



---

**Universidad de Valladolid**

**Facultad de Derecho**  
**Máster de Acceso a la Abogacía**

**TRABAJO FIN DE MÁSTER.**  
**Negligencias Médicas: Reclamación de**  
**responsabilidad por vía penal y por vía**  
**administrativa.**

Presentado por:

**David Sordo Iribarren**

Tutelado por:

**M.<sup>a</sup> Ángeles Gallego Mañueco**

Valladolid, febrero de 2023

## **INDICE.**

<b>I. SUPUESTO DE HECHO.....</b>	<b>3</b>
<b>II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN .....</b>	<b>5</b>
<b>III. ¿QUÉ VÍAS EXISTEN PARA FORMULAR RECLAMACIÓN POR LA POSIBLE NEGLIGENCIA MÉDICA Y LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL? PENAL O CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>6</b>
3.1 CAUCES LEGALES .....	6
3.2 PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA. ....	8
3.3 PROCEDIMIENTOS NO EXCLUYENTES .....	9
<b>IV ¿QUÉ REQUISITOS HABRÁN DE DARSE PARA QUE ENTENDAMOS QUE EXISTE MALA PRAXIS? ¿EXISTE CULPA O NEGLIGENCIA EN EL COMPORTAMIENTO DEL FACULTATIVO?.....</b>	<b>11</b>
<b>V. ¿QUÉ MEDIOS DE PRUEBA HABRÁN DE PRESENTARSE? .....</b>	<b>15</b>
<b>VI. VALORACIÓN DE LOS DAÑOS .....</b>	<b>18</b>
<b>VII ¿CÓMO SE PRESENTARÍA LA RECLAMACIÓN POR VÍA PENAL? ..</b>	<b>21</b>
<b>VIII ¿CÓMO SE PRESENTARÍA LA RECLAMACIÓN POR VÍA ADMINISTRATIVA Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA? .....</b>	<b>26</b>
8.1 VÍA ADMINISTRATIVA.....	26
8.2 DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.....	29
<b>IX. CONCLUSIONES .....</b>	<b>33</b>
<b>X. JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>35</b>

## **I. SUPUESTO DE HECHO**

A solicitud de Don Francisco Romero, se procede a realizar un dictamen fundamentado normativa y jurisprudencialmente sobre las cuestiones planteadas con base a los siguientes hechos:

PRIMERO.- Don Francisco Romero, quien nunca había presentado problemas de visión ni de salud, visita a su médico de cabecera el 26 de marzo de 2022 al notar una deficiencia de visión en su ojo derecho, señalando que ve “moscas volantes” y algunas molestias, el cual le indica que presenta una ligera tensión ocular, recetándole un colirio y que en caso de no mejorar acuda a un centro hospitalario.

SEGUNDO.- Debido a que continua con las molestias decide acudir al servicio de oftalmología del hospital Rio Hortega, donde tras una exploración y medición de la tensión ocular no se detectaron anomalías graves por lo que únicamente se le recetó continuar con el uso del colirio prescrito con anterioridad.

TERCERO.- Ya el 25 de abril de 2022, Don Francisco vuelve a acudir a urgencias del Rio Hortega señalando que ha empeorado su visión y que las molestias se han intensificado padeciendo pinchazos y dolor. Tras repetirle las pruebas practicadas anteriormente se le diagnostica desprendimiento de retina en el ojo derecho, por lo que es ingresado en dicho hospital e intervenido el mismo día, enviándole a su domicilio el 30 de abril.

CUARTO.- Pese a la operación realizada con el paso de los días las molestias en el ojo derecho no cesaron, sino todo lo contrario, presentando además secreciones, pinchazos y enrojecimiento de dicho ojo, por lo que debió acudir de nuevo a urgencias el 14 de julio de 2022 cuando se diagnostica desprendimiento de retina con vítreo teniendo que ser nuevamente operado y en esta operación por descuido del facultativo durante la realización de la misma, se producen una serie de complicaciones que complican seriamente la operación.

QUINTO.- La evolución postoperatoria nuevamente no fue favorable, continuando con dolor y pérdida de la visión del ojo derecho, lo cual hace entender que ninguna de las dos operaciones ha sido fructíferas en tanto que Don Francisco ha perdido la visión total del ojo derecho, debiendo entender que en dichas operaciones no se ha procedido de manera adecuada, y que con motivo de la última operación ha perdido la visión del ojo.

SEXTO.- En fecha 18 de octubre de 2022 Don Francisco acude a nuestro despacho abrumado ante lo sucedido solicitándonos ayuda, ya que al depender completamente de la vista para trabajar no puede reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo.

## II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

En relación con los hechos anteriormente expuestos se plantean una serie de cuestiones que es necesario responder para elaborar correctamente el presente dictamen.

1. ¿Qué vías existen para formular reclamación por la posible negligencia médica y la reclamación de responsabilidad civil? (Penal o contencioso administrativa.)
2. ¿Existe negligencia? Requisitos y valoración de su intensidad
3. ¿Qué medios de prueba habrán de presentarse?
4. ¿Qué indemnización se puede solicitar?
5. ¿Cómo se tramitaría la vía penal?
6. ¿Cómo se presentaría la reclamación por vía administrativa y contencioso administrativa después de la penal si ésta se archiva o en vez de la penal?

### III. ¿QUÉ VÍAS EXISTEN PARA FORMULAR RECLAMACIÓN POR LA POSIBLE NEGLIGENCIA MÉDICA Y LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL? PENAL O CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

#### 3.1 CAUCES LEGALES

Es una pregunta que entraña cierta complejidad desde el punto de vista procesal puesto que van a ser posibles varios cauces legales para dar cabida a esta exigencia. Así, para tratar de analizar este supuesto desde distintos puntos de vista, hemos abordado el caso tanto desde la óptica de la reclamación por vía administrativa como desde la formulación de denuncia para seguir la vía penal.

Vamos a pasar a analizar las distintas posibilidades legales que existen para reclamar ante una negligencia médica con resultados dañosos, teniendo en cuenta que:

- No se pueden utilizar de manera simultánea las vías a las que hacemos referencia, si bien es cierto que el archivo penal puede abrir la posibilidad de una reclamación civil o contencioso-administrativa.

- No todas las vías son posibles en todos los casos, dependerá de la gravedad de la imprudencia y de la calidad del autor del hecho que se pueda optar por una o por otra. La denuncia o querrela se reservará para los supuestos más graves de imprudencia profesional. Por otro lado, si la actuación se realiza en el ámbito de la medicina privada la demanda será civil, y si se lleva a cabo por la sanidad pública será contencioso administrativo.

- No todo resultado insatisfactorio determina una indemnización por perjuicio causado. Hay que atender a la gravedad de la falta de diligencia profesional, al estado de la ciencia, a los posibles efectos colaterales de los tratamientos, al consentimiento informado ....

- 1.- Va a ser posible acudir a la **vía penal** en caso de que el daño haya acaecido con motivo de una actuación culposa, y que sea coincidente con alguna de las conductas tipificadas en el Código Penal (Arts. 147, 149, 150 y 152.1, 3º último párr. CP). Así, en

este caso, el perjudicado podrá plantear la correspondiente denuncia ante la jurisdicción penal, pudiendo sustanciarse también ante ésta la posible responsabilidad civil a la que se ha dado lugar, salvo que se hubiese reservado el ejercicio de la acción civil para un planteamiento posterior. En caso de dictarse una sentencia condenatoria en vía penal no se va a iniciar ninguna otra vía posterior, puesto que en ella, salvo expresa renuncia a ejercer la acción civil por el perjudicado, se declarará la responsabilidad penal y civil del autor material del hecho, el médico, y la responsabilidad subsidiaria o solidaria de la Administración y de la aseguradora de responsabilidad civil del médico o del centro médico. Solo si se archiva la vía penal se podría plantear la reclamación contencioso-administrativa o, en su caso, civil.

2.- También podemos acudir a la **vía civil** en el supuesto de que el paciente haya sufrido el daño en un centro de medicina privada. En estos supuestos será competente para conocer de la reclamación la jurisdicción civil, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985), concretamente el art 22.3 de la misma dispone que en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes *“en materia de obligaciones contractuales, cuando estas hayan nacido o deban cumplirse en España. En materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho de que derivan haya ocurrido en territorio español, o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España”*

En estos términos, el órgano jurisdiccional que conozca del asunto aplicará para su resolución la normativa legal que corresponda según la naturaleza del hecho, así podrá sustanciarse

- a través de los arts. 1101 y ss. Código civil cuando entre el facultativo y el paciente exista una relación contractual,
- de acuerdo con el art 1903 CC en caso de que el causante del daño sea dependiente de un principal (el caso del médico que trabaja en dependencia de un centro sanitario).

La diferencia entre estos dos supuestos (1903 CC y 1101 CC) está en el plazo de prescripción de la acción 1 o 5 años, respectivamente.

- y también será posible aplicar el art 148 Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios.

3.- En último término podemos acudir a la **vía administrativa** en caso de que el daño se haya ocasionado con motivo del ejercicio de la medicina pública, o en un centro hospitalario de esa naturaleza –como es nuestro caso– todo ello de conformidad con los art 32 y 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP) y 9.4 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Hemos de señalar que en este caso, como veremos a continuación, primero habrá de instarse una reclamación administrativa, y si es desestimada, se formulará la correspondiente demanda frente a la Administración y, en su caso, contra su aseguradora ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En este supuesto, en caso de llegarse a producir la condena, ya se habrá resuelto la indemnización que corresponda al perjudicado. Ello sin perjuicio de que, si en la sentencia se apreciara una grave negligencia del facultativo, los propios órganos de lo contencioso-administrativo puedan deducir testimonio para que los Juzgados de Instrucción investiguen la existencia de un posible delito.

### **3.2 PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.**

Pese a la variedad de cauces legales que acabamos de enumerar, hemos de hacer referencia al **principio de intervención mínima del derecho penal**, en tanto que el propio ordenamiento jurídico viene exigiendo la necesidad de restringir al máximo la intervención de la ley penal. Así se viene manifestando que, en caso de existir varias posibilidades para asegurar la efectiva protección de los principios y normas que imperan en la sociedad, el derecho penal habrá de ser el último cauce legal por tratar.

Esta idea va a tener una importante plasmación práctica en los supuestos de negligencias médicas, ya que como bien señala reiterada jurisprudencia, la aplicación del citado principio implica que solo aquellas negligencias más graves podrán ser castigadas penalmente. Así quedarán fuera del ámbito penal las imprudencias que tengan la consideración de leves, pero ¿Cuál es el criterio seguido para determinar el nivel de gravedad? En este sentido la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es reiterada al emplear dos parámetros:

- Previsibilidad del riesgo. La gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad de la situación de riesgo. A mayor previsibilidad mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración.
- Intensidad del deber objetivo de cuidado. La imprudencia es grave cuando existe un grado importante de descuido y la afectación de una norma o regla de actuación más o menos relevante o determinante. Será más grave o menos determinante en función de la utilidad social de la conducta desarrollada por el autor y del bien jurídico protegido. Impericia inexplicable y fuera de lo corriente

El concepto de imprudencia también aparece recogido por el Tribunal Supremo en su sentencia 1089/2009<sup>1</sup>, el cual cita lo siguiente:

“El delito imprudente aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas ”.<sup>2</sup>

### **3.3 PROCEDIMIENTOS NO EXCLUYENTES**

Hemos de reseñar una cuestión importante y que abordaremos en profundidad en la siguiente pregunta, y es que el hecho de iniciar un procedimiento no excluye la posibilidad de iniciar otro con posterioridad. Es decir, si decidimos instar un procedimiento de naturaleza penal y por cualquier circunstancia éste nos resulta archivado, podremos recabar la tutela judicial en otro orden jurisdiccional distinto.

Pero es conveniente señalar que existen una serie de peculiaridades en esta materia:

---

<sup>1</sup> STS de 27/10/ 2009 ECLI: ES:TS:2009:6867

<sup>2</sup> STS 1159/2021 de 30/04/2021 ECLI: ES:TS:2021:1159, STS 2533/2020 DE 22/07/2020 ECLI:ES:TS:2020:2533

- Es necesario tener en cuenta los plazos de prescripción de las acciones. En caso de iniciar un procedimiento penal éste va a tener el efecto de suspender la prescripción de la reclamación administrativa.
- Tampoco podemos plantear la cuestión de forma simultánea en dos procedimientos, es decir, debemos iniciar el procedimiento por alguno de los cauces.

En definitiva, los procedimientos de reclamación no pueden ser concurrentes.

#### IV ¿QUÉ REQUISITOS HABRÁN DE DARSE PARA QUE ENTENDAMOS QUE EXISTE MALA PRAXIS? ¿EXISTE CULPA O NEGLIGENCIA EN EL COMPORTAMIENTO DEL FACULTATIVO?

Hemos de abordar esta cuestión desde el punto de vista de los criterios de imputación de la responsabilidad, así como cuál será la culpa del facultativo y la diligencia que le es exigible.

En este sentido, pese a que diversas leyes que se encargan de abordar esta materia –entre ellas la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad o la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica– no se establecen cuáles han de ser los criterios sólidos<sup>3</sup>. Es doctrina consolidada que el **criterio de imputación** es la culpa del facultativo, pues la circunstancia de su causación presupone una negligencia o falta de diligencia debida en el desarrollo de la actividad desempeñada. Se opta así por una desobjetivación de la responsabilidad en tanto que el facultativo únicamente responderá en caso de que hubiera mediado algún género de culpa por su parte.

Por lo que respecta a la **diligencia que le es exigible** para poder determinar a los efectos de la imputación de la responsabilidad, hemos de acudir a la *lex artis ad hoc*, la cual va a determinar que, en caso de incumplimiento de la misma, la actuación del facultativo se perfilará como culpable y en atención a lo anterior podrá dar lugar a la correspondiente responsabilidad.

Dicha *lex artis* recoge una serie de “reglas del oficio” exigibles respecto del acto concreto en el cual se produce la intervención médica, además de las circunstancias en las que se desarrollará el hecho y las posibles incidencias en lo que supondría una actuación profesional normal. De esta manera, la *Lex Artis* comporta no solo el cumplimiento formal de técnicas, sino la aplicación de las mismas con el cuidado y

---

<sup>3</sup> A. DOMÍNGUEZ LUELMO. “Derecho sanitario y responsabilidad médica”, pág. 47 editorial Lex Nova 2007

previsión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención.

A este respecto se ha manifestado la jurisprudencia encargándose de definir la Lex Artis *“Como regla general todo acto médico practicado por facultativo o por cualquier otra persona integrada dentro del personal sanitario debe estar dirigido bien a la prevención de la salud, bien a la curación del enfermo mediante la aplicación del tratamiento médico o quirúrgico adecuado, atendidas las circunstancias específicas del caso concreto, en función del estado de la ciencia y técnicas médicas (“Lex Artis”)”*<sup>4</sup>

De tal manera se va a considerar que nos encontraremos ante un supuesto de negligencia profesional siempre que la actuación del facultativo no sea ajustada a la normativa marcada por la Lex Artis, dando así como resultado que la vulneración de la misma sea constitutiva de responsabilidad médica.

También deberemos hablar de la **imprudencia profesional**. Así, al profesional se le exige un plus de atención y cuidado en relación con las reglas de observancia y actuación de su profesión, que no se puede exigir a otra persona que no es profesional. De modo que la imprudencia profesional se puede distinguir en aquellos casos en los que se omiten conocimientos específicos que sólo conoce el profesional por su formación. Nuestra jurisprudencia tiene un concepto de imprudencia profesional, caracterizándola por la falta de observancia de las reglas de actuación de la lex artis.

En este sentido nuestro Tribunal Supremo ha elaborado una serie de requisitos para que entendamos la existencia de dicha imprudencia:

- a) Una acción y omisión voluntaria no maliciosa.
- b) Infracción del deber de cuidado.
- c) Creación de un riesgo previsible y evitable.
- d) Un resultado dañoso que tenga una relación de causalidad con la conducta descuidada.

---

<sup>4</sup> AAP Toledo 77/2011, 15 de Marzo de 2011 ECLI: ES:APTO:2011:69A.

Por lo que respecta a nuestro caso, el Tribunal Supremo<sup>5</sup>, ha sentado las bases de cuales han de ser los requisitos para que pueda exigirse la responsabilidad:

1. Que la actuación del profesional sea negligente,
2. Que se produzca un daño
3. Que exista una relación de causalidad entre ambas

En resumen, el criterio para determinar si la actuación del médico ha sido cuidadosa no es el ordinario, el de la persona media normalmente diligente, sino otro técnico, el del buen profesional del ramo, o sea, el relativo a la diligencia empleada por el buen especialista, que se deriva de su específica preparación científica y práctica siempre desde la óptica del estado actual de la ciencia

En este apartado hemos de señalar una peculiaridad y es que para poder exigir responsabilidad penal por una posible negligencia médica, es necesario que los daños se ocasionen o vengán motivados por una conducta antijurídica, es decir, que deriven de una conducta dolosa o imprudente que expresamente aparezca tipificada en el Código Penal como delito. Por tanto se están reservando para este marco aquellas conductas calificadas como más graves. Mientras que por el contrario cuando la negligencia médica se produzca en el marco de la sanidad pública, para reclamar hemos de acudir a la vía contencioso-administrativa, estando la Administración obligada a responder por los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de sus servicios. Ahora bien, esta teoría de la responsabilidad objetiva ha sido matizada por la jurisprudencia, manifestando en reiteradas ocasiones que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la administración no la puede convertir en aseguradora universal de todos los riesgos sociales<sup>6</sup>, de modo que siempre se va a exigir una actuación negligente con resultado dañoso.

Frente a todo lo que acabamos de exponer en nuestro caso podemos entender que existe una actuación negligente por parte del facultativo, en tanto que la actuación misma del profesional hemos de considerarla como culpable y que puede encajar en los elementos del tipo delictivo, es por todo ello por lo que entendemos que su actuación ha

---

<sup>5</sup> STS de 5 de julio de 1991 ECLI: ES:TS:1991:3912 y STS 4 de febrero 1992 ECLI: ES:TS:1992:739

<sup>6</sup> STS 778/2009, de 20 de noviembre de 2009, ECLI: ES:TS:2009:6873, STS 8107/2020, de 14 de marzo de 2005 ECLI: ES:TS:2005:1569

sido contraria a la Lex Artis y por ende ha de encauzarse inicialmente la reclamación a través de la vía penal y para el caso de que no se vea satisfecha nuestra pretensión punitiva instaremos el correspondiente recurso administrativo para al menos lograr que nos sea satisfecha la responsabilidad civil en tanto que le será de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos de infracción de la lex artis ad hoc. Desde un punto vista de meramente práctico también hay que tener en cuenta que mediante las diligencias previas la parte afectada puede conseguir determinados medios de prueba que, aún en el caso de archivo de la vía penal, pueden servir para fundamentar posteriores reclamaciones, tales como el informe del médico forense, el historial clínico, la identificación de las aseguradoras ...

## V. ¿QUÉ MEDIOS DE PRUEBA HABRÁN DE PRESENTARSE?

En este aspecto hemos de señalar que la carga de la prueba en este especial régimen de responsabilidad corresponde al perjudicado, en virtud del art 217 LEC, quien habrá de acreditar ya no solo el daño y el imprescindible nexo causal, sino que en los procedimientos de naturaleza puramente penal será cuestión ineludible acreditar la culpa del facultativo.

Así para tratar de esclarecer cuales han sido los hechos motivadores de la posible negligencia médica, nos valdremos de los siguientes medios de prueba que serán de aplicación tanto para la vía penal como la contencioso-administrativa

- Historial clínico del paciente.

Como bien recoge el Código de Ética y Deontología Médica, el historial clínico recoge todos los datos y actuaciones médicas relevantes acerca de la salud del paciente, con el fin de facilitar la asistencia sanitaria. Por lo que su relevancia en nuestro caso va a ser de suma importancia y deberemos solicitarlo de manera inmediata a través del juzgado desde el momento en el que apreciamos una imprudencia profesional, si se está tramitando por vía penal. En todo caso el paciente tiene derecho a acceder a este documento solicitándolo en el servicio de atención al paciente del centro hospitalario.

Éste tiene carácter de documento médico-legal adquiriendo un papel crucial, actuando como prueba material. Puede aportar indicios sobre si el médico actuó con la diligencia debida, o si, por el contrario, actuó de forma negligente. En el Código de ética y deontología médica<sup>7</sup>, se manifiesta que los actos médicos deben ser recogidos en la historia clínica, incorporando la información relevante con el fin de facilitar la asistencia sanitaria. Además, en la historia clínica se incorpora un documento de informe quirúrgico, como se explica en el artículo 9.i). del Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica, donde se recoge la información referida a

---

<sup>7</sup> Art 18 del Código de Ética y Deontología médica; “Los actos médicos quedarán registrados en la correspondiente historia clínica. El médico tiene el deber y el derecho de redactarla. La historia clínica incorporará la información que se considere relevante para el conocimiento de la salud del paciente, con el fin de facilitar la asistencia sanitaria.”

los procedimientos quirúrgicos, constando aquí la descripción de la técnica utilizada y el diagnóstico pre y postoperatorio. Entre otros documentos también se encuentran los informes de exploraciones complementarias, el consentimiento informado y el documento de anamnesis y exploración física, que el médico debe consultar antes de proceder a la intervención.

➤ Dictamen Pericial.

Es necesario analizar la actuación del médico para establecer su responsabilidad, por lo que a petición de parte, amparándonos en el Art 299.1.4.º de la LEC<sup>8</sup> solicitamos un informe pericial a un experto en la materia caracterizado por su imparcialidad, como medio de prueba.

En éste, a raíz de toda la documentación aportada y la entrevista con el paciente para la oportuna anamnesis y exploración, el especialista emite un informe planteando los problemas médico-legales causa del litigio y realiza una valoración del daño causado por la posible actuación negligente del médico.

En este aspecto hemos de tener en cuenta que mientras que en la vía contencioso administrativa el informe se presentará como una prueba pericial, incluso ya en la fase administrativa, y se emitirá por especialistas contratados por el demandante, en la vía penal se nos abre la posibilidad de presentar también este informe privado y, además, se puede solicitar que sea el propio médico forense quien emita el informe

Este informe lo emite un médico forense que se encuentra dotado de esta capacidad para realizar informes y dictámenes médico-legales, en virtud del Artículo 3.a del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Nacional de Médicos Forenses, RD 296/1986<sup>9</sup>. La finalidad es aclarar y fundamentar los hechos desde un punto de vista científico, de manera que se pruebe, la responsabilidad profesional médica. Mientras que el médico forense adscrito al Instituto de Medicina Legal y Forense, de carácter público, centrará

---

<sup>8</sup> Art. 299.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: ... Dictámenes de Peritos.”

<sup>9</sup> Art. 3.a del RD 296/1986, de 23 de Febrero, por el que se aprueba el reglamento orgánico del cuerpo de médico forenses: “Los médicos forenses tendrán a su cargo las siguientes funciones: a) La emisión de informes y dictámenes médico-legales que les sean solicitados a través de los Institutos de Medicina Legal por los Juzgados, Tribunales, Fiscalías, Oficinas del Registro Civil y otros órganos de la Administración de Justicia.”

su informe en las lesiones y secuelas, será el informe privado de parte el que estudiará con mayor detalle la causalidad.

La prueba pericial es pues de suma importancia debido a que la relación que existe entre la declaración del médico perito y las consecuencias jurídicas de los hechos, permiten al Juez tener una perspectiva técnica de los hechos.

Cuando abarquemos en la fundamentación jurídica la valoración del daño, desarrollaremos como se encarga el perito médico de la valoración y cuantificación del daño para la emisión del informe.

➤ Consentimiento informado del paciente sobre la intervención.

El médico tiene la obligación profesional de informar al paciente con un documento legal donde se explica la técnica de la operación y se informa de las posibles secuelas y complicaciones derivadas de la actuación médica , para su aceptación.

Nos encontramos ante uno de los elementos más importante dentro de la actuación médica, el consentimiento informado.

En este caso el paciente firmó el consentimiento informado para la intervención y el médico le comentó claramente como se llevaría a cabo esa intervención, además de mencionarle alguna posible complicación que podría darse.

## VI. VALORACIÓN DE LOS DAÑOS

Uno de los aspectos más importantes para poder reclamar la responsabilidad al personal sanitario es que efectivamente se produzca un daño, así la Constitución proclama el derecho de los pacientes a ser indemnizados por los daños que sufran con motivo de la asistencia sanitaria (art 106.2 CE<sup>10</sup>).

Debe entenderse éste como el perjuicio causado a la persona como consecuencia de una acción, pudiendo ser el daño material o moral, ya que en el ámbito sanitario es frecuente que la víctima sufra, aparte del perjuicio económico, un daño psicológico que afecte a la vida, integridad física, la salud, etc.

Es por ello por lo que aquí la prueba médico pericial va a ser muy importante y es una parte más del proceso judicial, en la que el médico perito mostrará al Tribunal, con la mayor exactitud posible, las consecuencias que el suceso ha tenido sobre la persona, y las limitaciones o dificultades que han resultado, y poder así el Tribunal analizar la situación, y si procede, que compense el daño correspondientemente.

La fijación de las bases para la correcta valoración del daño corresponde al perito médico, que con sus conocimientos técnicos-específicos analizará todos los elementos y requisitos médico-legales para ayudar a resolver el problema jurídico que los efectos de la lesión plantean, teniendo en cuenta para su valoración las tablas y baremos correspondientes. En su informe recoge la descripción de las lesiones, su causa y el tiempo de curación o las secuelas que existen. La finalidad del dictamen que realiza el perito consiste en valorar con criterios científicos y explicar con lenguaje entendible para el profano las consecuencias que se derivan de la lesión, como las secuelas, la incapacidad laboral, la afectación de las actividades de la vida diaria, etc., y con ello ofrecer los criterios para calcular la indemnización que puede corresponder, teniendo en cuenta los criterios y textos legales.

---

<sup>10</sup>Art. 106.2 de la CE, “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.”

Especialmente en el ámbito penal su finalidad es analizar no solo si se ha cometido una conducta negligente y si el presunto autor es responsable, si no también facilitar al Tribunal datos suficientes para fijar la posible valoración económica.

En nuestro caso partimos de un hecho lesivo que ha producido una afectación de un derecho fundamentalísimo de la persona, como es la integridad física y psíquica. No se trata única y exclusivamente de un daño corporal, sino un daño a la persona en sentido amplio tal y como contemplaba el art 1.2 del RD Legislativo 8/2004, Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor y sus sucesivas reformas, que no se refiere al daño corporal, sino al daño causado a las personas.

Para calcular los daños y la correspondiente indemnización que habrá de corresponder, deberemos acudir a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Se utiliza esta norma porque es la que ofrece una valoración legal objetiva, pero nada impide acudir a otros cálculos.

Dicho cuerpo legal establece en su disposición adicional tercera relativa al baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria, que el sistema de valoración regulado en esa misma Ley para accidentes de circulación “servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria”.

Ahora bien, pese a que no exista una normativa expresa y específica para la cuantificación de las lesiones que en esta materia se produzcan, tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran conformes con la valoración de las mismas a través de este sistema legal. Cuestión distinta será la eficacia vinculante de dicha valoración y es que dichos baremos, fuera de los supuestos de accidentes de circulación, se perfilan como meras recomendaciones sin constituir propias exigencias cuantificables.

Si analizamos la tabla norma que acabamos de mencionar deberemos acudir a la Tabla de Baremo Médico Clasificación y Valoración de Secuelas que en función del tipo de secuela se establece una horquilla con una puntuación estableciendo en la parte inferior la cuantificación de la secuela menos grave y en la parte superior la más grave,

siempre teniendo en cuenta en grado de afectación de la secuelas, gravedad, limitaciones que genera. También utilizaremos la tabla 2.A.2 para determinar que partida económica pertenece al lesionado en función de su edad y la puntuación de sus secuelas. También se deberán fijar los días que ha tardado en curar el perjudicado o se han estabilizado sus lesiones, puesto que se indemniza por días de incapacidad temporal y por secuelas.

En el caso que nos trae, el cliente sufrió un daño físico consecuencia de las lesiones, y por otro lado un daño moral. Esto es, existen unas lesiones anatómicas, pero también a la salud de la víctima, y aquí el Tribunal Supremo ha considerado que el concepto de daño evaluable para determinar la responsabilidad patrimonial de la administración incluye el daño moral<sup>11</sup>. Para ello será de suma importancia el resultado de la prueba pericial<sup>12</sup> que se solicitará, independientemente de que el juez la aprecie con entera libertad según su propio juicio crítico, pues el contenido de dicho dictamen no es vinculante, como nos recuerdan los Arts. 741 de la LECrim y 348 LEC.<sup>13</sup>

Aunque esta labor de cuantificación la podemos realizar nosotros mismos, lo más recomendable es acudir a un forense particular, el cual determinara la cantidad de manera mucho más precisa, aunque podemos vaticinar que la cuantía rondara los 70.000, pues así se han manifestado recientes sentencias de nuestra Comunidad Autónoma por un caso similar.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> STS de 3 de octubre de 2000. ECLI: ES:TS:2000:7033

<sup>12</sup> STS de 19 de Octubre de 1998 ECLI: ES:TS:1998:5993, “la pericia es un medio de prueba y también un instrumento legal para poder suplir la posible ausencia de conocimientos especializados del juzgador...”.

<sup>13</sup> Art. 348 de la LEC, “El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”

<sup>14</sup> En la sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia nº 137/2022, del 2/2/2022 la cuantía de la indemnización ascendió a 68.500€

## VII ¿CÓMO SE PRESENTARÍA LA RECLAMACIÓN POR VÍA PENAL?

Lo que pretendemos con la iniciación de la vía penal es exigir la responsabilidad al médico encargado de la operación y solicitar la indemnización que nos corresponde con motivo del perjuicio que hemos sufrido. En sentido estricto no puede considerarse una reclamación, porque no es una demanda. Pero como consecuencia de la iniciación de un procedimiento penal por negligencia médica contra un sanitario, puede conseguirse la indemnización por el perjuicio causado, incluso aunque el paciente no se haya personado en juicio.

Nos encontramos así ante un caso de negligencia médica en la cual el facultativo encargado de la intervención quirúrgica durante la realización de la misma comete ciertos actos que ocasionan que mi cliente sufra la pérdida total del ojo derecho, todo ello acompañado de los correspondientes daños morales y la incapacidad para desempeñar su trabajo. Partimos de la base de que el bien jurídico que se está protegiendo es la salud e integridad física del ser humano afectado por una acción propiamente constitutiva de un delito de lesiones expresamente recogido en el art 147.1 Código Penal. Nuestro caso concreto es el siguiente: Se ha generado un daño hacia Don Francisco que menoscaba su integridad corporal y su salud física y psíquica, todo ello motivado por una praxis inadecuada, siendo la relación de causalidad entre el daño ocasionado y la acción evidente.

Si analizamos el art 147 Código Penal, nos daremos cuenta de que para entender que se ha producido una lesión debe causarse un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental.

En este sentido la regulación que ofrece el Código Penal para este supuesto concreto aparece determinada en los artículos 149 relativo a los supuestos de imprudencia profesional y 152.2 de la misma ley.

*Art 152: El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:*

2.º *Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.*

*Art 149: El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años.*

*Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.*

*2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refiere el artículo 147.1, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses, y si se causaren las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150, será castigado con la pena de multa de tres meses a doce meses.*

*... El delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.*

Según las circunstancias en las que se han producido los hechos y la regulación ofrecida por el Código Penal que acabamos de exponer, es ineludible que la actuación del médico haya sido constitutiva del delito tipificado anteriormente, para que estos hechos sean denunciables ante la jurisdicción penal, y constituyéndose así mi deber de informar a Don Francisco de cuáles son los requisitos y los trámites legales que se han de realizar.

Antes de adentrarnos en materia es conveniente señalar que esta responsabilidad penal del facultativo conlleva a su vez una responsabilidad civil basada en la culpa,<sup>15</sup> así nuestro trabajo consistirá en probar dicha culpa, mediante los medios de prueba a los que hemos hecho alusión anteriormente.

Este procedimiento deberá comenzarse con la interposición de la denuncia por Don Francisco, (regulada en los art 259 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o por medio de querrela (de conformidad con los art 270 y ss LECrim). De igual manera

---

<sup>15</sup> Art 116.1 CP“ Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios...”

deberemos indicar los datos de identificación de nuestro cliente, así como los datos que conozcamos en relación con el denunciado, solicitando al final de la misma que se tenga por presentado este escrito y se formule denuncia contra el médico, entendiendo que se trata de un delito de lesiones. La querrela exige unos requisitos formales más amplios, pero, como indica el art. 152.2 CP únicamente se exige denuncia para perseguir estos delitos culposos. Tras la denuncia el perjudicado podrá personarse como acusación particular o dejar que el Ministerio Fiscal actúe en defensa de sus intereses.

Es necesario señalar que nuestro caso se va a sustanciar a través de un **procedimiento abreviado** cuya regulación viene ofrecida en los art 757 a 794 LECrim, disponiendo así el 757 su ámbito de aplicación, el cual nos dispone que servirá para delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza (bien sean únicas, conjuntas o alternativas) cualquiera que sea su cuantía o duración.

Adentrado en el procedimiento hemos de distinguir dos fases: de un lado la instrucción, y de otro la fase de juicio oral.

Por lo que respecta a la instrucción, una vez presentada la denuncia ante el Juzgado de Instrucción de Valladolid en atención al art 14 LECrim, y a los art 757 y 774 LECrim se acordará mediante auto el sobreseimiento y archivo si se considera que no existe infracción penal o autor conocido, o la incoación de diligencias previas para la averiguación de los hechos mediante la práctica de las diligencias de prueba oportunas. En este momento procesal el órgano judicial practicará las diligencias de investigación que resulten pertinentes y, en todo caso, el interrogatorio del investigado y la información de los derechos a los perjudicados. Este momento procesal va a ser de suma importancia pues se realizará el ofrecimiento de acciones, preguntando si quiere ser parte activa en el proceso, en nuestro caso recomendamos personarse en el proceso y así se dejará constancia en el Juzgado con la designación de procurador que le represente mediante apoderamiento apud acta y letrado que defienda sus intereses. Una vez hecha esa manifestación elaboraremos el correspondiente escrito de personación en el que solicitaremos comparecer y personarnos en el procedimiento en cuestión como acusación particular.

Una vez tomada declaración y practicadas cuantas diligencias se estimen oportunas, en aplicación del art. 779 LECrim, se dictará auto de transformación en procedimiento abreviado y se nos requerirá en el plazo de diez días para que elaboremos nuestro escrito de acusación, donde deberemos indicar además de la pretensión punitiva, la cuantía indemnizatoria que reclamamos y la proposición de prueba para el acto del juicio.

También existe la posibilidad de que, tras practicar las diligencias probatorias, se acuerde el archivo porque los hechos no son constitutivos de infracción penal o no aparece suficientemente justificada su perpetración o autoría.

Una vez dictado por el juez instructor el citado auto de transformación en procedimiento abreviado, de conformidad con el art 780 LECrim, se dará traslado de las diligencias previas a las partes personadas, es decir, al Ministerio Fiscal y a la acusación particular, para que en el plazo de 10 días formulen su escrito de acusación solicitando la apertura del juicio oral, o excepcionalmente, diligencias complementarias, debiendo indicarse en este escrito las pruebas a realizar en el acto del juicio oral. En este escrito de calificación tendrá que contenerse lo previsto en el art 650 LECrim.

Posteriormente se dará traslado a las partes acusadas y a los terceros civilmente responsables para que formulen su escrito de calificación en el mismo plazo, (art 652 LECrim) en el cual podrán realizar calificaciones alternativas. En este apartado existe una peculiaridad y es que si el abogado contrario no lo presentara en tiempo, se entenderá que se formula oponiéndose a la acusación.

Por lo que refiere a la posible adopción de medidas cautelares, su imposición debe cumplir con los requisitos de proporcionalidad, instrumentalidad y provisionalidad, además de los presupuestos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. Esta materia es objeto de estudio en los art 763 a 765 LECrim, donde se prevé que la aplicación de las mismas se adoptara en forma de pieza separada. Por lo que respecta a nuestro caso sería conveniente solicitar caución para asegurar la responsabilidad civil.

En este punto, cuando hubieran presentado los escritos ambas partes, se continuará con la fase del Juicio Oral, cuya regulación aparece en los art 680 y ss LECrim. Todos los escritos se presentan ante el Juez de Instrucción quien remitirá todas las actuaciones ante el Tribunal competente para el enjuiciamiento, así los art 14,3

LECrím y 89 bis.2 y 3 LOPJ disponen que será competente para conocer del asunto el Juzgado de lo Penal ya que nuestro caso es un delito castigado con pena privativa de libertad no superior a 5 años. Por lo general esta fase será pública, y en ella se realizará la práctica de la actividad probatoria solicitada por las partes en sus escritos de conclusiones provisionales, las cuales se sujetarán a los criterios marcados por los art 688 y ss LECrím.

Cuando se haya practicado la integridad de la prueba, según el art 732 LECrím, las partes podrán modificar las conclusiones de los escritos de calificación y presentaran un escrito de conclusiones definitivas. En ejercicio del art 734 LECrím *“Llegado el momento de informar, el Presidente concederá la palabra al Fiscal, si fuere parte en la causa, y después al defensor del acusador particular si le hubiese. En sus informes expondrán éstos los hechos que consideren probados en el juicio, su calificación legal, la participación que en ellos hayan tenido los procesados y la responsabilidad civil que hayan contraído los mismos u otras personas, así como las cosas que sean su objeto, o la cantidad en que deban ser reguladas cuando los informantes o sus representados ejerciten también la acción civil”*.

Una vez finalizadas las acusaciones y las defensas de informar, el Juez, de conformidad con el art 739 LECrím preguntara a los acusados si tienen que realizar una última alegación (lo que se conoce como derecho a la última palabra). Y una vez finalizado este trámite se declarará por concluido el acto del juicio oral y quedará visto para sentencia (art 741 y 742 LECrím).

En último término dispondremos cuales podrán ser las opciones de recurso frente a las que nos vamos a encontrar en caso de desestimación de nuestra pretensión y que así amparan los arts. 847 LECrím, 57.1 y 64 bis,1 73.3 c) LOPJ, así nos podemos encontrar con:

- Apelación, ante la Audiencia Provincial
- Casación, solo por infracción de la ley ante la Sala del Tribunal Supremo

## VIII ¿CÓMO SE PRESENTARÍA LA RECLAMACIÓN POR VÍA ADMINISTRATIVA Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA?

### 8.1 VÍA ADMINISTRATIVA.

Por lo que respecta a la reclamación en la **vía administrativa** hemos de comenzar señalando que su fundamento se encuentra en el art 106.2 CE el cual dispone 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”* .

Lo que está poniendo de manifiesto este precepto es que en el procedimiento administrativo lo que se persigue no es “castigar” sino únicamente se trata de conseguir una indemnización por los daños que se hubieran causado, ello sin perjuicio de que si en la sentencia se apreciara una grave negligencia del facultativo los propios órganos de lo contencioso-administrativo puedan deducir testimonio para que los Juzgados de Instrucción investiguen la existencia de un posible delito.

Dicho derecho aparece desarrollado en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público y 67, 81, 91, 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones.

Aquí nuestra actuación inicial debe consistir en informar a nuestro cliente de las posibilidades legales con las que hemos de operar, indicándole que será necesario comenzar la actuación legal por la vía administrativa con la presentación de una reclamación administrativa previa, porque uno de los privilegios de la Administración en nuestro ordenamiento jurídico consiste en que no nos está permitido interponer la correspondiente demanda de forma inmediata y directa, sino que será necesario que con anterioridad a la presentación de la misma se plantee una reclamación previa a la Administración correspondiente, para buscar que “repare” el daño causado, o al menos brindarle dicha oportunidad.

En este caso será necesario la presentación del correspondiente escrito el cual podemos entender que tendrá el carácter de iniciador del procedimiento de reclamación de responsabilidad a la Administración.

Ahora bien, hemos de señalar que pese a que este escrito puede ser presentado por el propio afectado sin necesidad de estar asistido por letrado, es conveniente aconsejar a nuestro cliente y redactarlo. Todo esto se debe al principio de congruencia, en virtud del cual, todo aquello que conste dentro de este primer escrito inicial determinará el contenido de la posible demanda que abra el procedimiento judicial.

Así por lo que respecta a las **solicitudes de iniciación** en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, el art 67 LPACAP ha venido manifestando que los interesados solo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. En este ámbito la ley es tajante al respecto, señalándonos que el derecho a reclamar prescribirá al año de producirse el hecho o el acto que motivo la indemnización o se manifieste su efecto lesivo, pero en caso de ser daños de carácter físico –como nuestro caso– dicho plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

De igual manera habremos de señalar que en dicha solicitud, además de los requisitos generales para todas las solicitudes y que aparecerán contenidos en el art 66 entre los que nos encontramos, hay que reseñar:

- Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente.
- Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación.
- Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud. Lugar y fecha.
- Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su correspondiente código de identificación.

Este artículo delimita cuales son los requisitos genéricos para iniciar una solicitud a instancias del administrado. El art 67 nos da indicaciones expresas para la interposición de solicitud de iniciación de procedimiento de responsabilidad patrimonial:

- Las lesiones producidas.
- La presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público.
- La evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible
- El momento en que la lesión efectivamente se produjo.

La reclamación habrá de ir acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos, así como de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante a los que haremos alusión más adelante.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que en determinados supuestos será preceptivo solicitar el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, así dichos supuestos serán:

- Cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000€
- O la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica
- Cuando así lo disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Por lo que refiere a nuestro caso particular, la lesión se ha producido en un hospital público de Valladolid, por lo que es necesario solicitar el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León, el cual bajo su normativa específica rebaja el umbral marcado por el artículo 81 LPACAP, haciendo que sea necesaria la solicitud de su dictamen para aquellos casos en los que la indemnización reclamada es superior a 6.000 €, tal y como prevé el art 4.1.i) de la Ley 1/2022, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León. Así, de conformidad con los criterios marcados para la

solicitud de la indemnización a los que hemos hecho referencia en la anterior pregunta, podemos señalar que será necesario en nuestro caso dicho informe.

Por mandato legal es necesario que el plazo para contestar dicha reclamación sea de seis meses. En caso de no recibirse contestación alguna en el citado plazo, habremos de entender dicha reclamación como desestimada por silencio administrativo. No obstante, en este caso se nos abren dos posibilidades:

- La primera es esperar que la Administración se manifiesta acerca de la reclamación, esto se debe a que pese a que se haya producido la desestimación presunta por silencio administrativo, la Administración sigue vinculada a la obligación de resolver de forma expresa y a notificar en todos los procedimientos como bien reconoce el art 21 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPACAP).
- En segundo lugar la ley únicamente establece el derecho de interponer la correspondiente reclamación, por lo que una vez que se haya producido su desestimación por silencio administrativo presunto podremos instar la vía judicial directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativo. Cuestión que abordaremos en el siguiente epígrafe.

## **8.2 DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

Una vez que hayamos obtenido la correspondiente resolución administrativa o exista silencio administrativo es el momento procesal oportuno para interponer el correspondiente anuncio de recurso contencioso administrativo, se trata de un escrito en el que se informa al órgano judicial que se presentó una reclamación patrimonial, que han transcurrido mas de seis meses desde la presentación, que no se ha resuelto la misma o que se ha denegado la pretensión, y que por ello se desea formular demanda.

Una vez se ha formalizado el anuncio de recurso, el órgano judicial reclamará de la Administración el expediente administrativo que se ha generado y dará traslado del mismo para poder formalizar la demanda en el plazo de veinte días. En este momento será fundamental contar con el dictamen pericial elaborado por un perito médico.

Por lo que respecta a la demanda propiamente dicha es necesario remarcar una serie de consideraciones:

La primera cuestión será determinar ante qué Juzgado o Tribunal habremos de acudir para plantear el correspondiente conflicto. De conformidad con lo marcado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el propio art 8.2.c) relativo a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo cuyo tenor literal es

*“Conocerán, asimismo, en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos de la Administración de las comunidades autónomas, salvo cuando procedan del respectivo Consejo de Gobierno, cuando tengan por objeto:*

*c) Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros.*

Si este artículo lo ponemos en relación el 10.1.a) que dispone que:

*“Las salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de la Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con: Los actos de las Entidades Locales y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo”.*

Nos está dando como resultado que deberá conocer del asunto La Sala de lo Contencioso Administrativo

Y por lo que refiere a la competencia territorial el art 14 LRJCA, se establece que para los supuestos de responsabilidad patrimonial administrativa, se da al demandante la opción de elegir entre el órgano judicial en cuya circunscripción tenga su domicilio, o donde se halle la sede del órgano autor del acto impugnado.

En base a los dos preceptos legales que acabamos de mencionar nos da como resultado que nuestro procedimiento habrá de sustanciarse ante la **Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid** por la cuantía que se va a reclamar.

Al tener que presentar dicha demanda frente a un órgano colegiado el art 23.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de Jurisdicción Contencioso Administrativa, nos establece la obligatoriedad de que nuestro cliente actúe asistido por Abogado y representado por Procurador

Por lo que refiere a la legitimación y capacidad procesal, hemos de diferenciar entre demandado y demandante. En nuestro caso ostentará la condición de demandante el perjudicado (nuestro cliente) quien ostentará capacidad procesal para comparecer ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo por cumplir los requisitos marcados por el art 18 LJCA. Por su parte la legitimación activa le viene reconocida en el art 19.1.a) de la misma norma.

La parte demandada es la Administración frente a la que nos dirigiremos, la cual va a tener reconocida su legitimación pasiva en el art 21 LJCA, concretamente en su letra a) donde dispone que se considera parte demanda "*Las Administraciones públicas ... contra cuya actividad se dirija el recurso*" pero también hemos de hablar del apartado c) en caso de interponer también el correspondiente recurso contra su aseguradora "*Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte demanda junto con la Administración a quien aseguren*".

De lo que acabamos de enunciar se deduce que deberemos demandar tanto a la propia Administración pública como a la aseguradora.

Por lo que respecta a la interposición del recurso propiamente dicho señalaremos que vamos a acudir al procedimiento ordinario, ya que no se dan los requisitos marcados por el art 78 LRJCA para acudir al procedimiento abreviado (que solo se tramita ante órganos unipersonales), así el propio art 45 LRJCA dispone que "*El recurso contencioso-administrativo se iniciará por un escrito reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso, salvo cuando esta Ley disponga otra cosa*"

Debiendo acompañarse, este escrito, de:

a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo Juzgado o

Tribunal, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión a los autos.

b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.

c) La copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se recurran, o indicación del expediente en que haya recaído el acto o el periódico oficial en que la disposición se haya publicado. Si el objeto del recurso fuera la inactividad de la Administración o una vía de hecho, se mencionará el órgano o dependencia al que se atribuya una u otra, en su caso, el expediente en que tuvieron origen, o cualesquiera otros datos que sirvan para identificar suficientemente el objeto del recurso.

d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado

Una vez que la demanda ha sido formalizada y admitida a trámite, de ésta se dará traslado a los demandados (como hemos mencionado anteriormente será la propia Administración y la aseguradora) para que la contesten también en el plazo de veinte días.

Cuando se haya contestado la demanda, el órgano judicial dictara resolución indicando que pruebas, de las que han sido propuestas por las partes, considera que es necesaria su práctica y señalando fecha para ello, aunque existen determinados supuestos donde al no considerar que sea necesaria la práctica de interrogatorios de parte o declaración de peritos o testigos, se decide no celebrar la vista.

Finalmente, una vez que se haya celebrado ese trámite, o en caso de que éste no haya sido necesario, el órgano judicial dará traslado a las partes para que en el plazo de diez días formulen sus conclusiones por escrito o en comparecencia oral si así lo solicitan y, a la vista de las mismas, dictará sentencia.

## **IX. CONCLUSIONES**

**Primera.-** Los hechos que ha sufrido Don Francisco y que han dado lugar a la elaboración del presente dictamen pueden ser denunciados como constitutivos de un delito de lesiones tipificado en el art 152.1.2º CP con una pena de prisión de uno a tres años, siéndole además aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de seis meses a cuatro años si se considera que la negligencia médica tiene especial gravedad.

**Segunda.-** No obstante los cauces legales a través de los cuales se va a poder sustanciar el presente procedimiento son dos:

1. Va a ser posible acudir a la vía penal en caso de que el daño haya acaecido con motivo de una actuación culposa, y que sea coincidente con alguna de las conductas tipificadas en el Código Penal (Arts. 147, 149, 150 y 152.1, 3º último párr. CP), pudiendo sustanciarse también ante ésta la posible responsabilidad civil a la que se ha dado lugar. Este cauce podremos iniciarlo tanto por denuncia como por querrela.

2. Podemos acudir a la vía administrativa en caso de que el daño se haya ocasionado con motivo del ejercicio de la medicina pública, o en un centro hospitalario de esa naturaleza todo ello de conformidad con los art 32 y 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 9.4 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Aquí será necesario una previa reclamación en vía administrativa para posteriormente plantear el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

**Tercero.-** La responsabilidad de los profesionales sanitarios se da cuando se cree haber infringido la mencionada Lex Artis, cuando haya habido una conducta negligente del médico, y se haya ocasionado un daño como consecuencia de ese error en la actuación médica. Además, el daño debe ser valorado discrecionalmente por los Tribunales, ante los cuales, el demandante o denunciante como regla general tiene el deber de acreditar la existencia de culpa o negligencia del facultativo, y la existencia del nexo causal entre el hecho objetivo demostrado y el daño efectivamente producido

**Cuarta.-** Los medios de prueba de los que nos valdremos van a ser de vital importancia para poder acreditar la actuación negligente del facultativo y así ver satisfechas nuestras pretensiones, en especial serán cruciales: el historial clínico del

paciente, el dictamen pericial, el consentimiento informado del paciente sobre la intervención y en último término el dictamen pericial, el cual va a ser de vital importancia para nuestro caso pues nuestra actuación se basará fundamentalmente en las alegaciones vertidas por el perito, encargándose éste de determinar tanto el alcance de las posibles secuelas como de si la actuación del médico ha podido ser negligente.

**Quinta.-** Para calcular los daños y la correspondiente indemnización que habrá de corresponder, deberemos acudir a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Se utiliza esta norma porque es la que ofrece una valoración legal objetiva, pero nada impide acudir a otros cálculos.

**Sexta.-** En definitiva, será el grado de negligencia sufrida en la intervención la que determinará por qué vía ha de ser resarcido el perjudicado. Aunque en vía penal solo se sancionan las conductas más graves, la tramitación de las diligencias previas puede servir no solo para conseguir pruebas, sino también para facilitar una negociación. La vía más segura, en todo caso, será la contencioso-administrativa, que exige solo demostrar que ha existido una atención deficiente (siempre con culpa), un resultado dañoso y la causalidad entre ambas. La prueba de la negligencia será más sencilla en esta vía que en la penal. En general el interés del cliente va a ser el resarcimiento económico por el perjuicio causado y, no tanto, la sanción penal del causante, por lo que la mejor opción será la de acudir a la vía administrativa.

## **X. JURISPRUDENCIA**

Sentencia Tribunal Supremo de 12 mayo de 1990 [RJ 1990, 3916]

Sentencia del Tribunal Supremo 11 de marzo de 1991 [ECLI: ES:TS:1991:13345]

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1991 [ECLI: ES:TS:1991:3912 ]

Sentencia del Tribunal Supremo 4 de febrero 1992 [ECLI: ES:TS:1992:739]

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 1998 [ECLI: ES:TS:1998:5993]

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000. [ECLI: ES:TS:2000:7033]

Sentencia del Tribunal Supremo 8107/2020, de 14 de marzo de 2005 [ECLI: ES:TS:2005:1569]

Sentencia Tribunal Supremo, 7 de septiembre de 2005 [ECLI: ES:TS:2005:5222]

Sentencia Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005 [ECLI: ES:TS: 2005:6400]

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009 [ECLI: ES:TS:2009:6867]

Sentencia del Tribunal Supremo 778/2009 de 20 de noviembre de 2009, [ECLI: ES:TS:2009:6873]

Sentencia Tribunal Supremo 679/2010, 10 de diciembre de 2010 [ECLI: ES:TS:2010:6690]

Sentencia Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011 [ECLI: ES:TS: 2011:450]

Sentencia del Tribunal Supremo, 3 de mayo de 2011, nº recurso 120/2007 ECLI: [ES:TS:2011:2587]

Sentencia Tribunal Supremo, 10 de octubre de 2011 [ECLI: ES:TS:2011:6418]

Sentencia Tribunal Supremo 8182/2011 del 7 de diciembre de 2011 [ECLI: ES:TS:2011:8182]

Sentencia Tribunal Supremo 4574/2012, de 22 de junio de 2012, [ECLI:ES:TS:2012:4574]

Sentencia del Tribunal Supremo 2170/2013, de 21 de marzo de 2013, [ECLI:TS:2013:2170 ]

Sentencia del Tribunal Supremo 2533/2020 DE 22 de julio de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:2533]

Sentencia del Tribunal Supremo 1159/2021 de 30 de abril de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:1159]

Sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia nº 137/2022, de 2 de febrero de 2022.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 77/2011, 15 de Marzo de 2011 [ECLI:ES:APTO:2011:69]

### **LEGISLACIÓN**

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ley 41/2002, 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Ley 39/2015, 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Código de Deontología Médica, relativo a la profesión médica de Julio de 2011.

Ley Orgánica 3/1986, 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

### **BIBLIOGRAFÍA Y PUBLICACIONES.**

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. “*Derecho sanitario y responsabilidad médica*”, pág. 47 editorial Lex Nova 2007.

GALÁN CORTÉS, JC. “*Responsabilidad civil médica*”, Thomson Civitas. 2011

YZQUIERDO TOLSADA, M. “*Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*” Dykinson 2022

ALMELA VICH, C., “*La responsabilidad penal del médico y del cirujano*”, Revista del Poder Judicial, nº. 48, 1997, pp. 235-266

FERNÁNDEZ DE SEVILLA MORALES, M., “*Los profesionales frente a las reclamaciones por negligencias profesionales*”, Revista de la Escuela de Medicina Legal, 2007, pp. 56-62

HERAS GARCÍA, MA., “*Lex artis, onus probando y responsabilidad médica*” Revista Jurídica Región de Murcia. 2005, 36: 13-68

URRUELA MORA, A., “*Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de negligencia médica*”, *Revista de Derecho Penal*, nº34, 2011, pp. 35-74