

CURSO: DAÑOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL POR ACCIONES DEL
PERSONAL FACULTATIVO: SUS INCIDENCIAS EN LOS DISTINTOS ORDENES
JURISDICCIONALES

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
SANITARIA. SU JURISPRUDENCIA MAS RELEVANTE.

José Guerrero Zaplana

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

INDICE:

1.- Que es la responsabilidad patrimonial de la administración; su fundamento. 2.- Características Principales de la responsabilidad patrimonial: directa y objetiva. 3.- Requisitos Generales. 4.- La lesión patrimonial y sus requisitos. 4.1 Efectividad del daño. 4.2 Evaluación Económica. El daño moral. 4.3 Individualización del daño. 5.- Antijuridicidad del Daño. 6.- La imputación y la relación de causalidad. 7.- La necesidad de emplear el criterio de la lex artis. 8.- Criterios jurisprudenciales relevantes.

RESUMEN:

Se expone en este trabajo el concepto general de la responsabilidad patrimonial de la administración partiendo desde su origen y fundamento general para llegar al concepto actual de responsabilidad patrimonial así como a las peculiaridades de esa forma de responsabilidad en relación a las reclamaciones que proceden de la asistencia sanitaria.

Se hace especial referencia a la necesidad de someter a un cierto control las reclamaciones que dan lugar a la estimación y ello puesto que se viene produciendo últimamente un desbordamiento de reclamaciones y es necesario que la estimación solo sea en relación a aquellas en que se cumplen las exigencias y el fundamento de la verdadera responsabilidad..

También se hace referencia, y se estudian con detalle, los requisitos básicos de la responsabilidad patrimonial: existencia de un daño, efectividad, evaluación económica y relación de causalidad. En relación a las reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria se detalla la exigencia de que la asistencia que se presta sea contraria a la *lex artis*.

Finalmente, se exponen los modernos criterios que utiliza la jurisprudencia para valorar las reclamaciones que se plantean en relación a la asistencia sanitaria: daño desproporcionado; conjunto de deficiencias asistenciales, pérdida de oportunidades y de los cursos causales no verificables.

1.- QUE ES LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

Se trata de una institución jurídica de introducción reciente en los ordenamientos jurídicos modernos y cuyo nacimiento se puede justificar de diversos modos que nos permitirán entenderla mejor y justificar los supuestos en los que debe admitirse su aplicación como forma de reparación de un determinado daño.

En cualquiera de estas actividades que lleva a cabo el Estado, puede ocasionar daños a los particulares y debe responder de dichos daños igual como debería hacerlo, por aplicación del artículo 1902 del Código Civil, cualquier otro sujeto de derecho que ocasionara daños a otro sujeto. No obstante, al Estado, al regirse por sus propias normas, distintas de las que rigen la actuación de los particulares, se le aplican distintos preceptos que regulan y contemplan las formas de reparación del daño causado a terceros; esas normas que regulan la responsabilidad por los daños ocasionados por las diferentes administraciones son las que se recogen dentro de lo que se conoce como responsabilidad patrimonial de la administración.

También se puede justificar la responsabilidad patrimonial haciendo referencia a que junto al principio de legalidad como fundamento o pilar del derecho administrativo, existe otro pilar y que puede enunciarse en dos principios: Debe exigirse de la administración que actúe, pero debe exigirse que dicha actuación se produzca siempre con arreglo a la ley. En segundo lugar, si bien la administración debe actuar con arreglo a la Ley, debe exigirse también que indemnice los daños que resulten de dicha actuación.

Hoy día se regulan en el ordenamiento jurídico diversos supuestos de responsabilidad de la Administración, de modo tal que se produce una «hiper protección» frente a los ataques de la Administración en relación a toda clase de posibles perjuicios que puedan ocasionarse al particular a consecuencia de la actuación de la Administración. Pero esto no siempre ha sido así, la consideración de que la Administración debe responder de los daños y perjuicios que pueda ocasionar a los particulares a consecuencia de su funcionamiento ha sido muy reciente en la historia del derecho.

Actualmente, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado se recoge, además de en los artículos 9.3 y 106 de la Constitución, en la Ley de Procedimiento Administrativo Común (la Ley 30/1992) y en sus normas de desarrollo. Dice el artículo 139 de la Ley 30/92 al realizar la definición legal de la responsabilidad patrimonial que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

No es retórico realizar una referencia al fundamento de la responsabilidad patrimonial y esto tiene un único objetivo y es que, en su momento, debamos acudir a dicho fundamento para determinar si en un supuesto determinado se debe dar ó no lugar

a la reparación sobre la base de valorar si en ese caso concreto la reparación pretendida se encuadra en lo que era el origen de la responsabilidad patrimonial. Desde este punto de vista veremos como la responsabilidad patrimonial se puede basar en la existencia del daño; en el perjuicio que no existe obligación de soportar; en un criterio de solidaridad social, en el aseguramiento general de la actividad de la administración ó en que sirva de una forma de control de la legalidad.

Actualmente, y sin perjuicio de admitir en algunos supuestos otro fundamento, se considera que si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar, con mayor o menor intensidad a todos los ciudadanos, lo justo es que si con ello se causa algún perjuicio, éste se distribuya también entre todos, de forma que el dato objetivo de la causación de una lesión antijurídica por la actuación de la Administración constituye ahora el fundamento de la responsabilidad de la misma. La responsabilidad por tanto, surge con el perjuicio que se causa, independientemente de que éste se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los poderes públicos y de quién haya sido concretamente su causante. Se hace necesario, pues, que el quebranto que se ocasiona a un particular derivado del funcionamiento del servicio publico, se reparta entre toda la colectividad, reparto que se hace mediante el pago de la indemnización que se señale como consecuencia de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración; esta postura, pues, atiende a un criterio que se podría denominar como de «socialización del riesgo».

Resulta que el dato de la causación de un daño a consecuencia del funcionamiento del servicio publico se convierte en el fundamento de la responsabilidad patrimonial. La responsabilidad surge así con el perjuicio que se causa, independientemente de que éste se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los poderes públicos y de quién haya sido concretamente su causante, el fundamento radica en la necesidad de que la administración se haga responsable del daño causado a cualquier particular derivado del funcionamiento del servicio.

La responsabilidad patrimonial también se puede fundar en el PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD que resulta del estado social y de derecho (artículo 1 de la Constitución) de modo tal que se viene a configurar la responsabilidad patrimonial como una institución que tiende a lograr el aseguramiento colectivo frente a todo daño que pueda resultar de la actividad de la Administración. Si un particular sufre un daño provocado por la actuación de otro particular debe repararse dicho daño por aplicación de lo previsto en el artículo 1902 del Código Civil, pero si el daño deriva del funcionamiento del servicio publico, debe ponerse en marcha el mecanismo de la responsabilidad patrimonial.

Hoy día resulta que se ha convertido la responsabilidad patrimonial en una forma de garantizar el ASEGURAMIENTO COLECTIVO derivado de la posibilidad de que se produzca un daño derivado del funcionamiento del servicio publico, no puede desconocerse como hoy día, es fácil encontrar jurisprudencia que se opone a la consideración de la administración como simple aseguradora colectiva y trata de reconducir la responsabilidad patrimonial a los casos en que verdaderamente sea exigible. Los excesos que se han producido con ocasión de multitud de reclamaciones dirigidas contra las administraciones publicas con ocasión de cualquier clase de actuación han puesto de manifiesto como dichos excesos habrían podido provocar que se considerase a la administración como aseguradora universal cuya implantación real podría ocasionar la quiebra de los servicios públicos que debieran indemnizar cualquier circunstancia ó daño. Por ello, es preciso emplear la máxima prudencia a la hora de considerar a la administración como aseguradora.

Los CONTROLES DE LEGALIDAD no son suficientes puesto que la responsabilidad patrimonial supera el criterio de ilicitud de una conducta: no se indemniza el daño cuando se ha realizado por una conducta ilegal; cuando se indemniza por la vía de la responsabilidad patrimonial es cuando el daño es antijurídico, es decir, cuando un particular sufre un daño que no debía sufrir y que procede del funcionamiento del servicio público. La responsabilidad patrimonial es una forma de solidaridad colectiva que indemniza cuando el funcionamiento del servicio público ha ocasionado un daño a un determinado particular que reclama.

La obligación de reparar los daños causado por la administración a consecuencia de la realización de un acto antijurídico es posible mediante la impugnación contencioso administrativa de ese acto, pero existen multitud de otros actos que emanan de las administraciones públicas que no son ilegales ni ilícitos (no son antijurídicos) pero que, sin embargo, ocasionan daños a los administrados y para la reparación de estos daños (y solo de estos daños) existe la responsabilidad patrimonial de la Administración. El problema surgirá a la hora de someter a límites las exigencias de reparación con el fin de que la administración solo repare aquello a lo que está verdaderamente obligado siguiendo los parámetros que sirvieron para la creación de la responsabilidad patrimonial.

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

2.- CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: DIRECTA Y OBJETIVA

Estas dos características son las que identifican la responsabilidad patrimonial de la administración y las que la diferencian de la responsabilidad extracontractual procedente de lo que señala el artículo 1902 del Código Civil.

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

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

obligatoria.

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

La objetividad de la responsabilidad patrimonial hace que solo sea necesario la demostración del nexo causal pero una aplicación literal de esta forma de responsabilidad haría que se pudiera pretender que se indemnizara en todos aquellos casos en que existe dicho nexo causal y eso, aplicado sobre reclamaciones relativas a la salud, llevaría a resultados inadmisibles pues no tomaría en cuenta que la enfermedad es consustancial al ser humano y que no siempre se vence en la lucha contra la enfermedad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo ha entendido y ha valorado como la responsabilidad patrimonial como puramente objetiva debe someterse a límites para evitar soluciones insatisfactorias; así resulta de la sentencia de fecha 23 de Septiembre de 2009 dictada en el recurso 89/2008 cuando habla de que “nuestra jurisprudencia matiza, modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, afirmaciones como las que ahí se contienen, introduciendo para ello como primer elemento corrector el de la "lex artis". Así, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria". La sentencia del recurso 89/2008 afirma que la jurisprudencia correcta es la matiza y modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, afirmaciones tajantes de objetividad introduciendo para ello como primer elemento corrector el de la "lex artis". Así, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria".

La conclusión fundamental de la nota de objetividad de la responsabilidad patrimonial es la que se refiere a que el daño producido por el funcionamiento del servicio público debe ser antijurídico y lo será en los casos en que el riesgo inherente a la utilización de dichos servicios públicos debe haber rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social; desarrollaremos más extensamente esta idea cuando nos refiramos al criterio de la lex artis como determinante del surgimiento de la responsabilidad patrimonial. Adelantamos ya que la consideración de la responsabilidad patrimonial como objetiva supone que la administración responderá por esta vía cuando se ocasione un daño que el perjudicado no tenga obligación de responder y siempre cuando sea consecuencia del

funcionamiento de un determinado servicio publico; la imputación del daño a la administración será la circunstancia que permitirá justificar la determinación de la responsabilidad.

La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso 2241/20011 (de fecha 5 de Junio de 2012) aborda directamente esta cuestión de la consideración de objetiva de la responsabilidad patrimonial cuando habla de que “Como que frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/2004, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.

3.- REQUISITOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

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

Los requisitos que esa muy reiterada jurisprudencia considera precisos para que surja la responsabilidad patrimonial son, básicamente, los siguientes: a) efectiva realidad del daño y que éste sea efectivo, individualizado y en relación con una persona o grupo de personas; b) que el referido daño sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; c) que exista una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre la actividad de la administración y el resultado producido y ello sin intervención de elementos extraños que pudieran romper el nexo causal; d) ausencia de fuerza mayor.

Con más detalle la sentencia de la misma Sala de fecha 13 de abril de 2005 (Rec. 5588/2002), y aunque no se refiere a una reclamación relativa a la asistencia sanitaria, ha recogido una completa doctrina sobre la responsabilidad patrimonial sanitaria y ha establecido como requisitos los siguientes:

1. Realidad de un resultado dañoso (sentencias de 17 de diciembre de 1980, 13

de noviembre de 1981 y 20 de enero de 1982), incluyéndose en el daño el lucro cesante (sentencia de 22 de diciembre de 1982).

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

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

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

4.- LA LESIÓN PATRIMONIAL Y SUS REQUISITOS

El artículo 139.2 de la Ley 30/1992 es el primero de los requisitos que menciona al regular la responsabilidad patrimonial y ello cuando habla de que «En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas». La lesión debe reunir una serie de requisitos que pasamos a enumerar: efectividad; evaluable económicamente e individualizado.

4.1.- Efectividad del Daño.

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

También los requisitos de efectividad y certeza son exigibles cuando lo que se reclama es la indemnización del lucro cesante o ganancias dejadas de obtener. La sentencia de la misma Sala 3.^a del Tribunal Supremo de fecha 22 de febrero de 2006 (Rec. 1761/2002) insiste en esta cuestión cuando afirma que «Como ha reconocido hasta la saciedad la jurisprudencia de esta Sala, la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas».

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

En los casos de nacimientos de niños aquejados de graves taras ó problemas neurológicos es frecuente que el Tribunal Supremo utilice el siguiente razonamiento: “En modo alguno se prueba que el menor esté afectado por un daño moral, perjuicio dotado de una gran subjetividad, y que para ser indemnizado necesita de una prueba que denote o ponga de manifiesto no una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave, que no parece afecte al menor, que al no estar limitado intelectualmente, está en condiciones de integrarse socialmente con las limitaciones que ya se pusieron de relieve.

Como hemos declarado en la sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de cuatro de noviembre de dos mil ocho, recurso de casación número 4936/2004, "no hay nacimientos equivocados o lesivos, ya que el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida". Y desde luego en este supuesto ello no ofrece duda”¹.

La aplicación del principio de reparación integral no justifica que se incluyan dentro del importe de reparación daños que, mas bien, tienen la consideración de hipotéticos: la sentencia de la Sala Tercera de fecha 21 de Diciembre de 2012 (Rec. 5521/2010) explica esta cuestión y pone freno a las infundadas expectativas de reclamación sobre la base del siguiente razonamiento: Tiene razón el recurrente al señalar que la reparación del daño causado debe ser integral o *restitutio in integrum* y que tal reparación ha de incluir, de haberse producido, el denominado daño moral entendido éste como el causado al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral. Sin embargo, la pérdida de expectativas de negocio, que es lo que el recurrente llama daño moral , no entra dentro del concepto expresado, sino que se trata de perjuicios de naturaleza económica, de carácter eventual y meramente hipotético, contrarios, en cuanto a su exigibilidad, al art. 139, apartado 2, de la Ley 30/1992, que impone la realidad y efectividad del daño para que éste pueda ser indemnizado. Así se ha expresado también por la Jurisprudencia, que ha señalado que la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros "sueños de ganancias" como se denominaron en la Sentencia de 15 de octubre de 1986, ya que no cabe que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto (STS de 31 de enero de 2008)”.

De lo expuesto resulta que sólo se puede declarar la responsabilidad patrimonial si se acredita la realidad del daño y si se ha probado éste de modo suficiente lo que nos

¹ Sentencia de 29 de Junio de 2011; Rec. 3161/2007.

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

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

En relación a la carga de la prueba, no puede olvidarse que la Administración no queda exonerada de toda carga probatoria y ello pues también debe acreditar las circunstancias que sean a su cargo y de las que pueda resultar la obligación de indemnizar o que puedan haber tenido influencia para la producción del resultado dañoso de que se trate. Una vez determinada la existencia del daño, resulta que es sobre la Administración sobre la que recae la carga de probar la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el standard de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial de los usuarios del servicio derivadas de la acción de tercero y para reparar los efectos dañosos en el caso de que se actúe tales situaciones de riesgo. Se trata, pues, de una carga de la prueba compartida en la que la actuación de perjudicado y administración a lo largo del procedimiento de reclamación debe ser conjunta para responder cada parte a la carga que sobre ella recae.

La administración frente a la que se reclama tiene la carga de probar la influencia de la actuación de terceros que puede servir para romper el nexo de causalidad «por aplicación de los principios de la carga de la prueba contenidos en el artículo 1214 del Código Civil, es claro que corresponde a la Administración titular del servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, y salvo en el supuesto de hecho notorio le corresponde también a la Administración acreditar aquellas circunstancias de hecho que definen el standard de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos producidos por los mismos» (STS dictada en el Rec. 38/202). No obstante, la cuestión de la influencia de la conducta de terceros en la producción del daño indemnizable será una cuestión que deberemos abordar más adelante al tratar la relación de causalidad.

Es importante referirse al principio de la facilidad de la prueba que tiene una enorme aplicación dentro de la materia de las responsabilidades sanitarias; según este principio, es aquel que dispone de la historia clínica ó quien tiene a su alcance los medios probatorios quien debe acreditar los hechos básicos que estaban a su cargo; así, cuando desaparece determinada documentación esencial de la historia clínica, es la administración ó el titular de la historia, quien debió acreditar el contenido razonable de dicha historia (Rec. 9303/03) pues otra cosa haría recaer sobre el perjudicado una prueba que no podría ser atendida por esta parte.

4.2.- Evaluación Económica. El Daño Moral.

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

Los supuestos de reclamación por supuestos daños morales son cada vez más abundantes y junto a las clásicas reclamaciones relativas al daño moral por el fallecimiento de un pariente o por las lesiones padecidas o por la defectuosa asistencia médica recibida, es frecuente que muchas de las reclamaciones en las que se solicita la indemnización por los daños morales enmascaren reclamaciones por daños no justificables, en las que no es posible cuantificar el importe de dichos daños y, por ello, se reclaman bajo este concepto de daño moral.

Los daños morales, aun considerándose evaluables económicamente, no puede dudarse de que deben ser sometidos a una valoración conjunta, racional y prudente en la que se tomen en consideración todos los elementos de cuantificación que se puedan aportar por la parte interesada y que, además, es necesario que en dicha valoración se actúe con especial cuidado y mesura pues, precisamente por su dificultad de valoración, puede inducir a los perjudicados a tratar de imputar a los daños morales aquellas cantidades que no pueden probar como daños materiales, que precisan de una cuantificación y prueba mucho más exigente.

Es necesario que las sentencias que se pronuncien con ocasión de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial detallen y pormenoricen el razonamiento lógico que han podido seguir para fijar el importe indemnizatorio finalmente señalado. En relación a esta cuestión, la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.^a de 17 de enero de 2006 (Rec. 8425/1999) se ha referido, tras la cita de la jurisprudencia constitucional relativa a la necesidad de motivación de las sentencias, a la suficiente explicación ofrecida por la sentencia de instancia sobre la cantidad fijada como indemnización en el caso objeto de recurso: «se indican los criterios jurisprudenciales a tener en cuenta para efectuar la valoración del daño y cuantificación de la reparación, para pasar a examinar la valoración realizada por la parte, señalando los conceptos que no entiende indemnizables y la razón de ello, así como la distinta valoración de los conceptos que considera deben ser objeto de reparación, terminando por fijar la correspondiente indemnización, de manera que las alegaciones que formula la recurrente respecto de las secuelas (disnea, parálisis de las cuerdas vocales y alteraciones de la deglución), la graduación del daño moral, incapacidad temporal, denegación de minuta de letrada, en realidad lo que ponen de manifiesto es la disconformidad con la motivación de la sentencia, por distintas razones, y no la falta de una respuesta a tales cuestiones» por lo que considera que ninguna irregularidad se ha producido. Estas exigencias relativas a la adecuada motivación deben relacionarse con la muy restringida recurribilidad en casación de la cuestión relativa a la fijación del importe indemnizatorio, cuestión a la que nos referiremos mas adelante.

La extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce lo dispuesto en los artículos 106.2 de la CE y 139.1 de la Ley 30/1992, al PRINCIPIO DE

REPARACIÓN INTEGRAL. La sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.^a que acabamos de citar de fecha 17 de enero de 2006 (Rec. 8425/1999) acepta la fundamentación de la sentencia de instancia en las consideraciones que realiza sobre que la responsabilidad patrimonial de la Administración conlleva la reparación integral de los daños y perjuicios producidos; en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de abril de 1998 estableció que «a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración se persigue la consecuencia de una situación de indemnidad o reparación integral por aquel que ha sufrido una lesión antijurídica como consecuencia del normal o anormal funcionamiento de un servicio público». Por lo tanto, para determinar en cada caso si se ha llegado a dar cumplimiento al principio de reparación integral, lo que es preciso es determinar si el patrimonio del administrado ha quedado inalterado, pues solo en ese caso podrá entenderse que la reparación ha sido íntegra, real y efectiva.

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

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

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

También en relación con el principio de reparación integral debe tomarse en consideración como es posible que se reciban prestaciones que tienen origen diverso que reparan el daño cuya indemnización se pretende y dichas cantidades deben tomarse en consideración a la hora de cuantificar el importe total recibido a resultas del daño por el que se reclama; así la jurisprudencia admite que coexistan la indemnización por responsabilidad patrimonial y las prestaciones del sistema público de la Seguridad social (Sentencia de 3 de noviembre de 2008, recurso de casación 5803/2004) pero siempre que la suma de lo recibido como pensión y como indemnización no supere la cuantía del daño (Sentencia de 17 de junio de 2008, Rec. casación 404/2004), sentencia 3 de julio 2009, Rec. casación 334/2005). La deducción de cantidades ya percibidas en cualidad de indemnización, bien del proceso penal, bien del reconocimiento concedido en el Real Decreto Ley 4/93, de 26 de marzo, procede de sentencias ya antiguas como

la dictada con ocasión de la rotura de la Presa de Tous (reproduce estos criterios la sentencia de la Sala Tercera dictada en el recurso 3367/2008)..

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

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

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

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

La jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo reconoce con toda claridad la necesidad de que se proceda a realizar una actualización de las indemnizaciones, y ello para garantizar la reparación integral; la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1998 (Rec. 7223/1993), justifica la necesidad de actualización del siguiente modo: «Esta sala viene considerando como uno de los instrumentos adecuados para hacer efectivo el principio de indemnidad que palpita tras la institución de la responsabilidad patrimonial de la administración —junto con otros posibles procedimientos de actualización o compensación de la mora, como el abono de intereses (sentencia de 20 de octubre de 1997)—, la consideración de la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (sentencias de 15 de enero de 1992, 24 de enero de 1997 y 16 de diciembre de 1997, entre otras)».

Los criterios de actualización serán, además de los fijados por el artículo 141.3

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

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

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

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

Lo frecuente en las sentencias que últimamente dicta el Tribunal Supremo es que cuando fija una cantidad como importe de la indemnización, considera que la cantidad está actualizada al momento de dictarse la sentencia por lo que no es precisa la revalorización ni el cálculo de intereses.

5.- ANTIJURIDICIDAD.

La Ley 30/1992 enuncia este requisito cuando habla en el artículo 139 de que «Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que no tenga la obligación de soportar de acuerdo con la Ley».

La exigencia de la antijuridicidad no puede confundirse con que sea contrario a derecho el actuar de la Administración, sino que quiere decir que el daño debe ser tal que el sujeto que lo padece no debe tener obligación de soportarlo de modo que no todos los menoscabos que puede causar la administración son susceptibles de generar responsabilidad de la Administración (si se reúnen el resto de requisitos) sino que ello solo sucederá respecto de aquellos daños que no tienen amparo en una norma y que el

perjudicado no tiene obligación de soportar. Esta nota de la antijuridicidad está muy en relación con el fundamento de la responsabilidad patrimonial y ello pues son lesiones antijurídicas aquellas que gravan a un ciudadano de modo distinto y más perjudicial que a los demás tratando la responsabilidad patrimonial de evitar que unos ciudadanos sean de peor condición que otros.

Es esencial tomar en consideración que la nota de la antijuridicidad se predica siempre del resultado o del daño que padece aquella persona que reclama que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración pero no se predica de la actividad administrativa y ello pues la responsabilidad patrimonial surge independientemente de que la actividad administrativa sea normal o anormal ó sea contraria ó no al ordenamiento jurídico. Así lo viene estableciendo la jurisprudencia más estable de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, pudiéndose citar la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2005 (Rec. 5078/2002) que en un supuesto en el que se reclamaba por los daños derivados de una intervención en que se produjeron unos riesgos inherentes a la misma intervención y de los que no había sido informado el paciente, habla de que «es doctrina jurisprudencial consolidada la que, entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (sentencias de 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993; 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 y 19 de noviembre de 1994; 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995; 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo y 24 de mayo de 1999 —recurso de casación 1311/1995, fundamento jurídico tercero—), aunque, como hemos declarado en esta última, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido».

Puede expresarse esta exigencia con el siguiente principio: “no es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, o dicho en otros términos cuando la ley -o el reglamento de acuerdo con la ley- no obliga al perjudicado a soportar el daño”². Es muy expresiva lo que afirma la Sala Tercera del TS cuando afirma en el recurso 4321/2010 que “La antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración”.

Más reciente es la sentencia de 7 de Julio de 2011 que en el recurso 1649/2007 afirma que “La responsabilidad patrimonial de la administración derivada del funcionamiento de los servicios públicos nace del art. 106.2 CE, que atribuye al legislador la regulación del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que no acontece con la responsabilidad civil de sujetos privados domiciliada en la culpa o negligencia (arts. 1902 y 1903 C. Civil). La actual configuración del régimen de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones públicas se encuentra regulada en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, LRJAPAC. Concretamente en sus arts. 139 y siguientes que la configuran como objetiva o de resultado de manera que lo relevante es la antijuridicidad del daño o

² Procede de la sentencia dictada por la Sala Tercera en el recurso 734/2008.

lesión. No debe olvidarse que conforme a reiterada jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, Rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. En consecuencia es la antijuridicidad del resultado o lesión lo relevante para la declaración de responsabilidad patrimonial imputable a la Administración por lo que resulta necesaria la acreditación de su acaecimiento.

La diferencia entre aquellas reclamaciones que se estiman y aquellas que se rechazan radica, no en que se haya producido una conducta contraria al ordenamiento jurídico sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no debe tener el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga. La sentencia dictada por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 2005 (Rec. 339/2004) plantea la cuestión de la antijuridicidad en relación con el concepto de lesión y establece el siguiente razonamiento: «El primer requisito, la existencia de un daño, como una consolidada doctrina jurisprudencial ha perfilado, requiere la existencia de una lesión resarcible; lesión resarcible que constituye un concepto técnico-jurídico no equivalente al de daño económico o simple detrimento patrimonial. La lesión resarcible se produce cuando el daño patrimonial existente es objetivamente antijurídico. No es, por ello el aspecto subjetivo de una actuación antijurídica de la Administración lo que determina el nacimiento de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio en el sentido de que los administrados no estén obligados a soportarlo».

La concurrencia del elemento de la antijuridicidad es el que lleva a que solo se considere que es un daño indemnizable aquel que hace recaer sobre un concreto ciudadano daños que él solo no tiene la obligación de soportar; de ahí que, por ejemplo, si el Servicio Autónomo de Salud (entre cuyos fines está el promover la salud de los ciudadanos) ocasiona un daño a un concreto ciudadano, debe entenderse que ese daño es antijurídico, pues no puede admitirse que la generalidad de los ciudadanos obtengan la salud con el uso de dicho Servicio, y uno obtenga un daño. La responsabilidad de las Administraciones Públicas (según resulta de la sentencia dictada en el recurso de casación 2241/2011) no resulta que por objetiva esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deba tener obligación de soportar por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento. Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*

La falta del elemento de la antijuridicidad hace que se considere que no existe responsabilidad patrimonial, por no ser el daño antijurídico y tener obligación de soportarlo, en aquellos supuestos en los que se sufren daños que son inherentes a operaciones quirúrgicas de alto riesgo en las que nunca está asegurado un resultado positivo o en supuestos de vacunaciones obligatorias ó en aquellos que se refieren a actuaciones medicas impuestas de modo coactivo por razones de salubridad pública. En las sentencias en que se trató la cuestión del contagio de sangre contaminada con el virus de la hepatitis C o el SIDA fue precisamente la falta de la nota de la antijuridicidad del daño y de la obligación o no de soportar el mismo lo que se convirtió en esencial en este tipo de reclamaciones para concluir que no existía responsabilidad patrimonial de la administración al no haberse podido prever el resultado por aplicación

de lo previsto en el artículo 141.1 de la Ley 30/92.

6.- LA IMPUTACIÓN Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

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

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

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

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

Sobre esta cuestión volveremos más adelante, al momento de estudiar en que forma la responsabilidad patrimonial se pone en marcha a la hora de reparar los daños que proceden de formas de prestación asistenciales que no han sido prestadas, directamente, por el Servicio Autonómico de Salud correspondiente. No obstante, es necesario señalar que la responsabilidad patrimonial cubre los daños que derivan de muy diversos modos de funcionamiento de los servicios públicos y lo esencial en los casos frontera ó casos límites es la clase de prestación ó clase de servicio de que se trata y no quien sea el que directamente presta dicho servicio; la jurisprudencia tiene establecido que a los fines del art. 106.2 de la Constitución debe homologarse como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo; obviamente, la prestación sanitaria tiene siempre un contenido propiamente público e integra una responsabilidad que el artículo 149.1.23 atribuye al Estado en su contenido básico.

La responsabilidad patrimonial de la Administración surgirá (en la dicción tanto del

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

7.- LA NECESIDAD DE EMPLEAR EL CRITERIO DE LA LEX ARTIS.

La necesidad de frenar el incremento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial se ha sentido desde hace mucho tiempo, sobre todo en las reclamaciones que derivan de la asistencia sanitaria pública en la que el carácter objetivo de la responsabilidad podría hacer que se produjeran situaciones incompatibles con el sentido jurídico si se debieran indemnizar todos los supuestos en los que se pudiera establecer una simple relación de causalidad entre la actividad administrativa y el resultado producido sobre la salud del paciente. Efectivamente, la circunstancia de que la asistencia sanitaria no consiga restablecer la salud del paciente, no puede interpretarse como una circunstancia que deba dar lugar a responsabilidad y ello a pesar de que pueda establecerse la oportuna relación de causalidad entre la asistencia prestada y el resultado de falta de salud. En los casos de pacientes con graves enfermedades terminales ó con patologías de alto riesgo es fácil distinguir que una cosa es la relación de causalidad que puede establecerse entre la asistencia y el resultado y otra cosa que por el simple hecho de que se pueda establecer dicha relación sea factible imputar el resultado a la prestación asistencial y no a la previa patología del paciente.

Si se debiera dar lugar a la responsabilidad en todos los supuestos en los que, simplemente, puede establecerse la oportuna relación de causalidad entre la prestación sanitaria y el resultado producido, debería responderse en supuestos absolutamente inadecuados en los que se puede establecer el correspondiente nexo de causalidad, pero no puede entenderse que la administración deba responder de los daños pues las consecuencias dañosas (las molestias de un tratamiento de quimioterapia ó el hipotético fallecimiento) no derivan tanto de la prestación sanitaria recibida sino de la patología previa del paciente.

La forma mas correcta de delimitar los supuestos de verdadera responsabilidad, consiste en añadir un “plus” a la exigencia de la relación de causalidad: no basta solo con exigir que exista relación de causalidad, se debe exigir, además, que la prestación sanitaria se haya producido con infracción del criterio de la lex artis de modo que la simple existencia de relación de causalidad no determina por sí la existencia de responsabilidad siendo exigible que la asistencia prestada, aún siendo formalmente correcta, haya infringido ese criterio de normalidad.

En los supuestos de asistencia prestada por la medicina privada, en la que, como hemos visto, no juega el criterio de la objetividad sino el criterio de la culpa, basta con la mayor exigencia en la determinación y acreditación de la culpabilidad para tratar de fijar los supuestos en los que se debe dar lugar a la responsabilidad

En cualquier caso, estemos ante un supuesto de responsabilidad objetiva o de responsabilidad por culpa, la aplicación de ese “plus” que permita reducir los supuestos

en que haya lugar a la responsabilidad solo a los supuestos de verdadera necesidad, hace necesario atender no a criterios de ilicitud ó de culpa (propios de otras formas de responsabilidad) sino que debe atenderse a un criterio distinto como puede ser el de la corrección de la asistencia sanitaria prestada sobre la base de ese criterio de normalidad que representa la *lex artis* a que nos referiremos mas adelante.

No parece difícil ofrecer un concepto genérico de lo que deba considerarse como “*lex artis*”; parece que debe entenderse que una actuación medica acomodada a la *lex artis* es aquella actuación de los profesionales de la salud tratando a un determinado paciente del modo que mejor se acomode a la técnica medica de cada caso; es de sobra conocido que cuando se habla de *lex artis*, se debía hablar de “*lex artis ad hoc*”; es decir, se trata de la técnica medica acomodada a las circunstancias de lugar y tiempo en que se presta una determinada asistencia.

Obviamente, no es igual la respuesta que debe ofrecerse a un paciente que acude a las Urgencias de un gran hospital que la asistencia que pueda ofrecerse a un paciente que, con la misma patología, acude a un pequeño consultorio rural dotado, exclusivamente, de los medios mas básicos para la asistencia; aunque en ambos casos la asistencia sea muy diferente, puede que en los dos se produzca una asistencia acomodada a la *lex artis*. Por eso, tampoco en este punto, es posible realizar pronunciamientos generales sino que será, en el análisis de cada caso concreto, como podremos determinar la realidad de si una asistencia se ha acomodado a las circunstancias de cada momento y de cada paciente.

Los protocolos médicos emanados de las sociedades científicas ó de las Academias establecen unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico con lo que se facilita extraordinariamente la determinación de la *lex artis* de cada caso admitiendo siempre que las circunstancias de cada caso puedan servir para valorar la corrección de la prestación asistencial.

Hoy día, la jurisprudencia de la Sala Tercera sigue utilizando el criterio de la *lex artis* como delimitador de la normalidad de la asistencia sanitaria y como limite para frenar la excesiva objetivización de la responsabilidad patrimonial; podemos referirnos a la sentencia de fecha 30 de Septiembre de 2011 (Rec. 3536/2007) cuando habla, citando otras sentencias anteriores, de que la responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992); nada más y nada menos.

Nuestra jurisprudencia matiza, modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, la objetividad de la responsabilidad utilizando para ello como primer elemento corrector el de la “*lex artis*”. Así, como mero

ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria".

De modo mas conciso, la sentencia de fecha 30 de Septiembre de 2011 dictada en el recurso 3536/2011 vincula claramente la existencia de responsabilidad patrimonial con la infracción de la *lex artis* cuando afirma que: la observancia o inobservancia de ésta (se está refiriendo a la *lex artis*) es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad.

8.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES.

LA DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO

Se trata de un criterio de imputación de la producción de un daño cuando se produce una disparidad evidente entre el resultado que cabía esperar y el realmente producido; también se le conoce como doctrina del "daño clamoroso" lo que ya nos pone muy en la pista de los requisitos que deberán exigirse para su apreciación.

Desde hace mucho tiempo, la jurisprudencia admite este criterio que tiene como efecto liberar sustancialmente de prueba al recurrente en estos casos en que el resultado que se ha producido aparece como claramente superior y mas perjudicial del que, razonablemente, cabía esperar y que lleva esta exigencia hasta el limite de admitir la indemnización en los supuestos en que lo relevante viene a ser la producción de un daño que solo cabe entenderse producido por infracción de las normas de cuidado mas evidentes.

Si bien el efecto básico de la aplicación del criterio del daño desproporcionado es producir una inversión e la carga de la prueba (que recae sobre la administración); si el demandado (el medico ó la administración) consiguen probar la correcta aplicación de la *lex artis* en el caso de producción del resultado, obviamente, no se reconocerá responsabilidad indemnizable. Es decir, para que se aplique la teoría ó el criterio del daño desproporcionado no basta con la desproporción evidente entre la patología inicial y el resultado finalmente producido, sino que sería necesario que no exista prueba ó acreditación de la causa de producción de dicho daño desproporcionado. Puede haber supuestos de desproporción de resultados en los que dicha desproporción se produce aún en el caso de aplicación de la técnica medica correcta y, por esta razón, no puede dar lugar a responsabilidad.

La jurisprudencia ha reconocido con reiteración esta exigencia de que no basta solo con la desproporción sino que es necesario también la falta de acreditación de la causa del daño producido; así en la sentencia dictada en el recurso 461/2003 que trata de un supuesto de fractura tibial con ocasión de una caída esquiando; queda la paciente con cojera irreversible afirma que "En definitiva, una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia (*res ipsa loquitur*), una apariencia de prueba de ésta (*Anscheinsbeweis*), una culpa virtual (*faute virtuelle*)

No se trata, pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de

apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradichos por hechos considerados acreditados por prueba pericial”.

No es fácil elaborar una doctrina general sobre el daño desproporcionado pues en materia de responsabilidad nos encontramos con frecuencia ante supuestos muy diversos que exigen una valoración individualizada y acomodada a las concretas circunstancias de cada caso (no olvidemos que se habla de que los supuestos de reclamación por daños, bien se trate de responsabilidad extracontractual ó de responsabilidad patrimonial de la Administración es “la justicia del caso concreto”), de modo que solo así se podrá determinar cuando nos encontramos ante un resultado verdaderamente desproporcionado, no obstante, si es posible establecer unas notas comunes a todos los supuestos de aplicación de esta teoría del daño desproporcionado:

- Se trata de supuestos de apreciación excepcional. Es decir, la valoración de la corrección ó no de la asistencia sanitaria prestada en un determinado supuesto no puede realizarse sobre la base de la apreciación del daño desproporcionado, sino que debe realizarse aplicando los parámetros de la corrección de la asistencia sanitaria que representa la Lex Artis.
- Se deberá acudir a la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado cuando la prueba aportada al pleito es insuficiente y del análisis y valoración de esta no podemos extraer una conclusión clara ni es posible, con dicha valoración, fijar ó rechazar la responsabilidad por la que se reclama.
- La aplicación de la doctrina del daño desproporcionado debe realizarse de modo que se convierte en el ultimo recurso para evitar el desvalimiento del paciente que, si no se acude a esta forma de valoración del daño, no obtendría la reparación que pretende. Esto debe ponerse en relación con la cuestión del fundamento de la responsabilidad patrimonial que trata de ser una forma de protección ante un ciudadano que sufre un daño distinto y mas grave que el resto de ciudadanos.

LA DOCTRINA DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDADES

El segundo criterio jurisprudencial que debemos mencionar se refiere al de la perdida de oportunidades que consiste en entender que deben estimarse aquellas reclamaciones en la que se acredite que la asistencia sanitaria se ha producido de tal modo que de haberse producido de otra manera habría sido posible obtener otro resultado distinto y mas favorable a la salud del paciente respecto del que se plantea la reclamación.

La perdida de oportunidades entiende que basta con que se acredite una cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera haber evitado el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización que deberá reconocerse en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad. Aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina los ciudadanos deben contar con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias³.

Es decir, se trata de supuestos en los que la asistencia prestada no puede decirse

³ Así resulta, por ejemplo de sentencias como la dictada en fecha 28 de Febrero de 2012 en el recurso 5185/2010 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

que sea totalmente incorrecta ni claramente errónea, y en los que el resultado final, quizá, se habría producido de todos modos, pero se plantea que si la asistencia hubiera sido distinta, el paciente habría tenido más posibilidades de obtener un resultado distinto y más favorable a su salud. Se emplea mucho este argumento cuando se produce una cierta demora en la realización de pruebas diagnósticas (aunque finalmente el diagnóstico sea exacto y, posiblemente, acertado). Este sería el caso, por ejemplo, de pacientes aquejados de procesos cancerígenos agresivos en los que no se produce un diagnóstico de modo precoz y en los que pretende que se indemnice la pérdida de la oportunidad que tuvo el paciente para el caso de que se hubiera diagnosticado previamente que, si bien, quizás no habría evitado el fallecimiento, si hubiera podido obtener una mejoría en su calidad de vida ó, incluso, habría conseguido prolongar unos meses esa vida aunque no hubiera evitado el fallecimiento.

En la realidad práctica de los tribunales es cada vez más frecuente la alegación de este criterio de la pérdida de oportunidades para justificar el reconocimiento de una indemnización; el criterio general es que si cuando se acredita la infracción de la *lex artis* se reconoce el derecho a ser indemnizado, cuando lo que concurre es una pérdida de oportunidades la indemnización debe ser proporcionalmente menor y, en todo caso, acomodada a la realidad de la pérdida de oportunidades que realmente se haya producido

El problema fundamental de la aplicación de esta doctrina del daño desproporcionado viene por el hecho que de su aplicación se aproxima mucho a una indemnización de los daños hipotéticos y ello pues resulta que la indemnización que se aprueba lo que trata de indemnizar es aquello que podría haber sucedido en el caso de que se hubiera actuado de otro modo pero nunca se puede saber con certeza si, de haber actuado de ese otro modo, el resultado habría sido realmente distinto. No se olvide, en relación a esta cuestión, que el artículo 139.2 establece la exigencia de que el daño susceptible de indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial de la administración debe ser efectivo, criterio que parece ciertamente incompatible con el hecho de que se indemnice aquello que “pudo haber ocurrido y no ocurrió”.

EL CRITERIO DEL CONJUNTO DE DEFICIENCIAS ASISTENCIALES.

También puede hacerse mención específica de algunos supuestos en los que se han obviado los criterios generales sobre la carga de la prueba atendiendo a otro criterio jurisprudencial que se aplica esporádicamente pero con cierto predicamento y que es el que se denomina como del “Conjunto de deficiencias asistenciales”. Se trata de aquellos supuestos en los que la responsabilidad del resultado producido se sabe que corresponde al prestador de la asistencia sanitaria (sea administración ó centro privado) pero en donde no es posible determinar en qué concreto momento se ha producido el resultado ó a que profesional se debe imputar el mismo. Por esta razón, se entiende que la responsabilidad se debe imputar “al conjunto de deficiencias asistenciales”.

Este criterio procede de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 16 de Diciembre de 1987 en la que se hablaba de “que en materia de responsabilidad y muy especialmente cuando su causa originadora se encuentra en esos complejíssimos establecimientos asistenciales dirigidos a la atención sanitaria de cada vez más amplios grupos de población, para inquirir cual pueda ser la de alguno o varios de sus miembros, se hace preciso acudir a una interpretación no sólo lógica sino también sociológica de los preceptos reguladores de dicha institución, sin olvidar el soporte de la “aequitas” aquí siempre conveniente”.

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

Utiliza este criterio, para justificar la condena a la Administración, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 6 de Abril de 2004 (Rec. 3560/99) que trata del supuesto de un niño al que se le suministra deficientemente oxígeno durante su estancia en una incubadora lo que le produce una ceguera que se acumula a otras deficiencias que padecía por su inmadurez. Entiende la sentencia que el defectuoso funcionamiento del servicio sanitario “se despliega en tres hechos: inadecuado tratamiento con oxígeno; omisión en el diagnóstico del informe de alta de toda referencia a la sordera (al menos, en cuanto a esta se refiere, de la apreciación de una importante hipoacusia); y falta de toda información a la familia, lo que desplazó sobre ésta toda la carga, económica y afectiva, del seguimiento y eventual tratamiento de las incapacidades”.

En realidad, lo peculiar del criterio del conjunto de deficiencias asistenciales consiste en que se reconoce el derecho a la indemnización sobre la base de una valoración conjunta de la asistencia prestada y sin que se detalle el momento ó circunstancia en la que se produjo la infracción de la lex artis generadora de responsabilidad