



Facultad de Derecho
Universidad Zaragoza

Trabajo de Fin de Máster

Con objeto de:

**Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública por daños originados
por los Servicios Sanitarios**

Dictamen elaborado por:

Ana Villanueva Salazar

Director:

Eloy Colom Piazuolo

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
CURSO 2019/20

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
--------------------------	----------

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedente de Hecho Primero.....	5
--	----------

Antecedente de Hecho Segundo.....	5
--	----------

Antecedente de Hecho Tercero.....	5
--	----------

Antecedente de Hecho Cuarto.....	6
---	----------

II. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS.....	7
---	----------

III. NORMATIVA APLICABLE	9
---------------------------------------	----------

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO (Dictamen)

Fundamento Primero. Normativa en materia de responsabilidad patrimonial y legitimación.....	10
--	-----------

Fundamento Segundo. Contra quien debe dirigirse la reclamación. Distinción entre el médico y la Administración Pública.....	11
--	-----------

Fundamento Tercero. La responsabilidad de la Administración configurada como responsabilidad objetiva.....	12
---	-----------

Fundamento Cuarto. La importancia del nexo causal. La carga de la prueba.....	17
--	-----------

Fundamento Quinto. El mecanismo para empezar una reclamación por daños derivados de la Administración Pública Sanitaria. Jurisdicción Competente	20
---	-----------

Fundamento Sexto. Causas de reclamaciones judiciales por responsabilidad en relación a la mala praxis médica.....	23
--	-----------

Fundamento Séptimo. El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de la administración.....	26
Fundamento Octavo. El protocolo médico.....	28
Fundamento Noveno. Cuantificar las lesiones sufridas.	30
V. CONCLUSIONES	37
VI. BIBLIOGRAFÍA	43
VII. JURISPRUDENCIA	44

LISTADO DE ABREVIATURAS

1. CE - Constitución Española
2. STS – Sentencia del Tribunal Supremo
3. LOPJ - Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial
4. LRJCA - Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
5. LRJSP - La ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
6. LPACAP - Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
7. LEC - Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
8. LAP - 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
9. LVDPAC (Baremo de Tráfico) - 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

DICTAMEN que, a petición de D^a MARÍA MORELLI SÁNCHEZ, emite D^a ANA VILLANUEVA SALAZAR, Letrada del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza N^o colegiada 1818, sobre Responsabilidad Patrimonial en relación a los daños causados por los Servicios Sanitarios, con fecha 13 de Diciembre de 2019.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

De la documentación trasladada y de la información verbal facilitada por la Sra. Morelli, se deducen los siguientes:

PRIMERO.- La Sra. Morelli, es beneficiaria del Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma de Aragón, tiene 26 años de edad y dos hijas, y cuenta ya en su historial médico con sucesivos ingresos en la sección de ginecología debido a varios abscesos ováricos, así como antecedentes de Conización de Cervix el 7 de Mayo de 2017 y reconización el 22 de Marzo de 2017.

Igualmente, la Sra. Morelli padecía desde 2017 dolores abdominales con episodio de agudización, debido a sus antecedentes de Conización de Cervix y reconización, siendo atendida en todo momento por el Servicio de Ginecología.

SEGUNDO.- Con fecha 11 de Julio de 2019 la Sra. Morelli acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Materno Infantil del Hospital Clínico Universitario Miguel Servet, por un cuadro de abdominalgia aguda. Una vez allí se le realizó un TAC abdomino – pélvico atribuyendo los dolores abdominales a un quiste ovárico en el ovario izquierdo, descartando por parte del personal médico cualquier relación de los dolores con el aparato digestivo.

TERCERO.- El 26 de Julio de 2019, la Sra. Morelli volvió a ingresar con dolores abdominales en el Hospital, practicándole el día 30 de dicho mes una laparoscopia quirúrgica para quistectomía en el ovario derecho, apertura del quiste del ovario izquierdo, coronopertubación y una toma del líquido libre.

Previamente a la realización de la laparoscopia, la Sra. Morelli firmó por escrito el consentimiento informado.

Una vez que hubo finalizado la intervención quirúrgica la Sra. Morelli fue ingresada en planta. Durante una semana vino sufriendo dolores que no paliaban, sin que se le practicara prueba alguna, ni ginecológica ni digestiva con la finalidad de determinar el origen de los dolores.

Finalmente, el 5 de Agosto fue atendida por dolor abdominal, fiebre y abdomen doloroso, determinándose a través de una TC y una ECO una peritonitis.

Ante esto, se practicó una intervención urgente en la cual se encontró líquido libre en pelvis de aspecto fecaloide, una gran flemón que abarcaba el íleon terminal. A raíz de esto se le colocaron varios drenajes en pelvis e ingresó en la UCI.

En la UCI la Sra. Morelli persiste con los dolores abdominales y con la salida del material fecaloide por el drenaje abdominal derecho, por lo que el día 9 de Agosto es intervenida quirúrgicamente de urgencias, encontrándose peritonitis en fosa iliaca derecho 2ª y dos perforaciones puntiformes con íleon terminal precisando hecocolectomía derecha y anastomosis, es decir, durante la laparoscopia se había producido una perforación del intestino por 3 sitios diferentes, lo cual había producido que se liberará el líquido libre fecaloide en pelvis así como la peritonitis.

Tras 9 días de postoperatorio en la UCI la Sra. Morelli fue dada de alta y durante la estancia en planta, presentó fistula entero – cutánea de bajo débito e infección de herida quirúrgica que precisó aislamiento cutáneo.

CUARTO.- A raíz del servicio de Interconsulta solicitada al servicio de cirugía general por el motivo de dolor abdominal padecido a primeros de agosto de 2019, es decir, cuando se diagnosticó la peritonitis fecaloidea del íleon terminal, se afirma por primera vez por parte del Servicio de Salud la existencia de la enfermedad de Crohn.

El examen anatomopatológico de la pieza intestinal extirpada diagnosticó una afectación aguda severa en relación a la enfermedad intestinal de Crohn que abarcaba el íleo, ciego y colon ascendente, con 4 fisuras perforantes en el íleon terminal causantes de peritonitis aguda decaloidea, además de fibrosis y ulceración en la pared interna.

Además en la pared interna del colon derecho había inicio de fisuras todavía no perforantes.

La enfermedad de Crohn evolucionó con un episodio de suboclusión y dos fístulas enterocutáneas.

La Sra. Morelli fue dada de alta en el hospital el día 12 de septiembre como consecuencia de las complicaciones de la enfermedad de Crohn, necesitando tratamiento medicamentoso específico ambulatorio frente a enfermedad por seguimiento por el Servicio Digestivo.

Actualmente se encuentra de baja por incapacidad temporal por contingencias comunes, no habiendo finalizado por el momento el periodo de curación.

En la documentación trasladada por parte de la Sra. Morelli están presentes, partes de urgencia, informes médicos, historial médico de la paciente, entre otros.

En vista de los antecedentes de hecho relatados, a la Letrada que suscribe se solicita Dictamen que versa sobre las siguientes

II. CONSULTAS

Las cuestiones concretas sobre las que se solicita el Dictamen en este caso son las siguientes:

PRIMERA.- Cuál sería la normativa referente a responsabilidad patrimonial, y si la Sra. Morelli tendría legitimación para demandar a la Administración.

SEGUNDA.- A quien debemos demandar, si al profesional sanitario o a la Administración Pública.

TERCERA.- El carácter de la responsabilidad de la Administración Pública y los elementos de la misma.

CUARTA.- La necesidad de probar el nexo causal, y a quien corresponde la carga de la prueba

QUINTA.- Como debe iniciarse la reclamación por daños

SEXTA.- Cuales son las causas por las que se puede reclamar por daños a la Administración Pública

SÉPTIMA.- Si el consentimiento informado puede actuar como limitación a la hora de constatar la responsabilidad

OCTAVA.- Si el seguimiento del protocolo supone la exoneración de responsabilidad

NOVENA.- Criterios a seguir para cuantificar las lesiones

III. NORMATIVA APLICABLE

1. Constitución Española
2. Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial
3. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
4. La ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
5. Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
6. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
7. 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.
8. 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.

Aceptando el requerimiento formulado, la Letrada que suscribe emite el siguiente

IV. DICTAMEN

PRIMERO.- NORMATIVA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y LEGITIMACIÓN

En primer lugar, tenemos que determinar la legislación que va a aplicarse a los supuestos de daños ocasionados en la prestación de servicios sanitarios por parte de las administraciones públicas.

El artículo 2.1 apartado d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) establece que el ámbito de aplicación de la referida ley se aplica al sector público institucional, estando el mismo integrado por cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

Si pasamos al artículo 2 apartado tercero, aparecen mencionadas las instituciones que tienen consideración de Administración Pública. Este apartado establece que serán Administración Pública los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2 anterior, por lo que, el Servicio Sanitario Aragonés es Administración Pública (a la misma conclusión lleva el artículo 1.2 apartado d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

La ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), en su capítulo IV, regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, concretamente en sus artículos 32 y siguientes.

En relación a la legitimación, es decir, quienes pueden acudir al proceso contencioso, y quienes pueden ser demandados en el proceso, acudimos a la Ley 29/1998 de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El artículo 19 del cuerpo legal citado anteriormente, establece que estarán legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

Evidentemente, en el caso que nos atañe se ostenta un interés legítimo (un derecho) para demandar a la Administración ya que la Sra. Morelli ha sufrido un daño con ocasión de los servicios sanitarios prestados.

El artículo 21 del mismo cuerpo legal, considera, parte demandada a las Administraciones Públicas, la legitimación pasiva, en este caso, se encuentra íntimamente unida a la activa y al propio concepto de responsabilidad administrativa.

SEGUNDO.- A QUIÉN DEBEMOS RECLAMAR, DISTINCIÓN ENTRE EL MÉDICO Y LA ADMINISTRACIÓN

En primer lugar, es muy importante la mención de el artículo 36 de la LRJSP, relativo a la Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, que establece que:

“Artículo 36. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento”.

Consecuentemente, la responsabilidad en los casos de daños producidos por el personal al servicio de la Administración Pública es de la Administración Pública y no del personal a su servicio, ello sin perjuicio de que la Administración exija al personal a

su servicio la responsabilidad de sus actos (a nivel interno), por lo que es inútil pretender una indemnización por daños basada en la responsabilidad del profesional.

TERCERO.- LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN COMO RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

La responsabilidad, puede ser responsabilidad objetiva o subjetiva. En la responsabilidad objetiva el sujeto que ha provocado el daño está obligado a repararlo/resarcirlo independientemente de que haya concurrido culpa o no, mientras que en la responsabilidad subjetiva, es necesaria esta concurrencia de culpa.

En el caso de las Administraciones públicas, la responsabilidad patrimonial se configura como responsabilidad objetiva, es decir, no se trata de una responsabilidad que se impute por haber concurrido culpa a la hora de la prestación de servicios sanitarios.

El artículo 32.1 de la LRJSP establece que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

Por lo tanto, y en consonancia con la autora ALONSO PÉREZ. M^a TERESA¹, la administración es responsable tanto en los supuestos de responsabilidad normal como en los supuesto de responsabilidad anormal en relación a los servicios prestados, siempre y cuando no concurren casos de fuerza mayor o que el particular tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se configura, en los términos recogidos en la CE y en las leyes, como una responsabilidad objetiva o de resultado en el que la prioridad es la lesión efectivamente producida, (el resultado dañoso), sobre la culpabilidad o negligencia en la prestación del servicio.

¹ PROF. ALONSO PEREZ, M^a Teresa (2018): Apuntes en Responsabilidad Civil Sanitaria, Máster Universitario en Abogacía

Lo verdaderamente relevante, a estos efectos, es que se haya producido un daño efectivo y que éste haya sido consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, de forma que pueda imputarse directamente a la Administración las consecuencias del mismo.

El funcionamiento normal se produce cuando el daño ha tenido lugar a pesar del correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Por otra parte el funcionamiento anormal, que es el que se ha producido en este caso, se produce cuando hay comportamiento ilegales o culpables por parte del personal al servicio de la administración, y cuando la profesionalidad o el nivel de calidad exigible es inferior al debido.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, sorprende la abundante doctrina y jurisprudencia e incluso pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, donde se olvida el principio mencionado anteriormente introduciendo criterios que limitan la responsabilidad de la administración que vienen a restringir la responsabilidad patrimonial de la administración a los casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos, quedando de esta manera fuera de la responsabilidad patrimonial los supuestos de comportamiento normal de la administración.

Habitualmente cuando se condena a la administración se fundamenta el fallo en la existencia de algún género de negligencia por parte de la administración, mientras que en las sentencias que se absuelve a la administración, la exoneración de la responsabilidad viene fundamentada en la ausencia de negligencia o bien en la culpa del paciente.

Por lo que, a nivel práctico, la responsabilidad de la Administración en relación a los daños producidos en la prestación de servicios sanitarios es subjetiva, a pesar de que a nivel jurídico y teórico debería ser objetiva.

De hecho, los razonamientos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social de Madrid de fecha 19 de Abril de 1999; Nº Rec 1430/1998 CENDOJ, permiten inferir en que la responsabilidad médica no es, en supuestos como el de autos, totalmente objetiva. Por esta razón la carga de la prueba no recae enteramente en el demandante o en el demandado, sino que se distribuye entre ambos:

el demandante ha de probar el resultado lesivo y el nexo de causalidad y el demandado, por su parte, la diligencia debida o, en su caso, el hecho determinante de la fuerza mayor o de la ruptura del nexo de causalidad, debiendo probar en este caso la existencia de un resultado lesivo y un nexo de causalidad.

Consecuentemente, tal como se viene observando en la práctica, para que la Administración Pública sea responsable de daño producido en relación al servicio sanitario prestado debe demostrarse que se ha producido un resultado lesivo imputable a la actuación de la Administración, bien porque se ha producido un comportamiento anormal, o bien porque el profesional no ha actuado con la debida diligencia y profesionalidad que se esperaba, quedando fuera de estos supuestos las situaciones de comportamiento normal.

A la hora de determinar la responsabilidad de la administración, hay que tener en cuenta unos elementos básicos:

- Que se haya producido una lesión que no se tenga el deber jurídico de soportar
- Que la lesión sea imputable a la Administración (funcionamiento normal o anormal del servicio público sanitario),
- Y que exista una relación de causalidad entre la actuación y el hecho dañoso provocado.

Es decir, debemos demostrar: la existencia de un daño, que el mismo sea imputable a la Administración Pública, un nexo causal y que sea cuantificable el daño (importe).²

El artículo 34 apartado primero de la LRJSP, establece que sólo serán indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que el particular no tenga la responsabilidad de soportar, por lo que, no serán indemnizables los daños que se

² MONTAÑES CASTILLA, Lourdes Yolanda (2011): “Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria”. La Ley Digital 14170/2011

deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia.

Este precepto, contribuye a limitar el ámbito de los daños que son indemnizables en relación a la prestación de servicios sanitarios, siendo un excluyente de la responsabilidad patrimonial.

Por lo tanto, hay que tener en cuenta el estado de la ciencia en el momento en el que se produce la actuación por parte de la administración. Esto es, que la Administración no va a ser responsable del hecho dañoso debido a que los daños derivados del hecho no se han podido prever o evitar ya que los conocimientos médicos o científicos existentes en el momento no abarcaban esa posibilidad.

Para entender esta teoría del estado de la ciencia vamos a ver el siguiente ejemplo. Anteriormente no se tenía conocimiento de cómo se transmitía el virus del VIH ni de cuales eran los mecanismos para identificarlo, por lo que al realizar transfusiones con gente infectada por VIH sin haber sido identificado el mismo, las personas que recibían la transfusión de sangre quedaban igualmente infectadas ³.

De esta manera la administración empieza a ser responsable ante los daños ocasionados por las transfusiones en las que está presente el virus del SIDA en abril de 1985⁴, cuando el daño pasa a ser previsible y evitables, y por lo tanto, no hay obligación de soportarlo.

Partimos por tanto de que se ha producido un funcionamiento anormal de la Administración Pública en relación a la Asistencia Sanitaria, y no se aplicará la exención mencionada en el artículo 34.1 de la LRJSP, ya que no es un daño el particular tenga el deber de soportar, e igualmente, el estado de la ciencia estaba lo suficientemente avanzado como para que no se hubiera producido el hecho dañoso.

De esta manera, descartamos las exoneraciones de responsabilidad a las que se hace mención en el artículo 34.1 LRJSP.

³ Para más información sobre el estado de la ciencia consultar la STS de la sala de lo social de Madrid 2957/1991 de 5 de junio de 1991;

⁴ Dato extraído de los apuntes en materia de Responsabilidad Civil Sanitaria de la Prof. M^a Teresa Alonso Pérez, catedrática.

En relación al caso concreto, la Sra. Morelli acude al servicio urgencias los días 11 y 26 de julio con la presencia de dolor abdominal. Ante este dolor abdominal se deriva a la paciente directamente a la sección de ginecología, y posteriormente tiene lugar una operación quirúrgica (la laparoscopia).

Aquí tenemos el primero de los elementos necesarios para que la administración sea responsable de los daños producidos. Una actuación de la administración.

En los días posteriores a la práctica de la laparoscopia, la Sra. Morelli estuvo sufriendo dolores abdominales que no cedían, así como fiebre y abdomen doloroso a la palpación . Tras haber pasado una semana se practicó una ECO y un TC abdominal donde se constató que se había liberado liquido fecaloide, debido a varias perforaciones del intestino.

Tenemos aquí el segundo de los presupuestos necesarios para constatar la responsabilidad de la administración. La producción de un resultado dañoso/lesiones, como es la peritonitis en fosa ilíaca derecha 2ª debido a dos perforaciones que se produjeron durante la práctica de la laparoscopia.

Es evidente que queda constatada la relación de causalidad existente entre la actuación de la administración (la realización de la laparoscopia) y el daño resultante sufrido por la Sra. Morelli.

Se cumple el nexo de causalidad exigido y se constata la mala praxis dado el resultado que se ha provocado. Se retrasa la cura del proceso por el que la Sra. Morelli asistía al hospital, y además se desencadena una complicación a raíz de la cual debe permanecer ingresada y controlada en régimen hospitalario más tiempo del previsto.

Por lo que se ha constatado un funcionamiento anormal de la Administración Pública, se ha producido un comportamiento culpable por parte de los sanitarios siendo la calidad de los mismos inferior a la esperada por parte de un profesional que debiera actuar con la mayor diligencia.

Entiendo por tanto que si el funcionamiento es anormal, la Administración debe responder por los daños ocasionados.

El daño se ha debido al funcionamiento del servicio, es decir, si se hubiera actuado de otra manera se podría haber evitado. Si se hubiera detectado la enfermedad de Crohn en la paciente, no se habría practicado la laparoscopia y consecuentemente no se habrían producido las perforaciones intestinales, evitando así, la peritonitis en fosa ilíaca derecha.

CUARTO.- LA IMPORTANCIA DEL NEXO CAUSAL. LA CARGA DE LA PRUEBA

El nexo causal es un elemento clave a la hora declarar la responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud.

Aunque se haya constatado un funcionamiento anormal de la Administración, sin una relación de causalidad entre el funcionamiento anormal y el resultado dañoso, no hay certeza de la existencia de responsabilidad patrimonial, por lo que, a pesar del carácter supuestamente objetivo de la responsabilidad patrimonial, el elemento de culpa tiene gran protagonismo.

La relación de causalidad consiste en una conexión directa, inmediata y exclusiva, en la cual además no haya intervenido un tercero ni la culpa de la víctima.

Si este requisito falta, a pesar de que haya tenido lugar un comportamiento anormal de la administración o una negligencia en la actividad sanitaria la administración no resarcirá al paciente por los daños sufridos.

Es el perjudicado el que debe soportar la carga de probar el daño o perjuicio y la relación de causalidad entre el mismo y la Administración Pública. En teoría, el particular solo debería tener que probar el daño y el nexo causal, puesto que como hemos visto antes, la responsabilidad patrimonial tiene carácter objetivo.

Tal como establece PECES MORATE, Jesús⁵, en la práctica, es recomendable que se pruebe también la negligencia o falta de profesionalidad en la que haya podido incurrir el personal sanitario, para afianzar tanto el ámbito objetivo como el subjetivo.

⁵ PECES MORATE, Jesús (2005): “La responsabilidad administrativa. El nexo causal. Últimas orientaciones jurisprudenciales”, En *Revista Cuadernos de derecho local*, Número 8, 2005, págs. 75-83

En relación a la carga del nexo causal, es de interés la Sentencia del Tribunal Supremo 359/2003 de 25 de Enero de 2003; Núm Rec 7926/1998; CENDOJ, concretamente en el fundamento jurídico octavo, donde establece que “Según la doctrina jurisprudencial tradicional, el perjudicado ha de soportar la carga de probar el perjuicio y la relación de causalidad entre éste y la actuación de la Administración sanitaria, al igual que en cualquier otro ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pero la prueba del estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica, salvo que se trate de un hecho notorio, recae sobre la Administración”.

En la misma dirección apunta la STS 2377/2004 de 6 de abril de 2004; Núm 3560/1999; CENDOJ, que establece en su fundamento jurídico quinto que “la carga de la prueba, no sólo del daño sino del nexo causal, corresponde a la parte recurrente es indiscutible, y la doctrina de nuestra Sala al respecto es reiterada”.

Son de aplicación los artículos 217.2 y punto 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), los cuales distribuyen la carga entre demandante y demandado. Debiendo demostrar el perjudicado la certeza de los hechos que se le imputan a la administración, y la administración la acreditación de ruptura del nexo causal.

Si la carga de la prueba corresponde en cierta parte el perjudicado, surge el riesgo de que sea imposible para el mismo demostrar el nexo causal. Para ello nos puede ayudar el artículo 217.7 de la LEC que establece que “el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

Aquí se regula el criterio de disponibilidad y facilidad probatoria, es decir, se acude a una flexibilización de la carga de distribución de la prueba en función de qué parte esté en mejores condiciones de soportar y aportar la misma. Habrá que atenerse al caso concreto y realizar la valoración correspondiente durante la vista.

El problema que surge en la prestación de servicios sanitarios, es que la causa que se busca no suele estar precedida por un solo antecedente sino por varios, es decir, el daño producido es el resultado de varias conductas.

Esta variedad de situaciones tiene lugar en nuestro caso, ya que tendríamos que comprobar y valorar varios factores, tales como: si se ha producido una falta de coordinación entre las diferentes especialidades, la ausencia de las pruebas establecidas en el protocolo ante un dolor abdominal agudo (si es que lo hay), las perforaciones que tuvieron lugar durante la laparoscopia, así como la falta de atención durante el periodo de post operatorio, siendo todas ellas actuaciones que han podido contribuir al resultado dañoso.

En este caso, tenemos múltiples causas que constatan la relación de causalidad, entendiendo como causa (siguiendo el pensamiento del Catedrático Jorge Vizuela Fernández de la Facultad de Derecho de Zaragoza⁶), toda condición de la que no quepa hacer abstracción mental sin que deje de producirse el resultado. Esto es, si suprimimos mentalmente un determinado acontecimiento, y el resultado deja de producirse con sus concretas características, existe relación de causalidad entre ambos.

Esta carga de la prueba, se encuentra íntimamente relacionada con el artículo 34.1, ya que la finalidad de la carga de la prueba es, entre otras, la de evitar la exoneración de la responsabilidad patrimonial.

Es decir, con la carga de la prueba intentaremos desvirtuar las pretensiones del artículo 34.1, las cuales tratan de limitar la responsabilidad de la administración.

Por otra parte, y para dejar claro que no se ha producido una ruptura del nexo causal, es conveniente demostrar que no hay culpa de la víctima, es decir, que no se han producido comportamientos extraños por parte de la perjudicada que hayan podido producir esas lesiones.

Evidentemente durante la estancia en el hospital, no se ha producido ninguna ruptura del nexo causal por culpa de la perjudicada, pero para consolidar las pretensiones, sería conveniente demostrar igualmente que se han seguido los cuidados adecuados propios del posoperatorio.

⁶ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge (2015): “La causalidad como elemento de la acción” en *Apuntes de Derecho Penal Parte General*, Lección 6.

Un ejemplo sería constatar que se han seguido las recomendaciones de los profesionales sanitarios una vez que te han dado el alta médica (como por ejemplo no ingerir bebidas alcohólicas).

Es de vital importancia. en este caso en concreto en relación a la carga de la prueba, contar con un profesional competente que evalúe medicamente (ya que yo no soy médico) y que constate que efectivamente se han producido unos daños que el perjudicado no tenía el deber de soportar y que podían haberse previsto en relación al estado de la ciencia.

Debe basarse la carga de la prueba consecuentemente en un dictamen médico, o bien en una prueba pericial si nos encontramos en el proceso judicial.

QUINTO.- EL MECANISMO PARA EMPEZAR UNA RECLAMACIÓN POR DAÑOS DERIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SANITARIA. JURISDICCIÓN COMPETENTE

En primer lugar, y antes de acudir a la vía judicial, debemos solicitar una indemnización ante cualquiera de los registros y oficinas a que se refiere el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dentro del plazo de un año (art. 67 LPACAP) desde el momento en el que tuvieron lugar los hechos, o bien desde que se exterioriza el efecto lesivo (se adjunta como DOCUMENTO N° 1 modelo de solicitud).

Respecto al plazo de un año, las lesiones todavía no están estables, si no que están en periodo de curación, por lo que el plazo del artículo 67.1 todavía no ha empezado a correr.

Puede iniciarse bien de oficio, o bien por reclamación de los interesados, y consiste en la solicitud de una indemnización por cualquier lesión que el particular haya sufrido en sus bienes o derechos, siempre que:

- La lesión sea consecuencia de un funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública (que la lesión sea imputable a los Servicios Sanitarios).

- Que el daño sea efectivo
- Que sea evaluable económicamente
- Y que no tenga el deber jurídico de soportar ese daño

A la hora de presentar la solicitud deberemos aportar toda la documentación que consideremos necesaria para la defensa de nuestras pretensiones, como por ejemplo: partes de urgencias, el historial médico, partes de baja, informes de médicos privados, informes periciales, informes privados de universidades de medicina, entre otros.

En la solicitud tendremos que especificar las lesiones que se han producido, la relación de causalidad existente entre las mismas en relación al servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial y la determinación del momento en el que se produjo la lesión.

El procedimiento a seguir para solicitar la indemnización se encuentra regulado en los artículos 67, 81, 91 y 92 de la LPACAP. Al ser uno de los requisitos para interponer la solicitud que la lesión sea cuantificable, si la indemnización que se solicita es mayor o igual a 50.000 euros será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, por lo que en este caso, deberemos solicitar el dictamen al Consejo de Estado de manera obligatoria (art. 81 LPACAP).

El plazo de resolución es de 6 meses, por lo que si en 6 meses no se ha notificado la resolución de manera expresa, entenderemos que nuestras pretensiones son desestimadas, por silencio negativo de la Administración.

Evidentemente, el particular tiene derecho a recurrir la decisión del Órgano de la Administración Pública por lo que podrá interponer un recurso de reposición en el plazo de un mes, o bien un recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses.

Para el caso de que se haya producido un silencio negativo sin notificación expresa, el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día

siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

Por lo tanto, es cuando se han desestimado nuestras pretensiones en vía administrativa cuando tenemos que acudir a la vía judicial, contencioso administrativa.

El panorama legislativo actual ha disipado las dudas en relación a la jurisdicción competente en cuanto a los daños ocasionados en la prestación de servicios sanitarios por las administraciones públicas.

La jurisdicción contencioso administrativa es la competente en estos litigios, y ello aunque paralelamente se demande a un tercero particular.

Hay determinados casos en los que sería competente la jurisdicción civil como en supuestos de responsabilidad civil por la asistencia médica de carácter privado o supuestos en los que la administración pública delega en centros privadas (esta última suscitan dudas en muchas ocasiones).

Incluso cuando los servicios de salud públicos llegan a intervenir en una relación de derecho privado la jurisdicción competente es la contencioso administrativa.

A nivel normativo, para afirmar que la jurisdicción contencioso administrativa es la correspondiente en los supuestos de daños producidos por la administración pública debemos atender a los siguientes artículos:

- El artículo 9 apartado cuarto de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial.
- El artículo 2 apartado e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Este artículo establece claramente que la jurisdicción no resulta alterada aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

Habitualmente, las demandas por responsabilidad patrimonial de la Administración si dirigen al Juzgado de lo Contencioso Administrativo, en primera o única instancia, siempre y cuando no exceda la cuantía de 30.050 euros (Artículo 8.2 c

de la LRJCA), por lo que, si la cuantía excede de esa cifra, conocerá el Tribunal Superior de Justicia.

SEXTO.- CAUSAS DE RECLAMACIONES JUDICIALES POR RESPONSABILIDAD EN RELACIÓN A LA MALA PRAXIS MÉDICA

Las causas que motivan las reclamaciones por daños derivados de los servicios prestados por la Administración Pública en relación a la Sanidad son muy variadas, a la vez que complejas.

Siguiendo a Ángel Hernández Gil, Jefe de Servicio de Clínica Forense Instituto de Medicina Legal de Jaén, Doctor en Medicina y Cirugía, y a José Hernández Moreno Médico Forense, Especialista en Medicina Legal y Toxicología. Doctor en Medicina y Cirugía las causas específicas que motivan reclamaciones por daños de actos médicos de puedes clasificar en 3 grupos: errores diagnósticos, errores terapéuticos y errores de prevención.⁷

6.1 ERRORES DIAGNÓSTICOS

Los errores diagnósticos a su vez pueden dividirse en:

- Errores flagrantes

El error en el que ha incurrido el personal sanitario tiene que ser muy claro y evidente, la entidad y la dimensión de la equivocación tiene que ser inexcusable.

- Diagnósticos diferenciales erróneos

Para el caso de que el personal sanitario incurra en un diagnóstico erróneo, es decir, el médico no puede confundir un dolor originado por una apendicitis con un dolor producido por un quiste ovárico por ejemplo.

- Falta o defectuosa realización de pruebas complementarias

⁷ Dir. GALLARDO CASTILLO, María Jesús; Coord. CRUZ BLANCA, María José. *La responsabilidad jurídico – sanitaria*, edición nº 1, Madrid Editorial LA LEY, Marzo de 2011.

En el caso de que no se hayan realizado las pruebas complementarias necesarias para el correcto diagnóstico, o bien que se hayan realizado pero de manera incorrecta.

- Alta hospitalaria indebida

Normalmente se deben a situaciones en las que el paciente es dado de alta cuando lo correcto sería el ingreso en el servicio de medicina interna, es decir, altas precipitadas.

- Seguimiento postoperatorio incorrecto

Se deben a desatenciones que tienen lugar después de operaciones quirúrgicas, no siguiendo el control postoperatorio debido.

6.2 ERRORES TERAPEUTICOS

Los errores terapéuticos pueden dividirse en:

- Fallos en la medicación

El medico que prescribe el medicamento debe informarse sobre su utilización y dosificación, debe seleccionar el medicamento adecuado, valorando los riesgos y los beneficios en función del paciente y las circunstancias personales del mismo.

- Indicación terapéutica incorrecta

Normalmente obedece a técnicas empleadas que sean desaconsejadas para el caso concreto, es decir, intervenciones o diagnósticos no indicados, o conductas que no se consideran idóneas en relación con el cuadro clínico del paciente.

- Maniobras quirúrgicas incorrectas

En este caso se tratan los errores durante las operaciones quirúrgicas, tales como perforaciones, uso de técnicas incorrectas durante operaciones quirúrgicas, etc..

- Resultado quirúrgico insatisfactorio

Atiende a la finalidad de la cirugía, es decir, consiste en una obligación de que el resultado sea satisfactorio.

- Olvido de material quirúrgico

Es obvio, que si los profesionales sanitarios olvidan dentro del cuerpo del paciente cualquier tipo de material quirúrgico como gasas o trozos de aguja de suturas están incurriendo en responsabilidad debido a una mala praxis médica.

6.3 ERRORES DE PREVENCIÓN

Los errores de prevención incluyen las pruebas preoperatorias incorrectas, con especial mención al consentimiento informado, que se tratará en la siguiente consulta.

En atención a los hechos relatados por la Sra. Morelli, y si lo relacionamos con la clasificación anteriormente mencionada, encontramos varios errores que pueden dar lugar a responsabilidad patrimonial por parte de la Administración Pública en relación a una mala praxis médica.

El primero de ellos es el diagnóstico diferencial erróneo, ya que los médicos no diagnostican la enfermedad de Crohn, cabiendo un error diagnóstico ya que se achacan los dolores a un quiste ovárico.

El segundo de ellos es la falta de realización de pruebas complementarias⁸ para un diagnóstico completo y exhaustivo, lo que pudo producir un diagnóstico tardío de la enfermedad de Crohn.

Como consecuencia de los dos primeros errores se produce una indicación terapéutica incorrecta, consistente en la realización de la laparoscopia.

A raíz de que la laparoscopia se produce una maniobra quirúrgica incorrecta⁹, que desemboca en la perforación del intestino por 3 sitios diferentes.

⁸ Es de interés la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 21 de marzo de 2019; N° Rec 388/2016; N° Res 247/2019, relativa al caso de pérdida de oportunidad derivada del retraso en el diagnóstico.

⁹ Es de interés la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 27 de Mayo de 2004; N° Rec 1113/2002, relativa a una perforación intraocular.

Además, durante el postoperatorio la Sra. Morelli estuvo desatendida lo que produjo que la peritonitis fecaloidea empeorará, por lo que el seguimiento durante el postoperatorio fue incorrecto.

SÉPTIMO.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

El consentimiento informado, aparece definido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LAP), en los artículos 3 y 8 y ss., entendiendo el mismo como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

Es decir, toda actuación llevada a cabo en el ámbito de la salud necesita del consentimiento libre y voluntario del paciente, y una vez que se haya informado debidamente al mismo y se hayan valorado las opciones propias del caso.

Es un concepto basado teóricamente en la autonomía del paciente¹⁰, que sea capaz de realizar determinados actos con conocimiento de las posibles consecuencias, con ausencia de coacción alguna. Este término está basado por lo tanto en el respeto a la personalidad, la dignidad humana y la intimidad.

A nivel práctico, a parte de ser un derecho que tiene el paciente, el consentimiento informado es una herramienta que permite exonerar de responsabilidad a la Administración Pública, de ahí que habitualmente se tenga que contrastar el contenido y la amplitud de la información con el estándar del funcionamiento de los servicios sanitarios.

El consentimiento informado normalmente se hace de manera verbal, sin embargo se presta por escrito en determinados casos, como por ejemplo en una intervención quirúrgica, y el mismo debe ser adecuado, veraz, comprensible y completo.

¹⁰ MARTINEZ GALLEGU, Eva María (2014): “Análisis jurídico consentimiento informado”, en *Revista Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar* / Eugenio Llamas Pombo (dir.), 2014, págs. 97-205

Debe incluirse una descripción detallada de las posibles consecuencias de la intervención¹¹, entendiéndose como tales aquellas que estén relacionadas con las circunstancias personales del paciente y que hagan referencia a su estado de salud, por lo que hay que saber con certeza cuales son las circunstancias personales del paciente, así como su estado de salud.

Por otra parte, resulta de vital importancia el asentimiento de la voluntad, de forma que el elemento volitivo estaría viciado si la información proporcionada al paciente es deficiente o irregular.

En nuestro caso la Sra. Morelli firmó el consentimiento informado siendo informada a través de un documento escrito, ya que iba a ser sometida a una intervención quirúrgica.

El artículo 10 de la LAP establece la información básica que debe contener el consentimiento informado:

“1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones”

Nos interesan sobre todo los apartados a) y b). Partimos de que los médicos que atendieron a la Sra. Morelli no se dan cuenta de que sufre la Enfermedad de Crohn.

¹¹ REQUERO IBAÑEZ, José Luis (2002): “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las administraciones”. En revista *Actualidad administrativa*, N° 31, 2002, págs. 889-943

Partiendo de la falta de conocimiento de esta enfermedad, el facultativo que proporcionó a la Sra. Morelli la información contenida en el consentimiento informado no estaba informando correctamente ni de los riesgos relacionados con las circunstancias personales, ya que las mismas se desconocían, ni de las consecuencias relevantes que la intervención origina.

La información del consentimiento informado debe ser por lo tanto veraz y completa¹², y si falta alguno de estos elementos que lo componen, se produce un consentimiento viciado.

Entiendo por lo tanto que, la validez o no del consentimiento depende de la calidad de la información que se la proporciona al paciente, si la información no ha sido clara, veraz, y completa, no hay consentimiento que valga.

En resumen, a pesar de que se haya firmado el consentimiento informado, si la información que contiene no es veraz y completa, se produce una quiebra de la lex artis médica, al no actuar con la profesionalidad debida, por lo que, a pesar de que se haya firmado el consentimiento informado por escrito, puede haber responsabilidad patrimonial de la Administración respecto a los daños causados en la prestación de servicios sanitarios, es decir, no queda exonerado el funcionamiento anormal de la Administración en relación a los servicios sanitarios prestados por la firma del consentimiento informado, al no haberse prestado una información ajustada a la realidad.

OCTAVO.- EL PROTOCOLO MÉDICO

El tema del protocolo es un tema complejo. Partimos de que los protocolos médicos son una serie de recomendaciones en relación a procedimientos diagnósticos a seguir ante un enfermo con un determinado cuadro clínico, es decir, la actitud y los pasos a seguir más adecuados ante un problema de salud con la finalidad de dar un diagnóstico clínico correcto.

¹² Es de interés la STS de la Sala de lo Civil de 31 de julio de 1994, Nº Rec 3558/1992; Nº Res 695/1996, en relación a los elementos del consentimiento informado

Son una serie de directrices o recomendaciones cuya finalidad consiste en orientar la labor de los profesionales médicos, ajustándose así a un plan de actuación coordinado en relación a una enfermedad o a determinados síntomas.

La finalidad es la de mejorar la seguridad de paciente, el médico debe procurar que sus actuaciones asistenciales estén enmarcadas dentro de las guías de práctica clínica y protocolos consensuados y aprobados por la comunidad científica.

El cumplimiento o no del protocolo, viene teniendo una gran relevancia en las sentencias judiciales a la hora de constatar la mala praxis médica, por lo que la incorporación del protocolo al procedimiento judicial es de vital importancia, ya que su aportación constituye un factor crucial para valorar la responsabilidad del facultativo, y por lo tanto, la de la Administración Pública.

La existencia de un protocolo está estrechamente relacionada con el estado de la ciencia.

Si para este caso en concreto no existe un protocolo determinado, tendremos que atender al estado de la ciencia en el momento en el que se produjeron los hechos. Si no hay un protocolo es difícil que la Administración Pública se haga responsable, ya que siempre pueden alegar la exención del artículo 34.1 (en relación al estado de la ciencia).

Sin embargo, la carencia de protocolo podría resultar un factor aliciente de cara a constatar el mal funcionamiento de los servicios sanitarios al carecer de un protocolo relevante cuando el estado de la ciencia se encuentra actualizado.

Por otra parte, si existe un protocolo específico en relación al caso que nos taña, tendremos que solicitar un informe, el cual explique cuales son los pasos a seguir para cumplir adecuadamente el protocolo, y si los mismos se han cumplido durante la asistencia sanitaria (salvo una ausencia clamorosa, que en ese caso no sería necesario el informe del profesional).

Este informe, a menudo, se encuentra contenido en el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, que hemos mencionado anteriormente en el apartado de la solicitud de indemnización.

El informe que constata la existencia de un protocolo así como la ausencia de su seguimiento, servirá como prueba para que la Administración no pueda alegar la exoneración del artículo 31.4 de la LRJSP, ya que indicaría que hay un consenso en la ciencia y que por lo tanto se podía haber previsto el resultado, constatando el funcionamiento anormal de la misma.

El problema viene dado porque los protocolos no son cerrados, es decir, se tienen en cuenta múltiples factores a la hora de actuar en relación a un cuadro clínico, como por ejemplo: el entorno asistencial en el que se aplican los protocolos, la cualificación del profesional, los años que lleva ejerciendo, la especialidad a la que pertenezca el médico, los materiales disponibles, entre otras.

Por tanto, hago hincapié en la necesidad de solicitar un dictamen de un profesional que detalle el estado de la ciencia en el momento de los hechos, así como el estado del protocolo (si existe, si no existe, o si existe pero no es cerrado).

En relación al estado de la ciencia, es relevante destacar que, aunque haya un protocolo existente, y el mismo se haya seguido, éste puede estar desfasado, por lo que, siguiendo lo establecido por Antonio Pedreira, magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid “aunque el cumplimiento de los protocolos no supone una garantía de que el médico no va a estar exento de responsabilidad (y por lo tanto la Administración Pública) su ayudan al juez a valorar la responsabilidad de los actos que está enjuiciando”, es decir, el cumplimiento del protocolo no exime automáticamente de la responsabilidad.

NOVENO.- CUANTIFICAR LAS LESIONES SUFRIDAS

A día de hoy no existe ningún baremo específico en relación a los daños producidos por la Administración Pública en materia sanitaria, pero los Juzgados y Tribunales vienen utilizando por analogía el Baremo de Tráfico contenido en 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, en adelante LVDPAC o Baremo de Tráfico.

El artículo 34.2 de la LRJSP, establece que “la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación

forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social”, por lo que, en este caso relativo a lesiones corporales podemos tomar como referencia el Baremo de Tráfico.

El sistema del baremo tiene como finalidad valorar los daños causados a las personas en relación a los hechos de circulación, pero tal y como viene estableciendo la jurisprudencia puede utilizarse para valorar daños que tengan su origen en otro tipo de acciones que no sean de circulación.

El artículo 37 de la LVDPA establece que la determinación y medición de las secuelas, así como de las lesiones temporales deben realizarse en función del informe médico correspondiente, es decir, debemos aportar un informe médico que respalde la cuantía de la indemnización que queremos pedir a modo de justificación.

El momento de determinación de la cuantía en relación a las partidas resarcitorias, así como para el cómputo de la edad es el momento en el que se produce el accidente, en nuestro caso, computaremos desde el momento en el que se produjo la actuación anormal del personal sanitario, es decir, desde el 30 de Julio de 2019.

La indemnización viene compuesta por dos factores, por un lado la incapacidad temporal del perjudicado (lesiones temporales), que comienza desde el momento en el que se producen las lesiones y finaliza con la estabilidad personal del perjudicado, y por otro lado, tenemos las secuelas que tienen su propia graduación en función de diversos factores (la gravedad del daño, la edad del perjudicado, etc..).

Tenemos que ir a la tabla 3 del Baremo del Tráfico relativa a indemnizaciones por lesiones temporales.

En ella encontramos:

El Perjuicio Personal Básico, se trata del perjuicio padecido desde la ocurrencia del daño hasta la finalización del proceso curativo o hasta su estabilización y se indemniza a razón de 30 euros por día (como por ejemplo la rehabilitación una vez dado de alta).

El Perjuicio Personal Particular (que incluye en sus cuantías la indemnización por perjuicio básico), que puede ser muy grave, grave o moderado, incluyendo una cuantía que oscila entre 400 y 1.600 € en el caso de que haya tenido que producirse una intervención quirúrgica para la reparación de las lesiones causadas.

En los días de perjuicio muy grave (100 Euros por día) se pierde de manera temporal la autonomía personal para llevar a cabo las actividades esenciales de la vida cotidiana, un claro ejemplo de esto sería la estancia en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI).

Los días de perjuicio grave (75 Euros por día) consistirían en la pérdida temporal de la autonomía para realizar la mayor parte de las actividades esenciales de la vida cotidiana, un ejemplo de esto serían los días de estancia hospitalaria.

Y los días de perjuicio moderado (52 Euros por día), serían los relativos a la pérdida de forma temporal de la autonomía personal para llevar a cabo una parte relevante de las actividades específicas de desarrollo personal, un ejemplo de esto sería la incapacidad para desarrollar la actividad laboral (baja laboral).

La Sra. Morelli es ingresada en la UCI el 5 de agosto de 2019, siendo necesaria una intervención quirúrgica el 9 de agosto, y permaneció 9 días de postoperatorio en la UCI tras los cuales fue trasladada a planta.

Fue dada de alta finalmente en el hospital el día 12 de septiembre, con la posterior baja laboral que todavía se mantiene a día de hoy.

Por lo que para cuantificar la indemnización en relación a la incapacidad temporal tenemos:

- La necesidad de una intervención quirúrgica, cuya valoración oscilará entre 400 y 1.600 €.

- La estancia en la Unidad de Cuidados Intensivos desde el 5 de agosto hasta el 18 del mismo mes, cuya valoración resulta de 1.300 Euros (13 días a 100 Euros el día).

- Los días de estancia hospitalaria (ya en planta, fuera de la UCI), desde el 19 de agosto hasta el 12 de septiembre, cuya valoración resulta de 1.800 Euros (24 días por 75 Euros el día).

- Los días relativos a la baja por incapacidad temporal por contingencias comunes, que se tendrían en cuenta desde el 12 de septiembre hasta el día en que se reincorpore a la vida laboral (a razón de 52 Euros el día).

- Los días transcurridos hasta su total curación y que no le hayan incapacitado para su ocupación o actividad habitual, a razón de 30 Euros el día.

Por otra parte, y en relación a las lesiones permanentes/secuelas:

Para orientarnos en la cuantía a reclamar por las secuelas en relación a un perjuicio personal básico, en primer lugar deberemos acudir a la Tabla 2.A. 1 del Baremo, en la cual aparece indicado el número de puntos por cada secuela en relación a su localización en el cuerpo humano.

En nuestro caso deberíamos ir al CAPITULO VI apartado c), relativo al sistema digestivo, en concreto el intestino delgado y grueso.

El baremo puede servirnos de orientación pero debemos contar con un informe pericial que constate la existencia de las secuelas, la relación de causalidad entre la secuela y el daño sufrido, la identificación de la secuela en relación a la tabla 2.A.1 y la intensidad de la misma con el fin de determinar el número de puntos de los que recoge la horquilla en la tabla.

Una vez obtenida la suma total de los puntos en relación a las secuelas existentes, acudiremos a la tabla 2.A.2 del baremo en la cual aparece la cuantía de la indemnización en función del número total de puntos considerando la edad del perjudicado.

Si tenemos varias secuelas derivadas del mismo hecho (secuelas concurrentes, artículo 98 del Baremo de Tráfico) la puntuación final que habrá que llevar a la Tabla 2.A.2 es la resultante de aplicar la siguiente formula (Fórmula Balthazar):

$$[(100 - M) \times m] / 100 + M$$

Siendo “M” la puntuación de la secuela mayor y “m” la puntuación de la secuela menor.

Vamos a ver un ejemplo práctico para aplicar la fórmula de la mejor manera posible. Imaginemos 3 puntuaciones correspondientes a 3 secuelas diferentes: 12, 8 y 20.

$$[(100 - 20) \times 8] / 100 + 20 = 26,4$$

La puntuación de 26,4 la redondeamos a 26 la cual será ahora nuestra puntuación mayor, y la menor pasará a ser 12 (la cantidad más baja después del 8).

$$[(100 - 26) \times 12] / 100 + 26 = 34,88$$

Por lo tanto la puntuación total de las 3 secuelas, será 35.

El artículo 99 del Baremo de Tráfico regula las secuelas interagravatorias, que son aquellas secuelas concurrentes que derivadas del mismo accidente y afectando a funciones comunes, producen por su recíproca influencia una agravación significativa de cada una de ellas.

En defecto de una previsión específica para este tipo de secuelas bilaterales (tabla 2.A.1), la puntuación de las secuelas interagravatorias se valorará incrementando en un 10% la puntuación de la misma.

Si concurren varias secuelas interagravatorias se realizará previamente la fórmula Balthazar.

Por ejemplo si tenemos una secuelas interagravatoria de 12 puntos, se realizará el 10%, dando un total de 13,2 redondeado a 13 puntos en total.

Posteriormente realizaremos la formula Balthazar si se dan también secuelas concurrentes.

El artículo 100 del Baremo de Tráfico, regula las secuelas agravatorias de estado previo, es decir, es una secuela que ya estaba presente anteriormente y que se agrava a razón de una nueva.

Hay secuelas agravatorias de estado previo que tienen una puntuación específica ya asignada, y en defecto de tal previsión se aplica la siguiente fórmula:

$$(M - m) / [1 - (m/100)]$$

Siendo “M” la puntuación de la secuela actual y “m” la puntuación de la secuela preexistente.

Para calcular el resultado total de puntos en relación a las secuelas hay que agruparlas.

Primero calculamos los puntos de las secuelas concurrentes. Si hay varias realizaremos la formula Balthazar.

Luego calculamos los puntos de las secuelas interagravatorias, aumentando la puntuación en el 10% de las mismas. Si hay varias secuelas interagravatorias realizaremos primero la fórmula Balthazar, y posteriormente el 10%.

Para juntar la puntuación total de secuelas concurrente con la puntuación total de secuelas interagravatorias realizamos la fórmula Balthazar.

Finalmente, aplicaremos la fórmula de las secuelas agravatorias de estado previo, para obtener la puntuación de la mismas.

Para calcular el total, aplicaremos nuevamente la Formula de Balthazar, con la puntuación total de secuelas concurrentes e interagravatorias (M) y la puntuación de las secuelas agravatorias de estado previo (m).

Por otra parte (completamente independientes a las anteriores) tenemos el perjuicio estético de las secuelas, regulado en los artículos 101,102 y 103 del Baremo, que consisten en cualquier modificación que empeora la imagen de la persona, y se tiene constancia del mismo al finalizar el proceso de curación.

El perjuicio estético se valora y puntúa de forma separada al anterior, esto es, al perjuicio psicofísico. La diferencia con respecto a este último estriba en que, aunque el menoscabo en la imagen física del lesionado proceda de distintas secuelas, la

ponderación es siempre conjunta y se reconducirá a cualquier de los gratos mencionados en el artículo 102 del Baremo.

La puntuación del perjuicio estético se realiza en relación con el capítulo especial de la tabla 2.A.1, llevándose la puntuación establecida a la tabla 2.A.2 que fijará el valor económico.

El artículo 93 del Baremo de Tráfico define secuela como las deficiencias físicas, intelectuales, orgánicas y sensoriales y los perjuicios estéticos que derivan de una lesión y permanecen una vez finalizado el proceso de curación.

En este caso todavía no se ha finalizado el periodo de curación ya que la Sra. Morelli se encuentra todavía de baja, por lo tanto, a día de hoy es imposible la valoración de la indemnización por secuelas.

Por otra parte, además de las lesiones temporales y las secuelas, podemos tener en cuenta otros factores a la hora de cuantificar la indemnización, como por ejemplo:

- El Lucro Cesante, es decir, la ganancia que se ha dejado de obtener como consecuencia de las lesiones sufridas. Esto se traduce habitualmente en la diferencia salarial durante el tiempo transcurrido estando de baja laboral, o bien la diferencia salarial que se produciría en el caso de necesitar una reducción de jornada en el momento de reincorporación a la vida laboral.

Aparece regulado en el artículo 143 del Baremo de Tráfico.

- Daños Psicológicos, siempre constatados y valorados por un profesional, ya sean a través de informes médicos, informes periciales, informes privados de universidades, informes de médicos de renombre, entre otros.

- Pérdida de la Calidad de vida, en relación a los artículos 107, 108 y 109 del Baremo de Tráfico, traducido básicamente en el perjuicio moral ocasionado por las secuelas.

- Las circunstancias familiares, teniendo en cuenta si alguien depende de la Sra. Morelli, como por ejemplo si ha necesitado contratar a alguien para el cuidado de sus hijos.

- Traslados al hospital, costes de autobuses, taxis, etc..

-Compra de medicamentos o fármacos que debe tomar como consecuencias de la mala praxis

Es de vital importancia que todos y cada uno de los elementos que van a conformar la indemnización estén justificados y motivados con la finalidad de que no puedan desvirtuarse.

En base a las consideraciones contenidas en el presente Dictamen, y sobre el extremo objeto de Consulta, la Letrada que suscribe formula las siguientes

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.- En primer lugar, y en relación a la normativa aplicable, la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), en su capítulo IV, regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, concretamente en sus artículos 32 y siguientes.

SEGUNDA.- Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberemos dirigirnos contra la Administración Pública, y no contra el profesional sanitario en concreto. Ello sin perjuicio de que la Administración exija al personal a su servicio la responsabilidad de sus actos.

TERCERA.- La responsabilidad de la Administración Pública, en principio, debe ser objetiva, es decir, el sujeto que ha provocado el daño tiene que repararlo, haya concurrido culpa o no.

La única cuestión relevante es que se haya producido un daño fruto de la actuación de los servicios públicos, de manera que pueda imputarse a la administración las consecuencias del mismo.

Por lo tanto, sea el funcionamiento de la administración normal o anormal, si existe un daño fruto de una acción de la administración, habrá responsabilidad.

En la práctica, esta cuestión es más compleja, ya que la Administración Pública viene estableciendo una serie de límites a la hora de declarar la responsabilidad

patrimonial, concluyendo que solamente son indemnizables las actuaciones anormales de la administración.

Por lo tanto, para constatar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública necesitamos:

- Que se haya producido una lesión
- Que la lesión sea imputable a la administración (funcionamiento anormal o normal)
- Que exista una relación de causalidad entre la acción de la Administración y el hecho dañoso

En relación a la práctica, aunque la responsabilidad patrimonial tiene carácter objetivo, sería conveniente demostrar que el funcionamiento de la Administración ha sido anormal, o que el profesional no haya actuado con la diligencia debida (a pesar de que la Responsabilidad de la administración debe ser objetiva y abarcar tanto el funcionamiento normal como el anormal).

De todos los elementos mencionados anteriormente el nexo causal tiene especial relevancia, es la base más sólida para constatar la existencia de responsabilidad patrimonial.

CUARTA.- Es el perjudicado el que debe soportar la carga de probar la relación de causalidad. Teóricamente, y puesto que la responsabilidad debería ser objetiva, el perjudicado tendría que probar el daño producido y la relación de causalidad, pero en la práctica es muy recomendable que se pruebe también la negligencia o falta de profesionalidad de los servicios sanitarios, para constatar un funcionamiento anormal.

QUINTA.- Ante los daños ocasionados por los servicios sanitarios, podemos interponer una solicitud de indemnización ante los órganos correspondientes y, posteriormente, si nuestra solicitud se ve desestimada o abarcada por el silencio administrativo negativo, entonces acudiremos a la vía judicial.

En vía judicial, la jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial, es la Contencioso Administración, tal y como establece la LOPJ en su artículo 9 apartado 4 y el artículo 2 apartado e) de la LRJCA.

SEXTA.- Las causas más habituales de reclamaciones judiciales por responsabilidad patrimonial en relación a la mala praxis médica son 3: los errores diagnósticos, los errores terapéuticos y los errores de prevención.

Los errores diagnósticos, hacen referencia a errores muy claros y evidentes, como pueden ser: diagnósticos erróneos, falta de realización de pruebas, altas hospitalarias indebidas o seguimientos postoperatorios incorrectos.

Los errores terapéuticos consisten en fallos en la medicación, indicaciones terapéuticas incorrectas, maniobras quirúrgicas incorrectas, resultados insatisfactorios u olvidos de materiales quirúrgicos en el cuerpo del paciente.

Los errores de prevención incluyen pruebas preoperatorias incorrectas. Habitualmente los errores de prevención muestran énfasis en el consentimiento informado.

SÉPTIMA.- El consentimiento informado consiste en una conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que va a afectar a su persona física y/o salud.

Es un concepto basado en la autonomía del paciente, pero a su vez, es un concepto que permite exonerar a la Administración de responsabilidad.

En el consentimiento informado, debe incluirse una descripción detallada de las posibles consecuencias de la intervención médica, entendiéndose como tales aquellas que están relacionadas con las circunstancias personales del paciente.

Por lo tanto deben conocerse en detalle las circunstancias personales del paciente para poder emitir una información completa, veraz y detallada.

Es muy importante el artículo 10 de la LAP, relativo a la información que debe contener el consentimiento informado para que pueda considerarse válido.

De manera que, si la información contenida en el consentimiento informado no se ajusta a la realidad, siendo esta incompleta o errónea, no exonera de responsabilidad a la Administración en relación a los daños producidos en la prestación de los servicios sanitarios.

OCTAVA.- En lo relativo a los protocolos médicos, son una serie de recomendaciones o directrices encaminadas a dirigir la actitud y los pasos a seguir ante un problema de salud, con la finalidad de dar un diagnóstico correcto.

Lo conveniente sería solicitar un dictamen para comprobar fehacientemente si existe un protocolo, y en su caso, si se ha seguido o no.

Sin embargo, los protocolos no son cerrados, es decir, se tienen en cuenta múltiples factores a la hora de actuar en relación a un cuadro clínico. Cada facultativo puede actuar de una manera u otra, dándose actuaciones diferentes y no por eso equivocadas.

Consecuentemente, el cumplimiento de los protocolos no supone una garantía de que la administración no vaya a estar exenta de responsabilidad, ya que el protocolo puede estar desactualizado no correspondiéndose con la realidad actual.

NOVENA.- Por último, y en relación a la cuantificación de los daños sufridos, hay que valorar dos aspectos principales: la incapacidad temporal y las secuelas.

La incapacidad temporal comienza desde el momento en el que se producen los daños y finaliza con la estabilidad personal del perjudicado.

En ella habrá que valorar:

- El perjuicio personal básico, que se trata del perjuicio desde la ocurrencia del daño hasta la estabilización final (30 € por día)

- El perjuicio personal particular, que se divide en muy grave, grave o moderado, además, en este apartado hay que incluir la cuantía en relación a la operación quirúrgica que se lleva a cabo como consecuencia de los daños (400 – 1.600 €).

El perjuicio muy grave vienen siendo la estancia en la Unidad de Cuidados Intensivos (100 € día).

El perjuicio grave está compuesto por los días de estancia hospitalaria (75€ día), y el perjuicio moderado (52€ día) consiste en los días de baja laboral.

El perjuicio personal particular incluye en sus cuantías el perjuicio personal básico.

Por otra parte, tenemos que entrar a valorar las secuelas.

Si tenemos una única secuela acudiremos a la Tabla 2.A. 1 del Baremo de Tráfico, en la cual aparece indicado el número de puntos por cada secuela en relación a su localización corporal, y con la totalidad de los puntos de la secuela acudiremos a la Tabla 2.A.2 del baremo, la cual fija la cuantía de la indemnización.

Para el caso de que las secuelas sean concurrentes (varias secuelas que derivan del daño) tendremos que atender al procedimiento establecido en el fundamento de derecho noveno.

Habrà que prestar especial atención a las secuelas concurrentes, que pueden dividirse en secuelas intergravatorias y secuelas agravatorias de estado previo.

Dependiendo del carácter de la secuela habrá que aplicar una fórmula u otra para determinar con precisión la cuantía de la indemnización¹³.

Por otra parte, y completamente independientes a las secuelas mencionadas en los párrafos anteriores tenemos el perjuicio estético de las secuelas, que consiste en cualquier modificación que empeora la imagen física de la persona.

La puntuación del perjuicio estético se realiza en relación con el capítulo especial de la tabla 2.A.1, llevándose la puntuación establecida a la tabla 2.A.2 que fijará el valor económico.

¹³ Todo el proceso para la determinación de la cuantía en relación a las secuelas está explicado detalladamente en el fundamento de derecho noveno.

Además de las lesiones temporales y las secuelas, tenemos que tener en cuenta otros factores a la hora de realizar la cuantificación de los daños producidos tales como: el lucro cesante, daños psicológicos, pérdida de la calidad de vida, circunstancias familiares, traslados, entre otros.

Todos y cada uno de los elementos que conforman la cuantía de la indemnización deben estar motivados y constatados a modo de respaldo y justificación, ya sea a través de informes médicos, facturas, partes de urgencias o cualquier otro medio de justificación.

Este es mi dictamen que somete a cualquier otro mejor fundado en Derecho, en Zaragoza a 13 de Diciembre de 2019.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- PECES MORATE, Jesús (2005): “La responsabilidad administrativa. El nexo causal. Últimas orientaciones jurisprudenciales”, En *Revista Cuadernos de derecho local*, Número 8, 2005, págs. 75-83
- PROF. ALONSO PEREZ, M^a Teresa (2018): Apuntes en Responsabilidad Civil Sanitaria, Máster Universitario en Abogacía.
- MARTINEZ GALLEG0, Eva María (2014): “Análisis jurídico consentimiento informado”, en *Revista Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar / Eugenio Llamas Pombo (dir.)*, 2014, págs. 97-205
- DE LORENZO, Ofelia (2015): “Naturaleza jurídica de la relación médico – paciente”. En revista *Actualidad civil*, N° 9, 2015, págs. 32-53
- REQUERO IBÁÑEZ, José Luis (2002): “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las administraciones”. En revista *Actualidad administrativa*, N° 31, 2002, págs. 889-943
- MONTAÑES CASTILLA, Lourdes Yolanda (2011): “Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria”. La Ley Digital 14170/2011
- SOTO NIETO, Francisco (2003): “El seguro obligatorio de responsabilidad profesional sanitaria. En revista *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*., N° 5, 2003, págs. 1778-1787.
- Dir. GALLARDO CASTILLO, María Jesús; Coord. CRUZ BLANCA, María José. *La responsabilidad jurídico – sanitaria*, edición nº 1, Madrid Editorial LA LEY, Marzo de 2011.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge (2015): “La causalidad como elemento de la acción” en *Apuntes de Derecho Penal Parte General*, Lección 6.

VII. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia 2103/2019, de Valencia de 21 de marzo de 2019; N° Rec 388/2016; N° Res 247/2019; CENDOJ Roj: STSJ CV 2103/2019 - ECLI: ES:TSJCV:2019:2103

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia 2978/2004, de Valencia de 27 de Mayo de 2004; N° Rec 1113/2002; CENDOJ Roj: STSJ CV 2978/2004 - ECLI: ES:TSJCV:2004:2978

- Sentencia del Tribunal Supremo 359/2003 de 25 de Enero de 2003; Núm Rec 7926/1998; CENDOJ Roj: STS 359/2003 - ECLI: ES:TS:2003:359

- Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social de Madrid 2958/1991 de 5 de junio de 1991; CENDOJ Roj: STS 2958/1991 - ECLI: ES:TS:1991:2958

- Sentencia del Tribunal Supremo 4738/1996 de la Sala de lo Civil de 31 de julio de 1994, N° Rec 3558/1992; N° Res 695/1996; CENDOJ Roj: STS 4738/1996 - ECLI: ES:TS:1996:4738

- Sentencia del Tribunal Supremo 2377/2004 de 6 de abril de 2004; Núm Rec 3560/1999; CENDOJ Roj: STS 2377/2004 - ECLI: ES:TS:2004:2377

- Sentencia del Tribunal Supremo 2608/1999 de la Sala de lo Social de Madrid de 19 de Abril de 1999; N° Rec 1430/1998; CENDOJ Roj: STS 2608/1999 - ECLI: ES:TS:1999:2608