

Jurisprudencia consolidada y vigente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria

Consolidated and current jurisprudence of the Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Court on matters of healthcare liability

César Tolosa Tribiño

Magistrado del Tribunal Constitucional

<http://orcid.org/0000-0002-9363-3661>

RESUMEN: Al afrontar la cuestión referente a la responsabilidad sanitaria, se ha partido tradicionalmente de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. Esta diferencia fundamental en el criterio de imputación provoca la existencia de peculiaridades importantes de la responsabilidad sanitaria. El estudio analiza la peculiaridad de los criterios de imputación de la responsabilidad sanitaria. Entre los criterios de imputación de la responsabilidad, se analizan la culpa anónima (déficit asistencial), la teoría del daño desproporcionado (culpa virtual), la teoría de la probabilidad estadística (*more probable than not*) y la teoría de la pérdida de oportunidad. En el presente trabajo se trata de analizar dichas peculiaridades, con fundamento en la doctrina que de forma reiterada ha ido sentando el Tribunal Supremo en sucesivas resoluciones.

ABSTRACT: When addressing the issue of healthcare liability, the distinction between obligations of means and of results has traditionally been the starting point. This fundamental difference in the attribution criterion gives rise to important peculiarities in healthcare liability. This study analyzes the peculiarities of the attribution criteria for healthcare liability. Among the criteria for attributing liability, the following are analyzed: anonymous fault (care deficit); the theory of disproportionate damage (presumed fault); the theory of statistical probability (*more probable than not*); and the theory of loss of chance. This paper attempts to analyze these peculiarities, based on the doctrine repeatedly established by the Supreme Court in successive rulings.

Recibido: 16-07-2025

Aceptado: 31-10-2025

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad sanitaria pública, culpa anónima (falta de atención), teoría del daño desproporcionado (culpa virtual), teoría de la probabilidad estadística (más probable que no), teoría de la oportunidad perdida.

KEY WORDS: healthcare liability, anonymous fault (care deficit), theory of disproportionate damage (presumed fault), theory of statistical probability (more probable than not), theory of loss of chance.

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. II. NOTAS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. III. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL. IV. LA PECULIARIDAD DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA. V. LA SUPERACIÓN DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN ENTRE MEDICINA MEDICANA CURATIVA Y SATISFACTIVA. VI. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD Y ESTABLECIMIENTO DE CRITERIOS SINGULARES EN MATERIA PROBATORIA. **1. Culpa anónima (déficit asistencial). 2. Teoría de la facilidad probatoria (cargas probatorias dinámicas e historia clínica). 3. Teoría del daño desproporcionado (culpa virtual). 4. Teoría de la probabilidad estadística (*more probable than not*). 5. Teoría de la pérdida de oportunidad.** VII. LA PROBLEMÁTICA APLICACIÓN DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. VIII. LA DIFICULTAD EN LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO RESPONSABLE. **1. Los supuestos de asistencia prestada por mutuas patronales de accidentes de trabajo. 2. Los supuestos de prestación sanitaria en centros concertados. 3. La posición de las compañías aseguradoras.** IX. LA FIJACIÓN DE LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA. X. LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR FUERZA MAYOR Y LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE LOS RIESGOS DEL PROGRESO. XI. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD. XII. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDAD. **1. La responsabilidad dimanante de los defectos del consentimiento informado. 2. La responsabilidad por medicamentos defectuosos. 3. La responsabilidad derivada de los efectos adversos de las vacunas.**

Una de las facetas de la actividad administrativa que genera una mayor litigiosidad en materia de responsabilidad patrimonial es el campo sanitario.

Frente a la tradicional consideración de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, como una responsabilidad de naturaleza objetiva, en materia sanitaria podemos encontrar una cierta convergencia en la exigencia de los criterios de imputación de la responsabilidad entre la jurisdicción contenciosa y la civil, por cuanto la objetivación de la responsabilidad alcanza una menor aceptación. En efecto, al afrontar la cuestión referente a la responsabilidad sanitaria, se ha partido tradicionalmente de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. Se afirma que, aunque el fin perseguido por la actuación del médico es la curación del paciente, tal fin permanece fuera de la obligación del facultativo, por no poder garantizarlo, siendo el objeto de la obligación del médico una actividad diligente y acomodada a la *lex artis*.

Esta diferencia fundamental en el criterio de imputación provoca la existencia de peculiaridades importantes de la responsabilidad sanitaria, respecto de otros ámbitos de la actividad administrativa, generando un tratamiento específico con relación a los elementos esenciales que han de concurrir para la exigencia de la responsabilidad.

Uno de los elementos más directamente afectados es el relativo a la relación de causalidad, lo que ha determinado que existan criterios propios para establecer su concurrencia, al tiempo que se hacen necesarios mecanismos que permitan facilitar la actividad probatoria en el proceso.

En el presente trabajo se trata de analizar dichas peculiaridades, con fundamento en la doctrina que de forma reiterada ha ido sentando el Tribunal Supremo en sucesivas resoluciones.

I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

El art. 106.2 de la CE señala que: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

En la actualidad la regulación se encuentra contenida en los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, recogiendo 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley».

II. NOTASESENCIALESDELA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Las características fundamentales de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial son las siguientes:

- 1) Es un sistema unitario, por cuanto rige para todas las Administraciones públicas.
- 2) Constituye un régimen general, pues se aplica a toda la actividad administrativa, sea de carácter jurídico, fáctico, por acción o por omisión.
- 3) Se trata de un sistema de responsabilidad directa, por cuanto la Administración cubre de forma distinta la actividad dañosa de sus autoridad y funcionarios, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar la acción de regreso cuando aquéllos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia grave.
- 4) Es un régimen de carácter objetivo, por cuanto se prescinde de la idea de culpa para fundamentar la indemnización.
- 5) Trata de lograr una reparación integral.

III. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL

Durante mucho tiempo, la responsabilidad por asistencia sanitaria pública ha venido siendo exigida indistintamente ante diversos órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso, social), siempre con dudas acerca de cuál era el más pertinente.

Actualmente, de la lectura del artículo 9.4 de la LOPJ, así como del artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, se concluye que atribuyen la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo en los siguientes casos:

1. Cuando el daño haya sido causado por centros sanitarios públicos y el personal a su servicio.
2. Cuando concurren sujetos privados a la producción del daño.
3. Cuando se accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.
4. Cuando las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.

IV. LA PECULIARIDAD DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA

La responsabilidad patrimonial de la Administración forma parte del sistema de garantía patrimonial de los particulares permitiendo que estos sean indemnizados conforme a lo previsto en el art. 106.2 CE.

Si bien respecto de la naturaleza de este tipo de responsabilidad se han mantenido opiniones dispares, la jurisprudencia se ha ido posicionando con claridad en torno a la idea de que se trata de una responsabilidad de carácter directo y objetivo como contraposición a la responsabilidad subjetiva propia del derecho civil (STS 6 de noviembre de 1998 y STS de 28 de noviembre de 1998, entre otras).

No obstante, ha de reconocerse que el amplísimo margen interpretativo que la regulación legal deja a la jurisprudencia ha determinado, ciertamente, que, en la práctica, el sistema de responsabilidad objetiva global sólo esporádicamente llega a ser realmente efectivo. La realidad es que el hecho de que el daño traiga causa de un funcionamiento normal o, por el contrario, de un funcionamiento anormal, aunque debiera ser indiferente, no lo es en la práctica. El análisis detallado de la jurisprudencia deja claro que, en la mayoría de los casos, esa objetividad no se tiene en cuenta y que, por tanto, los jueces y tribunales casi siempre tratan de identificar un funcionamiento anormal que justifique el nacimiento de responsabilidad.

El campo de aplicación del funcionamiento normal es más bien escaso y la regla es que en la mayoría de los supuestos en los que la Administración viene obligada a indemnizar es porque se aprecia que el daño antijurídico ha sido causado por un funcionamiento anormal de los servicios públicos, negando, en otro caso, que exista relación de causalidad o, sencillamente, negando que el daño sea antijurídico.

En materia sanitaria, siguiendo las reflexiones anteriores, es donde probablemente podamos encontrar una más clara convergencia en la exigencia de los criterios de imputación de la responsabilidad entre la jurisdicción contenciosa y la civil y donde la objetivación de la responsabilidad alcanza una menor aceptación. En efecto, al afrontar la cuestión referente a la responsabilidad sanitaria, se ha partido tradicionalmente de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. Se afirma que, aunque el fin perseguido por la actuación del médico es la curación del paciente, tal fin permanece fuera de la obligación del facultativo, por no poder garantizarlo, siendo el objeto de la obligación del médico una actividad diligente y acomodada a la *lex artis*.

La *lex artis* puede definirse como el «conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio», según el diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española. En

este sentido, y dando una definición más completa, el Tribunal Supremo ha fijado la definición de *lex artis* en reiteradas ocasiones, si bien una de las más completas fue la establecida por la Sala de lo Civil el 11 de marzo de 1991 (RJ 1991\2209).

En definitiva, como dice la STS de 16 de febrero de 1995, los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar (...) no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible.

Partiendo de esta doctrina general, en materia de responsabilidad sanitaria puede concluirse la concurrencia de dos principios básicos:

- En la valoración de la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda suerte de responsabilidad, más o menos objetiva.
- En esta materia no opera la presunción de culpa ni la inversión de la carga de la prueba, admitida para los daños de otro origen, estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y de su relación de causalidad.

Por su parte la STS de 20 de julio de 2011 ha descompuesto las obligaciones del personal sanitario en los siguientes deberes:

- A) Utilizar cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el lugar donde se produce el tratamiento, realizando las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales.
- B) Informar al paciente del diagnóstico de la enfermedad y del pronóstico.
- C) Continuar el tratamiento al enfermo hasta que pueda ser dado de alta advirtiéndole de los riesgos de abandono del tratamiento (...)

V. LA SUPERACIÓN DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN ENTRE MEDICINA MEDICINA CURATIVA Y SATISFACTIVA

Si bien, durante años, la jurisprudencia vino a sostener que en los casos de la denominada medicina voluntaria o satisfactiva la obligación del médico no era de medios, sino de resultado, ese criterio ha venido siendo sustituido por otro según el cual la diferencia entre medicina necesaria y curativa, de un lado, y medicina voluntaria y satisfactiva, de otro, no debe alterar los postulados básicos sobre los que se asienta la responsabilidad civil médica.

En efecto, como luego veremos, la jurisprudencia ha seguido en este campo una importante evolución, dado que, si al principio se admitía una responsabilidad

en atención a que el resultado conseguido no era el esperado o deseable, es pacífica actualmente la doctrina que exige la necesidad de acreditar la mala praxis del facultativo a quien se reclama la indemnización.

En un primer momento, se afirmaba que, en los tratamientos de medicina necesaria, la obligación del facultativo iba a ser siempre de medios, al configurarse la relación jurídica entre el médico y el paciente como de arrendamiento de servicios, mientras que en la medicina voluntaria, la responsabilidad del facultativo iba más allá, convirtiéndose en una obligación de resultados, y definiéndose la relación jurídica entre médico y paciente como de arrendamiento de obra, o al menos, próxima a esta figura.

La STS de 25 de abril de 1994 se expresó en este sentido, al afirmar que en aquellos casos en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético (...) el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada.

Hoy podemos afirmar que, en ninguno de los dos casos, medicina curativa o satisfactiva, existe una responsabilidad médica de tipo objetivo. Dicho de otro modo, no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (STS contencioso, núm. 169/2018, de 6 febrero; STS núm. 418/2018, de 15 de marzo).

A modo de conclusión, excepción hecha de los supuestos en que el resultado se pacte o garantice, la actual línea jurisprudencial, con buen criterio, llama a superar la tradicional distinción entre obligaciones de medios y de resultado aplicada al campo de la medicina curativa y satisfactiva, respectivamente.

Manifestación de esta última tendencia jurisprudencial es la STS 828/2021 de 30 de noviembre, en la que se afirma que «Esta sala se ha cansado de repetir que la distinción entre obligación de medios y resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice; pues, en ambos casos, el médico se compromete a utilizar los conocimientos y técnicas que ofrece la medicina, bajo los riesgos típicos, que discurren al margen del actuar diligente y que, además, están sometidos a cierto componente aleatorio, en tanto en

cuanto no todas las personas reaccionan de la misma forma ante los tratamientos dispensados».

VI. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD Y ESTABLECIMIENTO DE CRITERIOS SINGULARES EN MATERIA PROBATORIA

Tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo, una de las mayores dificultades en el seno del proceso de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria viene dada por los frecuentes problemas probatorios que se presentan, tanto en la vía civil como administrativa.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han ideado una serie de teorías que sirven para resolver estas dificultades, estableciendo una serie de criterios de carácter general que fijan una pauta aplicativa a los juzgados y tribunales y que permiten complementar la aplicación, en estos supuestos, de las normas generales en materia probatoria, esencialmente en lo referente a la exigencia de la relación de causalidad, al tiempo que se introducen novedosos criterios de imputación de la responsabilidad.

Es de destacar cómo muchas de estas teorías tienen su origen en la jurisdicción civil y, sin embargo, han ido siendo progresivamente acogidas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

1. Culpa anónima (déficit asistencial)

El problema que trata de solucionarse mediante la aplicación de esta doctrina es el de la individualización de la responsabilidad.

Se parte de la consideración de que la medicina actual es ejercida en grandes centros u organizaciones hospitalarias, lo que determina que muchas veces resulte difícil, cuando no imposible, identificar al sujeto concreto responsable de un acto sanitario, sin que ello pueda impedir la indemnización del perjudicado por tal acto asistencial cuando haya lugar a la misma.

En estos casos, ante la existencia de deficiencias asistenciales, no se requiere la individualización concreta del facultativo o facultativos causantes del daño para declarar la responsabilidad del ente sanitario, público o privado, prestador de la atención médica inadecuada.

En este sentido, tiene declarado la jurisprudencia civil que la responsabilidad no está subordinada a la individualización de un responsable concreto, toda vez que la acción negligente tuvo lugar en el círculo de actividades del centro hospitalario y por circunstancias que cabe atribuir a sus empleados, por lo que responde el centro

empleador, y consecuentemente su aseguradora, sin necesidad de identificación de los concretos sujetos responsables.

Esta doctrina, que surge en el campo civil, ha sido objeto de aplicación en el caso de la sanidad pública, a partir de la idea de los denominados déficits asistenciales.

Así, la STS de 17 de mayo de 2002 introduce el concepto del «conjunto de posibles deficiencias asistenciales», que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de la atención médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiere podido incurrir en ella.

La referencia a las deficiencias asistenciales (errores en la organización o faltas de servicio) son frecuentes en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado, imputándose al hospital demandado algún tipo de culpa genérica, aun cuando la misma no radique en algún médico o personal sanitario concreto, sino que viene referida a un defecto en el sistema general o un error en la organización del proceso de prestación del servicio respectivo.

2. Teoría de la facilidad probatoria (cargas probatorias dinámicas e historia clínica)

El principio de la facilidad probatoria se contiene en el art. 217 de la LEC. Se parte de la idea de que parece lógico y equitativo que quien disponga de la prueba en un determinado proceso sea quien la aporte, de tal forma que, si la administración sanitaria tiene en su poder las fuentes de prueba y se halla, por ende, en mejor disposición de acreditar unos hechos, pese sobre él la carga de su prueba.

Es muy interesante a nuestros fines la STS de 2 de diciembre de 1996, en la que se va a poner de relieve las graves dificultades que en materia probatoria tienen los particulares en este tipo de reclamaciones, dado que los facultativos demandados, por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión.

Se rompe así la regla general según la cual la carga de probar que el funcionamiento irregular del servicio ha provocado un daño antijurídico le corresponde a aquella persona que alega hechos que configuran su pretensión y reclama su cumplimiento.

Esta teoría se aplica fundamentalmente en tres situaciones en que se tiende a la inversión de la carga de la prueba: infecciones hospitalarias, el daño desproporcionado y la pérdida o deficiencias en la historia clínica.

Respecto a las infecciones hospitalarias o nosocomiales, la STS de 22 de noviembre de 2010.

La sentencia de la Sala 3ª del TS dictada en el recurso 772/2012 (RJ 2012, 10586) a propósito del daño desproporcionado.

Destacando, por encima de todas, la STC 165/2020, de 16 de noviembre (BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020), que analiza un supuesto de pérdida o deficiencias en la historia clínica.

La sentencia estima la demanda presentada por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE), y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y declara la nulidad de la sentencia de 29 de mayo de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid (procedimiento abreviado núm. 482-2017), que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por responsabilidad patrimonial sanitaria derivada de daño moral causado por el fallecimiento del esposo de la recurrente por inadecuada asistencia médica, incluida la desaparición de dos electrocardiogramas solicitados por la esposa e hijos del fallecido y no aportados por la Administración.

El TC constata el incumplimiento por la Administración sanitaria del deber legal de custodia de la documentación clínica en los términos previstos en los arts. 17.1 y 14.2 y 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, lo que ha provocado indefensión para probar en juicio su pretensión indemnizatoria.

Entiende el TC que la consecuencia obligada del incumplimiento del anterior deber legal es la aplicación al presente caso del «principio de facilidad probatoria» que, a su vez, permite apreciar «la vulneración de los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y al principio de igualdad de armas procesales, faceta del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)».

Conforme a dicho principio en los casos en los que la administración dispone de una prueba sobre la cual el demandante funda su derecho, y aquella se niega sin causa justificada a su entrega con el fin de que pueda surtir efecto en el correspondiente proceso, sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva imponerle al interesado la consecuencia de la falta de prueba del hecho (SSTC 227/1991, de 28 de noviembre, 14/1992, de 10 de febrero, 7/1994, de 17 de enero, FJ 6, 98/1987,

fundamento jurídico 3, y 14/1992, fundamento jurídico 2116/1995, de 17 de julio, FFJJ 1 a 4, 61/2002, de 11 de marzo y 153/2004, de 20 de septiembre), sin que a su vez concurran en el presente caso ninguna de las dos excepciones que se recogen en la sentencia a la aplicación del citado principio, a saber:

A. Imposibilidad material y no de negativa injustificada de la Administración a la entrega del medio de prueba.

B. El deber de custodia del documento por una de las partes esté sujeto a un plazo normativo, y este ya se haya superado a la fecha en la que se solicita el documento por la otra parte.

3. Teoría del daño desproporcionado (culpa virtual)

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha venido aplicando la doctrina del «daño desproporcionado» como un mecanismo de presunción desfavorable para el médico demandado en el enjuiciamiento de su responsabilidad, presunción que puede generarse «a partir de un mal resultado de la intervención o tratamientos médicos, cuando su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y del sentido común, revele inductivamente la penuria de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo o de lugar en su conveniente y temporánea utilización». (STS, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1996).

En la jurisdicción contencioso-administrativa la doctrina del daño desproporcionado comenzó a aplicarse más tarde que en la jurisdicción civil. La primera sentencia que la acoge es la STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 16 de diciembre de 2003 que se refería a las «consecuencias desmesuradas» originadas por una intervención de hernia de hiato que fueron «mucho más allá de lo previsible» y que «no son la consecuencia normal de la operación».

La STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 12 de noviembre de 2012, relata, minuciosamente, la evolución de la doctrina del daño desproporcionado en la jurisdicción civil antes de ser acogida en el ámbito contencioso.

Sintetizando la doctrina jurisprudencial en la materia, podemos concluir que, en aplicación de tal principio, se puede presumir la negligencia del facultativo cuando el daño causado es impropio del acto médico concreto, siendo desorbitado dados los riesgos propios de dicha intervención. Se trata, pues, de un resultado que no guarda proporción con la naturaleza de la asistencia médica recibida. Es necesario que entre la gravedad del daño y el contexto asistencial donde se produjo haya una desproporcionalidad manifiesta, notoria y evidente, esto es, un daño que no podría producirse en condiciones normales.

Es importante destacar cómo la aplicación de esta doctrina lleva a una inversión de la carga probatoria (no total) según lo establecido por el Tribunal Supremo. Así en la sentencia de 19 de julio de 2001.

Desde un punto de vista negativo, no puede calificarse de resultado desproporcionado el daño indeseado o insatisfactorio, pero encuadrable dentro de los «daños o riesgos típicos» de la intervención, es decir, las complicaciones que se estiman como bastante posibles aun observando el facultativo toda la diligencia exigible y aplicando la técnica adecuada.

4. Teoría de la probabilidad estadística (*more probable than not*)

Según esta teoría, para aquellos casos en que resulta imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el tribunal puede dictar sentencia condenatoria del demandado, dando por probada la relación de causalidad, cuando los elementos de juicio que le son suministrados conducen a un «grado suficiente de probabilidad», sobre todo cuando se trata de una «alta probabilidad», esto es, de una probabilidad próxima a la certeza de que el resultado es producto de una deficiente actuación sanitaria.

Así surge de la fórmula acuñada por la jurisprudencia norteamericana, en la que el criterio de la certeza en materia de relación de causalidad es sustituido por el de la probabilidad.

La STS de 23 de diciembre de 2002 conoce de la reclamación formulada por la madre de una niña que nació con parálisis cerebral infantil, con una disminución de la capacidad orgánica y funcional del 84 %, tras sufrimiento fetal agudo. A la hora de establecer la causa de tal sufrimiento surgen distintas hipótesis, aunque la más probable parece ser un período expulsivo prolongado.

En la STS de 4 de diciembre de 2007, rec. 4051/2000, en un caso de contagio post-transfusional de hepatitis C, declara que «[...] el tribunal de apelación aporta argumentos aptos para considerar que existe un grado de probabilidad cualificada suficiente para establecer el nexo de causalidad con arreglo al canon que en casos similares ha sido adoptado por la jurisprudencia de esta Sala».

En el mismo sentido, STS de 13 de julio de 2010, RC n.º 1523/2006.

5. Teoría de la pérdida de oportunidad

La doctrina de la pérdida de la oportunidad es una construcción dogmática que busca resolver aquellos casos en los que no se ha podido acreditar de un modo absoluto la relación de causalidad, de forma que se estima la pretensión del demandante concediendo el derecho a una indemnización cuya cuantía será inferior, en

todo caso, a la que habría correspondido si se hubiera probado con total certeza la existencia de la relación de causalidad. Con este mecanismo se logra la protección de las expectativas de la persona que ha sufrido el daño que ha generado la responsabilidad.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3^a, de 14 de octubre de 2014, se reitera en el criterio mantenido como doctrina consolidada por la Sala en el sentido de que: «La pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste (STS de 19 de octubre de 2011, recurso de casación núm. 5893/2006)».

En definitiva, la sentencia recuerda que hay dos aspectos esenciales a valorar cuando intentemos demostrar la posible existencia de un supuesto de actuación médica en la que no se han aplicado los medios, modos o formas ordinarios o protocolizados para evitar un mal que, finalmente, se produjo y que podía haberse evitado con carácter previo si se hubiera actuado de forma diferente a como se hizo, pero que no se aplicó en el momento oportuno:

A. Grado de probabilidad de que una actuación diferente hubiera tenido como efecto la evitación del mal posterior.

B. Grado o entidad del daño ocasionado.

La teoría de la pérdida de oportunidad suele aplicarse en el caso de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de la dolencia y en los de falta de información o consentimiento informado. Supuestos en los que, por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identifica el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo o por la de decidir, caso de haber sido informado del riesgo luego materializado, sobre la conveniencia de sustraerse a la intervención médica concreta.

VII. LA PROBLEMÁTICA APLICACIÓN DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El criterio de la jurisdicción civil se ha sostenido por la jurisdicción contencioso-administrativa. Así la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de noviembre de 2012, recurso de casación 4598/2011, declara que «El antiguo artículo 28 de la Ley 26/1984 consideraba objetiva la responsabilidad por incumplimiento

de unos determinados niveles constatables de exigencia para los servicios sanitarios. Este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha».

VIII. LA DIFICULTAD EN LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO RESPONSABLE

El art. 21.1.b) LJCA considera parte demandada a «las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante», dando entrada así y dependiendo del tipo de pretensión ejercitada a una serie de sujetos privados que van a ocupar junto con la Administración la posición de demandados en el proceso.

Con carácter general y en cuanto a la determinación de la parte demandada, puede partirse de la afirmación de que la condición de codemandado, esto es la determinación de los que deben ser llamados al proceso desde la perspectiva de la legitimación pasiva, no deriva de la voluntad del recurrente-demandante, dado que este sólo viene obligado en su escrito de interposición a identificar la actividad administrativa que es objeto de impugnación, por lo que corresponde a la Administración y, de forma subsidiaria, al propio órgano jurisdiccional la obligación de traer al proceso, mediante el correspondiente emplazamiento, a todos aquellos que puedan aparecer como interesados.

En el campo de la responsabilidad sanitaria, encontramos algunos supuestos específicos que pueden resultar problemáticos a la hora de establecer correctamente la relación jurídico-procesal.

1. Los supuestos de asistencia prestada por mutuas patronales de accidentes de trabajo

En los casos en los que se produce una eventual negligencia médica en la asistencia sanitaria prestada por una mutua de accidentes de trabajo, el problema que se plantea es esencialmente competencial, dado que se trata de determinar si la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa o a la jurisdicción social.

La jurisprudencia ha optado por considerar que el orden competente para conocer de dicho procedimiento es el orden contencioso-administrativo. El motivo de

ello no es tanto el origen de la lesión o enfermedad en sí misma, sino que la mutua, pese a ser una entidad privada, presta esa asistencia sanitaria en virtud del correspondiente convenio.

En el auto de la Sala de Conflictos de fecha 19 de febrero de 2019 se establece: «Como se indica en el propio preámbulo de la Ley 35/2014, La presente ley atribuye a la jurisdicción del orden social el conocimiento de las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones de la Seguridad Social, incluidas las asistenciales, o se fundamenten en la gestión de las mismas, como son las de carácter indemnizatorio, con la finalidad de residenciar en el orden jurisdiccional especializado la materia e identificar a los titulares y legitimados, superando así las incertidumbres existentes».

Esa es la finalidad que persigue la atribución competencial al orden social de: «Las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones y servicios de la Seguridad Social objeto de la colaboración en su gestión...» a la que se refiere el nuevo texto del art. 68. 4 LGSS, «incluidas las de carácter indemnizatorio», en alusión a las prestaciones de tal naturaleza que son a cargo de las mutuas patronales.

De ninguna forma se está pretendiendo con ello modificar el régimen competencial vigente hasta esa fecha en materia de reclamación de daños y perjuicios con ocasión de la asistencia sanitaria, ni ha querido el legislador alterar el anterior esquema legal para incluir ese tipo de indemnizaciones entre las que pueden reclamarse a las mutuas en el orden jurisdiccional social.

Esa previsión legal queda estrictamente circunscrita a las indemnizaciones que, en concepto de prestaciones de seguridad social y con tal naturaleza jurídica, deben abonar las mutuas a los beneficiarios si les corresponde asumir su pago.

Lo que nada tiene que ver con las que debieren de afrontar en concepto de responsabilidad civil a consecuencia de la defectuosa atención sanitaria que pudieren haber dispensado, que continúan rigiéndose por la norma general en esta materia que atribuye su conocimiento al orden contencioso administrativo.

2. Los supuestos de prestación sanitaria en centros concertados

La asistencia sanitaria garantizada por el sistema público de salud no siempre se sustancia a través de medios propios, siendo relativamente frecuente que entre en juego la figura del concierto con centros privados que se configuran como el efectivo prestador de la asistencia, como pueden ser las intervenciones quirúrgicas. La problemática que puede surgir posteriormente viene determinada por la dificultad de deslindar responsabilidades al ser varios los actores concurrentes.

En estos supuestos, tradicionalmente se han contemplado distintos escenarios:

A. «En caso de que la Administración dicte resolución expresa sobre la existencia de responsabilidad en el ente concertado, esta entidad podrá impugnar tal declaración, como también podrá cuestionarla en sus consecuencias indemnizatorias el particular reclamante. En ambas hipótesis, de signo contrario pues distintos son los intereses, la jurisdicción contencioso-administrativa extenderá su competencia también a la posible condena de los codemandados a los que se les pueda imputar responsabilidad, incluso en los casos en los que se exima de responsabilidad a la Administración. (sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2010, recurso 5164/2006).

En cualquier caso, esta condena a los centros sanitarios concertados codemandados pasa por la mínima e inexcusable condición procesal de que la demanda ejerza la pretensión de condena a los mismos de forma alternativa, solidaria o subsidiaria, pues en caso contrario no podrán ser objeto de condena».

B. En cambio, en caso de que la Administración omita su deber o carga legal de declarar la responsabilidad propia o del ente concertado, sirviéndose de la desestimación presunta, el particular podrá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, con emplazamiento del ente concertado, pudiendo tener lugar una doble situación.

1) que la demanda se limite a ejercer la pretensión de condena frente a la Administración, caso en que ésta podrá ser condenada en solitario, tanto si se acredita su implicación efectiva en los hechos desencadenantes de la responsabilidad, como si se acredita que la responsabilidad inmediata y directa sea exclusivamente del ente concertado, supuesto en que le quedará a aquélla la vía de repetición o reembolso, previo expediente al efecto.

2) que la demanda ejerce la pretensión de condena de forma alternativa frente a la Administración y al ente concertado, de manera que, si se acredita la exclusiva responsabilidad del ente concertado, la sentencia deberá condenar solamente a la entidad concertada.

C. El particular puede potestativamente plantear la reclamación directamente frente a la entidad concertada, lo que en su caso surtiría eficacia interruptiva de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, tal y como precisó la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2008 (rec.2911/2003).

Respecto de la acción de repetición de la Administración sanitaria frente al centro concertado, se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo nº 1645/2018, dictada el 20 de noviembre.

La cuestión suscitada era si una vez determinada la responsabilidad patrimonial de la Administración declarada en vía administrativa por una deficiente asistencia sanitaria prestada por un centro concertado con la sanidad pública, la circunstancia de que la resolución administrativa declarativa de dicha responsabilidad efectúe la salvedad de que procede la indemnización, pero con la posibilidad de ejercitar la acción de repetición contra la entidad privada en régimen de concierto, hace necesaria la tramitación de un nuevo procedimiento para el reembolso de la deuda abonada por la Administración o si la misma resolución que accede a la indemnización constituye título ejecutivo suficiente para exigir el reembolso de manera inmediata y sin trámite alguno.

La conclusión que se alcanza es que, «cuando ante una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por deficiente asistencia sanitaria formulada por un perjudicado a la Administración, habiéndose prestado la asistencia por una entidad privada en régimen de concierto con la Administración; si la propia Administración tramita el procedimiento y en el seno del mismo se da plena intervención a la entidad concertada, se declara en la resolución que pone fin al mismo que procede la responsabilidad y se fija las indemnizaciones procedentes, pero imputando dicha responsabilidad al centro privado concertado, imponiendo la obligación de que proceda al pago de las indemnizaciones con derecho de reintegro del centro concertado, esa misma resolución, una vez adquiere firmeza, es título suficiente para reclamar la Administración las cantidades abonadas a la entidad concertada, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines».

3. La posición de las compañías aseguradoras

El principal problema que plantea el papel de las aseguradoras en la responsabilidad patrimonial sanitaria es el del ejercicio de la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

En el auto 2/2011, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia, de fecha 11 abril 2011 (conflicto 25/2010), se establece que «cuando la acción se ejercite solo contra la entidad aseguradora, con fundamento en el artículo 76 LCS, la competencia para conocer de ella se atribuye a la jurisdicción civil, porque en este caso no cabe atribuir competencia a los órganos de lo contencioso administrativo, dado que estos se encontrarían sin actividad administrativa que enjuiciar ni revisar y sin poder determinar, por lo tanto, si la misma ha sido o no conforme al ordenamiento jurídico, al plantearse ante los tribunales un conflicto limitado a relación entre privados, competencia que ha de atribuirse a la jurisdicción civil por al vis atractiva que le atribuye el ordenamiento jurídico (artículo 9.2 LOPJ)».

La STS núm. 321/2019, de 5 de junio, viene a mantener, igualmente, la competencia del orden civil en asuntos como el estudiado, por así exigirle el carácter autónomo de la acción directa prevista en el art. 76 LCS.

Sin embargo, según sostiene la Sala de lo Civil, este enjuiciamiento exige examinar la responsabilidad de la Administración, en la medida en que tal responsabilidad se constituye en requisito previo de la posible condena a la aseguradora.

No obstante, tal enjuiciamiento de la actuación administrativa está sometida a los siguientes límites:

A. El pronunciamiento prejudicial sobre si la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial se verificará conforme a la normativa de esta.

B. Ese pronunciamiento solo posee virtualidad a los efectos del proceso.

C. No cabe reconocer competencia a la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de la Administración pública asegurada, para lo que debe seguirse el procedimiento administrativo previsto legalmente.

Ante estas situaciones, la sentencia va a fijar cuáles son las opciones jurisdiccionales que pueden utilizar los perjudicados.

Una segunda cuestión polémica se aborda en la STS de 15 de octubre de 2018, en relación con la aplicación del artículo 20. 8º de la Ley del Contrato de Seguros.

Según la referida sentencia: «si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de los daños y perjuicios [...] No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuera imputable».

STS 17 de septiembre de 2020: «Si el perjudicado opta por no demandar a la aseguradora en vía contencioso-administrativa, cuando podía dirigir también la demanda contra ella conjuntamente con la Administración, no es factible que, una vez discutida y fijada la responsabilidad patrimonial y la cuantía indemnizatoria en dicho orden jurisdiccional, se pretenda posteriormente promover un juicio civil para obtener exclusivamente la diferencia de los intereses legales percibidos con los establecidos en el artículo 20 de la LCS, que podían perfectamente haber sido reclamados con intervención de la aseguradora en la vía contencioso-administrativa».

IX. LA FIJACIÓN DE LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA

Se ha afirmado que: «El sistema de cuantificación judicial de los daños a la persona muestra un panorama de preocupante anarquía que conspira contra el valor de seguridad, equidad y justicia».

En este orden de ideas, se señala que el juego entre el principio de reparación integral, que inspira nuestro derecho de daños y discrecionalidad judicial, puede producir arbitrariedad en la fijación de las indemnizaciones.

Lo cierto es que la cuantía de las indemnizaciones establecidas por los tribunales no es homogénea, lo que provoca:

- Una compensación inadecuada, con subestimación o sobreestimación de los daños, dependiendo del criterio judicial en cada caso.
- Una imposibilidad de lograr un cierto efecto preventivo de las condenas, ante la falta de predecibilidad de las indemnizaciones fijadas.
- Un aumento de la lentitud en el proceso de abono de las indemnizaciones, que han de esperar dilatados períodos de tiempo para ser fijadas de forma definitiva.

Independientemente de tales consideraciones, existen otros dos aspectos muy relevantes. De un lado, la ausencia de certidumbres en cuanto al importe de las indemnizaciones provoca un incremento notable de la litigiosidad, en cuanto la parte prefiere acudir ante los órganos jurisdiccionales con la esperanza de lograr que el criterio subjetivo judicial, o la especial sensibilidad del tribunal, le otorgue un incremento de la indemnización. Esta misma situación tiene un segundo efecto reflejo, consistente en la dificultad de poner en marcha mecanismos eficaces de evitación de los procesos, singularmente el procedimiento de mediación, ante la incertidumbre de conocer cuál resulte ser la indemnización adecuada.

Los dos sistemas más frecuentes que encontraremos para proceder a la indemnización y cuantificación de los daños son: a) sistemas de baremos, b) sistemas de apreciación judicial.

El art. 34 de la Ley 40/2015 establece que «En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad Social».

En consonancia con tal posibilidad, la jurisprudencia ha establecido la regla del carácter orientativo de los baremos de valoración del seguro de uso y circulación de vehículos de motor para la fijación de la cuantía indemnizatoria. Así, según razona la STS de 3 de mayo de 2012, rec. casación 2441/2010: «... Ese sistema de valoración del daño que reputa infringido tiene carácter meramente orientativo, no vinculante

para los tribunales de este orden jurisdiccional a la hora de calcular la indemnización debida por título de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, regida por el principio de indemnidad plena o de reparación integral» (sentencia, entre otras, de 23 de diciembre de 2009, dictada en el recurso de casación 1364/2008).

En materia sanitaria, los mayores problemas a la hora de fijar las indemnizaciones no se producen al cuantificar los daños físicos, ni los daños patrimoniales, sino en los supuestos de resarcimiento del daño moral, ante la falta de existencia de criterios objetivos para su valoración.

Así razona la STS de 20 de febrero de 2012, rec. casación 527/2010, que «el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de *pretium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso. No hay baremo alguno al respecto».

En definitiva, según el Tribunal Supremo el daño moral no admite, por definición, una cuantificación según «criterios económicos», por lo que, «salvo que concurren otras circunstancias que permitan una evaluación distinta, sólo [cabe] acudir a la prudencia para fijar la indemnización», es decir, atender a la «experiencia del propio tribunal... sobre el valor del padecimiento humano en las distintas situaciones de la vida» (STS, 3ª, Sección 6ª, 5.5.2009).

Su determinación encierra, por tanto, un «alto componente subjetivo» y en consecuencia «Los daños morales escapan por su naturaleza a toda objetivación mensurable, por lo que su cuantificación ha de moverse dentro de una ponderación razonable de las circunstancias del caso, situándose en el plano de la equidad».

X. LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR FUERZA MAYOR Y LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE LOS RIESGOS DEL PROGRESO

El art. 32.1 de la Ley 40/2015 establece la obligación de indemnizar «siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley».

En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995 (rec. 303/1993), este concepto «se define por dos notas fundamentales, cuales son: 1) el ser una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus propios riesgos, 2) imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista».

Íntimamente vinculada a la fuerza mayor en el ámbito sanitario está la denominada cláusula de progreso prevista en el art. 34 de la Ley 40/2015, cuando prevé que «no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos».

La STS de 5 de diciembre de 2007, rec. 3823/2000, declara que el criterio de imputación objetiva, exigido hoy, en el ámbito de responsabilidad de la Administración «no concurre en aquellos casos en que el paciente debe soportar los llamados riesgos del progreso, cuando los daños se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos»

Respecto de la carga de probar el estado de los conocimientos disponibles en un determinado momento corresponde a la Administración, según sentencia de 15 de abril de 2004.

Por otra parte, según la sentencia de 14 de octubre de 2002 (recurso de casación 5294/98), el estado de los conocimientos científicos y técnicos, a que se refiere la ley, es el nivel más avanzado de las investigaciones y comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.

XI. LA PRESCRIPCION DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La regulación de la prescripción de la acción de responsabilidad se contiene en el art. 67 de la Ley 39/2015, cuando establece que «El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas».

Además de lo previsto en el artículo 66, en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante. Con carácter general, en materia de responsabilidad patrimonial, el *dies a quo* del plazo de prescripción se computa desde que se produzca el daño o el acto que motive la indemnización, sin embargo, existen,

en los casos de daños físicos, consecuencia normal en materia sanitaria, una serie de supuestos especiales.

A. Los casos de daños de carácter físico o psíquico a las personas, supuesto en el que el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, tal y como textualmente señala el precepto legal.

B. Los supuestos de manifestación posterior del efecto lesivo que hasta tal momento se desconocían. En este caso, el plazo de prescripción no empieza a computarse hasta la exteriorización del daño.

C. Los supuestos de los denominados daños permanentes y continuados.

La STS de 10 de mayo de 2017 recuerda que «es necesario distinguir entre daños permanentes y daños continuados. Los primeros son aquellos en que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, en tanto que los segundos, los daños continuados, son aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada y sin solución de continuidad».

Por su parte, la STS Sala 1ª de 18 julio de 2019 señala que «aunque es cierto que la prescripción ha de ser interpretada restrictivamente por tener su fundamento en razones de seguridad jurídica y no de justicia material, también lo es que es doctrina reiterada que señala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa, sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico. El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción.

No obstante, también es doctrina de la sala que siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa, sino cautelosa y restrictiva. Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias.

Al llevar a cabo los tribunales esta labor interpretativa han de tener presente, por cuanto quedaría imprejudgada la pretensión de fondo planteada, el derecho a la

tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ya que la estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida».

Una cuestión, que en su momento planteó cierta polémica y que hoy ha quedado resuelta, es la referente a los efectos que sobre el plazo de prescripción tiene la previa existencia de un proceso penal o de un proceso civil.

La STS 21 de marzo de 2000 señala a este respecto que «La interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el art. 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980).

En materia de prescripción, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia 463/2019, de 4 de abril, rec. 4399/2017) ha dado respuesta a la cuestión de interés casacional relativa a «*si, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por secuelas derivadas de una accidente o prestación sanitaria determinante de una declaración de incapacidad laboral (administrativa o judicial), el dies a quo del plazo de un año para reclamar se ha de situar en la fecha en la que —con conocimiento del afectado— se estabilizaron definitivamente las secuelas, como sostiene, sin fisuras, la jurisprudencia de esta Sala Tercera, o, como viene manteniendo la jurisprudencia de la Sala Primera, desde la fecha de la resolución administrativa o de la sentencia firme del orden social que declare tal situación de incapacidad*».

Para la Sala Primera (civil) del Supremo el plazo se contaría desde esta resolución laboral final (la que declara la incapacidad), por interpretar restrictivamente la prescripción, descartando la presunción de abandono del ejercicio del derecho, y sin perder de vista el principio de indemnidad, por la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas no imputables a su persona o comportamiento.

Sin embargo, la Sala Tercera ha establecido que el *dies a quo del plazo de prescripción, es el de la curación o estabilización del enfermo, sin que sea necesario esperar a la previa declaración formal de incapacidad establecida en vía administrativa o judicial, porque,*

cuando se trata de responsabilidad patrimonial de la Administración, no cabe entrar a valorar las consecuencias laborales de las secuelas que tienen su propio ámbito de reclamación y resarcimiento.

XII. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDAD

1. La responsabilidad dimanante de los defectos del consentimiento informado

Con carácter general debe señalarse que los meros defectos o la ausencia del consentimiento informado no puede, con carácter general, dar lugar a la exigencia de responsabilidad, dado que para que la responsabilidad surja es necesario no sólo un funcionamiento anormal del servicio público, sino que se requiere además que ese funcionamiento cause o irroge al paciente un daño efectivo, individualizado y económicamente evaluable, que ese daño sea antijurídico y que entre el funcionamiento del servicio y el daño en el que concurran esos requisitos medie la lógica relación de causalidad. El art. 24 del Convenio de Oviedo ya establecía la posibilidad de resarcimiento en caso de daño derivado de un defectuoso cumplimiento de las obligaciones derivadas de la institución del consentimiento informado, al afirmar que «la persona que haya sufrido un daño injustificado como resultado de una intervención tendrá derecho a una reparación equitativa en las condiciones y modalidades previstas por la ley» si bien debe advertirse que no toda quiebra de las reglas reguladoras del consentimiento informado tiene que traducirse en un resarcimiento económico; al menos así lo entiende la STS, Sala 1.^a, de 27 de septiembre de 2001, según la cual «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) y en el caso no es de ver en que pudo influir una hipotética falta de información por escrito en el resultado lesivo».

Consecuentemente, **la falta de consentimiento informado en sí mismo no es indemnizable**, sino que debe ir acompañado de un daño o perjuicio, tal y como afirma la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de abril del 2011 (rec. 3483/2009): «Es jurisprudencia reiterada de esta Sala la que declara que la falta de consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, pero que para que la misma sea merecedora de indemnización se precisa que a quien la invoca se le haya producido un daño antijurídico que no esté obligado a soportar».

Debemos hacer referencia igualmente, al supuesto resuelto por la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de fecha 2 de enero de 2012, cuando afirma «que el defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis* y revela una manifestación de funciona-

miento anormal del servicio sanitario, siempre que, se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado».

No obstante, como ha señalado más recientemente la sentencia de 24 de septiembre de 2012 (casación 6137/2011), «[...] la jurisprudencia ha establecido que eludir el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación anormal del servicio sanitario que no da lugar per se a indemnización cuando no se ha producido un daño que haya que reparar como consecuencia de haberse conculcado esa *lex artis* citada, si bien en determinadas circunstancias esa patente infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir, que sin razón alguna le fue sustraída, cuya reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo (STS de 22-10-2009, 25-3-2010 y 9-6-2010, entre otras)».

Antes de adentrarnos en otras consideraciones, conviene que hagamos referencia al problema de la carga de la prueba del cumplimiento del requisito del consentimiento informado.

La carga de probar el consentimiento informado ha pasado en la jurisprudencia del paciente a la Administración, pues de corresponder al perjudicado se le impondría la carga de probar un hecho negativo, no obstante, y a falta de constancia escrita puede salvarse mediante otros medios probatorios —por ejemplo, testificales— concluyentes. Como señala la sentencia de la Sala 3.^a, de 3 de octubre de 2000 «la obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad».

En definitiva, una vez acreditada la inexistencia de consentimiento, es a la Administración a quien compete acreditar, de forma fehaciente, que el hecho que la parte acredita indiciariamente como arriesgado no forma parte del catálogo de riesgos habitualmente asociados a la práctica *de* un determinado tratamiento.

2. La responsabilidad por medicamentos defectuosos

La STS de 21 de diciembre de 2020 se pronuncia sobre la cuestión planteada en ATS (contencioso), sec. 1.^a, *A 19-12-2019, rec. 5608/2019, consistente en determinar si la Administración sanitaria que realiza correcta y adecuadamente un acto sanitario debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización previamente autorizada por la autoridad competente (Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios) o si, por el contrario, la responsabilidad deber recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios.*

La conclusión a la que llega el TS es que «la Administración sanitaria —cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la *lex artis*— no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios, de concurrir las concretas circunstancias necesarias para ello».

3. La responsabilidad derivada de los efectos adversos de las vacunas

Una cuestión jurídica de sumo interés en relación con la vacunación es la referente a la posible responsabilidad que pudiera derivarse de los posibles efectos adversos de la misma.

En principio, ninguna diferencia existe entre el tratamiento jurídico que debe darse a la posible responsabilidad derivada de los efectos adversos de las vacunas y los que se establecen para la responsabilidad sanitaria con carácter general, esencialmente en lo concerniente a la exigencia de la infracción de la *lex artis* para el nacimiento del derecho a la compensación indemnizatoria.

Lo que ocurre es que la cuestión puede tornarse más compleja, si nos planteamos el problema de cuál sea la vía para la exigencia de dicha responsabilidad, dado que podemos diferenciar claramente entre dos supuestos: a) supuestos en los que los daños se derivan de los efectos adversos provocados por la vacuna en su interacción con determinadas características físicas del paciente, y b) efectos adversos derivados de algún efecto secundario derivado de la propia vacuna o por el carácter defectuoso de la misma.

En el primero, la reclamación deberá dirigirse a la Administración sanitaria al amparo de la institución de la responsabilidad patrimonial, mientras que, en el segundo caso, la responsabilidad puede fundarse en la normativa sobre productos defectuosos y exigirse al laboratorio fabricante por la vía de la responsabilidad civil.

De este segundo supuesto es claro exponente la STJUE de 21 de junio de 2017, que se dictó como consecuencia de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Cour de Cassation (Tribunal de Casación, Francia) y tiene por objeto la interpretación del artículo 4 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, dirigiéndose la reclamación contra la compañía productora de la vacuna.

4. Infecciones nosocomiales

Señala la STS nº 446/2019, de 18 de julio, que: «Cuando se produce una infección nosocomial no se puede anudar a la misma fatalmente la condición de inevitable. Es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La experiencia demuestra que la instauración y escrupulosa observancia de protocolos preventivos rebaja considerablemente las infecciones de esta etiología, lo que cuestiona su inevitabilidad como criterio absoluto».

No obstante, en otros casos, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 23 septiembre 2009, ha recurrido a la falta de previsibilidad del daño y a la ausencia de antijuricidad en el proceder de la Administración, al declarar que:

En materia probatoria, en el supuesto que nos ocupa de las infecciones por asistencia hospitalaria en aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, recae en la administración la prueba de la ausencia de responsabilidad en la adquisición de dicha infección nosocomial. De modo que en materia de infecciones nosocomiales se produce una inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual el paciente solo tiene que acreditar la existencia de la infección hospitalaria y el daño ocasionado, el reclamante no debe de probar que los protocolos no funcionaron o no se cumplieron, sino que debe ser el reclamado, la administración, quien pruebe su existencia y cumplimiento.

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 22 de noviembre de 2010, se estableció la condena con inversión de la carga de la prueba, al establecer probada la infección y la ausencia de consentimiento informado, al declarar: «No puede afirmarse lo mismo respecto de la infección sufrida y la ausencia del consentimiento informado. La actora ha probado la

existencia de la infección y ha negado la prestación de un consentimiento informado a la intervención quirúrgica que le fue practicada, dicha regla se traduce en poner a cargo de la Administración sanitaria la prueba de que ajustó su actuación a las reglas de la *lex artis*, aportando los documentos justificativos de que se informó a la paciente de los riesgos de la intervención y de que recabó su consentimiento, así como que adoptó todas las prevenciones profilácticas que los protocolos médicos aconsejan para evitar las infecciones nosocomiales, pues es ella y no la actora la que tiene la disponibilidad y facilidad de probar que su actuación en los dos aspectos reseñados fue correcta, cosa que no ha hecho».