

Grado en Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad de la Laguna  
Curso 2014/2015  
Convocatoria: Julio

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION  
CON PARTICULAR REFERENCIA AL AMBITO SANITARIO: LA  
DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

*Responsibility of the administration with particular reference to the  
sanitary area: the doctrine of the loss of opportunity*

Autor: *Laura Álvarez Martín.*

Tutor: *Francisco Lorenzo Hernández González.*

Departamento: *Disciplinas Jurídicas Básicas.*

Área de Conocimiento: *Derecho Administrativo.*



### ABSTRACT

The purpose of this study is the responsibility in the health sector. However, in order to realize the potential liabilities that may arise in this sector, it should be studied, previous form, the liability of the administration. The damages are common in the health field. Therefore, this sector has a specific problem in the field of liability and, therefore, should be studied elements like the *lex artis* or the informed consent. Also, a relatively recent jurisprudential theory in the health field will be highlighted: “*the doctrine of the lost of opportunity*”. This case law meant to address complaints from patients or their heirs in cases in which it has lost the possibility to heal or survive. However, it is not easy to solve these situations as each case has its own characteristics. The courts, considering the scope of theory and its requirements have to rule on the loss of opportunity.

### RESUMEN

El objeto de este estudio es la responsabilidad en el ámbito sanitario. No obstante, a efectos de concretar las posibles responsabilidades que puedan surgir en este sector, debe estudiarse, de forma previa, la responsabilidad patrimonial de la administración. Los daños son algo habitual en el ámbito sanitario. Por ello, este sector cuenta con una problemática específica en materia de responsabilidad y, en consecuencia, deben analizarse elementos como el criterio *lex artis* o el consentimiento informado. Asimismo, se destacará una teoría relativamente reciente en este ámbito: la “*doctrina de la pérdida de oportunidad*”. Con esta doctrina jurisprudencial se pretende dar respuesta a las reclamaciones de los pacientes o de sus herederos en aquellos casos en los que se ha perdido la posibilidad de curarse o de sobrevivir. Sin embargo, no es fácil solucionar estas situaciones ya que cada caso cuenta con sus propias características. Son los tribunales los que, atendiendo al ámbito de aplicación de esta teoría y a sus requisitos, han de pronunciarse sobre la pérdida de oportunidad.

## *Índice*

### **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION CON PARTICULAR REFERENCIA AL AMBITO SANITARIO: LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.**

<i>Resumen</i> .....	1
<i>Índice</i> .....	2
<i>Preámbulo</i> .....	4

#### **I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN**

1.1. Introducción.....	5
1.2. Evolución normativa en materia de responsabilidad patrimonial de la administración .....	6
1.3. Sujetos de los actos y omisiones determinantes de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas .....	10
1.4. Características de la responsabilidad patrimonial.....	11
1.5. Requisitos de la responsabilidad patrimonial .....	13

- A. Daño o lesión
- B. Imputación del daño
- C. Relación de causalidad
- D. Lesión, daño o perjuicio antijurídico
- E. La fuerza mayor

#### **II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO**

2.1. Objeto, fundamento y problemática específica de la responsabilidad en materia sanitaria .....	20
2.1.1. Objeto: el servicio sanitario público .....	20

2.1.2. Fundamento: garantía de la integridad física, psíquica y moral del paciente .....	21
2.1.3. Problemática específica de la responsabilidad en materia sanitaria.....	22
2.2. Presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario .....	23
2.2.1. Lesión antijurídica, efectiva, evaluable e individualizable.....	24
2.2.2. Imputación del daño .....	25
2.2.3. La relación de causalidad.....	26
2.3. Concepto “ <i>lex artis</i> ” .....	27
2.4. Consentimiento informado .....	29
2.5. Doctrina de la pérdida de oportunidad .....	31
2.5.1. Orígenes y trascendencia actual .....	31
2.5.2. Concepto y delimitación por el Tribunal Supremo .....	31
2.5.3. Tipos: oportunidad de supervivencia y oportunidad de curación .....	33
2.5.4. Ámbito de aplicación y presupuestos .....	33
2.5.5. Técnicas probatorias.....	36
2.5.6. Breve referencia a la doctrina de la oportunidad en casos de ausencia de consentimiento informado.....	37
2.5.7. Indemnizaciones en los casos de pérdida de oportunidad .....	38
<i>Conclusiones</i> .....	41
<i>Bibliografía</i> .....	43

## *Preámbulo*

Actualmente, la responsabilidad patrimonial de la administración es un tema clásico del Derecho Administrativo, pero no por ello deja de ser un tema polémico. Lo es aún más en el ámbito sanitario, dado los riesgos que este tipo de actividad implica y la importancia de las indemnizaciones a pagar. Tal incertidumbre es mayor, si cabe, en estos casos debido a que, de una parte, concurren derechos fundamentales como la vida, la integridad física y moral, la libertad o la salud y, de otra, el resultado dañoso es algo ordinario. Por ello, es común encontrarse en los medios de comunicación titulares como “*se ha condenado a abonar una indemnización a una mujer por un diagnóstico tardío*” o “*una anciana recibe una indemnización por una negligencia médica*”. Frente a estas situaciones debe darse una solución jurídica que permita conocer cuáles son las obligaciones, derechos y garantías de los sujetos involucrados en este sector.

En este sentido, la responsabilidad en el ámbito sanitario como objeto de estudio exige analizar la teoría general de la responsabilidad administrativa. No es posible atender a la problemática que existe en el ámbito sanitario sin previamente conocer cómo se regula. Ello nos permitirá extraer los elementos imprescindibles para, posteriormente, estudiar la responsabilidad en el sector sanitario. No obstante, se trata de una materia muy casuística en la que, para conocer los pormenores de la misma, es indispensable analizar la jurisprudencia. A partir de la misma, se perfilan aspectos que, en las normas, son dudosos o imprecisos.

A pesar de tener unos elementos comunes, en el ámbito sanitario nos encontramos ante una problemática específica en materia de responsabilidad. Elementos como la *lex artis* el consentimiento informado, etc. no encuentran equivalente en la teoría general de la responsabilidad administrativa.

Recientemente, ha cobrado especial importancia la “*doctrina de la pérdida de oportunidad*”. Se aplicará esta teoría jurisprudencial cuando los pacientes han perdido la posibilidad de curarse o de sobrevivir. En última instancia, de ella dependerá que se atribuya a la administración responsabilidad en el ámbito sanitario.

# I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

## 1.1 Introducción

Las Administraciones Públicas pueden generar, de forma paralela a los efectos propios de la potestad que ejerzan, otros que pueden calificarse de efectos anormales. El caso típico de eficacia anormal lo constituye la responsabilidad patrimonial. Sánchez Morón define la responsabilidad patrimonial de la administración como aquel *“deber legal de la administración de reparar los daños y perjuicios causados a otros sujetos de derecho que deriven de sus actividades”*.<sup>1</sup>

De la constante presencia de la actividad administrativa *“en todas y cada una de las manifestaciones de la vida colectiva”* nace la responsabilidad patrimonial de la administración. Ello lleva consigo *“una inevitable secuela incidental de daños residuales y una constante creación de riesgos”*.<sup>2</sup>

La administración, cuando se produzca una lesión en los bienes y derechos de los administrados, debe reparar los daños causados tanto por el funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos.<sup>3</sup> En consecuencia, quedan incluidos *“no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la administración o de sus agentes sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, siempre que exista un nexo de causalidad que permita su imputación a la administración”*.<sup>4</sup>

Desde que un administrado sufra una determinada lesión patrimonial que no tenga obligación de soportar y que derive del ejercicio de cualquier función administrativa, nacerá la responsabilidad patrimonial de la administración. Por lo que esta se concreta en la obligación de resarcir los daños evaluables económicamente ocasionados por

---

<sup>1</sup>M. Sánchez Morón, *Derecho Administrativo, Parte General*, Ed. Tecnos, 4ª ed., 2008 (p.908).

<sup>2</sup>E. García de Enterría, T.R Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, Ed. Civitas, 13ª ed., 2013 (p.370).

<sup>3</sup>J. González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Ed. Aranzadi, 5ª ed., 2010 (p.204).

<sup>4</sup>E. García de Enterría, T.R Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob.cit., (p.289).

acción u omisión, siempre que dichos daños sean imputables a la administración pública.<sup>5</sup>

El estudio de la responsabilidad administrativa entronca con los fundamentos del Derecho Administrativo. Es el principio de legalidad y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos los que constituyen los dos grandes soportes estructurales de esta disciplina. García de Enterría entiende que, “*el equilibrio de estos principios depende, justamente, de su correcto juego*”.<sup>6</sup>

## **1.2 Evolución normativa en materia de responsabilidad patrimonial de la administración**

Como sostiene Santamaría Pastor, “*la responsabilidad patrimonial de la administración se encuentra hoy firmemente asentada en nuestro ordenamiento jurídico, como en los del resto de los europeos*”. Sin embargo, no siempre fue así. En un principio existía un desconocimiento absoluto de cualquier tipo de responsabilidad del Estado.

Tal desconocimiento tenía su apoyo en un principio: “*the King can do not wrong*”, es decir, el rey “*no podía cometer ilegalidad ni daño de ningún tipo*”.<sup>7</sup> Los efectos de tal principio son los siguientes: en primer lugar, en el plano constitucional, el monarca era políticamente irresponsable y, en segundo lugar, hablamos de una irresponsabilidad jurídica de la corona y de sus servidores. Esta situación se acaba en 1947 con la “*Crown Proceeding Act*”. A partir de este momento se somete a la Corona a la misma responsabilidad que cualquier persona privada.<sup>8</sup>

Con el paso del tiempo y , teniendo en cuenta el crecimiento de las actividades públicas durante el siglo XIX, en España se aplica progresivamente, bajo la influencia del derecho italiano, francés y alemán, el régimen de responsabilidad extracontractual que

---

<sup>5</sup>J. González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, ob.cit., (pp. 205 y 210).

<sup>6</sup>E. García de Enterría, T.R Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob.cit., (p.370).

<sup>7</sup>J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General II*, Ed. Iustel, 2ª ed., 2009 (pp. 491 y 492).

<sup>8</sup>R. Parada, *Derecho Administrativo II. Régimen Jurídico de la actividad Administrativa*, Ed. Open, 21ª ed., 2014 (p.512).

se había venido instaurando. Como consecuencia de ello se va admitiendo de manera excepcional y limitada la responsabilidad de la administración.<sup>9</sup> A falta de otras normas, fue a mediados del siglo XX cuando se fundó la responsabilidad patrimonial en la esfera pública en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil. En palabras de García de Enterría *“la afirmación de un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho español se ha producido con particular retraso”*. Según este autor, ello es debido al viejo dogma de la irresponsabilidad del soberano. A ello hay que sumarle *“la falta de vigor de una sociedad europea... que se encontraba envuelta en una crisis general a resultas de la liquidación de los últimos restos del imperio colonial”*.

Más adelante, durante el régimen Franquista se dictaron dos leyes necesarias y decisivas: la Ley de Régimen Local de 1950 y la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. La primera de ellas *“reconoció la responsabilidad directa de las entidades locales en el caso de daños producidos por el funcionamiento de los servicios públicos...”*. Mientras que, la segunda, *“estableció el principio general de responsabilidad directa de la administración”*. Con esta ley se *“liquidó definitivamente una vieja y grave imperfección en nuestro ordenamiento”*.

A su vez, la Ley de Expropiación forzosa de 1954, se configuró *“como una norma de garantía integral del patrimonio privado frente a la acción de la administración”*, ya revista esta acción la forma de un despojo directo y querido, en cuyo caso hablamos de expropiación, o responde al del funcionamiento de los servicios públicos.<sup>10</sup> Son los artículos 121 y siguientes de esta Ley los que aluden a las *“indemnizaciones por otros daños”*. Debe precisarse que dichos artículos, *“no han sido formalmente derogados”*. Sin embargo, se entienden implícitamente derogados tras la regulación del Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup>J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General II*, ob.cit., (pp. 491-493).

<sup>10</sup>E. García de Enterría, T.R Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob.cit., (pp. 370, 371, 379,380 y 383).

<sup>11</sup>L. Martín Rebollo, *Leyes Administrativas*, Ed. Aranzadi, 18ª edición., 2012 (p.569).



Seguidamente, fue la Constitución de 1978 la que consagró los principios básicos establecidos en estas leyes. En este punto, conviene aludir al artículo 106 de dicho texto legal:<sup>12</sup>

*“...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.”*

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 141/2014 de 11 de septiembre, reitera lo anterior determinando que, el artículo 106.2 opera exclusivamente cuando los daños son imputables al funcionamiento de los servicios públicos. Daños que, según este tribunal, deben ser efectivos.

Por su parte, la Audiencia Nacional, en la sentencia de 12 de abril de 2000 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª) dedica su tercer fundamento de derecho al artículo 106.2 poniéndolo en conexión con el resto de normativa relacionada con la responsabilidad patrimonial de la administración. Concretamente, la Audiencia dispone que:

*“...el citado artículo 106.2 además de constitucionalizar la responsabilidad del Estado, generaliza la misma para todos los supuestos, salvo el de fuerza mayor, en que la lesión sea sufrida por el particular, en cualquier de sus bienes o derechos, siempre que aquella sea consecuencia de dicho funcionamiento de los servicios públicos, sin aludir al carácter normal o anormal del mismo”.*

Por otro lado, el artículo 149.1.18 de la Constitución atribuye al estado competencia exclusiva para establecer el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas.

Por consiguiente, la responsabilidad de la administración pública queda, por tanto, constitucionalizada de manera expresa ya que, por un lado, el artículo 149.1.18ª *“atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas”* y, por otro lado *“el sistema de responsabilidad*

---

<sup>12</sup>J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General II*, ob.cit., (p.494.)

*que encabeza el artículo 106.2 de la Norma Fundamental es general y único para todas las administraciones públicas”.*

En la actualidad, la responsabilidad administrativa se rige por el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículos 139 y siguientes). Esta ley fue parcialmente reformada por la de 13 de enero de 1999 y, posteriormente, completada por el Reglamento *“de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial”*, aprobado por el Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo de 1993.<sup>13</sup>

El régimen de la responsabilidad recogido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 tiene las siguientes características: en primer lugar, es un régimen unitario en tanto que rige para todas las administraciones públicas. En segundo lugar, se trata de un régimen general ya que en él se incluye toda la actividad (acción) e inactividad (omisión) de la administración. En tercer lugar, es preciso destacar que nos encontramos ante una responsabilidad directa. Es decir, *“la administración responderá por los daños anónimos a ella imputables pero cubre también de forma directa la eventual acción dañosa de sus empleados”*. Asimismo, se trata de una responsabilidad objetiva ya que *“pivota sobre la idea de lesión y no sobre la culpa”*. Por último, debe tenerse en cuenta que en estos casos corresponde una reparación integral *“cuya acción está sometida a un plazo de preinscripción de un año”*.<sup>14</sup>

A la vista de lo expuesto, queda claro que el patrimonio de los administrados, en atención a las normas citadas, está protegido frente a las lesiones que deriven de actuaciones administrativas. No obstante, tal y como expone García de Enterría llegar a esa conclusión *“no ha sido tarea fácil ni en nuestro propio Derecho ni en el panorama general del Derecho comparado”*.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup>E. García de Enterría, T.R Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob.cit., (p.386).

<sup>14</sup>L. Martín Rebollo, *Leyes Administrativas*, ob.cit., (p.569).

<sup>15</sup>E. García de Enterría, T.R Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob.cit., (p.371).

### **1.3 Sujetos de los actos y omisiones determinantes de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas**

En este punto conviene distinguir entre el sujeto que tiene derecho a exigir la prestación y, por otro lado, el que debe realizar la prestación. En primer lugar, la persona que ha sufrido una determinada lesión es el sujeto activo de la relación. El artículo 139.1 LRJPA alude al mismo estableciendo que *“los particulares tendrán derecho a ser indemnizados... de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos”*. Ahora bien, aunque la ley habla de particulares, tendrá derecho a ser indemnizada *“cualquier persona, sea física o jurídica, pública o privada que hubiese sufrido la lesión que reúna los requisitos que la ley establece”*.

Tal y como se acaba de señalar, *“será indemnizable la lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos”*. Nos referimos a los derechos de naturaleza patrimonial y los que derivan de la personalidad *“sea la lesión material o moral”*. Según González Pérez, esta distinción es significativa a efectos de determinar el titular del derecho a indemnización. Entiende este autor que *“si la regla general es que la titularidad corresponde a quien ha sufrido la lesión en su propia persona, en su patrimonio o en sus derechos de la personalidad, pueden existir supuestos en que corresponda a persona distinta”*. Este último supuesto puede tener cabida cuando *“el hecho, acción u omisión han ocasionado la muerte”*.

En segundo lugar, respecto al sujeto pasivo de la relación jurídica, será la concreta administración pública la que incurrirá en responsabilidad patrimonial. A esta puede imputársele *“la acción u omisión determinantes de la lesión patrimonial”*.<sup>16</sup>

No obstante, puede ocurrir que exista concurrencia de culpas entre varias administraciones públicas. En este caso, y según el artículo 140 de la Ley 30/1992, si las administraciones intervinientes actuaran de forma conjunta estas *“responderán de forma solidaria”*. Para el resto de supuestos, la responsabilidad *“se fijará para cada administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e*

---

<sup>16</sup>J. González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, ob.cit., (pp. 239, 241,242 y 261).

*intensidad de la intervención*". Si la responsabilidad no quedase determinada de esta forma; las administraciones concurrentes deberán responder de forma solidaria.

#### **1.4 Características de la responsabilidad patrimonial**

La responsabilidad patrimonial de la administración pública consta de varias características que la configuran. De manera resumida, cabe destacar las tres notas definidoras siguientes:

##### *a) Responsabilidad total*

La responsabilidad patrimonial de la administración se refiere a la totalidad de los poderes públicos. Santamaría Pastor, en relación con tal característica, entiende que la responsabilidad tiene carácter total porque *"cubre los daños producidos por la actuación no solo de la administración, sino de la totalidad de los poderes públicos"*. Por tanto, serán responsables de sus propios actos: el Estado, las Comunidades Autónomas, las Administraciones locales, Administraciones de Organismos Autónomos y entidades Públicas empresariales, el poder judicial y el poder legislativo.

##### *b) Responsabilidad directa*

La administración es responsable directamente de sus actos y, por tanto, de las consecuencias que de ellos deriven.<sup>17</sup> Independientemente del grado de culpabilidad, las administraciones responden directamente. Tal y como establece el artículo 145.1 LRJPA; los afectados por los daños podrán exigir *"directamente a la administración pública las correspondientes indemnizaciones"*.<sup>18</sup>

Es importante matizar que en aquellos casos en los que los daños son causados por personas físicas que sirven a la administración *"la reclamación de responsabilidad debe formularse necesariamente a la administración misma, no a las personas de sus servidores"*. Por tanto, la administración tiene el *"deber de indemnizar a los sujetos dañados"*.

---

<sup>17</sup>J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General II*, ob.cit., (pp. 497 y 498).

<sup>18</sup>J. González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, ob.cit., (p.218).

Asimismo, en conexión con lo expuesto, ha de tenerse en cuenta que la administración puede repetir contra las personas que hayan causado el daño y que se encuentren incluidas en la organización administrativa si existiera culpa grave o dolo (art. 145.2 LRJPA).<sup>19</sup>

*c) Responsabilidad objetiva*

En la responsabilidad patrimonial de la administración no interviene la culpa o dolo de quien ha causado un determinado daño, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Civil. Igualmente, es indiferente la legalidad o ilegalidad de la conducta o actividad, es decir, *“la responsabilidad se produce cuando sea consecuencia del funcionamiento tanto normal como anormal de los servicios públicos”* (artículo 139.1 LRJAP).

Conviene detenerse en este aspecto de carácter material a efectos de aclarar que se entiende por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En primer lugar, hablamos de funcionamiento anormal en los casos en los que la administración ha actuado de forma inadecuada y, en consecuencia, se ha producido un daño.

Puntualiza Santamaría Pastor que la actuación inadecuada no debe entenderse como equivalente a la *“existencia de dolo, culpa o ilegalidad”*. Estos elementos pueden constituir un indicio a la hora de establecer una indemnización, sin embargo, no son determinantes para recibirla. Se entiende que la administración ha actuado de forma inadecuada cuando ha infringido *“los estándares medios admisibles de rendimiento y calidad de los servicios”*, parámetros que, a su vez, han venido fijándose por la jurisprudencia.

Por otro lado, el funcionamiento normal se refiere a dos cuestiones. En primer lugar, *“alude a los supuestos de responsabilidad por riesgos”* que derivan de la propia existencia de la administración. Ello significa que la responsabilidad se reconoce en los casos en los que se han producido daños por caso fortuito pero no en los supuestos de fuerza mayor. Cuestión que, dada su transcendencia en el ámbito sanitario, será

---

<sup>19</sup>J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General II*, ob.cit., (pp. 497 y 498).

analizada más adelante. En segundo lugar, el funcionamiento anormal se refiere a “*los supuestos de responsabilidad por enriquecimiento sin título de la administración*”.<sup>20</sup>

Según Villar Rojas<sup>21</sup>, “*la responsabilidad objetiva de las administraciones sanitarias se explica en la necesidad de establecer una garantía patrimonial a favor de los ciudadanos que sirva de contrapeso a los eventuales daños que la organización de los servicios sanitarios públicos les puede causar*”. Alude este autor a la exposición de motivos de la Ley de Régimen Jurídico de la administración del Estado de 1957. Hablamos, por tanto, de “*cubrir todos los riesgos que para los particulares puede entrañar la actividad del Estado, salvo cuanto exista justa causa que obliga a soportar el daño sin indemnización*”.

### **1.5 Requisitos de la responsabilidad patrimonial**

A efectos de determinar si existe responsabilidad patrimonial de la administración es necesario atender a una serie de presupuestos o requisitos:

- A. Un daño o lesión efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, tal y como establece el artículo 139.2 LRJPAC.
- B. Imputación del daño.
- C. Relación de causalidad entre la actuación de la administración y el daño que se hubiera producido.
- D. Es necesario que la lesión, daño o perjuicio sea antijurídico, o lo que es lo mismo, “*que no haya obligación de soportarlo*”.
- E. Por último, que no concurra fuerza mayor.

#### **A) Daño o lesión**

La responsabilidad es un mecanismo que se activa “*sólo si y en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en sentido propio a resultas de la acción u omisión de la administración*”. Es evidente que el concepto de lesión es el auténtico

---

<sup>20</sup>J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General II*, ob.cit., (pp. 498, 499, 507, 508).

<sup>21</sup>F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamento y límites*, Ed. Praxis S.A, 1996 (p.29).

centro de gravedad, puesto que, de no producirse un perjuicio, entendido este como detrimento o pérdida patrimonial, no entra en funcionamiento el régimen de responsabilidad patrimonial de la administración.

Con independencia de la causa de imputación, la administración debe responder en aquellos casos en los que su actividad derive una lesión, o lo que es lo mismo, *“un daño antijurídico que reúna los caracteres de efectividad, posibilidad de evaluación económica e individualización en relación a una persona o grupo de personas (artículos 122.1 LEF y 139.2 LPC)”*.<sup>22</sup>

En primer lugar, en relación con la efectividad del daño, Santamaría Pastor distingue una doble vertiente. Por un lado, afirma que *“debe producirse una afección dañosa a los bienes o derechos de la persona dañada”*. Hablamos pues de daños patrimoniales, morales o incluso de carácter personal. Por otro lado, *“el daño ha de ser efectivo en el sentido de actual y real”*. Por tanto, según este autor, se excluyen tanto *“los daños futuros, meramente posibles o de producción eventual, así como la simple frustración de las expectativas”*.

A esta misma cuestión se refiere Villar Rojas<sup>23</sup>: *“la efectividad exige que el daño sea real, no potencial, presente y no futuro, auténtico daño y no mera molestia, comprobable no hipotético”*. Según este autor, ello tiene como consecuencia una *“minoración o despojo en el patrimonio del afectado”*. Ello engloba tanto el lucro cesante como el daño emergente. Ahora bien, como puntualiza Sánchez Morón, *“en todo caso corresponde a quien alega los daños probar su efectividad”*.<sup>24</sup>

En segundo lugar, cuando Villar Rojas<sup>25</sup> dispone que para que un daño sea indemnizado debe ser evaluable económicamente, se refiere a *“todos los daños que se produzcan, en razón del principio de reparación integral que rige esta institución”*. Los perjuicios reclamados deben ser evaluables. Ello no supone que sólo sean indemnizables los daños patrimoniales. Se admiten los daños morales derivados de muerte, lesión, enfermedad o

---

<sup>22</sup>E. García de Enterría, T.R Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob.cit., (pp. 391 y 394).

<sup>23</sup>F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob.cit., (p.49).

<sup>24</sup>M. Sánchez Morón, *Derecho Administrativo, Parte General*, ob.cit., (p.918).

<sup>25</sup>F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob.cit., (pp. 50 y 51).

de otra causa. Cuestión distinta es cómo se evalúan dichos daños. Para ello, se tendrán en cuenta determinados criterios objetivos de referencia si existieran.<sup>26</sup>

En tercer lugar, hemos de destacar que el daño ha de ser individualizado en relación a una persona o grupo de personas. Villar Rojas entiende que con esta “individualización” se pretende, por un lado *“identificar y singularizar el patrimonio que soporta el perjuicio, sin que esta nota requiera un único patrimonio afectado, pueden estarlo un grupo de personas”* y, por otro, *“afirmar la no indemnizabilidad de las cargas comunes de la vida social”*.

El requisito de que el daño sea individualizable cumple una doble función: *“de una parte, delimitar el perjuicio e identificar al particular afectado, y de otra, conocer el fin de la potestad causante del daño, si su finalidad era producirlo, por singular que fuese no será indemnizable”*.<sup>27</sup>

Por consiguiente, *“se excluye la responsabilidad por daños o perjuicios generales que derivan para los ciudadanos de la normal actuación administrativa”*. Sánchez Morón ilustra esta afirmación entendiendo por normal actuación, por ejemplo, los ruidos y molestias que se produzcan por la ejecución de una obra urbana. Por ello, entiende este autor que el *“perjuicio ha de consistir en un sacrificio excesivo o especial que recaiga sobre ciertas personas”*.<sup>28</sup>

### ***B) Imputación del daño***

El acto administrativo puede tratarse bien de una acción o de una omisión. En realidad lo importante de este presupuesto es que el daño se haya realizado bajo la cobertura de la administración.<sup>29</sup> El daño que, en su caso, se cause debe haberse originado en el seno de la organización administrativa. Santamaría Pastor realiza, no obstante, dos precisiones:

---

<sup>26</sup>M. Sánchez Morón, *Derecho Administrativo, Parte General*, ob.cit., (p.918).

<sup>27</sup>F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob.cit., (pp. 54, 55 y 58).

<sup>28</sup>M. Sánchez Morón, *Derecho Administrativo, Parte General*, ob.cit., (p.918).

<sup>29</sup>Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado, *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*, Editorial Aranzadi, 2009 (pp.133 y 196-197).



1. *“La responsabilidad se genera por la actuación de todo tipo de personas al servicio de la administración”.*
2. *“No son imputables a la administración los daños producidos por los que genéricamente podrían denominarse colaboradores externos de la misma”.*<sup>30</sup>

En definitiva, las lesiones que sean resarcibles deben ser imputables a la Administraciones Públicas y a título de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.<sup>31</sup> Como se ha señalado en líneas anteriores es suficiente, a efectos de justificar la imputación de un daño a la administración, que la titularidad del servicio o de la actividad pertenezca a la misma.<sup>32</sup>

Para comprender qué se entiende por imputación del daño, resulta ilustrativa la sentencia de 12 de abril de 2000 dictada por la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª) ya que, en este caso, la Audiencia trata de esclarecer si se dan los requisitos que dan lugar a la responsabilidad que se reclama. En el supuesto objeto de análisis se produjo una muerte mientras se realizaban actividades militares, por lo que, según la Audiencia, a partir de este dato surge el título de imputación: *“la titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño es título suficiente para justificar la imputación del mismo a la administración”.* Añade esta Sentencia en su fundamento quinto lo siguiente:

*“... ha de situarse el vínculo entre la lesión y el agente que la origina, entre el acto dañoso y la administración, que es su autora y por tanto implica la necesidad de que pueda serle imputado o atribuido, en su actuación propia, como poder y en el uso de sus potestades públicas”.*

### **C) Relación de causalidad**

A efectos de poder determinar la relación de causalidad entre la actuación de administración y el daño es necesario que exista *“una relación directa, inmediata y exclusiva”.* No obstante, estos requisitos se han ido matizando, siendo suficiente con que la relación sea *“mediata, indirecta e incluso concurrente”.* En definitiva, la relación

---

<sup>30</sup>J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General II*, ob.cit., (pp. 504, 505).

<sup>31</sup>M. Sánchez Morón, *Derecho Administrativo, Parte General*, ob.cit., (p.918).

<sup>32</sup>E. García de Enterría, T.R Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob.cit., (p.405).

de causalidad abarca varias circunstancias que desembocan en un determinado resultado. Sin embargo, entre ellas hay un determinado hecho-condición que, por sí solo, puede producir el resultado final.<sup>33</sup>

La doctrina científica así como la jurisprudencia entienden que la relación de causalidad es “*el elemento clave de la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos*”.<sup>34</sup> García de Enterría califica de “condición indispensable” la existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la administración y el daño producido, pues de ello dependerá poder atribuirle a esta el deber de resarcir determinados daños o lesiones. Asimismo, es imprescindible que el hecho, para poder considerarlo como causa del daño, “*sea en sí mismo idóneo para producirlo según la experiencia común*”. Solo en estos casos podemos hablar de “*causa eficiente, causa próxima al daño o la causa verdadera del mismo*”.<sup>35</sup>

Son numerosas las resoluciones en las que existen pronunciamientos relativos a la relación de causalidad. El Tribunal Supremo<sup>36</sup> ha establecido en reiteradas ocasiones lo siguiente: “*... en la responsabilidad patrimonial de la administración ha de concurrir necesariamente como requisito la relación causal entre la acción/omisión y el resultado lesivo*”. Añade este tribunal que es al reclamante al que le corresponde probar, en la mayoría de los casos, esa relación causal entre la prestación asistencial y el daño.

Recientemente, los Tribunales Superiores de Justicia<sup>37</sup> han venido recordando los criterios jurisprudenciales ya establecidos. Concretamente, consideran la relación de causalidad como una “*relación directa de causa a efecto sin intervención de elementos extraños que alteren el nexo causal*”. Por tanto, una de las características de esta relación es la inmediatez de causa a efecto entre la actuación u omisión administrativa y el daño o lesión.

---

<sup>33</sup> Abogacía General del Estado..., ob.cit., (pp. 196 y 197).

<sup>34</sup> F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob.cit., (p.150).

<sup>35</sup> E. García de Enterría, T.R Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob.cit., (p.412).

<sup>36</sup> STS de 27 de noviembre de 2012 (R\2012\437).

<sup>37</sup> STSJ de 30 de junio de 2015 (R\4759\2015).

Sin embargo, este requisito no siempre se da de forma evidente. Es decir, puede existir “una pluralidad de causas, encadenadas o no entre sí”<sup>38</sup>. Ante esta situación la doctrina jurídica se ha visto obligada a distinguir entre las teorías de la causalidad exclusiva, la equivalencia de las condiciones y la causalidad adecuada.

En relación con la primera “*la responsabilidad de la administración sólo surge si el daño se anuda exclusivamente al funcionamiento de los servicios públicos*”. Por otro lado, la equivalencia de las condiciones supone que, “*todas las causas que concurren a la producción del daño y son necesarias para ello tienen, en principio, igual entidad y permiten atribuir responsabilidad a cualquiera de los sujetos causantes*”. Por último, respecto a la tercera teoría, esta se basa en determinar “*cuál es la causa idónea o cualificada entre las concurrentes.*” La jurisprudencia suele decantarse por esa última teoría. Ahora bien, son frecuentes las ocasiones en las que se inclina por la “*equivalencia de las condiciones*”. Ello tiene como consecuencia que, muchas veces, se atribuya la responsabilidad en exclusiva a la administración en caso de concurso de causas.<sup>39</sup>

Por último, cabe destacar que la responsabilidad que se derive de una acción u omisión de la administración puede “*atemperarse*” según la actuación de la propia víctima, de los hechos que hayan llevado a cabo terceras personas o bien, en los casos de intervención de otras administraciones públicas. Incluso, estos elementos pueden llegar a romper la relación de causalidad. Además, en el caso de que se den hechos ajenos a la organización o a la actividad administrativa; la administración no responderá de aquellos daños que hayan derivado de aquellos.<sup>40</sup>

#### ***D) Lesión, daño, o perjuicio antijurídico***

Como bien se ha indicado con anterioridad, la responsabilidad es un mecanismo que se activa solo si existe una lesión patrimonial. Ahora bien, es necesario que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico; “*antijuridicidad en la que está el fundamento del surgimiento de la obligación reparatoria*”. Importante matización realiza García de

---

<sup>38</sup>J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General II*, ob.cit., (p.510)

<sup>39</sup>M. Sánchez Morón, *Derecho Administrativo, Parte General*, ob.cit., (p.925).

<sup>40</sup>Abogacía General del Estado..., ob.cit., (p.134).

Enterría al afirmar que *“un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre que y sólo cuando la personas que lo sufren no tienen el deber jurídico de soportarlo”*.<sup>41</sup> A este requisito se refiere precisamente el artículo 141 LRJAP, el cual establece que *“solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”*.

Por su parte, Santamaría Pastor, entiende que el problema de este requisito *“radica en saber cuándo existe tal deber jurídico de soportar el daño”* puesto que en multitud de ocasiones el daño procede de una obligación que a su vez deriva de la ley o incluso de un contrato. No obstante, como bien matiza este autor; *“existen múltiples actividades de la administración que producen daño, objetivamente, a los particulares, y que se adoptan en el uso de potestades atribuidas por el ordenamiento, pero sin que éste haya establecido nítidamente un deber de aquellos de soportarlo”*.<sup>42</sup>

### ***E) La fuerza mayor***

El artículo 141.1 LRJ-PAC se refiere a la fuerza mayor determinando que no serán indemnizables aquellos daños que deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar. Según este precepto, la relación de causalidad a la que hemos aludido se rompe si concurre un caso de fuerza mayor. Por tanto, podemos identificar la fuerza mayor con *“una causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisible en su producción y, en todo caso, absolutamente irresistible”*.

Como bien se ha indicado, la relación de causalidad se rompe si concurre un caso de fuerza mayor. En cambio, ello no ocurrirá si se tratara de caso fortuito. Este último se caracteriza por dos notas: la indeterminación y la interioridad.

La primera significa que la causa del accidente productor del daño no es conocida. Respecto a la segunda, hablamos de un evento directamente conectado al objeto dañoso, a su constitución, a su naturaleza íntima o bien, al servicio que integra ese objeto. No

---

<sup>41</sup>E. García de Enterría, T.R Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob.cit., (p.391)

<sup>42</sup>J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General II*, ob.cit., (p.500.)

obstante, los elementos aludidos con anterioridad no concurren en el caso de la fuerza mayor. Esta última se identifica con *“una causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisible en su producción y, en todo caso, absolutamente irresistible”*.<sup>43</sup>

## **II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO**

### **2.1 Objeto, fundamento y problemática específica de la responsabilidad en materia sanitaria**

Una vez estudiado el régimen de responsabilidad administrativa en general, debemos analizar la responsabilidad patrimonial de la administración en la sanidad pública, destacando, especialmente, aquellos elementos que la singularizan.

#### **2.1.1 Objeto: el servicio sanitario público**

Los médicos tienen la obligación profesional y moral de curar o intentar curar a sus pacientes. Por ello, deben *“compensar o reparar las consecuencias de sus acciones y omisiones voluntarias e involuntarias realizadas en el ejercicio de su profesión”*. Cuando estas prestaciones o servicios se llevan a cabo en el marco del servicio público de asistencia sanitaria *“el paciente exigirá responsabilidad patrimonial al ente público”*.

Los problemas surgen cuando un paciente acude a un centro de salud público o llama a una ambulancia. A partir de este momento intervendrá el *“servicio público en el curso causal y cualquier consecuencia que se produzca podrá imputarse al mismo”*. Conviene en este punto tener en cuenta que los centros sanitarios concertados *“han sido considerados como centros integrados a todos los efectos, en razón del concierto, en el sistema público de salud”*.<sup>44</sup>

En definitiva, la actividad realizada en el marco de la administración sanitaria conlleva riesgos que derivan de los propios médicos (errores en el diagnóstico, en la ejecución

---

<sup>43</sup>E. García de Enterría, T.R Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob.cit., (pp. 409 y 410).

<sup>44</sup>Abogacía General del Estado..., ob.cit., (pp. 146, 148, 149 y 173).

del tratamiento, en el post operatorio...), del equipo sanitario e incluso de la organización burocrática (por ejemplo, en los casos de deficiente gestión de listas de espera). Una buena praxis médica supone, igualmente, otorgar información suficiente y clara al paciente.

### **2.1.2 Fundamento: garantía de la integridad física, psíquica y moral del paciente.**

La salud como derecho fundamental tiene su reconocimiento en el artículo 43 de la Constitución. Por su parte, la Ley General de Sanidad de 1986 (artículos 1 y 6) alude al derecho a la atención sanitaria en relación con la Ley General de la Seguridad Social. Del derecho a una correcta atención médica se ha hecho eco el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Los artículos 147 y 148 establecen la responsabilidad objetiva respecto de los daños causados por servicios sanitarios.

Existe, asimismo, un Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial Española publicado el 10 de septiembre de 1999. Este alude al derecho a la información sobre diagnóstico, a la necesidad de consentimiento, al derecho a una atención médica de calidad científica y humana, etc. Sobre estas cuestiones volveremos más adelante. No obstante, debemos destacar ahora que el secreto profesional, la información al paciente, actuar siempre en interés del mismo y conforme a la “*lex artis*” son algunas de las obligaciones profesionales tanto de los médicos como del personal sanitario. A ellas se refiere el “*Juramento Hipocrático*”, que contiene normas éticas y de conducta que, en todo caso, han de respetar los profesionales sanitarios.<sup>45</sup>

Es necesario, en este punto, tener en cuenta la distinción entre obligación de medios y obligación de resultados. En la primera “*se promete solamente una diligencia en orden a obtener un resultado*” mientras que, la segunda, se identifica como la obligación “*determinada o normal*”.<sup>46</sup>

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que, a los servicios públicos de salud, se les exigirán que ejecuten correctamente las técnicas que, en su caso, existan según el conocimiento que se tenga en relación con la práctica sanitaria. Esto es así

---

<sup>45</sup>Abogacía General del Estado..., ob.cit., (pp.150, 152 y 153).

<sup>46</sup>J.M. Fernández Hierro, *Sistema de Responsabilidad Médica*, Ed. Comares, Granada, 5ª ed., 2007 (p.55).

*“puesto que en definitiva lo que se sanciona en estos casos es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado”*<sup>47</sup>. Por eso, la obligación a la que se encuentran sometidos los profesionales en el ámbito sanitario es de medios y no de resultados. Los facultativos, según el Tribunal Supremo, *“no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos sino a procurar por todos los medios su restablecimiento”*.

Sin embargo, el profesor Villar Rojas destaca que determinados actos médicos son enjuiciables como obligación de resultado. Por ejemplo: los análisis clínicos, el suministro y colocación de prótesis de odontología y en algunos casos de ortopedia, cirugía estética con fines no curativos, entre otros. Por este motivo, doctrina y jurisprudencia son bastante cautelosas en su aplicación.<sup>48</sup>

Ahora bien, desde el punto de vista del paciente, la obligación del médico se basa en *“hacer en todo lo que esté en su mano y conozca para curar a la persona”*. El fin último es proteger al paciente de *“todo daño no buscado, no querido ni merecido...que, sin embargo resulta de la acción administrativa sanitaria”*. En este sentido, se sostiene que el fundamento del sistema de responsabilidad se ubica en *“la protección y garantía del patrimonio de la víctima”*.<sup>49</sup> En otras palabras, lo que se intenta proteger es la integridad física, psíquica y moral del paciente.

### **2.1.3 Problemática específica de la responsabilidad en materia sanitaria**

Frente a los conflictos existentes en la prestación de los servicios sanitarios *“la respuesta del Derecho debe ser clara y rotunda”*. Así pues, *“la seguridad jurídica, entendida como el saber a qué atenerse, constituye un valor clave en la ordenación de la asistencia sanitaria”*. Tal ordenación debe tener presente los siguientes factores:

- a) *“Que los daños no son algo excepcional sino ordinario en este servicio público, lo que exige diferenciar aquellos que son causados por el funcionamiento del servicio (indemnizables), de los que son manifestación irreversible de la*

---

<sup>47</sup>STSS de 7 de julio de 2008 (RJ \3665\2008) y de 10 de diciembre de 2009 (RJ\7958\2009).

<sup>48</sup>F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob.cit., (p.131).

<sup>49</sup>Abogacía General del Estado..., ob.cit., (p.154).

*enfermedad del paciente o de los límites del conocimiento médico (no indemnizables)”.*

b) *“La necesidad de separar los perjuicios causados por los profesionales sanitarios, de aquellos otros que son imputables a la organización, los primeros (actos médicos) sujetos a la lex artis, mientras los segundos (instalaciones defectuosas, medicamentos contraindicados, riesgos asumidos por el servicio) están sometidos a los reglamentos de calidad del servicio”*

c) *La juridificación de las relaciones médico-paciente en orden a la responsabilidad de cada uno debe ocultar que el objetivo común es la recuperación de la salud del enfermo, no la confrontación”.*<sup>50</sup>

Los ciudadanos acuden a este servicio público porque padecen alguna enfermedad. En algunos casos, esta desemboca en consecuencias irreversibles e inevitables. En el ámbito sanitario, ante estas situaciones, poco o nada se puede hacer. Por tanto, en estos casos, los daños y lesiones que deriven de una determinada enfermedad no son indemnizables. Lo mismo ocurre en aquellos supuestos en los que la enfermedad es desconocida y no existe tratamiento o curación posible.

Por el contrario, serán indemnizables aquellos daños que hayan sido causados por el funcionamiento del servicio. Sin embargo, es conveniente distinguir entre los daños causados por el personal médico de aquellos otros que son consecuencia de la deficiente calidad de los servicios. En el primer caso, los perjuicios que se hubieren causado quedan sometidos a la *lex artis*, mientras que, en el segundo, es necesario atender a los correspondientes reglamentos de calidad del servicio.

## **2.2 Presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario**

La responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario presenta peculiaridades en sus presupuestos. Algunas de ellas serán examinadas a continuación.

---

<sup>50</sup>F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob.cit., (p.19).



## 2.2.1 Lesión antijurídica, efectiva, evaluable e individualizable

### A. Antijuricidad

En lo que a las *lesiones, daños y perjuicios antijurídicos* se refiere, no es imputable a la administración aquellos daños que se hubieran causado al paciente cuando deriven de una actividad sanitaria “*que ha intentado infructuosamente la recuperación de su salud cuando dicha actividad se ha realizado de acuerdo con la técnica médica correcta y se ha prestado el consentimiento informado*”. Por tanto, en tales supuestos el daño no es antijurídico y el paciente tiene el deber jurídico de soportar el mismo. Por ello, a pesar de que la responsabilidad es objetiva, el daño no será antijurídico y, por lo tanto, indemnizable cuando los servicios sanitarios hayan actuado siguiendo los criterios de la *lex artis*<sup>51</sup>. Este último concepto será analizado con mayor detalle en el siguiente epígrafe.

Por consiguiente, “*lo relevante no es el proceder antijurídico de la administración sino la antijuricidad del resultado o lesión*”, de forma que, si hay deber jurídico de soportar un determinado daño ya no existiría, por parte de la Administración, obligación de indemnizar.<sup>52</sup>

### B. Efectividad

Cuando hablamos de daños o lesiones, estos han de ser efectivos. A su vez, debe distinguirse entre daños personales (muerte, lesiones psíquicas o físicas) y daños morales.

Villar Rojas sostiene que la aplicación de este requisito en el servicio público de asistencia sanitaria no lleva aparejada ninguna singularidad. Por tanto, serían aplicables las notas sobre efectividad ya enunciadas en el régimen general de responsabilidad administrativa: “*la efectividad exige que el daño sea real, no potencial, presente y no futuro; auténtico daño y no mera molestia; comprobable, no hipotético...*”.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Abogacía General del Estado..., ob.cit., (pp. 189,136, 196 y 197).

<sup>52</sup> STSJ Madrid de 27 de enero de 2015 (JUR\2015\4670).

<sup>53</sup> F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob.cit., (p.49).

### C. Evaluabilidad

En el caso de los daños personales los tribunales establecen su reparación teniendo en cuenta varios elementos: gastos de hospitalización y asistencia médica que se cuantificarán en función de la edad, las cargas familiares y los ingresos profesionales.

Por otro lado, en el caso de los daños morales no se discute si estos deben ser o no indemnizables. La jurisprudencia, a efectos de determinar cuáles son estos daños, ha establecido las siguientes notas: un daño moral se considera indemnizable cuando trae causa de la *“lesión a un bien integrado en el ámbito de las relaciones afectivas familiares”*. Además, no es necesario que se pruebe su existencia ya que ha de presumirse como cierta. Por último, destacar que su cuantificación *“queda al prudente arbitrio de los tribunales”*<sup>54</sup>.

### D. Individualidad

En este punto hay que distinguir entre daño indemnizable y carga de carácter general. Según Villar Rojas, en los casos de los daños causados por actos médicos, la individualización no plantea dificultad alguna ya que *“no existen intervenciones médicas con efectos generales, podrán ser repetidas, pero siempre persona a persona”*. Sin embargo, en relación con las cargas de carácter general, doctrina y jurisprudencia llegan a la misma conclusión: *“los perjuicios que resultan del ejercicio de potestades de ordenación general de la vida en común son cargas sociales no indemnizables”*. Por tanto, no son indemnizables las cargas comunes de la vida social.<sup>55</sup>

#### 2.2.2 Imputación del daño

El daño se imputará a la administración que sea titular del servicio sanitario. Será esta la que responda directamente de la lesión o daño con independencia de que este haya sido causado por las personas que trabajan en dicho servicio. Es decir, se imputaran a la administración los daños que produjeran los médicos y auxiliares sanitarios *“en*

---

<sup>54</sup>F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob.cit., (pp. 51 y 52).

<sup>55</sup>F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob.cit., (pp. 54 y 55).

*ejercicio de sus competencias profesionales*”. Por tanto, el ciudadano debe dirigirse contra la administración que gestiona el servicio sanitario a efectos de reclamar una posible indemnización por los daños soportados.

### **2.2.3 La relación de causalidad**

Respecto a los requisitos necesarios para acreditar que existe relación de causalidad, debe existir una relación directa, inmediata y exclusiva *“entre la actuación de la administración y el daño”*. Sin embargo, como bien se apuntó anteriormente, se han ido flexibilizando tales requisitos, de tal manera que *“es suficiente que la relación sea mediata, indirecta e incluso concurrente”*.<sup>56</sup>

El Tribunal Supremo ha afirmado reiteradamente que;

*“...en la responsabilidad patrimonial de la administración ha de concurrir necesariamente como requisito la relación causal entre la acción/omisión y el resultado lesivo, y es el reclamante quien normalmente ha de probar esa relación causal entre la prestación asistencial y el daño”*.

Por su parte, los Tribunales Superiores de Justicia, han venido examinado las relaciones directas e inmediatas entre tratamientos quirúrgicos y las secuelas que posteriormente se padecen<sup>57</sup>. A modo de ejemplo, la STSJ de 14 de septiembre de 2012, declara la existencia de una relación de causalidad entre la asistencia a un parto y las lesiones que posteriormente se presentaron puesto que, *“como consecuencia de una excesiva duración del expulsivo”*, se ocasionaron daños a un recién nacido. Concluye este tribunal indicando que, en principio, cabe hablar de responsabilidad patrimonial y *“en consecuencia, de un nexo causal entre la prestación sanitaria y las secuelas que padece el hijo de los recurrentes”*, ya que *“la demora en realizarse la cesárea”* contribuyó a que el recién nacido sufriera daños.

---

<sup>56</sup>Abogacía General del Estado..., ob.cit., (p.196).

<sup>57</sup>STS de 28 de febrero de 2012 (RJ\2012\4307).

Por el contrario, no existe tal relación de causalidad cuando los pacientes no toman las precauciones necesarias.<sup>58</sup> Igualmente, se rompe la relación de causalidad si concurre un caso de fuerza mayor. Concretamente, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, ha de ubicarse la fuerza mayor en aquellos supuestos “*en que la ciencia o los tratamientos médicos preventivos y curativos no han evolucionado lo suficiente para identificar o sanar una enfermedad*”.<sup>59</sup> En estas situaciones no existe responsabilidad de la administración.

### 2.3 Concepto "*lex artis*"

Anteriormente, cuando se analizó la lesión antijurídica como presupuesto de responsabilidad administrativa, se indicó que el daño no será antijurídico y, por lo tanto, indemnizable cuando los servicios sanitarios hayan actuado siguiendo los criterios de la *lex artis*. En consecuencia, para declarar la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario es necesario que, además de una lesión, se haya infringido la *lex artis*.

Señala Villar Rojas que “*la inexistencia de criterios normativos sobre el funcionamiento de la sanidad tiene una excepción*” que se encuentra, precisamente, en la *lex artis*.<sup>60</sup> A falta de normas que establezcan los parámetros mínimos a respetar en el ámbito sanitario, la jurisprudencia maneja un concepto de *lex artis ad hoc*.<sup>61</sup>

Fue una antigua Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1990 la que estableció un concepto claro de este criterio. Dicha Sala consideró que este concepto debía entenderse en los siguientes términos:

*“es aquel criterio valorativo de la corrección del acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características del autor, de la profesión, de la trascendencia y complejidad vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”.*

---

<sup>58</sup>STSJ Madrid de 27 de enero de 2015 (JUR\2015\4670).

<sup>59</sup>Abogacía General del Estado..., ob.cit., (p.203).

<sup>60</sup>F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob.cit., (pp.130-131).

<sup>61</sup>Abogacía General del Estado..., ob.cit., (pp.216-217).

Esta sentencia diferencia cinco notas definidoras de la *lex artis*:

-En primer lugar, esta “*lex*” implica una regla de medición de una conducta en atención a unos baremos.

-En segundo lugar, el objetivo de la *lex artis* es “*valorar que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos*”.

-En tercer lugar, se entiende que el autor o afectado por la *lex* es un profesional de la medicina.

-En cuarto lugar “*el objeto sobre el que recae, hace referencia a la especie de acto.*” Es decir, la clase de intervención, los medios asistenciales, estado del enfermo, etc.

-Y, por último, debe destacarse que “*en la medicina esa lex responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos.*”

Asimismo, el Tribunal Supremo ha determinado que el “*empleo de una técnica correcta*” es de vital importancia, puesto que de ello depende la existencia o no de responsabilidad patrimonial. Por ejemplo, en el caso de secuelas que se generen tras una intervención quirúrgica, estas no constituyen un daño antijurídico siempre que dicha intervención se realice “*correctamente y de acuerdo con el estado del saber*”.

En definitiva, los tribunales entienden que este criterio es fundamental por varios motivos: en primer lugar, porque “*permite valorar la corrección de los actos médicos*”; en segundo lugar, porque “*impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida*”; y, por último, porque “*permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a la responsabilidad*”.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup>STS de 9 de octubre de 2012 (RJ\2012\6507).

## 2.4 Consentimiento informado

La jurisprudencia, en reiteradas ocasiones, ha insistido en el deber del *consentimiento informado* de los pacientes puesto que, de lo contrario, se infringiría la *lex artis*. Se entiende por consentimiento informado aquel “*mecanismo jurídico que asegura a todo individuo la libertad para decidir sobre su cuerpo*”.<sup>63</sup>

Desde el punto de vista normativo, el consentimiento informado tiene su base en el derecho a la libertad personal proclamado en el artículo 17 de la Constitución Española. Por su parte, la Ley General de la Seguridad Social en su artículo 10.6 alude al derecho que tienen todos los pacientes:

*“a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico en su caso, siendo preciso el previo consentimiento por escrito del usuario para la realización de cualquier intervención”* (art. 10.6 LGSS).

Igualmente, tienen importancia los artículos 3,4 y 8 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. A partir de ellos, se alude al consentimiento informado como aquella “*conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*”.<sup>64</sup>

Como se ha indicado, en el caso de que se omita información relevante para el paciente, se infringiría la *lex artis ad hoc*. Además, ello constituye una lesión al “*derecho de autodeterminación al impedirle al paciente elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones*”.

Respecto a las funciones que cumple el consentimiento informado ha de indicarse que este supone la “*aceptación de las condiciones del servicio*”. Esto significa que el

---

<sup>63</sup> F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob.cit., (p.161).

<sup>64</sup> Tener en cuenta que, con carácter previo a la Ley 41/2002, tuvo lugar en Ámsterdam una consulta europea que dio lugar a la “*Declaración para la promoción de los Derechos de los Pacientes*”.

paciente asiente a las “*condiciones de prestación de asistencia sanitaria, sus ventajas y sus riesgos*”.<sup>65</sup>

Corresponde al médico responsable de cada caso informar al paciente sobre las distintas opciones de tratamiento existentes. Para ello, ha de tenerse en cuenta el estado de salud individual de cada enfermo. Así pues, debemos preguntarnos cuál es el alcance de este consentimiento. En este caso la doctrina entiende que “*el consentimiento previo se refiere a todos los actos médicos, no siendo necesario que se manifieste por escrito*”. Por lo que la información debe proporcionársele al paciente tanto en el caso de intervenciones quirúrgicas como en los casos de actos médicos de menos entidad siendo necesario que, en el primer caso, se otorgue la información por escrito.

Sin lugar a dudas, llama la atención una precisión hecha por el profesor Villar Rojas ya que, desde el punto de vista de la lógica, es totalmente plausible. Este autor afirma que el reconocimiento a los pacientes del derecho a prestar el consentimiento carece de importancia “*si no cuentan con suficiente información sobre su estado de salud, su eventual evolución, los posibles tratamientos y sus riesgos en términos comprensibles*”. Concluye afirmando que “*sin esta información, su consentimiento estará viciado, no será libre ni tampoco consciente*”.<sup>66</sup>

En atención a todo lo anteriormente expuesto, “*el consentimiento informado es presupuesto de licitud de la intervención médica del cuerpo humano*”. En el caso de que se omita, se estaría vulnerando la integridad física y moral. Si se llevan a cabo actuaciones médicas sin consentimiento del paciente nos encontraríamos ante un supuesto de funcionamiento anormal del servicio público. En definitiva, el consentimiento se traduce en “*decidir con el paciente y no por él*”.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup>P. Rodríguez López, *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Ed. Bosh S.A, 2004 (p.303).

<sup>66</sup>F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob.cit., (pp.162-163).

<sup>67</sup>P. Rodríguez López, *Responsabilidad médica y hospitalaria*, ob.cit., (p.301).

## 2.5 Doctrina de la pérdida de oportunidad

### 2.5.1 Orígenes y trascendencia actual

El concepto de “pérdida de oportunidad” era desconocido para la cultura jurídica española hasta finales de los años ochenta, cuando se importa de la doctrina y jurisprudencia inglesa y francesa. A partir de este momento se introduce este concepto en nuestra cultura jurídica. El sintagma “pérdida de oportunidad” es la expresión que se emplea para hacer referencia a aquellos pacientes que han perdido posibilidades de curarse o de sobrevivir.<sup>68</sup>

La pérdida de oportunidad se construye sobre el siguiente planteamiento: algunas enfermedades que en apariencia parecen curables luego, a pesar de un buen tratamiento, no lo son, mientras que, en otros supuestos, patologías incurables son finalmente vencidas. Sin embargo, en muchos casos debe intentarse la aplicación de un determinado tratamiento puesto que, de lo contrario “*se ha sacrificado culpablemente una oportunidad de recuperación o prolongación de la vida*”.<sup>69</sup>

La importancia de esta doctrina es que constituye un “*instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial*”<sup>70</sup>. La doctrina de la pérdida de oportunidad puede dar lugar a una indemnización cuando no se haya infringido la *lex artis* y concurre un daño antijurídico. Ahora bien, la jurisprudencia es contradictoria en este punto ya que, en muchos casos, reconoce infracción de la *lex artis* por pérdida de oportunidad, cuestión que, más adelante, será matizada.<sup>71</sup>

### 2.5.2 Concepto y delimitación por el Tribunal Supremo

A lo largo de los últimos años, los tribunales han contribuido a la formación de esta doctrina que se “*ha convertido en un recurso cada vez más habitual al que se acude en*

---

<sup>68</sup>L. Medina Alcoz, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad. Estudio doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, Ed. Thomson Civitas, 2007 (pp. 55 y 181).

<sup>69</sup>L. Medina Alcoz, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad...*, ob.cit., (p.69).

<sup>70</sup>Luna Yerga, Á., 2005. Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico sanitaria. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (núm.2). (p.3).

<sup>71</sup>STS de 28 de febrero de 2012 (RJ\2012\4307).



*el ámbito de la responsabilidad médica para salvar las dificultades de la prueba del nexa causal”.*<sup>72</sup>

Sin embargo, no es sencilla la aplicación de la misma debido a que, para ello, se deben tener en cuenta las circunstancias concurrentes, las características de los pacientes, las probabilidades de curación o supervivencia, las pruebas de las que se dispone, etc.

Así pues, esta doctrina debe ser entendida, en un primer momento, como una “figura alternativa” a la quiebra de la *lex artis*. Dispone el Tribunal Supremo que esta teoría puede dar lugar a una posible respuesta indemnizatoria “*en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio*”.

Matiza este Tribunal que, no nos estamos refiriendo al daño material que se produce como consecuencia de un hecho sino a la incertidumbre que, en su caso, se crea. Es decir, las dudas en torno a lo que hubiera sucedido si los servicios sanitarios hubieran actuado de otra forma. El Tribunal Supremo relaciona la pérdida de oportunidad con cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, “*pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable*”.<sup>73</sup>

Ahora bien, según el Tribunal Supremo, la pérdida de oportunidad consiste, precisamente, en no dejar de practicar actuación médica alguna así como tampoco omitir cualquier tratamiento posible. Es el retraso en el diagnóstico o bien la realización tardía de determinadas pruebas lo que permite concluir que existe infracción de la “*lex artis*” que, a su vez, genera una pérdida de oportunidad, en cuanto los resultados hubieran podido ser otros.<sup>74</sup>

Por tanto, ha de concluirse que hay posibilidad de aplicar esta doctrina en los casos en los que infrinja la *lex artis*. No obstante, como se apuntó en un principio, la

---

<sup>72</sup>Asensí Pallarés, E y Cid-Luna Clares, I., 2013. Evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (núm.8). (p.234).

<sup>73</sup>STS de 3 de diciembre de 2012 (RJ\2012\8508). Sentencia que, a su vez, alude a otras que se han manifestado en los mismos términos. Concretamente, STS de 13 de julio y 7 de septiembre 2005 y 4 y 12 de julio de 2007, entre otras.

<sup>74</sup>STS de 27 de septiembre de 2011(RJ \2011\5922).

jurisprudencia es contradictoria ya que es posible entender esta doctrina como una figura alternativa en los casos los que la quiebra de la *lex artis* no se ha producido.

### **2.5.3 Tipos: la *oportunidad de sobrevivencia* y la *oportunidad de curación***

Nos podemos encontrar ante una oportunidad de curación o bien ante una oportunidad de sobrevivencia. En el primer caso el paciente ha perdido la oportunidad de un tratamiento adecuado con la enfermedad o las lesiones. Por tanto, de haber existido un diagnóstico correcto y un tratamiento acorde con los padecimientos, estos hubieran disminuido o, incluso, desaparecido.

En el segundo caso, se ha privado al paciente de la oportunidad de sobrevivir. Es decir, en este caso el paciente muere como consecuencia de una actuación médica tardía o deficiente. Medina Alcoz ilustra la oportunidad de sobrevivencia aludiendo a un supuesto común: *“mujer que, al sufrir una hemorragia interna, acude a la consulta de un ginecólogo que, pese a las evidentes señales clínicas, no diagnostica el cáncer que padece, de modo que, cuando se detecta tiempo después, se encuentra en un estado tan avanzado que causa ya la muerte”*. Indica este autor, que la paciente podía haber contado con la oportunidad de sobrevivir cuando acudió a la consulta.<sup>75</sup>

### **2.5.4. Ámbito de aplicación y presupuestos**

La jurisprudencia ha establecido los criterios a tener en cuenta para aplicar esta teoría. Así pues, no procede su aplicación cuando *“hay razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño”*. Por tanto, a efectos de poder determinar una pérdida de oportunidad, es necesario que, en su caso, se trataran de posibilidades reales, serias y fundadas. Concretamente, hablamos de oportunidades que contienen un *“grado apreciable de probabilidad, siempre que no se halle rayana en la certeza”*. Ello implica *“dejar fuera innumerables situaciones de utilidad potencial que, constituyendo oportunidades, son comunes en el desenvolvimiento de la existencia de la personas”*.<sup>76</sup> Por tanto, no procede aplicar esta doctrina en aquellos casos en los que el paciente hubiera sufrido daños en cualquier caso (por ejemplo, un cáncer en fase terminal).

---

<sup>75</sup>L. Medina Alcoz, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad...*, ob.cit., (pp. 69 y 70).

<sup>76</sup>L. Medina Alcoz, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad...*, ob.cit., (pp. 87, 88,89).

A modo de ejemplo cabe citar el caso de una paciente con tumores malignos a la que se le diagnosticó metástasis “como consecuencia del retraso en la extirpación del inicial nódulo de su mama”. Sin embargo, en este caso, el Tribunal Supremo entendió lo siguiente:

*“...la teoría de la pérdida de oportunidad deviene inaplicable tras la constatación de que el perjuicio por el que se reclama no trae causa del funcionamiento del servicio público, sino de la propia evolución de la enfermedad y naturaleza”.*<sup>77</sup>

En este caso, los daños se hubieran desplegado igualmente aunque tal retraso no se hubiese producido. Las consecuencias sufridas por la paciente derivan de la propia naturaleza de la enfermedad. Por ello, el tribunal consideró que la doctrina de la pérdida de oportunidad no era aplicable en este supuesto.

Sin embargo, en otras situaciones, si se tienen en cuenta las posibilidades de éxito que hubiera tenido un determinado tratamiento. En tales supuestos, se entiende que ha existido una privación de expectativas:

*“...a pesar de que se hubiera producido un diagnóstico temprano, no podemos llegar a saber cuál hubiera sido el resultado final de la intervención practicada. Pero hubiera tenido más posibilidades de obtenerse un éxito, por lo que existe una privación de expectativas o posibilidades”.*<sup>78</sup>

Por tanto, esta doctrina debe relacionarse siempre con la incertidumbre causal. Los tribunales tienen en cuenta qué hubiera ocurrido si finalmente se hubiera aplicado un concreto tratamiento a efectos de determinar si existe o no pérdida de oportunidad. Como bien apuntamos en un principio, deben apreciarse probabilidades de curación o supervivencia para aplicar esta teoría.

---

<sup>77</sup>STS de 27 de noviembre de 2012 (RJ\2013\437).

<sup>78</sup>STS de 2 de enero de 2012 (RJ\2012\2).

Respecto a la incertidumbre a la que hemos aludido, esta podría definirse como la duda o inquietud sobre si, la correspondiente actuación médica, hubiera podido evitar o mejorar las condiciones de salud del paciente. Debe entenderse, por tanto, que este es uno de los requisitos principales en el momento de valorar si se ha privado al paciente de una oportunidad de tratamiento o supervivencia. Según el Tribunal Supremo, en este punto entran dos elementos “de difícil concreción”. Por un lado, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso y, por otro, el grado, entidad o alcance de éste mismo.<sup>79</sup>

A pesar de que “*la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que van a ser tratados con diligencia*”, por lo que es necesario que se apliquen los medios e instrumentos oportunos para cada caso. Así pues, la aplicación de los mismos exige que se acrediten las actuaciones omitidas así como las oportunidades perdidas. En base a lo anterior, el Tribunal Supremo determina que no se puede hablar de pérdida de oportunidad cuando “*no es posible acreditar la probabilidad de que la actividad omitida hubiera podido evitar o mitigar el daño*”.

Asimismo, en relación precisamente con esta incertidumbre a la que nos hemos referido, podemos concluir que la pérdida de oportunidad se da cuando es “*dudosa la existencia de nexo causal*”. Estas dudas giran en torno a lo que hubiera ocurrido si se hubieran adoptado las medidas pertinentes en cada caso.

Tal y como establece el Tribunal Supremo, lo que se plantea es que si “*de haberse adoptado las medidas que la buena praxis exigía era altamente probable que el daño no se hubiera producido y que las consecuencias que nos son conocidas se hubieran podido evitar*”.<sup>80</sup> Esta pérdida de oportunidad se encuentra conectada con la posibilidad de obtener unas consecuencias o resultados diferentes y, con toda probabilidad, más favorables para la salud y para la vida.<sup>81</sup>

Además, el Tribunal Supremo sostiene, de forma reiterada, lo siguiente:

---

<sup>79</sup>STS de 19 de octubre de 2011 (RJ\2012\6965).

<sup>80</sup>STS de 21 de diciembre de 2012 (RJ\2013\1165). El Tribunal Supremo recoge en esta sentencia otra de la misma sala y sección dictada el 30 de noviembre de 2011.

<sup>81</sup>STS de 23 de enero de 2012 (RJ\2012\342).

*“...para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de una actuación médica que evidencia mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó correctamente o con omisión de medios”.*

Sin embargo, en otros casos no concurren los presupuestos necesarios para determinar pérdida de oportunidad. Es decir, puede ocurrir que simplemente exista la constatación de un daño concreto antijurídico no dándose la ya mencionada privación de expectativas.<sup>82</sup> Un determinado perjuicio puede que no traiga causa del funcionamiento del servicio público sino de la propia evolución de una determinada enfermedad e incluso de la naturaleza del paciente.<sup>83</sup> Destaca el Tribunal Supremo<sup>84</sup> que a los servicios públicos de salud *“no se les puede exigir más que una actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria”.*

### **2.5.5 Técnicas probatorias**

La doctrina de la pérdida de oportunidad se caracteriza por la dificultad de la prueba del nexo causal:

*“...es precisamente en responsabilidad médico-sanitaria donde muestra mayor dificultad la prueba del nexo causal, motivada por la multiplicidad de causas y causantes a que puede obedecer el daño sufrido por el paciente...”<sup>85</sup>.*

En opinión de Medina Alcoz, la jurisprudencia no favorece el manejo de dichas pruebas. Existe una vieja tendencia que *“invoca la regla del libre arbitrio para exigir que los hechos sean demostrados con toda certeza”.* Por tanto, nos encontramos con que, el principal problema de la aplicación de esta doctrina, es que los tribunales no han establecido aún unos *“umbrales mínimos de certeza para estimar la responsabilidad”.*

---

<sup>82</sup>STS de 30 de abril de 2012 (RJ\2012\2816).

<sup>83</sup>STS de 27 de noviembre de 2012 (RJ\2012\7889).

<sup>84</sup>STS de 19 de junio de 2012 (RJ\2012\4530).

<sup>85</sup> Luna Yerga, Á., 2005. Oportunidades perdidas..., ob.cit., (p.2).

Por lo que, en aquellos casos en los que la causalidad es dudosa o, incluso, inexistente, es complicado determinar si existió o no pérdida de oportunidad.<sup>86</sup>

Medina Alcoz sostiene que los jueces y tribunales han venido desestimando reclamaciones indemnizatorias por falta de acreditación de un nexo causal que, en realidad, era verosímil o suficientemente probable. Por tanto, este autor nos intenta transmitir la rigidez que ha venido existiendo en los tribunales en materia probatoria cuando se trata de demostrar una pérdida de oportunidad. Sin embargo, se trata de una rigidez que se ha ido superando.

De forma progresiva, juzgados y tribunales “*invocan la idea de la oportunidad perdida para conceder indemnizaciones ante la falta de prueba de la conexión causal*”. Afirma Alcoz que, esta última tendencia, “*admite la relatividad del conocimiento humano para reparar daños aún sin la prueba patente del nexo causal*”.<sup>87</sup>

Es importante tener presente que los pacientes deben contar con la garantía de que serán atendidos con los medios e instrumentos que la ciencia médica ofrece a las administraciones sanitarias. Por consiguiente, es necesario que sea la administración la que justifique que actuó debidamente ya que, como bien señala el Tribunal Supremo: “*así lo demanda el principio de facilidad de la prueba aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas*”.<sup>88</sup>

#### **2.5.6 Breve referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad en casos de ausencia de consentimiento informado**

Una vez analizada la doctrina de la pérdida de oportunidad y, teniendo en cuenta la importancia del consentimiento informado en el ámbito sanitario, conviene hacer una breve referencia a la aplicación de esta doctrina en supuestos de ausencia de consentimiento informado. Han sido los tribunales los que han establecido cuándo debe declararse pérdida de oportunidad en estos supuestos.

---

<sup>86</sup>Asensí Pallarés, E y Cid-Luna Clares, I., 2013. Evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad..., ob.cit., (p.239).

<sup>87</sup>L. Medina Alcoz, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad...*, ob.cit., (pp. 192-198).

<sup>88</sup>STS de 7 de julio de 2008 (RJ\2008\6872).

Por su parte, el Tribunal Supremo entiende que la pérdida de oportunidad puede declararse en los casos en los que ha existido una deficiencia en la información ya que, en la mayoría de ellos, la administración no informa debidamente. En relación con esta idea se pronuncia la STS 3531/2010. En ella se aclara que:

*“...lo que es evidente es que nadie se revacuna de una enfermedad como la meningitis C si no tiene noticia de la insuficiencia de la vacuna anterior y es aquí, en la falta de información que provoca la pérdida de la oportunidad de proteger a los menores excluidos de la campaña , donde radica la dejación de funciones de la administración que, si bien puede ser libre para adoptar la decisión de revacunar gratuitamente, no lo debe ser para rectificar informaciones incompletas que colocan a los ciudadanos en la falsa seguridad de estar protegidos frente a una enfermedad...”*

Por consiguiente, en aquellos casos en los que ha existido una deficiencia en la información, el Tribunal Supremo ha entendido que los datos acerca de la situación real del paciente es un elemento a tener en cuenta en la indemnización que en su caso proceda.<sup>89</sup>

Por último, cabe citar una Sentencia del TSJ de Castilla la Mancha en la que se ella se califica “no razonable” el hecho de que no haber informado a la paciente sobre las características y riesgos de determinadas pruebas así como tampoco sobre las distintas alternativas posibles. El Tribunal Superior de Justicia entiende, en este caso, que ha sido el tratamiento lo que produjo el fallecimiento del paciente. Por tanto, no se aplicaría el principio de la pérdida de oportunidad.<sup>90</sup>

### **2.5.7 Indemnizaciones en los casos de pérdida de oportunidad**

Partiendo de la idea de que, la existencia de una lesión resarcible conlleva el deber de indemnizar, debe aludirse a las indemnizaciones en los casos de pérdida de oportunidad.

---

<sup>89</sup>STS de 27 de noviembre de 2012 (RJ\2013\435).

<sup>90</sup>STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de junio de 2009 (JUR\2009\302039).

En pocas palabras, esta pérdida se traduce en la privación al paciente de la posibilidad de curarse o de sobrevivir. Es, precisamente, la privación de estas expectativas el daño jurídico indemnizable.

En estos casos no se indemniza el daño que se ha causado sino la pérdida de oportunidad o la privación de expectativas sufrida.<sup>91</sup> En este sentido se han pronunciado los Tribunales Superiores de Justicia al entender que dicha indemnización “*no depende directamente de los resultados dañosos sufridos*”. Según este tribunal, se tendrá en cuenta el espacio de tiempo carente de actuación médica, el sufrimiento del paciente y la frustración de no haber conseguido una curación o mejoría. A igual conclusión ha llegado la doctrina: “*a efectos de indemnización, supone que se indemniza, no el daño final, sino el porcentaje de la oportunidad de haberlo evitado*”.<sup>92</sup>

Sin embargo, en ocasiones, las indemnizaciones establecidas por el Tribunal Supremo han incluido todos los perjuicios sufridos por la víctima cuando, en realidad, “*el daño se reducía estrictamente a la pérdida de posibilidades de curación*”.<sup>93</sup>

El Tribunal Supremo exige, para establecer una indemnización, que el recurrente pruebe el grado de probabilidad con el que la actuación médica hubiera podido producir un resultado beneficioso y la entidad de este beneficio.<sup>94</sup> Por tanto, aunque sea mínima la posibilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño “*basta con cierta probabilidad*” para que proceda la indemnización. No obstante, esta no será “*por la totalidad del daño sufrido*”, simplemente se reconocerá en una cifra que estimativamente tenga en cuenta “*la pérdida de posibilidades*”.<sup>95</sup>

Este alto tribunal también se manifiesta sobre la extensión del deber indemnizatorio indicando que, la indemnización que en su caso proceda, debe cubrir los daños y perjuicios sufridos. Todo ello con el fin de reparar, de forma integral, dichos

---

<sup>91</sup> STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2015 (JUR\2015\110647).

<sup>92</sup> Asensí Pallarés, E y Cid-Luna Clares, I., 2013. Evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad..., ob.cit., (p.232).

<sup>93</sup> Luna Yerga, Á., 2005. Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad..., ob.cit., (p.12).

<sup>94</sup> STS de 23 de enero de 2012 (RJ\2012\342).

<sup>95</sup> STS de 19 de junio de 2012 (RJ\2012\4530).



menoscabos. A este principio de reparación integral se refiere, igualmente, Santamaría Pastor<sup>96</sup>:

*“este principio de reparación integral supone no solo la indemnización del daño emergente o positivamente producido, sino también del lucro cesante, esto es, las ganancias o beneficios que no se percibieron como consecuencia de la privación producida por el evento dañoso...”*

Asimismo, el Tribunal Supremo añade que estos daños generan responsabilidad desde el punto de vista moral y no material. Hablamos pues de los casos en los que no se le ha informado debidamente al paciente así como en aquellos otros en los que, de haberse actuado de manera precoz y adecuada, se hubieran obtenido mejores resultados.

Para concluir debe tenerse en cuenta que, la cuantificación de los daños y, en su caso, de las oportunidades pérdidas en el ámbito sanitario, es una cuestión extremadamente ardua. Los tribunales tienen en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. En algunos supuestos, estos fijan las indemnizaciones a tanto alzado<sup>97</sup>, mientras que, en otros, determinan las correspondientes cantidades en base a unos baremos. No obstante, el Tribunal Supremo ha considerado, en varias ocasiones, que la suma indemnizatoria fijada por el baremo resulta insuficiente, debiendo los tribunales acudir a la jurisprudencia ya establecida en casos semejantes a efectos de determinar la cuantía final que corresponde al recurrente.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup>J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General II*, ob.cit., (pp. 514 y 515).

<sup>97</sup>STS 28 de febrero 2012 (RJ\2012\ 4307).

<sup>98</sup>STS de 3 de diciembre de 2012 (RJ\ 2013\582).

## *Conclusiones*

A lo largo de este estudio se han expuesto las principales características y requisitos de la responsabilidad patrimonial de la administración como paso previo para analizar la problemática existente en el sector sanitario. Hablamos de casos en los que existen errores de diagnóstico, infecciones con ocasión de actuaciones médicas, tratamientos inadecuados, etc.

Frente a tales conflictos destacamos que la respuesta del derecho debe ser clara y rotunda. Ahora bien, para que ello sea posible es necesario tener presente que los daños en este sector son habituales. Es decir, la actividad que se lleva a cabo en el ámbito de la administración sanitaria conlleva riesgos. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a supuestos en los que la ciencia médica no puede mejorar las condiciones del paciente ya que, bien por enfermedad o por accidente, su situación es irreversible. No obstante, en aquellos casos en los que es posible que el estado de un paciente mejore, el personal sanitario debe intentar curarlo. De no ser así y, si se generan daños al paciente que no tenía obligación de soportar, la administración deberá indemnizar al perjudicado.

Sin embargo, para que proceda la indemnización es imprescindible que concurren una serie de presupuestos: una lesión resarcible que, a su vez, debe ser efectiva, antijurídica, individualizable y evaluable económicamente, así como también que el daño se impute a la administración titular del servicio sanitario. Asimismo, debe darse una relación de causalidad entre la actuación de la administración y el daño. A esta lista de requisitos debe sumarse el criterio *lex artis*, es decir, no es suficiente con que exista una lesión sino que además es necesario que el personal sanitario no haya actuado correctamente. Igualmente, se incumple la *lex artis* cuando no se informa debidamente al paciente sobre su estado, tratamiento, medicación o posibles intervenciones quirúrgicas.

En definitiva y, en atención a lo expuesto, debe añadirse que los conflictos en materia de responsabilidad y, sobretodo, en el ámbito sanitario no son pocos. Nos encontramos ante una materia donde lo primordial es la salud de las personas. Por tanto, es necesario que la actuación del personal sanitario sea, dentro de sus posibilidades y conocimientos, lo más correcta y profesional posible puesto que, de lo contrario, la administración debe responder. Ahora bien, no siempre existe una evidencia absoluta sobre los presupuestos

que deben concurrir. Es decir, no en todos los casos es sencillo determinar si la administración debe hacer frente a una indemnización por los daños ocasionados.

Es precisamente en este punto donde debe aludirse a la *doctrina de la pérdida de oportunidad*. Es posible que, en casos en los que hay probabilidad (y no certeza) de que la administración es la productora de un daño, sea aplicable esta teoría correspondiendo una indemnización en proporción a dicha probabilidad.

La doctrina de la pérdida de oportunidad ha venido aplicándose continuamente por los tribunales cuando los pacientes han perdido oportunidades de curarse o de sobrevivir. Se trata de una teoría de formación jurisprudencial que facilita la prueba del nexo causal y que se aplica cuando existen dudas fundadas sobre lo que hubiera ocurrido si los servicios sanitarios hubieran actuado debidamente. Por ello, entiendo que su aplicación puede facilitar la determinación de la responsabilidad administrativa. Es una herramienta útil cuando, como se ha indicado, el nexo causal es dudoso. No obstante, tal y como ha dispuesto la doctrina científica, es necesario que los tribunales establezcan unos umbrales mínimos de certeza ya que, de lo contrario, su utilización podría ser excesiva.

En cualquier caso la aplicación de esta teoría no es sencilla en tanto que no podemos determinar, por ejemplo, que ha existido una oportunidad de *vivir* en aquellos casos en los que un paciente hubiera muerto en cualquier caso.

## ***Bibliografía***

- Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado, *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*, Editorial Aranzadi, 2009.
- J. González Pérez, Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Ed. Aranzadi, 5ª ed., 2010.
- Luna Yerga, Á., 2005. Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico sanitaria. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (núm.2).
- L. Medina Alcoz, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad. Estudio doctrinal y Jurisprudencia de Derecho de Daños Público y Privado*, Ed. Thomson Civitas, 2007
- Asensí Pallarés, E y Cid-Luna Clares, I., 2013. Evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (núm.8).
- P. Rodríguez López, *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Ed. Bosh S.A, 2004.
- J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General II*, Ed. Iustel, 2ª ed., 2009.
- F. J. Villar Rojas, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamento y límites.*, Ed. Praxis S.A, 1996.

## **Recursos electrónicos**

### *Relación de sentencias:*

- STS 10 febrero de 1998 (RJ\1998\1452).
- STSS de 7 de julio de 2008 (RJ \3665\2008) y de 10 de diciembre de 2009 (RJ\7958\2009).
- STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de junio de 2009 (JUR\2009\302039).
- STS de 27 de septiembre de 2011(RJ \2011\5922).
- STS de 19 de octubre de 2011 (RJ\2012\6965).
- STS de 2 de enero de 2012 (RJ\2012\2).
- STS de 23 de enero de 2012 (RJ\2012\342).

- STS de 28 de febrero de 2012 (RJ\2012\4307).
- STS de 30 de abril de 2012 (RJ\2012\2816).
- STS de 19 de junio de 2012 (RJ\2012\4530).
- STS de 9 de octubre de 2012 (RJ\2012\6507).
- STS de 27 de noviembre de 2012 (R\2012\437).
- STS de 3 de diciembre de 2012 (RJ\2012\8508).
- STS de 21 de diciembre de 2012 (RJ\2013\1165).
- STSJ Madrid de 27 de enero de 2015 (JUR\2015\4670).
- STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2015 (JUR\2015\110647).
- STSJ de 30 de junio de 2015 (R\4759\2015).

*Sitios web:*

- BUSCADOR Jurisprudencia. *Consejo General del Poder Judicial*.  
Disponible desde: [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial)
- BUSCADOR Jurisprudencia. *Thomson Reuters ARANZADI (Westlaw)*.  
Disponible desde: <http://www.aranzadidigital.es/maf/app/authentication/signon>