



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR
DAÑOS DERIVADOS DE LA ASISTENCIA
SANITARIA PÚBLICA EN LA COMUNIDAD
AUTÓNOMA DE ARAGÓN: ESTUDIO DE
CASOS Y PROPUESTAS DE MEJORA DE LA
PREVENCIÓN.

Autor:

Pilar Loscertales Nerín

Director:

José Luis Bermejo Latre

FACULTAD DE DERECHO

2016/2017

ÍNDICE:

- I. Introducción
- II. Dimensiones del daño derivado de la asistencia sanitaria
- III. Causalidad
 1. *Lex artis*
 2. Culpa
 3. Nexo causal
- IV. Prescripción
- V. Análisis de casos
- VI. Cuestión de aseguramiento
- VII. Conclusión
- VIII. Bibliografía
 1. Doctrina
 2. Legislación
 3. Jurisprudencia

I. Introducción

La cuestión principal tratada en este Trabajo Fin de Grado versa sobre la responsabilidad patrimonial de la administración derivada de los daños causados en la prestación de la asistencia sanitaria pública, viene determinada por mi curiosidad y empeño en profundizar en esta materia en constante evolución consecuencia, entre otros factores, del cada vez mayor ejercicio de los derechos personales por parte del paciente o sus familiares, al considerar que el actuar de los facultativos sanitarios dependientes de la Administración no ha sido el correcto, hecho sobre el que se sustentan la reclamación en solicitud de indemnización.

El presente trabajo ha requerido el estudio de abundante doctrina científica y jurisprudencial, así como del análisis de una serie de dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón, que ha permitido conocer cuáles son los criterios, consideraciones y argumentos sobre los que se sustenta la estimación o desestimación de la reclamación.

Justifico la elección de mi tema, porque desde siempre el tema médico me ha interesado; además considero que la sanidad pública constituye uno de los pilares fundamentales de nuestra sociedad. España es uno de los países europeos que cuenta con un buen sistema sanitario público, pues siempre ha tendido a procurar una asistencia sanitaria universal, aunque en los últimos años se hayan producido ciertos recortes. En mi opinión, con independencia de que la asistencia sanitaria se extienda a toda la población, es más importante que no se produzcan diferencias entre los españoles por el hecho de que puedan residir en una u otra Comunidad Autónoma.

En relación con la metodología seguida, me he centrado en el estudio de los dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón, ya que dicho Consejo tiene competencia para ello como viene regulado en los artículos 13.1 y 15.10 de la Ley 1/2009 de 30 de Marzo del Consejo de Aragón publicada en el Boletín Oficial de Aragón nº 78 de 8 de Abril de 2009, y donde se señala que el Consejo Consultivo emitirá dictamen en cuanto asuntos sometan a su consulta el Gobierno de Aragón o cualquiera de sus miembros, y en relación a su cuantía, serán aquellas reclamaciones administrativas de indemnización de daños y perjuicios de cuantía superior a seis mil euros.

Junto con los dictámenes, he acudido a diversas publicaciones, recogidas en la bibliografía del trabajo, que me han dado la posibilidad de dar respuesta en el estudio que

he llevado a cabo, a los distintos aspectos que trato en el mismo en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Y siendo los dictámenes del Consejo Consultivo los emitidos en el año 2015, sobre daños producidos en los años 2012-2013-2014.

Antes de entrar en el análisis de los distintos aspectos que trato, considero oportuno resaltar que la sanidad es un sector de la actuación administrativa caracterizado sin duda por la gran amplitud y complejidad de las cuestiones que comprende y por la presencia de un conjunto normativo difícilmente abarcable en este trabajo.

El marco constitucional español en relación con la Sanidad queda encuadrado, por una parte, por los diversos preceptos recogidos en el Título I de la Constitución Española en el que se determinan cuáles son los derechos de los administrados y los mandatos de los poderes públicos en relación con la materia y, por otra parte, las reglas de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas contenidas en los artículos 148 y 149 Constitución Española.

Hay que señalar que en el artículo 43 de la Constitución Española, en los apartados 1 y 2 se establece que «compete a los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios». Además el apartado 3 señala que, «los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte»; pero separando el concepto de asistencia sanitaria que significa que es el que presta un agente u operador especializado para las personas que sienten o tienen manifestaciones de alteraciones en su estado de salud y que además este servicio se presta bajo unas determinadas condiciones de seguridad. Además cabe otorgar que el artículo 149.1º.16 de la Constitución Española determina al Estado la competencia para formular las bases de la Sanidad, así como la coordinación general en relación con la Sanidad, como son la Sanidad exterior y la legislación sobre los productos farmacéuticos.

Hay que hacer mención también dentro del marco normativo básico, de la Ley General de Sanidad de 1986, norma mediante la que se señala que todo el conjunto de las acciones públicas en relación con la Sanidad, después desarrollada a través de un importante bloque de disposiciones que como objetivo fundamental tienen la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud como viene recogido en el mencionado artículo 43.1 de la Constitución Española.

Dentro del ámbito de la sanidad pública, los Estatutos de Autonomía de las distintas Comunidades Autónomas atribuyen importantes competencias en esa materia, por lo que en este trabajo fin de grado, voy a centrarme en el examen de las reclamaciones que se formulan por acciones u omisiones en las que se haya podido incurrir en la realización de su trabajo por parte del personal sanitario dependiente de centros sanitarios públicos aragoneses.

Merece la pena hacer una especial mención a nuestro Estatuto de Autonomía Aragonés, en el cual en el artículo 14, se señala en su punto primero que todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios públicos de salud, en condiciones de igualdad, universalidad y calidad, y los usuarios del sistema público de salud tienen derecho a la libre elección de médico y centro sanitario, en los términos que establecen las leyes. Además de que en su segundo punto, se dice que los poderes públicos aragoneses garantizarán la existencia de un sistema sanitario público desarrollado desde los principios de universalidad y calidad, y una asistencia sanitaria digna, con información suficiente al paciente sobre sus derechos que le asisten como usuario.

Se puede señalar que en el año 2001 Aragón adquirió la transferencia del Sistema Nacional de Salud, con la creación de la Real Decreto 1475/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud. Pudiendo de esta forma contar con un Servicio de Salud, que es la estructura administrativa y de gestión que va a integrar a todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad Autónoma. Siendo los principios relacionados los que se encuentran recogidos en la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, que concreta los instrumentos de colaboración y crea como órgano de coordinación el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Posterior a esto, es la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud contempla el denominado Consejo Interterritorial con este mismo carácter de órgano de coordinación, y profundiza en materia de coordinación y cooperación dentro del Sistema Nacional de Salud.

II. Dimensiones del daño derivado de la asistencia sanitaria

Con carácter general se puede afirmar que no todo daño o perjuicio que los particulares sufran con ocasión de la prestación de asistencia sanitaria puede ser objeto de indemnización, pues solo serán indemnizables si concurren los requisitos que se determinan en los artículos 139.2 y 141.1¹ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que señalan respectivamente que el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; y que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

En el Derecho español vigente, en relación con este tema, el artículo 106.2 de nuestra Constitución, atribuye a los particulares el derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, excepto en los casos en lo que concurra el supuesto de fuerza mayor -artículo 1.105 del Código Civil-, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como en las demás normas concordantes y las disposiciones que las desarrollan.

Tales requisitos, según constante formulación legal y jurisprudencial, pueden ser resumidos como expreso seguidamente: 1º) Efectiva producción de un daño o perjuicio evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. 2º) Que el daño o lesión sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa de causa a efecto, sin intervención extraña que pueda influir en la relación causal. 3º) Inexistencia de fuerza mayor en la producción del daño. 4º) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. 5º) Que no haya prescrito el derecho a reclamar, es decir, que no haya transcurrido el plazo legal de un año, que establece el artículo 142.5

¹ Artículo 139.2 Ley 30/92, y artículo 141.1 Ley 30/92, serán reemplazados a partir de octubre de 2016 por la correspondiente Ley 40/2015.

de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, computado desde la producción del hecho, o acto que motive la indemnización, o desde la manifestación de su efecto lesivo o, finalmente, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la fecha en la que se pudo determinar el daño sufrido -curación o concreción del alcance de las secuelas-. Y la jurisprudencia señala que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del 121 daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta².

La jurisprudencia de esta Sala determina, que «no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa».³

En esa misma línea reiterada jurisprudencia, se manifiesta que la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido⁴.

SANTOS BRIZ, define el daño como todo menoscabo material o moral causado, contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual ha de responder otra. En nuestro ordenamiento jurídico son elementos esenciales constitutivos del daño, el que se haya producido una lesión en bienes materiales o morales, a una persona, debiéndose ese menoscabo a una acción u omisión de un sujeto –en el ámbito de este trabajo, el personal sanitario- que está obligado a reparar el perjuicio causado⁵.

² STS, Sala 3ª, de 3 de mayo de 2011.

³ STS, Sala 3ª, de 1 de julio de 2009.

⁴ STS, Sala 3ª, de 25 de septiembre de 2007.

⁵ SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, 6ª Edición, Madrid, editorial Montecorvo S.A, 1991, páginas 140 y siguientes.

Nuestro Tribunal Supremo no tiene una jurisprudencia amplia sobre este elemento, dado que según su doctrina la determinación de las cuantías indemnizatorias, su fijación, son cuestiones de hecho que deben ser determinadas por los tribunales de instancia. Sin perjuicio de ello, sus sentencias sí han servido para definir los distintos tipo de daño, es decir, el daño moral, el daño patrimonial⁶.

Daño moral es aquél que afecta a los bienes inmateriales de la persona, como por ejemplo la salud –también la libertad, el honor, etc.-, es decir son extraños al patrimonio. Mientras que daño patrimonial es aquél que produce un deterioro o menoscabo en los bienes puramente económicos del perjudicado, distinguiéndose entre daño emergente o pérdida sufrida y lucro cesante o ganancia dejada de obtener. En este sentido el artículo 1106 del Código Civil dispone: «la indemnización de daños y perjuicios comprende, no solo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor ...», debiendo ser su reparación íntegra según se establece el artículo 141.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la doctrina jurisprudencial⁷. Pero para que proceda su reparación, su indemnización, el daño debe ser probado, aspecto básico en nuestro sistema, correspondiendo la prueba del mismo a la persona que lo ha sufrido.

⁶ STS, Sala 3º, de 10 de Abril de 2012 y STS, Sala 1º, de 15 de Junio de 2010.

⁷ STS, Sala 1º, de 21 de Enero de 2013 y STS, Sala 3º, de 22 de Junio de 2015.

III. Causalidad

- *Lex artis*

Podemos definir la *lex artis* como el conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los pacientes en un momento dado. Por definición, es cambiante con el progreso técnico de la medicina, así como con las peculiaridades personales de cada paciente, pero también teniendo en cuenta los protocolos de cada centro hospitalario.

En el ámbito de la asistencia sanitaria de la Administración, nuestros Tribunales han modulado el carácter objetivo que se ha atribuido a la responsabilidad patrimonial ajustándolo a este criterio. En este sentido cito una reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 2015: «en relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribunal con reiteración, por todas, Sentencias de 21 de diciembre de 2012, “que no resulta suficiente la existencia de una lesión, que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de lo razonable, 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”, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la *lex artis*, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido, ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas las ocasiones y casos respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados».

Una de las formas mediante la que se ha llegado a fijar este concepto ha sido en mi opinión la instauración de los «protocolos de actuación» que determinan las pautas de comportamiento a seguir en las diversas actuaciones médicas de diagnóstico, tratamiento terapéutico, intervenciones quirúrgicas, etc., que resultan especialmente útiles como parámetros para comprobar la correcta o incorrecta actuación médica. En muchos casos, la infracción de la *lex artis* deberá acreditarse mediante las correspondientes pruebas periciales que se podrán desarrollar en el momento de la prueba del juicio.

El Consejo Consultivo de Aragón, en los Dictámenes que he analizado, ha expresado de forma constante que en el ámbito de la sanidad la responsabilidad administrativa no siempre está ligada a un fracaso en la actuación de los medios personales y materiales de la Administración, dado que en la sanidad asistencial el éxito no puede garantizarse nunca, sino que la responsabilidad se vincula a una utilización conforme a los principios de buena práctica médica (*lex artis ad hoc*) de dichos medios personales y materiales.

A estos efectos, transcribo parcialmente uno de los Dictámenes que he examinado, el 2/2016 -en el que se citan los anteriores 132 y 178, de fechas 23 de septiembre y 2 de diciembre de 2003-, del que destaco que: «Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial es preciso acudir a parámetros como la *lex artis*, de modo que tan solo en caso de una infracción de esta ley cabrá imputar a la Administración, de la cual dependen los servicios sanitarios, la responsabilidad por los perjuicios causados. En el caso de que no se infrinja la *lex artis*, ha de concluirse que tales perjuicios no son imputables a la Administración y han de ser soportados por el particular sin que generen, en modo alguno, el derecho a percibir una indemnización.».

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón señala que según el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, que: «... sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad aunque sea objetiva o por resultado.»⁸

El criterio de la *lex artis* médica es de obligada consideración a la hora de declarar la eventual responsabilidad que corresponda en el caso concreto. Lo contrario, como ya he apuntado, podría generar una responsabilidad que se base de manera exclusiva en la producción de un resultado, que podrá ser ajeno a cualquier valoración sobre la culpa. Entiende de esta forma la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la actuación negligente, contraria a la *lex artis* médica «...permite imputar el resultado dañoso a la demandada, por cuanto implica una actuación negligente de los facultativos, no por el resultado, puesto que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio

⁸ STSJ Aragón, Sala 3ª, de 6 de Abril de 2016.

de la misma, sino por una mala praxis médica»⁹, señalando que aunque sea una Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, puede ser relacionada con la materia contenciosa administrativa, ya que la *lex artis* puede ser relacionada de igual forma.

- Culpa

El requisito de la culpa es fundamental: es la base de la responsabilidad médica, sin culpa médica no hay responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, viniéndose a definir la «culpa médica» como la «omisión de la diligencia de la que deriva el daño.

En este momento se hace necesario citar tanto el artículo 1902 del Código Civil que establece que «el que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado» como el artículo 1104 del Código Civil, que establece «la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponda a un buen padre de familia», pues ambos preceptos son los fundamentales en la configuración de la culpa que en materia médica, como he expresado en el apartado anterior, se puede hacer equivaler al incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la *lex artis*, que es concebida como un criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico que se ejecuta por un profesional de la medicina y que tiene que tener en cuenta las especiales características de su profesión, de los hechos que ejecuta, la complejidad o la simple trascendencia del acto que genera.

Al respecto de la diligencia exigida, el Tribunal Supremo, en reiterada doctrina, de la que la Sentencia de 25 de marzo de 2004 es claro ejemplo, ha establecido que: «El ejercicio de la medicina implica una obligación de medios, que no son otros que poner los más adecuados para la sanidad del enfermo, pero no implica una obligación de resultado». En cierto modo, será exigible al médico, desde un punto de vista técnico, el poder evitar aquellas complicaciones que puedan ser previsibles, pero no aquellas complicaciones que resulten inevitables, en atención al estado actual de la ciencia médica. Hay que señalar que tampoco cabrá exigir responsabilidad al médico en aquellos supuestos en que no vaya a existir unanimidad en la doctrina científica sobre el tratamiento que debe seguir el

⁹ STS, Sala 1ª, 18 de diciembre de 2006

paciente, y que finalmente es el facultativo quien determina cual debe de ser ese tratamiento, realizándolo con un proceder técnico correcto tras haber obtenido el consentimiento informado, como he señalado anteriormente, y si se ha realizado de manera correcta, de las alternativas existentes, así como de los riesgos y beneficios que se generan por la intervención o tratamiento que se va a dispensar.

En resumen, el requisito de la culpa es fundamental, siendo evidente, que al médico no se le va a poder exigir una responsabilidad objetiva o por riesgo, ya que este puede ser inherente al propio proceso patológico al que el médico se enfrenta por la actuación que debe realizar respecto de él. En otras palabras, en materia de culpa derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, se ha producido un cambio importante en la medida en que se ha recuperado el sistema subjetivista de la responsabilidad, criterio que se ha impuesto frente a otra tendencia inspirada en los criterios de objetivación de la responsabilidad, posiblemente justificados por el incremento de la producción del daño que se produce en los centros médicos, lo que se convertía en un instrumento adecuado para proteger a la persona y sus bienes jurídicos antes los riesgos que el progreso viene creando, también en materia médica.

- Nexo causal.

Entre el comportamiento del facultativo y el daño es necesario que exista una relación de causalidad, relación determinante de la responsabilidad. Como venía declarando el Tribunal Supremo de manera reiterada «siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva (acción u omisión) del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse, por ser desconocida la causa que ha generado el evento dañoso».

Es decir se consideraba necesario que por parte de quien sufría el daño se acreditara la conexión causal entre la conducta del agente y el daño sufrido, tanto si la responsabilidad se basa en la culpa como si se trata de un supuesto en el que la responsabilidad es objetiva o por riesgo, aunque en este caso se flexibiliza o incluso se excluye. La prueba del nexo causal constituye un elemento básico e imprescindible para que se pueda declarar la responsabilidad patrimonial. Se puede decir que existe causalidad material o física cuando

a través de una reconstrucción ideal de los acontecimientos se llega a una conclusión que será lógica de que de no haber mediado el hecho ilícito del demandado el daño no habría tenido lugar, la denominada «*condicio sine qua non*», esta es la regla que en el derecho europeo la conocemos como la teoría de la equivalencia de las condiciones. Y siendo necesario que para que una persona pueda ser responsable de un daño se exige que quede claro que de no haber sido por la conducta, el perjuicio que se ha sufrido por el paciente no habría ocurrido, en tal forma que fue la conducta del demandado la condición necesaria del daño sufrido por el demandante.

Como señala DÍEZ-PICAZO¹⁰, esta teoría de la «*condicio sine qua non*», va a proporcionar un concepto que se encuentra manifiestamente basado en el molde de las ciencias naturales y que es por ello muy del gusto de la vieja escuela positivista, pero que no tiene en cuenta las finalidades específicas del Derecho en general y del instituto de la responsabilidad civil en particular, por lo que no es de extrañar que pueda conducir a resultados prácticos que, *prima facie*, hay que rechazar.

Sin embargo, en los últimos años, el requisito de la causalidad ha experimentado un cambio importante, pues se ha pasado de exigir una incuestionable relación de causalidad, es decir, fuera de conjeturas o posibilidades a lo que se llama juicio de probabilidad objetivo o cualificado, lo que supone sin duda un grado de flexibilidad en la reconstrucción procesal de la relación causal.

Me refiero a la «teoría de la pérdida de oportunidad» que aparece en la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo, vinculada al nexo o relación de causalidad en su aspecto meramente fáctico o material, que tiende a evitar una sistemática exoneración de los responsables por la dificultad de acreditar el nexo causal natural; teoría que se ha consolidado en el Derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad sanitaria, ya en el marco de la responsabilidad civil como en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración¹¹. Y es que mediante este instrumento se está dotando de mayor protección al paciente, a los familiares del paciente perjudicado, por cuanto el éxito de su pretensión indemnizatoria ya no va a depender exclusivamente de una relación causal acreditada entre la conducta del agente –el médico– y la pérdida de un bien o derecho, sino de las probabilidades de obtener una reparación del daño o menoscabo

¹⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN., *Derecho de daños*, Madrid, edit. civitas, 1999, páginas 334-335

¹¹ Cfr: STS, Sala 3ª, de 14 de Marzo de 2007 y STS, Sala 3ª, de 20 de Marzo de 2001.

sufrido al menos en parte, que de otra forma no se obtendría, y ello a partir de la existencia de una conducta negligente, que es presupuesto, es decir que se considera que se ha producido en tanto existe un daño.

La teoría de la pérdida de oportunidad nos ayuda pues a conocer y dar por probada una relación de causalidad en diferentes supuestos en los que se puede derivar una cierta incertidumbre causal, como por ejemplo en los casos en los que existe la omisión de la información del riesgo típico materializado después de una intervención quirúrgica y que puede privar al paciente bien de no aceptar el tratamiento o bien de demorar el tratamiento, de tal forma que la eventual omisión del consentimiento informado para una intervención médica, que en algunos casos no pasaría de ser una infracción de los deberes de los profesionales, carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad civil, podría llegar a ser generadora de responsabilidad.

En caso de que fuera posible demostrar con absoluta seguridad o con cierta probabilidad sobre la certeza de que el paciente hubiera prestado su consentimiento y por tanto, se hubiere intervenido igual; si hubiera existido con anterioridad al acto médico determinado pudieran haber sido explicados con todo detalle los riesgos y alternativas a la operación quirúrgica, y en dichos casos determinados, en principio podría no haber lugar a la indemnización. Como por ejemplo, podemos encontrar algo similar en esta STS, Sala 3º, de 14 de Marzo de 2007, señalando que el tema principal es que las ligaduras uretelaterales son complicaciones posibles de la operaciones ginecológicas realizadas ajenas a una mala praxis, señalando por tanto que aunque se preste el consentimiento, y se realice la operación de acuerdo con el buen hacer del profesional, siempre puede existir un hecho que no sea de su alcance, y por tanto, no debería ser recogido el deber de indemnización y por tanto, como era el caso, el recurso de casación debe ser desestimado.

Para tal caso, podemos señalar la STS, Sala 3º, de 20 de Marzo de 2001, donde en el Fundamento de Derecho Primero, se recoge que «la prueba practicada demuestra que la intervención quirúrgica se practicó de manera correcta, y que las complicaciones sufridas en el postoperatorio fueron debidas a una «discitis» originada por un germen que se encuentra en la piel de las personas y es, de ordinario, inoperante, convirtiéndose en patógeno en circunstancias imprevisibles e inevitables, constituyendo la misma una complicación ajena a la praxis quirúrgica».

Podemos hacer una visión más amplia sobre la doctrina de la pérdida de oportunidad que ha venido incorporándose y siendo aplicada por nuestros Tribunales, y concretamente desde los años ochenta en la responsabilidad médica. A día de hoy, aunque falta gran sustento normativo en nuestro Ordenamiento, se puede decir que nuestros tribunales tienen una doctrina asentada sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Los tribunales de lo contencioso administrativo, admiten que se puede aplicar esta doctrina como un criterio de reducción a las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo de causalidad, y han aplicado la posible culpa al profesional cuyos hechos realizados no pueden ser asegurados como los causantes del daño objeto de reclamación o, al menos pudiendo ser la única causa, pero si siendo una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano.

Hay que tener en cuenta que el cálculo de la indemnización se puede efectuar atendiendo al porcentaje estadístico de las probabilidades de curación si la persona interesada hubiera sido tratada de manera correcta, aunque en ningún caso puede afirmarse que dicha persona se habría curado o que, poniendo todos los medios correctos, la prestación sanitaria hubiera sido la adecuada, al deberse que el daño puede ser de la propia naturaleza de la enfermedad que tenga.

Siendo que todo ello se trata de los casos en los cuales, la conducta con un grado mayor o menor de omisión, puede ser considerada negligente. El origen de todo ello, se vinculó de manera clara al nexo de causalidad, admitiendo lo que se denominó como la causalidad probabilística, y siendo relacionada a gran escala con la *lex artis*, como elemento de la antijuridicidad, lo que supone una mayor objetivización de la responsabilidad patrimonial.

La primera sentencia del Tribunal Supremo en la que se aplica esta doctrina en responsabilidad médica es, precisamente, de la Sala primera, de 10 de octubre de 1998, en la que se encuadra un supuesto de posible responsabilidad de un auxiliar de enfermería, que por error, trasladó la mano amputada a un recipiente incorrecto, por lo que derivó a que las condiciones para un posible reimplante no fueran las correctas. Y siendo por tanto, que en la sentencia del Tribunal Supremo se estimó parcialmente la demanda y se declaró, literalmente, que «en suma, pues, a la demandada, no se le puede más que imputar la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de

reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas».

El origen doctrinal de la pérdida de oportunidad se encuentra dentro de los sistemas jurídicos franceses e ingleses, que entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, y con posterioridad se ha venido introduciendo en otros ordenamientos. Siendo Estados Unidos, uno de los cuerpos doctrinales y jurisprudenciales más articulado en cuanto a la pérdida de oportunidad, y que acude a esta doctrina en casos de daños personales producidos dentro del ámbito médico, sin pasar por alto las aportaciones que se han venido produciendo por países iberoamericanos, como puede ser el caso de Argentina.

Y llamando poderosamente la atención de que en España no se recoge en ninguno de los textos generales de responsabilidad y siendo recogida de manera principal en nuestra jurisprudencia y por el Consejo de Estado. En nuestra jurisdicción contencioso-administrativa la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido aceptada de manera amplia, ya sea en sus comienzos por la Audiencia Nacional o por los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia del orden contencioso administrativo, una vez que se han producido las transferencias a las diferentes comunidades autónomas en materia de sanidad.

Dentro de la Audiencia Nacional, son numerosas las sentencias que encontramos aplicando la doctrina correspondiente a la pérdida de oportunidad, ya sea en casos de error de diagnóstico o diagnóstico tardío, o también en los casos en los que la asistencia al paciente es tardía, pudiendo señalar para ello la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2003, que declara que «se ha demostrado que un retraso de solamente de tres a seis meses puede producir una disminución del 12% en la supervivencia de las pacientes como consecuencia de la progresión de la enfermedad en ese periodo de tiempo». Y en la misma línea, puede traerse a colación la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 20 de abril de 2006 en la que se desestima el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en relación a un error de diagnóstico de un infarto agudo de miocardio que desemboca en una encefalopatía postanóxica. Las secuelas que presentaba el paciente eran coma profundo, no realizando movimientos espontáneos de las extremidades, presenta espasticidad y sin nivel de conciencia, considerando su estado como definitivo. La reclamación solicitaba un

quantum indemnizatorio de 1.131.246,08 €-. Sin embargo, la Audiencia Nacional estima el daño en 240.404,84 €, estimación que es compartida por este mismo Tribunal Supremo.

Y una sentencia más reciente, la que viene dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Mérida, de 13 de diciembre de 2012, aprecia «una pérdida de oportunidad para el paciente como consecuencia de la demora en el diagnóstico del cáncer de pulmón que ya era objetivable desde que en febrero de 2009 se le realizó radiografía para el preoperatorio del cáncer de vejiga que también padecía». Igualmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 15 de noviembre de 2012, admite que «existió una pérdida de oportunidad de haber diagnosticado y tratado la patología urológica y con ello evitar la pérdida del riñón. En relación a la cuantía, indemniza el daño moral circunscrito a la pérdida de oportunidad de haber diagnosticado la patología previa y con ello evitar la pérdida funcional del riñón, fijando una cantidad de 20.000 € a lo que suma los gastos médicos de la privada al considerar que ha existido una pérdida de confianza del sistema público». Siendo por tanto, una doctrina relacionada con la valoración del perjuicio real, con el valor del interés destruido, y con el requisito del nexo de causalidad (causalidad probabilística).

Por tanto, la doctrina de la pérdida de oportunidad es una de las teorías más invocadas por las personas a la hora de reclamar para intentar alterar las reglas ordinarias de la determinación de la responsabilidad por la relación causal o por razón de la culpa. Uno de los primeros problemas que surgió para su aplicación, fue que en nuestros tribunales no se establecían unos mínimos de certeza para poder estimar la responsabilidad y que ello conlleva que se aplique la pérdida de oportunidad como una herramienta que permite declarar responsabilidad cuando la asistencia sanitaria no se ha ajustado a la *lex artis ad hoc* y cuando el paciente tiene un daño cuya relación con aquella presenta duda, aunque esta pueda ser mínima. En los últimos años la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sufrido un cambio, ya que se ha vinculado en algunos casos con la *lex artis*, como elemento de la antijuridicidad, cuando lo adecuado es vincularlo a la relación de causalidad como probabilidad altamente fundada de que existe un resultado determinado, y no como un modelo de daño, aunque deriva en una gran repercusión relacionándolo con el quantum indemnizatorio.

Todo ello parte de una utilización que se hace extensiva y flexible dentro de esta figura doctrinal y jurisprudencial, donde se está produciendo de manera objetiva la

responsabilidad profesional dentro del ámbito de la responsabilidad médica, ya que pueden resultar indemnizables los daños y perjuicios que deriven de un acto culposo o negligente sin tener toda la información suficiente de certeza sobre la influencia que de ellos deriva.

Dentro de la antijuridicidad del daño podemos encontrar el daño producido en casos de operaciones, y para ello es necesario conocer si ese daño estaba previsto o no, esto se puede conocer a través del consentimiento informado que se entrega a cada paciente antes de realizar la operación, y en el cual se informa de los posibles daños o peligros que pueden derivar. Es necesario señalar que los médicos tienen la obligación de proporcionar al paciente toda la información sobre el diagnóstico, pronóstico y opciones de tratamiento, cómo van a efectuarse, cuál será su duración y los riesgos inherentes al mismo, de hecho el consentimiento informado, calificado como un derecho humano y básico (SSTS de 12 de enero de 2001 y de 11 de mayo de 2001), que constituye un elemento clave en el ejercicio de la actuación profesional del médico. En este sentido, la ausencia de dicho consentimiento informado genera responsabilidad, ya que su ausencia constituye base suficiente del reproche culpabilístico del médico.

Respecto a la forma y condiciones en que debe suministrarse dicha información hay que tener en cuenta la relación de derechos y obligaciones recogida en 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. Dicha Ley determina cuales son las obligaciones de los profesionales sanitarios en relación con la forma en que debe darse la información y la documentación clínica con el objeto de proporcionar información suficiente al paciente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

Como se señala en el artículo 8 de dicha Ley:¹² «será necesario entender que en toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación, debe producirse un consentimiento informado y por tanto, conocido por el paciente y firmado por dicho paciente». En relación con ello, el médico deberá de manera previa facilitar la información básica acerca de: 1º) las consecuencias relevantes o de importancia originados por la intervención y los riesgos relacionados con las

¹² Artículo 8 Ley 41/2002, el consentimiento informado del paciente es requerido (libre y voluntario), una vez recibida la información previa adecuada, para realizar cualquier intervención en el ámbito de la sanidad.

circunstancias personales o profesionales del paciente; 2º) los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; 3º) y las contraindicaciones, como se señala en el artículo 10 de la misma Ley.

A mayor abundamiento, cito las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en las Sentencias de 13 de Julio y 7 de Septiembre de 2005, que acudiendo a la citada teoría determinan una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis*, permitiendo dar una respuesta indemnizatoria en los casos en que la prueba de tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico que es consecuencia del funcionamiento del servicio. Aunque es necesario tener en cuenta, que en estos casos el daño no es el material –la secuela, el fallecimiento, etc.- sino la incertidumbre que deriva del hecho de considerar que es lo que hubiera sucedido de haberse adoptado otra conducta. Por lo tanto, es necesario señalar que en la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es ese el concepto que se determina para ser indemnizado¹³.

¹³ SEIJAS QUINTANA, JOSÉ ANTONIO. *Pérdida de oportunidad*, conferencia de Junio de 2016 en el Real Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, manuscrita editada mediante fotocopias y no publicada.

IV. Prescripción

Hay que entrar en esta materia señalando que existe una zona pretendidamente fronteriza entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, que ha tenido en el ámbito médico su auténtico banco de pruebas. En amplia jurisprudencia, se puede determinar que se ha admitido que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, junto con una serie de límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en determinados casos de coexistencia.

Cabe señalar que no únicamente se tiene un año desde que se produce el hecho dañoso, si no que el paciente puede iniciar la reclamación una vez que conozca cuales son los verdaderos daños que se le han derivado por una omisión, y ello lleva a dar más oportunidad al paciente para hacer frente a los daños producidos y poder recurrir ante la Administración. Por tanto, no hay que apoyarse en la teoría de la unidad de la culpa civil para calificar la naturaleza jurídica de la relación que vincula al paciente o usuario del servicio sanitario con el ente público y su entidad aseguradora, y que se debe basar en la responsabilidad extracontractual, mencionada anteriormente y señalando la posibilidad de un plazo mayor al anual, y teniéndose en cuenta desde el momento en que se conoce cuáles han sido los daños derivados de la acción producida o la omisión de una serie de hechos que han originado ese daño¹⁴.

Hay que señalar que existen también los efectos extintivos de la prescripción, ya que se genera una problemática bastante importante sobre el inicio del cómputo del plazo de esta prescripción en los supuestos de daños continuados y de daños permanentes resulta especialmente patente en el ámbito de la responsabilidad médica. En los casos de daños continuados o de producción sucesiva el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, como señala la STS de 14 de Julio de 2010. Y añadiendo como puntualización que en los casos de lesiones con secuelas el cómputo del plazo de prescripción no se inicia con el alta médica sino cuando se determina cual

¹⁴ YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO: Conferencia en Junio de 2016 en el XXI Congreso de Responsabilidad Civil y Seguros, celebrado en Zaragoza en el Real Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, manuscrito y editado mediante fotocopias y no publicado.

será el alcance invalidante de las secuelas, como viene recogido en diferentes sentencias¹⁵.

El daño duradero o permanente es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado y que persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. Y en estos casos el plazo de prescripción comenzará a transcurrir desde que el paciente agraviado lo conoció, es decir, desde que tuvo un conocimiento del mismo y se pudo medir la trascendencia que ello derivaba del pronóstico que se le informaba tras unos hechos modificados a los esperados.

El día inicial o *dies a quo* para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* «la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir»¹⁶. Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar.

Merece la pena señalar que la prescripción sirve a la seguridad y da estabilidad a las relaciones jurídicas. Como tal, debe hacerse efectiva siempre y cuando se haya producido el transcurso de los plazos que se señalan en la Ley, sin estar a expensas de una serie de cuestiones que pueden ser en cierto modo aleatorias, pues ello sí sería contrario al principio de seguridad jurídica que viene recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española. Es por todo ello, por lo que la jurisprudencia no ha derogado el instituto jurídico de la prescripción, aunque sí ha podido limitar una serie de efectos por vía de interpretación, pues ello aparece prohibido por nuestro ordenamiento jurídico, que también impide a los tribunales estimar interrumpidamente la prescripción cuando carecen de una serie de datos fácticos que así vengan recogidos. Además tampoco es posible apreciarla de oficio, ya que no se puede hablar como si fuera una institución de orden e interés público; debido a ello, la prescripción debe ser invocada por las partes en sus escritos iniciales para que el Juez pueda proceder a su estimación y en caso de que pudiera ser rechazada por éste en la instancia, llevarla a cabo por vía de recurso de apelación.

¹⁵ Cfr. STS, Sala 3º, de 22 de julio de 2008 y STS, Sala 3º, de 3 de julio de 2007.

¹⁶ Cfr. SSTS de 27 de febrero de 2004; 24 de mayo de 2010; 12 de diciembre 2011.

V. Análisis de casos

He analizado una serie de dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón en materia sanitaria dictados en el año 2015 sobre acciones de responsabilidad producidas en años anteriores 2012-2013-2014. Hago distinción entre ellos por daños producidos y generados por parte de los facultativos pertenecientes al sistema público de salud, y se puede destacar que la mayoría de las reclamaciones se producen en el ámbito de las actuaciones que se producen en los Servicios de Urgencias de los diferentes hospitales públicos de Aragón.

En sus Dictámenes, el Consejo Consultivo de Aragón, dentro de las reclamaciones que exceden de una determinada cantidad de dinero, seis mil euros, señala acerca de si la reclamación debe ser estimada o no, de acuerdo con lo actuado en el expediente tramitado por el Órgano competente de la Administración autonómica, lo que realiza analizando la normativa vigente y aplicando los criterios doctrinales que se entienden aplicables al supuesto de hecho al que se refiere el expediente administrativo.

El común denominador de los hechos examinados en los Dictámenes analizados han sido las reclamaciones por defectuosa asistencia en los servicio de urgencias de diferentes hospitales de titularidad del Gobierno de Aragón, como he señalado anteriormente, denunciándose en la mayoría de las ocasiones la existencia de un error de diagnóstico; pero en todos estos casos, (trece), cabe destacar que solo dos de ellos concluyen con que el proceder médico fue incorrecto, señalando la indemnización que entiende que le puede corresponder. En dicho Dictamen¹⁷, el Consejo Consultivo aplica la teoría de la pérdida de oportunidad que señala la jurisprudencia al razonar que es posible afirmar en el supuesto examinado que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación ya que padecía una insuficiencia venosa en extremidades y que además estaba en tratamiento con Sintrom, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado de manera diligente. Debido a esa falta de acción por parte de los facultativos, posteriormente se le tuvo que amputar la pierna por encima de la rodilla y se le reconoció la Gran Invalidez, precisando de otra persona para realizar su vida cotidiana y cambiar de vivienda, para disponer de ascensor. La

¹⁷ Dictamen 4/2015 del Consejo Consultivo.

indemnización que se considera para dicho caso, viene calculada por la valoración que realizó el perito donde se señalan que son diez puntos de perjuicio fisiológico, seis puntos por perjuicio estético, ciento once días de hospitalización, y por la que se plantea una indemnización de 20.317,92€, sin que el Consejo entienda justificado discrepar sobre la misma.

En el otro dictamen estimado por parte del Consejo Consultivo¹⁸, los hechos parten de varios centros dependientes del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Aragón junto con el Hospital de Nuestra de Gracia, en donde el paciente acude por una hernia inguinal que padecía desde hacía tiempo y se le deriva a dicho hospital, en el momento de comienzo de la intervención, se indica que tiene antecedentes de coágulos en el pulmón y se inicia la operación mediante anestesia epidural, al finalizar dicha intervención, parece que todo ha ido de forma correcta, pero por la noche se complica la salud del paciente, teniendo que ser derivado a la unidad de cuidados intensivos, una vez que se le había intentado tratar en planta por las enfermeras pero que el empeoramiento iba aumentando. Finalmente, al día siguiente, el paciente fallece por causa de los coágulos en el pulmón aunque en ningún caso aparecían en el preoperatorio y se señala que puede ser causa de la operación, aunque no se tomaron las medidas necesarias en la intervención. El Consejo Consultivo considera que ha habido un quebranto de la «*lex artis*» en la prestación del consentimiento informado puesto que al paciente no se le comunica de manera correcta su situación y los posibles riesgos derivan de la operación y por tanto, consideran que el daño moral ocasionado por la falta del consentimiento y relacionado con la pérdida de oportunidad va unido al reconocimiento de una indemnización de 35.000€.

En el resto de dictámenes que han sido desestimados por el Consejo, derivados de asistencias en el servicio de urgencias de diferentes hospitales públicos, cabe señalar que se deben de cumplir una serie de requisitos para que puedan ser estimados, una de esas razones se determina a través de los principales pilares de que sea declarada la responsabilidad patrimonial de la Administración, según reiterada doctrina y jurisprudencia.

Además en los dictámenes se fundamentan cuáles son las razones que han llevado a determinar que cual es la improcedencia de la indemnización correspondiente, y que paso a enunciarlos. De los hechos que constan en los diferentes documentos presentes al

¹⁸ Dictamen 6/2015 del Consejo Consultivo de Aragón.

Consejo Consultivo y de las consideraciones jurídicas procedentes, se puede apreciar, 1º) que la reclamación ha sido formulada dentro del plazo legalmente establecido; 2º) que se han cumplido las exigencias del procedimiento administrativo aplicable, en el que tiene especial relevancia la audiencia al interesado que ha sido utilizada; 3º) que la asistencia sanitaria prestada por los servicios sanitarios dependientes de la Administración de la Comunidad Autónoma ha sido la correcta y siempre respetándose la *lex artis ad hoc*; 4º) que por todo ello no existe necesidad alguna de indemnizar al no haberse dado relación de causalidad entre la actuación de los servicios de salud de la Administración de la Comunidad Autónoma y el resultado dañoso producido. Todos estos puntos hacen determinar si por ello la cuantía solicitada por el interesado debe ser estimada o en su caso, desestimada si no se cumple uno de estos requisitos.

Quiero destacar que algunos de estos dictámenes del Consejo Consultivo, han sido desestimatorios a pesar del grave daño producido –fallecimiento-, siendo dicha circunstancia una de las que más me llama la atención, pero determinándose en un dictamen¹⁹ que el fallecimiento es una causa debida a una complicación posible en el postoperatorio de una cirugía abdominal, de relativa frecuencia y elevada mortalidad, con una serie de manifestaciones clínicas y radiológicas que tienen que variar y otras veces son equívocas e inexistentes, por lo que el diagnóstico puede ser tardío o difícil con ensombrecimiento del pronóstico, además siendo el paciente anciano o con enfermedades graves la tasa de mortalidad es superior. Por dicha circunstancia, se considera que la actuación médica no ha sido inadecuada en este paciente por los diversos servicios médicos que le atendieron del Servicio Aragonés de Salud, por lo que se desestima atender la responsabilidad patrimonial planteada. Además señalando en la misma, que se rechaza la indemnización por haberse respetado la *lex artis ad hoc*, indicándose que el fatal desenlace del paciente no tuvo lugar como consecuencia de una mala praxis médica sino por una evolución desfavorable de su propia situación clínica.

Otro de los dictámenes²⁰ que también sugiere que sea desestimado, tiene como resultado fatal el fallecimiento del paciente, en este caso concreto, deriva de la asistencia al paciente, enfermo de párkinson, con una fecha concreta para colocar una sonda gástrica. Mostrando el paciente en la tarde del día de la operación, aunque no queda probado, que sintió un dolor fuerte abdominal, realizándose por los facultativos las pruebas pertinentes

¹⁹ Dictamen 9/2015 del Consejo Consultivo de Aragón.

²⁰ Dictamen 7/2015 del Consejo Consultivo de Aragón.

y detectando líquido en la zona y esperando a realizar una segunda operación, por si se reabsorbía. Se le realiza un TAC, ya que el paciente sigue con mucho dolor y se informa por parte de los facultativos que «la operación estaba mal hecha porque se había provocado la perforación del intestino». Determinando por parte de la familia, que se había producido una mala atención de los facultativos a la hora de realizar la primera operación, por la mala colocación de la sonda gástrica, y señalando que el daño ocasionado es imputable a la Administración por la defectuosa asistencia prestada, y que fundamenta en la falta de habilidad y diligencia y en la pérdida de oportunidad.

Debido a estas circunstancias que se han producido en el paciente, se determina que la perforación condiciona la aparición de una peritonitis y, posteriormente y dado el mal estado del paciente, de una sepsis generalizada y shock séptico que en último extremo ocasionan la muerte del paciente. Señalar que la segunda operación que se realiza sobre la recolocación de la sonda, nada tiene que ver con la mala evolución de la sepsis que se ha provocado. Se puede afirmar que la asistencia prestada al paciente fue ajustada a la *lex artis ad hoc*, sin que en modo alguno esté justificado afirmar que el fallecimiento del paciente se produjo por una incorrecta asistencia sanitaria ya que cabe destacar, que el paciente era un enfermo de párkinson avanzado y dicha circunstancia le hacía ser poco sensible al tratamiento instaurado, sumado a que en ocasiones anteriores había tenido graves neumonías; que además durante la colocación de la sonda no se reseñan incidentes y así se dejaba constancia en las explicaciones que se habían dado por los médicos intervinientes y que además se recogían en la historia clínica; en el consentimiento informado suscrito por el paciente, se daba la posibilidad poco frecuente pero muy grave la peritonitis como consecuencia de la perforación que se podía producir al colocar la sonda; y finalmente, aunque los médicos realizaron la operación siguiendo la *lex artis ad hoc*, se presentó una complicación ajena a su obrar y que se detectó de manera adecuada. Determinando que el fallecimiento del paciente se debió a la grave enfermedad que padecía el paciente y al deterioro progresivo que la misma le había ocasionado, sin que por parte del Consejo se pueda apreciar la falta de diligencia ni desatención ni tardío diagnóstico o tratamiento en la actuación que realizaron los facultativos. Es por todo ello, por lo que el Consejo considera que se debe desestimar la solicitud de responsabilidad patrimonial que es solicitada por la mujer y los hijos del paciente fallecido derivado de la deficiente asistencia sanitaria.

Además de estos casos concretos, en general, el Consejo Consultivo determina de manera concreta que si los requisitos necesarios para adquirir la responsabilidad patrimonial no se cumplen, esta no se puede determinar y por tanto, queda desestimada, y por ello los pacientes o familiares de éstos que son los que lo solicitan se encuentran sin poder recibir dicha indemnización aunque consideren que el obrar no ha sido correcto. Pudiéndose ser que si se cumplan los requisitos, pero que se haya podido derivar una situación concreta por una complicación que no depende de los facultativos y que previamente había sido informada en el consentimiento que se debe firmar por el paciente y donde queda reflejado, o que por diferentes circunstancias fuera del alcance de los humanos, ocurran situaciones que ni la propia medicina es capaz de resolver, y que ello determina esta desestimación.

Posteriormente, paso a clasificar los diferentes dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón emitidos en el año 2015, y que posteriormente explicare:

DICTAMEN	DAÑO	SERVICIO	CENTRO	INDEMNIZACIÓN SOLICITADA	PROPUESTA
2/2015	Problema intestinal	Urgencias	Hospital Miguel Servet	Cantidad indeterminada, superior a 30.050€	Desestimado
4/2015	Insuficiencia venosa en extremidades	Centro de Salud Actur-Oeste y Servicio de urgencias del H.P.M.Servet	Centro dependiente del Servicio de Salud y Hospital Miguel Servet	Cuantía indeterminada	Estimado, se le reconoce una indemnización de 20.137,92€
4/2015	Quirúrgico, consecuencia de una intervención	Urgencias	Hospital Clínico Lozano Blesa	70.000€	Desestimado

5/2015	Traumatología	Centro de Salud Ramón y Cajal y Servicio de urgencias del H.P.M.Servet	Centro dependientes del Servicio de Salud y Hospital Miguel Servet	Mínimo 30.050€	Desestimado
6/2015	Quirúrgico	Médico de cabecera y servicio quirúrgico del Hospital Nuestra Señora de Gracia	Centros dependientes del Servicio de Salud y Hospital Nuestra Señora de Gracia	Cuantía indeterminada	Estimado, se le reconoce indemnización de 35.000€
10/2015	Digestivo	Digestivo	Hospital Royo Villanova	Cuantía indeterminada, superior a 30.050€	Desestimado
11/2015	Traumatología	Centros dependientes del Servicio de Salud y Urgencias del H.R.Villanova	Hospital Royo Villanova y Ambulatorio Villanueva de Gallego	7.357,58€	Desestimado
13/2015	Traumatológico	Urgencias del Hospital Miguel Servet	Hospital Miguel Servet	Cantidad indeterminada, superior a 30.050€	Desestimado

14/2015	Ginecológico	Servicios ginecológicos y pediátricos	Hospital de Alcañiz y Hospital Miguel Servet	Cantidad indeterminada, superior a 30.050€	Desestimado
15/2015	Traumatológico	Urgencias del Hospital de Alcañiz	Hospital de Alcañiz	73.249,47€	Desestimado
16/2015	Traumatológico	Urgencias del Hospital O.Polanco	Hospital General Obispo Polanco	15.579,54€	Desestimado
18/2015	Urológico	Médico de cabecera y servicio de urgencias de H. L. Blesa	Centro de Salud Inocencio Jiménez y Hospital Lozano Blesa	Cantidad indeterminada, superior a 30.050€	Desestimado
29/2015	Neumológico	Neumología del centro de salud Inocencio Jiménez y UCI Miguel Servet	Centro de Salud Delicias Sur y Hospital Miguel Servet	Cantidad indeterminada, superior a 30.050€	Desestimado

El Consejo Consultivo de Aragón, en ejercicio de sus funciones, debe de pronunciarse acerca de si, a la vista del expediente tramitado por el órgano competente de la Administración Autonómica, procede o no estimar la reclamación de indemnización económica presentada en relación con daños ocasionados, según se alegan en los diferentes casos, por la prestación deficiente de la asistencia sanitaria, la existencia o no

de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida, con valoración, en su caso, del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando diferentes criterios legales de aplicación.

En relación a la desestimación que se propone en la mayoría de los dictámenes, cabe señalar que en relación a la normativa aplicable, ha de recordarse que en el Derecho español vigente la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración viene contemplada entre otros, en el artículo 106.2 de la Constitución, que atribuye a los particulares el derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos que deriven de fuerza mayor.

A través de esta tabla se puede observar que la mayoría de las reclamaciones no cumplen los requisitos necesarios para reconocer la responsabilidad de la Administración por lo que el Consejo sugiere acerca de su desestimación. Se aprecia en la tabla, también que la mayoría de las reclamaciones derivan de actos médicos realizados en los servicios de urgencias de los hospitales públicos, por médicos de distintas especialidades -ginecología, traumatología, urología, etc.-, respecto de los que se predica, error o retraso de diagnóstico o inadecuado tratamiento quirúrgico.

El hecho de que la mayoría de las reclamaciones lo sean por actuaciones en los servicios de urgencias, sugiere la necesidad de realizar una serie de modificaciones del sistema de atención al paciente como modo de evitar futuras reclamaciones por parte de los pacientes.

VI. Cuestión de aseguramiento

En primer lugar, es necesario señalar el artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguros, que establece que por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación a indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho. Y en el punto segundo de este mismo artículo, se señala que serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de dicha Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado.

Por tanto, el seguro de responsabilidad civil se subdivide en varias clases, según sea la responsabilidad cubierta, objetiva o subjetiva, contractual o extracontractual, o bien se haga referencia a una causa determinada, y donde también se utilizan como criterios de clasificación el criterio clasificador que hace referencia a la actividad del asegurado.

Así, entre otros, podemos determinar que aparece, por ejemplo: 1. El seguro de responsabilidad civil por el uso de automóviles. 2. El seguro de responsabilidad civil profesional o de prestadores de servicios. 3. El seguro de responsabilidad civil del fabricante. Es dentro del segundo tipo de seguro de responsabilidad civil de prestadores de servicios donde hay que enmarcar a los efectos de este trabajo, el seguro de Responsabilidad Civil Patrimonial de la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Aragón y donde me voy a centrar.

Este seguro tendrá por objeto garantizar las consecuencias económica negativas que puedan afectar directa, solidaria o subsidiariamente a la Comunidad Autónoma, que ostenta la condición de tomador del seguro y asegurado, por daños y perjuicios corporales y/o materiales y/o daños directos o indirectos causados por acción u omisión a terceros en el ejercicio de su actividad.

Pudiendo garantizar de esta forma que la responsabilidad civil extracontractual del asegurado, es decir, en lo que ahora interesa, se deriva en general del funcionamiento de los servicios públicos prestados por el asegurado como son las prestaciones de servicios médicos y sanitarios de la Comunidad Autónoma, y más concretamente, la responsabilidad civil derivada de cualquier situación negligente, error u omisión cometida por su personal dependiente en el desarrollo de sus actividades y deberes profesionales.

En segundo lugar, procede citar el artículo 76 de la misma Ley sustantiva, que regula, en el ámbito propio del seguro de responsabilidad civil, la llamada acción directa a favor del tercero perjudicado contra el asegurador por el daño originado por el asegurado que contrató un seguro voluntario, al prescribir que «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurado para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar». La especial relación de este precepto con el artículo 73 de la misma Ley, tiene su reflejo en la posibilidad que contempla el artículo 21 de la Ley de la Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que permite considerar parte demandada a las aseguradoras de las administraciones públicas que siempre serán parte codemandada junto con la administración a quien aseguren.

VII. Conclusión

La Comunidad Autónoma de Aragón, en el ámbito de las competencias exclusivas que asumió en materia de sanidad, debe procurar que los centros médicos y hospitalarios que dependen de ella estén dotados de los más actuales medios técnicos que permitan al personal médico y sanitario prestar una atención integral al ciudadano. Una dejación de las funciones que le corresponden de acuerdo con las competencias exclusivas asumidas solo puede conducir a una situación de desigualdad de sus ciudadanos en relación con los de otras Comunidades Autónomas que realicen una gestión más adecuada de los medios e instrumentos con los que cuentan para procurar la más correcta asistencia sanitaria. Ello, desde luego no excluirá que, en ocasiones la prestación sanitaria, fuera incorrecta, pero sin duda una sanidad dotada de mejores medios puede ser sinónimo de una mejor asistencia médica.

Sin embargo, en mi opinión no basta la puesta a disposición de los mejores y más modernos medios técnicos; es necesario dotar al sistema público sanitario del personal facultativo y auxiliar en número suficiente como modo de lograr una atención tan amplia en el tiempo como el paciente requiera para el logro del más correcto y adecuado diagnóstico y tratamiento médico, lo que redundaría en la evitación de ciertos errores origen de múltiples reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la administración que se producen, por ejemplo, en los servicios de urgencias de los hospitales dependientes de nuestra Comunidad Autónoma y también en otros servicios por falta de especialistas.

Hay que evitar las desigualdades. No se entiende que siendo los españoles iguales ante la ley y teniendo los mismos derechos, se aprecien diferencias notables entre la asistencia que se presta en una Comunidad o en otra. Por ello es imprescindible el logro de una situación de equilibrio e igualdad entre las distintas administraciones sanitarias. Igual de importante es la posibilidad de asistencia de un ciudadano de una determinada Comunidad Autónoma en los centros médicos y hospitalarios de otra Comunidad Autónoma, por lo que el fomento de convenios entre Comunidades redundaría en una mejor prestación de este servicio público.

Por otra parte la promoción de campañas de educación sanitaria, el incremento de la información relativa al funcionamiento de los centros hospitalarios en particular y de los servicios de urgencia en especial, puede ser medio adecuado para el logro de una mejor

asistencia en tanto en cuanto sirva para procurar mejor una atención, la satisfacción del paciente y, consecuentemente, una disminución de las reclamaciones.

Finalmente, a la vista de los supuestos de hecho a los que se contrae cada uno de los Dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón que he analizado para la elaboración de este trabajo, resultaría aconsejable que la Administración al momento de su resolución asumiera su responsabilidad, como modo de evitar acudir a la vía jurisdiccional, resolviendo favorablemente la reclamación en aquellos supuestos en los que la infracción de la *lex artis* aparece como posible causa del daño sufrido por el paciente.

VIII. Bibliografía

1. DOCTRINA

ASENSI PALLARÉS, EDUARDO: *La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica*, revista online disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/viewFile/416/358> obtenido el 5 de julio de 2016.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN., *Derecho de daños*, Madrid, editorial Civitas, 1999, páginas 334-335

GALÁN CORTÉS, JULIO CÉSAR: *Responsabilidad Civil Médica*, 4ªed, Cizur Menor (Navarra), editorial Aranzadi 2014

GALÁN CORTÉS, J.C. «La responsabilidad civil médico-sanitaria», SEIJAS QUINTANA, J.A. (Coor): en *Responsabilidad Civil, aspectos fundamentales*, Las Rozas (Madrid), editorial Sepin S.L., 2007, páginas 273-306.

MARTINEZ-CALCERRADA, LUIS: Volumen I, *Derecho Médico General y Especial*, 1ªed, Madrid, editorial Tecnos 1986.

MONTERROSO CASADO, ESTHER: *Diligencia Médica y Responsabilidad Civil*: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Diligencia%20Medica%20y%20R.%20Civil.PDF> obtenido el 21 de Junio de 2016.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO et al., *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, 2ª Edición, Navarra, editorial Aranzadi 2001.

SANCHEZ MORON, MIGUEL: *Derecho Administrativo, Parte General*, 9ª edición, Madrid, editorial Tecnos, 2013.

SANTOS BRIZ, JAIME, *La Responsabilidad Civil*, 6º Edición, Madrid, editorial Montecorvo S.A., 1991, páginas 140 y siguientes.

PEMAN GAVÍN, JUAN MARÍA Y CIERCO SEIRA, CÉSAR: «*La Sanidad y la Salud Pública*», CANO CAMPOS, T (Coor): *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, editorial Iustel, páginas 301-331.

Consejo Consultivo de Aragón, Dictámenes año 2015, disponible en Internet: <http://www.aragon.es/OrganosConsultivosGobiernodeAragon/OrganosConsultivos/ConsejoConsultivoAragon> obtenido el día 14 de Abril de 2016.

2. LEGISLACIÓN:

Constitución Española de 1978.

Código Civil.

Ley General de la Seguridad Social de 1986.

Ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

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.

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Ley 1/2009, de 30 de Marzo del Consejo de Aragón publicada en el BOA nº78 de 8 de Abril de 2009.

Ley Orgánica 5/2007, de 20 de Abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Real Decreto 1475/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad de Sistema Nacional de Salud.

3. JURISPRUDENCIA:

STS, Sala 3º, de 20 de Marzo de 2001.

STS, Sala 3ª, de 13 de Julio de 2005.

STS, Sala 3ª, de 7 de Septiembre de 2005.

STS, Sala 1º, de 8 de Febrero de 2006.

STS, Sala 1º, de 8 de Diciembre de 2006.

STS, Sala 3ª, de 14 de Marzo de 2007.

STS, Sala 3º, de 3 de Julio de 2007.

STS, Sala 3º, de 25 de Septiembre de 2007.

STS, Sala 3º, de 22 de Julio de 2008.

STS, Sala 3º, de 1 de Julio de 2009.

STS, Sala 1º, de 14 de Julio de 2010.

STS, Sala 3º, de 3 de Mayo de 2011.

STS, Sala 3º, de 21 de Diciembre de 2012.

STS, Sala 3º, de 19 de Mayo de 2015.