



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DERECHO

LOS CARACTERES DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO SANITARIO

Presentado por:

Jorge Criado García

Tutelado por:

Bernard Frank Macera

Valladolid, 05 de julio de 2016

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
ABREVIATURAS.....	4
RESUMEN Y PALABRAS CLAVE (ABSTRACT AND KEY WORDS).....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. LA ANTIJURIDICIDAD Y LA EFECTIVIDAD DEL DAÑO.....	13
2.1. La antijuridicidad.....	13
2.1.1. Concepto.....	13
2.1.2. Situaciones en las que existe el deber jurídico de soportar el daño.....	15
2.1.3. Un concepto de creación jurisprudencial: el riesgo regulatorio.....	16
2.2. La antijuridicidad en el ámbito sanitario.....	18
2.2.1. Introducción y matizaciones previas.....	18
2.2.2. El artículo 141.1 de la LRJAP en relación con el ámbito sanitario.....	20
2.2.3. La “lex artis” como elemento determinante de la antijuridicidad.....	21
2.2.4. Una clasificación jurisprudencial.....	23
2.3. La efectividad del daño.....	29
2.3.1. Concepto.....	29
2.3.2. Daños futuros resarcibles.....	29
2.3.3. El lucro cesante.....	30
2.3.4. La carga de la prueba.....	31
3. LA EVALUABILIDAD ECONÓMICA Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL DAÑO.....	33
3.1. La evaluabilidad del daño.....	33

3.1.1. Concepto y caracteres.....	33
3.1.2. El “pretium doloris”: los daños corporales.....	34
3.1.3. El “pretium doloris”: los daños morales.....	35
3.1.4. Los daños morales en el ámbito sanitario.....	39
3.1.5. El principio de reparación integral del daño.....	40
3.1.6. Momento de la valoración del perjuicio.....	44
3.2. La individualización del daño.....	45
3.2.1. Concepto y caracteres.....	45
3.2.2. La individualización en el ámbito sanitario.....	46
4. CONCLUSIONES FINALES.....	49
4.1. Responsabilidad patrimonial de la Administración: ¿Necesaria?.....	49
4.2. ¿Es realmente necesaria la existencia de un sistema de responsabilidad objetiva?.....	49
4.3. ¿Son correctas las cargas generales? ¿No pueden suponer una justificación para eludir responsabilidad?.....	50
4.4. ¿Hay una sobreprotección jurisdiccional a favor de la Administración en el ámbito sanitario?.....	51
BIBLIOGRAFÍA.....	55
APÉNDICE LEGISLATIVO.....	56

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
LRJAP	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
VIH	Virus de Inmunodeficiencia Humana
VHC	Virus Hepatitis tipo C
LO	Ley Orgánica
LGS	Ley General de Sanidad
AN	Audiencia Nacional
CC	Código Civil
ELISA	Enzyme-Linked Immunosorbent Assay (Ensayo Inmunosorbente Vinculado a Enzimas)
INEM	Instituto Nacional de Empleo

RESUMEN

Para que un daño cometido por la Administración genere responsabilidad, aquél ha de ser, en primer lugar, antijurídico, es decir, que el administrado no tenga el deber jurídico de tolerarlo. Esto quiere decir, que se excluye la responsabilidad por culpa típica del CC. Esa antijuridicidad se excluye para los daños derivados de hechos no previsibles conforme al estado de los conocimientos de la ciencia y la técnica. Y más particularmente, para el ámbito sanitario, esa antijuridicidad sólo se dará para los casos en que la actuación de la Administración sea contraria a la “lex artis”.

En segundo lugar, el daño habrá de ser efectivo, darse sobre los bienes y derechos del lesionado, ya sean patrimoniales o personales, entrando también los morales. También serán resarcibles los daños futuros, cuyo acaecimiento sea indudable y certero. Añadir, que no sólo se resarcirá el daño emergente en los bienes o derechos del lesionado, sino también el lucro cesante, la ganancia dejada de percibir que sea real y justificada.

En tercer término, el daño tiene que ser evaluable económicamente. Pero esto no quiere decir que sólo sean resarcibles los daños sobre derechos y bienes patrimoniales. También serán indemnizables los daños corporales y los morales, que integran el “pretium doloris”.

Como última condición el daño tiene que ser individualizable, ya sea respecto a una persona o a un grupo determinado de ellas. Lo que no será indemnizable, será lo considerado como carga general de los administrados, ya sea por la complejidad de su determinación, o por el elevado número de sujetos dañados.

Palabras clave: culpa / antijuridicidad / efectivo / lucro cesante / evaluable / individualizable.

ABSTRACT

So that a damage committed by the Administration generates responsibility, that one has to be, first of all, antijuridical, that is to say, that the administered one does not have the juridical duty of tolerate it. This means, that the responsibility is excluded by typical fault of the CC. This unlawfulness is excluded for the damages derived from not foreseeable facts in accordance with the state of the knowledge of the science and the skill. And more particularly, for the health sector, this unlawfulness will only happen for the cases in that the performance of the Administration is opposite to “lex artis”.

Secondly, the damage will have to be effective, happen on the goods and rights of the injured person, be already hereditary or personal, bringing in also the moral. Also there will be resarcibles the future damages, which event is undoubted and accurate. To add, that not only the emergent damage will be compensated in the goods or rights of the injured person, but also the dismissed lucre, the loss of profit , perceiving that it is real and well-taken.

In third term, the damage has to be economically evaluable. But this does not mean that there are only resarcibles the damages on rights and hereditary goods. Also there will be recoverable the bodily harms and the moral, which they integrate “pretium doloris”.

As last condition the damage has to be individualized, be already with regard to a person or to a certain group of them. What will not be recoverable, will be the considered like general load of the administrated ones, be already for the complexity of its determination, or for the high number of damaged subjects.

Key words: Guilt / Unlawfulness / Effective / Loss of profit / Evaluable / Individualized.

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad de la Administración, es la que viene a cubrir los daños cometidos por aquélla mediante acciones u omisiones. El artículo 106 de la Constitución Española dice 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 y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Actualmente es algo generalizado y admitido en casi todas las sociedades, pero esto no siempre ha sido así.

Inicialmente, y más en concreto desde la época del Imperio Romano, había un desconocimiento absoluto de cualquier clase de responsabilidad patrimonial del Estado.

Una de las máximas romanas decía que “el rey no puede cometer ningún daño o ilegalidad”. Ésta persiste incluso en el siglo XVIII, a pesar de la aparición del movimiento revolucionario.

Es a partir del siglo XIX, cuando la responsabilidad extracontractual en el ámbito privado ya goza de un régimen específico, y además crecen y se intensifican las actividades públicas, cuando se plantea el problema de que a la Administración le fuese inimputable cualquier clase de responsabilidad.

En España, es a partir de la segunda mitad del siglo XIX cuando empiezan a regularse de forma excepcional ciertos casos de responsabilidad de la Administración en algunas leyes especiales.

Pero fue la Constitución de la segunda República la que reconoció por primera vez la obligación de indemnizar de la Administración, eso sí, solo subsidiariamente a la del funcionario que incumpliera sus deberes y obligaciones en el ejercicio de su cargo, causando con ello un perjuicio a terceros.

Sin embargo, esta regla de la Constitución de la segunda República, apenas tuvo aplicación práctica, por lo que fue la legislación del régimen franquista la que lo instauró de forma totalmente decisiva mediante, por un lado, la Ley de Régimen Local de 1950, y por otro mediante la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.¹

¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios Generales de Derecho Administrativo General II*. Segunda edición, 2009. Páginas 1-7.

En la actualidad, la principal normativa en este campo es la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

La responsabilidad actual en la que puede incurrir la administración, consta de tres caracteres muy claros y delimitados.

El primero, consiste en que la responsabilidad en que incurra la administración, ha de ser total. Es decir, la administración se hace cargo, no solo de los daños ocasionados por ella, sino de los daños producidos por la totalidad de los poderes públicos. Éstos, pueden consistir, por tanto, en los daños producidos por las distintas Administraciones Públicas, en la actividad dañosa de los órganos legislativos, o en esa misma actividad dañosa producida por los órganos judiciales.

Como segundo elemento, hay que destacar que la responsabilidad en la que puede incurrir la administración, es directa. Por lo tanto, no ocurre como antaño, no se trata de una responsabilidad subsidiaria a la de los funcionarios públicos que trabajan para ella, sino que se trata de una responsabilidad directa sobre la propia administración.

Por lo tanto, la actividad dañosa es realizada por las personas que sirven a la Administración, pero la reclamación debe realizarse ante ésta última, no ante las personas o funcionarios que la realizaron.

Eso sí, la Administración dispone de una acción de repetición contra esas personas, contra esos funcionarios a los que les fuera imputable la realización del daño, es decir, que en tal realización de ese acto, mediase negligencia, culpa o dolo graves. Así lo enuncia el artículo 145.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, diciendo que “la Administración correspondiente, cuando hubiese indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa, o negligencia graves”.

El tercer y último elemento o característica de la responsabilidad patrimonial de la Administración, es que se trata de una responsabilidad objetiva, es decir, tal responsabilidad existirá independientemente de que el daño se haya producido mediando dolo o culpa o de que el acto que lo produce sea legal o ilegal. Así lo establece la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas en su artículo 139.1, el cual anuncia que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor,

siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

Ahora, entrando más a fondo en la responsabilidad, para que esta surja y un daño cometido por la Administración sea indemnizable, han de darse una serie de presupuestos.

El primero, lógicamente, es la existencia de un daño. La legislación española vigente lo denomina de manera técnica lesión. La distinción entre estos dos conceptos, consiste en que el segundo es más concreto y delimitado que el primero. La lesión es un daño cualificado, que necesita de unos requisitos, consistentes en los caracteres que ha de tener un daño para que sea indemnizable, que se explicarán más adelante; por lo que toda lesión integra un daño. Pero éste último, es más general, consistiendo en una simple disminución patrimonial, por lo que no todo daño produce una lesión en su término técnico-jurídico estricto.

Más concretamente, en la lesión sanitaria, no se ven afectados los bienes particulares del sujeto en cuestión, solo de manera indirecta. Lo que verdaderamente se ve afectado, son los derechos inherentes a la persona, que gozan de gran importancia y están protegidos por la CE. Estos consisten en el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud y a la libertad.²

El segundo, se basa en la imputación del daño, es decir, quién tiene que ser el autor del daño, así como qué tipo de actuaciones pueden ser las productoras de aquél con la consiguiente generación de responsabilidad.

La actividad dañosa debe provenir de sujetos que formen parte de la organización administrativa, es decir, de los servidores públicos, independientemente de la posibilidad o no de identificación de éstos, lo que quiere decir que la Administración puede verse obligada a responder por daños anónimos.

Por servidores públicos, se entiende no sólo a empleados en régimen laboral y a funcionarios, sino también a titulares de cargos u órganos de confianza política, y a quien desempeñe una función pública de manera ocasional (un cónsul honorario, por ejemplo).

Pero, no serán daños indemnizables por la Administración, los que provengan de actuaciones ajenas a las funciones públicas que estos servidores públicos tengan

² GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria*. La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2011.

encomendadas por el cargo que desempeñan. Además, también se excluirán los daños ocasionados por los colaboradores externos de la Administración.

En cuanto a la clase de actuaciones productoras del daño indemnizable, podrá serlo cualquiera con tal de que provenga de la Administración, además de producir un daño con los caracteres que se explicarán posteriormente.

- La emisión de normas reglamentarias. El daño que pueden provocar éstas emisiones, está perfectamente acotado, por dos motivos. El primero, es que los reglamentos producen normas, y consecuentemente crean deberes jurídicos (algo discutido dado que teóricamente los reglamentos provienen de una norma de superior rango). El segundo y principal, es que los reglamentos normalmente son generales, lo que hace que en la mayoría de los casos no se diese la individualidad, requisito indispensable del daño indemnizable. Aun así, hay gran cantidad de reglamentos cuyo conjunto de destinatarios es reducido y, por tanto, identificable, por lo que en estos casos los daños producidos por la emisión del reglamento en cuestión sí que generaría el deber de indemnizar.

- Los actos administrativos formales. La simple ilegalidad de uno de ellos no produce el derecho a indemnización. Sólo procederá si aquéllos producen un daño que cumpla los requisitos de antijuridicidad, efectividad, evaluabilidad económica e individualidad para que sea indemnizable y generador de responsabilidad para la Administración.

- Las actuaciones materiales de la Administración. Estos son los actos que transforman la realidad física tanto de las personas como de las cosas. Éstos no producen mayor problema, en el momento en que hay daño que cumple los requisitos enumerados anteriormente, hay derecho a indemnización.

- La inactividad de la Administración. Ésta será generadora de responsabilidad patrimonial para la Administración en el momento en que ésta omite alguno de los deberes jurídicos que le impone el Ordenamiento Jurídico, como puede ser por ejemplo la reparación de baches, socavones y desperfectos en las carreteras.

Respecto al aspecto material de la imputabilidad, consiste en que el daño indemnizable ha de ser causado como consecuencia, según el artículo 139.1 de la LRJAP, “del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

Esto tampoco quiere decir que cualquier daño causado por la Administración sea generador de indemnización. El artículo mencionado tiene un significado más concreto y restringido. Con “funcionamiento anormal”, se hace referencia a que la Administración, al

llevar a cabo la actividad dañosa, ha actuado incorrectamente, es decir, infringiendo los estándares medios admisibles tanto de rendimiento como de calidad de los servicios prestados. Estos estándares dependen del nivel de la tecnología, de la accesibilidad a recursos y de la sensibilidad social del lugar.

Por lo tanto, la responsabilidad de la Administración aparece cuando los estándares mencionados son incumplidos con la producción de un daño.

Y, con la expresión “funcionamiento normal”, no se está queriendo decir que la Administración deba responder en todo caso, aun habiendo actuado dentro de los estándares explicados anteriormente. Se hace referencia a dos situaciones concretas:

- A los supuestos de responsabilidad por riesgo, en los cuales, responderá la Administración incluso por caso fortuito, pero no por fuerza mayor. Ésta última hace referencia a una causa totalmente ajena o extraña a la organización administrativa, que además tiene la característica de ser irresistible, es decir, inevitable aunque sea previsible. Por caso fortuito se hace alusión a actividades propias de la Administración pero en las que no se da ningún género de culpabilidad.

- A los supuestos de responsabilidad por enriquecimiento sin título, en los que la Administración se beneficia como consecuencia del daño o disminución patrimonial sufrida por una tercera persona.

El tercer y último presupuesto que ha de darse para que surja la ya mencionada responsabilidad de la Administración, consiste en que su actividad, lo realizado por ella, sea la causa, la razón directa del daño sufrido. Es decir, que se dé una relación de causalidad entre la actividad de la Administración y el daño sufrido por el tercero.

Aunque parece algo totalmente lógico y sencillo, en la práctica este presupuesto se reviste de mucha complejidad, dado que la mayoría de los daños sufridos por la actuación de la Administración, no se producen por ella exclusivamente, sino que entran en juego más causas.

Un ejemplo claro, es que lo que parece sencillo, como es un accidente de tráfico por un agujero en la carretera, lo cual acarrearía responsabilidad para la Administración, es posible que se llene de complejidad porque le hayan afectado más causas simultáneamente al accidente, como puede ser el exceso de velocidad del conductor, la influencia de otro vehículo que viniese de frente, que los frenos estuviesen en mal estado, etcétera.

Si la existencia de estas otras causas excluye o disminuye la responsabilidad de la Administración, no ha sido resuelto por el legislador, sino que se ha ido realizando por los tribunales empíricamente.

Por lo tanto, la jurisprudencia ha ido asentando unas bases, unas líneas o tendencias a seguir en función de cómo sea el caso en cuestión.

En aquellas situaciones en las que la persona dañada ha demostrado una conducta culposa, la doctrina se mantiene en un sentido proteccionista de esa persona. Tan solo se excluye la responsabilidad de la Administración cuando se dé o bien intencionalidad o bien negligencia de significativa índole por parte de la persona dañada.

Otra posibilidad es que aparezca la actuación de un tercero concurrentemente con la Administración Pública en la producción del daño. Aquí la jurisprudencia ha terminado aceptando una solidaridad tácita entre todos los que influyen en la actividad dañosa.

Y la última opción es que la actividad dañosa sea el resultado de la actuación conjunta de varias Administraciones Públicas. En estos casos, la regla general es la de la responsabilidad solidaria, tal y como lo prevé el artículo 140 de la LRJAP. Eso sí, este artículo limita la aplicación de esta regla general a los casos de “gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones Públicas”, lo que quiere decir que será de aplicación exclusivamente a los casos de procedimientos administrativos complejos, donde ha de darse la actuación sucesiva o conjunta de varias Administraciones.

Sin embargo, este artículo 140, establece dos excepciones a la regla general. La primera, se da si en la regulación de esa actividad conjunta entre Administraciones se establece un sistema de distribución específica de la posible responsabilidad, en cuyo caso se aplicaría éste en lugar de la solidaridad. Y la segunda, para los casos en que no sea una actuación conjunta, dice el segundo punto del artículo que “la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación”. Por lo tanto, para los casos en que no se dé una actuación conjunta de Administraciones, sino sucesiva, lo primero que se debe hacer es atender a esos tres criterios de ponderación. Y solo en los casos en los que ni aun así sea posible la determinación de la responsabilidad, será cuando entre en juego la regla de la solidaridad.

Uno de los requisitos fundamentales para que se dé la relación de causalidad y, por tanto, para que entre en juego la responsabilidad de la Administración, es la inexistencia de fuerza

mayor en la comisión del daño. En los casos en los que esta esté presente, no hay relación de causalidad y, por tanto, no habrá responsabilidad imputable a la Administración.

2. LA ANTIJURIDICIDAD Y LA EFECTIVIDAD DEL DAÑO

2.1. La antijuridicidad

2.1.1. Concepto

Según el régimen general que se contempla en nuestro Código Civil, se precisa una actitud subjetiva del sujeto que realiza el acto dañoso, es decir, que concurran dolo o culpa en su actuación, para que sobre tal persona surja responsabilidad.

Sin embargo, para la Administración, la responsabilidad en que puede incurrir es objetiva, lo que quiere decir que la antijuridicidad del acto que lesiona, se traduce en que quien sufre la lesión, no tiene el deber jurídico de soportarla, es decir, que tal daño no está justificado legalmente, por lo que no lo legitima. Así lo establece el artículo 141.1 de la LRJAP, cuando dice 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”.

Por lo tanto, esta antijuridicidad no procede de la actividad que produce el daño, sino de éste en sí mismo, que, como acertadamente enuncia Martín Rebollo, es antijurídico cuando “no haya causas justificativas, legalmente previstas, que impongan el citado deber de tolerarlo”³. Todo esto, con independencia de la posible corrección o ilegalidad de la actividad llevada a cabo por la Administración, porque, como enuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de agosto de 2002⁴, “no es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo”.

En conclusión, “la antijuridicidad es un elemento objetivo del daño, no una cualificación subjetiva de la actividad dañosa, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión”⁵.

³ MARTÍN REBOLLO, Luis. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*. Documentación Administrativa. Número 237-238, 1994.

⁴ Rec. 5956/1998. Ponente: Lecumberri Martí, Enrique.

⁵ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria*. La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2011.

De aquí deriva lo que enuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de febrero de 2006, dictada por su sección sexta, consistente en que “es doctrina jurisprudencial consolidada la que, entiende que la responsabilidad es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión”.⁶

Por lo tanto, la responsabilidad en que puede incurrir la Administración prescinde totalmente de la culpa como presupuesto, teniendo su fundamento en el principio de garantía patrimonial, por lo que la base de este tipo de responsabilidad no es tanto la actividad dañosa llevada a cabo por la Administración, sino la lesión sufrida, por lo que la ilegitimidad del daño que genera el deber de reparación no se mide en función de la actividad administrativa negligente o reprochable, sino en aquel patrimonio privado que se ha quebrantado consecuencia de aquella actividad.

Sin embargo, no se trata de una objetividad absoluta e infinita, sino que tiene ciertos límites, determinadas exigencias. Así lo explica muy correctamente la sentencia del TS de 14 de octubre de 2003⁷ cuando dice que “la prestación por la Administración de un determinado servicio público ... no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo”. Es decir, aplicando este criterio, por ejemplo, al servicio público sanitario, se aplicaría lo que viene declarando la sentencia de 7 de octubre de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, al decir que “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 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”.⁸

Ahora bien, para que se dé la antijuridicidad del daño producido por la Administración, ha de concurrir simultáneamente el deber general de diligencia del ciudadano, es decir, la inexistencia de culpa en su proceder. Y, según la sentencia de 8 de noviembre de 1990 dictada por la sala civil del TS⁹, “... actualmente se ha ampliado el concepto de la culpa para abarcar aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que partiendo de una situación diligente y lícita, ... , se entiende existente también conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la

⁶ Rec.: 6481/2001. Ponente: Robles Fernández, Margarita. CENDOJ.

⁷ Rec.: 1058/1999. Ponente: Martínez-Vares García, Santiago.

⁸ Sentencia nº 2173/2015. Ponente: López Parada, Rafael Antonio.

⁹ Ponente: Santos Briz, Jaime.

conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada”.

Así, una vez justificada la inexistencia de culpa por parte de la persona damnificada, es cuando se podrá dar la antijuridicidad del daño sufrido por ella.

2.1.2. Situaciones en las que existe el deber jurídico de soportar el daño

El TS en su sentencia de 10 de octubre de 1997¹⁰, dice que “la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio” o cuando “concorre una causa que la excluye y un derecho que ampara el actuar administrativo, generando la obligación jurídica de soportar el daño”, tal como enuncia el mismo órgano jurisdiccional en su sentencia de 16 de diciembre¹¹ del mismo año.

La cuestión, por tanto, es delimitar ese ámbito, es decir, saber cuáles son las situaciones en las que las personas damnificadas sí que tienen ese deber jurídico de soportar el daño sufrido.

Este ámbito lo delimita reiterada jurisprudencia. Como dice el TS en su sentencia ya mencionada de 16 de diciembre de 1997, “Esa antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la Ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito”.

Por lo tanto, ese deber jurídico para los administrados surge en los casos en que la ley justifica y, consecuentemente, hace legítimos, esos daños implícita o expresamente. Así, reiterada jurisprudencia concluye que el verdadero criterio para determinar el elemento de la antijuridicidad en el daño causado a un administrado por la puesta en práctica de la ley es si se da el deber jurídico de soportarlo, dado que lo impuesto por una norma, tiene ese carácter de generalidad que a priori debería ser soportado por los individuos afectados. Así lo deja plasmado el TS en la sentencia de 25 de febrero de 1998 en la que dice “... si la ley, faculta a la Administración para actuar de la manera en que lo ha hecho, no existe la obligación de indemnizar y no hay antijuridicidad e ilicitud, pues concurre una causa que la excluye y un derecho que ampara el actuar administrativo, generando la obligación jurídica de soportar el daño y perjuicio por parte del recurrente”.¹²

¹⁰ Rec.: 608/1993. Ponente: Movilla Alvarez, Claudio. CENDOJ.

¹¹ Rec.: 4880/1993. Ponente: González Rivas, Juan José. CENDOJ.

¹² Rec.:4461/1992. Ponente: González Rivas, Juan José.

Tales situaciones, por lo tanto, pueden ser tres. La primera, consiste en todo tipo de obligaciones impuestas por la ley, como puede ser el pago de un impuesto.

La segunda posible situación, se basa en aquellos actos administrativos dictados por la ley, como puede ser una sanción o multa, las cuales han de ser soportadas por la persona a la que se le imponga.

Y la tercera y última situación, son aquellos deberes jurídicos que nacen de un contrato. Cuando una persona se obliga mediante un contrato, todo lo estipulado en él tiene fuerza de ley para esa parte contratante, conforme a la teoría general de la contratación expuesta en el Código Civil.¹³

2.1.3. Un concepto de creación jurisprudencial: el riesgo regulatorio

También merece mención un concepto de creación jurisprudencial, siendo este el “riesgo regulatorio”. Consiste en aquel riesgo que sufre cualquier persona o empresa, principalmente éstas últimas, ante alteraciones notables y significativas de normas ya preestablecidas y conforme a las cuales ya se habían llevado a cabo ciertas acciones. Por ello, este tipo de modificaciones son las causantes de poner en entredicho la seguridad jurídica.¹⁴

El riesgo regulatorio, se suele vincular a ciertas actividades económicas, las cuales sufren una constante regulación dados los procesos de liberalización en que se encuentran. Dado que este constante cambio se supone que debe ser conocido por las empresas que llevan a cabo las actividades económicas mencionadas, se ha entendido que no se da la antijuridicidad del posible daño que provoque el cambio regulatorio. Esto es así porque el riesgo regulatorio se asimila y asemeja al ya mencionado anteriormente deber jurídico de soportar el daño, y por ello se excluye la antijuridicidad de estos cambios regulatorios.

Esto es corroborado por el Tribunal Supremo, en la sentencia de 27 de junio de 1997 dictada por su sección sexta, la cual afirma que “no hay antijuridicidad ni, por tanto, derecho a indemnización cuando, en el ejercicio de las facultades innovatorias del ordenamiento jurídico o de las potestades autoorganizatorias de los servicios públicos, se realiza una modificación en la regulación o configuración de un régimen jurídico anterior o se reestructuran sus sistemas de gestión”.

¹³ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Segunda edición, 2009.

¹⁴ FERNANDEZ FARRERES, Germán. *Sistema de Derecho Administrativo II*. Civitas, Thomson Reuters, 2ª edición.

Existe otra situación en la que la Administración queda excluida de responsabilidad. Tal situación es de creación jurisprudencial, y su aplicación más reciente se da en una sentencia dictada el 22 de abril de 2016 por la sala tercera de lo contencioso del Tribunal Supremo¹⁵, la cual señala que “se excluye la antijuridicidad del daño cuando la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados, y cuando, para la aplicación de la norma, hayan de valorarse conceptos jurídicos indeterminados determinantes del sentido de la decisión, en los que es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración...” por lo tanto, hablamos de ciertos requisitos, el primero consistente en que la actuación llevada a cabo por la Administración sea conforme a criterios tanto razonables como razonados, y el segundo, que se dé la existencia de unos conceptos para cuya comprensión y aplicación se necesite cierta discrecionalidad y margen de apreciación de la Administración. La sentencia mencionada, continúa diciendo “... que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad...”.

Por lo tanto, ese criterio vendría a consistir en que no se daría el requisito esencial de la antijuridicidad del daño en los casos en los que la actuación llevada a cabo por la Administración esté acotada en unos márgenes tanto razonables como razonados, y cuando a la hora de aplicar cierta norma tenga que llevarse a cabo una valoración de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales sean determinantes para la decisión que tome la Administración. En este último caso, es evidente que habría que dejar un margen de apreciación a la Administración, el cual nunca desembocará en la producción de un daño antijurídico siempre que la Administración cumpla con el primer requisito aquí mencionado, es decir, operar dentro de unos márgenes razonables y razonados.

Siendo más concretos, parece que puede encajarse dentro de este supuesto de hecho, el caso concreto de la anulación de actos administrativos, y la duda planteada sobre si surge responsabilidad en el caso de que esa anulación cause algún daño a algún administrado.

Pues bien, el artículo 142.4 de la LRJAP afirma que “la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone el derecho a indemnización...”.

¹⁵ Rec.: 4080/2014. Ponente: Huerta Garicano, Inés María.

Partiendo de esta base, numerosa jurisprudencia interpreta este artículo entendiendo que la Administración debe poder resolver de la manera y con los criterios que considere necesarios cuando estamos hablando de la esfera estrictamente jurídica, y que no se puede generar responsabilidad si a esos criterios les sustituyen otros, siempre que los nuevos sean igual de razonables y se encuentren en el ámbito propio donde la Administración puede actuar.

Por lo tanto, un supuesto daño producido por este cambio de criterio no es antijurídico, por lo que no puede generar responsabilidad.

Así lo entiende el TS en su sentencia de 10 de febrero de 1998¹⁶, afirmando que “si la ley faculta a la Administración para actuar de la manera que lo ha hecho, no existe obligación de indemnizar y no hay antijuridicidad o ilicitud pues concurre una causa que la excluye y un derecho que ampara el actuar administrativo, generando obligación jurídica de soportar el daño y perjuicio por parte del recurrente”.

2.2. La antijuridicidad en el ámbito sanitario

2.2.1. Introducción y matizaciones previas

En la actividad médica, el título conforme al cual el interesado debe soportar el resultado, ya sea dañoso o no, es la correcta actuación de los sanitarios conforme al protocolo concreto y a la *lex artis*, dado que esa actividad médica lo único que debe asegurar es un uso correcto de los conocimientos de la técnica y la ciencia conforme al caso concreto y sus circunstancias, no un resultado. Así lo recuerda la sentencia del TS de 23 de febrero de 2009¹⁷, alegando que “... la responsabilidad de las Administraciones Públicas, de talante objetivo (...), se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de la salud no se les puede exigir más que ejecutar correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria”.

Conforme a esto, reiterada jurisprudencia, entre otras la sentencia del TS de 16 de marzo de 2005, corrobora que, ante este tipo de supuestos, es decir, de prestación de un servicio sanitario público, realmente “se trata de una obligación de medios, por lo que solo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente”.

¹⁶ Rec.: 496/1997.

¹⁷ Rec.: 7840/2004. Ponente: Huelín Martínez de Velasco, Joaquín.

Teniendo en cuenta esto, cabe concluir nuevamente, que nos encontramos con obligaciones que no son de resultado, no se puede exigir a los sanitarios que trabajan para la Administración la curación de un paciente, lo que si se les puede exigir y se les exige es actuar conforme al protocolo y a la *lex artis*, porque como dice el artículo 43 apartado 1 de la CE “los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud”, es decir, como enuncia el artículo 6 apartado 1, punto 4, de la LGS, “Las actuaciones de las Administraciones Públicas Sanitarias estarán orientadas a garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud”, y todo esto, con arreglo al artículo 141.1 de la LRJAP, es decir, conforme al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que se va a prestar el servicio.

Por lo tanto, dado que la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas se basa en el daño antijurídico y no en la actividad dañosa, y si a los servicios públicos sanitarios sólo se les puede exigir la correcta y temporalmente válida ejecución de las técnicas del momento en función del conocimiento de la práctica y ciencia sanitarias, excluyendo de esta exigencia la curación del paciente, cabe concluir que se debe exigir del reclamante de una indemnización por daños de la Administración sanitaria la justificación, al menos indiciaria, de que realmente aquella no obró conforme a la *lex artis* a la que está sometida.

Muy probablemente por eso, las sentencias del TS de 22 de diciembre de 2001¹⁸ y de 14 de octubre de 2002¹⁹, posteriormente a la indicación de que “el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido”, enuncian que para los casos de servicio médico o sanitario, la utilización de una técnica correcta es un hecho muy relevante para concluir si se da realmente un daño calificado como antijurídico en el caso que se trate, o no.²⁰

Conforme a todo lo explicado, lo realmente importante es saber qué hay que entenderse por conducta correcta, lo cual no es fácil en el ámbito sanitario, debido a que la casuística de daños es realmente amplia.

2.2.2. El artículo 141.1 de la LRJAP en relación con el ámbito sanitario

Para delimitar aún más en qué supuestos se da la antijuridicidad, la Ley 4/1999 de 13 de enero insertó en el artículo 141.1 de la LRJAP, algo que parece encajar en su mayor parte a

¹⁸ Rec.: 8406/1999. Ponente: Peces Morate, Jesús Ernesto.

¹⁹ Rec.: 5294/1998. Ponente: Peces Morate, Jesús Ernesto.

²⁰ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*.

los supuestos de daños cometidos por la Administración sanitaria: “se excluye la obligación de indemnizar aquellos daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia y la técnica en su momento de producción”.

Este artículo, fue añadido por el legislador como consecuencia de las cantidades pecuniarias que la Administración tuvo que pagar en concepto de indemnización a aquellas personas que recibieron transfusiones de sangre en centros sanitarios públicos, y mediante las cuales se les infectó del virus VIH, siendo la existencia de éste desconocida por los sanitarios.

Por tanto, esta norma se implantó para evitar que en casos de comisión de un daño por la Administración, ya sea por desconocimiento científico o por la imposibilidad de evitar y/o prever dicho daño, tal Administración no tuviese la obligación de indemnizar al sujeto dañado. Todo esto quiere decir, que se trata de una norma de exclusión de la antijuridicidad para esta clase de casos.

Ahora bien, el dañado no queda totalmente indefenso ante un daño de estas características, dado que el legislador puede aprobar ayudas y prestaciones económicas, siendo la razón de ser de éstas bien distinta a la de responder a una supuesta responsabilidad por daño de la Administración.²¹

Por lo tanto, conforme a este artículo, la Administración sanitaria no tendrá que resarcir aquellos daños imposibles de prever y evitar acorde al grado de conocimientos de la ciencia y técnica de la época en cuestión.

Esta afirmación tendrá como consecuencia que la acomodación de la prestación que realice la sanidad pública al estado en que se encuentre en ese momento el saber, así como su aplicación al caso concreto, y teniendo en cuenta las circunstancias de éste, trasladará el deber de soportar el riesgo que la prestación sanitaria concreta conlleve al afectado, por lo que el daño que se pueda producir con estas circunstancias no será antijurídico.²²

Esto tiene sentido, dado que un administrado no puede exigir un resultado del sistema sanitario que el conocimiento técnico de la época no es capaz de garantizar.

²¹ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistema de Derecho Administrativo II*. Civitas, Thomson Reuters, 2ª edición.

²² GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria*. La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2011. Páginas 11-

Tampoco podrá tener derecho a que se le informe de riesgos que no son conocidos y que no se tenga el deber de conocer si el estado científico no ha logrado ese grado de conocimiento.

Sin embargo, si pesa sobre la Administración la carga de la prueba sobre ese estado de la ciencia y la técnica, así lo dice la sentencia de TS de 31 de junio de 1999²³, al decir que “no basta con que se invoque la insuficiencia de unos conocimientos científicos en la materia de que se trate, sino que es necesario que ese estado insatisfactorio de la ciencia se pruebe”. Esta prueba es necesaria que sea realizada dado que estamos ante un sistema de responsabilidad objetiva y, como dice esta misma sentencia, “... no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia”.

Esto se ha visto en la práctica, concretamente, en el supuesto resuelto por la sentencia del TS de 13 de julio de 2007²⁴, en el que la Administración no probó correctamente que un elevado número de contagios era consecuencia de la imposibilidad de su evitabilidad aun habiéndose tomado las medidas necesarias de prevención y cuidado, concluyendo que se da un daño antijurídico en el contagio de VHC de veintidós pacientes que recibían el mismo tratamiento, consistente en hemodiálisis.

2.2.3. La lex artis como elemento determinante de la antijuridicidad

Para empezar, cabe citar lo que establece la sentencia del TSJ de Castilla y León de Valladolid del 13 de marzo de 2009²⁵: “cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando (...) que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable)”. Por lo tanto, las obligaciones, o lo que se le puede exigir a los profesionales sanitarios no es un resultado, es decir, la salud o curación en todo caso del paciente o enfermo. “... 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”.

²³ Rec. 2132/1995. Ponente: González Navarro, Francisco.

²⁴ Rec.: 6133/2003. Ponente: Robles Fernández, Margarita.

²⁵ Rec.: 193/2004. Ponente: Pardo Muñoz, Francisco Javier. Núm. de sentencia: 670 2009.

Por lo tanto, todo daño que sea consecuencia de la actividad médica sin ajustarse a los parámetros y criterios de la *lex artis*, se considerará una actividad generadora de responsabilidad patrimonial.

Así, Gallardo Castillo afirma que “la *lex artis* se convierte en el criterio de normalidad, que ha de infringirse en la realización del servicio sanitario para que haya lugar a la obligación de indemnizar”.

Consecuentemente, puede decirse que la *lex artis* consiste en un criterio de normalidad mediante el cual puede valorarse la corrección de las actuaciones sanitarias, y que obliga al profesional a actuar con la debida diligencia, lo que permite identificar aquellos casos verdaderamente generadores de responsabilidad.

Conforme a todo esto, no se exige solo la existencia de la lesión, sino una actuación contraria a esta *lex artis*, a esos cánones considerados correctos para cada caso. Consecuentemente, la indemnización dependerá “no del resultado objetivo, sino del *modus operandi*”.²⁶

Para concluir con la matización de este concepto, la *lex artis* se ha de observar desde dos perspectivas:

- “*Lex artis* genéricamente considerada”, la cual consiste en que el acto del sanitario siempre estará delimitado por el estado de avance en que se encuentre la ciencia médica, el cual se puede averiguar en conferencias relacionadas con el tema, en publicaciones científicas, etcétera.
- “*Lex artis ad hoc*”. En esta, se tiene en cuenta la actuación sanitaria en cuestión, y en qué situación y circunstancias se lleva a cabo, como son las de tiempo, lugar, medios y recursos del centro. Incluye además, todas las circunstancias incidentes en cualquier actuación sanitaria normal llevada a cabo por un profesional, como son “las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de otros factores endógenos – estado e intervención del enfermo – o exógenos – incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria – y, en general, de los específicos y dependientes de cada caso concreto”.

²⁶ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria*. La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2011.

2.2.4. Una clasificación jurisprudencial

Después de conocer, de una forma general, qué características han de tener esas actuaciones, esos modos de actuar del sanitario para que produzcan un daño al que podamos calificar como antijurídico, nos tenemos que preguntar a qué daños nos referimos concretamente. Y, a través de todos los casos ofrecidos por la jurisprudencia, así como por el análisis de resoluciones judiciales contencioso-administrativas en este campo, se pueden sacar ciertos casos de daños antijurídicos, una clasificación, basada en el enorme número de casos en los que se han dado:

- El retraso en el diagnóstico. Ejemplo claro de éste, es el que se da en la sentencia del TS de 12 de noviembre de 2007²⁷, en la que el órgano judicial excluye la existencia de mala praxis en lo que fueron estrictamente las intervenciones quirúrgicas realizadas, pero posteriormente señala que “tiene por probado que hubo un retraso en el diagnóstico y (...) que fue ese diagnóstico el que contribuyó a una evolución que no pudo controlarse adecuadamente al no conocerse su causa y que culminó con la pérdida funcional del riñón derecho...”.

- La gestión incorrecta de las listas de espera, evidenciada en la sentencia del TSJ de Madrid de 17 de julio 2007²⁸. El litigio trataba sobre un enfermo que padecía hidrosadenitis axilar, llevando más de seis años en tratamiento consistente en la ingesta de ciertos antibióticos y alguna medida superficial más, las cuales le producían efectos de manera temporal, por lo que no impedían que el demandante tuviese que acudir en numerosas ocasiones al hospital en ese periodo, además de encontrarse impedido para desarrollar su vida cotidiana de manera normal. Dada la ineficacia del tratamiento y que la dolencia estaba empeorando, se vio clara la necesidad de realizarse una intervención quirúrgica con cierta urgencia. Sin embargo, el hospital le mantuvo en lista de espera más de ocho meses. Tan larga espera, hizo que el enfermo sufriera una infección en la zona, que propició la imposibilidad de realizar la intervención en la fecha señalada. Posteriormente a tal fecha, se tarda más de un mes en informarle de que se le ha sacado de la lista de espera dado que por la infección no iba a poder practicarse la intervención, y se le da cita para que vuelva al médico nada más y nada menos que en cinco meses. Ante esta situación, el enfermo termina acudiendo a la sanidad privada, en la cual en menos de un mes y medio se le realizó la intervención con resultados exitosos. La persona que padeció dicha enfermedad, como era de esperar, demandó a la Administración Pública, y tras darse silencio administrativo negativo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó dicha demanda y condenó a la

²⁷ Rec.: 7418/2004.

²⁸ Rec.: 87/2004. Ponente: Quesada Varea, José Luis. Núm. de sentencia: 621/2007.

Administración sanitaria por producir un daño indemnizable basado en la mala gestión de las listas de espera por parte de la institución sanitaria.

- El incorrecto seguimiento de la evolución de una enfermedad. Un ejemplo claro se contempla en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de octubre de 2008²⁹. El supuesto de esta resolución, consiste en que un hombre acude al hospital por unos dolores que lleva padeciendo desde hace cinco años. En un primer diagnóstico se le detecta coxartrosis derecha. A los diez meses, se le ingresa en el mismo centro por un cuadro de bronquitis aguda, además de otros síntomas. Se le da el alta en cuatro días, y a los tres meses vuelve para una revisión por el empeoramiento que está sufriendo en su primera dolencia referente a problemas de cadera. Tras tal revisión, se le incluye en lista de espera para ser intervenido en otro hospital distinto. En este segundo centro, antes de realizarle la operación, se le diagnostica masa mediastínica en los pulmones, y se le vuelve al remitir al primer hospital. Una vez en este, se le diagnostican más problemas en los pulmones. Pasan más de nueve meses hasta que por fin se le interviene en lo referido a sus problemas de cadera. Tras esto, se observan variaciones en sus padecimientos referentes a los pulmones, y se le remite a un tercer centro sanitario distinto. En este, lo que se le diagnostica en los pulmones es un tumor maligno, el cual se ha ido desarrollando durante ese año que ha estado el enfermo yendo de hospital en hospital. Por todo esto, el enfermo demanda a la Administración sanitaria, alegando una evidente relación de causalidad entre el retraso de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración y el progresivo desarrollo de la enfermedad, desembocándole finalmente en un tumor maligno. El Tribunal, ante esta demanda, lo primero que hace es alegar que “se hace necesario, cuando los Tribunales se enfrentan ante un problema de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño”. Tras enunciar esta regla, estima en parte la demanda, y condena a la Administración, justificando su decisión en que la relación de causalidad entre la actividad de la Administración y el daño sufrido por el enfermo, es consecuencia, primero, del incompleto estudio que se realizó inicialmente, por lo que se dilató injustificadamente un tratamiento para evitar lo que finalmente ocurre, y segundo, del injustificado retraso en las actuaciones médicas desde que en el segundo hospital se le detecta una masa mediastínica, hasta que pasados seis meses se le detecta un tumor maligno en el tercer hospital. Por lo tanto, se culpa a la Administración de la permisividad del desarrollo del tumor, el cual podría haberse evitado mediante una actuación más diligente de las instituciones sanitarias.

²⁹ Rec.: 425/2004. Ponente: Pozos Pita, Margarita Encarnación.

- Los diagnósticos erróneos. Este es el caso de la sentencia del TSJ de las Islas Baleares, de 27 de octubre de 2009³⁰. En este caso, una mujer notó una explosión detrás de su oreja izquierda, así como mareos que concluyeron en un desvanecimiento. Acude al hospital, donde se le hace un primer diagnóstico, a simple vista corriente y no peligroso. A los seis días acude a urgencias, donde el diagnóstico varía, se agrava pero sin llegar a resultar peligroso para la enferma. A los dos días de permanecer ingresada en planta, se le pretende dar el alta, pero permanece ingresada dada la insistencia de los familiares, y vuelve a experimentar esa explosión que la hizo acudir por primera vez al hospital. Al día siguiente sufre un ataque similar al de epilepsia, así como convulsiones y movimientos extraños con la lengua. Tras examinarla, se realiza un nuevo diagnóstico, esta vez más grave, consistente en padecimiento de síndrome meníngeo, hemorragia subaracnoida y sangrado en las cisternas basales y perisilviana.

Consecuencia de este diagnóstico, ya revestido de la gravedad que realmente merecía la enfermedad de la paciente, se decide darla traslado a neurocirugía en otro centro sanitario. Ese mismo día, ya en el nuevo hospital, se comunica que serán necesarias varias intervenciones.

Pasado ya un día, ningún enfermero la exploró ni valoró. Pasados dos, sigue sin ser intervenida en ninguna de las operaciones pertinentes, y la paciente entra en coma. Al siguiente día, la paciente sufre una nueva hemorragia que la deteriora aún más el nivel de conciencia, y cuando se la está dando traslado a reanimación, su empeoramiento se agrava aún más. Esta misma jornada, sufre muerte cerebral, y ya se la da traslado a la UCI. Pasadas unas horas, comienza la extracción de órganos para realizar un trasplante de urgencia, y la enferma fallece.

Evidentemente, los familiares demandan a la Administración sanitaria y reclaman su responsabilidad patrimonial. Ante esto, el Tribunal comienza diciendo: "... pero en el ámbito sanitario no opera la antijuridicidad objetiva sino que es precisa la actuación antijurídica de quien produce el daño, esto es que falte la diligencia debida o que no se respete la *lex artis ad hoc*, de manera que, siendo relevante la antijuridicidad del resultado o lesión, no deja de serlo la actuación antijurídica de la Administración". Y finalmente, concluye que la actuación médica fue conforme a la *lex artis* sanitaria, pero que, sin embargo, el error de diagnóstico inicial hizo que la paciente llegase a la UCI cuando su enfermedad, de alta tasa de mortalidad, estaba ya demasiado avanzada, y que si se hubiese diagnosticado desde un primer momento y se hubiese trasladado a la enferma desde un primer momento a la UCI, las probabilidades de

³⁰ Rec.: 1213/2004. N° sentencia: 712/2009.

supervivencia de la finalmente fallecida habrían sido mucho más elevadas, por lo que estima en parte la demanda y condena a la Administración.

- Una deficiente asistencia sanitaria. Ejemplo claro es la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de abril de 2003³¹. Se demanda a la Administración por las secuelas sufridas por una mujer consecuencia de cinco intervenciones quirúrgicas en su pie derecho para enderezar el tercer dedo en garra, las cuales provocaron primero la lesión y posteriormente la amputación de los nervios interdigitales de dicho dedo y la de los nervios plantares del pie. La demandante alega primero que se trata de una lesión desproporcionada e innecesaria en el pie por el solo hecho de enderezarle un dedo, y seguidamente, que hubo falta de información hacia su persona y ausencia de un posterior consentimiento por su parte.

Antes de sacar una conclusión, el tribunal alega que “... si bien es cierto que la Administración sanitaria no está obligada a obtener un resultado favorable total y si lesión en las intervenciones quirúrgicas que practique, lo que no admite justificación es que se produzcan consecuencias que una correcta realización de la intervención quirúrgica o una atención adecuada en fase de postoperatorio debían haber evitado”. Tras alegar esto y observar el caso, el órgano judicial concluye que la paciente ha soportado un daño desproporcionado e innecesario, y que no está obligada a soportar, dado que el estado de la ciencia y técnica médica posibilitaba su evitabilidad, o por lo menos la resolución de las intervenciones quirúrgicas de manera más eficaz. Esto en cuanto a la primera alegación de la demandante.

En cuanto a la segunda, el tribunal enuncia que se constata la falta de consentimiento informado por parte de la paciente, dado que en la documentación nada se dice sobre tratamientos alternativos, y dado que en el centro de rehabilitación al que la paciente acudió tras las operaciones se desaconsejaba rotundamente seguir operando pasada ya la cuarta operación del pie. Consecuentemente, la obligación de información a la paciente la habría ofrecido la posibilidad de elegir el realizar la quinta operación o no.

Por todo esto, concluye que se da la existencia de una asistencia médica deficiente, y condena a la Administración al pago de una indemnización a la damnificada.

- La utilización de técnicas inadecuadas o indebidas. Referente a esta clase de daño antijurídico, está la sentencia del TSJ de Castilla y León de 19 de abril de 2010³². Tal sentencia, trata del supuesto de una joven que alegando dolores en el hombro acude a la

³¹ Rec. 1629/1999. Núm. de sentencia: 641/2003.

³² Rec.: 684/2009. Ponente: Pardo Muñoz, Francisco Javier. Núm. de sentencia: 875/2010.

sanidad pública. Se le detecta un pequeño tumor, frente al cual el centro sanitario le realiza dos intervenciones quirúrgicas, ambas sin éxito, y se desaconseja la realización de una tercera. Pero la paciente acude a la sanidad privada, y en una nueva intervención le extraen el tumor de manera satisfactoria y sin secuelas.

Dicho esto, cabe especificar que, por lo tanto, la Administración sanitaria informó mal en tres ocasiones a la paciente, respecto a los resultados de las dos operaciones, y respecto al consejo de no realizar ninguna intervención más.

Frente a estas circunstancias, el tribunal cita jurisprudencia que enuncia lo siguiente: "... de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecutar correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria".

Expuesto esto, y tras la exitosa operación llevada a cabo por la sanidad privada, el órgano concluye que se da de manera evidente la mala praxis respecto de las dos operaciones fallidas por parte del centro sanitario público y, por lo tanto, condena a la Administración por utilización de técnicas inadecuadas a indemnizar a la mujer damnificada.

- El mal funcionamiento en los servicios de archivo y documentación y carencia de medios diagnósticos de contraste exigidos por el protocolo pertinente. Referente a este tipo de lesión, está la sentencia del TSJ de las Islas Baleares de 27 de marzo de 2006³³. Aquí una persona acude al hospital por padecer síntomas de fabrícula, así como agotamiento físico y por la aparición de bultos en su cuello y axila derecha, y ganglios en el cuero cabelludo. A causa de esto, se la ingresa diez días. Se la realizan pruebas víricas y, al dar negativas, se la da el alta.

Con todo esto, quedó a la espera de una analítica realizada en su ingreso, por posibilidad de portar el virus VIH. La prueba realizada recibe el nombre de ELISA, y da positivo. Se le realiza una segunda analítica de las mismas características, según las cuales continua dando positivo. Era necesaria realizar una tercera prueba con un método distinto, llamado Western-Blant, para la cual se remiten las muestras de los análisis al instituto Carlos III de Madrid. Esta última prueba, resulta dar negativo.

Este último resultado llega a la ciudad de origen el mismo día que la paciente tiene cita en otro centro, y es a partir de ese día cuando ya no se archivaron más datos al historial clínico de la enferma, por lo que este resultado negativo se quedó fuera, y la paciente nada supo

³³ Rec.: 1172/2002. Ponente: Algora Hernando, Jesús Ignacio. Núm. de sentencia: 304/2006.

acerca de ello, por lo que lo único que ella sabe es que es portadora del VIH, lo que hizo que desarrollase un cuadro depresivo y de angustia.

Dado que finalmente el resultado resultó ser negativo, esta depresión desapareció.

Ante esto, y ante la presentación de una demanda reclamando la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, el Tribunal en cuestión concluye que "... de los hechos probados se destaca una serie de retrasos y deficiencias, no en el actuar de los facultativos y sus funciones de diagnóstico, sino en el actuar administrativo manifestado en la carencia de medios diagnosticados de contraste exigidos protocolariamente, en la urgente necesidad de los mismos, en la falta de información a la paciente de esos medios ...".

Ante esa carencia de medios diagnosticados exigidos protocolariamente, la paciente sufre una depresión y ve deteriorada sus relaciones sociales y familiares, cuando se trataba de situaciones que no estaba obligada a soportar, por lo que se estimó parcialmente el recurso y se condenó a la Administración.

- La causación de daños que no son típicos, inherentes, propios ni traen su causa en la prestación sanitaria que se ha realizado. En base a esto dicta la Audiencia Provincia de Valencia su sentencia de 14 de mayo de 2007³⁴. En este supuesto, un anestesista contagia a un paciente la hepatitis mediante una anestesia, donde ya incurre en una imprudencia grave. Los resultados fueron catastróficos, primero produciéndole lesiones y, por tanto, incurriendo en un delito de lesiones, y posteriormente la muerte, por lo que incurre en un delito de homicidio imprudente. Primeramente, y en cuanto al tema de responsabilidad civil, independientemente de los delitos en que incurre particularmente el anestesista, se demandó primero a la Administración, por un caso claro de causación de un daño que no es típico ni inherente de la intervención practicada, así como es totalmente desproporcionada la gravedad de sus consecuencias en comparación a la normalidad y sencillez que habitualmente reviste a esta intervención. La especialidad aquí consiste en que la Administración, dispone de un derecho de repetición contra el anestesista en cuestión, dado que incurrió en negligencia grave.

- La ausencia de consentimiento informado. En este caso repetiré la sentencia utilizada en el punto cinco, en el que, para la quinta operación realizada en el pie de la paciente, se da la ausencia de consentimiento informado, el cual podría haber consistido en la no intervención quirúrgica y, por tanto, no haber producido tal daño a la enferma,

³⁴ Rec.: 68/2003. Ponente: Rius Alarco, Carolina. Núm. de sentencia: 229/2007.

consistente en la amputación de los nervios interdigitales de dicho dedo y la de los nervios plantares del pie.

Aún con todo lo dicho, no todos los daños que los ciudadanos no tengamos el deber jurídico de soportar van a generar el la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Como dice el artículo 139.2 de la LRJAP, el daño, además de estar revestido de antijuridicidad, ha de ser “efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

2.3. La efectividad del daño

2.3.1. Concepto

Según el artículo 139.2 de la LRJAP “el daño alegado habrá de ser efectivo”. Este requisito, se traduce en una doble vía.

Primero, la afección dañosa debe darse sobre los bienes o derechos del sujeto que sufre el daño, da igual en cuales, por lo que abarca tanto los de carácter patrimonial, como los bienes o derechos de carácter personal, así como los morales.³⁵

Y, también, esta efectividad del daño se refiere a que éste debe ser real y actual. Por lo tanto, la existencia del daño en cuestión debe ser probada, quedando fuera aquellos daños que aún no se han producido, o aquellos que simplemente son posibles o eventuales. Esto lo deja claro reiterada jurisprudencia, en concreto las sentencias de 14 de febrero de 1972 y de 10 de junio de 1981 enuncian que “para ser resarcible el daño ha de consistir en un daño real y no en meras especulaciones sobre perjuicios o pérdidas contingentes o dudosas”.

2.3.2. Daños futuros resarcibles

Sin embargo, reiterada jurisprudencia afirma que han de ser resarcidos los daños que hayan de ocurrir en el futuro, pero cuya producción sea “indudable y necesaria por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo”³⁶. Esto es corroborado por la sentencia del TS de 23 de abril de 2004³⁷. En esta, se da la consideración de daño afectivo no solo al contagio ya realizado de la hepatitis C que es sufrido por un paciente concreto, sino que también

³⁵ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Segunda edición, 2009.

³⁶ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria*. La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2011.

³⁷ Rec.: 8634/1999. Ponente: Martínez-Vares García, Santiago.

fueron calificados de daño efectivo las futuras consecuencias que dicho contagio iba a producir, tales como el tratamiento a que dicha enfermedad obliga y el efecto que produce ésta, incluso su futuro desarrollo.

Conforme a esto, la sentencia del TS de 2 de enero de 1990, delimita estos daños futuros negativamente, estableciendo que sí que son dignas de indemnización las consecuencias de la actuación administrativa “no solo cuando se trate de consecuencias lesivas pretéritas y actuales, sino también de futuro acaecimiento, pero, por supuesto, siempre que, por su carácter fatal derivado de esa anterioridad o actualidad, sean de producción indudable y necesaria por su acaecimiento en el tiempo, no cuando se trate de acontecimientos autónomos y con simple posibilidad”.³⁸

La extensión a este tipo de daños de la obligación de resarcir, se basa en el principio de reparación integral del daño, el cual es fundamento de esta responsabilidad patrimonial de la Administración según el artículo 106.2 de la CE, que enuncia 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 y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, y según el artículo 139.1 de la LRJAP, diciendo en esencia lo mismo, que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran...”.

Y, como consecuencia de este principio, también estarán revestidos con la nota de efectividad el daño emergente y el lucro cesante.

2.3.3. El lucro cesante

Es importante decir que hay expectativas que, con un elevado grado de probabilidad, van a transformarse en ganancias, por lo que su no realización, aunque el daño no sea aún actual y real, va a conllevar una pérdida económica. Esto es lo que puede considerarse lucro cesante, y esos ingresos o ganancias dejados de percibir, deben ser probados. Según dice la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1998, “el lucro cesante, por su propia naturaleza, no puede probarse de modo directo, sino indirecto, en un cálculo de expectativas de ingresos y de vida fundado en las circunstancias de edad y socioeconómicas de la víctima y de sus relaciones con el perjudicado o los perjudicados”. Por lo tanto, únicamente puede computarse el lucro dejado de percibir real y justificado, que se tendrá que probar en el proceso, dado

³⁸ GUERRERO ZAPLANA, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*. Lex Nova, 5ª edición.

que en fase de ejecución de sentencia sólo se cuantifica la indemnización una vez acreditado el daño.

La sentencia número 328 de 24 de abril de 1997 de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo, indica de manera más exhaustiva las exigencias necesarias para que el supuesto del lucro cesante sea generador de responsabilidad patrimonial para la Administración, y en consecuencia también informa de qué supuestas pérdidas no van a estar consideradas dentro de lucro cesante. La citada sentencia enuncia que “... la integración del ‘lucrum cessans’ como elemento indemnizatorio (...), debe moverse bajo los dos polos de su delimitación, esto es, sin que quepa incluir eventos de futuro no acreditados rayanos en los conocidos ‘sueños de ganancia’, tampoco, por ello, habrá de referirse sólo a acontecimientos reales o de indiscutible dación; mas, en una posición intermedia, cuando se comprendan en ese ‘lucro cesante’ eventos determinantes de una aportación de medios o recursos que (...) se han visto truncados por la realización del ilícito,...”. De aquí se desprende, un término intermedio en la consideración de cierta supuesta pérdida como integrante del lucro cesante, primando siempre la mayor justificación posible de esa pérdida.

En este término insiste la sentencia del TS de 22 de febrero de 2006³⁹, al decir que “como ha reconocido hasta la saciedad la jurisprudencia de esta sala, la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas”. Esta sentencia versaba sobre un supuesto en el que el demandante de la Administración pedía una indemnización por las ganancias dejadas de percibir, por la denegación indebida por parte de la Administración de la autorización para establecer su negocio. Finalmente su pretensión fue rechazada, dado que no probó de manera suficiente el daño sufrido, es decir, en qué consistían esas pérdidas alegadas, asemejándose más lo alegado por tal sujeto a lo que el TS llama “sueños de ganancia”, que a un “perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica”.

2.3.4. La carga de la prueba

Requiere especial atención esta carga de la prueba, sobre todo si de lo que hablamos es de uno de los dos casos anteriores, es decir, de daños futuros indemnizables o de lucro cesante, ya que como su existencia no es tan clara, precisan con mayor intensidad de una prueba que las de base y consistencia.

³⁹ Rec.: 1761/2002.

Reiterada jurisprudencia concluye que se trata de una labor del perjudicado, es decir, de quien alega que ha sufrido un daño, dado que esa persona será quien disfrute del resarcimiento económico si prueba suficientemente dicha lesión. Así lo corrobora la sentencia del TS de 19 de octubre de 2004⁴⁰, diciendo que la carga de la prueba recaerá sobre el damnificado, dado que es “quien desea obtener la reparación que cree justa, como consecuencia de a su juicio inadecuada prestación del servicio público, quien acredite que se produjo un acontecimiento que desencadenó un daño imputable al funcionario del servicio en cualquiera de sus manifestaciones, para que de ese modo se pueda achacar ese daño a la Administración como responsable de aquél”.

Esta carga de la prueba es sustancial, ya que si no se prueba suficientemente la efectividad del daño sufrido, así como que es susceptible de valoración económica, no se apreciará responsabilidad patrimonial de la Administración, y no habrá resarcimiento para el perjudicado. Así lo dice y afirma numerosa jurisprudencia.

La sentencia del TS de 19 de abril de 2002⁴¹, versa sobre el supuesto en el que un hombre es sancionado y separado del servicio militar del que formaba parte. Más tarde, con el hombre ya fallecido, dicha sanción es anulada. La viuda, pide una indemnización a la Administración por toda la retribución que no percibió su difunto marido desde la aplicación de la sanción, así como por los daños morales que dicha sanción con su posterior anulación han producido.

El tribunal, considera que la demandante funda la indemnización exclusivamente en la anulación de la sanción impuesta a su difunto marido, pero lo esencial para conseguir tal resarcimiento es la prueba de la existencia de un daño real, efectivo e individualizado, cosa que no se ha hecho. Además, afirma el órgano judicial que tampoco es factible reclamar los daños morales de forma genérica, por lo que finalmente se desestima la demanda.

Y la sentencia del TS de 9 de mayo de 2002⁴² falla acerca del supuesto en el que un administrado pide una indemnización por la denegación de licencia de armas a la que se vio sometido, privándole en consecuencia de los deportes de caza y tiro al plato. Frente a esto, el tribunal considera que el supuesto daño no se ha acreditado, y que podría existir este si se probasen las oportunidades de que habría disfrutado si hubiese obrado en su poder la

⁴⁰ Rec.: 7286/2000.

⁴¹ Rec.: 6499/1998. Ponente: Puente Prieto, Agustín.

⁴² Rec.: 302/1998. Ponente: Sieira Miguez, José Manuel.

licencia denegada. Pero, como esto no ha sido así, no se estiman las pretensiones del demandante.

3. LA EVALUABILIDAD ECONÓMICA Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL DAÑO

3.1. La evaluabilidad del daño

3.1.1. Concepto y caracteres

Como dice el artículo 139.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, “el daño ha de ser evaluable económicamente”, es decir, que se pueda determinar en moneda.

La lesión sólo se reviste de esta característica en el caso de que se haya dado una “trascendencia patrimonial apreciable, cuya valoración se pueda hacer en dinero, pero no así cuando únicamente hayan existido simples molestias o perjuicios sin trascendencia económica subjetiva”.⁴³

Este requisito, sin embargo, no puede ser entendido literalmente.

No existe ningún problema respecto a la evaluabilidad económica si el acto dañoso afecta a derechos o bienes patrimoniales, dado que se acude al valor de mercado de lo dañado, sin embargo sí que puede surgir alguna complicación respecto de los daños personales, dentro de los cuales se encuentran los daños físicos, derivados de lesiones corporales, y los daños morales, que son los que producen una aflicción en la persona que lo sufre. Estos también han de ser indemnizados, pero su evaluación suele ser realizada convencionalmente. Incluso, es posible que se trate de daños que no se pueden indemnizar, como es por ejemplo el perder la vida, pero aun así deben ser resarcidos en todo lo posible.⁴⁴

Actualmente, la LRJAP admite expresamente en su artículo 142.5 la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por las lesiones que cometan de índole psíquica o física. Los daños morales, los que se engloban en lo que se denomina el “pretium

⁴³ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria*. La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2011.

⁴⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Segunda edición, 2009.

doloris”, aunque no legalmente, sí que son admitidos ya de forma generalizada por la jurisprudencia.

Respecto al momento de la evaluación, no es necesario realizarla ni con la reclamación que se hace a la Administración ni en la demanda, ya que como dice el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de marzo de 1977, 14 de abril y 13 de noviembre de 1981, “su concreción cuantitativa puede relegarse al período de ejecución de sentencias”.

3.1.2. El “pretium doloris”: los daños corporales

Literalmente, pretium doloris significa precio del dolor. Se refiere a todo tipo de daños que se consideren inmateriales, es decir, tanto físicos como psíquicos. Esta “indemnización de los sufrimientos” (circular del ministro de justicia del 15 de septiembre de 1977), es de las consideradas de carácter personal. Sirve para reparar, resarcir, los sufrimientos físicos y morales experimentados por el perjudicado por una actuación de la Administración, los cuales ya han sido explicados en el apartado anterior. El verdadero problema que surge respecto a este tipo de daños es, sin duda, su valoración. Respecto a la muerte y a los daños corporales en general, su conversión en una suma dineraria puede estar directamente vinculada con los costes de curación o las rentas que se han dejado de percibir. Los gastos sanitarios o de hospitalización siempre tienen un precio cierto, así como las rentas antes mencionadas, por lo que no suponen mayor problema. La verdadera dificultad, surge a la hora de cuantificar disminuciones psíquicas y físicas o lesiones de las cuales el perjudicado no se va a poder recuperar y, además, modifican negativamente la capacidad para desempeñar su trabajo e, incluso, para valerse por uno mismo.⁴⁵

Ante tales supuestos, se suele acudir a las tablas que establece la normativa sectorial referente a los accidentes de tráfico y laborales. Los órganos judiciales suelen dar el visto bueno a la aplicación de éstas tablas, concretamente a los baremos que integran los anexos de la LRJAP, siempre y cuando sean utilizados orientativamente y no de forma vinculante, y admitiéndose en todo caso prueba en contrario a la Administración.

Esto sería lo relativo a los daños corporales o físicos. Ahora, pasaremos a los que resultan ser los más complejos de valoración, los daños morales.

⁴⁵ MESEGUER YEBRA, Joaquín. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: indemnización y plazo de prescripción*. Editorial Bosch, biblioteca básica de práctica procesal, serie administrativa. 2006.

3.1.3. El “*pretium doloris*”: los daños morales

Estos daños no siempre han sido admitidos. La primera regulación en la que se encontraba la evaluabilidad económica como uno de los caracteres del daño, se ha podido encontrar en la Ley de Expropiación Forzosa, y siempre para un ámbito muy delimitado expresado en dicha ley, en el cual no encajaban los daños morales. Éste ámbito, fue ampliado posteriormente por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y dicho nuevo ámbito fue trasladado definitivamente a la Ley 30/92, la LRJAP, expresando en su artículo 139.1 que cabe hablar de indemnización de “toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos”, expresión que sí que incluye a los daños morales como susceptibles de indemnización.⁴⁶

Este daño, el moral, aparte de admitirse con carácter general como generador de indemnización, resulta ser el motivo de muchas de las reclamaciones que hoy en día se presentan para que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración. Y es que esto no siempre ha sido así, dado que inicialmente para aquellas reclamaciones basadas en la Ley de Expropiación Forzosa, dicho daño moral no podía indemnizarse, dado que no se trataba de la indemnización de bienes o derechos expropiables, como reiteran las sentencias del TS de 11 de abril de 1972 y de 12 de marzo de 1975.

Por lo tanto, cabe decir que la jurisprudencia se ha resistido hasta hace bien poco a admitirlos como causantes de indemnización. Por esto, fue de especial resonancia la sentencia citada anteriormente del TS de 12 de marzo de 1975, la que resuelve el famoso caso de “los novios de Granada”. Un interno de un centro psiquiátrico de la ciudad de Granada, se arrojó por una ventana del centro, y cayó sobre una pareja que paseaba por la calzada, propiciándole la muerte al novio. El caso es que, aun diciendo la sentencia que “prescindiendo de toda estimación en orden a la valoración del daño puramente moral”, dado que “las lágrimas no tienen precio”, se le concedió una indemnización a la novia y a los padres del fallecido.

A partir de aquí, en sentencias posteriores, la jurisprudencia ya admitió claramente los daños de carácter moral dentro de los indemnizables. Así, por ejemplo, apenas dos años después de la famosa sentencia de los “novios de Granada”, en otra sentencia del TS de 27 de septiembre de 1977, cuya razón de ser fue el desprendimiento de un árbol sobre un coche que propició el fallecimiento de algunos de los integrantes del coche, así como la

⁴⁶ GUERRERO ZAPLANA, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*. Lex Nova, 5ª edición.

pérdida por una mujer embarazada del feto, el TS admitió y valoró ésta última como daño de carácter moral.⁴⁷

En conclusión, actualmente las reclamaciones que versan sobre la indemnización de daños morales son cada vez más numerosas, y aparte de las clásicas reclamaciones referentes a la defectuosa asistencia sanitaria, surgen otras reclamaciones “por los daños morales originados en el retraso por la Administración en homologar un título académico o por los daños morales derivados del defectuoso funcionamiento de las oficinas del INEM que provocaron que no pudiera obtener un empleo, etcétera”.⁴⁸

Ejemplos de esta circunstancia, pueden ser los siguientes:

- La sentencia de la sala 3.^a del TS de 16 de marzo de 2002.⁴⁹ Esta sentencia se dicta a causa de que un joven sufre un accidente durante la clase de educación física, por el que acaba recibiendo, primeramente, una indemnización por los gastos médicos y la cuota de su club, y, finalmente, recibe otra en concepto de daño moral, ya que la prueba por parte del perjudicado del hecho que generó el daño, resultó suficiente para acreditarlo.
- Otra sentencia de la misma sala, del 20 de marzo de 2002.⁵⁰ Un hombre dedicado al ejército, sufre un accidente mientras prestaba servicio militar. Finalmente, fue indemnizado con una prestación extraordinaria, a la cual el TS añadió, en atención a todas las circunstancias consecuencia de la lesión, tales como el sufrimiento que padeció y padece, todas las intervenciones quirúrgicas a las que se ha tenido que ver sometido, e incluso la rehabilitación que ha tenido que venir realizando, una indemnización por los daños morales sufridos de acuerdo a todas estas circunstancias.
- Sin embargo, esta misma sala también ha denegado conceder la indemnización a administrados que, realmente sufrieron daños morales, pero con la nota de que estos daños no cumplen todos los requisitos para considerarse lesión, es decir, para ser indemnizables. Tal es el caso de la sentencia de 23 de julio de 2002⁵¹, la cual tiene su origen en una reclamación de responsabilidad presentada por el supuesto perjudicado como consecuencia de la anulación de una sanción administrativa que lo separó de la Guardia Civil. Tal reclamante, sostiene que dicha sanción supuso un daño total a su prestigio, lo cual se deriva

⁴⁷ FERNANDEZ FARRERES, Germán. *Sistema de Derecho Administrativo II*. Civitas, Thomson Reuters, 2ª edición.

⁴⁸ GUERRERO ZAPLANA, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*. Lex Nova, 5ª edición.

⁴⁹ Rec.: 2085/2001. Ponente: Peces Morate, Jesús Ernesto.

⁵⁰ Rec.: 3148/2001. Ponente: Lecumberri Marti, Enrique.

⁵¹ Rec.: 5412/1998. Ponente: González Navarro, Francisco.

en daños morales. Y el tribunal acepta tal circunstancia, pero deniega la indemnización, por el simple hecho de que el daño mencionado solo de actos que determinaron una condena penal, la cual está fuera de la conducta de la Administración.

Aparte, es práctica habitual que las reclamaciones que pretenden dicho fin, contengan reclamaciones por daños ya no morales, sino más bien no justificables, es decir, daños cuyo importe no se puede cuantificar, y que finalmente son reclamadas como daños morales.

Por lo tanto, de lo que se trata no es de indemnizar el descenso, ausencia o demérito de ganancias de elementos patrimoniales que hayan sufrido una lesión, sino de intentar realizar una compensación por el sufrimiento o dolor que algunos actos de la Administración generan sobre sus administrados. Así se desprende de la sentencia del TS de 29 de diciembre de 1998, cuando dice que "... el daño moral afecta a intereses espirituales del ser humano que son atacados; puede ser directo o, más frecuentemente indirecto, que es el sufrido a consecuencia de un daño personal: el atentado a la integridad física no solo produce daños directamente, sino también un indudable daño moral, el pretium doloris que debe ser resarcido...", de aquí que su evaluabilidad resulte totalmente dificultosa, y es por esto por lo que la sentencia concluye diciendo "... y no cabe mantener que la indemnización no puede saciar los sentimientos del dolor (lo que es cierto) por lo que no cabe indemnizar (lo que no es cierto), sino que la indemnización valora económicamente y sin duda parcialmente este daño moral, es el llamado en la doctrina alemana el "dinero del dolor" (Echmerzengeld)".⁵²

Por ejemplo, en relación a la pérdida de un ser querido, es decir, a la pérdida afectiva y espiritual, consecuencia de una actuación de la Administración, López Jacoiste afirma que "el sentido de las indemnizaciones cuando se han ocasionado este tipo de daños descansa en la dimensión relacional de la persona, en lo que para los allegados y próximos era y suponía el fallecido".⁵³

En esta misma línea, resulta natural entender que los sentimientos de angustia, alteración psíquica y el posible trastorno emocional que sufre una madre por la pérdida de un hijo, deben encuadrarse dentro de los daños morales.

Sin embargo, reiterada jurisprudencia también deja muy claro que ese daño moral, ha de ser de cierta índole. Así, por ejemplo, la sentencia dictada por la sección sexta del TS de 30 de

⁵² GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria*. La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2011.

⁵³ MESEGUER YEBRA, Joaquín. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: indemnización y plazo de prescripción*. Editorial Bosch, biblioteca básica de práctica procesal, serie administrativa. 2006.

junio de 2006,⁵⁴ enuncia que esa misma sala en repetidas ocasiones ha concluido que “el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave”.

Dicho todo esto, y en cualquier caso, estos daños morales, aun aceptándose su condición de evaluables económicamente, han de someterse a una valoración, la cual ha de ser prudente, conjunta y racional. Además, en dicha valoración se deben tener en cuenta todos y cada uno de los elementos de cuantificación susceptibles de aportarse por el administrado reclamante, teniendo en cuenta la necesidad de que tal valoración sea realizada con mesura y cautela ya que, debido a la complejidad que aquélla conlleva, puede dar pie a los lesionados a imputar a los daños morales las sumas dinerarias que no pueden ser probadas como daños materiales, dado que exigen mayor exigencia en su prueba y cuantificación.

Como consecuencia de la complejidad que la valoración económica de los daños morales acarrea, se hace imperativa la necesidad de que en las sentencias cuyo objeto consista en esas reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración, se pormenore y detalle el razonamiento lógico seguido para llegar a la fijación de la cuantía finalmente establecida. Así, la sentencia del TS de su Sala 3ª de 17 de enero de 2006,⁵⁵ refleja esa necesidad de una explicación suficiente por la sentencia en cuestión sobre la fijación de la cuantía en concepto indemnizatorio, diciendo que “se indican los criterios jurisprudenciales a tener en cuenta para efectuar la valoración del daño y cuantificación de la reparación, para pasar a examinar la valoración realizada por la parte, señalando los conceptos que no entiende indemnizables y la razón de ello, así como la distinta valoración de los conceptos que considera deben ser objeto de reparación”. Por lo tanto, según el TS, el órgano en cuestión que resuelva la reclamación, lo primero que ha de hacer a la hora de cuantificar cierto daño moral, es indicar jurisprudencia relevante para el caso en cuestión, señalando específicamente los criterios que utilizaron para la valoración y cuantificación, y una vez señalados estos, se indicará la valoración realizada por la parte reclamante, “... terminando por fijar la correspondiente indemnización”.

Por último, simplemente enunciar que la lesión o el perjuicio en ciertos derechos de la personalidad, como es el derecho al honor, acaba redirigiéndose a un daño moral, por la intromisión ilegítima en su ámbito personal, (como afirma el artículo 9 de la LO 1/1982 de

⁵⁴ Rec.: 217/2005. Ponente: Lecumberri Martí, Enrique.

⁵⁵ Rec.: 8425/1999. Ponente: Herrero Pina, Octavio Juan.

Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen).

3.1.4. Los daños morales en el ámbito sanitario

En este campo, los daños morales adquieren mucha más importancia que en el resto de ámbitos a los que puede llegar una actuación de la Administración.

El motivo es simple, consiste en que los bienes que entran en juego en estos casos, son nada más y nada menos que la salud, la integridad física y la vida, y esto desemboca en la conclusión de que existe daño moral en la mayoría de los supuestos en que hay lesión. Sin embargo, en repetidas ocasiones, tal daño moral se ha compensado diluyéndolo en otro concepto patrimonial.⁵⁶

En este tipo de daños, el contenido es amplísimo, pudiendo consistir “en el dolor por la pérdida de un ser querido, el sufrimiento físico y el quebranto físico por la disminución de las condiciones o aptitudes físicas – salud, estética, sexualidad, aptitud para el deporte, etc.-, y también por las repercusiones que la lesión pueda tener para el futuro profesional de quien la sufre y para su propio desenvolvimiento en la vida”.

Como ejemplo, cabe mencionar la sentencia del TS de 10 de mayo de 2007,⁵⁷ la cual versa sobre un recién nacido con malformaciones, surgiendo la responsabilidad como consecuencia de un diagnóstico prenatal erróneo, el cual decía que se trataba de un feto normal, sin malformación alguna, por lo que la embarazada no tuvo ningún tipo de duda, ni de opción realmente, en lo referido a plantearse la interrupción voluntaria de su embarazo.

Pero sin duda, lo que produce mayores dificultades, es la prueba de estos daños por quien alega haberlos padecido. Esto se debe a que estamos ante bienes jurídicos no materiales.

Y posteriormente a la prueba, surge la otra dificultad, consistente en valorar y cuantificar tal daño económicamente. Por las características de los daños morales, se deduce y concluye que no intervienen criterios objetivos, fijos y aislados en su valoración y cuantificación, lo que causa que la cifra en la que al final se traduzca el daño, independientemente y aparte de ser razonable, siempre se encontrará, aunque se trate de evitar, revestida de una nota de

⁵⁶ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria*. La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2011.

⁵⁷ Rec.: 4779/2003. Ponente: Robles Fernández, Margarita.

subjetividad. Así se enuncia en la sentencia del TS de 9 de junio de 2009,⁵⁸ que concluye afirmando la presencia de “un innegable componente subjetivo en la determinación de los daños morales, en el que entran en juego variables de todo tipo particulares, que alcanzan además a sujetos diferentes de los implicados originariamente en la relación causal y traducción económica”.

Es por esto que, en el momento de valorar el daño, la jurisprudencia ha terminado eligiendo una valoración de carácter global, que derive de, como dice la autora Lourdes Yolanda Montañés Castillo, una “apreciación racional aunque no matemática”. Esto, en definitiva, es consecuencia de la inexistencia de parámetros o pautas objetivas.

Por lo tanto, lo que se llevará a cabo es una ponderación de todas y cada una de las circunstancias presentes en el caso del que se trate, por ejemplo que la lesión producida sea irreversible, la mayor o menor edad de la víctima, la existencia de hijos menores de edad, la posible dependencia económica de la víctima, etcétera.

Teniendo en cuenta todo esto, hay que sumar a la indemnización total todos y cada uno de los perjuicios y menoscabos causados con independencia de la índole que tengan, y aun con la complejidad que conlleva la cuantificación en una cantidad económica de todas las circunstancias ya mencionadas.

3.1.5. El principio de reparación integral del daño

A este principio responde la obligación de indemnizar de la Administración, como se deduce de los artículos 106.2 de la CE y 139.1 de la LRJAP.⁵⁹

Conforme a esto, este principio es el fundamento de toda la actividad de reparación de la Administración, cuando esa actividad está encaminada a compensar los daños ocasionados por su propia actuación.⁶⁰

Por lo tanto, la intención de esa actividad de reparación, es reponer la situación actual (tras cometerse el daño) a su estado originario (cuando no se había cometido), con todo lo que esto supone.

Conforme a esto, la sentencia del TS de 17 de enero de 2006 ya citada, acaba afirmando que la responsabilidad patrimonial de la Administración acarrea la reparación integral de los

⁵⁸ Rec.: 1822/2005. Ponente: Herrero Pina, Octavio Juan.

⁵⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Segunda edición, 2009.

⁶⁰ MESEGUER YEBRA, Joaquín. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: indemnización y plazo de prescripción*. Editorial Bosch, biblioteca básica de práctica procesal, serie administrativa. 2006.

daños y perjuicios provocados por ella. Y en esta línea es en la que se coloca reiterada jurisprudencia, como la sentencia del TS de 17 de abril de 1998, cuando concluyó que “a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración se persigue la consecuencia de una situación de indemnidad o reparación integral por aquel que ha sufrido una lesión antijurídica como consecuencia del normal o anormal funcionamiento de un servicio público”.⁶¹

Consecuentemente, para saber si se cumple en cada caso este principio de reparación integral, lo determinante es fijar si el patrimonio del supuesto lesionado ha quedado inalterado, como si aparentemente no se hubiese dado ningún tipo de daño, sólo en este caso se concluirá que la reparación llevada a cabo por la Administración ha sido íntegra, efectiva y real.

De todo esto se desprende que tal reparación debe afectar a la totalidad de daños alegados y probados por el lesionado, no sólo a los intereses económicos directamente evaluables o posibles, como son, según el artículo 1106 del CC, el daño emergente, y también el lucro cesante, sino comprendiendo además otro tipo de daños, que con carácter general se vienen identificando como el *pretium doloris*, comprendiendo éste, como ya se ha dicho, los daños o sufrimientos físicos y psíquicos, así como los morales. Y de esa intención de reparación integral, es de donde nace la increíble dificultad de llevarlo a cabo, y más aún cuando se trata de esos daños que tienen un carácter inmaterial o moral.

Por lo tanto, conforme a este principio, no se puede admitir la reparación que exclusivamente tenga en cuenta el valor del bien afectado. Es necesario, además, suponiendo el caso de un daño sobre un bien material, tener en cuenta el momento en el que se pagó, el valor adquisitivo de dicho bien, el de afección, y la posible depreciación. Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, e indemnizando en consecuencia, sí que estaríamos ante una reparación integral del daño, mientras que si sólo se tiene en cuenta el valor del bien, estaríamos ante una indemnización por el valor nominal.

Llegado el momento de valorar, la jurisprudencia ha decidido que se ha de valorar globalmente, valoración ésta que ha de provenir, como ya se ha dicho, de “una apreciación racional aunque no matemática pues se carece de parámetros o módulos objetivos”.

Por lo tanto, lo que la jurisprudencia sostiene, es que lo que debe someterse a ponderación son la totalidad de circunstancias que concurran en el supuesto en cuestión, así como todos

⁶¹ GUERRERO ZAPLANA, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*. Lex Nova, 5ª edición.

los perjuicios causados, cualquiera que sea su índole, a pesar de “las dificultades que comporte la conversión de circunstancias complejas y subjetivas”⁶² en una cantidad económica, como ya se explicó antes.

Todos estos criterios para establecer la cantidad a indemnizar, han sido redactados conjuntamente en la sentencia del TS de 14 de noviembre de 2005,⁶³ y señala los siguientes apartados a modo de resumen de la doctrina emanada de la Sala 3ª del órgano mencionado:

- La doctrina, ha acabado afirmando la proclamación del “principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados”.

- Que la valoración total, es decir, determinar el quantum a indemnizar, es una decisión que compete exclusivamente a los tribunales de instancia y que, por tanto, si se presenta un recurso de casación contra la decisión de estos órganos, el tribunal que resuelva en casación debe respetar tal valoración, a no ser que pruebe su irracionalidad, la comisión de algún error por parte del órgano de instancia, o la infracción de alguna norma cuya regulación consista en valorar los medios de prueba.

- En cuanto al resarcimiento del daño moral, la sentencia que hace este compendio de criterios, afirma que “la fijación de la cuantía de la indemnización por los perjuicios morales sufridos, dado su componente subjetivo, queda reservada al prudente arbitrio del tribunal de instancia, sin que sea revisable en casación siempre que éste haya observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación”. Esta afirmación, se debe a que, como ha dicho reiterada jurisprudencia, el fin último del recurso de casación es examinar tanto la interpretación como la aplicación de jurisprudencia y normas llevada a cabo por el tribunal de instancia que se encargó del asunto. Conforme a esto, la sentencia del TS de 22 de octubre de 2001⁶⁴ concluyó que “aunque el tribunal de casación tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral, no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado el tribunal sentenciador si éste ha respetado ese único requisito controlable en casación, que es la razonabilidad y la ponderación de la indemnización”.

Teniendo esto claro, hay que reseñar que el resarcimiento de que podrá disponer el perjudicado, basándonos en el principio de reparación integral, ha conseguido que la jurisprudencia contencioso administrativa incluya dentro de esa reparación el daño emergente y el lucro cesante resultantes del artículo 1106 del CC. Conforme a esto, la

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988.

⁶³ Rec.: 3787/2002.

⁶⁴ Rec.: 5096/1997. Ponente: Peces Morate, Jesús Ernesto.

doctrina que ha ido emanando de la jurisprudencia puede unificarse en los principios siguientes:⁶⁵

- Que las “meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes”, serán excluidas de la valoración del daño, dado que las ganancias meramente posibles no son y nunca pueden ser computables.
- Del mismo modo se excluyen los dos conceptos nacidos del artículo 1106 del CC, para los casos en que sean causantes de un enriquecimiento injusto.
- Referente a esos dos conceptos, tanto el daño emergente como el lucro cesante, precisan ser probados rigurosamente, con una especial atención y prudencia en lo que al lucro cesante se refiere.
- Algunas veces es admitido por la jurisprudencia, a la hora de realizar la valoración, la aplicación del principio de equidad. Un caso repetido es el consistente en la no celebración de una exposición de pintura, donde, aparte de tomar en consideración y valorar tanto la frustración del artista porque su obra no se ha dado a conocer como los gastos realizados en el montaje de la exposición, también se valoró el “desmerecimiento ante la opinión pública”.
- En ciertos supuestos, se ha utilizado el método estadístico para llevar a cabo la valoración del daño. Ejemplo de esto son varias sentencias del TS que valoraron los daños producidos por la anulación de una Orden Ministerial, que hizo inferior el posible ámbito de ganancias de las empresas farmacéuticas.

Por otro lado, especialmente para las reclamaciones en el ámbito sanitario, es imprescindible, llegado el momento de fijación de las cantidades y modalidades de la indemnización, tener en cuenta el artículo 141.4 de la LRJAP, cuando enuncia que “la indemnización podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

Este apartado, supone una salvedad al principio de indemnización en cantidad pecuniaria, y su objetivo es evitar las compensaciones de daños en dinero que ocasionalmente resultan ser de cuantificar.

Concretamente, respecto a la opción de indemnizar en pagos periódicos, ha sido utilizada ocasionalmente por la Audiencia Nacional para supuestos donde los administrados han

⁶⁵ GUERRERO ZAPLANA, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*. Lex Nova, 5ª edición.

resultado quedar tetraplégicos o en coma vigil, y cuyas expectativas de vida hacen no recomendable la fijación de una cantidad al alza, porque esto no respondería al principio de reparación integral o de indemnidad, dado que la cantidad que resulte correcta, siempre estará condicionada por el lapso de tiempo en que la persona dañada siga con vida, circunstancia que no se conoce inicialmente en esos casos.

3.1.6. Momento de la valoración del perjuicio

El principio de reparación integral implica que la cantidad indemnizatoria sea fijada de tal manera que se pueda actualizar, y así garantizar que el importe va a ser adecuado y correcto, independientemente del momento en que se dicte la sentencia indemnizatoria.

Así, el artículo 141.3 de la LRJAP afirma que “la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada”.

Conforme a esto, la reiterada jurisprudencia del TS viene afirmando que es imprescindible para hacer efectivo el principio de reparación integral, la actualización de las indemnizaciones. Esto es corroborado por la sentencia del TS de 21 de abril de 1998,⁶⁶ al decir que “esta sala viene considerando como uno de los instrumentos adecuados para hacer efectivo el principio de indemnidad (...) la consideración de la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño”.

Aparte de los parámetros a utilizar para llevar a cabo la actualización, es decir, los establecidos por el artículo 141.3 de la LRJAP, van a ser utilizados también los establecidos por la jurisprudencia. Esto se desprende de lo enunciado por la sentencia del TS de 16 de septiembre de 1997, cuando dice que “la jurisprudencia de esta Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha declarado (...) que la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración debe cubrir todos los daños y perjuicios (...), lo que no se lograría si el retraso en el cumplimiento de tal obligación no se compensase, bien con la aplicación de un coeficiente actualizador bien con el pago de intereses por demora”. Por lo tanto, todo retraso por parte de la Administración en el pago de las indemnizaciones compensatorias de las lesiones producidas por aquella, debe resultar compensado. “Sea con uno u otro significado, la Administración demandada debe pagar

⁶⁶ Rec.: 7223/1993. Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio.

el interés legal de las cantidades exigibles como principal desde que éstas le fueron reclamadas por la perjudicada hasta la notificación de la sentencia, (...), sin perjuicio de los intereses legales que, a su vez, puedan devengarse hasta el completo pago”.

3.2. La individualización del daño

3.2.1. Concepto y caracteres

El artículo 139.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, enuncia que “el daño habrá de ser individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Este, probablemente, sea el requisito que más dificultades puede llegar a suscitar. Cuando quien sufre el daño es una persona perfectamente individualizada, no hay ningún tipo de dificultad, se sabe fehacientemente quien debe ser indemnizado. Sin embargo, si nos colocamos en el extremo opuesto, no es factible indemnizar a todas las personas que formen una colectividad amplia a la que se le cause un daño por una única decisión administrativa, como puede ser la medida de cortar el tráfico por motivo de las fiestas municipales. Esto es porque tal indemnización sería totalmente desorbitada e ilógica.⁶⁷

Por lo tanto, en los casos en los que el daño no se produce sobre una persona individualizada y se convierte en lo que se llama una “carga general no indemnizable”, el legislador ha concluido que se tratará de una cuestión de graduación, que funcionará de la siguiente manera:

Por un lado, no va a limitar las indemnizaciones exclusivamente a los actos dañosos realizados sobre personas individualizadas, sino que la referencia que hace la Ley antes mencionada a “un grupo de personas”, permite ampliar esta indemnización a los casos de pluralidad de sujetos determinados inicialmente, y también incluso a colectivos no demasiado amplios, y en éstos casos será donde entre en juego el sistema de graduación antes mencionado.

Y, por otro lado, excluye la indemnización respecto de aquellos hechos dañosos que afecten a colectivos cuya determinación sea excesivamente compleja, o que el elevado número de sujetos dañados haga que el pago de la indemnización sea inviable económicamente. A estos casos, a estos actos de la administración, no se les considera daños, sino que son lo que se conoce como cargas comunes.

⁶⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Segunda edición, 2009.

Por lo tanto, ha de afirmarse que la base de la antijuridicidad es el “principio de igualdad para soportar las cargas públicas”.⁶⁸ Según éste, sólo serán generadoras de responsabilidad para la Administración y, por tanto, dignas de indemnización, las lesiones que afecten exclusivamente a una persona o grupo determinado de ellas unidas por alguna relación, similar a una fundación, asociación, etcétera. Esto quiere decir que la individualización tiene una muy estrecha relación con la antijuridicidad.

Para concretar qué daños son los que deberán considerarse individualizados y cuáles no, entra a jugar un importante papel la jurisprudencia, concretamente mediante los criterios que va forjando de modo empírico.

3.2.2. La individualización en el ámbito sanitario

Por lo tanto, la idea de lesión, de daño, va ligada a la de sacrificio especial en comparación con otros administrados que sí que disfrutaban de cierto servicio.

Ejemplo muy claro en el campo médico, son los daños derivados de las listas de espera, que, por lo general, no resultan ser indemnizables por tres razones: porque los medios de la Administración sanitaria, al fin y al cabo, son limitados; porque por lo general resultan ser inevitables; y porque analizándolo, no deja de ser una carga general, es decir, que es algo que debe soportar todo administrado. Sin embargo, esta regla general no será de aplicación para los supuestos de gestión deficiente de tales listas de espera; una duración desmesurada y desorbitada de esa espera; y la comisión de un error a la hora de clasificar prioritariamente a los enfermos en función de la gravedad de su lesión. Referente a esta materia, es de gran relevancia la sentencia de la AN de 31 de mayo de 2000,⁶⁹ dado que clasifica y distingue entre qué son cargas comunes en lo referido a las listas de espera en un centro sanitario público y que, por tanto, hay que soportar, y qué daños no lo son y, consecuentemente, son generadores de responsabilidad para la Administración. Pues bien, la sentencia es consecuencia de la reclamación que realizan los familiares de un hombre que fallece cuando se encontraba en lista de espera para ser intervenido quirúrgicamente.⁷⁰

El hombre, acudió a urgencias, y resultó ser ingresado durante 20 días por una lesión en la válvula aórtica. Posteriormente, vuelve a ser ingresado durante dos días, y se le remite a

⁶⁸ GUERRERO ZAPLANA, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*. Lex Nova, 5ª edición.

⁶⁹ Rec.: 1/1998. Ponente: Requero Ibáñez, José Luis.

⁷⁰ GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria*. La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2011.

otro centro para ser sometido a una intervención quirúrgica, que al no calificarse de urgente, propicia su inclusión en lista de espera.

Fue llamado a los dos meses para que se le efectuase la operación, pero el hombre había fallecido hacía ya una semana, por insuficiencia cardiaca con doble lesión aórtica.

La Audiencia, comienza enunciando “que para la prestación del servicio sanitario la Administración tiene un deber de puesta de medios, pero dispone de unos medios materiales y humanos limitados, medios que gestiona y con los que tiene que atender, en función de la organización sanitaria, a cierto número de beneficiarios”.

Por éstos motivos, el órgano continua mostrando las diferencias entre aquellos perjuicios que los administrados tienen el deber jurídico de soportar, de aquellos otros que no lo son y, por tanto, han de ser reparados mediante indemnización.

Clasifica como jurídicos, aquellos referidos a las molestias producidas por la mayor o menor duración de la espera, y por las precauciones y prevenciones que se han de tener hasta que llegue la hora de la operación. Por el contrario, afirma que serán antijurídicos cuando el perjuicio sea provocado por la mala gestión o irracionalidad de la lista de espera, o bien que esa espera sea excesivamente larga, o que mientras se está en ese estado de espera, se produzcan en la salud del paciente deterioros o empeoramientos que desencadenen la ineficacia o menor eficacia de la intervención que se iba a practicar, o produzcan secuelas irreversibles.

Finalmente, el tribunal llega a la conclusión de que no se da ninguna de las dos primeras, es decir, concluye que el enfermo está bien clasificado, que la lista está correctamente gestionada, y que la duración de la espera no es muy excesiva. Pero, concluye afirmando la existencia de un daño antijurídico, un daño que no es una carga común, y este consiste en que “si bien es asumible que haya lista de espera por las propias carencias o limitaciones del sistema de salud, la juridicidad de la espera no implica la soportabilidad de daños irreparables”.

Este daño irreparable, no es la consecuencia de una fuerza mayor ajena a la prestación del servicio sanitario. El fallecimiento es la consecuencia de un padecimiento cardiaco de gran relevancia, que la Administración sanitaria calificó de preferente y no de urgente, transcurriendo así dos meses desde que se detectó la enfermedad hasta el día en que se iba a realizar la operación, muriendo el enfermo en ese lapso de tiempo totalmente vinculado y relacionado con el servicio sanitario público.

Hay gran variedad de casos de daños en el campo sanitario, muy diversos supuestos de distinta índole, por lo que resulta sustancial la determinación de cuáles son las secuelas o consecuencias que se pueden calificar como típicas y normales de una concreta intervención o de un determinado tratamiento médico, y así poder saber si el resultado puede ser calificado como normal y, por lo tanto, no indemnizable, o si por el contrario tal actuación sanitaria ha desencadenado un “sacrificio especial en un paciente concreto”.

Un ejemplo jurisprudencial donde se aplican estos criterios a la hora de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración es el siguiente: la sentencia del TS de 12 de marzo de 2002.⁷¹ Trata del caso en el que una mujer encinta, acude al hospital para salir de cuentas, y se le detectan síntomas de un posible sufrimiento fetal. Aun manifestando la madre unos intensísimos dolores, la matrona continuaba afirmando que aún no había llegado el momento de ir al paritorio.

Pasado un rato, los dolores se agudizan, y una enfermera que fue llamada por el marido de la mujer, al ver tal situación, hizo acudir a la matrona, y ésta la trasladó al paritorio donde, sin requerir la presencia de ginecólogos, atendió ella el parto, tardando en éste seis minutos.

La niña, consecuencia del poco tiempo del parto, así como del sufrimiento fetal, no lloró al nacer, y presentaba una hemorragia subaracnoidea y un dudoso hematoma bulbar.

Se le dio el alta a los días, y ya en casa, presentó una desfavorable evolución, llegando a presentar la pequeña “una afección neurológica muy severa, con retraso psicomotor intenso, gran espasticidad en los cuatro miembros y episodios de distonia, todo ello en relación con una afectación perinatal, con hemorragia subaracnoidea, encefalopatía y convulsiones neonatales”.

Todo esto, fue agravándose progresivamente, provocándole finalmente la muerte a la niña.

Observado todo lo relatado, lo que queda claro es que el fallecimiento de la niña tuvo lugar como consecuencia de las lesiones sufridas durante el alumbramiento.

Puede decirse, conforme a esto, y así acabo resolviendo el tribunal, que se trata de un daño que sí que es individualizable, y no de una carga común, de un riesgo normal de la vida de las personas que haya que soportarse y no merezca ser indemnizado. Esto es así, por el simple hecho de que las matronas única y exclusivamente pueden atender los partos que se califiquen como normales, y el de este supuesto en concreto no lo era por los síntomas que

⁷¹ Rec.: 3280/1997. Ponente: Mateos García, Pedro Antonio.

presentaba la madre, por lo que debió atender tal alumbramiento un ginecólogo. Por lo tanto, esta pérdida de la niña, acaba siendo un “sacrificio especial en un paciente concreto”.

4. CONCLUSIONES FINALES

4.1. Responsabilidad patrimonial de la Administración: ¿necesaria?

Una vez analizado en profundidad el daño generador de responsabilidad patrimonial para la Administración, así como sus caracteres, y su especial relevancia en el ámbito sanitario, puedo sacar las siguientes conclusiones.

Por un lado, hablaré de la responsabilidad patrimonial de la Administración en general. Para empezar, resulta evidente su necesidad, es decir, es sustancial que ésta exista y sea real, dado que no deja de ser:

Una exigencia democrática. En nuestra forma de organización social, donde como principio general los derechos de todas las personas han de ser respetados y protegidos a toda costa hasta que éstos invaden, dañan o limitan los de los demás, sería impensable que la Administración, que en última instancia no deja de ser un entramado compuesto por seres humanos, no respondiese de la comisión de ciertos daños, los cuales invaden, dañan y limitan los derechos del resto de personas.

Una exigencia constitucional. Ya no por lo contenido en el artículo 106 de la CE, sino por algo mucho más general. Un Estado regido por una Constitución que se funda en principios tales como el de igualdad, ha de contener en todo su régimen la responsabilidad patrimonial de todo su sistema de Administración, con una función claramente resarcitoria, dado que hay daños que no tienen por qué ser soportados por unas personas y por otras no, basándonos en el principio de igualdad, por lo que se hace necesaria la restitución al estado original en que se encontraban las cosas, y esto se consigue hoy por hoy mediante el resarcimiento pecuniario.

Una exigencia social. El conjunto de la ciudadanía, necesita saber que esa democracia en la que asentamos nuestra organización, y que esa igualdad que proclama el sistema constitucional, son efectivas y reales. Si hubiese indemnidad, o privilegios injustificados, como ha sido a lo largo de la historia, a favor de la Administración en cuanto a su Responsabilidad por los daños que pueda cometer, quebraría nuestro sistema organizativo.

Por todo esto, es muy importante equiparar a la Administración con los administrados, en la medida de lo posible, a la hora de tener ciertas obligaciones para con los demás.

4.2. ¿Es realmente necesaria la existencia de un sistema de responsabilidad objetiva?

Dicho todo esto, se arroja la cuestión de cómo ha de ser ese daño, y con qué circunstancias debe concurrir para que la Administración deba responder por él.

Actualmente, estamos ante un sistema de responsabilidad objetiva. Esto quiere decir, que el sistema prescinde totalmente de la culpa como elemento concurrente para la generación de responsabilidad. Esto quiere decir que lo nuclear e importante, es el patrimonio de quien ha sufrido un daño por parte de la Administración, conforme al principio de garantía patrimonial en el que se asienta este sistema.

Ahora, se plantea la cuestión de si es necesaria la responsabilidad objetiva, lo cual parece un poco contradictorio con el principio de igualdad que he enunciado antes, dado que para los administrados, lo que resulta es un sistema de responsabilidad por culpa, el cual es menos exigente en la conducta que ha de llevar a cabo quien comete el daño para quedar liberado de responsabilidad. La clave de esto, se encuentra en que si la Administración está sometida a un sistema de responsabilidad objetiva, más exigente, también es verdad que no responde de cualquier daño, sino de los daños cualificados, es decir, de las lesiones, que son más restrictivas, dado que tiene que darse en ellas una concurrencia de cuatro elementos (antijuridicidad, efectividad, evaluabilidad e individualización).

Además, puede caber esta diferencia con el sistema de responsabilidad al que están sometidos los administrados, por el simple hecho de que no parece ilógico ni desproporcionado el exigir un plus de diligencia y cuidado a la Administración. Y no parece ni ilógico ni desproporcionado, porque la Administración no es como un particular cualquiera, está compuesta por personas especializadas en la rama de que se trate, ocupan puestos que les han supuesto una concreta preparación, por lo que a mi parecer resulta lógica la existencia de ese plus de responsabilidad, esto sin contar que no hablamos de cualquier tipo de daño, sino de daños cualificados, de lesiones, que han de reunir los requisitos expresados anteriormente.

4.3. ¿Son correctas las cargas generales? ¿No pueden suponer una justificación para eludir responsabilidad?

Concretamente, en el elemento analizado en este trabajo consistente en la individualización del daño, se ha mencionado éste término, el de “cargas generales no indemnizables”.

Estas, suponen la comisión de un daño a un grupo generalizado de personas por la Administración, es decir, un sacrificio general.

En teoría, no son individualizables, por lo que no cumplen el cuarto requisito para que nos encontremos ante daños cometidos por la Administración que deban ser indemnizados.

Pero, a mi modo de ver tras leer suficiente jurisprudencia en la realización de este trabajo, y dada la complejidad de calificar a ciertos daños como cargas generales o como individualizables en cuanto a un grupo determinado de personas, se puede plantear el riesgo de que, para salvar la pérdida económica que supone el pago de una cantidad a un elevado número de personas, se den dudosas o manifiestas incorrecciones a la hora de calificar ese tipo de daños. Esto, por el simple motivo de que tales indemnizaciones suponen gastos muy notorios a la Administración.

Por lo tanto, debe haber una gran medida, cautela y diligencia a la hora de calificar estos daños, dado que hay supuestos en los que existe esta duda en cuanto a la individualización, pero no hay ninguna otra en cuanto al resto de elementos del daño indemnizable. Evidentemente, hay supuestos en los que no cabe lugar a dudas respecto de esa calificación, como puede ser el caso del corte ocasional de la circulación por las fiestas de un municipio, dado que se trata de una carga que va a ser igual para todas las personas de un municipio (principio de igualdad ante las cargas públicas), y que su supuesta indemnización sería totalmente desproporcionada.

4.4. ¿hay una sobreprotección jurisdiccional a favor de la Administración en el ámbito sanitario?

Por último, quería hacer referencia a uno de los interrogantes más suscitados respecto a la actuación de la Administración. Ante ésta actuación, los ciudadanos, pueden reclamar a la Administración una compensación por aquello que consideran les ha perjudicado o producido un daño injustificadamente. Pero se plantea aquí el primer inconveniente, dado

que, antes de poder dirigirte a un tribunal para poder plantear tu caso, primero debes agotar la vía administrativa, y en este término, es muy complicado, casi imposible, que la Administración juzgue objetivamente un supuesto perjuicio provocado por su propia actuación, por no decir imposible.

De aquí, se deriva que el primer pensamiento que se puede tener la hora de reclamar un resarcimiento a la Administración, es que, sin entrar en si se te va a resarcir finalmente o no, se va a tratar de un proceso largo y trabajoso.

Aun así, los legisladores de casi todos los países, han previsto esta posible imparcialidad, y por eso se ha dado desde hace ya mucho tiempo competencia los órganos judiciales teóricamente imparciales para conocer en última instancia sobre esos asuntos.

Por lo que, una vez agotada la vía administrativa, se puede plantear el caso de la comisión de un daño resarcible por la Administración ante los órganos judiciales.

Una vez llegados a este punto, y especialmente en materia sanitaria, he podido sacar las siguientes conclusiones.

La primera, y evidente, es que en este ámbito, no estamos ante daños materiales, menos sustanciales y trascendentes, y cuantificables con mayor facilidad, sino que nos encontramos ante daños corporales y morales, más trascendentes para los administrados, y más difíciles de cuantificar, e incluso de probar.

La segunda, es que en cualquier litigio contra la Administración, su defensor va a ser un abogado del Estado, y estos profesionales, aparte de ser gente muy bien preparada y dedicada a este tipo de casos en comparación con quien ejerce la profesión de manera más general, menos especializada porque trata casos de todas las ramas del derecho, no dejan de ser gente que forma parte de esa Administración.

Posteriormente, tampoco los jueces que juzgan y deciden sobre el futuro de estos litigios dejan de formar parte de la Administración, independientemente y dando por hecho la imparcialidad que debe caracterizarles.

Y por último, añadir que, en toda la jurisprudencia leída en este ámbito para la realización del trabajo, la mayoría de los supuestos han tenido que ser llevados hasta el TS en casación por el administrado demandante, y de todas éstas, también la mayoría de las que han acabado estimándose a favor del demandante, lo han sido sólo parcialmente.

Teniendo en cuenta todas éstas circunstancias, pueden sacarse una serie de conclusiones.

Teniendo en cuenta la posición y circunstancias ya descritas tanto del abogado defensor de la Administración demandada como del juzgador, y contando con el hecho de que no dejan de ser seres humanos, resulta excesivamente complicado pensar que se va a dar, primero, una igualdad material entre las partes en el litigio de que se trate, y segundo, una total imparcialidad y objetividad a la hora de resolver el caso. Prueba de ello, probablemente, sea la cantidad de reclamaciones que han tenido que llegar ante la última instancia de la jurisdicción española antes del TC en casación.

Con esto no quiero decir que se esté quebrantando la ley ni mucho menos, sino que se pueden suscitar dudas para los administrados acerca de si les va a compensar, o si realmente van a estar protegidos, cuando sean parte de un litigio con la Administración. Y por esto, puede haber casos donde quizás se esté dando una pequeña sobreprotección a favor de los actos de la Administración.

Como ejemplo y fundamentación a esto, me resultó realmente interesante un caso, acaecido precisamente en Valladolid, y en lo costoso que resultó para la administrada en cuestión poder ver algo de reparación en un daño cometido por la Administración sanitaria, a mi modo de ver muy grave.⁷²

Tras analizar este caso en concreto, se pueden sacar varias conclusiones. Creo que resulta evidente que casi por norma general en este tipo de daños, la Administración comienza denegando las reclamaciones de responsabilidad patrimonial casi como norma general. En este caso, solo hace falta ver a la enferma, para darse un poco de cuenta de que algo anormal ha sucedido, no es posible que por una operación corriente de oído, una enferma esté desde entonces con unos dolores insufribles de oído, vomitando, etcétera. Y esto solo fue al principio, puesto que a medida que pasaban las semanas, se acrecentaban los padecimientos. No me parece ético, moral, ni legal, que una mujer tenga que estar más de tres años sufriendo injustificadamente, por un caso claro de actuación contraria a la *lex artis* de los profesionales sanitarios de la Administración. Es aquí donde planteo la cuestión de si realmente existe una sobreprotección de las actuaciones administrativas. Y es que no solo no se le diagnóstico algo concreto ni se le dio ningún tratamiento, sino que primeramente se le denegó el acudir a la sanidad privada, y posteriormente, se pusieron en duda sus dolencias, justificándolas en algún tipo de trastorno psiquiátrico.

⁷² Sentencia del TSJ de Castilla y León núm. 2173/2015 de 30 de septiembre de 2015.

Tuvieron que pasar cuatro largos años hasta que se dictó una sentencia de condena a la Administración, y durante esos cuatro años la enferma llegó a creer que eran dolores que en realidad no existían, sino que eran producto de su cabeza. Durante esos cuatro años, perdió muchísimo peso, llegándosele a diagnosticar desnutrición, y cayó en una depresión.

Me parece un supuesto muy trascendente, dado que la gravedad de la enfermedad padecida por la administrada como consecuencia de una actuación administrativa es elevadísima, y esto se plasma en el modo de vida que tiene que llevar ahora, donde, ya con dolores de oído que pueden ser más o menos tratados, tiene que vivir en una casa especial, con un aislamiento concreto, dado que la exposición a cualquier tipo de onda electromagnética (las que produce un móvil, por ejemplo), hacen que su estado empeore notablemente. Y la cantidad de trabas y dificultades que se le suscitó primero la Administración, y posteriormente los Tribunales, como se desprende de la sentencia, para conseguir una indemnización que en mi opinión difícilmente repara todo lo sufrido, hacen plantearse esta cuestión de si quizás hay una sobreprotección cuando se trata de daños cometidos por la Administración.

En conclusión, es posible que se necesite, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, un poco más de objetividad y agilidad a la hora de valorar y resolver todo tipo de reclamaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍN REBOLLO, LUIS. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*.
- GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESÚS. *La responsabilidad jurídico-sanitaria*. La ley, grupo Wolters Kluwer, 2011.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Segunda edición, 2009.
- FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. *Sistema de Derecho Administrativo II*. Civitas, Thomson Reuters, segunda edición.
- GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESÚS. *Responsabilidad Patrimonial de la Administración sanitaria*.
- GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*. Lex Nova, quinta edición.
- MESEGUER YEBRA, JOAQUÍN. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: indemnización y plazo de prescripción*. Editorial Bosch, biblioteca básica de práctica procesal, serie administrativa, 2006.

APÉNDICE LEGISLATIVO

- Constitución Española de 27 de diciembre 1978.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.
- Código Civil de 1988.