

La responsabilidad patrimonial de la Administración: una mirada desde la doctrina del Consejo Consultivo

The Administration's liability: a view from the doctrine of the Advisory Council*

María Jesús Gallardo Castillo

Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía¹

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén

<https://orcid.org/0000-0002-3656-2940>

El temor de la Administración a una cierta responsabilidad puede ser también el comienzo de la sabiduría. Gracias a ella, la acción de la Administración podrá llegar a ser menos impulsiva, más reflexiva, más correcta.

Duez

RESUMEN: El planteamiento de las reclamaciones patrimoniales se enfrenta con algunos escollos derivados de una regulación que cabría calificar de genérica, escasa, uniforme y poco precisa. Ello genera dificultades de comprensión de los elementos configuradores del sistema tanto en los ciudadanos a la hora de formular sus reclamaciones como en las Administraciones, al resolverlas. Unos y otras incurren con frecuencia en determinados desaciertos que los tribunales y los consejos consultivos –con especial referencia al Consejo Consultivo de Andalucía– han ido señalando cuando resuelven o cuando emiten el preceptivo dictamen. Este trabajo trata de señalar, a la luz de la jurisprudencia más significativa y de los dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía, cuáles son estos desaciertos y cuáles son las claves interpretativas para superarlos.

* Este estudio se realiza en el marco del grupo de investigación «Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho Civil» (SEJ-235) adscrito a los centros de investigación CIDES y CEIA3.

¹ Las opiniones recogidas en este trabajo son exclusivas de la autora, que lo hace en su propio nombre y no del Consejo Consultivo que, como presidenta, representa.

Por otra parte, debe advertirse que la ponencia de los dictámenes de dicho órgano consultivo que se referencian en este trabajo corresponde a la autora.

Recibido: 22-07-2025

Aceptado: 31-10-2025

ABSTRACT: Filing a claim for health liability faces several obstacles arising from a legal framework that can be described as generic, limited, uniform, and imprecise. This creates difficulties in understanding the key elements of the system, both for citizens when submitting their claims and for public administrations when resolving them. Both parties often make certain mistakes that the courts and consultative bodies—particularly the Consejo Consultivo de Andalucía—have consistently identified in their rulings or mandatory opinions. This paper aims to highlight, in light of the most significant case law and the opinions issued by the Consejo Consultivo de Andalucía, the nature of these common mistakes and the interpretative keys to overcoming them.

PALABRAS CLAVE: Reclamaciones patrimoniales. Requisitos del daño. Daños jurídicos. Consentimiento informado, acciones *wrongful*, pérdida de oportunidad, daño desproporcionado.

KEYWORDS: Administrative liability claims. Requirements for compensable damage. Damages caused by legal action. Informed consent, wrongful acts, loss of chance, disproportionate damage.

SUMARIO: I. PROEMIO. II. PRINCIPALES DESACIERTOS EN QUE INCURREN LAS RECLAMACIONES PATRIMONIALES. III. PRINCIPALES DESACIERTOS EN QUE INCURREN LAS PROPUESTAS DE RESOLUCIÓN Y LAS RESOLUCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN. IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA INCORRECTA IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO. 1. La no siempre fácil identificación del daño en reclamaciones por omisión del consentimiento informado. 2. Errores frecuentes en el ejercicio de las acciones *wrongful*. 3. Pérdida de oportunidad: uno de los supuestos más complejos de responsabilidad patrimonial. 4. ¿Por qué un daño desproporcionado no siempre es jurídicamente resarcible como daño desproporcionado? V. A MODO DE CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. PROEMIO

No descubro nada si comienzo aseverando que el origen de los principales problemas que presenta nuestro sistema de responsabilidad patrimonial y que tienen que enfrentar tanto los operadores jurídicos como los reclamantes es, sin duda, su genérica, escasa, uniforme y poco precisa regulación. Ni siquiera existen en nuestro derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) ha dedicado apenas unos pocos preceptos que son con los que han de operar los

reclamantes a la hora de articular sus reclamaciones patrimoniales y los operadores jurídicos para resolverlas. A estos problemas no son inmunes los órganos consultivos (Consejo de Estado, consejos consultivos y comisiones jurídicas asesoras) que, con tan insuficiente regulación han de emitir dictamen sobre materias y sectores tan absolutamente dispares entre sí (sanidad, educación, carreteras, caídas en vía pública, anulación de actos administrativos...) que lo único que tienen en común es que en ellos la Administración puede provocar daños susceptibles de ser indemnizados en la amplia actividad que desarrolla.

Estoy convencida de que esta reprochable falta de sistematización del régimen fijado por el legislador no es algo improvisado ni desprovisto de alguna intencionalidad, pues con toda probabilidad ha tratado con ello de dictar una normativa dotada de la suficiente flexibilidad del régimen de responsabilidad pública para favorecer la capacidad de adaptación del sistema a la realidad concreta de cada caso. Pero tan bienintencionado propósito no consigue evitar el primer efecto irremediable que causa, como es que bajo este modelo, tanto jueces como órganos consultivos se ven compelidos a asumir un protagonismo excesivo por la relevancia inusitada que les acaba correspondiendo, lo que a su vez causa un importante grado de inseguridad jurídica por la enorme heterogeneidad interpretativa y la gran insatisfacción que genera en los reclamantes por los agravios comparativos a que tan simple y uniforme sistema da lugar por la falta de predictibilidad en las resoluciones administrativas y judiciales pese a la coincidencia fáctica que pudiera darse entre los casos en comparación. Convendría, en consecuencia, una mayor precisión normativa que acote el efectivo alcance de la institución de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y ayude a fijar sus elementos configuradores que con el actual marco normativo y tan escasas herramientas resulta de todo punto imposible².

Otro efecto que produce esta imprecisa regulación normativa del instituto resarcitorio es la confusión que genera en los ciudadanos la comprensión de sus requisitos y presupuestos, lo que provoca que muchas reclamaciones patrimoniales estén abocadas al fracaso o que se formulen con pocas garantías de éxito. Por ello, es propósito de este trabajo poner de manifiesto los principales desaciertos en que, a mi juicio, incurren muchas de las reclamaciones, propuestas de resolución y resoluciones, así como fijar los parámetros a los que deberían adecuarse para evitarlos.

² En este sentido se han expresado GARCÍA FERNÁNDEZ, M. «La responsabilidad patrimonial de la administración en el ejercicio ilegal de la potestad reglamentaria: entre el garantismo y la sostenibilidad», en *laadministraciónaldía.inap.es*, 7 de julio de 2022, y FERNÁNDEZ FARRERES, G. «Responsabilidad patrimonial y títulos de imputación del daño», en *La responsabilidad de las Administraciones públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, ORTIZ BLASCO, J. y MAHILLO GARCÍA, P. (coord.). Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pág. 105.

II. PRINCIPALES DESACIERTOS EN QUE INCURREN LAS RECLAMACIONES PATRIMONIALES

Es lugar común tanto de la jurisprudencia como de la doctrina de los consejos consultivos la afirmación de que en el sistema de responsabilidad patrimonial, enteramente público y objetivo, el deber de resarcimiento del daño no proviene de la noción de culpa ni de la anormalidad del servicio público que lo genera, sino que abarca tanto comportamientos producidos con negligencia como aquellos otros que son diligentes y lícitos en su origen, pero que merecen un reproche antijurídico en su resultado. Un sistema auspiciado en la aplicación de los principios *favor victimae* o *pro damnato* y diseñado, en consecuencia, para proteger de forma vigorosa a la víctima y que sin más requisito que la relación causal entre el funcionamiento –normal o anormal– del servicio público y la lesión hace surgir el deber de indemnizarla.

Esta amplia generosidad con que se encuentra regulado el instituto resarcitorio de la Administración ha provocado que a diario se formulen un sinfín de reclamaciones patrimoniales cuyo número contrasta con las escasas probabilidades de recibirlas con favorable acogida. Por ello, para que la reclamación cuente con ciertas garantías de éxito, se revela tarea necesaria superar algunas conclusiones apresuradas teniendo en cuenta los criterios que la jurisprudencia ha introducido en el sistema para corregir los excesos que provoca la objetivación de la responsabilidad. A estos efectos, entre otros, actúan como criterio de corrección la exigencia de concurrencia del incumplimiento de la *lex artis*, la adecuación o no a los estándares de calidad o el nivel de diligencia debida.

En cualquier caso, la primera máxima que se impone es que puede existir una responsabilidad sin culpa, pero no sin daño y que, por muy amplio y por muy generoso que el sistema esté concebido, este no indemniza por la sola anormalidad (acompañada o no de prueba que la verifique) en el funcionamiento de los servicios públicos. El funcionamiento defectuoso y la producción de daños son conceptos independientes en tanto que lo primero no supone siempre y necesariamente lo segundo. Con relativa frecuencia sucede que por los reclamantes se postula resarcimiento sin más fundamentación que alegatos cuyo basamento no se encuentra en la existencia del daño que justifique la indemnización –que en ocasiones ni se alega ni se prueba– sino en que el servicio público funcionó de forma incorrecta. En dicha situación ha de entenderse jurídicamente que no se cumple el requisito, no solo de la efectividad que exige el artículo 32.2 LRJSP, sino la existencia misma del detrimento patrimonial en que el daño consiste, lo que estaría afectando a la línea de flotación del propio instituto resarcitorio al faltar el primero y fundamental de los requisitos.

A efectos resarcitorios, el mero funcionamiento defectuoso de los servicios públicos podrá constituir título de imputación (dictámenes del Consejo Consultivo de An-

dalucía, en adelante, CCA, 414/2019, 596/2020 y 888/2024), pero su concurrencia no es en sí mismo ni por sí solo determinante y originador del deber indemnizatorio, como erróneamente se cree, ni el instituto resarcitorio tiene por finalidad reprender a la Administración por comportamientos irregulares ni cumple las funciones típicas del ejercicio de la potestad sancionadora sino que es una institución reparadora de los daños que dicho actuar haya podido producir y que resulten objetivamente anti-jurídicos. Como recordaban los dictámenes CCA 328/2003 y 250/2020, 965/2024, 999/2024 y 113/2025, «al sistema no cabe otorgarle tan dilatado ámbito y extensivo alcance que llevara a que por todo desacierto jurídico de la Administración fuera esta responsable patrimonialmente del mismo», por lo que carecen de trascendencia indemnizatoria las discrepancias manifestadas por la reclamante porque el cauce para viabilizar o manifestar la disconformidad con decisiones que corresponden a la exclusiva competencia de las autoridades sanitarias no es el de la reclamación patrimonial sino el de quejas y sugerencias. Por ello, insiste con reiteración el Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial no es una institución con funciones sancionadoras de actuaciones que puedan percibirse por los ciudadanos como anómalas o irregulares de la Administración, sino reparadora de los daños que dicho actuar haya podido producir y que resulten objetivamente antijurídicos, debiendo recordarse que no sólo es requisito para obtener una respuesta estimatoria señalar el título de imputación sino que es preciso determinar el daño que ha causado y demostrar el nexo causal entre la acción u omisión de la Administración y el resultado lesivo.

Lo verdaderamente relevante es si la conducta ha causado un detrimento patrimonial que resulte antijurídico y si tiene el necesario impacto causal (dictamen CCA 310/2021). No cabe, por tanto, pretender crear mediante la anormalidad en el funcionamiento del servicio público una suerte de «presunción de causalidad» o hacerlo con base en conjeturas o apreciaciones que no revisten el grado de certeza o verosimilitud aceptable (dictamen CCA 259/2021), pues en el plano jurídico no cabe sustentar las consecuencias indemnizatorias en meras hipótesis, impresiones o especulaciones, sino en hechos que hayan sido alegados y probados por la parte legitimada para hacerlo. Que sea efectivo el daño significa que este se haya producido de forma real y cierta y se manifieste en una minoración real de su patrimonio (daños materiales) o de su bienestar (daños morales) y no en una impresión subjetiva desprovista de acreditación. Ello sin perjuicio de que, en contra de lo que podría pensarse, no es óbice a la efectividad que este sea futuro, siempre y cuando su producción sea «indudable y necesaria por la *anticipada certeza de su acaecimiento*» (SSTS de 23 de abril de 2004³ y de 27 de junio de 2007⁴).

³ Recurso 8634/1999.

⁴ Recurso 4745/2003.

En ocasiones el error consiste en fundamentar la reclamación, no en un daño, sino en un «simple perjuicio», es decir, en invocar un detrimento patrimonial carente de trascendencia lesiva por no alcanzar la entidad suficiente para merecer la consideración de daño, bien porque no llega a exceder de «una mera molestia», o bien porque se trata de «un perjuicio percibido sólo y exclusivamente de forma subjetiva» sin trascendencia patrimonial o moral apreciable dada la levedad de su incidencia lesiva. En estos casos la desestimación de las reclamaciones fundamentadas en «simples perjuicios» cabe motivarlas en la falta de efectividad del daño, en la falta de individualización (dictamen CCA 534/2019), o bien directamente en la inexistencia del daño, en cuyo caso, como afirmó el dictamen CCA 414/2019, «no existe daño, que justifique la indemnización», lo que también ocurre, como después se dirá, cuando la resolución administrativa fija indemnización por daños no invocados por el reclamante.

Excedido el umbral del «simple perjuicio» y aunque concurra el daño, tampoco basta «cualquier daño» para que proceda su reparación. Como bien ha afirmado López Menudo⁵ con todo acierto, el sistema no indemniza cualquier daño sino solo los daños jurídicos, esto es, los racionalmente susceptibles de derivar y anudarse al hecho generador. La garantía de la responsabilidad patrimonial no puede hacerse cargo de cualquier daño que pueda engarzarse de algún modo a un hecho provocador de una cadena de consecuencias ni, por tanto, al responsable cabe imputar absolutamente todas las consecuencias de las que su conducta es causa. En efecto, todos los hechos que acaecen en la vida, por nimios que sean, propagan sus consecuencias en muchas direcciones, provocando a veces efectos insospechados. Por ello, en materia de responsabilidad patrimonial, se hace necesario acotar esta cadena causal⁶. Se entenderá mejor con un ejemplo. El dictamen CCA 268/2025 se pronunciaba sobre la reclamación patrimonial que trataba de imputar causalmente al hospital el accidente sufrido por una paciente que acababa de recibir el alta hospitalaria, considerando que si hubiera permanecido ingresada, este no hubiera acontecido. La pretensión indemnizatoria, afirma el dictamen, atribuye al servicio sanitario unas consecuencias que sobrepasan la normal previsibilidad de los actos u omisiones de su personal: «La muerte de la madre de los reclamantes se debió a un atropello mortal y en ese sentido figura en el expediente una sentencia que condena al conductor responsable del atropello, que circulaba con su vehículo a una velocidad inadecuada, como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio por imprudencia menos grave y de otro delito como autor criminalmente responsable de un delito de omisión del deber de socorro».

⁵ LÓPEZ MENUDO, F., GUICHOT REINA, E. y CARRILLO DONAIRE, J.A. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 190.

⁶ LÓPEZ MENUDO, F. «Título X. La responsabilidad de las Administraciones y de sus autoridades y demás personal a su servicio», en *Comentarios a la Ley 30/1992*. SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 864.

Con todo, el mayor problema que plantean las reclamaciones patrimoniales se encuentra en la identificación del daño. Se trata de situaciones especialmente complejas en donde no resulta fácil dilucidar el detrimento patrimonial, lo que acontece en la mayor parte de las ocasiones en la responsabilidad sanitaria. La trascendencia de esta problemática merece su análisis detenido, que se hará en el epígrafe IV, al que me remito.

A todo ello debe añadirse que, en derecho, como es sabido, no basta con alegar. Hay que probar la veracidad de lo alegado. Es por ello por lo que el Consejo Consultivo de Andalucía viene insistiendo con reiteración en la conveniencia de acompañar la reclamación de un informe pericial que apoye los argumentos esgrimidos por la parte reclamante, sobre todo, cuando del análisis del expediente, como ocurre con frecuencia, no es posible inferir la veracidad ni dar por acreditados los hechos en que se fundamenta la reclamación. Ello ocurre especialmente cuando se trata de reclamaciones planteadas en el ámbito sanitario en que, pese a los principios de proximidad y facilidad probatoria que especialmente rigen en este ámbito, continúa corriendo a cargo de la parte reclamante su acreditación al tratarse de hechos constitutivos (art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en adelante, LEC, al que se remite el art. 77.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, en adelante, LPAC, de cuya veracidad y prueba depende el éxito de la pretensión indemnizatoria. Hago expresa indicación al ámbito sanitario porque, tratándose de una materia especialmente procelosa y compleja para los profanos en ella, se requiere de dicho informe no sólo para respaldar las afirmaciones de la parte reclamante (la mala praxis o la infracción de la *lex artis* al realizar los actos médicos en que consiste la asistencia recibida o que la actuación se ha realizado contra protocolo) sino porque sólo un facultativo cuenta con el criterio clínico pertinente para emitir juicio técnico en que se determine y precise si verdaderamente se está en presencia de una deficiencia asistencial o de un error al que anudar científicamente las consecuencias lesivas con la suficiente relevancia causal en relación con el daño cuya reparación reclama (dictámenes CCA 304/2022, 1026/2024 y 243/2025, entre otros). Como ya advirtió el dictamen CCA 344/2011, aun no siendo legalmente exigible prueba pericial, es altamente recomendable este proceder, sin el cual el único elemento probatorio lo constituyen los documentos obrantes en la historia clínica y, salvo que los hechos aducidos aparezcan refrendados en ella o adverados por los informes evacuados durante la instrucción del procedimiento o existan evidencias de elementos de juicio concluyentes que avalen y justifiquen su resarcimiento, la argumentación de la parte reclamante corre el riesgo de revelarse débil y escasamente convincente por cuanto el motivo alegado debe decaer y la pretensión indemnizatoria no puede prosperar.

III. PRINCIPALES DESACIERTOS EN QUE INCURREN LAS PROPUESTAS DE RESOLUCIÓN Y LAS RESOLUCIONES

Como afirmaron Toulemon y Moore⁷, hay que reparar *el daño, todo el daño, pero nada más que el daño*. Por eso, tras invocarlo, la primera tarea es identificarlo y la segunda, tras probar su existencia y magnitud, delimitar su perímetro para evitar excesos. Tiene razón el lector si se percata de que lo que acabo de referir es un problema que afecta a la reclamación, y que tratarlo aquí es hacerlo en el lugar inadecuado. Sin embargo, esta impresión inicial se desvanece cuando se observa que, con extraordinaria frecuencia, el desacierto que se originó en la reclamación patrimonial termina alcanzando a la propuesta de resolución y, si no se corrige, a la resolución definitiva.

La necesidad de invocar, primero, y delimitar correctamente el daño, después, no es un mero formalismo procesal carente de relevancia, sino que tiene una trascendencia extraordinaria proveniente de principios de elevado valor, como es el dispositivo y el de congruencia procesal, por cuya virtud la Administración sólo puede —y debe— pronunciarse en relación con los daños alegados por la parte reclamante y hasta el límite señalado por ella. Personalmente no encuentro argumentos para sostener que ambos principios rijan con menor intensidad en el ámbito del procedimiento administrativo que en el ámbito del proceso judicial. Ciertamente, el TS ha matizado las consecuencias propias de la incongruencia en el procedimiento administrativo, que «quedan atenuadas por las exigencias del interés público, de suerte que la resolución ha de decidir no sólo las cuestiones planteadas por los interesados, sino también aquellas otras derivadas del expediente» (STS de 31 de diciembre de 1990⁸). Más dudoso resulta que el órgano decisor, al pronunciarse sobre cuestiones no planteadas, pueda alterar la *causa petendi* o que incluso sea posible hacerlo *inaudita parte*.

Para centrar la cuestión, conviene recordar que la congruencia exige la adecuación entre la parte decisoria de la resolución con las pretensiones del interesado, de tal forma que no puede concederse más de lo pedido (pues ello daría lugar a la incongruencia *extra petita*), ni algo distinto de lo pedido (pues ello daría lugar a la incongruencia *ultra petita*) ni omitir o dejar de contestar a alguna de las pretensiones (pues ello daría lugar a la incongruencia omisiva, también llamada negativa o *citra petita*). Es decir, si el procedimiento se ha tramitado a solicitud de interesado, la resolución ha de otorgar respuesta a las peticiones formuladas en ella.

⁷ TOULEMON, A y MOORE, J. (1968), *Le préjudice corporel et moral en droit commun*, 3ª ed., París, Ed. Sirey, pág. 115. En el mismo sentido MAZEAUD y TUNC (1977), *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, (trad. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO). Tomo 3, Vol. 1, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962-1977, pág. 515.

⁸ Ponente: Delgado Barrio.

Para valorar si una resolución es congruente o no, lo primero que hay que precisar es que no deja de serlo por el hecho de no dar respuesta a todas y cada una de las «alegaciones» aducidas por los interesados para argumentar y apoyar sus pretensiones puesto que no es necesario ofrecer una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas (SSTC 91/1995, 56/1996, 85/1996, 26/1997, 16/1998, 82/1998 y 187/1998, 57/1997, 30/1998 y 136/1998). Por tanto, lo que determina la incongruencia es sólo y exclusivamente la incoherencia entre «la parte decisoria» de la resolución y las «pretensiones» del interesado.

Tampoco se produce incongruencia cuando consten resueltas en la resolución las pretensiones de los interesados, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito. Esta forma implícita de resolver las pretensiones se produce cuando la decisión pueda deducirse mediante la adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer la motivación de la decisión implícita (STC 182/2000, de 10 de julio, y SSTS de 5 de febrero de 1996⁹ y de 25 de marzo de 1996¹⁰). Es más, el respeto al principio de congruencia no exige en modo alguno que la resolución responda a una conformidad literal y rígida, sino que, por el contrario, podrá realizarse de forma racional y flexible.

En síntesis, la congruencia se produce cuando existe conformidad entre la resolución y las pretensiones que constituyen el objeto del procedimiento. Hay congruencia cuando la relación entre estos dos términos: parte decisoria de la resolución y pretensiones del interesado –esto es, las deducidas en el «solicito»–, no está sustancialmente alterada. No hay vicio alguno de incongruencia, insisto, cuando la falta de contestación lo ha sido respecto de los razonamientos o argumentaciones que se formulen en apoyo de tales pretensiones, siempre y cuando, claro está, no modifique la base fáctica sobre la que ha de resolverse ni las pretensiones que constan en el suplico de la solicitud, pues ello no traspasa los límites de la *causa petendi* al hacerlo respetando el soporte fáctico de la acción ejercitada (STS de 10 de mayo de 1995¹¹).

La aplicación de estas reglas a la problemática que estamos tratando supone que si la Administración no se pronuncia sobre las pretensiones incurriría en incongruencia omisiva y si lo hace respecto de daños no invocados por el legitimado se acabarían indemnizando –si la resolución es favorable– daños que no son ciertos, pues conceptualmente por tales han de tenerse aquellos que no han sido invocados –ni probados– por la parte reclamante (dictámenes CCA 205/2018, 238/2019 y 283/2019), lo que le haría incurrir en incongruencia *extra petita*.

⁹ Ponente: Lescure Martín.

¹⁰ Recurso 59/1995.

¹¹ Recurso 589/1992.

Igual efecto se produce cuando, como sucede con relativa frecuencia, el interesado ha errado al identificar el daño, y la Administración, corrigiendo el error, termina reconociéndole indemnización por daño moral al considerar este concepto indemnizatorio más adecuado que el que el interesado había postulado en su reclamación patrimonial cuando solicitó resarcimiento por daño físico. Es lo que sucedió en la propuesta de resolución sometida al dictamen CCA 283/2019, que venía a conceder indemnización por una supuesta «pérdida de oportunidad» (no invocada por la reclamante) y, además, no daba respuesta a los daños morales (sí alegados y cuantificados en 90.000 euros). En el dictamen, el Consejo Consultivo llama la atención sobre esta incorrección, indicando que la Administración debe corregir ambos defectos en la resolución que ponga fin al procedimiento, so pena de incurrir en incongruencia omisiva y *extra petita* (art. 88.2 de la LPAC).

Como puede apreciarse, semejante error provocaría que la resolución no sólo conceda una pretensión distinta a la formulada, sino que también opere un cambio del interés lesionado y, con él, del objeto de la reclamación patrimonial¹², provocando la alteración de la causa de pedir (art. 218.1 de la LEC). La cuestión no es baladí, ya que no se trata sólo de un tema de *quantum* (pedir más y que se conceda menos) sino de un error sustantivo, pues se indemniza un daño, un interés lesionado bajo la cobertura de un fundamento y un objeto distintos de los invocados por más que se haga con la loable intención de utilizar el daño moral y su compensación, como «criterio mensurador», como una vía para satisfacer la justicia material y poner remedio económico a un resultado grave, ya sea para tratar de indemnizar daños materiales que no pudieron ser acreditados¹³, pero que se intuye o se presume que existen, o ya sea para aplicarlo como una fracción compensada del daño corporal para cuyo resarcimiento no se halla suficiente justificación. En cualquier caso, una práctica viciosa que conduce a la instrumentalización y utilización del daño moral como un «remedio comodín», una de esas «cláusulas ortopédicas» que, por su contenido versátil y dúctil tan útiles resultan para resolver situaciones de insuficiencia probatoria ante un hecho incierto¹⁴, pero que la doctrina y la jurisprudencia ha calificado con dureza al referirse al daño moral con expresiones que lo identifican con una «borrosa figura», un concepto «relativo e impreciso» o un «*haz vaporoso*» (STS de 25 de junio de 1998¹⁵) por su contribución a que la Administración se escude en el subjetivismo propio de su valoración.

¹² En parecido sentido GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., «Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3959)», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107, 2018, págs. 2 y 6.

¹³ Así, por ejemplo, las SSTs de 28 de enero de 2005 y de 28 de abril de 2005.

¹⁴ XIOL RÍOS, J. A. «El daño moral y la pérdida de oportunidad» en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2010, págs. 9 a 38.

¹⁵ Núm. 609/1998, recurso de casación núm. 873/1995.

Pero, aparte de que esta forma de interpretar y de evaluar el daño constituya una ampliación inaceptable y excesiva del propio sentido y naturaleza del daño moral al incluir conceptos que son verdaderos daños patrimoniales, lo cierto es que mutar en un daño moral –que no se había alegado ni solicitado– la pretensión indemnizatoria del interesado, que había solicitado la reparación de la totalidad o de una fracción del daño corporal, constituye una infracción procesal que, por imperativo de las citadas reglas procesales, entiendo no debe superar juicio alguno de validez. No puede, por ello, dejar de censurarse sin paliativos su utilización cuando se trata de solventar bajo su cobertura los problemas que se presentan en ocasiones en la configuración de los presupuestos jurídicos de la responsabilidad patrimonial, no sólo en los casos de incertidumbre del daño ocasionado, sino en la antijuridicidad o en el nexo causal.

Otro problema no menor es que el reclamante no cuantifique el daño. Se trata de un error que también puede traspasar los límites de la reclamación si la resolución termina por hacerlo de oficio. Como resaltó el dictamen CCA 417/2023, los dictámenes y las resoluciones que reciban con favorable acogida las pretensiones indemnizatorias de los reclamantes no pueden pronunciarse sobre un abstracto derecho a obtener una futura indemnización, sino que han de resolver definitivamente la cuantía de la misma que, a su vez, depende de la que resultó fijada en la reclamación que principia el procedimiento (o, en cualquier caso, antes de la propuesta de resolución), estableciéndose las partidas correspondientes (dictamen CCA 238/2019), so pena de que las que se incorporen en un ulterior contencioso-administrativo puedan rechazarse por constituir cuestiones nuevas. Y es que, siendo precisamente las pretensiones las que delimitan el objeto y el ámbito en que ha de moverse necesariamente tanto la Administración como el juzgador, estas han de fijarse, por imperativo del principio dispositivo, por el propio reclamante, quien deberá hacerlo en la forma que exige el art. 67.2 de la LPAC, es decir, especificando «la evaluación económica» de la responsabilidad patrimonial, esto es, cuantificando los daños que alega y sobre los que fija el montante de la indemnización.

Ciertamente los arts. 61.4 y 67.2 de la LPAC establecen que la petición «deberá» individualizar la lesión producida en una persona o grupo de personas, su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público y el momento en que la lesión efectivamente se produjo. Pero respecto de la evaluación económica de la responsabilidad, ambos preceptos matizan la exigencia al añadir la expresión «si fuera posible». Por tanto, si la propia LPAC ya prevé que puede haber supuestos en que la evaluación no pueda fijarse en la reclamación patrimonial, obviamente no puede exigirse por la Administración ni por los órganos consultivos lo que la ley dispensa. Ahora bien, ha de tratarse, en primer lugar, de supuestos en que verdaderamente concurra esa «imposibilidad inicial» y así se acredite, bien porque se trata de daños que están pendientes de cuantificación en el informe pericial o porque presenten

una dificultad insuperable; y, en segundo lugar, que se produzca en esos momentos iniciales en que la reclamación ha de presentarse, aún sin efectuar dicha evaluación, por ejemplo, por riesgo de prescripción. Pero a lo largo del procedimiento ha de ser el propio reclamante quien fije cuantitativamente su pretensión indemnizatoria, puesto que la resolución ha de pronunciarse sobre ella y los órganos consultivos con carácter previo, también, lo que no pueden hacer sino partiendo de la pretensión planteada por los interesados.

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA INCORRECTA IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO

Como ya se ha avanzado, uno de los motivos que justifica que un número considerable de reclamaciones patrimoniales en responsabilidad sanitaria sean desestimadas es la errónea identificación del daño que en ellas se efectúa. Como bien se sabe, la concurrencia del daño, con sus requisitos de efectividad, individualización y evaluación, además de la concurrencia de la antijuridicidad del daño y de la relación causal, resulta imprescindible para que sea resarcible, pero ello no es suficiente. Identificar el daño, delimitarlo y perimetrarlo correctamente es tarea fundamental para que el órgano decisor reciba con favorable acogida las pretensiones indemnizatorias formuladas por los reclamantes.

Cuando se trata de daños materiales, no se suelen plantear especiales problemas. Tampoco en los supuestos de responsabilidad sanitaria en los que la infracción de la *lex artis* ha derivado en el fallecimiento o en secuelas físicas o psíquicas perfectamente identificables. En ambos casos basta con probar la relación causal y, en el segundo lugar, además, el incumplimiento de los protocolos médicos que eran de obligatoria observancia. Mas no sucede lo mismo en cuatro supuestos especialmente complejos que se plantean en el ámbito sanitario: en la omisión del consentimiento informado en relación con el riesgo que se materializa con la realización del acto médico, en las acciones *wrongful*, en la pérdida de oportunidad y en el daño desproporcionado.

1. La no siempre fácil identificación del daño en reclamaciones por omisión del consentimiento informado

El bien jurídico protegido con el deber de recabar el consentimiento informado es el derecho de autodeterminación del paciente, es decir, su derecho a sopesar los riesgos que este ha de asumir y valorar otras posibles opciones y alternativas, como la de rechazar, posponer la intervención u optar por otro tratamiento. Por eso, cuando se materializa el riesgo que no fue informado ni consentido, no se indemniza por ese daño físico o corporal en que el riesgo se ha traducido, sino por el daño moral

de vulnerar su autonomía decisoria de asumirlo, o no, así como la libertad de optar por otras alternativas posibles. El daño no es sino la pérdida del poder de autodeterminación personal del paciente al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan (STS de 2 de noviembre de 2011¹⁶, de 3 de abril de 2012¹⁷). Partiendo de esta premisa, fácil es colegir los principales errores de identificación del daño en que suelen incurrir los reclamantes al plantear la reclamación patrimonial porque todos guardan coherencia con ella.

Conforme a lo dicho, el primer error es postular indemnización como daño físico por el riesgo del que no se informó, en lugar de hacerlo por el daño moral derivado del derecho de autodeterminación y autonomía decisoria del paciente. Como afirmó la STS de 15 de junio de 2011¹⁸, la omisión de información y de consentimiento «otorga el derecho a la indemnización no por las consecuencias derivadas del acto quirúrgico sino porque se desconoció un derecho del enfermo irrenunciable a decidir por sí si quería o no asumir los riesgos inherentes a la intervención a la que iba a ser sometido». El fundamento lógico y jurídico lo expresa de forma clara y didáctica la STSJ de Islas Baleares de 11 noviembre de 2020¹⁹: «La razón del consentimiento informado busca que en todo momento el paciente sepa y conozca las posibilidades terapéuticas y las consecuencias que pueden ocasionarle las manipulaciones y tratamientos médicos que pueden practicársele y por supuesto se requerirá su consentimiento expreso para cualquier procedimiento médico o quirúrgico que implique un riesgo. (...) Ello es así porque solo con la información plena se adquiere la verdadera libertad para elegir, optar y consentir el modo y las consecuencias que puedan derivarse de ese hecho fisiológico inexorable». Luego entonces, habiéndose producido el riesgo que no fue informado ni consentido, en un contexto de normopraxis, esto es, sin infracción de la *lex artis*, no cabe indemnizar por el daño físico o corporal sino por el daño moral que ha producido la falta de información sobre un daño típico al acto médico.

Por otra parte, también se suele incurrir en el error de considerar que todos los posibles riesgos que pueden acontecer en el curso de una intervención o de un acto médico son cubiertos por el consentimiento informado, por lo que terminan solicitando indemnización por riesgos que no están cubiertos por él. No lo son, por ejemplo, una flagrante mala *praxis*, como falta de asepsia o de la utilización de un instrumental inadecuado²⁰, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servi-

¹⁶ Recurso 3833/2009.

¹⁷ Recurso 1464/2011.

¹⁸ Recurso 2556/2007

¹⁹ Núm. 497/2019; recurso 85/2017.

²⁰ Tal fue el caso que se enjuicia en la STSJ de Galicia de 24 de marzo de 2004 (recurso 848/2001).

cio²¹ o el hecho de dejar en el interior material quirúrgico²², pues es obvio que el documento del consentimiento informado no constituye una «patente de corso»²³ que habilite o ampare una negligencia médica de esta –ni otra, cabe añadir– naturaleza. Este tipo de daños «no son consentibles», por lo que no se requiere invocar que no se encontraban en el consentimiento informado, puesto que no se trata de un tema de consentimiento ni de aceptar el riesgo de esta evidente mala praxis. Este tipo de reclamaciones se han de sustanciar precisamente por los cauces y las reglas generales de daños provenientes de infracción de la *lex artis*.

El consentimiento informado sólo abarca los riesgos inherentes y típicos –sean más o menos frecuentes y ya sean más o menos evitables– a la intervención, que son los únicos que deben advertirse por ser los únicos previsibles. Sólo la falta de información o de consentimiento respecto de ellos producirá la asunción de estos por el centro hospitalario y, en su caso, por el facultativo, y sólo entonces el daño habría devenido antijurídico y el paciente no tendría el deber jurídico de soportarlo, por lo que, materializado este riesgo, cabría su reparación. *A sensu contrario*, no cabe exigir responsabilidad por aquellos daños que, a causa de su acaecimiento atípico e insólito, no resulten previsibles conforme al estado actual de los conocimientos de la ciencia y de la técnica. Es obvio que la misma imprevisibilidad de estos riesgos los hace incompatibles con el concepto de anormalidad, por lo que no hay obligación de advertirlos y, en consecuencia, no procede indemnización con cargo al argumento de su falta de advertencia.

Aun en los casos en que acertadamente se solicita la indemnización por daño moral, a veces la confusión se centra en la errónea consideración de que la falta de información o del documento del consentimiento informado genera automáticamente derecho de resarcimiento. Sucede en ocasiones que en el expediente consta el documento de consentimiento informado, pero no aparece debidamente firmado, o no consta el documento, ya sea porque se ha extraviado o porque el acto médico se acometió sin el otorgamiento de dicho consentimiento. Pues bien, pese a que toda infracción del deber de información al paciente supone mala praxis (y en los casos aludidos estamos en presencia de ella), contrariamente a lo que suele pensarse por muchos reclamantes, ello no genera un daño moral indemnizable, pues sin materialización del riesgo no informado no cabe indemnización. En definitiva, la falta de información o de consentimiento no constituye por sí misma causa de resarcimiento pecuniario, que solo procederá si (y solo si) junto a aquella concurre un daño deriva-

²¹ STSJ de Valencia de 27 de noviembre de 2001 (recurso 2634/1997)

²² STSJ de Castilla y León, Valladolid de 17 de mayo de 2007 (recurso 2082/2002)

²³ A mayor abundamiento, BOIX MAÑÓ, P. «El consentimiento informado en la responsabilidad patrimonial sanitaria», en la obra colectiva *Tratado de responsabilidad patrimonial sanitaria. Estudio de la jurisprudencia y doctrina legal*, MANENT ALONSO, L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 1049

do y del cual no se obtuvo la información adecuada, es decir, si se materializa alguno de los riesgos inherentes y si está vinculado al acto médico (STSJ de Andalucía, Granada, de 15 junio de 2015²⁴). El daño no es, pues, por sí solo la falta de información (SSTS de 26 de febrero de 2004²⁵ y 26 de marzo de 2002²⁶). Así lo afirmó la STS de 27 de septiembre de 2001²⁷ que, con ocasión de la reclamación interpuesta por un supuesto diagnóstico tardío de la rotura del tendón de Aquiles, declaró que «la falta de información no es *per se* una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido)». Esta posición es compartida por el Consejo Consultivo de Andalucía, que afirmó, entre otros, en su dictamen 744/2018, que para que sea reconocido el derecho a ser indemnizado es requisito *sine qua non* que el paciente haya sufrido un daño personal cierto y probado, esto es, que se haya materializado el riesgo del que no fue informado. Sin él, la eventual omisión del consentimiento informado previo a una intervención médica no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales (*mala praxis*), con posibles repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad patrimonial, por lo que ninguna indemnización procede con cargo a este único argumento (dictamen CCA 303/2022).

En efecto, la omisión del consentimiento informado, insisto, es *per se* susceptible de calificarse como mala *praxis*, pero no presupone infracción de la *lex artis* al realizar el acto médico. Puede producirse uno sin el otro. Pero también pueden concurrir simultánea o concurrentemente los dos: puede no haberse informado de los daños típicos e inherentes al acto médico y, a la vez, haber incurrido en infracción de la *lex artis* al realizar la intervención quirúrgica. En estos casos, la reclamación patrimonial debe, en primer lugar, evitar entremezclar conceptos indemnizatorios y, en segundo lugar, acumular de forma diferenciada el daño moral por la materialización del riesgo que no fue informado ni consentido, y el daño corporal o físico causado por la infracción de la *lex artis*. Ambos son compatibles por constituir títulos de imputación diferentes y ambos tienen relevancia al momento de establecer el alcance de la correspondiente reparación indemnizatoria: uno es el que corresponde al daño ocasionado por la realización del acto médico con infracción de la *lex artis* y otro, a un defecto en el consentimiento informado, siendo este, por regla general, cuantitativamente menor (STS de 30 de junio de 2009²⁸).

Así pues, si solo se ha producido omisión del consentimiento informado, con materialización del riesgo no informado –con la consecuencia jurídica de que no

²⁴ Recurso 306/2010.

²⁵ Recurso 8656/1999.

²⁶ Recurso 890/2001.

²⁷ Recurso 1859/1996.

²⁸ Núm. 478/2009, recurso 137/2002.

se ha desplazado al paciente el riesgo al no haberlo asumido suscribiendo el correspondiente consentimiento del mismo—, pero sin incorrección en la ejecutoria del acto médico, la indemnización será por daño moral al haberse lesionado sólo la autonomía del paciente (STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2020²⁹) no pudiendo entonces indemnizarse los daños físicos ni el resultado producido (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 13 de marzo de 2020³⁰) que sólo procederían si estos han sido consecuencia de haberlo realizado con infracción de la *lex artis*. Si además de la falta de consentimiento informado respecto del riesgo materializado se ha producido infracción en la *lex artis*, habría que añadirle la indemnización por los daños físicos generados por su consecuencia.

Tal es la relevancia de la necesidad de solicitar en vía administrativa resarcimiento por los dos conceptos cuando ambos concurren al caso, que la STS de 30 de septiembre de 2020³¹ rechazó, por considerarla cuestión nueva, la incorporación en vía contenciosa de la alegación de falta de información que no había sido invocada en vía administrativa. En consecuencia, la alegación de falta de información no es admisible en vía contenciosa al constituir desviación procesal, pues la misma no tiene naturaleza jurídica, sino que constituye el planteamiento de «una cuestión nueva ante la jurisdicción revisora, un hecho (omisión de un documento) no alegado en la vía previa, y que en absoluto puede considerarse como un motivo, y menos aún relacionado y determinante de la vulneración de la *lex artis* denunciada/reclamada en la vía administrativa». El mismo efecto se produce si pretende incorporarse la infracción de la *lex artis* por primera vez en el proceso sin que haya sido objeto de debate ni de prueba con anterioridad.

2. Errores frecuentes en el ejercicio de las acciones *wrongful*

Existen tres grandes categorías dentro de lo que la doctrina anglosajona denomina como las *Wrongful Acts*: la *wrongful conception* o *pregnancy* (embarazo injusto/equivocado), la *wrongful birth* (nacimiento injusto/equivocado) y la *wrongful life* (vida injusta/equivocada). En la acción *wrongful birth* el daño viene constituido por el hecho de haber alumbrado un ser humano con enfermedades o con malformaciones congénitas que no fueron conocidas ni esperadas al no haber sido la madre informada de ellas; y en la acción *wrongful life* es el propio nacido con malformaciones quien reclama por el hecho mismo de vivir en tales condiciones, habiendo podido evitarse de haber recibido la madre aquella información sobre su estado.

²⁹ Núm. 103/2020, recurso 508/2018.

³⁰ Núm. 350/2020, recurso 208/2017.

³¹ Núm. 1226/2020, recurso 2432/2019.

A diferencia de estas últimas, en la acción *wrongful conception* se pretende el resarcimiento de los daños causados a partir de la concepción no deseada y se fundamenta en que esta se ha producido por un error en las medidas, intervenciones o tratamientos de carácter anticonceptivo que han hecho que estas devengan infructuosas. Pero los tres casos resultan coincidentes en que no son sólo cuestiones jurídicas, sino que contienen implicaciones éticas, morales y filosóficas que dificultan no sólo la identificación del daño, sino incluso la consideración de si este concurre en el caso concreto.

Tanto en las acciones *wrongful birth* como en las acciones *wrongful life* se impone realizar una advertencia que con frecuencia pasa desapercibida al plantear la reclamación patrimonial, y es que, en contra de lo que pudiera pensarse, a diferencia del resto de supuestos que dan lugar a la responsabilidad sanitaria por mala *praxis*, no siempre concurre un funcionamiento anormal, ya sea por acción o por omisión, en que poder identificar el título de imputación y la causa de un daño corporal, puesto que no está al alcance de la ciencia médica y de los actuales conocimientos de la genética la posibilidad de evitar determinadas enfermedades o malformaciones o que un niño nazca afectado por ellas. Tampoco cabe invocarlo en aquellas ocasiones en que concurren dificultades técnicas para detectar con cierta seguridad la malformación padecida por el feto dentro de las primeras 22 semanas de gestación (que es el plazo establecido para practicar el aborto eugenésico según la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo), cuando se produce falta de expresividad de dicha malformación o, en definitiva, cuando razones que escapan a la *norma praxis* con que los servicios sanitarios desplegaron sus medios han imposibilitado o dificultado notablemente el hallazgo. Es más, existe un porcentaje de error científicamente admitido en este tipo de pruebas, conocido como falso negativo (dictamen CCA 575/25), que impide partir de la presunción de anormalidad en el funcionamiento del servicio sanitario. Por tanto, antes de formular la reclamación patrimonial, en estos casos, conviene cerciorarse de que se está en presencia de un supuesto en que este conocimiento fue posible —y, en consecuencia, exigible—, pues sólo en tal caso cabe plantear que, aunque obviamente las malformaciones no resultan causadas por la infracción de la *lex artis* por parte de la Administración sanitaria, pudo incurrir en una *mala praxis* que impidió a la gestante materializar y llevar a cabo la decisión personal de interrumpir o proseguir el embarazo.

Pero lo cierto es que en ambas acciones se entrecruzan algunos bienes jurídicos y algunos derechos plenamente protegibles por el ordenamiento jurídico que dificultan la identificación del daño en estos casos y ocasionan que las reclamaciones adolezcan de serios desaciertos que impiden su viabilidad. Especialmente ha de guardarse especial cautela para evitar invocar la vida o el hijo nacido como un daño, pues ni la vida —ni siquiera la vida enferma— ni el nacimiento de un nuevo ser pueden

concebirse como tal³², teniendo reconocido con reiteración la jurisprudencia y la doctrina que no hay nacimientos equivocados o lesivos en tanto que el derecho reconocido en el art. 15 CE implica que toda vida humana es digna de ser vivida (STS de 3 de octubre de 2000³³ y 4 de noviembre de 2008³⁴). ¿Cuál es entonces el daño? El daño objeto de resarcimiento no es otro que el derivado de la vulneración del derecho de la gestante a la autodeterminación –no exactamente el derecho a abortar, sino el derecho a tomar esta decisión o la contraria– (dictámenes CCA 888/2024 y 599/2024).

También especial cuidado ha de guardarse con los conceptos indemnizatorios y forma de efectuarlos, singularmente para evitar que entren en contradicción con los postulados del daño propio de estos casos –como sucede cuando se concede una asignación económica en favor del hijo– o indemnizar por obligaciones –v.gr. manutención del hijo– que en el orden de las relaciones familiares el ordenamiento jurídico impone a los padres, lo que excluye la antijuridicidad porque son obligaciones impuestas directamente por la ley. El daño patrimonial debe circunscribirse entonces a los gastos y desembolsos especiales –en definitiva, extraordinarios– que la propia dolencia comporta e impone, y que vienen a ser adicionales o complementarios a los que supondrían el mantenimiento de un hijo sano (dictamen CCA 171/2015).

Si a las anteriores dificultades se les une que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce en favor del nacido el derecho a la eutanasia prenatal ni el derecho a nacer sano o a nacer sin discapacidad, la conclusión parece obvia: las llamadas acciones *wrongful life* ni siquiera son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no cabe reconocer indemnización por una supuesta vulneración de derechos que el hijo reclamante no posee.

Las mismas cautelas deben mantenerse en las acciones *wrongful conception* en cuanto a las referidas en relación con la vida y a la del nacimiento del hijo, que tampoco en este caso pueden erigirse como el daño en que fundamentar con éxito la reclamación. Y aun en los casos en que resulte imputable causalmente a los servicios médicos el fracaso del medio anticonceptivo –que no siempre lo es–, los conceptos indemnizatorios no pueden identificarse con gastos que desplazarían *de facto* la obligación de los padres de asumirlos.

Hasta ahí, las coincidencias de las acciones *wrongful conception* con las acciones *wrongful birth y life*. La diferencia fundamental estriba en que, cuando el facultativo ha incurrido en infracción de la *lex artis* al implantar el anticonceptivo o hay un fallo en

³² La STS de 4 de febrero de 1999 afirma que «la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño *per se*, y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento».

³³ Recurso 3905/1996.

³⁴ Recurso 4936/2004.

su mecanismo no se plantean especiales problemas en la determinación de la dispraxia, pues no es más que un supuesto típico de responsabilidad sanitaria que se resuelve a través del análisis del grado de cumplimiento de los protocolos y del examen de las reglas de la causalidad entre la acción u omisión y el resultado lesivo. Más complejidad entrañan los casos en que la concepción no deseada se imputa a una infracción del deber de información relativo a los riesgos de fracaso, a las medidas postoperatorias que debe tomar el paciente o a la necesidad de someterse a ciertas pruebas para confirmar la esterilidad, pues para resolverlos se ha de acudir al análisis y contraste del caudal de información exigible en cada caso y el efectivamente producido.

3. Pérdida de oportunidad: uno de los supuestos más complejos de responsabilidad patrimonial³⁵

Por diferentes motivos también resulta complicado hallar el daño y la relación causal en la pérdida de oportunidad. ¿Podría admitirse que existe un daño cuando no se sabe con certeza si este hubiera acontecido de igual forma, aunque los servicios sanitarios hubieran actuado con mayor celeridad? ¿Cabe indemnizar las meras posibilidades de curación o de mejora? ¿En qué consiste en estos casos la efectividad del daño? ¿Cómo se demuestra la relación causal, si es que esta es exigible en esta situación de incertidumbre? La respuesta de todas estas cuestiones pasa por admitir como premisa que hay dos singularidades en la doctrina de la pérdida de oportunidad que dificultan el planteamiento correcto de las reclamaciones patrimoniales fundamentadas en esta causa: una es el daño —que no es el resultado final acaecido a resultas de la demora— y, otra, la relación causal —que no debe ser entre la acción u omisión y dicho resultado final sino entre aquellas y la frustración de la oportunidad perdida—

En efecto, el principal error en el que incurren las reclamaciones en este caso es postular indemnización por el resultado final (p. ej., el fallecimiento), olvidando así que este resultado final es un requisito de imprescindible concurrencia, pero no es el daño que deba indemnizarse. El daño objeto de resarcimiento es precisamente la oportunidad que se ha perdido y no el resultado final producido. Más concretamente, el porcentaje de probabilidad de curación o de mejora con que contaba el paciente. Es lo que se ha dado en denominar «daño intermedio», que no es otro que esa pérdida de oportunidad de curación o de mejora, estando determinado el valor de la frustración por el porcentaje de éxito en la obtención de aquella.

Ello no significa que en la pérdida de oportunidad no haya de concurrir la efectividad del daño. Como en los demás supuestos de responsabilidad patrimonial,

³⁵ Para mayor abundamiento, vid. el trabajo de esta autora «Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 115, 2023, págs. 45 a 100.

este constituye un requisito de inexcusable concurrencia, si bien en este caso tal efectividad consiste en que la oportunidad ha de haberse perdido definitivamente, esto es, que se trate de la última oportunidad y que, por tanto, se está en presencia de una frustración definitiva, siendo ya irreversible la situación lesiva generada (dictamen CCA 497/2025).

La relación causal también es imprescindible, si bien en este caso ha de encontrarse entre la mala *praxis* de un tercero (por supuesto, ajeno a la víctima) y esa frustración definitiva de la oportunidad o de la probabilidad de obtener la mejora o curación de la patología —nunca respecto del resultado final—. No olvidemos que la pérdida de oportunidad se inserta dentro de los denominados «cursos causales no verificables» o de «causalidad hipotética». Ello determina que también resulte imprescindible para aplicarla la inexistencia de causalidad entre la mala *praxis* y el resultado final, pues de no ser así no estaríamos en presencia de un supuesto de pérdida de oportunidad ni cabría aminorar la cuantía indemnizatoria en mérito a ella, sino que procedería indemnizar por el resultado final acontecido (dictámenes CCA 808/2018, 459/2019 y 801/2014).

Otro error frecuente, tanto en las reclamaciones patrimoniales como en las propuestas de resolución e incluso en algunas resoluciones judiciales, consiste en el modo de efectuar la evaluación de la pérdida de oportunidad. En ocasiones, conscientes de que no procede indemnizar el 100%, optan por establecer una indemnización salomónica fijada al 50% de lo solicitado o de lo establecido en el baremo (STS de 20 de marzo de 2018³⁶ y STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2018³⁷). En otras, descontando simplemente del montante total las patologías previas del paciente³⁸ o fijando una cantidad a tanto alzado y de forma global (STS de 9 de junio de 2009³⁹), sin el previo cálculo probabilístico, sin tomar en consideración la incertidumbre sobre las probabilidades de curación y sin acompañarlas de la debida motivación, lo

³⁶ Núm. 462/2018, recurso núm. 2820/2016, ECLI:ES:TS:2018:1096.

³⁷ Núm. 760/2018, ECLI:ES:TSJM:2018:13236.

³⁸ Es lo que hace la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de diciembre de 2015 (núm. 366/2015, ECLI:ES:TSJCLM:2015:3773), que parece realizar un cálculo probabilístico cuando maneja porcentajes del 80%, pero termina descontando un 20% por las patologías que presentaba el paciente.

³⁹ Recurso de casación n.º 1822/2005, que afirma: «A la hora de efectuar la valoración, como señala la sentencia de 10 de abril de 2008, la jurisprudencia (SSTS de 20 de octubre de 1987, 15 de abril de 1988 o 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990, derive de una «apreciación racional aunque no matemática» pues, como refiere la sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, 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*».

que puede generar indefensión (STS 13 de julio de 2017⁴⁰ y la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 20 de abril⁴¹).

En el caso que dio lugar al dictamen 407/2025, se fijó en un 20% el porcentaje de haber evitado el empeoramiento de la enfermedad. Ahora bien, advertía dicho dictamen que este porcentaje de obtener un mejor resultado no debe proyectarse sobre el valor de referencia de la cuantificación de la totalidad de los conceptos indemnizatorios que la reclamación y la propuesta de resolución referían sino que, al tratarse de pérdida de oportunidad, la evaluación deberá comenzar tomando en consideración todas las circunstancias que rodean el caso, incluidas las condiciones endógenas, la patología de base y todas las circunstancias del paciente, determinando porcentualmente en ese momento la situación en que se encontraba, y de esta forma establecer la probabilidad de supervivencia, curación o mejora al momento de requerir la atención sanitaria. A continuación, ha de fijarse la probabilidad que ha resultado tras el déficit asistencial –que será necesariamente inferior a la primera–, de modo que la diferencia entre ambos porcentajes será la concreción de la oportunidad que se ha perdido, que proyectada a la evaluación económica del daño final producido arrojará la cuantía a la que debe ascender la indemnización. Es decir, al tratarse de un régimen de imputación probabilístico o de probabilidad causal, para determinar las posibilidades de que un tratamiento médico conforme a la *lex artis ad hoc* hubiera evitado el menoscabo se ha de evaluar la totalidad de los perjuicios sufridos, calcular la probabilidad de curación o mejora con que contaba la víctima y fijar la indemnización en función de una fracción de los totales perjuicios atribuibles a la pérdida de oportunidad. Dicho de forma sintética: el cálculo debe hacerse determinando dicho porcentaje en contemplación de las posibilidades hipotéticas que tenía el paciente en caso de que el servicio sanitario hubiera actuado conforme a la *lex artis ad hoc*. Sólo cuando no es posible efectuar el cálculo de ese modo por carecerse de parámetros ciertos para determinar porcentualmente la oportunidad perdida (por ejemplo, la incidencia del factor tiempo en relación con su desarrollo, la eficacia terapéutica de los tratamientos, la respuesta del enfermo...) puede utilizarse, como hizo dicho dictamen, subsidiariamente como criterio el resarcimiento del daño moral valorado a tanto alzado.

¿Por qué un daño desproporcionado no siempre es jurídicamente resarcible como daño desproporcionado?

En la carga semántica del término «desproporcionado» se encuentra el motivo de mayor confusión de quienes se apoyan en él cuando pretenden subrayar la gravedad del daño alegado en su reclamación, pues olvidan que la doctrina del daño

⁴⁰ Recurso de casación núm. 955/2015, ECLI:ES:TS:2017:2839.

⁴¹ Núm. 443/2021.

desproporcionado proporciona unas consecuencias jurídicas de extraordinario valor en cuanto a la distribución y a la carga probatoria entre la parte reclamante y la Administración, lo que hace imprescindible que no sólo se requiera de esa extraordinaria gravedad sino de otras circunstancias extremas de concurrencia rigurosamente anormal.

Dicho de forma sintética: coloquialmente podrán ser términos análogos o incluso sinónimos, pero no son indiferentes jurídicos, pues en derecho todo daño desproporcionado es grave, pero no todo daño grave es desproporcionado. Para que merezca tal consideración, la desmesura en el daño ha de llegar a tal punto que la doctrina y la jurisprudencia también lo han venido a denominar como «daño de resultado clamoroso» o a identificarlo con la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) y ello hasta el extremo de llegar a considerar que el alivio probatorio en favor de la reclamante es tan considerable que algunas sentencias le han dado el tratamiento propio de inversión de la carga de la prueba.

El daño, pues, para ser calificado jurídicamente como desproporcionado, ha de haber generado un resultado lesivo que «exceda de lo previsible y normal», que «no guarde relación o proporción» con la entidad de la actuación médica, y que resulte «inasumible por su desproporción» ante lo que cabe esperar de la intervención médica. Todas estas expresiones utilizadas por la jurisprudencia permiten deducir que el daño desproporcionado, jurídicamente hablando, no es cualquier daño por muy grave o infrecuente que sea el que el reclamante pretenda describir. No se trata de que el resultado obtenido sea insatisfactorio o no adecuado a las expectativas del paciente, pues «todo daño desproporcionado es indeseado, pero no todo resultado indeseado es desproporcionado». Como se afirmó en el dictamen CCA 188/2020, es desproporcionado el daño cuando «el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución...», o lo es aquel provocado en un acto médico que produce un resultado anormal, insólito e inusualmente grave en relación con los riesgos que comporta e incompatible con las consecuencias de una terapia normal (STS de 2 de noviembre de 2012). En contra de lo que pudiera pensarse, la desproporción en el daño no equivale a que éste sea desorbitado, de extraordinarias consecuencias para el paciente ni tampoco un daño indeseado o insatisfactorio. El daño es desproporcionado cuando es anómalo como resultado de una actividad concreta, que, por tanto, en primer lugar, no se corresponde con las complicaciones posibles y definidas en la intervención –es decir, que no está previsto– ni, en segundo lugar, es explicable en la esfera de la actuación profesional.

A *sensu contrario*, daño desproporcionado no es, por definición, el daño típico y previsible, pues en este caso, lejos de encontrarnos ante un acaecimiento inexplicable, se trataría de un resultado que, no por indeseado, se corresponde, no obstante, con las complicaciones posibles y definidas en la intervención, tanto más si éste ha sido debidamente informado y consentido por el paciente.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El planteamiento de una reclamación patrimonial frente a la Administración no siempre se revela tarea fácil. No sólo por la necesaria concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que establece la LRJSP, cada uno dotado de su propia individualidad y significación, sino porque a ellos hay de añadir algunas consideraciones silenciadas en la propia ley o porque sobre este sistema se ciernen algunos mitos o algunas consideraciones apresuradas que después tienen poca adherencia a la realidad.

La primera dificultad estriba justamente en determinar cuándo existe el daño y qué tipo de daño es el invocable para que la reclamación pueda prosperar; por qué y cuándo un daño adquiere tintes de lesión indemnizable, esto es, qué supuestos son los que tienen la virtualidad de generar tan cualificada condición en el daño que sea susceptible de convertirlo en lesión indemnizable, o cuán importante es identificar el daño –que depende mucho del bien jurídico protegido por la categoría de daño que se invoque– así como determinar el perímetro de su extensión para no extenderlo más allá del ámbito indemnizable. ¿Dónde comienza y dónde termina el deber de soportarlo? ¿Cuál es el título de imputación que proporciona una respuesta unívoca a situaciones similares? ¿Cuándo existe suficiente título para pedir indemnización? Y si el título de imputación es la anormalidad en el funcionamiento del servicio público, cuando este se ha producido, ¿podemos contar siempre con ese título?

Para no llevar la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable o más allá de la voluntad del legislador, la jurisprudencia y los consejos consultivos se han afanado en ir asentando en su doctrina algunas reglas y principios que, como digo, lamentablemente no se encuentran en la letra de la ley y que embridan el sistema amplio y generoso de responsabilidad pública que parecía haber diseñado el legislador, en el que nunca estuvo la intención de convertir a la Administración en una suerte de aseguradora universal habida cuenta de que el funcionamiento de un servicio público no es *per se* fuente de responsabilidad patrimonial.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOIX MAÑÓ, P. (2024). El consentimiento informado en la responsabilidad patrimonial sanitaria. En MANENT ALONSO, L. (dir.), *Tratado de responsabilidad patrimonial sanitaria. Estudio de la jurisprudencia y doctrina legal*. Tirant lo Blanch.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2009). Responsabilidad patrimonial y títulos de imputación del daño. En ORTIZ BLASCO, J. y MAHÍLLO GARCÍA, P. (coord.), *La responsabilidad de las Administraciones públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*. Fundación Democracia y Gobierno Local.

GALLARDO CASTILLO, M.^a J. (2023). Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (115).

GARCÍA FERNÁNDEZ, M. (2022, julio 7). La responsabilidad patrimonial de la administración en el ejercicio ilegal de la potestad reglamentaria: entre el garantismo y la sostenibilidad. Instituto Nacional de Administración Pública. www.laadministracionaldia.inap.es

GARNICA MARTÍN, J. F. (2007). La prueba del lucro cesante. *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, (37).

GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C. (2018). Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3959). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (107).

LÓPEZ MENUDO, F., GUICHOT REINA, E. y CARRILLO DONAIRE, J. A. (2005). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Editorial Lex Nova.

LÓPEZ MENUDO, F. (2013). Título X. La responsabilidad de las Administraciones y de sus autoridades y demás personal a su servicio. En SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley 30/1992*. Editorial Lex Nova.

MAZEAUD, H., y TUNC, A. (1962–1977). Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, trad., tomo 3, vol. 1). Ediciones Jurídicas Europa-América.

TOULEMON, A., y MOORE, J. (1968). Le préjudice corporel et moral en droit commun (3.^a ed.). Sirey.

VICENTE DOMINGO, E. (2002). El daño. En REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil* (p. 228). Aranzadi.

XIOL RÍOS, J. A. (2010). El daño moral y la pérdida de oportunidad. *Revista Jurídica de Catalunya*, (1).