco millones lo serán para doña Mirta Susana M.G. como perjudicada por todos los conceptos, y la suma restante de noventa y cinco millones para la lesionada Carla Romina L.M. para atender a las necesidades de la misma de todo tipo, debiendo en ejecución de sentencia adoptarse las medidas precisas para asegurar dicho fin, con audiencia del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO. Se confirma la resolución recurrida en cuanto absuelve al Sanatorio «Virgen del Mar, Cristóbal Castillo, S.A.»

TERCERO. Se imponen a la demandada doña Rosalía Dolores P.G. las costas de la primera instancia, salvo las devengadas por la entidad codemandada, en las que no se hace especial imposición. Como tampoco se hace expresa mención de las causadas en apelación y casación, debiendo cada parte pagar las suyas.

CUARTO. Devuélvase el depósito a la parte recurrente.

A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997, en la posterior de 9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice: «... demandante es consumidor (artículo 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando «por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, «hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el «servicio sanitario», entre otros. Producido y constatado el daño (...) se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad».

TERCERO. De lo anterior se desprende que deben ser estimados los dos últimos motivos de casación, el tercero y el cuarto, ambos fundados en el número 4.º del artículo 1692, aquél por infracción de los artículos 26 y 28 de la mencionada ley de defensa de consumidores y usuarios y éste por infracción del artículo 1902 del Código civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, esencialmente la sentencia citada de 2 de diciembre de 1996, reiterada posteriormente.

Efectivamente, en el caso presente el médico demandado ha realizado una intervención quirúrgica que, habiendo producido un resultado desproporcionado, no ha acreditado la causa de éste, que sea ajeno a su actuación. La Audiencia Provincial infringe, en este sentido, el artículo 1902 del Código civil y la jurisprudencia que se ha

mencionado, destacándose en ella el empleo de expresiones aleatorias y condicionales («... cuyo origen podría encontrarse...», «hay ocasiones en que se producen...», «no cabe descartar la producción...» «posiblemente (...) la evolución del paciente hubiera tenido...») que nada expresan sobre hechos probados que es lo que sí le corresponde hacer. Asimismo, a mayor abundamiento, infringe la normativa mencionada de protección de los consumidores, al pretender una prueba cumplida de la culpabilidad, pese a haberse producido un daño desproporcionado, no atribuido a causa externa.

Estimándose los motivos tercero y cuarto, no tiene sentido el entrar a analizar el motivo segundo, que efectivamente plantea una cuestión nueva, sobre el consentimiento informado.

Tampoco lo tiene el estado del motivo primero, fundado en el número 3.º del mismo artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el que alega, casi al final del desarrollo del motivo, la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, todo por la indefensión que supone la falta de práctica de una prueba pericial. No se estima necesaria la práctica de esta prueba, ni por la Audiencia Provincial ni por esta Sala, por lo que no hay indefensión ni infracción alguna.

CUARTO. En consecuencia, la Sala asume la instancia, como dice el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y debe resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate. Lo cual se desprende de lo expuesto, es decir, procede la estimación de la demanda. El *quantum* de la indemnización por el daño personal sufrido, debe determinarse con un criterio discrecional y no se estima correcta la cifra reclamada sino que se fija, siguiendo criterios de esta misma Sala (así, la mencionada sentencia de 29 de noviembre de 2002) la cantidad de 120.000 euros.

Según el criterio del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre costas y vencimiento objetivo, no procede la condena en costas en primera instancia, ni en las del recurso de apelación, ni tampoco en el de casación.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

tan clara, en el sentido de establecer un sistema único jurisdiccional para las relaciones de la Administración Pública, ya que, se decía, dicha Ley no había derogado expresamente el artículo 41 de la Ley de 1957, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y además, con fundamento en una Ley Orgánica, de superior rango normativo que el de la Ordinaria indicada, se debía seguir aplicando la LOPJ 6/1985, que en sus artículos 9.1, 2 y 4 y 22.3, determinaban la extensión competencial de las distintas Jurisdicciones u Órdenes, y en relación ya con las Civil y Contencioso-Administrativa, se establecía que le correspondía a aquél en todo caso la materia relativa a las obligaciones extra-contractuales, a lo que había que añadir lo establecido en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sobre el mismo tema, que habían sido examinados por esta jurisprudencia (vid. sentencia de esta Sala, de 18 de marzo de 1988), en el sentido de deber ser interpretados los mismos en el marco del artículo 9.4 de la LOPJ.

c) No obstante, posteriormente, este panorama legislativo cambió, en el sentido de determinar la unidad jurisdiccional para resolver los conflictos de las Administraciones Públicas, bien fueran éstos de Derecho privado o público, incluso cuando intervinieran en ellos otros sujetos sometidos al Derecho Privado, y ello lo fue a partir de la LO 6/1998, de 13 de julio, la que modificó sustancialmente, en ese aspecto, el artículo 9.4 de la LOPJ, la que ya atribuyó a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa toda la competencia, en exclusiva, para conocer de los temas de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y la nueva Ley reguladora de la citada Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 29/1998, siguió también el criterio de esa Ley Orgánica; e igualmente, la Ley 4/1999, de 13 de enero, modificó la Ley 30/1992, cuya aplicación se pide, y en su disposición adicional segunda, estableció que la responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria debía ceñirse, en todo caso, a los procedimientos regulados en la misma, correspondiendo su revisión jurisdiccional, tal como adelantaba en su Expo-

sición de Motivos, al Orden contencioso-administrativo.

d) A pesar de todo ello, esta Sala, en sus sentencias, entre otras, de 26 de diciembre de 1996 y 3 de marzo de 1998, suscitó el problema del llamado «largo y lamentable peregrinaje a través de las distintas jurisdicciones», al que dicho Tribunal está expuesto, en numerosas ocasiones, tratando de resolverse el tema planteado, en Casación, y ello en la forma en que ahora se pide por la «Comunidad de Madrid», y aquella Resolución lo resuelve en el sentido de decidir el conflicto en favor de la Jurisdicción Civil, en la que, tras largos años de debate judicial, se encuentra, planteado el tema, pues la solución opuesta sería contraria tanto al derecho fundamental de «un proceso sin dilaciones indebidas», que proclama el artículo 24.2 de la CE, como al de «seguridad jurídica», comprendidos ambos en el de «tutela judicial efectiva» garantizada en el 24.1 de la Carta Magna.

e) Existen, por último, otras razones jurídicas para resolver el presente caso, ahora, en esta Jurisdicción Civil en la que el presente asunto se encuentra, y ello en una doble vertiente: 1) la de que las reclamaciones de las actoras se iniciaron en el año del fallecimiento del esposo y padre de ellos, en 1988, en la vía penal, en la que se ejercitaron también las acciones civiles, reclamadas entonces por las normas del C. Penal, sustancialmente parecidas a las de los artículos 1902 y 1903 del C.c. y el sobreseimiento o archivo de la causa sin declaración de la responsabilidad penal, dejó a salvo, remitiendo a las partes a esta Jurisdicción Civil, para efectuar en ella las reclamaciones indemnizatorias, incluso contra el Ente Público, que también estuvo envuelto en aquella, y en 1994, se inició este proceso, como continuación de aquél a tales efectos; y 2) en procesos de larga duración, como el presente, la jurisprudencia de esta Sala, basándose en los principios constitucionales antes indicados, que se verían conculcados en otro caso (vid. sentencias de 12 de junio de 1997 y 3 de abril de 1998, citadas en el escrito del recurrido impugnante), ha resuelto los casos planteados en favor de esta Jurisdicción, confir-

norteamericana sobre los protocolos de actuación y de atención médica, para las distintas especialidades, extraídos de las recomendaciones de Institutos u Organizaciones de Salud, principalmente de la OMS (Organización Mundial de la Salud, inserta en la ONU), y de los avances de la Ciencia Médica, transmitidos a través de Congresos, y recogidos en textos fundamentales y especializados en la materia, por lo que el acercamiento de esos criterios a los Tribunales, faltos de conocimientos sobre, sólo puede venir dado por su aportación documental por las partes o por prueba pericial. El arranque de la exigencia de esta responsabilidad, bajo este prisma, viene de lejos, y ya en Norteamérica, como se dice, comenzó por la sentencia llamada «Cardozo» (por el Ponente del Tribunal que la dictó), de 11 de marzo de 1914, de la Corte de Apelación de Nueva York, decisión que originó entonces numerosos debates en la clase médica y en la doctrina judicial estadounidense, por incidir en un Círculo hasta entonces de muy difícil acceso a la Justicia. Hoy, en ese País, estos procesos son habituales, y en nuestro entorno vienen también a serlo, aunque hayan trascendido con bastante retraso respecto a aquél y a otras Naciones europeas:

a) En el presente caso, se trata de la exigencia de responsabilidad civil por una pretendida negligencia médica de grupo, en una atención llevada en coordinación entre especialidades, y que se produce en un Hospital Provincial, a partir del ingreso del paciente, tras un grave accidente automovilístico, con un tratamiento de urgencia por un politraumatismo, y estancia en la UCI, pasando al Servicio de Traumatología, y al que, tras su tratamiento también en Otorrinolaringología y Neumología y habiéndose llevado a cabo una intubación traqueal prolongada, se produce en el paciente una estenosis traqueal secundaria, causante de su óbito, siendo importante, en un tratamiento preliminar de esta cuestión de fondo traída por el presente motivo al Recurso, concretar aquí el resultado de la valoración de la prueba, hecho por la Sala de instancia:

1. Estudiando la sentencia la conducta omisiva planteada y el enjuiciamiento, a través de la prueba, de la relación de riesgo

creada por la larga intubación, se relatan en el F.J. 5.º de la misma (al que titula, de «aspectos personales de la responsabilidad jurídica de los médicos») los medios que debieron emplearse, dado que, según la jurisprudencia, al crearse un riesgo típicamente relevante, se infringió la norma de cuidado, por lo que se acentúa con ello el planteamiento de la imputación objetiva en lo que a tal norma de cuidado se refiere, que en el ámbito sanitario exige la máxima atención al enfermo, aún en los supuestos de intervenciones precipitadas, de diagnósticos inadecuados o incompletos, rutinarios o apresurados, al tratarse la salud de un derecho fundamental de las personas.

2. En el mismo fundamento jurídico se añade que «en el presente caso, la falta de seguimiento por el equipo de traumatología de las visitas y tratamiento que el otorrinolaringólogo y el neumólogo debían realizar con el paciente, así como las omisiones o deficiencias de estos dos últimos especialistas en la detección y tratamiento de la estenosis que se había producido al paciente, se estaba causando un riesgo típico: las dificultades respiratorias y la probabilidad de que apareciese un cuadro respiratorio agudo»; concluyendo que personalmente le era exigible (norma de cuidado) a cada uno de los médicos denunciados, haber tenido en cuenta para su debido tratamiento médico, el hecho de la larga intubación endotraqueal a que estuvo sometido el paciente, con el fin de que no se produjera una estenosis traqueal (riesgo típico), y, más aún, que ese riesgo típico no alcanzase tal gravedad que pudiera conducir a la muerte».

3. Y en el mismo apartado, se concluye que «la norma de cuidado y el riesgo típico vienen determinados por el propio estado de la ciencia médica, que advierte a priori de las consecuencias dañosas de una intubación endotraqueal prolongada y alerta, asimismo, de las dificultades que presenta el diagnóstico de tales consecuencias; por lo que, una vez producido el presupuesto (la intubación prolongada) que era conocido por el equipo de traumatología —bajo cuya responsabilidad quedó el enfermo al haber sido trasladado desde la UCI a la planta de traumatología—, surgió para los doctores de dicho equipo el deber —norma

difícil diagnóstico, y constatando las recomendaciones que la *lex artis* impone cuando existen razones para su aparición y control, como son las de la intubación traqueal prolongada, y de ahí deduce, razonadamente, la consecuencia lógica del descontrol en la coordinación, y la no exigible atención a las anomalías traqueales, de las que derivó el óbito.

d) El juicio que realiza la Audiencia es completo y difícilmente superable, habiendo una relación perfecta, de la causa al efecto (relación de causalidad), de la que deriva la falta de diligencia profesional suficiente en cuanto a la aplicación de medios, con la conclusión de la declaración de responsabilidad civil que se ha hecho.

QUINTO. Al no darse lugar al Recurso, deben imponerse las costas procesales derivadas del mismo, a la parte recurrente (artículo 1715.3 de la LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

#### FALLO

Debemos desestimar y desestimamos el Recurso de casación, interpuesto en las presentes actuaciones por la representación procesal de la recurrente (demandada-apelante), la «Comunidad de Madrid» la que actúa en representación y defensa del «Hospital General Gregorio Marañón», contra la sentencia dictada en las mismas por la «Sección 10.ª» de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 30 de diciembre de 1997, en autos de Juicio declarativo de Menor Cuantía n.º 611/94, procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. cincuenta y cinco (55), no habiendo lugar a dicho Recurso; con expresa imposición de las costas de la Casación, a la parte recurrente.



9

TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª)

SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. Auger Liñan



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los hechos determinantes de la demanda de reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual, por importe de 15.000.000 de pesetas, que no permiten discusión, quedan referidos a las circunstancias siguientes:

— El día 9 de febrero de 1992, Raúl, hijo de la demandante, sufrió una caída de bicicleta, siendo trasladado al Hospital General de Albacete, a las 14.47 horas, donde fue asistido en el servicio de urgencias por el Dr. Juan Alberto, que diagnosticó herida contusa en labio superior con arrancamiento parcial de incisivos y tratamiento de sutura de mucosa labial, dieta líquida y control por su médico de cabecera y estomatólogo de zona.

— Al siguiente día 12 el paciente fue asistido por la médico estomatólogo de la Seguridad Social, Dra. María Antonieta, en sustitución del Dr. Adolfo, que prescribió la realización de una radiografía para cuando bajara la inflamación una semana más tarde.

— Realizada una ortopantomografía le examinó don Adolfo al siguiente día 18, que le remitió al Dr. José Pedro, quien consideró urgente la realización de un reimplante del mencionado incisivo y ferulizar los dientes adyacentes, para lo que fue ingresado en la Clínica Nuestra Sra. del Rosario al siguiente día.

— Después de la intervención le prescribió práctica un «tratamiento endodíneo con apicoformación a base de hidróxido de calcio», remitiendo al paciente al Centro de Endodoncia de Madrid, al no existir centro en Albacete para realizar la dentinificación.

Doña Valentina, madre del referido paciente, dirigió la acción contra los Drs. don Juan Alberto y doña María Antonieta y el INSALUD.

En sentencia dictada en primera instancia se estimó parcialmente la demanda condenando solidariamente a los demandados al pago de la cantidad de 3.000.000 de pesetas.

Las partes demandante y demandadas recurrieron contra la anterior sentencia y por la Audiencia Provincial de Albacete, con estimación del recurso de las demandadas, se revocó la sentencia apelada con desestimación íntegra de la demanda y absolución de los demandados.

La demandante ha formulado recurso de casación contra esta última sentencia, al que se han opuesto los tres demandados.

SEGUNDO. El primer motivo se formula al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando error de derecho en la elaboración de la prueba documental con infracción de los artículos 1216, 1218 y 1255 del Código Civil, artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 de la Constitución Española, sosteniendo que la Audiencia no realiza una completa relación fáctica con hechos amparados en prueba documental, con referencia especial al «parte médico» del Hospital General de Albacete, lo que manifiesta el submotivo 1.º con las mismas citas legales; y con referencia a irracionalidad en la valoración de la prueba el submotivo 2.º, también con las mismas citas.

Conviene tener en cuenta que el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión del motivo por su amplitud y generalidad (artículo 1255 del Código Civil), que no puede servir de base a la casación, ya que su examen implicaría el de todo el pleito con desnaturalización del recurso y su reducción a tercera instancia.

En el motivo se invocan preceptos heterogéneos y se mezclan cuestiones fácticas y jurídicas, sin que pueda admitirse la realidad de lo intentado con el mismo: dar un valor probatorio para todo el proceso de tratamiento del menor al simple «parte de





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

de la prueba, favorecedora de la posición del perjudicado, correspondiendo por tanto la obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que la alega, salvo la existencia de indicios muy cualificados por anormales y los casos de las actuaciones que lleven aparejada una obligación de resultado (cirugía estética) (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1996).

Las sentencias de 7 de febrero de 1990 y 29 de junio de 1990, expresaron: «que la actuación de los médicos debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional», y ampliando dicha síntesis conceptual, cabe afirmar: que se entiende por *lex artis ad hoc*, como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos (estado o intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria), para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado; siendo sus notas: 1) como tal «lex» implica una regla de medición, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto a ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la *lex* es un profesional de la medicina; 4) el objeto sobre el que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado

del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); y 5) corrección de cada acto médico o presupuesto *ad hoc*: tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha *lex artis*; así como en toda profesión rige una *lex artis* que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa *lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán, en un sentido o en otro, los factores antes vistos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991).

La relación de hechos que sostiene la recurrente no alcanza a desvirtuar la consideración de que el tratamiento fue el adecuado a las circunstancias del accidente sufrido por su hijo, sin que alcancen a poder considerar la posibilidad de resultado menos dañoso por una mayor rapidez en las intervenciones, que no se acredita en modo alguno como posible para evitar el que se produjo.

Por lo expuesto y en relación a la desestimación del motivo primero, estos motivos tienen que ser desestimados; con la necesidad de subrayar la inanidad de la invocación de solidaridad de médicos y centro sanitario que se hace en el motivo tercero, habida cuenta de que no prospera acción de responsabilidad alguna.

CUARTO. El motivo quinto se formula al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por no aplicación de los artículos 1.º, 3.º 1, 25, 26 y 27.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada por Ley 10 de julio de 1984.

El motivo sexto con igual amparo, por infracción por no aplicación del artículo 10.c) apartados 6.º, 7.º y 8.º de la citada Ley.

Sin perjuicio de la alusión a esta Ley que se contiene en la sentencia de instancia, de hecho se trata de una cuestión nueva no planteada como fundamento de la acción ni tratada como problema a tal efecto en la sentencia impugnada.

Ciertamente son cada vez más las sentencias de esta Sala que en casos de reclamaciones fundadas en una deficiente atención médica u hospitalaria aplican el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo apartado 2 hace expresa mención de los «servicios sanitarios», después de que su



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

1903 del Código Civil en determinados supuestos, pues el cómo y el porqué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso» (sentencia de 27 de diciembre de 2002).

Además de la confección del proyecto de la obra, corresponde al arquitecto director de la misma, la superior dirección y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, controlando si su ejecución se ajusta o no al proyecto por él confeccionado. En el caso enjuiciado, producida la caída de la pared mientras se estaba levantando la misma, sin que conste de forma contundente cuál fue la causa del desplome de la pared, no resulta acreditada la relación de causalidad entre la conducta de los arquitectos demandados —no se dice en las sentencias de instancia cuáles fueron o en qué sentido incumplieron las obligaciones que como proyectistas y directores de la obra les incumbían— y el daño producido, relación de causalidad que no puede deducirse simplemente de su intervención profesional en el proceso constructivo. Falta así uno de los elementos esenciales —el nexo causal— para la exigencia de la responsabilidad a los arquitectos superiores demandados aquí recurrentes, por lo que procede la estimación de este motivo.

SEGUNDO. La estimación del primer motivo del recurso determina, sin necesidad de entrar en el examen del segundo, la casación y anulación, si bien parcial, de la sentencia recurrida, así como la revocación también parcial de la sentencia de primera instancia al proceder la desestimación de la demanda frente a los arquitectos superiores recurrentes en casación.

En cuanto a las costas de la primera instancia correspondientes a don Carlos Jesús

y don Alfonso procede su imposición a los demandantes, de conformidad con el artículo 523.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No procede hacer especial condena en las costas causadas en la segunda instancia por los apelantes don Carlos Jesús y don Alfonso ni en las causadas por este recurso de casación, a tenor de los artículos 710.2 y 1715.2 de la citada Ley; de acuerdo con el artículo 1715.3 procede la devolución del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Carlos Jesús y don Alfonso contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha veinte de octubre de mil novecientos noventa y ocho, que casamos y anulamos, si bien parcialmente. Y con revocación, también parcial, de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alcoy, de fecha 11 de febrero de 1995, debemos absolver y absolvemos a don Carlos Jesús y don Alfonso de la demanda formulada contra ellos; condenando a los demandantes al pago de las costas causadas a estos demandados, ascendentes, para cada uno de ellos, a una quinta parte del total.

No ha lugar a hacer expresa condena en las costas de la segunda instancia causadas por los codemandados aquí absueltos, ni en las causadas por este recurso de casación.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

Juzgado, no fundamenta el fallo en la doctrina del riesgo, ni establece como probados los hechos que se dicen en el motivo. El riesgo se invoca para poner de manifiesto la conducta del demandado y el peligro de derrumbamiento de la zanja por efecto de la tierra mojada, más sin desatender el principio de culpabilidad puesto que lejos de aplicar dicho principio viene a sostener que los demandados pudieron prevenirlo y evitar el peligro creado por el fallecido al descender a la zanja, lo que no hicieron.

Hay, sin duda, causalidad física o material porque el fallecimiento se produjo como consecuencia de la apertura de la zanja y de su posterior derrumbe estando en su interior el fallecido. Y hay también causalidad adecuada o jurídica, pues una cosa es que no se pueda poner a cargo de los demandados la acción imprudente del fallecido y otra distinta que más allá de la situación de riesgo creada, se les pueda imputar objetivamente el daño en razón de la conducta o actividad por ellos desarrollada.

Y es que, en la configuración del hecho dañoso el control de la situación correspondía a ambas partes, puesto que ambas realizaban simultáneamente los trabajos, y es evidente que los demandados desconocieron, de un lado, el estado de la tierra mojada por efecto de la lluvia, y no adop-

taron, de otro, las medidas de precaución propias de quienes conocen su trabajo, consistentes en entibar y proteger las paredes de la zanja, retirando la tierra que se apilaba en sus márgenes, sabiendo que la víctima se introducía en su interior. Ello justifica un juicio de imputación perfectamente lógico y coherente, consistente en haber continuado los trabajos mientras la víctima se encontraba en el fondo de la zanja, provocando el movimiento de las tierras y el posterior derrumbe y, en definitiva, el luctuoso suceso.

CUARTO. Conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la imposición del pago de costas causadas en este procedimiento a la recurrente.

#### FALLO

Declarar no haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora doña Rosina Montes Agusti, en nombre y representación de don Cristóbal y don Carlos Francisco, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 7 de mayo de 1999, con imposición del pago de costas de este procedimiento a la recurrente.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



## II. JURISPRUDENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO



TRIBUNAL SUPREMO (SALA 3.ª)

SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1998

Ponente: Excmo. Sr. González Rivas

1

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico de la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 1990, que desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido por la parte actora, en el que se solicitaba de la Dirección General del Instituto Nacional de la Salud la indemnización de diez millones de pesetas por la ceguera que padece el hijo menor de los recurrentes, imputando la causación de la misma al tratamiento hospitalario recibido en el Centro médico, origen de la llamada «fibroplasia retrolental», y la sentencia impugnada contiene la siguiente parte dispositiva, que copiada literalmente, dice:

«Que desestimando el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Rosch Nadal en nombre y representación de don Antonio y doña Manuela contra la resolución a que se contraen estas actuaciones, debemos confirmarla por ser ajusta-

da a Derecho con todas las consecuencias inherentes a esta declaración, sin hacer especial imposición de costas.»

SEGUNDO. Con carácter previo al examen de la cuestión, procede señalar que, configurada por primera vez en 1954, dentro de la Ley de Expropiación Forzosa, en el artículo 121 y contenida en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, en los artículos 40 y 41, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado adquiere relevancia constitucional en los artículos 9 y 106.2 de la Constitución como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de Derecho social y democrático (artículo 1 de la Constitución) y se desarrolla en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (título X) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Un examen sucinto de los elementos constitutivos de la responsabilidad patri-



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.





You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



Formulario n.º

**III.15****ESCRITO DE FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN**

A LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE.....

Don.... en la representación que ostenta de don...., según tengo acreditado en los autos tramitados ante esa Sala con el número de Rollo...., comparezco y como más procedente sea DIGO:

Que dentro del plazo conferido, por esta Sala, y con devolución de autos formalizo por medio del presente escrito el RECURSO DE CASACIÓN contra la sentencia dictada en fecha.... por la Sala de lo Social del TSJ de.... en los autos seguidos ante dicha Sala con el número.... y ello en base a los siguientes

## MOTIVOS

- PRIMERO. Al amparo de lo previsto en el artículo 205.a) de la Ley de Procedimiento Laboral por entender que....
- SEGUNDO. Al amparo de lo previsto en el artículo 205.b) de la Ley de Procedimiento Laboral por entender que....
- TERCERO. Al amparo de lo previsto en el artículo 205.c) de la Ley de Procedimiento Laboral por entender que....
- CUARTO. Al amparo de lo previsto en el artículo 205.d) de la Ley de Procedimiento Laboral por entender que....
- QUINTO. Al amparo de lo previsto en el artículo 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral por entender que....

En virtud de lo expuesto

SUPLICO:

Que se tenga por presentado este escrito y por formalizado recurso de casación contra la sentencia de fecha... dictada en los autos de la Sala de lo Social del TSJ de... con número... y previos los trámites legales dicte sentencia por la que revoque la sentencia y, en su consecuencia....

Dado en..... a..... de..... de.....

OTROSÍ DIGO: Que acompaño al presente escrito resguardo justificativo de haber efectuado el ingreso al que se refiere el artículo 227 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SUPLICO: Que se tenga por efectuada esta manifestación a los efectos oportunos.

