

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Marta María Sánchez García
Abogada. Asjusa-Letramed

ÍNDICE

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA
 - 1.1 Precedentes
 - 1.2 El Código Civil
 - 1.3 Segunda República
 - 1.4 Precedentes inmediatos
 - 1.5 La Constitución.
 - 1.6 La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
2. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
3. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA
4. ANÁLISIS DE LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.
 - 4.1 La Administración sanitaria no es una aseguradora universal de todos los riesgos
 - 4.2 La obligación asumida es una «obligación de medios»
 - 4.3 La *lex artis*. El carácter antijurídico del daño
 - 4.4 La Administración sólo responde por el funcionamiento anormal
 - 4.5 La inversión de la carga de la prueba
5. CONCLUSIONES: ¿ES UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SUBJETIVA? EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL
6. BIBLIOGRAFÍA

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La creciente importancia de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en los últimos años se refleja en un incremento considerable de las reclamaciones patrimoniales contra la Administración por defectuosa asistencia sanitaria, así como un incremento de las cantidades que se solicitan en concepto de indemnización¹.

Es claro que la Administración Pública, en la realización de los fines que tiene encomendados, al lado de los efectos propios de la responsabilidad que ejerza, puede producir otros efectos, anormales, generadores de responsabilidad.

De enorme interés resulta conocer la evolución histórica de la responsabilidad de la Administración Pública, puesto que dicha evolución nos permitirá identificar las características fundamentales de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en la actualidad, que configuran un sistema de responsabilidad específico de la Administración cuando actúa en el ámbito sanitario, que no es sino consecuencia de la evolución misma de la responsabilidad de la Administración.

¹ GUERRERO ZAPLANA, J.: « *Las peculiaridades de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria: el criterio de la *lex artis** », en Cuadernos de Derecho Judicial, La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, 2002, pág. 53-105.

1.1 Precedentes

En la esfera de Derecho Público, la afirmación de una responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños derivados de la actuación de sus agentes pugnó, frontalmente, con una tradición multiseccular que se fundamentaba en una combinación entre la «*potestas*» imperial romana y la concepción teocrática del poder del monarca, característica del mundo medieval².

La evolución³ de la responsabilidad de la Administración parte de la posición de irresponsabilidad de ésta. «*Lo propio e la soberanía es imponerse a todos sin compensación*»⁴, frase que LAFERRIERE pronunció a finales del siglo XIX, y que ha sido utilizada, en numerosas ocasiones, como clara expresión de la vieja, pero muy arraigada, doctrina del *ius eminens*. Soberanía y responsabilidad fueron considerados dos términos contrapuestos. La vieja formulación anglosajona «*the King can do not wrong*» ha tenido plena vigencia hasta principios del siglo XX⁵.

En España, el Consejo de Estado partía de un argumento rotundo: el Estado, como sucesor de la Corona, no podía ser demandado ante sus propios Tribunales y, asimismo, el Estado, como sucesor de la citada Corona no podía dañar a nadie⁶.

La aplicación al Estado de la teoría de la responsabilidad tropezó, en sus inicios, con obstáculos que parecían insalvables y, para llegar a la situación actual, ha sido necesario superar viejos dogmas⁷.

2 DAGNINO GUERRA, A.: «*La responsabilidad patrimonial del Estado y de las Administraciones Públicas: evolución legislativa y perspectivas constitucionales*», Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 23, noviembre 2002, pág. 13.

3 Vid. RAZQUIN LIZARRAGA, J.A.: «*Procedimiento y jurisdicción en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: Análisis jurisprudencial y recientes novedades legislativas*». Repertorio de Jurisprudencia, núm. 6, 2004, pág. 8 ss.

4 «*Le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans compensation*».

5 CHECA GONZALEZ, E.: «*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Alcance, delimitación y contenido de la misma*», Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 17, 2003.

6 Vid. CHECA GONZALEZ, E., «*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Alcance, delimitación y contenido de la misma*», cit.

7 GARRIDO FALLA, F.: «*Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa*», Revista de Derecho Administrativo, 1997, pág. 173 ss; LEGUINA VILLA, J.: «*El fundamento de la responsabilidad de la Administración*»,

Existen, a lo largo del siglo XIX, textos concretos, incluso tempranos, que reconocen la responsabilidad del Estado por los daños producidos a los ciudadanos. La Ley de 9 de abril de 1842 declara, en efecto, la obligación de la nación de «*indemnizar los daños materiales causados así en el ataque, como en la defensa de las plazas, pueblos, edificios etc.*», en el curso de la primera guerra carlista⁸.

La primera Ley General de Expropiación Forzosa fue de 17 de julio de 1836, vigente el Estatuto Real de 1834⁹. La responsabilidad se limitaba a los supuestos en que la obligación de indemnizar nacía como consecuencia del daño producido por actos ilícitos, es decir, producido por la ejecución de actos ilegales o porque el servicios público ha funcionado de modo irregular o anormal, esto es, por impericia, error, negligencia, dolo de las autoridades, funcionarios o agentes¹⁰. Por ello, nuestro ordenamiento llegó a ser una flagrante excepción en el Derecho Comparado, dentro del cual se extendió, uniformemente, el principio de responsabilidad de la Administración desde finales del siglo XIX hasta llegar a hacer del mismo una de las piezas maestras de la construcción positiva del Estado de Derecho¹¹.

1.2 El Código Civil

El Código Civil (en adelante, CC), en su art. 1902 consagraba el principio general de que toda persona responde de los daños que «*por acción u omisión cause a otro interviniendo culpa o negligencia*», y el artículo siguiente sentaba que esta responsabilidad «*es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder*», refiriéndose el último párrafo al Estado al establecer su responsabilidad «*cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiera sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión*

Revista española de Derecho Administrativo, 1973, núm.23, octubre/diciembre, pág. 523 ss.

8 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ T-R.: «*Curso de Derecho Administrativo II, 4ª edición*», Madrid 1993, pág. 365.

9 Sobre el mismo, SÁNCHEZ AGESTA: «*Historia del constitucionalismo español*», Madrid 1955, pág. 213 ss.

10 ROYO-VILLANUEVA, S.: «*La responsabilidad de la Administración Pública*», en *Revista de Administración Pública*, núm.18, pág. 13. En el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «*Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*», Madrid 1996, pág.127.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «*Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*», Madrid 1984, pág. 151.

practicada en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior».

Así, en nuestro Derecho, el artículo 1903 del CC estableció un principio de negación de la responsabilidad civil de la Administración en los supuestos ordinarios, fuera de la hipótesis singular y excepcionalísima de la actuación de «agente especial»¹².

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 trataban de establecer una teoría general sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyo concepto estaba muy alejado del ánimo del legislador.

1.3 Segunda República

La Constitución de 1931¹³, establecía, en su art.41.3, la responsabilidad subsidiaria del Estado o la Corporación a que sirviera el funcionario que «en el ejercicio de su cargo, infringiera sus deberes con perjuicio de tercero»¹⁴. La breve vida de la Segunda República impidió que se dictase una norma legal que desarrollara un precepto constitucional que mantenía la responsabilidad subjetiva y subsidiaria de la Administración, que sólo respondería en aquellos casos en los que el funcionario resultase insolvente. La responsabilidad directa y objetiva de la Administración tardaría aún veinte años en llegar al ordenamiento jurídico español.

La Ley municipal de 1935 va a iniciar un cambio de regulación desigual de la responsabilidad de la Administración local y de la estatal al disponer, en su art.209, que «*las entidades municipales respon-*

derán civilmente de los perjuicios y daños que a los derechos 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».

El Fuero de los Españoles incidió en la definición constitucional de la materia estableciendo los trazos significativos que la expropiación forzosa ha de tener en el nuevo derecho¹⁵.

En el Fuero del Trabajo, también de rango fundamental, se contienen, igualmente, algunos principios en sentido análogo al art. 30 del Fuero de los Españoles (Declaración XII.I)¹⁶.

Posteriormente, la Ley de Régimen Local, en su primera formulación de 16 de diciembre de 1950, introdujo en nuestro Derecho el principio general de responsabilidad civil administrativa en la esfera de la Administración local, señalando que «*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 órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas (art. 405)*».

1.4 Precedentes inmediatos

La actual teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su origen en el reconocimiento, y posterior expansión, de la teoría de la indemnización expropiatoria.

La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 generaliza el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración, en su art. 121¹⁷, y unifica el fuero

12 MIR PUIGPELAT, O.: «*La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*», Madrid 2002, pág. 37. ROYO-VILLANOVA, en su tesis doctoral «*La responsabilidad de la Administración*», Madrid, 1933, interpretó aquellos preceptos en el sentido de que el Estado debía responder por actos propios cuando actuase a través de sus funcionarios y por hechos de terceros cuando obrase por agente especial, si bien prevaleció en la jurisprudencia civil la interpretación que únicamente admitía la responsabilidad patrimonial del Estado cuando actuase por medio de «agentes especiales», supuesto que resultaba difícil de encontrar.

13 GUERRERO ZAPLANA, J.: «*Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*», 2002, pág.80.

14 El art. 41.3 señalaba:«*Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes, con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes conforme determine la ley*».

15 Importan a este respecto las declaraciones contenidas en su arts. 30 y 32: Art. 30: «*La propiedad privada, como el medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, es reconocida y amparada por el Estado. Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la nación y al bien común. La riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruida indebidamente ni aplicada a fines ilícitos*». Art. 32: «*En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes. Nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización, y de conformidad con lo dispuesto en las leyes*».

16 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. :«*Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa* », cit., pág.27.

17 Art. 121 LEF: «*Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o*

jurisdiccional, atribuyendo, en su art. 128, el conocimiento de estas pretensiones al orden contencioso-administrativo, unidad jurisdiccional que vino a reafirmar la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956¹⁸.

El tenor literal de los preceptos referidos dio lugar, sin duda, al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración más avanzado del Derecho comparado, al incluir tanto el funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos.

La situación descrita se vio modificada, de nuevo, por la promulgación del Texto Refundido de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, en cuyos artículos 40¹⁹ y 41, se va a distinguir entre las reclamaciones por lesiones que sean consecuencia de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa²⁰, y aquellas lesiones que se produzcan cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, en cuyo caso la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.²¹

La responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se actuaba en relaciones de Derecho Público, quedaba definitivamente configurada con carácter directo y objetivo, prescindiendo de la idea de culpa, estableciendo la obligación de indemnizar siempre que se hubiese causado una lesión del patrimonio del perjudicado, salvo en los casos de fuerza mayor.

anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en la vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo».

18 En su art. 3b) atribuye a la jurisdicción contenciosa «el conocimiento de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública».

19 El art. 40.1 de la LRJAE establecía: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».

20 Vid. MIR PUIGPELAT, O.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema», cit., pág. 41.

21 IRURZUN MONTORO, F.: «La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial. En especial, el caso de los servicios públicos sanitarios». Revista española de Derecho Administrativo, 1995, núm.87, julio/septiembre, pág. 413 ss.

1.5 La Constitución

La Constitución (en adelante, CE) establece, en el art. 106.2, lo siguiente: «Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados 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 de los servicios públicos».

Hay que llamar la atención sobre la parte final del precitado artículo donde alude al «funcionamiento de los servicios públicos». ¿Por qué no se dice «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»? Porque, en opinión de la doctrina²², en un Estado social y democrático de Derecho incluir en la responsabilidad de la Administración Pública los supuestos de funcionamiento normal puede ocasionar graves problemas interpretativos, tal como tendremos ocasión de comprobar en el presente trabajo.

1.6 La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en adelante, LRJPAC), en su Título X, bajo la rúbrica «De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio» regula, en el Capítulo I, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública» (arts. 139-144), dispone en su art. 139.1 y 2:

“1. 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.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Posteriormente, la Ley 4/99, de 13 de enero, de reforma de la LAP, modifica en el art. 140, referente a la responsabilidad concurrente de las Administra-

22 RODRIGUEX. ARANA MUÑOZ, J.: «Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública(1)», Cuadernos de Derecho Judicial, 2, 2002, págs. 9-28.

ciones Públicas, así como el art. 141.1, conforme al cual:

“1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.”

Por último, es preciso destacar que la LAP 30/92, retorna a la unidad jurisdiccional, fugazmente vigente con el art. 3b) de la Ley Jurisdiccional de 1956, afectado por la LRJAE, donde se volvió a la dualidad jurisdiccional.²³

2. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Las principales características del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública instaurado por la Ley 30/92 son las siguientes:

- a) Unitario: en cuanto que rige para todas las Administraciones Públicas, tanto si actúan en relaciones de Derecho Público como privado²⁴.
- b) General: en la medida que se refiere a toda la actividad administrativa, sea de carácter jurídico o puramente fáctico, y tanto por acción como por omisión.
- c) Directo: de modo que la Administración cubre directamente, y no sólo de forma subsidiaria, la actividad dañosa de sus autoridades, funcionarios y personal laboral, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar luego la acción de regreso cuan-

²³ Vid. art. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y art. 9.4. de la LOPJ, modificado por la LO 6/98, de 13 de julio, que atribuyen al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que derive... aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

²⁴ Vid. CHECA GONZALEZ, E., «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Alcance, delimitación y contenido de la misma», cit.

do aquéllos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia graves.

d) Objetivo: ya que prescinde de la idea de culpa, atribuyendo responsabilidad tanto en los supuestos de funcionamiento normal como anormal, que pretende lograr la reparación integral de todo tipo de daños sufridos por los perjudicados²⁵.

Así, debe tenerse en cuenta que la Sala 3ª del Tribunal Supremo, desde antiguo, ha declarado, reiteradamente, que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada en el art. 106.2 de la CE, 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 que, como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado²⁶, de manera que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos ha de ser, en principio, indemnizada, porque, según reiteradas Sentencias del Alto Tribunal, “de otro modo de produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad”²⁷.

Igualmente, el Consejo de Estado, en su Dictamen 3306/1999, de 2 de diciembre, señaló que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública «es un instituto indemnizatorio de naturaleza estrictamente objetivo, de donde se deduce que puede concurrir, en su caso, con independencia y abstracción de que no exista culpa o actuación inadecuada por parte de la Administración. Por ello, no se trata de valorar la diligencia o negligencia de los servicios administrativos, sino de apreciar, objetivamente, la existencia de un daño cierto y real, cuya causa pueda atribuirse al funcionamiento del servicio público».

²⁵ No obstante, también ha sido calificado, por algunos autores, como un sistema excesivamente amplio, excesivamente genérico, excesivamente indeterminado y excesivamente uniforme. MIR PUIGPELAT, O.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema», cit.

²⁶ STS, Sala 3ª, Sección 6ª 4-6-1994, rec.5590/90.Pte. Peces Morate, Jesús Ernesto(EDE 1994/11244); STS, Sala 3ª, Sección 6ª 19-11-1994, rec.12698/91.Pte. Peces Morate, Jesús Ernesto(EDE 1994/10114); STS, Sala 3ª, Sección 6ª 25-2-1995, rec.1538/92.Pte. Peces Morate, Jesús Ernesto(EDE 1995/3027); STS, Sala 3ª, Sección 6ª 1-4-1995, rec.337/92.Pte. Peces Morate, Jesús Ernesto(EDE 1995/2523).

²⁷ SSTs de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994 y 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92.FJº 4º; así como SSTs de 28 de febrero, 1 de abril de 1995, 15 de diciembre de 1997, 28 de enero y 13 de febrero de 1999.

En suma, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública consagrado en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo no puede ser más satisfactorio, ya que la Administración responderá por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, que, al incluir la responsabilidad por el simple riesgo derivado de la realización de un servicio, supone una amplísima garantía de resarcimiento para el perjudicado²⁸.

3. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

Ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, teniendo en cuenta lo arts. 139 y ss de la LRJPAC la que ha perfilado cuáles son los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública encargada de la prestación de la asistencia sanitaria, partiendo de la regulación legal contenida en el art. 106.2 de la CE y los arts. 139 y ss de la LAP.

Así, tradicionalmente, el Tribunal Supremo enuncia así dichos presupuestos:

- a) La efectividad de un daño o de un perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; b) Que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que puedan influir alterando

el nexo causal; c) ausencia de fuerza mayor; d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño (que sea antijurídico).

b) Funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública; b) una lesión patrimonial, real, concreta y susceptible de evaluación económica, equivalente a daño o perjuicio, admisible en la doble modalidad de daño emergente o lucro cesante; c) lesión que ha de ser ilegítima o antijurídica; d) nexo causal adecuado, inmediato, exclusivo y directo entre la acción u omisión administrativa y el resultado lesivo; y, e) ausencia de fuerza mayor]²⁹.

Es importante matizar que la responsabilidad de la Administración sanitaria implica la concurrencia cumulativa de todos los elementos señalados y, en sentido contrario, la no concurrencia de cualquiera de ellos, va a determinar la ausencia de la mencionada responsabilidad patrimonial.

Quisiéramos señalar que, si bien todo el sistema de responsabilidad patrimonial ex art. 139.1 de la LRJPAC, se asienta en la existencia de un nexo de causalidad entre la lesión sufrida y el funcionamiento normal o anormal de la Administración, progresivamente, la jurisprudencia ha ido pasando de exigir «una relación causal directa, inmediata y exclusiva, a una concepción más próxima a la verosimilitud del nexo que extendería el nexo causal a relaciones más inmediatas, indirectas y concurrentes, aunque esto pueda suponer una moderación en el quantum indemnizatorio.

Así, el TS considera que no puede quedar excluida la posibilidad de que la relación causal aparezca bajo formas más mediatas, indirectas o concurrentes, circunstancia que puede provocar o no una moderación de la responsabilidad y que, entre las distintas concepciones que se pueden tener sobre esta causalidad, se deben considerar aquéllas que tratan de explicar el daño por la concurrencia objetiva de factores sin los cuales éste no hubiera surgido, no siendo admisibles restricciones derivadas de otras perspectivas que tratan de asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que, válidos como son en otros terrenos, irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

²⁸ El TS, en Sentencia de 22 de diciembre de 1997, ofrece una sistemática exposición de la evolución de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración Pública, actualmente recogida en el art. 106 de la CE, señalando que, a diferencia de la responsabilidad civil, "...es creación del legislador y, a diferencia de otros países de nuestro entorno, donde tardó en establecerse, pues por ejemplo en Reino Unido de la Gran Bretaña surgió en el año 1947 a consecuencia del caso *Adams-Naylor*, la responsabilidad objetiva, en el ámbito de la Administración, ya estaba recogida en la Constitución del mes de diciembre de 1931; en el art. 129 de la Ley de 31 de octubre de 1935; en los arts. 405 y ss de la Ley de Régimen Local de 1955; en los arts. 376 y ss del Reglamento de Organización y Régimen jurídico de la Administración de las Corporaciones Locales; en el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa; en el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril; y, antes de su derogación, en el art. 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, actualmente, en los arts. 139 y ss de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regulación efectuada bajo el principio de que no pese sobre determinada persona las consecuencias de los actos de la Administración, por cuanto que el reparto de la indemnización de la que resulta deudora por su responsabilidad objetiva, se verifica entre todos los miembros de la sociedad, por medio de los correspondientes impuestos".

²⁹ Vid. por todas la STS Sala 3ª, sec. 6ª, S 30-10-2006, rec. 6322/2002. Pte: Herrero Pina, Octavio Juan).

Por tanto, en el ámbito de la relación causal, observamos una evolución jurisprudencial proclive a una mayor objetivación de la misma, admitiendo no sólo un nexo inmediato, directo y exclusivo, sino, también, formas mediatas en su presentación.

Por último, señalar que la prueba del nexo causal corresponde al que reclama la indemnización³⁰ Y añade la STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 20/11/2012, Recurso de Casación 4891/2011, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García: *"En consecuencia, algo más debe ser exigible para despejar la incertidumbre en contra de quién, como la Administración, dispone con mayor facilidad de aquellos elementos de juicio. En concreto, será exigible que en el proceso queden identificadas con un cierto grado de posibilidad real, al menos, alguna o algunas causas de la lesión. Que éstas, de haber sido las reales, hubieran podido ser combatidas por el servicio sanitario, eliminando o minorando el resultado final. Y que la Administración no haya ofrecido explicaciones bastantes para excluirlas como posibles"*.

Sin embargo, pese a lo expuesto, entendemos que, si bien la base de la responsabilidad patrimonial sanitaria conforme al art. 106 de la CE y el art. 139.1 de la LRJPAC es objetiva³¹ o de resultado, de manera que lo relevante es la antijuridicidad del daño, no de la actuación de la Administración, en la práctica jurídica este concepto se encuentra muy matizado, entrando en juego factores de índole subjetiva que

30 SSTS, Sala C-A, (Sección 4ª) de 07/12/2011, Recurso de Casación 6613/2009, Excmo. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo y de 22/11/2011, Recurso de Casación 4823/2009, Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez: *" Y también reitera la doctrina de esta Sala (por todas Sentencia de 11 de mayo 2010 recurso de casación 5933/2005 y las allí citadas) que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al haber la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria. Por su parte la STS de 9 de diciembre de 2008, recurso de casación 6580/2004, reitera (con cita de otras anteriores) que la prueba de la relación de causalidad corresponde al que reclama la indemnización"*.

31 STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 13/03/2012, Recurso de Casación 4294/2010, Excmo. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo: *"La actual configuración del régimen de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones públicas se encuentra regulada en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, LRJPAC. Concretamente en sus arts. 139 y siguientes que la configuran como objetiva o de resultado de manera que lo relevante es la antijuridicidad del daño o lesión"*

atemperan, en gran medida, esta responsabilidad objetiva, cuyo análisis acometemos en el epígrafe siguiente.

4. ANÁLISIS DE LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La mayoría de dichos límites son de creación jurisprudencial, consecuencia de su propia esencia de servicios público. Así:

4.1. La Administración sanitaria no es una aseguradora universal de todos los riesgos

Se rechaza por la jurisprudencia la *responsabilidad objetiva global* de la Administración sanitaria, que convertiría a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos posibles derivados de la actuación sanitaria.

Esta concepción actúa, a su vez, como un límite al nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido como único criterio atributivo de responsabilidad patrimonial, tal como se prevé en el art. 139.1 de la LRJPAC. El Tribunal Supremo ha acogido esta orientación en numerosas Sentencias.³²

4.2. La obligación asumida es una «obligación de medios».

La aplicación al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria de un concepto matizado y disminuido de «objetividad» viene a suponer la ausencia de responsabilidad cuando se pone a disposición del paciente los medios adecuados para su asistencia.

El problema radica en discernir cuál es la extensión de dichos medios dado que, por definición, están sujetos a criterios técnicos, asistenciales e incluso

32 STS de 5 de junio de 1998: *"...la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de las Administraciones Públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa por los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque, de lo contrario, se transformaría aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico"*.

económicos que van a implicar su limitación.³³

La jurisprudencia del TS considera que esta «obligación de medios» implica la puesta a disposición del paciente de cuantos medios conozca la ciencia médica, en la fecha de los hechos, en relación con el proceso patológico sufrido, obligación que no queda referida sólo a los medios técnicos y estructurales, sino, también, al factor humano.

Pero es que, aun cuando los medios no fueran suficientes, dicha circunstancia, por sí sola, no prefigura la responsabilidad patrimonial automática de la Administración. Así, la STSJ de Andalucía, sede Sevilla, de 28 de mayo de 2009 incide en este rasgo al señalar: *«La Administración dispone siempre de medios limitados y sería antijurídica por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el sentido común pedir otra cosa singularizadamente. Como refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001, lo que hay que acreditar es que los medios personales y materiales disponibles dentro del sistema se hallaban operativos y ocupados en atender otros pacientes que habían precisado antes esa atención, como así fue el caso que nos ocupa, pues no se trata de probar con qué más medios dicha prestación asistencial se hubiese realizado con anterioridad al paciente», por cierto, sin constancia al supuesto presente de con qué resultado».*

Es decir, la obligación de medios³⁴ no sólo se va

³³ A tal efecto, dentro del SNS se establece una cartera mínima de servicios que el usuario puede exigir en todo el territorio nacional, con independencia de que estos servicios sean completados por las CCAA. El RD 1030/2006, de 15 de septiembre, establece esta Cartera de Servicios Comunes del SNS, que queda garantizada para todos los usuarios del sistema con independencia de su ubicación geográfica. El contenido de esta cartera de servicios se recoge en los Anexos I a VIII del RD citado.

³⁴ STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 2/10/2012, Recurso de Casación 1895/2011, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García: *“Con relación esta alegación del motivo debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos los dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor; sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente*

a ver condicionada por la limitación lógica de todo servicio público sino por la prioridad en la utilización de los mismos, el plazo en que podrán ser puestos a disposición del usuario y la incidencia en el daño sufrido por el paciente.

4.3. La lex artis. El carácter antijurídico del daño

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial sanitaria, perfilado en el art. 106.2 de la CE y el 139.1 de la LRJPAC, se encuentra matizado, también, por factores subjetivos de culpabilidad o incumplimiento de la lex artis³⁵, criterio que responde a una concepción “subjetivada de la objetividad” que huye de ligar funcionamiento del servicio, inexorablemente, a responsabilidad del daño.³⁶

Como los propios órganos jurisdiccionales ponen de manifiesto, el criterio de la «lex artis ad hoc» responde a una construcción eminentemente jurisprudencial³⁷ que opera como un límite del carácter

exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año)”. En el mismo sentido STS Sala C-A (Sección 4ª), de 2/10/2012, Recurso de Casación 40/2012, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García.

³⁵ La STS de 5 de enero de 2001 dispone: *“En el ámbito de los servicios públicos como es el sanitario, es aplicable el principio de responsabilidad objetiva consagrado en el art. 139 de la Ley del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común pero, en definitiva, los criterios de imputación no se separan, en gran medida, de los que derivan de la aplicación del principio culpabilístico, pues, como es sabido, los tribunales del orden contencioso-administrativo vinculan la existencia de responsabilidad al incumplimiento de los estándares del servicio o de la «lex artis» por parte del personal sanitario, dado que existe un criterio general de imputación, recogido hoy en la ley, fundado en la ausencia del deber de soportar el daño por parte del perjudicado”.*

³⁶ La STS de 4 de julio de 2007 indica: *“El principio de responsabilidad objetiva de la Administración no puede entenderse en materia sanitaria en términos tendentes a justificar, en cualquier caso, la necesidad de obtener resarcimiento indemnizatorio de cualquier resultado producto de la Administración sanitaria”.*

³⁷ SSTs, Sala C-A, (Sección 4ª), de 07/12/2011, Recurso de Casación 6613/2009, Excmo. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo y de 22/11/2011, Recurso de Casación 4823/2009, Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez: *“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que “no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”. “Conforme a reiterada jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del*

netamente objetivo de la responsabilidad patrimonial sanitaria.

Esta regla correctora, definida como “*el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos imponiendo al profesional la obligación y el deber de actuar conforme a la diligencia debida*”, va a impedir que cualquier daño, por el sólo hecho de que ocurra bajo el ámbito de la sanidad pública, deba ser resarcido.

Los Protocolos o las Guías médicas constituyen la expresión escrita o sistematizada del criterio de la *lex artis*, que van a suponer la recomendación, no la obligación, al personal sanitario de una serie de pautas o reglas de comportamiento conforme a las cuales dicha *lex artis* va a ser observada.

Para GALLARDO CASTILLO³⁸ son especialmente útiles para los órganos jurisdiccionales pues, aun cuando no son prueba en sentido estricto, si son orientaciones válidas sobre el correcto proceder en un caso específico y permiten la profesional realizar sus funciones con garantías dada la proliferación de reclamaciones en materia sanitaria que han derivado hacia una medida defensiva tendente a evitarlas.

En opinión de la doctrina el carácter antijurídico del daño, por vulneración de la *lex artis*, está legalmente contemplado en el art. 141.1 de la LRJPAC.

En la reforma operada en la LRJPAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero, modifica, entre otros, el art. 141.1 que, tras la redacción dada, dispone: «*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daño que éste no tenga el deber jurídico de soportar. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de*

resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido”. STS, Sala C-A, (Sección 4ª), de 022/11/2011, Recurso de Casación 4823/2009, Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez: “*Además, disintiendo del primer argumento que detectamos en los motivos, luego abandonado, o así parece, en los restantes, porque es sabido que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria es también causa de exclusión de la misma la observancia de la lex artis, según es de ver, por todas, en nuestra reciente sentencia de 4 de octubre de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 3536/2007.*

38 GALLARDO CASTILLO, MJ: «La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», op. Cit. p. 25.

aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que se puedan establecer por ley»³⁹.

El artículo, en su redacción actual, respondió, en su momento, a una situación concreta de hecho provocada por el contagio por transfusiones sanguíneas del virus del SIDA (VIH) y Hepatitis C (VHC) cuando no se conocía la naturaleza exacta del virus y las posibilidades de contagio.

A tenor de este precepto, aplicable después a otros riesgos derivados del saber de la ciencia o de la técnica en un momento determinado, los denominados «riesgos del desarrollo», quedaría exonerada de responsabilidad la Administración sanitaria si dichos riesgos, por desconocidos, fueran inevitables.

Por último, es importante precisar que la antijuridicidad del daño transforma el concepto de daño o perjuicio en «lesión», de modo que no son conceptos identificables⁴⁰. Esta antijuridicidad proviene del daño en sí mismo, con independencia del acto o la actividad originaria. De esta forma, matiza el TS⁴¹,

39 *Así lo hemos reiterado la STS de 2 de noviembre de 2.011 (recurso 6.236/2.007), en la que, con referencia a las de 14 de octubre de 2.002 y 22 de diciembre de 2.001, expusimos que “en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1.999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto”.*

40 La SAN de 24 de mayo de 2000 señala: “*la lesión es un daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el concepto jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio, no todo daño y perjuicio es constitutivo de lesión*”.

41 En pronunciamientos recientes, por ejemplo la STS Sala 3ª, sec. 6ª, S 10-7-2007, rec. 4044/2003 recuerda el carácter objetivo o de resultado de la responsabilidad patrimonial, según el cual “*esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar*”. Precizando que cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al

“no es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es, en el actuar de la Administración”.

4.4. La Administración sólo responde por el funcionamiento anormal

Es claro que la Administración siempre va a responder por los daños causados por el funcionamiento anormal del servicio público, pero si se defiende un sistema objetivo absoluto de responsabilidad, deben existir supuestos de funcionamiento normal de los servicios sanitarios donde esa responsabilidad sea igualmente declarada.

MIR PUIGPELAT⁴² incluye entre dichos supuestos los daños derivados de la utilización de suministros o productos defectuosos, aunque tales productos no tengan comercialización y sólo sean utilizados en centros sanitarios, que extiende, igualmente, a supuestos como las infecciones nosocomiales, campañas de vacunación obligatoria y métodos terapéuticos novedosos y poco conocidos en sus consecuencias.

criterio de la *Lex Artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. La STS Sala 3ª, sec. 6ª, S 30-4-2010, rec. 3875/2005. Pte: Trillo Alonso, Juan Carlos, aborda la peculiaridad de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas encargadas de la prestación de la asistencia sanitaria. Más detalladamente la STS Sala 3ª, sec. 6ª, S 23-2-2009, rec. 7840/2004. Pte: Huelin Martínez de Velasco, Joaquín decía “ *La respuesta pasa por recordar que, como hemos indicado en fechas recientes (sentencia de 7 de julio de 2008 (casación 4776/04, FJ 4º)), la responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa (por todas, véanse las sentencias de esta Sala de 11 de mayo de 1999 (casación 9655/95, FJ 5º), 24 de septiembre de 2001 (casación 4596/97, FJ 5º), 23 de noviembre de 2006 (casación 3374/02, FJ 5º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 2º) y 22 de abril de 2008 (casación 166/05, FJ 3º)), se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria”*

⁴² Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en Problemas actuales de la Responsabilidad Patrimonial Sanitaria. VV.AA, Navarra Aranzadi, pp.151-179.

Célebre es la polémica STS, Sala 3ª, de 14 de junio de 1991⁴³ que condenó al INSALUD a indemnizar a una paciente por las graves e infrecuentes secuelas derivadas de una operación de reducción de aneurismas gigantes practicada de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, aplicando la responsabilidad objetiva de la Administración en el caso concreto⁴⁴.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera profundamente erróneo parificar, a efectos de responsabilidad de la Administración sanitaria, funcionamiento normal con funcionamiento anormal⁴⁵, ya que, fuera del caso de limitadas excepciones, la Administración sólo responde, como regla general, por los daños derivados de su funcionamiento anormal⁴⁶.

Precisamente porque el funcionamiento normal y el funcionamiento anormal no se sitúan, en la práctica judicial, en pie de igualdad, resulta censurable que la jurisprudencia más reciente del TS continúe enunciándolos, en situación de paridad, al relatar los presupuestos de la responsabilidad patrimonial sanitaria⁴⁷.

Ahora bien, si bien es cierto que el criterio predominante de imputación es el funcionamiento normal

43 Rec. Núm. 512/1987.

44 Lo mismo puede decirse de la STS (Sala 3ª), de 28/6/1999 (Rec. 3740/1995), que declaró el derecho de una paciente a ser indemnizada por la pérdida total de la movilidad de un brazo producida como consecuencia de la operación de extirpación de un quiste sebáceo en el brazo derecho, que se ejecutó de forma adecuada a la *lex artis*.

45 PANTALEÓN PRIETO, F.: «*Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*». Documentación Administrativa, núm. 237-238, 1994, pp 247-250.

46 MIR PUIGPELAT: «*Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en Problemas actuales de la Responsabilidad Patrimonial Sanitaria*». VV.AA, Navarra Aranzadi, pp.164.

47 SSTS, Sala C-A (Sección 4ª), de 07/12/2011, Recurso de Casación 6613/2009, Excma. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo; de 13/03/2012, Recurso de Casación 4294/2010, Excma. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo “...se ha de recordar que la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LR-JAPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta”.

o anormal del servicio, no es el único⁴⁸.

4.5. La inversión de la carga de la prueba

Consecuencia de que, en la práctica judicial, la Administración sanitaria responde, exclusivamente, por el funcionamiento anormal de los servicios, es que, en aras de probar que el funcionamiento del servicio ha sido irregular y ha provocado un daño antijurídico, el tradicional principio probatorio contenido en el art. 1214 del CC conforme al cual corresponde la prueba de las obligaciones a quien reclama su cumplimiento, previsto en el art. 217.2 de la LEC, puede, en virtud del principio de facilidad probatoria, invertir esta carga, pesando sobre la Administración la obligación de probar la ausencia de responsabilidad en la producción del daño.

Son muchos los supuestos en los que, en la práctica, se invierte la carga de la prueba, exonerando de dicho deber a la parte actora.

4.5.1. Pérdida o extravío de la historia clínica

Le es más sencillo a la Administración acceder a datos o documentos integrados en la historia clínica de los pacientes que a los propios perjudicados⁴⁹.

48 La STS de 7 de junio de 2001 señala “el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios generados por la actividad administrativa por funcionamiento normal o anormal de los servicios puede consistir no sólo en una actividad de riesgo sino, también, en el carácter inadecuado de la prestación sanitaria. Esta inadecuación puede producirse no sólo por la ausencia de consentimiento informado, sino, también, por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* o por insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio, de donde se desprende que la existencia de un consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada”.

49 STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 20/11/2012, Recurso de Casación 4891/2011, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García:”A) La primera, que, en general, la inversión de la carga de la prueba por aplicación del principio de la disponibilidad y facilidad probatoria se produce y juega cuando es exigible a la Administración una mayor diligencia en la aportación de pruebas, esto es, cuando faltan en el proceso informes o documentos existentes y que sólo ella podía aportar, como por ejemplo la historia clínica (sentencias de 2 de enero de 2012, recurso de casación 3.156/2.010, y 2 de noviembre de 2.007, recurso de casación 9.309/2.003) o las ecografías que debían ser examinadas por los peritos para comprobar si los médicos que las realizaron actuaron correctamente (caso de la reciente sentencia de 2 de octubre de 2.012, recurso de casación 4.855/2.011). Por eso es importante la afirmación que hace la sentencia de instancia, a la vista del informe del jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Santa Cristina, de que no existía el vídeo de la ecografía, no contradicha por la parte aquí recurrente. Si ese vídeo existiese y no se hubiese aportado si entraría claramente en juego aquel principio de

4.5.2 Infecciones nosocomiales

Las infecciones nosocomiales u hospitalarias exigen que se acredite, por la Administración, el cumplimiento por los hospitales en los que trataron al paciente y por los médicos que lo atendieron, de los protocolos de profilaxis conforme lo que permitía, en la fecha en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados, el conocimiento de la ciencia y las técnicas que la aplican.

En estas infecciones, la mayoría de la jurisprudencia entiende que cuando la Administración acredita que ha desplegado las medidas profilácticas exigidas por los medios técnicos conocidos, no se permite imputar la responsabilidad a la Administración.

Así, establece la STS, Sala de lo C-A, (Sección 4ª), de 9/10/2012, en Recurso C-A 40/2012:

“Con esto queremos decir que, como igualmente

la disponibilidad probatoria. Pero no es el caso. B) Por otra parte, la simple falta de aportación de pruebas -de producirse, que no es el caso, debemos insistir en ello- no conlleva sin más la automática declaración de responsabilidad de la Administración. Si a pesar de faltar esos documentos el Tribunal puede formar su convicción por otros medios y llegar a la conclusión de que se ha actuado conforme a la “*lex artis*” entonces no tiene por qué declarar aquella responsabilidad (en este sentido, por ejemplo, sentencia de 23 de octubre de 2.007, recurso de casación 2.529/2.003). Y es que, como razona la sentencia de 22 de noviembre de 2.011, dictada en el recurso de casación 4.823/2.009, las reglas de distribución de la carga de la prueba solamente entran en juego cuando el juzgador, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, considera dudosos hechos relevantes para la decisión (artículo 217.1 de la LEC). C) Por último, es necesario dejar claro que el principio de la disponibilidad y facilidad probatoria no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda incertidumbre sobre el origen de la lesión, que es lo que en última instancia pretende la aquí recurrente. Ello supondría desconocer la naturaleza de la ciencia médica como ciencia inexacta y la obligación de asistencia sanitaria de la Administración como una obligación de medios, que no de resultados”.

En el mismo sentido la STSJ de Castilla-León, Sala C-A, Sección 3ª, de 8 de mayo de 2012, en el PO 1324/2006. Ponente: Excmo. Dr. D. Francisco Javier Zatarain y Valdemoro:”A juicio de este Tribunal, la pérdida de documentos esenciales en la historia clínica debe suponer una inversión de la carga de la prueba, a modo de una lectura finalista del art. 217 LEC que impone al tribunal tener siempre presente la “disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio” cuando procede a valorar la carga de la prueba. Se llega a esta conclusión porque la única garantía de defensa de que dispone todo paciente es la historia clínica, su indemnidad y su inalterabilidad, legalmente proclamadas. Si la administración incumple este deber, resulta absolutamente desproporcionado seguir exigiendo la prueba de los hechos en virtud de los cuales se reclama los administrados, ello supone, en mayor o menor medida una suerte de probatio diabólica que no se comparte, además de un acicate evidente para que esa misma administración no custodie en debida forma esa documentación”.

advertimos en la Sentencia de 6 de julio de 2.011 (recurso 3.622/2.007), no es suficiente con constatar el origen intrahospitalario de una infección para de ello concluir la reprochabilidad de la sepsis al funcionamiento del servicio médico, sino que, para que pueda nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario acreditar el incumplimiento del estándar de rendimiento, que permite el estado del conocimiento, para detectar la presencia del elemento causante de la infección.

En otros términos, que la Constitución determine que “Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, lo que es reiterado en la Ley 30/1.992, RJAPyPAC, con la indicación de que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”, no significa que la responsabilidad de las Administraciones Públicas aún siendo objetiva, esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido de que quien lo experimente no deba tener obligación de soportarlo por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, primero para la evitación de la infección y, segundo, para el ataque antibiótico.

*Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la asistencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*, ha de considerarse asimismo que la Sala de instancia no infringió los preceptos citados, sino que los aplicó conforme a Derecho cuando concluyó desestimando el recurso contencioso-administrativo, en cuanto que apreció del conjunto de la prueba practicada el cumplimiento por los hospitales en que trataron al recurrente y por los médicos que lo atendieron de los protocolos de profilaxis conforme lo que permitía en la fecha en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados el conocimiento de la ciencia y las técnicas que la aplican.*

En las anteriores circunstancias, ante la idoneidad y corrección de las técnicas médicas recibidas, el presente daño no es calificable de le-

sión antijurídica, sino como realización de un riesgo conocido e inherente a las intervenciones practicadas y las posteriores actuaciones que la mismas demandaban, y que el demandante tenía obligación de soportar”.

4.5.3 Daño desproporcionado

El daño desproporcionado constituye uno de los supuestos en los que se invierte la carga de la prueba, no tanto por la facilidad probatoria, sino porque la falta de correlación entre la asistencia y el daño obliga a la Administración sanitaria a probar que éste fue debido a causas externas a la propia actuación médica. Es la propia rareza o anomalía de lo acontecido la que va a provocar una presunción de responsabilidad patrimonial.

Deben de concurrir cuatro factores para que pueda declararse la responsabilidad: dos de índole subjetivo: la presumible ausencia de diligencia que provoca el daño y la falta de intervención activa en su producción del perjudicado; y otros dos de índole objetiva: el daño inesperado y su producción en la esfera de la sanidad pública.

Esta doctrina, concebida en la jurisprudencia civil, e importada al ámbito contencioso, descansa en una “apariencia de prueba”, “faute virtuelle” (culpa virtual), de tal suerte que, si se produce el resultado dañoso, que normalmente sólo acontece si se ha obrado con falta de diligencia, responde el que lo ha realizado, salvo que pruebe que se ha debido a factores externos.

Pero la doctrina del «daño desproporcionado» no se agota en la culpa virtual, ya que la jurisprudencia más reciente la ha extendido a la más objetiva noción de falta de explicación satisfactoria⁵⁰.

⁵⁰ STS, Sala 3ª, de 27 de junio de 2008: “En mismo Informe refleja que el día posterior al ingreso y anterior a la cesárea, la madre, aun estando en la cuadragésima semana de gestación, no estuvo monitorizada. La única conclusión que un observador razonable puede extraer es que algo debió ocurrir para que, siendo normal el feto, las cosas se torcieran, y lo que es indiscutible es que algo ocurrió estando ya la madre ingresada y, por tanto, directamente al cuidado de la Administración. Es claro que un caso como éste, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de los sucedido”.

Sin embargo, quien suscribe discrepa de dicha opinión doctrinal, ya que como dispone la STSJ de Castilla-León, Sala C-A, Sección 3ª, de 8 de mayo de 2012, en el PO 1324/2006. Ponente: Excmo. Dr. D. Francisco Javier Zatarain y Valdemoro: No se considera que las lesiones cerebrales del menor sean algo totalmente desproporcionado en relación con lo esperado, pues la anoxia perinatal y sus consecuencias es uno de los riesgos presentes en todo parto, y la ciencia médica se encamina,

Por último, no se puede confundir el «daño desproporcionado» con los graves daños derivados de la actuación médica cuando entran dentro de la órbita de la misma y no son extraños a ella. Así, a propósito de las lesiones cerebrales de un recién nacido en un parto con fórceps, dispone la STS, Sala de lo C-A (Sección 4ª), de 17 de septiembre de 2012, Rec. Casación 6693/2010, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí:

“La parte recurrente asimismo cita la doctrina del daño desproporcionado, en cuanto a su desconocimiento por la sentencia recurrida y la presunción de culpa, pero en modo alguno puede acogerse, por cuanto a pesar del gravísimo cuadro secuelar que presenta el menor, no estamos en presencia del mismo, porque como hemos expuesto recientemente en la sentencia de 29 de

precisamente a conjurarlo (recuérdese todo lo dicho en relación con la pérdida de bienestar fetal). Por lo tanto no tiene cabida en este supuesto, a juicio de la Sala, la doctrina de la jurisprudencia civil «res ipsa loquitur» (STS (Civil) 9 de diciembre de 1999, existe una presunción de defectuosa prestación del servicio cuando se produce un resultado desproporcionado con lo que es usual comparativamente, sin que intervenga culpa de la víctima o acción de un tercero).

Igualmente, la STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 20/11/2012, Recurso de Casación 4891/2011, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, dispone: C) *Por último, es necesario dejar claro que el principio de la disponibilidad y facilidad probatoria no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda incertidumbre sobre el origen de la lesión, que es lo que en última instancia pretende la aquí recurrente. Ello supondría desconocer la naturaleza de la ciencia médica como ciencia inexacta y la obligación de asistencia sanitaria de la Administración como una obligación de medios, no de resultados. Así lo explica, con toda claridad, la sentencia de 10 de julio de 2.012 (recurso de casación 3.243/2.010), que dice:*

“Es cierta, por supuesto, la obligada inversión de la carga de la prueba, pues es la Administración sanitaria, no el paciente, la que dispone con mayor facilidad de los elementos de juicio idóneos para aproximarse a una conclusión razonable sobre la causa de la lesión. Pero ello no supone que toda incertidumbre sobre esa causa, incluso cuando la lesión, como es el caso, se objetiva mientras el paciente permanece en el centro hospitalario, deba resolverse en perjuicio de la Administración sanitaria, proclamando su responsabilidad patrimonial. Conforme a reiterada jurisprudencia sobradamente conocida, sustentada ya en su inicio en la inevitable limitación de la ciencia médica para detectar, conocer con precisión y sanar todos los procesos patológicos que puedan afectar al ser humano, y, también, en la actualidad, en la previsión normativa del art. 141.1 de la Ley 30/1992, en el que se dispone que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”, la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración por los daños originados en o por las actuaciones del Sistema Sanitario, exige la apreciación de que la lesión resarcible fue debida a la no observancia de la llamada “lex artis”. O lo que es igual, que tales actuaciones no se ajustaron a las que según el estado de los conocimientos o de la técnica eran las científicamente correctas, en general o en una situación concreta”.

junio pasado, recurso de casación nº 2950/2007 : “en todo caso, ni aún por esa vía incidental (del daño desproporcionado) podríamos acoger el motivo, pues esa jurisprudencia, trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado desproporcionado, ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”. En el caso presente, el sufrimiento fetal o la pérdida de bienestar fetal del feto representa una situación de riesgo muy grave, que motiva la actuación médica en las posibilidades que permitan avanzar y terminar el parto y, que puede generar daños que entran, desgraciadamente, dentro de los escenarios posibles que los avances de la ciencia médica no han podido desterrar del todo ni aún utilizando los mejores de los profesionales ni las posibilidades de detección más avanzadas. No hay daño desproporcionado atendiendo al resultado, ya que el mismo entra dentro de una esfera posible que se ha de evitar pero que no es posible en todos los caso, como desgraciadamente ha ocurrido”.

4.5.4 Estado de la ciencia

En la reforma operada en la LRJPAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero, modifica, entre otros, el art. 141.1 que, tras la redacción dada, dispone:

«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daño que éste no tenga el deber jurídico de soportar.

No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asis-

tenciales o económicas que se puedan establecer por ley»⁵¹.

La carga de probar el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de los hechos corresponde a la Administración sanitaria.

En el fondo lo que se contempla es la manifiesta imposibilidad de que el Estado asuma todos los riesgos inherentes a la prestación médica, excluyendo la antijuridicidad de algunos daños donde el estado de la ciencia no ha alcanzado un nivel adecuado para resolver los problemas de la salud. Hay que tener en cuenta que el derecho constitucional a la protección de la salud no incluye los últimos avances de la medicina, no existiendo un derecho a la medicina más avanzada⁵².

51 Así lo hemos reiterado la STS de 2 de noviembre de 2.011 (recurso 6.236/2.007), en la que, con referencia a las de 14 de octubre de 2.002 y 22 de diciembre de 2.001, expusimos que “en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1.999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto”.

52 STJ de Valladolid, Sala C-A, Sección 3ª, PO 2383/2003, de 4 de junio de 2010, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Zatarain y Valdemoro: No puede este tribunal dejar de constatar que el retraso en la tramitación y resolución de este recurso, junto con el retardo en acceder a la administración de justicia han facilitado el desarrollo del estado de la ciencia para analizar el supuesto concreto que nos ocupa. Evolución científica que por otro lado ha justificado las diferencias de apreciación documental reflejadas. Efectivamente la práctica totalidad de los documentos administrativos que obran en el expediente administrativo ubican la causalidad en una hipoxia neonatal o perinatal, pero es lo cierto que tales documentos fueron redactados en fechas antiguas, 1997, constatándose ahora la evolución del estado de la ciencia y siendo perfectamente posible y prácticamente seguro que la indicación de esta causalidad en documentos recientes enlaza con la práctica administrativa habitual siendo cada documento presupuesto o continuación del anterior. Máxime si es recogido el anterior en la anamnesis del siguiente. Otro tanto cabe decir de las dos resoluciones de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Valladolid de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León. Se entiende entonces que la relación de causalidad que debe mediar entre la lesión sufrida por el menor Pablo y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios no ha quedado cumplidamente acreditada, máxime por el posterior desarrollo de la ciencia. Además se presentan como

4.5.5 Ruptura del nexo causal

Existen supuestos en los que la acción del propio perjudicado tiene entidad suficiente para modificar el nexo causal, exonerando de responsabilidad a la Administración o atemperándola en el caso de que haya contribuido a la producción del daño, pero no de forma decisiva para excluir de responsabilidad al titular del servicio.

En otros supuestos, el daño deviene de causas intrínsecas a la propia salud del paciente⁵³, por lo que el nexo causal queda, igualmente, roto.

En otras ocasiones, es la intervención de un tercero⁵⁴ el que altera el curso de los acontecimientos, dependiendo de la entidad de dicha intervención que se produzca la rotura o no del vínculo pues, como hemos visto, el nexo no tiene que ser exclusivo. Tal es así, que cabe la concurrencia de conductas en la determinación del daño, cuando varias de ellas contribuyen a su producción, siendo la tendencia atemperar el quantum indemnizatorio.

Es todos los supuestos mencionados, la prueba de su existencia y trascendencia en el resultado final corresponde a la Administración, que se beneficiará de dicha acreditación.

4.5.6 Fuerza mayor

La jurisprudencia define la fuerza mayor “como aquel suceso que está fuera del círculo de acción del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, que haya causado un daño material y directo que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de la manifestación”⁵⁵.

El art. 139.1 de la LRJPAC dispone:

causas más probables de esas lesiones la prematuridad, la rotura de la bolsa amniótica y su oligoamnios extremo.”

53 STS de 11 de noviembre de 2004.

54 SSTS, Sala C-A (Sección 4ª), de 07/12/2011, Recurso de Casación 6613/2009, Excmo. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo y de 22/11/2011, Recurso de Casación 4823/2009, Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez: “Se insiste STS 19 de junio de 2007, rec. casación 10231/2003 (con cita de otras muchas) que “es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesa del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público.”

55 STS, Sala 3ª, de 20 de junio de 2000.

“1. 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.”

Por tanto, la fuerza mayor es la única causa de exoneración de responsabilidad de la Administración, prevista legalmente, correspondiendo a la Administración demandada la prueba de su existencia.

Por el contrario, la Administración sí responde en los supuestos de caso fortuito, consecuencia del carácter objetivo de dicha responsabilidad, caracterizado por su indeterminación (se desconoce la causa productora del daño) y su interioridad en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño.

4.5.7 El cumplimiento de la *lex artis*

Parece razonable invertir la carga de la prueba de mal funcionamiento del servicio siempre que dicha prueba resulte mucho más costosa para el paciente que para la Administración. De esta forma, una vez probados por la parte reclamante la existencia de una relación de causalidad entre el daño y la actuación médica prestada, corresponderá a la Administración demostrar que la asistencia procurada se ajustó a los protocolos y a la *lex artis*.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS de 4 de julio de 2007 (RJ 2007,6616), Rec. Casac. 8368/2003: *«El principio de la responsabilidad objetiva de la Administración no puede servir para justificar la falta de acreditación por parte de la Administración de unos resultados irregulares, puesto que dicho principio, junto con el principio de la facilidad de la prueba, obligan a la Administración, en determinados supuestos, a ser ella la que ha de acreditar, por disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue, en todo caso, conforme a las exigencias de la *lex artis*», pues no sería objetiva la responsabilidad que hiciera recaer, en todos los casos, sobre el administrado la carga de probar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una correcta práctica médica.*

Dice, igualmente, la STS de 23 de febrero de 2009, (RJ 2009, 1147), en su FJº 5º: *“Una vez que se ha acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o que lo ha sido con retraso,*

*no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. De otra forma se trasladaría al afectado la carga de un hecho de demostración imposible. Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible”.*⁵⁶

4.5.8 La información facilitada al paciente

Es doctrina reiterada del TS aquella que proclama que la prueba fehaciente de la información facilitada al paciente pesa sobre la Administración sanitaria⁵⁷,

⁵⁶ En el mismo sentido la STS, Sala de lo C-A, (Sección Cuarta), de 3 de diciembre de 2010, Rec. Casación 3339/2006, Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso: *“También conforme reiterada jurisprudencia a quien reclama le incumbe justificar, al menos de forma indiciaria, incluso mediante la prueba de presunciones prevista en el art. 38.6 de la LEC que se producido por parte de las instituciones sanitarias un mal uso de la *lex artis*, si bien una vez acreditado que un tratamiento no se ha realizado de forma idónea o que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación, esto es, que probada la irregularidad, le corresponde a la Administración justificar que actuó como le era exigible”.*

⁵⁷ STS, Sala de lo C-A, Sección 4ª, de 7/12/2011, Rec. Casac. 6613/2009. Ponente: Excmo. Sra. Doña Celsa Pico Lorenzo: *“En el momento presente partimos de que consentimiento informado supone “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud” (art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). También es evidente la necesidad de informar sobre posibles riesgos (art. 8.3 Ley 41/2002). Se ha recordado en la sentencia de 29 de junio de 2010, recurso de casación 4637/2008 lo dicho en la sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 sobre que “El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada --puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente-- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica --no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión--, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario. Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la res-*

información que debe incluir los riesgos, advirtiendo el Supremo que: “*No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada --puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente-- y en un padecimiento innecesario para el enfermo*”. Así mismo, advierte que la carga de la prueba se invierte respecto a las reglas generales probatorias, debiendo ser la Administración quien acredite la información facilitada.

4.5.9 La falta de elección del aborto por los padres en el caso de no detección de malformaciones del nasciturus

Supuesto peculiar son ese grupo de Sentencias del TS relativas a la estimación de la pretensión indemnizatoria por deficiente detección de malformaciones en nasciturus.⁵⁸ En estas demandas, frecuentes en países anglosajones (acción «wrong birth»), el derecho indemnizable es la privación del derecho de los padres a decidir sobre la interrupción legal del embarazo, ante la no realización o no comunicación de una prueba diagnóstica o de otro tenor.

Según el TS⁵⁹ incumbe a la Administración demandada la carga de probar, de forma indubitada, que, en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto, no hubiera optado por el aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial. Por tanto, corresponde a la Administración acreditar que la decisión de la madre habría sido la misma con un diagnóstico acertado⁶⁰.

5. CONCLUSIONES: ¿ES UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SUBJETIVA? EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

La jurisprudencia moderna del Tribunal Supremo no realiza una aplicación estricta de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración”.

58 SSTS 4 de noviembre de 2005 (RJ 2006,1544); 30 de junio de 2006 (RJ 2006, 6580); de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5860).

59 STS, Sala de lo C-A, (Sección Cuarta), de 25 de mayo de 2010, Rec. 3021/2008, Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García.

60 STS de 4 de noviembre de 2008, Rec. Casa. 4936/2004, así como STSJ de Valencia, Sala de lo C-A (Sección 2ª), Rec. 61/2007, de febrero de 2013.

dad objetiva de la Administración sanitaria regulada legalmente en el art. 139.1 de la LRJPAC, intuyendo lo irracional de exigir a la Administración la cobertura de daños inevitables, por lo que ha limitado la responsabilidad a supuestos de funcionamiento anormal, utilizando el criterio de la *lex artis* para valorar la corrección de los actos médicos (el carácter anti-jurídico del daño legalmente previsto en el art. 141.1 de la LRJPAC)⁶¹.

La responsabilidad objetiva de la responsabilidad patrimonial sanitaria, en el marco del criterio general de imputación por funcionamiento anormal, se caracteriza por gravitar sobre el dato objetivo del daño antijurídico.

El sistema de responsabilidad objetiva, con trato indiferenciado del funcionamiento normal o anormal de la Administración, establecido por el legislador se ha visto superado por las resoluciones jurisprudenciales, ya que un examen jurisprudencial detenido así como la práctica profesional no nos permite afirmar la responsabilidad del Estado cuando el daño se produce mediando un funcionamiento normal.

61 STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 2/10/2012, Recurso de Casación 1895/2011, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García: “*Con relación esta alegación del motivo debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año). Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la *lex artis*; por ello la Sala de instancia no infringió los preceptos citados como vulnerados, sino que los aplicó conforme a Derecho, cuando razonó para desestimar el recurso contencioso-administrativo, que valorando la prueba no apreció constancia alguna de mala praxis en los actos médicos aplicados para intentar resolver el daño al menor que concluyó en su fallecimiento*”

Resulta necesario acometer una reforma en profundidad del régimen legal de responsabilidad patrimonial objetivo, sin culpa, basado tanto “en el funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos”, previsto en el art. 139.1 de la Ley 30/1992, y hacerlo a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo que reinterpreta dicho precepto⁶², afirmando la “*inidoneidad del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. La aproximación, en fin, a uno de responsabilidad por funcionamiento anormal, sobre todo en la denominada “medicina curativa”*”.

Aun cuando la *lex artis ad hoc* surgió, en su origen, para mitigar el impacto de un excesivo rigor en la aplicación del régimen objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo cierto es que la práctica forense nos enseña que las más recientes tendencias jurisprudenciales están imponiendo *de facto* a la Administración la carga de probar que ha actuado con la diligencia exigible en un sinfín de supuestos. De modo que es posible afirmar que, tímidamente, en la práctica, se está volviendo a la

62 STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 20/11/2012, Recurso de Casación 4891/2011, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García: *Conforme a reiterada jurisprudencia sobradamente conocida, sustentada ya en su inicio en la inevitable limitación de la ciencia médica para detectar, conocer con precisión y sanar todos los procesos patológicos que puedan afectar al ser humano, y, también, en la actualidad, en la previsión normativa del art. 141.1 de la Ley 30/1992, en el que se dispone que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”, la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración por los daños originados en o por las actuaciones del Sistema Sanitario, exige la apreciación de que la lesión resarcible fue debida a la no observancia de la llamada “lex artis”. O lo que es igual, que tales actuaciones no se ajustaron a las que según el estado de los conocimientos o de la técnica eran las científicamente correctas, en general o en una situación concreta. Hay ahí, por tanto, o no deja de haber, la constatación de la inidoneidad del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. La aproximación, en fin, a uno de responsabilidad por funcionamiento anormal, sobre todo en la denominada “medicina curativa”. A tal jurisprudencia no se adecua el criterio tan general o sin más matices que defiende la parte actora en este recurso de casación, pues si la concurrencia de aquella doble circunstancia fuera por sí suficiente para afirmar la responsabilidad de la Administración sanitaria, se olvidarían en realidad aquellas limitaciones de la ciencia médica, que pueden justificar ciertamente el desconocimiento real de la causa de una lesión en concreto. En consecuencia, algo más debe ser exigible para despejar la incertidumbre en contra de quién, como la Administración, dispone con mayor facilidad de aquellos elementos de juicio. En concreto, será exigible que en el proceso queden identificadas con un cierto grado de posibilidad real, al menos, alguna o algunas causas de la lesión. Que éstas, de haber sido las reales, hubieran podido ser combatidas por el servicio sanitario, eliminando o minorando el resultado final. Y que la Administración no haya ofrecido explicaciones bastantes para excluirlas como posibles”.*

aplicación del sistema objetivo o por el resultado en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BELLO JANEIRO, D: Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, Reus, Madrid, 2009.
- BELLO JANEIRO, D: Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria, Reus Madrid, 2013.
- DE FUENTES BAJARDÍ, J.: Manual sobre responsabilidad sanitaria, Ob. Colectiva, 2009.
- GALLARDO CASTILLO, MJ: La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, 2009.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, 2006.
- GUERRERO ZAPLANA, J: “Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios”. Lex Nova, Valladolid, 2001.
- JIMÉNEZ S., MARTÍNEZ V.M., BELDA E.: Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria, Aranzadi, 2008.
- MIR PUIGPELAT, O: “ La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, organización, imputación y culpabilidad”, 2000.
- RIVAS LÓPEZ A.L.: Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, Fundación Asesores Locales, Málaga 2012.
- RODRIGUEZ LÓPEZ, P.: Responsabilidad patrimonial de la administración en materia sanitaria, Atelier, 2007.
- ZABALA GUADALUPE, JJ: Manual sobre Responsabilidad sanitaria, Aranzadi 2009.