
El conflicto en el ámbito de las organizaciones sanitarias

PID_00255460

Joaquín Cayón de las Cuevas

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 3 horas



Índice

| | |
|--|----------|
| Introducción..... | 5 |
| 1. Conflictos característicos del ámbito sanitario..... | 9 |
| 1.1. Actores | 9 |
| 1.2. Clasificación de conflictos | 9 |
| 1.3. Conflictos de información | 10 |
| 1.4. Las agresiones al personal sanitario | 12 |
| 1.5. La objeción de conciencia sanitaria como conflicto | 15 |
| 1.6. Especial referencia al conflicto medico-paciente por defectuosa asistencia sanitaria | 18 |
| 1.6.1. Regulación y requisitos generales | 19 |
| 1.6.2. Particularidades de la responsabilidad patrimonial sanitaria | 21 |

Introducción

Los conflictos por defectuosa asistencia sanitaria han sido tradicionalmente abordados en España a través del sistema judicial. No obstante, resulta evidente que la asistencia sanitaria constituye un ámbito sectorial específico en el que los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos pueden y deben implantarse en un sector doblemente propicio para la heterocomposición extrajudicial, tanto desde el punto de vista psicológico como desde una perspectiva económica.

Desde un punto de vista psicológico, cabe reseñar la importancia que el ciudadano otorga a su propia salud, bien jurídico a proteger con carácter prioritario. Es por ello que, para una protección eficaz del correcto desenvolvimiento de las relaciones clínicas, parece deseable la articulación de herramientas heterocompositivas de resolución extrajudicial de conflictos sanitarios presididas por los principios de voluntariedad, imparcialidad y agilidad.

Desde el punto de vista económico, el sector sanitario constituye también un extenso mercado que mueve ingentes cantidades de dinero, circunstancia que hace especialmente útil la implantación de sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos.

Resulta conocido que el entorno sanitario ya no solo se preocupa de la enfermedad sino del estado de salud, así como de su promoción y prevención. Como consecuencia de esta ampliación del concepto de salud, los servicios sanitarios se han desmedicalizado y han pasado a ser auténticos servicios de salud. Al mismo tiempo, el aumento del nivel cultural de la sociedad ha incrementado las expectativas y la concienciación de la ciudadanía en relación con los derechos prestacionales, circunstancias que provocan inevitables conflictos en la relación clínica y que obligan a adoptar formas de solucionarlos que satisfagan las necesidades de los usuarios y de los profesionales. Esta nueva relación asistencial y de cuidado incluye también la gestión de la información de los sistemas sanitarios que debe adecuarse a la nueva interacción entre el profesional y el paciente y debe constituir la base para un tratamiento integral de la persona. Si a lo anterior añadimos que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, consagra un auténtico estatuto del paciente de forma bien diferente a la situación existente hasta épocas relativamente recientes, podemos concluir que la extrajudicialización de la medicina constituye una realidad acuciante, sociológicamente necesaria y jurídicamente posible.

Si durante siglos la actividad del profesional sanitario se rigió por el denominado principio de beneficencia, en el que el médico se consideraba legitimado para actuar de acuerdo con la voluntad del enfermo, pero también sin su voluntad o incluso contra ella, actualmente no cabe duda de la consagración normativa del principio de autonomía del paciente, que implica un poder de autodeterminación que debe ser respetado y que proscribire la imposición de tratamientos coactivos por bienintencionados que sean. De ahí que uno de los principales derechos del enfermo sea el consentimiento informado y que una de las asignaturas pendientes del sistema sanitario sea la comunicación interpersonal.

En este contexto de litigiosidad y desconfianza, se ha ido generando una lógica confrontación judicial que ha producido un aumento de las reclamaciones por la asistencia sanitaria. El riesgo de la judicialización es, pues, inherente al desempeño de cualquier actividad que se realice en el ejercicio de las profesiones sanitarias. Una de las consecuencias más negativas de esta situación es el despliegue de prácticas de medicina defensiva. Además, existe un aumento de fenómenos violentos interpersonales y de las agresiones a profesionales que constituyen un problema de la máxima gravedad. No deben olvidarse otros fenómenos sociales como el aumento de la inmigración y de población extranjera que utiliza los servicios de salud. Asimismo, no cabe duda de que el sistema sanitario no deja de ser una organización con los conflictos inherentes al ámbito laboral. En este sentido, el coste financiero y humano que provoca la falta de resolución de controversias hace imprescindible abordar todas aquellas posibles soluciones alternativas que puedan facilitar y mejorar tanto las relaciones asistenciales (usuario-profesional) como interprofesionales (profesional-profesional).

Este extraordinario incremento de la judicialización de los conflictos sanitarios está comenzando a traducirse en una serie de problemas, que podemos esquematizar del siguiente modo:

- a) **Lentitud de las actuaciones**, tanto por la sobrecarga de juzgados y tribunales como por la propia complejidad de los procedimientos administrativos y judiciales.
- b) **Menoscabo de la credibilidad** de la Administración y sus profesionales.
- c) **Sobrecostos de la sanidad** causados por la medicina defensiva y pólizas de seguro de responsabilidad.
- d) **Abuso de las acciones penales**. El deseo de huir del preceptivo orden jurisdiccional contencioso administrativo, que requiere de requisitos procedimentales especiales (es necesario una reclamación en la vía administrativa previa) y que, en la actualidad, sufre los retrasos más llamativos por ser también mayores sus complejidades procesales, puede provocar, como de hecho se constata, un abuso de las acciones penales frente a los profesionales de la sanidad. La vía

penal presenta además la ventaja para el paciente de que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial (un año) se interrumpe por el ejercicio de la acción penal. Además, los hechos declarados como probados por el juez penal vinculan al orden administrativo, con la ventaja añadida de que en el proceso penal la prueba se impulsa de oficio.

Todo ello ha provocado un notable incremento de los procesos penales, con el estigma personal y profesional que para el médico ello conlleva.

Las ventajas de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos resultan evidentes:

- Rapidez y agilidad frente a la tradicional lentitud del proceso judicial, lo que resulta decisivo tanto para el paciente como para el profesional implicado.
- Abaratamiento de costes. La heterocomposición extrajudicial suele ser gratuita para el usuario frente a los importantes gastos del proceso jurisdiccional.
- Mejora de la relación clínica.
- Indemnización del mayor número de casos posibles.
- Discreción y confidencialidad en las actuaciones, evitando así el descrédito del médico y en general de la sanidad.
- Comprensión para los perjudicados, con más explicaciones e información sobre los derechos de una y otra parte, logrando mayor satisfacción y de algún modo «honrar a la víctima».
- Aumento de la flexibilidad, de forma que se pueda cambiar de actitudes o posiciones en un momento determinado.
- Evitación del ejercicio de la medicina defensiva.
- Constitución de una vía paralela y voluntaria, no interfiriendo en la posibilidad de acudir a la vía judicial.

1. Conflictos característicos del ámbito sanitario

El ámbito sanitario no deja de ser una organización humana compleja, motivo por el cual no sorprende, teniendo en cuenta que el conflicto es inherente a toda relación humana, que se produzcan situaciones de conflicto con cierta frecuencia.

1.1. Actores

Entre los principales actores que en el ámbito sanitario interaccionan entre sí y son fuente de múltiples conflictos, cabe señalar los siguientes:

- a) Los **profesionales** que prestan sus servicios en la organización sanitaria.
- b) El **paciente**, esto es, la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud.
- c) El **usuario**, esto es, la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria.
- d) Los **familiares o acompañantes** del paciente o usuario.
- e) **Actores externos**: proveedores, colegios profesionales, residencias de mayores, juzgados, asociaciones de pacientes, ayuntamientos, aseguradoras, medios de comunicación, industria farmacéutica, etc.

1.2. Clasificación de conflictos

1) En primer lugar, atendiendo a los **protagonistas del conflicto**, podemos clasificar los conflictos en el ámbito sanitario en conflictos internos o externos.

a) Son **conflictos internos** aquellos en los que los protagonistas pertenecen a la misma organización. Esta clase de conflictos afectan a los trabajadores, bien de forma horizontal (entre compañeros, de la propia unidad u otras), bien de forma vertical (entre superiores y subordinados), afectando con carácter general a los usuarios de los servicios de salud.

b) Por su parte, son **conflictos externos** aquellos en que al menos uno de los protagonistas es ajeno a la organización.

2) En segundo lugar, atendiendo a la **causa del conflicto**, podemos clasificar los conflictos en el ámbito sanitario en:

a) Conflictos profesionales. Dentro de este grupo se recogen los conflictos generados por discusiones entre profesionales del ámbito sanitario, la insuficiente formación del profesional, los conflictos éticos como aquel que se produce entre el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia del profesional y el derecho de los ciudadanos a recibir las prestaciones establecidas legalmente, la descoordinación en el trabajo en equipo, la descoordinación entre servicios de la organización sanitaria, la insuficiencia de protocolos y guías de práctica clínica, etc.

b) Conflictos asistenciales. En este grupo pueden encuadrarse los conflictos relacionados con la ausente, insuficiente o inadecuada información al paciente, lo que conlleva un consentimiento informado que no es facilitado en condiciones adecuadas, la escasa comunicación entre profesionales y pacientes, la inadecuada comunicación verbal entre profesionales y pacientes, la falta de atención al nivel cultural del paciente, el lenguaje no comprensible para el paciente/usuario, las discrepancias con el tratamiento prescrito, los conflictos relacionados con el alta médica, la escasa participación del paciente en la toma de decisiones en torno a su salud, falta de respeto a la intimidad del paciente, etc.

c) Conflictos sociales. Cabe agrupar como conflictos sociales los relativos a la insuficiencia de recursos sociales para la continuación de los cuidados una vez producida el alta, la sensación de abandono social por la familia, la discusión en torno a la vida y a la calidad de vida, dificultad de tratamiento a pacientes con distinta cultura y religión, etc.

d) Conflictos organizativos. Entre los conflictos organizativos pueden destacarse los relativos al desconocimiento o incumplimiento de las normas internas de la organización, la falta de control de las visitas a los pacientes ingresados, los conflictos de roles entre los profesionales, la falta de estímulo e incentivación de los profesionales, la falta de fijeza en el puesto de trabajo de los profesionales, etc.

e) Conflictos legales. Dentro de este grupo pueden ubicarse los conflictos provocados por el desconocimiento del marco legal tanto por los profesionales como por los pacientes, el desconocimiento de los derechos y deberes de los pacientes, las dudas de carácter jurídico en torno, por ejemplo, al acceso a la historia clínica o al consentimiento informado, el desconocimiento de las voluntades anticipadas del paciente, la responsabilidad profesional, etc.

1.3. Conflictos de información

1) Trascendencia

Uno de los aspectos más importantes y necesarios para brindar un servicio sanitario adecuado y una atención médica de calidad es una información asistencial completa y adecuada. La información es esencial para las personas que tienen que afrontar un problema de salud condicionando su actitud ante la enfermedad y las actuaciones posteriores a realizar. Ambas partes de la relación clínica dependen y han de cooperar y confiar recíprocamente. En concreto, el paciente desconoce el significado de su situación y las alternativas para superarla, conocimiento que puede obtener de los profesionales asistenciales, de quienes en gran medida depende. Pero la información por sí sola no basta, sino que es precisa su selección, interpretación y transmisión por el profesional y su comprensión por el paciente.

En relación con lo anterior, cabe afirmar que los conflictos más habituales en el ámbito de las organizaciones sanitarias tienen su origen en la ausencia de información o en una información insuficiente o inadecuada. En este sentido, toda actuación en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos ha de partir de una adecuada información, en tanto que ello constituye la base para el buen entendimiento, y consecuentemente, la efectiva prevención y resolución de los conflictos.

2) Conflicto por ausencia o déficits en el consentimiento informado

Dentro de los conflictos de información, merecen especial atención los conflictos por ausencia o déficits en el cumplimiento del consentimiento informado que constituyen un importante porcentaje de las reclamaciones que anualmente se presentan en el ámbito de la responsabilidad médica.

Como se ha señalado previamente, el consentimiento informado constituye la principal manifestación en el ámbito de la relación médico-paciente de la autonomía de voluntad. En el ámbito de la práctica médica, el principio de autonomía implica que el médico deberá obtener el consentimiento informado del paciente con anterioridad a llevar a cabo el acto médico.

Frente al anterior modelo paternalista, en el que la mejor preparación profesional y mayores conocimientos del médico justificaban que fuera este quien tomara la decisión, el nuevo modelo configura al paciente como el único y exclusivo titular del derecho a decidir.

Para que el paciente participe en la toma de decisiones, es necesario que tenga información a lo largo de todo el proceso. El consentimiento informado es un proceso de diálogo en el seno de la relación médico-paciente. Es un proceso esencialmente verbal. El documento no puede sustituir a la información verbal. El documento es una simple garantía de que la información ha tenido lugar y, en este sentido, sirve como medio de prueba para el médico. La sa-

tatisfacción del deber de consentimiento informado, tanto cuando no se exige necesariamente la forma escrita como cuando sí se exige, debe producirse a través de la conversación entre médico y paciente.

Atendiendo a la redacción de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que prevé como regla general la oralidad en el consentimiento informado, la prueba de la cumplimentación del deber de consentimiento informado no podrá asentarse únicamente en la existencia de un protocolo de consentimiento debidamente cumplimentado, sino que requerirá determinar si realmente se ha cumplido o no con el deber. Habrá que atender en todo caso a la relevancia que para el caso concreto tenga el cumplimiento de consentimiento informado, puesto que si la ausencia del consentimiento informado no tiene trascendencia en el caso concreto (por ejemplo, la existencia de un único tratamiento pertinente), no tiene sentido el esfuerzo probatorio.

La carga de la prueba en materia de consentimiento informado con el objeto de desvirtuar la presunción de su cumplimiento corresponde, según reiterada jurisprudencia:

- Cuando exista protocolo escrito de consentimiento informado, firmado por el paciente, a este.
- Cuando no exista protocolo escrito porque la Ley no lo exige, pero exista constancia en la historia clínica de que se ha cumplimentado el deber de información, al paciente o familiar reclamante.
- Cuando no exista protocolo escrito porque la Ley no lo exige, ni exista constancia en la historia clínica de que se ha cumplimentado el deber de información, corresponde a ambas partes aportar los elementos necesarios para determinar el cumplimiento o no del deber de consentimiento informado.
- Cuando no exista protocolo escrito, pese a tratarse de uno de los supuestos en que lo exige la Ley, al médico.

1.4. Las agresiones al personal sanitario

Según la Organización Internacional del Trabajo, se entiende por violencia en el lugar de trabajo toda

«acción, incidente o comportamiento que se aparta de lo razonable mediante el cual una persona es amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma, y que tiene como consecuencias probables: lesiones físicas, daños psicológicos e incluso la muerte».

Las agresiones al personal sanitario, tanto las verbales como las físicas, se han incrementado de forma preocupante en los últimos años, lo que está generando situaciones de malestar en los puestos de trabajo y una inseguridad que lleva aparejada una insatisfacción profesional del personal sanitario.

Las agresiones al personal sanitario reflejan una conducta del paciente o usuario, así como de sus familiares, que busca conseguir un objetivo o beneficio personal fuera de los cauces legales y de la normal relación entre médico y paciente. Las tensiones motivadas por las largas esperas, los diagnósticos imprevistos, la búsqueda de determinados tratamientos o medicamentos, la búsqueda de bajas laborales o los resentimientos por diagnósticos anteriores son algunas de las principales causas que motivan las agresiones al personal sanitario.

Las agresiones a personal sanitario acentúan la situación de estos trabajadores que ya de por sí están sometidos a factores de estrés laboral elevados que conducen a altos niveles de desgaste profesional. Es lo que se conoce como *burn out*.

1) Agresiones a personal sanitario y *burn out*

El síndrome de desgaste profesional o *burn out* se origina como respuesta ante el estrés laboral e institucional continuado que sufren los profesionales, especialmente aquellos que mantienen una relación constante y directa de ayuda con otras personas como es el caso de los profesionales que prestan sus servicios en el ámbito sanitario. Este estado de sufrimiento mantenido, asociado al estrés laboral, termina afectando a la salud física de los profesionales.

Se puede afirmar que la violencia contra los profesionales sanitarios y el síndrome de desgaste profesional se han convertido en un problema de salud pública, que afecta de forma creciente a los profesionales sanitarios, al propio sistema asistencial y, por ende, a los pacientes, usuarios de los servicios sanitarios.

Ambos factores están interrelacionados. Cuando con frecuencia atendemos a pacientes quejosos, en ocasiones con agresividad contenida o violencia manifiesta, nos refieren que el desencadenante de su estado ha sido la percepción de un trato deshumanizado e indigno. La despersonalización, fruto del desgaste profesional, incrementa el riesgo de agresiones contra el personal sanitario, y el ambiente hostil contra el personal sanitario incrementa el estrés y el desgaste profesional.

2) El profesional sanitario como autoridad pública a efectos penales

Especial interés merece la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1.ª) n.º 1030/2007, de 4 de diciembre, que considera al profesional sanitario público como una autoridad a efectos penales. La importancia reside

en que con esta calificación los agresores se enfrentan a penas de cárcel, mayores indemnizaciones y antecedentes penales, lo que resulta más ejemplarizante y tiene un positivo efecto disuasorio.

Esta sentencia supone la culminación en el fomento de la protección jurídica del personal sanitario desde distintas instancias autonómicas, colegiadas y judiciales, equiparando la situación del personal sanitario durante el desempeño de sus funciones a la de una autoridad pública o cualquiera de sus agentes, lo cual, desde el punto de derecho penal, otorga mayor dureza a la persecución de este tipo de episodios violentos contemplándose la prisión para los reos de delito de atentado, que hasta ahora no gozaba de la dureza que con este precedente se supone, así como tampoco cumplía con una labor fundamental como es repeler otra posible futura agresión, toda vez que se venían enjuiciando como meras faltas penales susceptibles de una multa diaria. No cabe duda de la necesidad de extrapolar esta especial protección del personal sanitario al ámbito de la sanidad privada.

El delito de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos se regula en el capítulo II del título XXII del libro I de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

En concreto, señala el artículo 550:

«1. Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas. En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas.

2. Los atentados serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de seis meses a tres años en los demás casos».

El atentado requiere una serie de condicionantes reiteradamente asumidos por la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo:

- Que el sujeto pasivo de la acción sea funcionario público, autoridad o agente de la misma.
- Que tales sujetos se encuentren en el ejercicio de sus respectivos cargos o funciones.
- Que la acción criminal se propicie como acometimiento, como uso de fuerza, como intimidación o resistencia grave.
- Que, por último, exista un ánimo o un propósito de ofender a la autoridad, a sus agentes, o a los funcionarios públicos, en detrimento del principio de autoridad.

3) Protocolos de actuación ante situaciones de agresión

Por las distintas comunidades autónomas, tanto en centros sanitarios de atención especializada como de atención primaria, se han elaborado protocolos o planes para la prevención o actuación ante situaciones de agresión a personal sanitario. Básicamente, una vez producida la agresión, han de llevarse a cabo las siguientes actuaciones:

- Si el trabajador agredido necesita de asistencia sanitaria, será atendido de forma inmediata y preferente. Si del suceso derivaran lesiones al trabajador, solicitará el correspondiente parte de lesiones, de suma importancia para el caso de que el trabajador decida emprender acciones en defensa de sus intereses legítimos.
- El trabajador elevará comunicación del incidente violento a su superior jerárquico, quien a su vez lo elevará a la dirección de la gerencia que corresponda.
- El trabajador habrá de dirigirse al servicio de prevención de riesgos laborales, que será el encargado de valorar si el hecho se considera incidente o accidente laboral, emitiendo, en su caso, el parte oficial de accidente de trabajo e iniciando la investigación a que haya lugar.
- Si el trabajador precisa de asistencia psicológica se solicitará la misma por los médicos del servicio de prevención.
- Para el supuesto en que el trabajador decida interponer denuncia, cabe distinguir dos tipos de acciones: judiciales civiles o judiciales penales. La asistencia jurídica que le preste la Administración a estos efectos consistirá, en primer lugar, en conocer la pretensión del denunciante e informarle sobre los cauces procesales: orientarle sobre si el caso expuesto tiene entidad suficiente como para ser judicializado, explicar las ventajas e inconvenientes de un proceso judicial y asumir el posible deterioro de la relación médico-paciente. Asimismo, se prestará apoyo y asistencia jurídica durante el proceso, si este se lleva a cabo.
- Procede el registro del incidente violento.

1.5. La objeción de conciencia sanitaria como conflicto

1) Concepto

La objeción de conciencia sanitaria consiste en la negativa de un profesional sanitario, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio le sería jurídicamente exigible. La objeción de conciencia consiste en

manifestar la incompatibilidad entre los dictados de la conciencia individual y determinadas normas del ordenamiento jurídico al que la persona se encuentra sujeta.

Se puede distinguir entre:

- Objeción de conciencia *secundum legem*, cuando la Ley dispensa al sujeto para la acción, o le confiere una alternativa.
- Objeción de conciencia *contra legem*, que consiste en contravenciones de la norma legal forzadas por la conciencia, pero sin respaldo normativo.

El conflicto se produce entre el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y el derecho de los ciudadanos a recibir las prestaciones establecidas legalmente.

La formulación de la objeción de conciencia puede generar situaciones conflictivas no solo entre el objetor de conciencia y el solicitante de la asistencia, sino además entre el objetor de conciencia y sus compañeros, el objetor de conciencia y su superior jerárquico.

2) Regulación

La objeción de conciencia sanitaria no está regulada en el ordenamiento jurídico español salvo para el supuesto del aborto, donde aparece contenida en el artículo 19.2 de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, como veremos a continuación.

La Constitución prevé la objeción de conciencia únicamente para el servicio militar, lo que no impide que no pueda adoptarse la misma en otros supuestos. En todo caso, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional rechazan la existencia en nuestro ordenamiento constitucional de un derecho general a la objeción de conciencia susceptible de hacerse valer pese a no contar con un reconocimiento formal en el texto fundamental o en la ley.

El Código de Ética y Deontología Médica de 1999 reconoce, en su artículo 26, el derecho del médico a negarse por razones de conciencia a aconsejar alguno de los métodos de regulación y de asistencia a la reproducción, a practicar la esterilización o a interrumpir un embarazo. En este supuesto, el médico ha de informar sin demora de su abstención y ofrecerá, en su caso, el tratamiento oportuno al problema por el que se le consultó. Respetará siempre la libertad de las personas interesadas de buscar la opinión de otros médicos. Y debe considerar que el personal que con él colabora tiene sus propios derechos y deberes. El médico podrá comunicar al Colegio de Médicos su condición de

objedor de conciencia a los efectos que considere procedentes, especialmente si dicha condición le produce conflictos de tipo administrativo o en su ejercicio profesional. El Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria.

Por su parte, el Código de Ética y Deontología Farmacéutica señala que el farmacéutico se abstendrá de participar en todo tipo de actuaciones, estén o no relacionadas con su profesión, en que sus conocimientos y habilidades sean puestas al servicio de actos que atenten contra la vida, la dignidad humana o contra los derechos del hombre. El farmacéutico podrá comunicar al Colegio de Farmacéuticos su condición de objedor de conciencia a los efectos que considere procedentes. El Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria.

En este sentido, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias señala, en su artículo 4.6, que el ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta Ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico.

3) Principales exponentes de objeción de conciencia sanitaria

Entre los principales supuestos de objeción de conciencia sanitaria, podemos destacar:

a) Objeción de conciencia y aborto. De conformidad con el artículo 19.2 de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso, los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

El Comité de Bioética de España se pronunció a propósito de la citada Ley orgánica, en su «Opinión sobre la Ley orgánica de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo» (octubre de 2009), aprobada por mayoría, con un voto discrepante opuesto a la consideración del aborto como un derecho o como una práctica moralmente aceptable. El referido dictamen mayoritario consideraba necesario y urgente regular la objeción de conciencia frente al aborto con el fin de que el servicio sanitario público garantizara en cualquier caso la asistencia a la mujer. En el capítulo de recomendaciones, se explicitaba que «la mujer que solicita la interrupción de su embarazo deberá

ser atendida de manera compatible con la libertad de los profesionales para actuar de acuerdo con sus convicciones en los términos que determine el ordenamiento jurídico. La objeción de conciencia a la interrupción del embarazo encuentra fundamento constitucional y legal, por lo que es urgente desarrollar su ejercicio como también afirma el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en el marco de la discrecionalidad reconocida a la ley nacional.

b) Objeción de conciencia farmacéutica. El supuesto más frecuente de objeción de conciencia farmacéutica es la dispensación de la llamada «píldora del día después», método anticonceptivo de emergencia cuyo fin es evitar embarazos no deseados después de un coito no protegido. Para algunos, su empleo es similar al aborto. En sentencia de 23 de abril de 2005, el Tribunal Supremo reconoce la posibilidad de objeción de conciencia por el farmacéutico al señalar que:

«en el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la CE, en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la CE), lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos».

c) Objeción de conciencia respecto de instrucciones previas. De conformidad con el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. En este sentido, algunas leyes autonómicas reguladoras de las instrucciones previas prevén la posibilidad de que los profesionales sanitarios ejerzan la objeción de conciencia en relación con el cumplimiento de instrucciones previas.

1.6. Especial referencia al conflicto medico-paciente por defectuosa asistencia sanitaria

El usuario que entienda que ha resultado perjudicado en sus bienes o derechos, por acción u omisión, en relación con una determinada actuación sanitaria llevada a cabo sobre él, puede acudir a:

a) La vía jurisdiccional penal, en el caso de que en la acción u omisión del prestador concurra delito o falta. Implica, en su caso, la imposición de una pena al profesional sanitario más la correspondiente indemnización por los

daños y perjuicios causados, a no ser que esta acción civil se la reserve el perjudicado para ejercitarla independientemente en la jurisdicción civil o contenciosa (dependiendo de si el prestador del servicio es privado o público). Esta vía facilita al usuario la prueba, al impulsarse de oficio por el juez instructor.

b) La **vía jurisdiccional civil**, en el caso de acciones u omisiones no delictivas y si el prestador del servicio sanitario es privado.

c) La **vía jurisdiccional contenciosa** en el caso de acciones u omisiones no delictivas y si el prestador del servicio sanitario es un centro sanitario público o concertado.

A tales efectos, y centrándonos en la responsabilidad por la prestación de asistencia sanitaria pública, el ciudadano podrá:

- Interponer una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración sanitaria, con el fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados.
- Interponer una reclamación por reintegro de gastos médicos ante la Administración sanitaria, con el fin de que le sean abonados los gastos efectuados en la sanidad privada, a la que acude por una situación de riesgo vital.
- Ejercer acción penal contra el profesional sanitario, si estima que concurre delito o falta.

Merece una mención diferenciada la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, figura que pretende reparar los daños y perjuicios causados a los ciudadanos por el funcionamiento de los servicios públicos. Resulta de extraordinaria importancia en todos los ámbitos de actuación de la Administración, pero tanto por su entidad como por sus consecuencias adquiere especial relevancia en el ámbito sanitario.

Así, en el presente apartado, mencionaremos las características y los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración para, a continuación, analizar las peculiaridades que presenta la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria prestada.

1.6.1. Regulación y requisitos generales

El punto de partida de la regulación del instituto de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas se encuentra en el artículo 106.2 de la Constitución, según el cual:

«Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

La previsión constitucional se encuentra en la actualidad desarrollada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Mientras que la Ley 39/2015 regula los aspectos puramente procedimentales en materia de responsabilidad patrimonial, la Ley 40/2015 dedica el capítulo IV del título preliminar, «De la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas», a los aspectos orgánicos.

Dispone el artículo 32 de la Ley 40/2015 que:

«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley [...].

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas [...].».

De los preceptos citados, así como de los demás recogidos en las citadas normas, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1995, 22 de diciembre de 1997 y 30 de junio de 2003, entre otras) ha determinado que el reconocimiento y declaración de la responsabilidad patrimonial y la consiguiente obligación para la Administración de indemnizar exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad de un daño evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión patrimonial sufridos por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa de causa a efecto, sin intervención extraña que pudiera influir en el nexo causal.
- Además, el daño ha de ser antijurídico, que los afectados no tengan el deber jurídico de soportar por no existir causa alguna que lo justifique.
- Ausencia de fuerza mayor.

La responsabilidad patrimonial se configura así como una responsabilidad objetiva o por el resultado, no vinculada al concepto de culpa, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que, como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Asimismo, se trata de una responsabilidad directa, de modo que la persona que sufre un daño como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos debe dirigirse contra la Administración y no contra el agente o funcionario que le ha causado dicho daño, sin perjuicio de la posibilidad que tiene la Administración de ejercitar posteriormente una acción de repetición contra el personal a su servicio en casos de dolo, culpa o negligencia grave.

En cuanto al plazo para la interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial, según el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, (cuestión que frecuentemente se da en la responsabilidad sanitaria), el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

La carga de la prueba de los hechos necesarios para que exista responsabilidad corresponde a quien reclama la indemnización; y, en cambio, corre a cargo de la Administración la prueba del correcto funcionamiento del servicio o de la existencia de fuerza mayor o de circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficientes para considerar roto el nexo de causalidad (como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000).

1.6.2. Particularidades de la responsabilidad patrimonial sanitaria

La responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria se rige por la misma normativa que la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento del resto de los servicios públicos. Sin embargo, presenta peculiaridades derivadas precisamente de la naturaleza del ámbito de la realidad sobre el que recae, peculiaridades que han sido tenidas en cuenta por los tribunales.

Así, la responsabilidad patrimonial sanitaria ha sido y es objeto de constante desarrollo jurisprudencial, hasta el punto de que rige en este ámbito una serie de reglas, de construcción jurisprudencial, que matizan los principios generales de la responsabilidad patrimonial, sobre todo en lo que se refiere a su carácter objetivo y a las reglas de distribución de la carga de la prueba. A continuación, hacemos referencia a las principales peculiaridades de la responsabilidad patrimonial sanitaria.

1) *Lex artis*

A la responsabilidad por asistencia sanitaria, también de carácter objetivo y regida por las anteriores reglas, es de aplicación el criterio, firmemente establecido tanto por el Tribunal Supremo como por el Consejo de Estado, consistente en que el paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada según la *lex artis ad hoc* y no a obtener un resultado curativo determinado.

La *lex artis ad hoc* engloba las reglas de actuación profesional del médico, las normas que constituyen el buen hacer y la ortodoxia profesional en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Se convierte, así, en un criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico, de modo que:

«la culpa o negligencia médica surge con dotación de suficiente casualidad cuando no se realizan las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario».

Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1998.

Debe tenerse en cuenta que la traslación mecánica del principio de objetividad en el ámbito sanitario podría provocar resultados contrarios al sentido común: que el que sometiera a un tratamiento, del tipo que fuere, en un establecimiento público sanitario, tendría asegurada una indemnización en el caso de que el resultado no fuera el deseado.

Esta conclusión resulta contraria a lo razonable y a la concreta función del instituto indemnizatorio, pues el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a las administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002). Pero, además, resulta contraria a la naturaleza de las cosas, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la administración garantizar, en todo caso, la salud del paciente.

Por todo ello, la jurisprudencia viene señalando de forma reiterada que la actividad sanitaria no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado y lo único que puede exigirse que se actúe conforme a la *lex artis*.

Por todas, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2005, cuyo fundamento de derecho cuarto indica:

«[...] no es jurídicamente correcto entender que por el hecho de que una persona sea acogida en un centro hospitalario para ser sometida a tratamiento (lo que se llama ingresar en el sistema) y ser sometida efectivamente al mismo, hay que dar ya por establecido que por el mero hecho de convertirse en sujeto pasivo del tratamiento (funcionamiento normal) hay que indemnizarle si con ocasión –y no necesariamente por causa– de ese tratamiento resultare daño físico o psíquico para esa persona. Entender esto así es tan absurdo como sostener que el alumno que es admitido en un centro público de enseñanza (admisión que hace nacer la correspondiente relación de acogida en ese centro) y que después de cursar las asignaturas correspondientes (lo que crea la correspondiente relación de enseñanza con los distintos profesores) es suspendido al final de curso (resultado dañoso) tiene derecho a que se le indemnice por haber fracasado ese centro público de enseñanza, actuando a través de su personal de línea, esto es el profesorado. El centro de enseñanza y su profesorado están obligados a facilitar al alumno los medios necesarios

para que no fracase cuando llegue el momento de la prueba final, pero no se compromete a garantizar que el examinando estará en condiciones de superar satisfactoriamente esa prueba.

Pues bien, *mutatis mutandis* (o sea: cambiando lo que haya que cambiar) esto mismo ocurre en la relación hospitalaria entre el paciente y el centro público que lo acoge. Porque por más perfecta que sea la asistencia médica que se haya prestado a un paciente, hay multitud de causas que pueden determinar que una intervención quirúrgica fracase, entre otras razones, porque se está actuando sobre un cuerpo vivo, cuya complejidad, y también fragilidad, es patente».

En definitiva, cuando del servicio sanitario se trata, si la actuación médica fue realizada conforme a la *lex artis* (es decir, con la aplicación correcta de los conocimientos profesionales al caso analizado), no dará lugar a indemnización, pues el daño producido no sería antijurídico y, en consecuencia, fallaría uno de los requisitos necesarios para que naciera la responsabilidad de la Administración.

2) Carga de la prueba

Como se ha señalado, de acuerdo con las reglas generales de distribución de la carga probatoria, corresponde al reclamante probar la existencia del daño y que este ha sido consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios.

No obstante, en el ámbito sanitario, la jurisprudencia en determinados supuestos permite flexibilizar el rigor de esta regla y permitir la prueba basada en presunciones, aplicando los siguientes criterios:

a) Criterio de la probabilidad cualificada

Implica que basta un juicio de probabilidad para asumir la responsabilidad por la Administración, descargando de la prueba al reclamante por ser la parte con más dificultad por la falta de disponibilidad o proximidad con la fuente probatoria.

Así, en aquellos casos en los que resulta imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el tribunal puede dictar sentencia condenatoria dando por probada la relación causalidad cuando los elementos de juicio que le son suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad, sobre todo de cuando se trata de una alta probabilidad, de una probabilidad cercana a la certeza (probabilidad cualificada).

Por ejemplo, aplica dicho criterio la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007, cuyo fundamento de derecho sexto indica:

«De la declaración de hechos probados contenida en la sentencia recurrida se desprende que concurre un nexo fenomenológico entre la actuación del servicio hospitalario y el daño producido como consecuencia de una infección sufrida por una bacteria que, con un grado de probabilidad cualificada, suficiente para entender establecido el nexo de causalidad, se encontraba en el hospital, como demuestra el hecho de que se había hecho resistente por la administración de antibióticos».

Este mismo criterio es aplicado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en sentencia de 24 de noviembre de 2015 cuando señala:

«Son numerosas las teorías elaboradas para la determinación de ese nexo causal. Para aquellos supuestos, como el que aquí examinamos, en que resulta imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, la aplicación de la teoría de la probabilidad estadística parece la más adecuada. De este modo el Tribunal podrá afirmar la existencia de responsabilidad patrimonial, dando por probada la relación de causalidad, cuando los elementos de juicio que le son suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad, sobre todo cuando se trata de una “alta probabilidad”, esto es, de una probabilidad próxima a la certeza (probabilidad cualificada). De este modo, quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica o matemática. Basta con que, dado que según la naturaleza de las cosas no es posible una prueba directa, lleguemos a la conclusión de que existe una probabilidad determinante de la causa del daño. Esa probabilidad determinante encuentra, por sí misma, la dificultad apriorística de su determinación. Solo atendiendo a las particularidades del caso concreto y a las circunstancias que rodean el mismo, podremos afirmar, en cada particular supuesto, cuando nos encontramos ante una probabilidad razonable y suficiente para afirmar el nexo causal.

Aplicando las consideraciones anteriores al caso concreto que nos ocupa, del examen valorativo del dictamen médico-forense, dada tanto la objetividad de su emisor como el rigor con que se formula, debemos considerar como acertada la conclusión alcanzada por la juzgadora de primera instancia al afirmar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Según los criterios de infección de los centros para el control de enfermedades (CDC 1988 y 1992), se considera que existe una infección nosocomial cuando no hay indicios de que el paciente la tuviera ni en la fase clínica ni en periodo de incubación en el momento del ingreso hospitalario. Cuando el menor ingresa en el centro hospitalario lo es para atender un cuadro clínico con la sintomatología de cefaleas, malestar general y febrícula, totalmente inespecífico y que en absoluto hace sospechar que ya portase la bacteria a la postre determinante del fallecimiento. Como indica el médico forense, “no parece guardar relación (el cuadro sintomatológico determinante de la asistencia facultativa) con el proceso de fascitis y mionecrosis gaseosa clostridiana, pues no es la forma de presentación”. Esto lleva a la necesidad de buscar otra vía de entrada de la infección y tras describir todas las hipótesis, por rango de posibilidad, ante la existencia de un traumatismo en piel como es el inyectable aplicado en el centro médico y habiendo desarrollado además la infección en zona glútea, señala como lo más probable que este último fuera el origen del cuadro infeccioso, causa en definitiva del ulterior fallecimiento, quedando de este modo justificada la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria».

b) Criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria

Este criterio descansa en el principio *favor probationis*, de modo que hace pesar la carga de la prueba sobre la parte que se encuentre en mejores condiciones procesales para aportar aquella. Ello permite alterar la carga de la prueba de la culpa en atención a las circunstancias del caso para permitir concluir que la mayor facilidad y posibilidad de acceso a elementos de prueba por una de las partes, en nuestro caso el prestador del servicio sanitario, debe hacer que sea esta quien despeje las dudas e incertidumbres en relación con el hecho controvertido. Este criterio supone que, si quien puede fácilmente probar no lo hace, debe sufrir las consecuencias de la falta de prueba. En el ámbito sanitario, la STS 1.^a de 8 de noviembre de 2007 declaró la responsabilidad solidaria de la aseguradora y del médico que practicó una sesión de «láser argón», perdiendo la paciente la visión de un ojo. Para ello, invierte la carga de la prueba de la culpa en aplicación del principio de facilidad y disponibilidad probatoria.

Otro caso es el consignado en la STS 3.^a de 2 de noviembre de 2007, que aprecia la responsabilidad patrimonial de la Administración por el nacimiento de una niña con parálisis cerebral debido a sufrimiento fetal en el parto, no apreciado por los médicos, sin que se adoptaran todos los medios posibles para evitarlo. La sentencia aplica el principio de disponibilidad probatoria, considerando que una lógica valoración de la prueba no permite que la Administración, causante de la falta de aportación de una prueba decisiva para la determinación de los hechos, resulte beneficiada de dicha ausencia.

Del mismo modo, la STS 3.^a de 14 de junio de 2011 condena a la Administración sanitaria por los daños derivados a causa del tratamiento tardío por infección sobrevenida. En virtud del artículo 217.6 LEC, invierte la carga de la prueba del nexo causal y la observancia de la *lex artis*.

c) Criterio del daño desproporcionado

Supone que, si en un tratamiento médico, se produce un daño en el paciente que no guarda proporción con la enfermedad o la lesión que le llevó a acudir al médico, aunque el reclamante no logre acreditar la causa de tal daño, el resultado desproporcionado prueba el nexo causal.

Como muestra de aplicación de este criterio, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999, en un supuesto en el que una mujer se somete a una operación de cataratas y pierde el ojo izquierdo sin que el centro médico ofrezca explicaciones coherentes para ello. Indica el fundamento de derecho segundo:

«En verdad, se trata de un resultado desproporcionado, y, como expresa la STS de 29 de junio de 1999, “la cosa habla por sí misma (*res ipsa loquitur*) y hay clara apariencia de prueba de la culpa, culpa virtual, que si no consta la negligencia de médicos concretos, sí aparece, como dice la STS de 2 de diciembre de 1996, una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando este por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”».

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2002 dispone lo siguiente:

«Debe aplicarse la doctrina jurisprudencial, también repetida y que es preciso recordar, sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que, como expresa la STS de 29 de junio de 1999, corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima».

En definitiva, la esencia de la doctrina del daño desproporcionado radica en la existencia de un daño altamente inusual como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada, daño para el cual el centro sanitario o el facultativo no es capaz de ofrecer una explicación coherente. La aplicación de esta doctrina implica la inversión de la carga de prueba, haciendo recaer sobre el demandado la obligación de probar que su actuación no ha sido la causante del daño o bien que actuó conforme a las normas de la buena práctica médica.

No puede calificarse de desproporcionado el daño encuadrable dentro de los riesgos inherentes al tipo de intervención del que se trate. En este sentido se pronuncia la STS 3.ª de 6 de abril de 2015 (RJ 2015\1508):

«La doctrina del daño desproporcionado o “resultado clamoroso” se aplica cuando tal resultado lesivo causado no se produce normalmente, o no guarda relación o proporción con entidad de la intervención y no era previsible, es inesperado e inexplicado por la demandada, pero es inasumible –por su desproporción– ante lo esperable de la intervención. Esto integra su antijuridicidad, cerrándose el paso a la posibilidad de pretextar un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado. De esta manera no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución».

Ni siquiera cabe invocar la doctrina del daño desproporcionado cuando la lesión producida constituye un riesgo propio de la intervención en un porcentaje considerable, tal y como indica la STS 3.ª de 9 de marzo de 2011 (RJ 2011\2026):

«En todo caso la sentencia no ha vulnerado ese principio porque valorando la prueba no entiende que se haya producido esa circunstancia de existir un daño desproporcionado por cuanto es jurisprudencia reiterada de esta Sala la que expresa que no resulta adecuada la invocación de la doctrina del daño desproporcionado a efectos probatorios, cuando la lesión padecida por la interesada como consecuencia de la intervención a que fue sometida constituye un riesgo propio de la misma en un porcentaje considerable, como informan los peritos, de modo que lo ocurrido no puede considerarse como un daño desproporcionado atendiendo a las características de la intervención que se practicó».

Asimismo, la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado requiere que este se produzca en el ámbito de actuación del profesional sanitario. Así, la STS de 26 de mayo de 2005 (RJ 2005\6389) señala:

«[la doctrina del daño desproporcionado] no es de aplicación al supuesto debatido, al no quedar demostrado en autos que la parálisis facial surgida al demandante se haya producido por una acción u omisión integrada en el ámbito de la actuación quirúrgica del médico».

Podemos, así, concluir que la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado requiere la concurrencia de un daño inusual en relación con la asistencia sanitaria prestada, sin que el facultativo ofrezca una explicación satisfactoria de la causa del mismo; que el daño tenga lugar en el ámbito de actuación del médico, esto es, teniendo este el control sobre el medio en el que se produce y, por último, que el paciente no haya intervenido en la producción del daño.

d) Criterio de la pérdida de oportunidad

Centra su aplicación en aquellos casos en los que no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado el daño, pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido una posibilidad razonable de que el resultado lesivo no se hubiera producido.

Los supuestos más frecuentes en los que se manifiesta son los de error de diagnóstico o diagnóstico tardío. Se trata de casos en los que la actuación del médico no causa el daño pero limita las posibilidades de curación. El daño indemnizable lo constituye la pérdida de oportunidad de curación, no el daño en sí.

De este modo, su aplicación permite el reconocimiento de responsabilidad pero, al tiempo, suele servir de criterio de reducción de la cuantía de la indemnización inicialmente solicitada por el reclamante.

Por ejemplo, se aplica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008. En este caso, el reclamante sufrió un accidente por descompresión mientras practicaba buceo con escafandra y quedó probado que este tipo de contingencias exige actuar con la máxima celeridad, introduciendo al afectado en una cámara hiperbárica. Sin embargo, se tardó once horas en aplicar el tratamiento correcto, quedando el interesado inválido. El Tribunal reconoce la responsabilidad de la Administración por aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, precisando en el fundamento de derecho sexto:

«En el presente caso, aquel principio no demanda el reconocimiento a favor del actor de una indemnización que le satisfaga por las secuelas que soporta, entre otras razones porque la curación nunca se encuentra médicamente garantizada. En otras palabras, no debe pagársele por las dolencias reales padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan solo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener otro resultado, más propicio y benigno».

Existe asimismo pérdida de oportunidad en la Sentencia de 4 de noviembre de 2008 en la que se expresa:

«Que el hecho desdichado de que un niño nazca con síndrome de Down no es, por sí solo, imputable a la Administración sanitaria que atendió a la madre durante la gestación y el parto. Ahora bien, el hecho de que no se practicara –habiendo debido hacerlo, según reconoció la propia Administración sanitaria– la prueba de detección precoz de la patología puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por el daño moral consistente en no haber conocido la patología en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo; es decir, cabe indemnizar la pérdida de oportunidad».

3) Estado de la ciencia o técnica

Resulta mayoritariamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, tanto civil como contencioso administrativa, que los servicios sanitarios no pueden responder en cualquier caso de la curación del paciente, lo que el paciente puede exigir es que se le preste una asistencia conforme a la *lex artis*, teniendo en cuenta el momento y las circunstancias en la que se presta dicha asistencia. Así, como una de las referencias para la concreción de ese criterio de normalidad, se establece el estado de la ciencia y de la técnica. De esta forma, tra-

tándose la obligación médico-sanitaria de una obligación de medios, implica el empleo de los plenos recursos de la ciencia y la técnica actuales, de modo continuo hasta la curación en el grado que resulte posible.

En este sentido, como causa exonerante de responsabilidad frecuentemente aplicada en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, se previó en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que no serían indemnizables los daños que se derivasen de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos:

Artículo 141.1

«Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

Actualmente, esta previsión se halla regulada en el artículo 34.1 de la Ley 40/2015.

Con independencia de su aplicación general, el origen de esta norma se encuentra en el ámbito sanitario, en la necesidad de resolver el problema planteado por los contagios del virus de la hepatitis C y del VIH mediante transfusiones realizadas en hospitales antes de la existencia de reactivos que permitieran detectarlos. El legislador decidió excluir estos casos del ámbito de la responsabilidad, entendiendo que su compensación ha de venir, en su caso, por vía de solidaridad social, a través de ayudas y no de la responsabilidad. Así, introdujo esa cláusula mediante la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Desde entonces, la Jurisdicción Contenciosa ha venido entendiendo que no existe daño antijurídico cuando el contagio tuvo lugar con anterioridad a la comercialización mundial de marcadores o reactivos que permitan detectar la presencia del virus en el plasma sanguíneo de transfusión, lo que sucedió el último trimestre de 1989.

Así, desde 1999, año en el que se introdujo el referido artículo 141.1 de la Ley 30/1992, se han dictado numerosas sentencias sobre la cuestión. Por ejemplo: Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999, 19 de junio de 2001, 25 de enero de 2003; así como las de 19 y 29 de junio de 2005, o la de 24 de enero de 2006. Todas ellas se pronuncian en el mismo sentido:

«Si el contagio del virus de la hepatitis C se hubiese producido con anterioridad a su aislamiento y a la identificación de los marcadores para detectarlo, lo que sucedió a finales del año 1989, no concurre el requisito del daño antijurídico por ser el contagio un riesgo a soportar por el paciente. [...] No son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, pues lo contrario convertiría a las administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva o por el resultado, como declaró esta Sala, entre otras, en su Sentencia de 7 de febrero de 1998, fundamento jurídico tercero».

No obstante, aparte de los supuestos de contagio del virus de la hepatitis C, como se ha señalado, el estado de la ciencia y de la técnica constituye uno de los criterios de imputación de responsabilidad sanitaria, tanto en el ámbito de la jurisdicción civil como contencioso administrativa. Así, por ejemplo, la STS 1.ª de 17 de septiembre de 2008 (RJ 2008\5517), en un caso de síndrome de Asherman sufrido por una paciente sometida a procedimiento de legrado, declara que no excluye la responsabilidad médica el hecho de que el efecto dañoso esté dentro del riesgo estadístico de la actuación médica si no se agotó la diligencia según el estado de la ciencia y la técnica:

«[...] la complicación surgida era previsible y por tanto evitable, como elemento esencial de la culpa extracontractual, aunque estadísticamente de frecuencia no elevada, y que se estaba, por tanto, dentro de los riesgos a evaluar, imputándoles no haber efectuado el legrado de forma correcta, sin haber dado lugar a la interrupción al comprobar que se había producido una perforación, y no haber puesto en juego y agotado todas las posibilidades que la ciencia y la técnica en aquellos momentos tenía a su disposición para la adecuada prestación del servicio a la paciente».

Asimismo, en la STS 3.ª de 19 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9194), se desestima la reclamación patrimonial interpuesta por una lesión causada durante una intervención quirúrgica por no resultar evitable según el estado actual de la ciencia:

«Confunde de la actora lo que es la posibilidad “que puede ser o suceder” de la lesión iatrogénica del nervio sensitivo lingual con la previsibilidad de la misma “ver o conjeturar por señales o indicios lo que ha de suceder”: la hipoestesia o anestesia del nervio sensitivo lingual total o definitiva como consecuencia de la intervención quirúrgica para la exodoncia de los cuatro cordales es una complicación postoperatoria que se puede presentar en este tipo de intervenciones quirúrgicas, para las cuales el estado actual de la ciencia no cuenta todavía con las técnicas necesarias que permitan identificar señales o indicios que posibiliten anticipar el conocimiento de su efectiva producción, por lo que dicha complicación postoperatoria es posible pero no previsible».

4) Medicina satisfactiva

Como se ha señalado previamente, la medicina asistencial es la que tiene lugar cuando, habiéndose originado un proceso patológico, se interviene para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo. En este supuesto estamos ante una obligación de medios, porque el médico no se obliga a un resultado concreto sino a desarrollar una conducta diligente, a desplegar una actividad conforme a la *lex artis ad hoc*. El facultativo, por tanto, no tiene obligación de curar al paciente, sino de intentar curarlo, de modo que si ha agotado todos sus conocimientos (médicos, científicos, humanos...), aunque no consiga su recuperación, no incurre en responsabilidad.

Frente a la anterior, la medicina voluntaria o satisfactiva es aquella a la que el sujeto no se somete con fines curativos, sino con el objetivo de lograr un resultado determinado. En cuanto a qué supuestos cabe entender incluidos dentro de la medicina satisfactiva, el Tribunal Supremo ha ido progresivamente extendiendo el abanico, incluyendo, desde los años noventa, los supuestos de cirugía estética no reparadora (STS 1.^a de 28 de junio de 1997); medicina no reproductiva: tanto vasectomía (STS 1.^a de 25 de abril de 1994) como ligadura de trompas y colocación de DIU (STS 1.^a de 24 de septiembre de 1999); odontología y colocación de prótesis (STS 1.^a de 28 de junio de 1999). Ninguno de estos supuestos son absolutamente puros dado que, cuando la motivación no es meramente satisfactiva sino que está vinculada a necesidades vitales físicas, constituirían supuestos de medicina curativa.

En la medicina voluntaria o satisfactiva la falta de necesidad terapéutica repercute en un mayor nivel de responsabilidad del facultativo, el cual normalmente se verá reflejado en el incremento de los niveles de exigencia tanto en su actuar como en la información que proporciona al paciente.

Lo cierto es que en la práctica jurisprudencial la obligación de resultado en los supuestos de medicina satisfactiva ha sufrido una evolución, pasando de una obligación de resultado en sentido estricto a una obligación de medios acentuada por su propia naturaleza de acto médico, respondiendo únicamente el médico si el resultado pretendido se pactó expresamente o se garantizó al paciente, en cuyo caso se configuraría como una obligación de resultado en sentido estricto.

Además, en lo que respecta al contenido de la información a proporcionar al paciente y la prestación del consentimiento informado en la medicina satisfactiva se exige con mayor rigor y amplitud, debiendo acentuarse la información sobre los riesgos y pormenores de la intervención habida cuenta de la no necesidad de la intervención.

Como ejemplo de la primera etapa, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1997 expresa lo siguiente:

«En aquellos casos 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 su 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 utilizar otros métodos anticonceptivos, el contrato 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».

Como ejemplo de la segunda etapa, cabe traer a colación la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016, que señala lo siguiente:

«La sentencia de 7 de mayo de 2014, que reproduce la más reciente de 3 de febrero de 2015, con cita de las sentencias de 20 de noviembre de 2009, 3 de marzo de 2010 y 19 de julio de 2013, en un supuesto similar de medicina voluntaria, dice lo siguiente: “La

responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo de 2008; 30 de junio de 2009)”.

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que solo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007 y 19 de julio de 2013).

Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta de la innecesidad de la misma, y ello, sin duda, como precisa la Sentencia de 21 de octubre de 2005, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención, y esta información no fue proporcionada debidamente.

Es el caso que hubo información y que esta ha sido calificada de correcta y suficiente en la sentencia, y no consta de la lectura de la misma que a la paciente se le prometiera el resultado. La promesa del resultado no es una consecuencia de la información sino una deducción que la sentencia obtiene de la equivocada doctrina jurisprudencial con la que da respuesta al problema planteado, en el sentido de que este debía necesariamente obtenerse, porque así lo exigía el contrato al margen de la buena o mala praxis médica; criterio que es, además, contradictorio con la información recibida en la que al paciente se le advierte de los riesgos de la operación, que finalmente se materializaron, pese a lo cual decide someterse a ella. La cirugía estética o plástica no conlleva la garantía del resultado y si bien es cierto que su obtención es el principal objetivo de toda intervención médica, voluntaria o no, y la que la demandante esperaba, el fracaso no es imputable al facultativo por el simple resultado, como aquí se ha hecho, prescindiendo de la idea subjetiva de culpa, a la que no atiende la sentencia que pone a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraria a la jurisprudencia de esta Sala».

Esta diferenciación entre obligación de medios y obligación de resultados incide, igualmente, en la carga de la prueba. En la medicina curativa es esencial la prueba de la infracción de la *lex artis* y de la producción del daño; en la satisfactiva o voluntaria se percibe un menor rigor en la prueba, pues la no consecución del resultado revela *per se* un incumplimiento.

La diferenciación, a efectos de responsabilidad patrimonial, entre medicina satisfactiva y medicina curativa tiene escasa trascendencia en el ámbito de la asistencia sanitaria pública. La medicina voluntaria y puramente satisfactiva no está incluida en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, el sistema sanitario público únicamente asume intervenciones de medicina sa-

tisfactiva en las que se entremezclen fines curativos, por lo que serán de aplicación las reglas de la medicina curativa, especialmente en lo que se refiere a la asunción de una obligación de medios y no de resultados (el paciente tiene derecho a la realización de la intervención según la *lex artis ad hoc*, no a la obtención de un determinado resultado). Por ejemplo, en los casos de vasectomía y ligadura de trompas realizados en el sistema sanitario público, de forma unánime se entiende que si se realizó la intervención conforme a la *lex artis*, no se incurre en responsabilidad (STS de 3 de octubre de 2000 o STS de 22 de noviembre, entre otras).

5) Infecciones nosocomiales

Las infecciones nosocomiales constituyen uno de los principales problemas de la sanidad debido a las altas tasas de morbilidad y mortalidad que generan. Se trata de infecciones contraídas en el propio hospital, constituyendo un riesgo típico de la actividad sanitaria. Las infecciones contraídas en el entorno hospitalario determinan una inversión de la carga de la prueba, que recae sobre la Administración. Así, debe la Administración, por disponibilidad y facilidad probatorias, probar que adoptó las medidas adecuadas para prevenir la infección, probar en definitiva la ausencia de responsabilidad en su contracción.

De este modo, ante la aparición de una infección tras un ingreso hospitalario, corresponde al reclamante acreditar que, efectivamente, padece tal infección y que no la padecía antes de ser hospitalizado. Acreditados estos extremos, corresponde a la Administración probar que actuó conforme a la *lex artis* y, en estos supuestos, la adecuación a la *lex artis* queda acreditada siempre que la Administración sanitaria demuestre que adoptó las medidas preventivas exigibles, tales como: realizar la profilaxis antibiótica correspondiente en función del tipo de cirugía de que se trate y aplicar los procedimientos de asepsia adecuados en área quirúrgica, instrumental y personal sanitario.

Cumplidos estos requisitos, no ha lugar a responsabilidad por la contracción de infecciones nosocomiales ya que las mismas se consideran un riesgo inherente al ingreso hospitalario. Así lo entiende la mayor parte de los pronunciamientos del Tribunal Supremo¹. Por todas, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013:

«Es claro que el mero hecho de haber contraído una infección en un hospital no puede dar derecho a indemnización, ni siquiera cuando la infección tiene resultados tan graves como en este caso. Hay que destacar que, en el estado actual de la ciencia y la técnica, el riesgo de infecciones es frecuente en los hospitales, sin que a menudo sea posible adoptar medidas eficaces para eliminarlo o paliarlo. Ello significa que contraer una infección en un hospital puede muy bien deberse a fuerza mayor en el sentido del artículo 139.1 de la Ley 30/1992 y, por tanto, constituir una circunstancia excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración».

6) Seguro de responsabilidad civil de la Administración sanitaria

⁽¹⁾Los distintos Tribunales Superiores de Justicia se pronuncian mayoritariamente en este mismo sentido. Por ejemplo, el TSJ de Extremadura de 30 de marzo de 2012, en la que se afirma: «No puede concluirse que el contagio fuera consecuencia de un mal funcionamiento de la Administración sanitaria. La eliminación del riesgo de infecciones en un centro sanitario no puede ser absoluta; existe siempre un riesgo de contagio que, en los casos en que se hayan respetado los protocolos establecidos al respecto, determinan que el daño no pueda ser calificado como antijurídico. Aun adoptando todos los medios de control y prevención que el estado de los conocimientos de la ciencia y la técnica permiten existen, por desgracia, riesgos que no son evitables en su totalidad».

De forma generalizada, todas las administraciones sanitarias han contratado un seguro de responsabilidad civil para la cobertura del riesgo de la obligación de indemnizar en caso de daños producidos al usuario, acogiéndose a la posibilidad de contratar seguros que prevé la Ley de contratos del sector público.

Se trata de un seguro de responsabilidad civil previsto en el artículo 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, que lo define así:

«Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho».

Mediante el mismo, la Administración sanitaria traslada al asegurador, a cambio de una prima, el coste de las indemnizaciones que debe pagar.

El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria es la opción más generalizada, pero cabe preguntarse si resulta la más conveniente o si, por el contrario, resultaría más aconsejable que la Administración asumiera el riesgo de indemnizar a los posibles afectados con cargo a sus presupuestos.

Sin perjuicio de las distintas posturas que puedan mantenerse, mayoritariamente se estima conveniente la contratación de un seguro de responsabilidad civil, sobre todo por el modo de gestión de los presupuestos públicos. La Administración asegurada solo tiene que pagar una prima con independencia del volumen de indemnización que genere y los costes de las primas de seguro son presupuestariamente previsibles; el coste de las indemnizaciones, no. Además, las alternativas a la contratación del seguro no son viables para la Administración, pues en caso de que las indemnizaciones crecieran por encima de las previsiones, no resulta posible reducir la actividad, pues la asistencia sanitaria constituye un servicio público esencial, ni resulta aconsejable aumentar los ingresos, pues ello implica aumentar la presión fiscal.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta el soporte adicional que supone la personación de la aseguradora como codemandada, que incrementa las posibilidades de éxito judicial.

a) Tramitación de expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración pública asegurada

La tramitación de expedientes de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria se rige, igual que en el resto de ámbitos, por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, pero con la peculiaridad de que en el procedimiento interviene la inspección médica y la compañía aseguradora (en el caso de que exista contrato de seguro, lo cual es la opción más habitual, como se ha señalado).

Por lo que se refiere al informe de inspección médica, su finalidad es valorar si los hechos resultan o no conformes a la práctica médica habitual, si fueron adecuados desde un punto de vista médico.

El instructor solicita el informe de la inspección médica al amparo del artículo 79.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en la medida en la que entiende que son necesarios para resolver. Lo cierto es que los tribunales otorgan al informe de la inspección médica gran credibilidad porque entienden que refleja un informe profesional, objetivo e imparcial. Por ejemplo, así lo señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia del 10 de abril de 2013:

«[...] en los informes de la Inspección Sanitaria la opinión de los técnicos se ha obtenido extraprocesalmente y no ha sido traída al proceso como prueba pericial, sino como documental inserta en el expediente administrativo, pero ello no supone que tales opiniones queden privadas de fuerza de convicción, ya que ha de ser ponderada como elemento de juicio en la valoración conjunta de la prueba, siendo de significar que los inspectores médicos son independientes del caso y de las partes y actúan con criterios de profesionalidad, objetividad e imparcialidad».

Por lo que se refiere a la compañía aseguradora, la contratación de un seguro por parte de la Administración sanitaria plantea algunas dudas en relación con cómo resolver los conflictos que surjan entre el asegurado y el asegurador. De acuerdo con el artículo 74 de la Ley de contrato de seguro, el asegurador asume la dirección jurídica frente a la reclamación:

«Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador».

Así, para resolver los posibles problemas de coordinación entre la Administración y la compañía aseguradora, las pólizas de los seguros de responsabilidad civil de los servicios públicos de salud suelen estipular la existencia de una comisión de seguimiento compuesta de forma paritaria por la Administración y la entidad aseguradora.

Las funciones de la comisión son el estudio de cada caso y decidir la conveniencia de llegar o no a acuerdos extrajudiciales, satisfaciendo la indemnización sin necesidad de que el perjudicado inste la vía judicial.

En estos casos, comunicado al paciente el compromiso de la entidad aseguradora de indemnizar el daño, aquel, en caso de aceptación, procede a desistir de su reclamación de responsabilidad patrimonial, renunciando, además, a los derechos que le puedan asistir frente al causante del daño.

b) Posibilidades procesales del perjudicado por daños provocados por la Administración sanitaria asegurada

En vía judicial, el interesado podrá demandar exclusivamente a la Administración (que será lo más habitual) o a la Administración y a la aseguradora. En ambos casos, la jurisdicción competente es la jurisdicción contencioso administrativa, según el artículo 2e) de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa y 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial.

En caso de que la acción se ejercite exclusivamente contra la Administración, el servicio de salud debe emplazar como demandada a la entidad aseguradora, de acuerdo con el artículo 49.1 de Ley de la jurisdicción contencioso administrativa. De no hacerlo así, es dudoso que la aseguradora deba hacerse cargo de la póliza.

Al margen de las dos vías expuestas, también cabe la acción directa contra la aseguradora, esto es, que el particular demande exclusivamente a la aseguradora, aunque en la práctica sucede en contadas ocasiones.

No obstante, el artículo 76 de la Ley de contrato de seguro reconoce que el perjudicado o sus herederos tienen acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar:

«El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero».

En este caso, la relación procesal queda trabada exclusivamente con la compañía aseguradora, la Administración no es parte y resulta competente para conocer de la acción directa, el orden jurisdiccional civil. Por ello, la cuestión se resolvería sin atender a las reglas jurídico-públicas de la responsabilidad patrimonial anteriormente expuestas.

c) Acceso a la historia clínica por parte de la aseguradora

En el caso de la responsabilidad patrimonial sanitaria, el expediente administrativo contiene datos clínicos, datos de la historia clínica del interesado. Como es sabido, los datos relativos a la salud de las personas constituyen datos de carácter personal especialmente protegidos y de acuerdo con el artículo 7.3 de la Ley orgánica 15/1999, de 15 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, solo se permite el acceso a los mismos por parte de terceros si media consentimiento del interesado o si dicho acceso es permitido por una norma con rango de ley.

Esto ha llevado a plantearse si resulta legítimo el acceso a dichos datos clínicos por parte de la aseguradora de la Administración, especialmente en el caso de ejercicio de la acción directa contra la aseguradora.

En este sentido, no puede negarse que la aseguradora ostenta la condición de interesado en el procedimiento administrativo, tal y como lo define el artículo 4.1 de la Ley 39/2015, en la medida en que sus intereses pueden verse afectados por la resolución que recaiga en el procedimiento. Así, para poder desplegar la defensa de sus intereses, tendrá que tener acceso a la documentación del expediente, incluidos los datos médicos. Cuestión esta que, además, enlaza con el derecho a no sufrir indefensión, reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

Por otra parte, el artículo 16 de la Ley de contrato de seguro establece para el asegurado la obligación de facilitar al asegurador toda clase de información sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro. El tomador del seguro o el asegurado deberá, además, dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro, pudiendo incluso llegar a perder el derecho a indemnización.

A mayor abundamiento, la Agencia Española de Protección de Datos se ha pronunciado sobre la cuestión. En concreto, la Resolución 397/2003, de 11 de agosto, concluye²:

⁽²⁾En el mismo sentido, el informe 411/2010 de la misma Agencia.

«De todo lo expuesto se concluye que, tanto desde la perspectiva de las obligaciones del asegurador contenidas en la Ley 50/1980 como desde las derivadas de la Ley 30/1995, las entidades aseguradoras deben recabar y conservar, en su caso, información relativa a la salud de los terceros que deban ser indemnizados como consecuencia de un seguro de responsabilidad civil. De ahí que debe entenderse que concurren las excepciones al tratamiento de tales datos sin consentimiento del afectado previstas en los artículos 6.1, 7.3 y 11.2.a) de la LOPD».