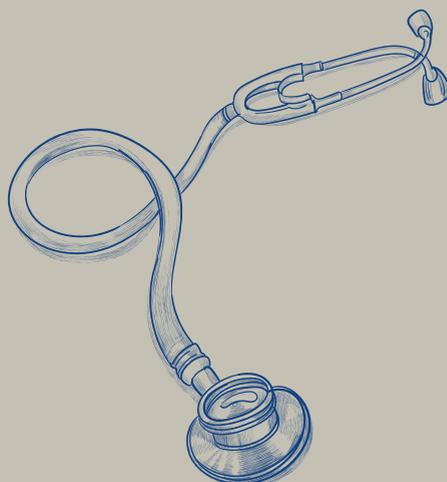


# ADMINISTRACIÓN SANITARIA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

María Jesús Gallardo Castillo

Prólogo de Francisco López Menudo



eBook en [www.colex.es](http://www.colex.es)

1.<sup>a</sup> EDICIÓN



COLEX



# **ADMINISTRACIÓN SANITARIA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

**1.ª EDICIÓN**

**María Jesús Gallardo Castillo**

*Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía  
Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén*

COLEX 2021

1.ª edición, enero 2021

**Copyright © 2021**

**Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos ([www.cedro.org](http://www.cedro.org)) garantiza el respeto de los citados derechos.**

**Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.**

**Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web [www.colex.es](http://www.colex.es) un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.**

© María Jesús Gallardo Castillo

© Editorial Colex, S.L.  
Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial)  
A Coruña, C.P. 15004  
[info@colex.es](mailto:info@colex.es)  
[www.colex.es](http://www.colex.es)

I.S.B.N.: 978-84-1359-089-9  
Depósito legal: C 1190-2020

*Siempre acabamos llegando a donde nos esperan.*

—José Saramago—



*Al Consejo Consultivo de Andalucía, que tengo el enorme honor de presidir. En 2018 llegué a él bajo la presidencia de Juan Cano Bueso, gran jurista y referente de la función consultiva en España. Gracias por tu labor y gracias por tu confianza, que quise corresponder tratando de aportar lo mejor de mí. Hoy he de reconocer que es mucho más lo que cada día recibo en experiencia y conocimiento. Esta monografía quiere ser prueba de ello y ojalá pueda serlo para utilidad de sus lectores.*

*Pero, ante todo, es reconocimiento a todas las personas que en el Consejo Consultivo prestan sus servicios, porque lo hacen más allá de sus estrictas obligaciones y porque ellos han hecho posible que se haya convertido en una institución de referencia al servicio de los andaluces.*

*En especial, a vosotros, mi pigmalión: a la Secretaria General, Marian Linares, al Letrado Mayor, José Luis Martín, a Ana González y a Concha Sánchez, el alma mater del Gabinete de Presidencia. Por vuestro apoyo incondicional, por el cariño y por vuestra inquebrantable lealtad.*

*Y a todos, sin excepción, en cuyo rostro no veo a compañeros sino amigos.*

*Gracias, de corazón, porque hacéis que la amabilidad, el afecto y el sentido del compañerismo no impidan el buen hacer, el rigor y la profesionalidad en el desempeño de vuestra labor.*

*Va por vosotros, con mi cariño de siempre, pero corregido y aumentado.*



# SUMARIO

<b>PRÓLOGO</b> .....	15
<b>ABREVIATURAS</b> .....	25
<b>CAPÍTULO I. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA</b> .....	27
I. EL PRETENDIDO CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: EL CRITERIO DE LA <i>LEX ARTIS</i> .....	27
1. Consideraciones generales .....	27
2. <i>Lex artis, versus, lex artis ad hoc</i> .....	31
3. Los protocolos médicos .....	34
4. La “medicina de medios” y la “medicina de resultados”: de la obligación de hacer a la obligación de dar .....	36
II. EL CARÁCTER DIRECTO DE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA SANITARIA ..	40
1. Consideraciones generales .....	40
2. Responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas en materia sanitaria .....	41
3. Responsabilidad directa en caso de prestación del servicio sanitario por centros concertados. El caso de las Mutuas administrativas y de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales .....	42
3.1. Título de imputación de los centros concertados .....	42
3.2. Imputabilidad de Mutuas Administrativas por la asistencia sanitaria prestada por la entidad concertada .....	44
3.3. El caso de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales .....	45
4. Responsabilidad subsidiaria de la Administración cuando deriva de actuaciones sanitarias declaradas punibles en sentencia judicial firme .....	48
III. EL REFORZAMIENTO DEL CARÁCTER GENERAL Y UNITARIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y SU FAVORECIMIENTO A LA UNIDAD JURISDICCIONAL. ESPECIAL REFERENCIA AL SUPUESTO DE ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD .....	50
<b>CAPÍTULO II. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA</b> .....	59
I. EL DAÑO .....	59
1. Daño efectivo .....	61
2. Daño evaluable económicamente .....	62
3. Daño individualizado .....	63

## SUMARIO

II. LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO: CUANDO EL DAÑO SE CONVIERTE EN LESIÓN. . . . .	64
1. Supuestos de daños antijurídicos. . . . .	66
1.1. Retraso en el diagnóstico . . . . .	67
1.2. Error de diagnóstico . . . . .	69
1.3. Incorrecta gestión de las “listas de espera” . . . . .	70
1.4. Omisión (total o parcial) en la prestación del servicio y carencia de medios diagnósticos de contraste exigidos protocolariamente . . . . .	70
1.5. Utilización de técnicas indebidas o inadecuadas . . . . .	72
1.6. Defectuoso funcionamiento en los servicios de archivo y documentación y extravío de historia clínica. . . . .	72
1.7. Ausencia de consentimiento informado . . . . .	75
1.8. Causación de daños que no son los inherentes, típicos, propios ni traen su causa en la prestación sanitaria realizada . . . . .	76
2. Especial referencia al error en el control ecográfico gestacional y en diagnósticos prenatales: la doctrina del <i>wrongful birth o wrongful life</i> (nacimiento injusto o vida injusta) . . . . .	76
3. Supuestos de daños no antijurídicos . . . . .	82
4. El estado de los conocimientos de la ciencia: la cláusula de exclusión de los riesgos del progreso. . . . .	83
III. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD. . . . .	89
1. La “verosimilitud del nexo” o la “probabilidad determinante”. El problema de la concurrencia de causas . . . . .	89
2. Los factores endógenos del paciente como elemento coadyuvante del daño . . . . .	92
3. Culpa exclusiva de la víctima y la exoneración de responsabilidad de la Administración. . . . .	94
IV. LA CARGA DE LA PRUEBA. . . . .	96
V. LA DOCTRINA DE LA LLAMADA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” . . . . .	100
1. Delimitación conceptual de la pérdida de oportunidad. La frustración de una expectativa <i>versus</i> daño concreto . . . . .	103
2. Las singularidades del “daño” resarcible y su incierta relación causal . . . . .	107
3. La doctrina de la pérdida de oportunidad como mecanismo paliativo de la carga de la prueba . . . . .	110
4. Especial referencia a la pérdida de oportunidad en caso de retraso y error en el diagnóstico y de omisión de determinadas pruebas diagnósticas . . . . .	112
5. Pérdida de oportunidad por ausencia de consentimiento informado . . . . .	116
6. La valoración de la “pérdida de oportunidad” . . . . .	120
VI. EL DAÑO DESPROPORCIONADO . . . . .	122
1. Delimitación conceptual. . . . .	125
2. La doctrina del daño desproporcionado y la regla <i>res ipsa loquatur</i> y otras teorías presuntivas de la responsabilidad . . . . .	129
3. Requisitos de la doctrina del daño desproporcionado . . . . .	131
4. La doctrina del daño desproporcionado y el elemento probatorio . . . . .	133
4.1. Daño desproporcionado y responsabilidad objetiva . . . . .	133
4.2. Daño desproporcionado y presunciones. . . . .	135
4.3. Daño desproporcionado e inversión de la carga de la prueba . . . . .	136
4.4. Daño desproporcionado y los principios de proximidad, disponibilidad y facilidad probatoria . . . . .	136

<b>CAPÍTULO III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO</b> .....	139
I. CONSIDERACIONES GENERALES .....	139
1. El consentimiento informado como derecho fundamental del paciente. ....	140
2. El consentimiento informado como parte integrante de la <i>lex artis ad hoc</i> desde la perspectiva del derecho de información. Supuestos indemnizables e indemnización por daño moral .....	142
II. LA NORMATIVA APLICABLE .....	149
III. CONCEPTO .....	151
IV. REQUISITOS Y PRESUPUESTOS .....	153
1. Requisitos subjetivos .....	153
1.1. El sujeto activo informador o persona responsable de informar al paciente. . .	153
1.2. El sujeto pasivo titular del derecho de información .....	155
1.2.1. Supuesto en que el paciente es adulto .....	155
1.2.2. Supuesto en que el paciente es menor de edad (capaz e incapaz) y supuesto de discapacidad mental .....	160
1.2.3. Consentimiento por representación. ....	163
2. Requisitos objetivos .....	165
2.1. Requisitos materiales .....	165
2.2. Requisitos de contenido .....	167
2.3. Requisitos de tiempo. ....	177
2.4. Requisitos formales. El criterio antiformalista. ....	178
V. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO .....	181
VI. LA DISTINTA INTENSIDAD DEL DEBER DE INFORMACIÓN: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA MEDICINA NECESARIA Y EN LA MEDICINA SATISFACTIVA .....	183
1. En la medicina necesaria .....	186
2. En la medicina satisfactiva (voluntaria o no necesaria) .....	186
3. Especial referencia a la cirugía estética. ....	187
VII. ASUNCIÓN DE LOS RIESGOS PRODUCIDOS Y NO INFORMADOS. DAÑOS RESARCIBLES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DEL CONSENTIMIENTO. ESPECIAL REFERENCIA A LA RELACIÓN CAUSAL .....	189
<b>CAPÍTULO IV. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD</b> .....	195
I. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA RECLAMAR .....	195
1. La seguridad jurídica como fundamento de la prescripción de la acción para reclamar <i>versus</i> principio <i>pro actione y favor victimae</i> .....	195
2. Interrupción .....	197
2.1. Mediante el ejercicio de acciones civiles .....	197
2.2. Mediante el ejercicio de acciones penales .....	200
2.3. Mediante la acción subrogatoria. ....	202
3. <i>Dies a quo</i> .....	204
3.1. Doctrina general con especial referencia al supuesto de lesiones físicas y psíquicas .....	204
3.2. Daños permanentes y daños continuados .....	207
II. EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD .....	211
1. Iniciación. ....	211
1.1. Iniciación de oficio .....	211

## SUMARIO

1.2. Iniciación mediante reclamación . . . . .	212
2. Instrucción . . . . .	215
2.1. Prueba . . . . .	215
2.1.1. Proposición de prueba . . . . .	215
2.1.2. Valoración de la prueba. Especial referencia a la prueba pericial y a la historia clínica . . . . .	217
2.2. Audiencia al interesado . . . . .	221
2.3. Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma. . . . .	223
3. Terminación . . . . .	224
3.1. La terminación convencional . . . . .	224
3.2. La resolución . . . . .	225
3.3. El silencio administrativo. . . . .	226
III. LA INDEMNIZACIÓN . . . . .	229
1. Ámbito subjetivo. . . . .	229
2. Cuantificación. . . . .	232
2.1. Perjuicios no patrimoniales: daños morales o pretium doloris . . . . .	233
2.2. Perjuicios patrimoniales. Daño emergente y lucro cesante . . . . .	237
2.2.1. Daño emergente. . . . .	238
2.2.3. Lucro cesante . . . . .	238
2.3. Compatibilidad de indemnizaciones . . . . .	239
3. Momento temporal de referencia y actualización de la indemnización . . . . .	241

## PRÓLOGO

Me atrevo a decir con toda resolución que puede ser felicitada cualquier persona que posea el presente libro por cualquier título pues seguro es que en él hallará preciados conocimientos sobre lo más esencial de la responsabilidad administrativa en el ámbito sanitario. Es la verdad; se trata de una obra muy bien ordenada, acrisolada con la experiencia de la autora, quien, por cierto, hace ya una década tuvo ocasión de dirigir una obra notable –*La responsabilidad jurídico-sanitaria*, edit. la Ley- en la que reunió más de una docena de trabajos realizados por especialistas de disciplinas diversas que añadieron a la perspectiva iusadministrativa, señaladamente, las del derecho civil y penal. Pero en esta nueva cita con la materia, ahora el lector se encuentra no ante la heterogeneidad de contenidos que caracterizaba a aquella obra, a la que por cierto puso prólogo la propia profesora María Jesús GALLARDO CASTILLO con unas clarividentes reflexiones, sino ante una construcción más sistemática y homogénea de contenidos, como fruto lógico de la reducción de su campo temático y del hecho mismo de estar fabricada y escrita por una sola persona, con todas las ventajas que comporta el propio hecho de la autoría exclusiva de cara a la coherencia interna de una obra. En el libro, que luce pulcra literatura y claridad meridiana, la autora va al grano de los problemas y resulta por ello ameno y utilísimo para todo tipo de lectores, incluidos los no juristas, por lo que bien puede constituirse en obra de referencia para el personal sanitario de cualquier rama o especialidad ya que el libro suministra instrucción más que válida para que cada cual se sienta más seguro en el sistema.

Quien esto escribe también se felicita tanto por el hecho de haber disfrutado tan tempranamente con la lectura de la obra como por la deferencia que así me ha demostrado su autora, María Jesús GALLARDO CASTILLO, mi admirada compañera y amiga, a quien muy vivamente le agradezco el honor que me hace. La verdad es que añadir algunas palabras a lo escrito por la autora supone, aparte de un placer, un cierto compromiso pues no es precisamente la obra de una investigadora novel a la que fuese fácil aplicar palabras de estímulo o incluso de crítica constructiva, sino de una jurista muy avezada como lo ha demostrado en todo lo que ha salido de su pluma como en seguida diré. Es cierto, la profesora GALLARDO es autora de no pocos trabajos de investigación que versan sobre temas muy centrales del Derecho Administrativo y que muestran su sólida formación y arrojo para enfrentarse a cuestiones controvertidas por lo general, lo que ella hace siempre con buen sentido y sin escatimar esfuerzos en pro de ofrecer el dato o la cita bibliográfica oportuna y, desde luego, los pronunciamientos judiciales relevantes en cada caso, algo que se ve a las claras a poco que el amable lector hojee el presente libro.

En efecto, su predilección investigadora se inclina por la llamada “parte general”, con todo lo que ello significa de carga y de riesgo; y permítaseme decir que de este modo la autora pone el contrapunto a una tendencia de la doctrina administrativista, muy marcada en los últimos tiempos, de merodear por la periferia de nuestra disciplina, y no censuro con esto la exploración de los terrenos de la parte especial, siempre tan necesaria de tener en cuenta para el conocimiento integral y real del Derecho Administrativo, sino de muchos otros temas sitos a extramuros de esta rama del Derecho, o sea, pertenecientes a otros campos del saber (sociología, politología, ingeniería, economía, biología...) que requieren conocimientos específicos que el jurista no tiene y que sin embargo suelen ser abordados sin más, aunque la Administración no aparezca por ningún lado o sólo tangencialmente, ni tampoco se vea la tensión característica de la relación jurídico-administrativa. Podría calificarse el fenómeno -permítaseme la broma- como una especie de “huida del Derecho Administrativo”, pero en un sentido bien distinto del que le dio el maestro CLAVERO ARÉVALO hace ya sesenta años, y tantísimas veces hemos repetido quienes nos dedicamos a estos menesteres.

Por ello, con todo énfasis hay que destacar sus estudios de aspectos fundamentales de la teoría de los actos y del procedimiento administrativo, campos inmensos en los que ni por asomo está todo dicho, como algunos pudieran creer; y asimismo, sus ricos trabajos sobre la potestad sancionadora, el régimen local y la tutela de los bienes públicos. Muy señaladamente, por su conexión con la temática del presente libro, hay que destacar, sus estudios sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en los que ha tratado tanto de sus aspectos troncales (así el ejercicio de acciones, la relación de causalidad o la doctrina de la pérdida de oportunidad), como de cuestiones más concretas o especiales estrechamente conectadas en su mayoría con la vertiente sanitaria de la responsabilidad administrativa, tales como el concepto de *lex artis ad hoc* y la exigencia del consentimiento informado; sin duda, dos piezas esenciales de la responsabilidad en esta rama.

A todo ello hay que sumar el dato bien elocuente de que María Jesús GALLARDO es catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Jaén, donde ha venido desempeñando sus funciones como tal desde hace ya algunos años. Y bien podría detenerme aquí en desgranar otras circunstancias y méritos de su meteórica carrera pero no es siquiera necesario, salvo destacar, esto sí, su actual condición de Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía, cargo para el que fue elegida en diciembre de 2019 por el nuevo Gobierno andaluz que se había constituido en enero de ese mismo año. El dato tiene importancia por las razones que sucintamente diré. Cuando fue elegida, María Jesús GALLARDO ya era consejera electiva del órgano consultivo, nombrada por el gobierno anterior, de distinto color político como es bien sabido. Digo con toda convicción que personas con la ejecutoria de nuestra autora disipan toda duda sobre la alta conveniencia de mantener estos Órganos Consultivos en su *status* de independencia funcional, cuestión ésta puesta en entredicho en tiempos no muy lejanos, más que nada por ignorancia sobre la función de control que ejercen o deben ejercer sobre asuntos muy capitales. Las

dudas sobre esto, que he resaltado en una reciente monografía, han surgido en algunos territorios y han revoloteado muy concretamente sobre el andaluz, precisamente en la fase previa al nombramiento como presidenta de la doctora GALLARDO. Todo ello realza el mérito de nuestra autora en cuanto al reconocimiento público de sus cualidades, pero también hay que añadir otro tan relevante como el anterior, éste referido ya concretamente a la materia de la que trata el presente libro y es la profunda inmersión en el estudio de la responsabilidad de la Administración que conlleva la pertenencia a un Consejo consultivo que emite casi quinientos dictámenes al año sólo en dicha materia, máxime siendo nuestra autora su máxime responsable y conociendo el grado de implicación que ella imprime a sus deberes.

Como es lógico, en esos trabajos realizados antaño a los que he aludido muy someramente, se encuentran las raíces de buena parte de lo elaborado hogaño para el presente libro, con el enriquecimiento que es propio de las segundas vueltas una vez que las reflexiones propias han reposado con el tiempo y son reexaminadas de nuevo. Por ello salta a la vista la madurez y fiabilidad de cuanto dice acerca de un elemento principal de la responsabilidad sanitaria cual es el de la *lex artis*, noción ésta que campea y domina en este ámbito, por cuanto incorpora de forma prácticamente inexorable el criterio de la *culpa* como eje sobre el que gira el sistema de la responsabilidad en este sector de la acción administrativa. Y como no podía ser de otro modo, cuida nuestra autora de precisar que no basta con tener sólo en cuenta dicha *lex artis*, o sea, el "conjunto de reglas y preceptos útiles para hacer bien una cosa", cuya transgresión debe equivaler a culpabilidad como regla general, sino el concepto más aquilatado de la *lex artis ad hoc*, esto es, las reglas del buen hacer pero no en abstracto sino en relación con un enfermo o caso concreto. Ciertamente, esto supone el abandono de lo vago o genérico y el acogimiento de lo concreto o particular, lo que en principio se muestra como un reforzamiento de la garantía en favor del interesado dado que ello implica que la actuación administrativa sólo podrá ser reputada idónea si es consecuente con el cuadro o situación clínica que presenta el paciente. Al menos *prima facie* parece que la garantía queda así bastante afianzada y la seguridad jurídica satisfecha en alto grado, pues con la acumulación de esos dos criterios -*lex artis* y *lex artis ad hoc*- como bien explica la autora, la indagación de si hubo culpa o no parece bastante factible y certera. Pero en verdad hay que decir que incluso contando con estas valiosas claves determinativas de si hubo anormalidad o no en la actuación médica o quirúrgica, no por ello el tema deja de ser dificultoso en extremo pues si además de haberse de tener en cuenta el tipo de actuación o tratamiento que sea el idóneo para el enfermo concreto hay que incluir también en el concepto de *lex artis ad hoc* otras circunstancias objetivas a ponderar, como las que la autora enumera (características de tiempo y de lugar, disponibilidades de medios y recursos del centro en el que se realiza el acto sanitario) y que nada tienen que ver con el estado clínico del paciente, es claro que esta mezcolanza entre lo que concierne estrictamente al estado de salud del enfermo y las circunstancias materiales o ambientales en las que se desenvuelve el acto o tratamiento sanitario, lleva derechamente a la conclusión, destacada por la autora, de que el obrar correcto no es

un concepto abstracto sino tremendamente concreto, o sea, que corrección es “aquí y ahora, en este hospital, con estas posibilidades concretas”, con lo cual, por muy lógico que dicho aserto sea, lo cierto es que con él la *lex artis ad hoc* se esfuma como *critérium*, quedando su presunta condición de suprema garantía del paciente fatalmente diluida dado que su aplicación podría ser para éste tanto beneficiosa como perjudicial si es que, al cabo, las atenciones “correctas” que debe recibir han de estar en función no sólo del cuadro clínico que presente sino de las circunstancias subjetivas y objetivas que le rodeen.

En suma, todo conduce a la postre a que las soluciones dependen del rabioso casuismo, azaroso por naturaleza, y que el inconformismo que genera esta conclusión mueve a seguir ahondando en la búsqueda de estándares o niveles de calidad objetivados que operen siquiera como mínimos de indispensable cumplimiento, como expuso brillantemente María del Mar Caraza en su conocida monografía sobre los estándares de calidad de los servicios públicos e igualmente lo hace la propia autora en el epígrafe de este libro dedicado a los Protocolos médicos. Todo, en fin, debe apuntar al objetivo de reducir los márgenes de discrecionalidad en la apreciación de algo tan etéreo como la culpa.

Sentado lo anterior me permito añadir, en favor de la profesora GALLARDO, cuán sorprendente es que pese a encontrarse sumida en las claves culpabilísticas que son propias de un libro como éste, en el que reina el concepto de la *lex artis*, como vengo de expresar, sin embargo no se deja arrastrar por la corriente de ese culpabilismo rampante surgido en los últimos años en nuestra doctrina administrativista, una tendencia ésta que reniega e incluso anatematiza toda idea de responsabilidad objetiva. A mi juicio es muy encomiable el equilibrio con el que la autora plantea este asunto como cuestión previa a despejar, en el mismísimo frontispicio de su obra. No se apunta a ningún maximalismo y con ello acierta de lleno porque entiendo que la realidad es tan amplia que no puede ser atendida por entero con criterios objetivos ni culpabilísticos. Ella sienta como premisa mayor, sin dudas ni ambages, que el centro de gravedad del sistema no es el sujeto agente ni tampoco la culpa, ni la razón generadora del daño, “sino la víctima y su derecho a ser resarcida del daño antijurídico sufrido”, en el bien entendido que la antijuridicidad no se refiere a la conducta del agente sino al daño que sufre el damnificado. Y una vez proclamada de tal modo la posibilidad de que la Administración haya de responder incluso por su funcionamiento normal -con reconocimiento de los excesos a que pudiera dar lugar su aplicación pura y neta- señala nuestra autora que la “*lex artis*” viene a operar como un factor corrector de los excesos de la objetivación. Se trata, pues, de una visión no monista sino dual del régimen de la responsabilidad que a mi juicio es la consonante, guste o no, con la establecida por la Ley.

El tema es tan especial desde el punto de vista dogmático o doctrinal y está tan en boga que merece una reflexión adicional precisamente en pro de realzar como es debido la bondad de la postura de la autora del presente libro ante dicha cuestión. Cabe recordar cómo no hace demasiados años a los juristas españoles, y más a la clase profesoral, se nos llenaba la boca -permítase la expresión- pre-

sumiendo de nuestro sistema de responsabilidad objetiva, ufanándonos incluso de disfrutar del más avanzado del mundo, como así sostuvieron algunos autores de la época. Nos producía verdadero deleite el análisis de sentencias del Tribunal Supremo como la de 12 de marzo de 1975, llamada de los “novios de Granada”, un verdadero *totem* de la responsabilidad objetiva que contribuyó decisivamente a teñir de este color la totalidad del sistema.

La verdad es que en 1954 la Ley de Expropiación forzosa (art. 121.1) quiso decir realmente lo que dijo, esto es que la Administración podría responder por su funcionamiento normal o anormal, es decir, sin culpa o con ella. Es cierto que la fórmula “normal o anormal” no autorizaba a entender que fuera indiferente que hubiese culpabilidad o no, es decir, no habilitaba hasta el extremo de poder abandonar el uso de este último concepto; sin embargo, esto es lo que realmente ocurrió en la época de los años setenta en la que se afianzó la responsabilidad objetiva como idea monista y universal con el respaldo de Sentencias como la anteriormente señalada. El caso *novios de Granada* tuvo lugar en el ámbito local, donde regía la responsabilidad de tipo culposo establecido por la Ley de Régimen Local de 1950 y su Texto Refundido de 1955. Por si fuera poco, concurren en aquel suceso, acaecido en Hospital de la Diputación de Granada, diversos comportamientos que eran perfectamente enjuiciables desde el prisma de la culpabilidad, incluidas las conductas omisivas que se dieron en el caso; pero dicha Sentencia, cuyo Ponente fue el excelente Magistrado D. José Gabaldón López, se propuso declarar la unidad del régimen jurídico de la responsabilidad para todas las Administraciones Públicas y con tal fin erradicó del razonamiento de la sentencia toda expresión de corte culpabilístico, sustituyéndola con el lenguaje que es propio de la responsabilidad objetiva por considerar este régimen mucho más avanzado y protector. O sea, que por aquel entonces la postura generalizada no fue la de explicar el sistema tomando en cuenta la responsabilidad por funcionamiento normal junto a la responsabilidad por culpa, sino que se trató de explicarlo todo desde un solo criterio, único y objetivo, expulsando la idea de culpa por innecesaria e inservible. Muchas Sentencias hicieron alarde de ello y algunas muy bellamente, por cierto, como la anteriormente citada. Sea como fuere, la verdad es que la garantía, al menos en el plano teórico, subió de nivel respecto al sistema que regía antes de la Ley de Expropiación Forzosa, por lo que no era inmotivado el contento que llegó a generar.

Pero no es menos cierto que tal garantía, tan oronda por su cumplitud presunta y su universalidad -aunque socavada internamente por la exigencia de que el lesionado no tuviere el deber de soportar la lesión (antijuridicidad objetiva) y el tremendo obstáculo del *onus probandi* a cargo del damnificado- resultaba así como una especie de gigante con pies de barro que hubo de caer a medida que sus fisuras naturales fueron observadas por una doctrina empeñada en poner al descubierto las contradicciones del sistema y su propio derrumbe, proceso éste que se manifestaba no sólo en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, sino en el vasto campo de la *responsabilidad por omisión* (así, daños con insuficiencia de medidas policiales, retrasos de los bomberos, accidentes de menores en centros escola-

## ADMINISTRACIÓN SANITARIA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria ha ido adquiriendo una creciente importancia en estas últimas décadas. Los tribunales y los Consejos consultivos vienen siendo los receptores de esa progresiva concienciación ciudadana en la exigencia tanto de los derechos como del estándar de calidad en el funcionamiento de los servicios públicos, de lo que da buena cuenta el incremento de reclamaciones y demandas por acción, por omisión y, en todo caso, por un funcionamiento defectuoso del servicio sanitario. Estas circunstancias, unidas a la complejidad de la materia, exigen el manejo de criterios claros de interpretación y valoración de los aspectos sustantivos y procedimentales del instituto resarcitorio. Por ello, esta obra aborda de una forma exhaustiva y rigurosa los requisitos para la exigencia de indemnización, la problemática que generan la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado, el consentimiento informado, la valoración del daño y la acción y el procedimiento a seguir para formular la oportuna reclamación.

El enfoque teórico-práctico, la sistemática y la profundidad con que aborda el análisis de normativa, jurisprudencia y doctrina convierten a esta obra en una herramienta imprescindible tanto para que los operadores jurídicos puedan articular de forma adecuada estas reclamaciones como para que la Administración las resuelva conforme a los criterios normativos y a la consolidada doctrina de los tribunales y de los Consejos consultivos.

PVP: 25,95 €

ISBN: 978-84-1359-089-9



9 788413 590899