



doctrina

La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: acción directa y pérdida de oportunidad

Alberto J. Tapia Hermida
Catedrático de Derecho Mercantil
Abogado

Sumario

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA Y SU ASEGURAMIENTO. ASPECTOS GENERALES

A) EL INCREMENTO RECÍPROCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA Y DE SU NECESARIO ASEGURAMIENTO.

B) LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA

1. Tipos de responsabilidad civil sanitaria

1.1. La responsabilidad civil sanitaria derivada de ilícitos civiles o de ilícitos penales

1.2. La responsabilidad civil derivada del mal funcionamiento de los servicios sanitarios.

2. Requisitos para reclamar la responsabilidad civil sanitaria

2.1. El acto médico no ajustado a la diligencia profesional.

a) La obligación de medios y la «lex artis ad hoc»

b) El consentimiento informado del paciente

c) La distinción entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva

d) La distinción entre el momento del diagnóstico y el momento del tratamiento, la prescripción de medicamentos o la intervención quirúrgica

2.2. El daño evaluable patrimonialmente.

2.3. La relación de causalidad eficiente entre el acto doloso o negligente del médico implicado y el daño reclamado

2.4. El problema de la carga de la prueba

II. LA ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO EN EL “CRUCE DE CAMINOS” DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) LA SENTENCIA NÚM.321/2019, DE 5 DE JUNIO, DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. El supuesto de hecho
2. El conflicto jurídico

B) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA

1. El alcance de la autonomía de la acción directa prevista en el artículo 76 de la LCS
2. Las posibles vías de actuación del perjudicado cuando ocurre un siniestro por el que pudiese exigirse responsabilidad patrimonial a una Administración sanitaria
3. El valor que se debe dar a la resolución dictada por la Administración dentro del procedimiento incoado contra la aseguradora ante la jurisdicción civil, al amparo del art. 76 LCS

III. LA DOCTRINA DE LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD”

A) ÁMBITO, FINALIDAD Y ESTRUCTURA LÓGICA

1. El ámbito de la responsabilidad civil profesional, en particular, médica
2. La finalidad tuitiva del paciente
3. La estructura lógica de la doble incertidumbre sucesiva

B) APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” POR LA JURISPRUDENCIA CIVIL

1. El caso de la mano amputada. Sentencia de 10 de octubre de 1998
2. El caso del atragantamiento por papilla. Sentencia de 19 de febrero de 2019

C) APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” POR LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. El caso del retraso en el estudio neumológico del paciente que fallece por un carcinoma. La Sentencia de 27 de septiembre de 2011
2. El caso del diagnóstico tardío de un aneurisma. La Sentencia de 2 de enero de 2012
3. El caso de la falta de pruebas de la tensión arterial. La Sentencia de 13 de enero de 2015



I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA Y SU ASEGURAMIENTO. ASPECTOS GENERALES

A) EL INCREMENTO RECÍPROCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA Y DE SU NECESARIO ASEGURAMIENTO.

Conviene dar comienzo a este estudio constatando que, en el ámbito de la responsabilidad civil médica y de su seguro, se observa una tendencia que -como una auténtica “ley de hierro”- afecta a la generalidad de los seguros de responsabilidad civil comunes y, en particular, a los que cubren la responsabilidad civil profesional. Así, en términos generales, vemos como, en las sociedades desarrolladas, se extiende, día tras día, una suerte de “*cultura de la reclamación*” que se manifiesta, entre otras formas, mediante un incremento sostenido de las reclamaciones de responsabilidad civil a los profesionales y ello tanto en sentido cuantitativo, porque cada vez es mayor el número de tales reclamaciones y su cuantía; como en sentido cualitativo, porque la responsabilidad civil tanto empresarial como profesional tiende a objetivarse como consecuencia de la mera explotación de dichas actividades empresariales y profesionales. Observamos, por lo tanto, que en este ámbito se da la “*interferencia recíproca de la evolución de la responsabilidad civil y su seguro*” que se ocupó de destacar el maestro Fernando Sánchez Calero¹ y, conforme a la cual podemos anticipar un desarrollo de los seguros de responsabilidad civil profesional conforme a la dinámica creciente de lo que podríamos denominar “*la espiral de la responsabilidad civil y su aseguramiento*” porque, en el ámbito en el que operan estos seguros² día tras día, se incrementan las exigencias de responsabilidad civil de los distintos profesionales (por ejemplo, médicos, abogados, auditores, administradores de sociedades, etc.³). Y ello causa que estos

¹ A esta “*interferencia recíproca de la evolución de la responsabilidad civil y su seguro*” se refería el Maestro Fernando Sánchez Calero, en su comentario al art.73 de la LCS en Sánchez Calero F. (Dir.) y otros, “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”, 4ª Edición, Cizur Menor 2010, p.1594 y ss. Ver, asimismo, Garrigues, J., “L’assicurazione della responsabilità civile totale nel diritto spagnolo”, A.S.S., I, 1963, pág. 295 y ss.

² Ver Salelles, J. R., “Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional”, R.D.M. 245, 2002, pág. 1125 y ss.

³ Sobre este último tipo de seguro, de creciente importancia práctica, ver Sánchez Calero, F., “El seguro de responsabilidad civil para administradores, directivos y gerentes de sociedades mercantiles”, RES nº.107, 2001, pág. 393 y ss.; Roncero Sanchez, A., “El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo)”, Cizur Menor 2002; Fernández del Moral Domínguez,

profesionales suscriban sus respectivos seguros de responsabilidad civil cada vez con mayor frecuencia y por sumas aseguradas crecientes. Y, a su vez, estas mayores coberturas incentivan que los terceros perjudicados por los actos u omisiones de aquellos profesionales presenten reclamaciones con mayor frecuencia y por sumas más elevadas. Reclamaciones facilitadas por la consciencia de que disponen de acciones directas contra los aseguradores de aquella responsabilidad civil profesional. Lo que, a la postre, genera la espiral creciente que hemos señalado porque se genera un incremento del riesgo de responsabilidad civil profesional y de la necesidad de asegurarlo⁴.

En el caso de la responsabilidad civil médica y sanitaria, la contemplación de la realidad más reciente nos dice que no escapa a la regla general que hemos descrito de incremento del riesgo de reclamaciones de su responsabilidad civil y, por ello, de la necesidad de su aseguramiento. En este sentido, la experiencia de los últimos ejercicios muestra una tendencia creciente del número de reclamaciones tanto a nivel cuantitativo como cualitativo.

B) LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA

1. Tipos de responsabilidad civil sanitaria

1.1. La responsabilidad civil sanitaria derivada de ilícitos civiles o de ilícitos penales

La jurisprudencia civil nos muestra que la responsabilidad civil médica se ha articulado tanto en forma contractual, conforme al artículo 1101 del Código Civil; como en forma extracontractual conforme al artículo 1902 del mismo Código Civil. Con la consiguiente repercusión en los respectivos plazos de prescripción de las acciones: 1 año o 5 años.

En cuanto interesa a la responsabilidad civil derivada de delito, procede destacar tres

J.F., “El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D&O)”, Granada 1998 y Guerrero Lebrón, “El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos”, Madrid 2004. Recientemente, puede verse el estudio de Sánchez-Calero Guilarte, J./Tapia Hermida, A.J., sobre “La responsabilidad civil derivada de los delitos de los administradores y directivos de sociedades y su aseguramiento: reflexiones sobre la jurisprudencia reciente” publicado en *LA LEY MERCANTIL* nº 10, Sección banca y seguros (enero 2015), pp. 84 y ss.

⁴ Sobre esta tendencia expansiva del seguro de responsabilidad civil pueden verse las siguientes obras: AA.VV., “Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio”, (Coord. Moreno Martínez, J.A.), Madrid 2000 y AA.VV., “Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa” (Dir. Sánchez Calero, F.) Madrid 1994.

aspectos generales que son: Primero, el que establece el principio mismo de imputación accesoria al autor del delito o falta, responsable penal de aquella; de esa responsabilidad civil derivada de delito o falta en el artículo 116 del Código Penal⁵. Segundo, el que señala que esta responsabilidad civil derivada de delito se enjuicia por la Jurisdicción criminal, aplicando las reglas generales del Derecho común que establece el Código Civil, como así lo tiene establecido la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo⁶. Tercero, el que establece la responsabilidad civil directa de los aseguradores de la responsabilidad civil, extremo este particularmente relevante a los efectos de esta Conferencia y con vistas al siguiente epígrafe sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil médica, porque los presuntos perjudicados pueden y suelen reclamar la responsabilidad civil directa de los aseguradores conforme al artículo 117 del Código Penal⁷.

1.2. La responsabilidad civil derivada del mal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Se trata de una responsabilidad civil objetiva conforme establece el art. 148 de la Ley del Consumidor⁸ cuando dispone -dentro del régimen general de responsabilidad civil

5 Este precepto dispone: *"1. Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno. 2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. a responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno. 3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos"*.

6 V. Sánchez-Calero Guilarte, J./ Tapia Hermida, A.J., "La responsabilidad civil derivada de los delitos de los administradores y directivos de sociedades y su aseguramiento: reflexiones sobre la jurisprudencia reciente" La Ley Mercantil nº 10, Sección banca y seguros (enero 2015), pp. 84 y ss.

7 Este precepto dispone: *"Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda"*.

8 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.

por bienes o servicios defectuosos- un régimen especial que afecta, en todo caso, a los servicios sanitarios⁹.

El Tribunal Supremo tiene declarado que este régimen no resulta de aplicación a la responsabilidad civil médica en particular, sino a la que deriva de aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica en sentido estricto.

2. Requisitos para reclamar la responsabilidad civil sanitaria

La jurisprudencia pone de manifiesto que el éxito de toda demanda de responsabilidad civil médica exige que el demandante acredite los tres requisitos comunes a toda reclamación de responsabilidad civil¹⁰ que son:

2.1. El acto médico no ajustado a la diligencia profesional.

El primero de los requisitos es la comisión de un acto no ajustado a la diligencia profesional exigible (*lex artis*) que sea imputable al médico o, en general, al personal sanitario en concepto de dolo o culpa, grave o leve. A este respecto, el análisis de la jurisprudencia sobre responsabilidad civil médica permite identificar un conjunto de criterios generales para valorar la diligencia profesional exigible al médico de los que nos ocupamos a continuación.

a) La obligación de medios y la «*lex artis ad hoc*»

Desde la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073) se sostiene que el contrato médico-

9 Dice el precepto citado: *"Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros"*.

10 V. Blázquez Martín, R., "La responsabilidad civil de los profesionales jurídicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Diario La Ley, Nº 9093, Sección Dossier, 4 de diciembre de 2017, pág.19 y ss.

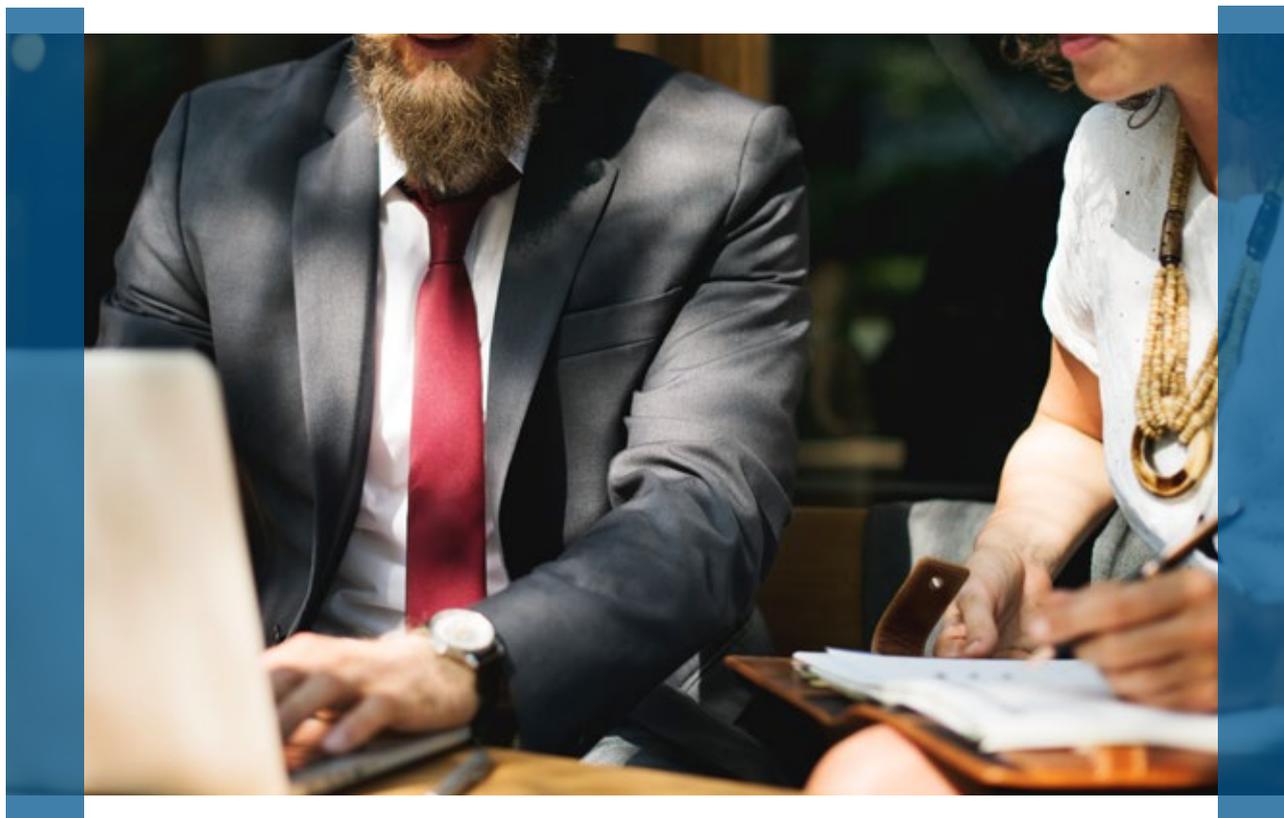
paciente es de arrendamiento de servicios y no de obra y que la actuación del médico se rige por la «lex artis ad hoc».

b) El consentimiento informado del paciente

Al deber médico de utilizar los medios adecuados a la ciencia tanto en el diagnóstico como en el tratamiento de la enfermedad, se une -tanto en la medicina curativa como en la medicina satisfactiva- la obligación de informar al paciente sobre el diagnóstico, el pronóstico y las opciones de tratamiento y, en particular, sobre cómo va a efectuarse este último, su duración y los riesgos inherentes. Y todo ello para que pueda ejercer su derecho fundamental a la libertad, optando entre tratarse o no, entre el centro médico elegido, etc., etc. En este sentido, podemos destacar la Sentencia n.º 447/2001 de 11 mayo de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (RJ 2001\6197) que destaca la raíz constitucional de este deber/derecho de información¹¹. De tal

se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado (S 25-4-1994). Asimismo, se ha expuesto que «...la información del médico preceptiva para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10,1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 1,1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias -Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio (RTC 1989, 132) - en el artículo 9,2, en el 10,1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo, regulado por la Ley General de Sanidad y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE

¹¹ En su Fundamento de Derecho Séptimo dice: "Sobre el deber/derecho de Información aludido, se subraya que consistirá en informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde



manera que se produce una suerte de regla de proporcionalidad directa conforme a la cual: cuanto mayor rango jurídico tiene un derecho (en este caso, el derecho de información del paciente), se produce una mayor exigencia en el cumplimiento del deber correlativo (en este caso, en el deber del médico de informar).

c) La distinción entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva

En la medicina curativa -que es aquella necesaria por estrictos motivos de salud (por ejemplo, un tratamiento contra el cáncer o una operación por fractura ósea)- la jurisprudencia constante y reiterada nos dice que la obligación del médico -tanto si procede de contrato como si es extracontractual- debe considerarse de actividad o medios y no de resultado, aplicando en todo caso la *lex artis ad hoc*. En este sentido, podemos destacar la Sentencia n.º 495/2006 de 23 mayo de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (RJ 2006\3535)¹².

En la medicina satisfactiva -que es aquella voluntaria destinada a mejorar algún aspecto de la vida del paciente (por ejemplo, una intervención de cirugía estética)- la jurisprudencia toma en consideración si, en el caso concreto, se ha asegurado previamente un resultado. En este último supuesto se habla de una obligación de medios acentuada. En este sentido, podemos destacar la Sentencia núm. 349/1994 de 25 abril de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (RJ 1994\3073) que se pronuncia en este sentido ante un caso de *“transformación de una actividad biológica -la actividad sexual-, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad*

forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos» (Sentencia 12-I-2001 [RJ 2001, 3]). En la propia Carta 2000/CE 364/01, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 3, se prescribe respecto a la integridad de la persona: «1.- Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2.- En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley...»

¹² En su Fundamento de Derecho Tercero dice: *“Es cierto que esta Sala funda la responsabilidad derivada de actos de naturaleza médica en establecimientos de carácter público en la culpa o negligencia como base de la responsabilidad extracontractual y que la obligación de diligencia del personal médico, como deber de actuación y no de resultado, se funda en el cumplimiento de la llamada lex artis ad hoc. La lex artis ad hoc, sin embargo, como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, no sólo comporta el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias”.*

*de acudir a otros métodos anticonceptivos”*¹³.

d) La distinción entre el momento del diagnóstico y el momento del tratamiento, la prescripción de medicamentos o la intervención quirúrgica

En cuanto a la responsabilidad médica por error en el diagnóstico de la enfermedad sufrida por el paciente al no adoptar los medios o emplear las técnicas adecuadas según el estado actual de la ciencia, cabe destacar la Sentencia n.º 1202/2002 de 18 diciembre del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) (RJ 2003\47) que califica de acto médico negligente la *“omisión de la utilización de un instrumento tan eficaz como el ecocardiógrafo para detectar la existencia de cardiopatías morfológicas o congénitas”*¹⁴.

¹³ En su Fundamento de Derecho Tercero dice: *“Si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica -la actividad sexual-, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente -que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención. Cuarta: Que, por lo que se refiere al presente supuesto, habida cuenta de que la resolución recurrida sienta como fundamento fáctico de su fallo, no combatido con éxito en esta vía de casación, que el demandado recurrente no acreditó haber hecho llegar al actor recurrido la información necesaria que le condujera a evitar que la reanudación de su vida matrimonial en forma normal condujera al embarazo de su esposa, obvio es que aquél incumplió sus obligaciones médicas, por lo que el acto médico puede calificarse de negligente, pudiéndose producir, como consecuencia de ello, la correcta aplicación del mecanismo reparador que, para los daños producidos por las conductas contractuales, prevén los artículos 1101 y 1104 del Código Civil y sin que, por el contrario, al no poderse calificar el acto como fortuito, quepa aplicar el precepto del artículo 1105 del mismo Cuerpo Legal, como pretende el motivo primero, que debe, igualmente, ser rechazado”.*

¹⁴ En su Fundamento de Derecho Tercero dice: *“Con seguimiento de la posición mantenida por la STS de 11 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2415) , procede manifestar que la omisión de la utilización de un instrumento tan eficaz como el eco-*

En cuanto a la responsabilidad médica por error en el tratamiento de la enfermedad

cardiógrafo para detectar la existencia de cardiopatías morfológicas o congénitas, constituye sin duda un descuido bien precisado por la Audiencia, con el resultado dañoso seguido y la posibilidad de haberlo evitado, si se hubiera actuado con la diligencia sanitaria normal en tales casos, por lo que la culpa o negligencia surge con dotación de la suficiente causalidad, en virtud de que no se realizaron las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación más coherente de la deontología médica y del sentido común humanitario para tales supuestos (STS de 6 de julio de 1990 [RJ 1990, 5780]), y hubieran podido conseguir, mediante un diagnóstico en el preoperatorio, salvar o aminorar los efectos de la dolencia sobrevenida a la paciente”.

sufrida por el paciente al no adoptar los medios o emplear las técnicas adecuadas según el estado actual de la ciencia, podemos destacar la Sentencia n.º 318/2002 de 14 noviembre de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2ª) (AC 2003\275) que declara la responsabilidad médica en el caso de una intervención de ligaduras de trompas en la que la mujer se quede embarazada a los tres meses de realizarse dicha intervención¹⁵.

¹⁵ En su Fundamento de Derecho Cuarto dice: “En cuanto a la segunda cuestión, que es la relativa a la responsabilidad del apelante, se ha de señalar, que, conviene destacar



2.2. El daño evaluable patrimonialmente.

El segundo requisito para el éxito de una reclamación de responsabilidad civil médica consiste en que el demandante acredite la generación de un daño evaluable patrimonialmente en el reclamante o en sus herederos.

2.3. La relación de causalidad eficiente entre el acto doloso o negligente del médico implicado y el daño reclamado

El tercer requisito para el éxito de una reclamación de responsabilidad civil médica consiste en que el demandante acredite la relación de causalidad eficiente entre el acto doloso o negligente del médico implicado y el daño reclamado.

2.4. El problema de la carga de la prueba

Es un factor procesal común a los tres requisitos expuestos el problema de la carga de la prueba porque la jurisprudencia descarta la existencia de una responsabilidad objetiva, así como la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en contra del médico. Por ello, el paciente o sus familiares deberán probar tanto la realidad de los hechos como el nexo causal existente entre la conducta negligente del facultativo y el daño sufrido conforme a lo dispuesto en el art. 217 LEC. En este sentido, podemos destacar la Sentencia n.º 616/2003 de 25 junio de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (RJ 2003\4261) que descartó

la STS de 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073) , que si bien sigue sosteniendo que el contrato médico-paciente es de arrendamiento de servicios y no de obra, y que la actuación del médico se rige por la «lex artis ad hoc», añade: «que si las anteriores obligaciones o medidas pueden practicarse en los supuestos en los que la persona acuda a la misma para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en aquellos otros en los que la medicina tiene carácter meramente voluntario (cirugía estética, o como en el caso de autos, vasectomía) el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios (que obliga al médico a una obligación de medios) se aproxima ya de forma notoria al de arrendamiento de otra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que si así no sucediera es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada». Llegados a este punto, la prueba pericial practicada, extensa en su contenido y conocimientos sobre la materia, contiene una afirmación, que es básica para la resolución de este problema, siendo ésta, lo improbable, extraordinario y dificultoso que resulta tras una intervención de ligaduras de trompas, que una mujer se quede embarazada a los tres meses de realizarse dicha intervención ya que en los casos en los que la recanalización de las trompas es la causa del fallo (causa esta, que es la que depende de la naturaleza), pasan habitualmente una serie de años antes de que se produzca el embarazo, de unos 2 a 5 años. De todo ello, se ha de concluir afirmando que la intervención quirúrgica a la que fue sometida la actora, fue realizada de forma incorrecta para la obtención del resultado por ella pretendido.”

la responsabilidad del médico por considerar probada la corrección del acto médico de un doctor que fue demandado porque se informó de la situación de la enferma por lo manifestado por ella y sus familiares y comprobó que tenía un dolor epigástrico. De modo tal que no sólo le tomó el pulso y la auscultó, sino que examinó sus vómitos y le prescribió un tratamiento. De modo tal que, dejándola mejorada, le aconsejó que visitara a su especialista al día siguiente. Por ello, si posteriormente se presentó un infarto sería algo sobrevenido tras la mejora de la enferma; sin que exista nexo causal alguno entre la actuación del galeno y el resultado fatal posteriormente acaecido¹⁶.

II. LA ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO EN EL “CRUCE DE CAMINOS” DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) LA SENTENCIA NÚM.321/2019, DE 5 DE JUNIO, DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

¹⁶ Que en su Fundamento de Derecho Segundo dice: “La obligación médica, según reiterada doctrina de esta Sala, se concreta en proporcionar al enfermo los cuidados que requiere, según el estado de la ciencia y de la denominada «lex artis ad hoc», es decir, tomando en consideración el caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que tenga lugar sentencia de 31 de julio de 1996 (RJ 1996, 6084) . Asimismo, que la obligación contractual o extracontractual del médico, es una obligación de medios y en la valoración de su conducta queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere tampoco la inversión de la carga de la prueba, estando a cargo del paciente o familiares la prueba de la culpa y la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer relación de causalidad culposa, por depender de la misma el resultado dañoso sentencias de 26 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2824) , 12 de junio de 1988 SIC, 7 de febrero de 1990 (RJ 1990, 668) , 8 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3585) , 20 de febrero (RJ 1992,1326) y 13 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7547) , 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9096) , 26 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7303) y un largo etcétera. La corrección del acto médico está fuera de duda, el demandado se informó de la situación de la enferma por lo manifestado por ella y sus familiares y comprobó que tenía un dolor epigástrico; no en el pecho, como han querido afirmar los recurrentes, tras su asesoramiento letrado, como recoge la sentencia del Juzgado en su fundamento jurídico cuarto. Y, no sólo le tomó el pulso y la auscultó, sino que examinó sus vómitos y le prescribió un tratamiento y dejándola mejorada y aconsejando visitara a su especialista al día siguiente. Ha cumplido el médico cuanto le prescribía la «lex artis ad hoc». No existía entonces dolor alguno de pecho, ni otra sintomatología que revelase el «supuesto infarto de miocardio», al punto de mejorar tan notoriamente que recuperó toda su lucidez y durmió plácidamente. Si luego se presentó un infarto, lo que no está acreditado, es algo sobrevenido tras la mejora de la enferma de su real padecimiento. No existe nexo causal alguno sobre la actuación del galeno y el resultado fatal posteriormente acaecido y no podía determinarse durante su visita la existencia del supuesto infarto porque toda la sintomatología, pese a los esfuerzos y dislocamientos dialécticos del motivo, apuntaba a una dolencia gástrica”.

Esta Sentencia núm.321/2019, de 5 de junio, del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo¹⁷ fija doctrina jurisprudencial clarificadora sobre algunos aspectos esenciales que afectan al ejercicio de la acción directa del perjudicado en el complejo “cruce de caminos” de la jurisdicción civil y de la contencioso-administrativa que se pueden resumir diciendo que la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite máximo cuantitativo del derecho de repetición contra la aseguradora.

1. El supuesto de hecho

El supuesto de hecho del litigio surgió de una intervención de mentoplastia y lipofiling realizada, en el mes de mayo de 2012, al paciente Sr. X; constando acreditada en autos una mala praxis médica concretada en tres aspectos: falta de consentimiento informado de la cirugía maxilofacial a la que fue sometido; deficiente examen post-operatorio de la herida quirúrgica; e indebida actuación una vez detectada la insuficiencia respiratoria del paciente. Esta última actuación que le causó unos daños cerebrales irreversibles, siéndole reconocida una discapacidad de un 100%.

2. El conflicto jurídico

El conflicto jurídico se desarrolló en las siguientes fases:

a) El 7 de agosto de 2012, el Sr. X junto con otros familiares, interpusieron reclamación patrimonial contra la Administración sanitaria, recayendo resolución administrativa que estimó la reclamación de daños y perjuicios formulada, reconociéndoles el derecho a percibir una indemnización total actualizada por importe de 334.684, 66 euros por los daños y perjuicios ocasionados. Aquella resolución devino firme por cuanto quienes presentaron la reclamación patrimonial -que coinciden con los actores de la acción civil- no la impugnaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa que puso término al expediente el 3 de septiembre de 2014.

b) El 15 de enero de 2014, el Sr. X junto con otros familiares interpusieron demanda contra la aseguradora de responsabilidad civil sanitaria en reclamación de 1.289.567,62 euros, más los intereses del artículo 20 LCS, como indemnización por daños y perjuicios, a resultas de la negligente atención médica prestada. Resulta esencial recordar que esta acción civil se ejercitó cuando el expediente administrativo se encontraba en trámite, ya avanzado y con informe emitido por el inspector médico.

c) El 29 de julio de 2015, el Juzgado de Primera Instancia n.º 67 de Madrid dictó sentencia que, estimando sustancialmente la demanda, condenó a la aseguradora a pagar la cantidad de 735.972,75 euros; con los intereses de demora previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro, hasta su completo pago.

d) El 27 de junio de 2016, la sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia desestimando el recurso de apelación de la aseguradora demandada y estimando parcialmente la impugnación formulada por la parte actora señalando que también la suma de 334.684,66 euros devengaría los intereses del artículo 20 de la LCS desde la fecha del siniestro hasta la fecha de consignación.

e) La aseguradora interpuso recurso de casación sobre la base de dos tipos de infracciones legales: por una parte, sostuvo que la Sentencia de apelación infringía los artículos 1137, 1144 y 1145 del Código Civil y los artículos 73 y 76 de la Ley del Contrato de Seguro al no respetar la declaración de responsabilidad de la Administración asegurada que devino firme e inatacable con carácter previo a que se dictase la sentencia de primera instancia habiendo procedido al pago de la misma; y, por otra parte, la sentencia de apelación infringía los apartados 2, 6 y 7 del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, al imponer los intereses moratorios desde el siniestro hasta la fecha de sentencia sin tener en cuenta que la aseguradora procedió a consignar el importe mínimo previsto legalmente.

B) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA

La Sentencia núm.321/2019, de 5 de junio, del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo que comentamos decide en su fallo estimar el recurso de casación interpuesto por la aseguradora contra la sentencia dictada con fecha 18 de abril de 2016 por la Audiencia Provincial de Barcelona, (sección 14.ª); casar

¹⁷ Recurso de Casación núm. 2992/2016; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz; RJ 2019\2213. P.D.: Sobre esta Sentencia puede verse el comentario de Badillo Arias, J.A., en la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro n.º 70. Segundo Trimestre. Año 2019, pp. 89 y ss. y la entrada de nuestro blog (ajtapia.com) de 30.09.2019 sobre “Seguro de responsabilidad civil sanitaria. Acción directa del perjudicado en el “cruce de caminos” de la jurisdicción civil y contencioso-administrativa. Sentencia núm.321/2019, de 5 de junio, del Tribunal Supremo”.



la sentencia recurrida, que se deja sin efecto; y con revocación de la de primera instancia, estimar parcialmente la demanda, al quedar limitada la condena a la suma fijada en la resolución administrativa (334.684, 66 euros), que devengará los intereses del art. 20 de esta suma desde la fecha del siniestro hasta la fecha de su consignación. El Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo llega a este fallo en un razonamiento que recopila y fija doctrina jurisprudencial en los tres aspectos siguientes

1. El alcance de la autonomía de la acción directa prevista en el artículo 76 de la LCS

En este punto, el apartado 3 del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia comentada, partiendo de la base de la aceptación, por la aseguradora recurrente, del carácter autónomo de la acción directa prevista en el artículo 76 de la LCS expone dos aspectos esenciales para la interpretación del precepto:

a) En primer lugar, la posición de la doctrina científica¹⁸ diciendo: *“Se ha afirmado que la acción directa es una acción autónoma que nada tiene que ver con la acción subrogatoria, pues el perjudicado no se subroga en los derechos del asegurado, sino que su derecho nace de un modo indirecto y por disposición legal de un contrato de seguro al que en principio es ajeno.(...) El derecho del tercero perjudicado frente al asegurador goza de autonomía profunda respecto al que aquel tiene frente al asegurado causante del daño, pues se trata de derechos diversos, que no deben confundirse. (...) Al día de hoy es doctrina pacífica que la acción directa no es subsidiaria de la acción contra el responsable sino que goza de autonomía procesal y que para ejercitarla no es preciso que se sustancie previamente la reclamación en vía administrativa, pues precisamente una de las ventajas de dicha acción, que a su vez constituye su fundamento, es evitar esa reclamación previa y la sumisión a la autotutela decisoria y las dilaciones que tal actuación previa conlleva. (...) Ahora bien, la parte recurrente sí pone el acento en que la premisa de la responsabilidad del asegurado es un presupuesto técnico de la acción directa, pues la aseguradora no responde por el hecho de otro (artículo 1903 CC) sino por la responsabilidad de otro.(...) Según afirma la doctrina, la acción*

directa no hace a la aseguradora responsable sino garante de la obligación de indemnizar. (...) De ahí que, a la hora de analizar el alcance de su autonomía, distinga entre su autonomía procesal, pues no hay que reclamar ni antes ni conjuntamente al asegurado, y su carácter accesorio, en el sentido de que no prosperará si no se acredita la responsabilidad del asegurado. (...) Predica que la autonomía procesal de la acción directa lo es respecto del contrato de seguro, pero no respecto de los contornos de la responsabilidad del asegurado. (...) Esto es, la aseguradora queda obligada vía acción directa, frente a la víctima, pero nunca más allá de la obligación propia del asegurado, generada por la responsabilidad nacida a su cargo (...) Por tanto el asegurador puede oponer a la víctima, aunque se halle presente en el litigio el asegurado, que este no puede ser considerado responsable del daño cuya indemnización reclama”.

b) En segundo lugar, la Sentencia comentada hace una utilísima síntesis de la doctrina jurisprudencial en los términos siguientes: *“(i) Se trata de una acción autónoma e independiente de la que puede tener el perjudicado frente al asegurado y se configura como un derecho de origen legal que tiene como finalidad la satisfacción del daño producido al tercero perjudicado (STS 484/2018, de 11 de septiembre (RJ 2018, 3829). (...) (ii) Implica «un derecho propio -sustantivo y procesal- del perjudicado frente al asegurador, con el propósito, de una parte, de un resarcimiento más rápido [...] y, de otra parte, de eludir la vía indirecta en virtud de la cual el perjudicado habría de reclamar al causante del daño y éste al asegurador, lo que provocaba una innecesaria litigiosidad» (STS 87/2015, de 4 de marzo (RJ 2015, 714) (...). (iii) El derecho del tercero a exigir del asegurador la obligación de indemnizar no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. Es decir, el perjudicado tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones diferentes: «la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76)» (STS 200/2015, de 17 de abril (RJ 2015, 1199) , que cita la deS12 de noviembre de 2013). (...) (iv) La conexidad de ambos obligados resulta de su condición de deudores solidarios. Por ello, el cumplimiento de la obligación por cualquiera de los dos responsables solidarios extingue la obligación por efecto del art. 1145.1 CC (STS 87/2015, de 4 de marzo). (...) (v) El art.*

¹⁸ Ver por todos Sanchez Calero, F. “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”, 4ª Edición Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menos 2010, pag.1721 y ss. y nuestro estudio sobre “Aspectos polémicos del Seguro de Responsabilidad Civil. Reflexiones sobre la Jurisprudencia reciente”, RDM n.º 233 (1999), pág. 977 y ss.



76 LCS, al establecer que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, configura una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley (STS 200/2015). (...) (vi) La inmunidad de la acción directa a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado significa que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como por ejemplo el dolo, pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impeditivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro (STS 200/2015, de 17 de abril (RJ 2015, 1199) , con cita de las de 26 de noviembre de 2006 , 8 de marzo de 2007 y 23 de abril de 2009). (...) (vii) En particular, «la delimitación del riesgo efectuada en el contrato resulta oponible [...] al tercero perjudicado, no como una excepción en sentido propio, sino como consecuencia de la ausencia de un hecho constitutivo del derecho de aquel sujeto frente al asegurador. Ese derecho podrá haber

nacido frente al asegurado en cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable, porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. En tales casos, queda excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato» (STS 730/2018, de 20 de diciembre (RJ 2018, 5493) , que cita las sentencias 1166/2004, de 25 de noviembre (RJ 2004, 7558) ; 268/2007, de 8 de marzo (RJ 2007, 1527) ; 40/2009, de 23 de abril (RJ 2009, 3164) ; 200/2015, de 17 de abril (RJ 2015, 1199) ; y 484/2018, de 11 de septiembre (RJ 2018, 3829). (...). (viii) La acción directa se entiende sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado; precisamente, este derecho de repetición solo tiene sentido porque el asegurador no puede oponer al perjudicado el comportamiento doloso del asegurado. (...) (ix) Su regulación no impide que la pretensión objeto de la acción se someta al régimen del art. 219 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , dejando la cuantificación de



la indemnización para un momento posterior (STS 213/2015, de 17 de abril (RJ 2015, 1198)): la aseguradora no queda privada de la posibilidad de excepcionar las cláusulas delimitativas del riesgo, como es el capital máximo por siniestro «pues nada impedía a la aseguradora plantear o excepcionar esas supuestas cláusulas delimitativas del riesgo tanto en el primer pleito como en el segundo». (...). En esencia, el tratamiento jurisprudencial se basa en tres principios destacados por doctrina autorizada: autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado”.

2. Las posibles vías de actuación del perjudicado cuando ocurre un siniestro por el que pudiese exigirse responsabilidad patrimonial a una Administración sanitaria

En esta hipótesis, el apartado 5 del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia comentada señala que se abren las siguientes posibilidades: “(i) Que el perjudicado ejercite

contra la aseguradora de la Administración sanitaria la acción directa que prevé el art. 76 LCS, obviando seguir el procedimiento administrativo previsto legalmente para reclamar responsabilidad y consiguiente indemnización de esta. En este supuesto, en el que el perjudicado se dirige, al amparo del art. 76 LCS, directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora, la competencia para conocer de la acción corresponde necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar (STS de 15 de octubre de 2013 (RJ 2013, 6956). Pero ello será a los solos efectos prejudiciales por lo que se refiere a la responsabilidad de la Administración (art. 42.1 LEC), esto es, que solo produce efectos en el proceso civil y no en el contencioso-administrativo, si llegase a existir, pues para que así fuese, esto es, si se pretendiese demandar responsabilidad de la Administración y condena de ésta, será preciso seguir la vía administrativa y contencioso-administrativa. Y como se ha expuesto, la prejudicialidad de la responsabilidad de la Administración, a los solos efectos del proceso civil, debe verificarse conforme a parámetros administrativos. (...) (ii) Que el perjudicado acuda a la vía administrativa y contencioso-administrativa y que, una vez declarada la responsabilidad de la Administración y su condena, ejercite contra la aseguradora de esta la acción directa prevista en el art. 76 LCS. En este caso la acción directa se circunscribirá al contrato de seguro, pues el presupuesto técnico de la responsabilidad del asegurado, que es la Administración, consta como vinculante, por ser aquella la única jurisdicción que la puede condenar, esto es, la contencioso-administrativa. Así se infiere de la sentencia 625/2014 de 25 de febrero.(...) (iii) Que el perjudicado opte por seguir el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial y, recaída resolución por la Administración, sea consentida por aquel al no impugnarla en la vía contencioso-administrativa. Naturalmente la cuestión jurídica que pudiese suscitarse es si con posterioridad a la resolución administrativa o con anterioridad pero en el curso de la tramitación del expediente incoado, el perjudicado ejercita la acción directa del art. 76 LCS contra la aseguradora de la Administración. La resolución administrativa recaída puede ser desestimando la existencia de la responsabilidad o asumiendo su existencia y fijando la cuantificación de la indemnización a satisfacer. Este último supuesto es el de autos y, por ende, el que va a merecer nuestra atención y enjuiciamiento”.

3. El valor que se debe dar a la resolución dictada por la Administración dentro del procedimiento incoado contra la aseguradora ante la jurisdicción civil, al amparo del art. 76 LCS

Los apartados 6 y 7 del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia comentada establece doctrina jurisprudencial del Pleno en este punto cuando, partiendo de la circunstancia de que la parte demandante, en su legítimo derecho de opción al que se hizo mención, optó voluntaria y libremente por acudir a la vía administrativa previa para exigir de la Administración una indemnización del daño padecido por ser responsable de la causa que lo originó; señala: *“De ello se colige que lo único que podían impugnar los reclamantes ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, era el quantum indemnizatorio en el caso de que discrepasen de él, por cuanto la Administración asumió su responsabilidad. Si a ello se une, según expusimos, que la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado así como que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil solo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil, se ha de convenir que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios. Se conseguiría así el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto, que ha sido consentido por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podría revisarla. Con la consecuencia de que sería condenada la aseguradora en el proceso civil, en aplicación del art. 76 LCS, a una cantidad superior a la obligación de la Administración asegurada, que de haberse satisfecho se podría tener por extinguida. Por tanto, cuando como es el caso, existe una estimación, total o parcial, de la reclamación, se pone en marcha una serie de mecanismos que justifican la solución que propugnamos. (...) Así: (i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la*

indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora”.

III. LA DOCTRINA DE LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD”

A) ÁMBITO, FINALIDAD Y ESTRUCTURA LÓGICA

1. El ámbito de la responsabilidad civil profesional, en particular, médica

Los tribunales han aplicado la teoría o técnica de la pérdida de oportunidad para enjuiciar casos de la responsabilidad civil de las profesiones jurídicas y médico-sanitarias. Ello no obsta para que, a nuestro entender, pueda extenderse esta doctrina a otras clases de responsabilidad civil profesional y, por lo tanto, a su asesoramiento. Estamos pensando en la responsabilidad civil de administradores de administradores y directivos de sociedades y a los seguros que cubren los siniestros de este tipo (los llamados seguros de D&O)¹⁹. En particular, cuando se trata de los seguros de la responsabilidad civil de los altos cargos de entidades financieras, la finalidad tuitiva de colectivos numerosos de terceros perjudicados, la dificultad de probar la relación causal precisa entre el acto negligente y el daño económico -muchas veces, difuso- ocasionado y la necesidad de dar respuesta justa a los daños sufridos son otros tantos argumentos para plantear esta posible extensión ya que, según veremos, están en la estructura básica de la teoría o técnica de la pérdida de oportunidad.

2. La finalidad tuitiva del paciente

La doctrina jurisprudencial de la “pérdida de oportunidad” opera, en el ámbito médico-sanitario, como una tercera herramienta para garantizar la indemnización del paciente dañado en aquellos supuestos en los que ni la aplicación, primero, de la teoría clásica de la imputación de la responsabilidad sobre la base de una relación de causalidad; ni el recurso, después, a la imputación objetiva son suficientes de modo tal que pudiera producirse, en estos supuestos, una irresponsabilidad absoluta del agente profesional.

¹⁹ Sobre los que se puede ver nuestro estudio sobre “El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades (D&O) ante las novedades legislativas y jurisprudenciales”, en esta misma Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro n.º 54 (2015), pp. 29 y ss.

En relación con esta finalidad tuitiva del paciente, es destacable que la jurisprudencia contencioso-administrativa aplique esta doctrina jurisprudencial de la “pérdida de oportunidad” de oficio aun cuando no se mencione expresamente en la demanda inicial como así lo dice el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 enero de 2012 (RJ 2012\2)²⁰.

La jurisprudencia contencioso-administrativa ha construido esta doctrina de la “pérdida de oportunidad” para garantizar la indemnización del paciente dañado y evitar irresponsabilidad absoluta del agente profesional en aquellos supuestos donde la incertidumbre probatoria sobre la relación de causalidad no permite aplicar la teoría clásica de la imputación culpabilística de la responsabilidad sobre la base de la quiebra de la *lex artis* “ad hoc”, dando por supuesta una relación de causalidad; ni el recurso a la imputación objetiva; ni tampoco la compensación de culpas.

3. La estructura lógica de la doble incertidumbre sucesiva

La doctrina jurisprudencial de la “pérdida de oportunidad” opera sobre la base de una doble incertidumbre porque, sobre un escenario hipotético se aplican las técnicas probabilísticas. En efecto, del análisis de las Sentencias de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo se deduce que el razonamiento que sustenta la evaluación del daño por pérdida de oportunidad pasa por dos fases lógicas:

a) Primero, comienza estableciendo la hipótesis de que las personas implicadas, en especial el personal médico o sanitario, hubieran diagnosticado adecuadamente al paciente o le hubieran aplicado el tratamiento médico o quirúrgico adecuado según el estado de la técnica.

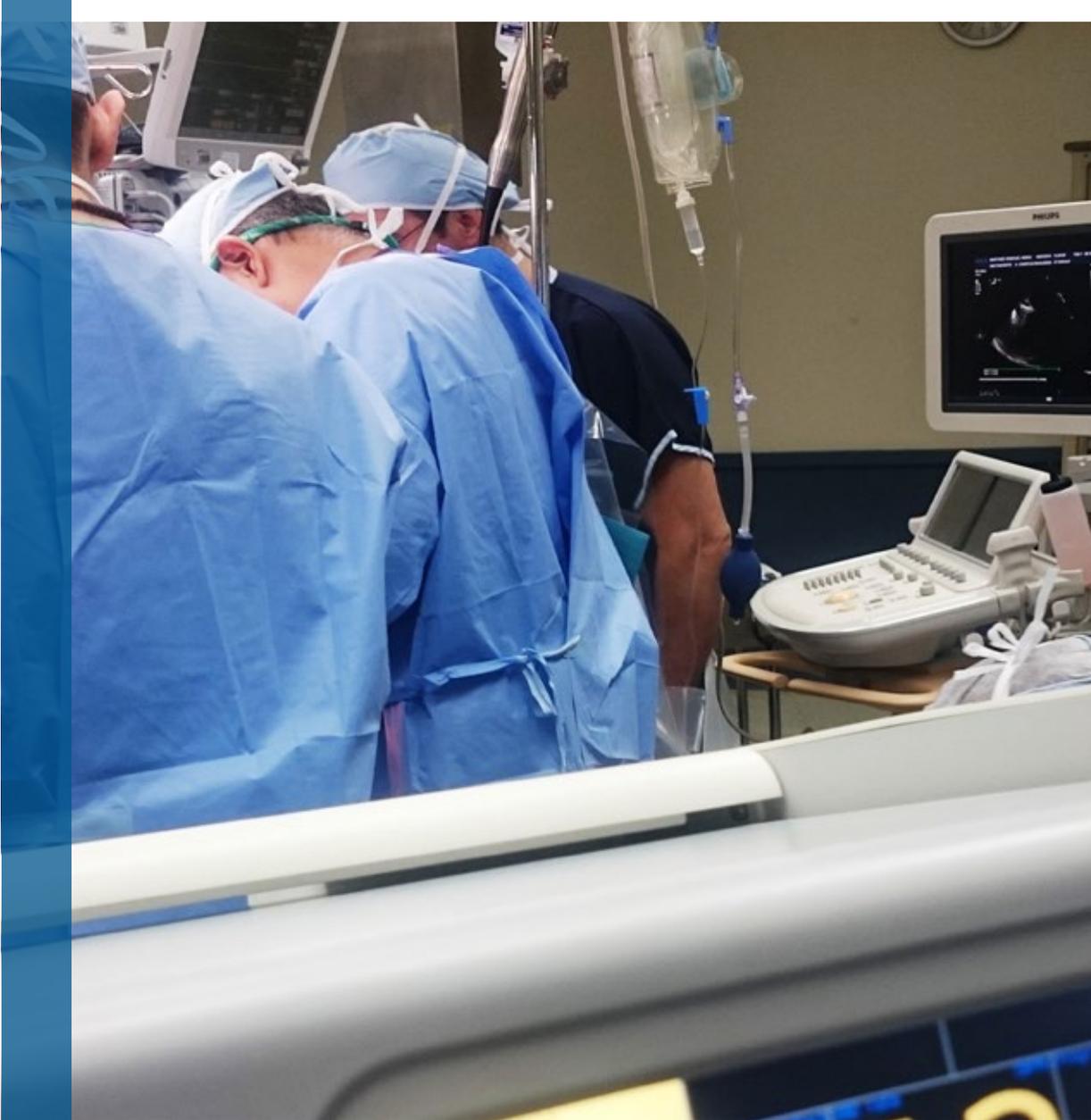
b) En segundo lugar, una vez establecido este escenario hipotético, los tribunales precisan la indemnización en función del grado de probabilidad que hubiera tenido la aplicación de aquella técnica médica o quirúrgica en la inexistencia del daño personal efectivamente acaecido o en su minoración. Y dicha probabilidad se mueve en una curva que transita desde la imposibilidad hasta la certeza²¹.

La probabilidad crece en función de la relación de causalidad física entre el tratamiento médico y la evitación o reducción del daño padecido, de tal manera que se distinguen tres franjas de probabilidad con las consecuencias indemnizatorias respectivas: una franja superior que implica la certeza causal y debe conducir a la íntegra reparación del daño; una franja inferior en la que la relación de causalidad es remota o ilusoria y no debe conducir a reparar un daño inverosímil; y una franja media o central en la que, sin existir una certeza causal, de las pruebas resulta una probabilidad causal seria. Es en este último escenario donde se sitúa la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Se trata de lo que se denominaría “el sendero medio” de la responsabilidad civil médica porque -tal y como señala la jurisprudencia más reciente en el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia núm.105/2019, de 19 de febrero, de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (a la que después nos referiremos e n detalle)- “*su aplicación es un paliativo del radical principio del «todo o nada» a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad.(...) La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales*”.

²⁰ Cuando señala: “No obsta a la aplicación de esta doctrina el hecho de que no se mencionara de forma expresa por la parte recurrente en su demanda inicial, puesto que se deduce claramente que el fundamento de su pretensión iba dirigida a un diagnóstico más temprano de la verdadera patología que le afectaba y, consecuentemente a un tratamiento adecuado a la misma. (...) En el presente caso, la privación de expectativas no puede reputarse total sino que evidentemente existió un lapso temporal inicial en el que el diagnóstico renal era adecuado a la sintomatología de dolor lumbar que presentaba, pero que al no mejorar debió haberse contrastado y sometido a consideración, por lo que procede reconocer la cantidad global de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 EUROS) que se considera actualizada a fecha de la sentencia”.

²¹ En este sentido, en nuestro Manual sobre “Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones”, Ed. Iustel, 1ª Edición, Madrid (2014), pág.138 nos referíamos al riesgo como uno de los elementos esenciales de la operación -y del contrato- de seguro diciendo: “El riesgo, entendido como la posibilidad de que suceda un evento dañoso que haga nacer la necesidad pecuniaria cubierta por el seguro; posibilidad que se mueve en grados de probabilidad entre los extremos de la imposibilidad y la certeza. Para la existencia del seguro es suficiente que la incertidumbre pueda predicarse del evento en sí (robo, en el seguro de robo) o, simplemente, del momento en que pueda acaecer (muerte, en el seguro de vida entera para caso de muerte). En el contrato de seguro tiene enorme importancia la correcta delimitación del riesgo cubierto. El riesgo potencial se actualiza en forma de siniestro”.



Los factores que configuran la doctrina de la “pérdida de oportunidad” ante esta jurisdicción son los siguientes: no se ha producido la quiebra de la *lex artis* “*ad casum*”, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio sanitario, ese daño se concreta en la incertidumbre sobre la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación que deben ser indemnizadas y, en conclusión, el montante debe reducirse en función de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, aun cuando se hubiera actuado diligentemente.

Por lo tanto, hay una dosis de *ucronía* porque el tribunal, para reparar un daño cierto del paciente; debe plantearse -sobre la base de los hechos probados en autos y el estado de la técnica en general- qué hubiera pasado de aplicarse el tratamiento médico adecuado. Y, como el futuro es una región que nadie conoce, habrá de valorar el daño en función del grado de probabilidad de no haberlo sufrido el paciente en ese futuro imperfecto.

Lo anterior implica que la doble incertidumbre sucesiva (cálculo de probabilidad sobre escenario hipotético) sobre la que opera la doctrina de la pérdida de oportunidad incrementa de forma exponencial la facultad de apreciación de los jueces y tribunales

disminuyendo, en consecuencia, la previsibilidad de sus decisiones y reduciendo el margen de la seguridad jurídica.

B) APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” POR LA JURISPRUDENCIA CIVIL

1. El caso de la mano amputada. Sentencia de 10 de octubre de 1998

La primera Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo que acogió la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico-sanitario fue la de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998/ 8371) que resolvió un caso en el que una ATS dispensó los primeros auxilios a un trabajador que había sufrido la amputación de una mano, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal y verificando que así se hiciera. Una tercera persona, compañero de trabajo del accidentado, consideró oportuno cambiar la caja y colocó el miembro amputado en una caja de corcho blanco introduciendo a continuación hielo seco o sintético, operación que realizó fuera del botiquín y sin conocimiento de la ATS. Ésta, observando que se había cambiado el recipiente y considerándolo más idóneo, lo entregó, sin abrirlo, al centro sanitario tras haber acompañado al lesionado en ambulancia. El segmento amputado llegó en avanzado estado de congelación y el reimplante no tuvo éxito.

Demandadas la titular de la empresa, una médica y la ATS; el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria únicamente por lo que hace a la ATS, considerando que debería haber comprobado que el miembro se seguía conservando en hielo natural. Sin embargo -tal y como señala en su Fundamento de Derecho Segundo- *«lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación. En suma a la demandada no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera se le puede imputar la pérdida de unas expectativas»*.

2. El caso del atragantamiento por papilla. Sentencia de 19 de febrero de 2019

En la jurisprudencia civil reciente, destaca la Sentencia núm.105/2019, de 19 de febrero, de la

Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo²².

El supuesto de hecho sobre el que se pronuncia esta Sentencia es el de un niño de 7 meses de edad que fallece al atragantarse mientras le daban la papilla en una guardería infantil, propiedad de una sociedad mercantil, bajo el cuidado de dos empleadas de la guardería, siendo una de ellas la directora de la guardería. En concreto, quedó acreditado en autos que la cuidadora que daba de comer al bebé realizó las maniobras de primeros auxilios para intentar su reanimación sin éxito y que, al no haber reacción, llamó a la directora y otros empleados, que también intentaron sin resultado reanimar al bebe que no respiraba, por lo que llamaron al 061 y, sin esperar a que llegara la UVI, lo trasladaron al hospital que estaba a 200 metros.

El conflicto jurídico se inició mediante la demanda que interpuso la madre del niño fallecido frente a las dos empleadas de la guardería, frente a la sociedad mercantil propietaria de la misma y frente a la aseguradora, con la que tenía suscrita la póliza de seguro la guardería, solicitando a las tres primeras una indemnización de 135.617,80 euros y a la aseguradora 60.000 euros (por ser la suma asegurada) en concepto de daños y perjuicios derivados de la muerte del niño al atribuir responsabilidad a ambas empleadas por no haber actuado ajustándose a la diligencia exigible a las circunstancias del caso. Se ejercitó acumuladamente la acción de responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y 1903.1º y 4º del Código Civil) junto a la acción directa frente a la aseguradora (art. 76 LCS). La aseguradora se allanó parcialmente a la demanda por la suma de 60.000 euros añadiendo que ello no debía entenderse como reconocimiento de responsabilidad por parte de ninguno de los codemandados y defendiendo que se trataba de un caso fortuito. Mientras que los demás demandados se opusieron a la demanda.

La Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm.105/2019, de 19 de febrero que, en consecuencia, estima parcialmente la demanda formulada contra la Guardería y su directora., en el sentido de que la condena solidaria de éstas a abonar a la parte actora sea de 60.000 euros. A este fallo se llega a

²² Recurso de Casación/Recurso extraordinario por infracción procesal núm. 2990/2016; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz; RJ 2019\613. Puede verse el comentario en la entrada de nuestro blog (ajtapia.com) de 15 de abril de 2019 titulada “Seguro de responsabilidad civil y teoría de la “pérdida de oportunidad”. Sentencia núm.105/2019, de 19 de febrero, del Tribunal Supremo”.

través de un razonamiento que pasa por las tres fases siguientes:

a) Primero, recoge la formulación de la técnica de la «pérdida de oportunidad o chance» consolidada en el Derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil de abogados, procuradores y médico-sanitaria en su Fundamento de Derecho Séptimo como matización de las doctrinas clásicas de la imputación objetiva y causalidad adecuada²³.

b) Segundo, expone la jurisprudencia sobre la técnica de la «pérdida de oportunidad o

chance²⁴.

c) Tercero, aplica de la técnica de la «pérdida de oportunidad o chance» al caso litigioso en su Fundamento de Derecho Séptimo²⁵ que justifica la condena a la directora de la Guardería y una vez condenada ésta, procede la condena solidaria de la entidad mercantil propietaria de este establecimiento - conforme a la previsión establecida por el art. 1903. 4.º del Código Civil- porque se trata de una entidad cuyo fin social es el negocio de guardería, al frente del cual aparece la directora como empleada por la sociedad para dirigirlo.

C) APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA «PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD» POR LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. El caso del retraso en el estudio neumológico del paciente que fallece por un carcinoma. La Sentencia de 27 de septiembre de 2011

La Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011²⁶ aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad a un caso de retraso en el estudio neumológico de un paciente que acaba falleciendo por un carcinoma. En concreto, señala: *“Para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el fallecimiento de Don Melchor, esposo de la recurrente, ocasionado por un carcinoma epidermoide, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad sufrida pues, a la vista de los referidos informes*

23 Aquel Fundamento de Derecho dice: *“Las doctrinas de la imputación objetiva y causalidad adecuada sobre la relación de causalidad persiguen evitar, en nuestro caso en contra del médico, multiplicidad de demandas fundadas en una aplicación mecánica del nexo de causalidad. De ahí que se acuda a la teoría de la imputación objetiva y como cláusula de cierre a la de la causalidad adecuada para negar relevancia jurídica a los supuestos en que, aun constatada la relación causal material, física o natural, sin embargo el resultado no es susceptible de ser imputado al demandado. (...) Ahora bien tal tesis doctrinal y jurisprudencial tiene un reverso, ahora a favor del paciente, para evitar una continua exoneración de responsables ante la dificultad de acreditar el nexo causal físico. Esa dificultad no puede traducirse en una situación de irresponsabilidad absoluta por parte del agente profesional. (...) Tal reverso, para conjurar dicho peligro, es la llamada técnica de la “pérdida de oportunidad o chance”. (...) Esta teoría se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de la incertidumbre sobre ella, y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización. (...) Su aplicación es un paliativo del radical principio del “todo o nada” a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad. (...) La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el quantum indemnizatorio se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa. (...) Este planteamiento general requiere para su correcto entendimiento ser acompañado de una puntualización. (...) En sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se residencia esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal seria, que sin alcanzar el nivel máximo si supera el mínimo (STS 27 de julio de 2006. ...) Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por haberse privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado”.*

24 Diciendo: *“En sede de probabilidad, la sala en unos casos ha entendido que la probabilidad de que la conducta evitase el daño era muy elevada (STS 25 de junio de 2010) y concede toda la indemnización, mientras que en otros (STS de 2 de enero de 2012) limita la indemnización “en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado”.*

25 Diciendo: *“Si se aplica la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, se aprecia que la omisión del traslado inmediato del bebé al centro hospitalario sí supera el nivel mínimo de probabilidad causal, pues, como se ha expuesto, y así aparece acreditado en autos, es lo que prevé el protocolo. (...) Si médicamente así se prevé, y basta con acudir a lo informado por los médicos forenses, es porque existe un mínimo de probabilidad de que el paciente pueda superar y conjurar el peligro de muerte. (...) Ahora bien, dicho lo anterior, hay que descender a las circunstancias singulares y concretas de este bebé para, a partir de ellas, constatar si existía certeza total de que superase el episodio y, en su caso, si sería con secuelas severas por anoxia, de haber sido inmediatamente trasladado al centro hospitalario. (...) O si por el contrario solo existía probabilidad, y en qué grado, de la franja central. (...) Como esto último es lo que se desprende de la sentencia recurrida, es lo que acoge la sala, pero, al no constar como hecho probado el concreto grado de probabilidad, fijamos la indemnización en 60.000 euros, que era la asegurada”.*

26 RJ 2012/939, Recurso de casación 6280/2009.

cabe sostener que, en este caso, el retraso en la práctica del «estudio neumológico del paciente hizo imposible su tratamiento con posibilidades de curación por la extensión tumoral», una vez acreditada «la presencia de un nódulo pulmonar solitario de bordes irregulares y ya de un tamaño de 12 mm», unido a las especiales circunstancias del paciente, sus antecedentes personales de haber sido trabajador de asbesto y disolventes orgánico, además de los antecedentes familiares de neoplasia pulmonar del padre y un hermano. Atendido este fundamental extremo en relación con la edad -59 años-, las circunstancias del esposo de la actora, detalladas en los Informes que han servido de base para la estimación del recurso, así como las cantidades reclamadas en el escrito de demanda -folio 46 de los Autos- y lo manifestado en relación con las mismas por la aseguradora codemandada en el trámite de conclusiones evacuado en fecha 2 de septiembre de 2008 -folio 172 de los Autos- resulta ponderado fijar en treinta mil euros (30.000 €) la cantidad a conceder en concepto de indemnización, la cual ha de entenderse ya actualizada a la fecha de esta Sentencia”.

Además, esta Sentencias define en su Fundamento de Derecho Séptimo la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras Sentencias precedentes²⁷.

2. El caso del diagnóstico tardío de un aneurisma. La Sentencia de 2 de enero de 2012

La Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Su-

27 Cuando dice: “Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 8082) , recurso de casación 1593/2008, la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo , así en las sentencias de 13 de julio (RJ 2005, 9611) y 7 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8846) , como en las recientes de 4 (RJ 2007, 6617) y 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993) , configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

premo de 2 enero de 2012²⁸ trata de un caso de diagnóstico tardío de un aneurisma donde quedó probado en autos que no se le practicaron al paciente las pruebas diagnósticas acordadas que podían haber permitido inferir otro diagnóstico diferente del que se le hizo de cólico renal; omisión relevante unida a la falta de consideración de los antecedentes de riesgo del paciente que evidenciaban la posibilidad de otras patologías cardiovasculares concurrentes²⁹.

3. El caso de la falta de pruebas de la tensión arterial. La Sentencia de 13 de enero de 2015

En fecha más reciente, esta doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido reiterada por la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

28 RJ 2012\2) Recurso de Casación núm. 4795/2010, Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí.

29 El Fundamento de Derecho tercero expone el caso del siguiente modo: “El recurso ha de prosperar al apreciarse que la sentencia ha desconocido el artículo 139 de la Ley 30/1992 y artículo 106.2 de la Constitución que genera o sustenta una conclusión errónea respecto de la asistencia prestada al Sr. Hernan en el Hospital Doce de Octubre de Madrid entre el veintiséis y veintisiete de mayo de dos mil siete. (...) Existen datos y circunstancias que no han sido tenidos en cuenta en la sentencia de instancia y que evidencian una clara infracción de la “*lex artis ad hoc*”. No se han valorado las conclusiones tanto de la prueba pericial de parte ratificada a presencia judicial del Dr. Desiderio como tampoco el Informe del Servicio de inspección elaborado con ocasión de la reclamación administrativa. Como mantiene la parte recurrente no se está valorando la asistencia a partir de las 3.30 horas sino el periodo que va desde las 22.45 horas a las 3.30 horas , en que se diagnostica el aneurisma y la gravedad del mismo. Durante ese periodo previo se observan deficiencias y omisiones relevantes, como es que no se practicaran pruebas diagnósticas acordadas que en algún caso pudieran inferir otro diagnóstico que no el de cólico renal, así como también la falta de atención a los antecedentes de riesgo del paciente que evidencian la posibilidad de otras patologías cardiovasculares cuando menos concurrentes, la falta de hoja de enfermería del paciente. Además, de la lectura del informe de Inspección se observa la no existencia de un seguimiento correcto donde se llama la atención de porqué no se realizó una valoración “más temprana” ante la falta de mejoría del paciente, que podía determinar alguna prueba diagnóstica complementaria o dirigida hacia otras patologías diferenciales. Asimismo, se llega a afirmar que “el propio aneurisma abdominal por su situación podría estar comprimiendo la zona renal y ser responsable de la sintomatología que el paciente presentaba. (...) La sentencia se centra en la asistencia posterior a las 3.30 horas, pero no en si el diagnostico inicial de problema renal se demoró en el tiempo sin observar que el paciente no mejoraba y que por tanto, cabía la posibilidad de que no estuviéramos ante lo que inicialmente se determinó. La realización de pruebas complementarias dirigidas al diagnostico de otras patologías o incluso para descartar el problema renal hubiera conducido a un diagnostico certero anterior, por lo que la valoración continuada y concreta hubiera conducido a un diagnostico más temprano .Por todo ello, se evidencia que la sentencia desconoce o no toma en consideración todos los elementos concurrentes en la presente situación y que se centran en la existencia de un retraso relevante en la valoración del paciente en el Servicio de Urgencias cuando podía observarse que no mejoraba al tratamiento dispensado. Ha lugar al recurso y casar la sentencia”.

Supremo de 13 de enero de 2015³⁰ que resuelve un caso de la falta de pruebas de la tensión arterial de un paciente en el que quedó acreditado en autos que en ningún momento se le tomó la tensión arterial, achacándose su malestar a otras causas. Sin embargo, terminó por presentar un cuadro de hipertensión arterial maligna, que le ocasionó insuficiencia renal y ceguera. Constaba, además, que el paciente padecía de hemiparesia desde la infancia, por lo que tenía reconocida una minusvalía del 47%.

Ante estos daños corporales, el paciente interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por el tratamiento recibido de los servicios sanitarios de la Comunidad de Madrid en los años 2007 y 2008.

Ante la falta de respuesta de la Administración, el paciente acudió a la vía jurisdiccional, donde la Sentencia de 7 de marzo de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Décima), tras examinar el material probatorio recogido en las actuaciones (consistente fundamentalmente en el informe del Inspector Médico y en un dictamen pericial emitido por especialista en Medicina Interna) concluyó que no se agotaron los medios diagnósticos disponibles que hubieran podido orientar el diagnóstico del paciente y determinar su estudio y tratamiento, sin llegar a la situación de hipertensión arterial maligna y de deterioro visual irreversible; si bien -y es aquí donde entra en juego la doctrina de la pérdida de oportunidad- no se podía llegar a saber cuál hubiera sido el resultado final, aún el caso de haber agotado todos los medios diagnósticos disponibles³¹. En consecuencia, esta Sentencia estimo en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por el paciente contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial por él presentada

30 RJ 2015\264, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 612/2013, Ponente: Excmo. Sr. Luis María Díez-Picazo Giménez.

31 En concreto, dice esta Sentencia: llega a la siguiente conclusión: "Examinados los datos recogidos en la historia clínica obrante en el expediente administrativo y valorados conforme a las reglas de la sana crítica los informes obrantes en las actuaciones, hemos de convenir que, en el caso examinado, como de forma razonada reconoce la Inspección médica, no se agotaron los medios diagnósticos disponibles que hubieran podido orientar el diagnóstico del paciente y determinar su estudio y tratamiento, sin llegar a la situación de Hipertensión Arterial Maligna y de deterioro visual irreversible. Ahora bien, no podemos llegar a saber cuál hubiera sido el resultado final, aún el caso de haber agotado todos los medios diagnósticos disponibles".

ante la Dirección General de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, con fecha de 20 de abril de 2009, anulando la Resolución administrativa presunta recurrida y condenando a la Administración demandada a indemnizar al recurrente en la cantidad de 15.000 euros.

La Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015 declara no haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Décima) citada por las razones técnico-jurídicas que se exponen en su Fundamento de Derecho Segundo³².

32 Cuando dice: "Como sentencias de contraste para fundar el recurso de casación para la unificación de doctrina, el recurrente aporta sentencias de esta Sala de 9 de junio de 2009 (RJ 2009, 6531) , 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2183) , 25 de junio de 2010 (RJ 2010, 5886) y 23 de septiembre de 2010 (RJ 2011, 965) . Tienen que ver con la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de servicios sanitarios, así como con la doctrina de la pérdida de oportunidad en este ámbito. (...) Ocurre, sin embargo, que el recurrente no justifica en absoluto que entre la sentencia (JUR 2012, 199196) impugnada y las sentencias de contraste medie la triple identidad de hechos, fundamentos y pretensiones que el art. 96 LJCA (RCL 1998, 1741) exige para que pueda prosperar el recurso de casación para la unificación de doctrina. Toda su argumentación busca mostrar que la sentencia (JUR 2012, 199196) impugnada hace una aplicación errónea e indebida de la doctrina de la pérdida de oportunidad, que -siempre en opinión del recurrente- no encaja en las circunstancias del presente caso. Lo que sostiene el recurrente, dicho de otro modo, es que se ha producido una infracción de la jurisprudencia sobre indemnización de daños ocasionados por la Administración sanitaria: a su juicio, en este caso, lejos de haber una pérdida de oportunidad, habría unas lesiones directamente causadas por el deficiente funcionamiento de los servicios sanitarios y, por tanto, procedería la indemnización total del daño. (...) Es criterio jurisprudencial claro y constante de esta Sala que el recurso de casación para la unificación de doctrina no tiene por finalidad reparar las posibles infracciones de la jurisprudencia, sino más modestamente asegurar que supuestos sustancialmente iguales no reciban soluciones diferentes. Así, dado que el recurrente no ha justificado que el presente caso sea sustancialmente idéntico a los abordados en las sentencias de contraste, sino que se ha limitado a criticar lo que considera una incorrecta aplicación de la jurisprudencia en la materia, es claro que su impugnación no puede prosperar. (...) Cabe añadir que la argumentación del recurrente parte del presupuesto, implícito pero inequívoco, de que la valoración de la prueba recogida en la sentencia (JUR 2012, 199196) impugnada es ilógica. Entiende que, a la vista del material probatorio, sólo cabe concluir que las lesiones fueron causadas por la defectuosa atención recibida de los servicios sanitarios, sin que se pueda hablar de ninguna pérdida de oportunidad. Ahora bien, en el recurso de casación para la unificación de doctrina no cabe combatir la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, ni siquiera limitadamente a los supuestos de arbitrariedad o irrazonabilidad que la jurisprudencia admite en el recurso de casación común. De aquí que toda la argumentación del recurrente sobre la errónea aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad por la sentencia (JUR 2012, 199196) impugnada esté construida sobre una base deficiente".