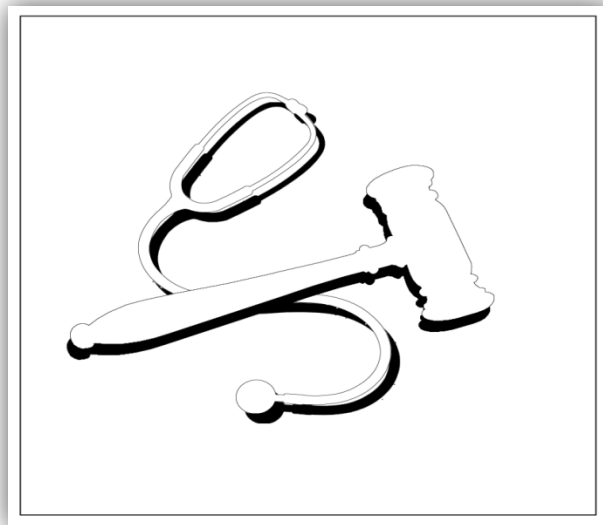


**La responsabilidad
patrimonial de la
Administración sanitaria:
la “pérdida de
oportunidad”**



Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares

Trabajo Fin de Grado

Tutor: Bartomeu Trias Prats

Alumno: Fonollar Bennasar, Nicolau S.

Lunes, 3 de junio de 2013

Índice

1. Introducción y objetivo – pág. 3
2. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria – pág. 5
3. Conceptualización de la “pérdida de oportunidad” – pág. 9
4. La carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria en relación a la doctrina de la “pérdida de oportunidad” – pág. 13
5. La distinta valoración de los informes periciales en relación a la doctrina de la “pérdida de oportunidad” – pág. 17
6. La fijación del quantum indemnizatorio en relación a la doctrina de la “pérdida de oportunidad” – pág. 21
7. Conclusiones – pág. 24
8. Bibliografía – pág. 26
9. Anexo jurisprudencial – pág. 27

1. Introducción y objetivo

La práctica médica se caracteriza, sin duda alguna, por su complejidad. Esta complejidad deriva de la convivencia inevitable con el riesgo y la incertidumbre. Los mencionados factores dan como resultado (desgraciadamente inevitable) una serie de daños que el individuo sufre. Ante tales secuelas, la Constitución Española (CE, en adelante) garantiza y pone a disposición del ciudadano un sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria frente aquellos daños que el particular no tenga el deber de soportar.

En la actualidad, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria han aumentado considerablemente. Según la Asociación del Defensor del Paciente, cada vez acontecen más denuncias por negligencias médicas y con repercusiones más graves. En concreto, el pasado año 2012 se recibieron un total de 13.782 quejas por malas actuaciones médicas, lo que supone un incremento del 6% con respecto al 2011 (<http://www.grupomedicodurango.com/>).

Este desmedido acrecentamiento no concuerda con la evolución de la medicina. Hoy en día, la colectividad tiene a su alcance una asistencia sanitaria excelente. Por lo tanto, ¿cómo puede explicarse tal sinsentido?

Los ciudadanos son conscientes de sus derechos y saben lo que éstos implican. Hoy por hoy, el particular está más familiarizado que en ningún período anterior con los derechos que le garantiza la legislación. Así pues, la anteriormente formulada cuestión acoge respuesta en el seno de la adopción de conciencia por la sociedad de las consecuencias que acarrea la infracción de sus derechos. No obstante, en la actual situación económica, el mencionado incremento, también, puede deberse, en algunos casos, a la búsqueda de una fuente alternativa de ingresos.

A consecuencia de lo expuesto, es de notoriedad que la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria es una cuestión que está a la orden del día.

La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria nace en virtud de una serie de instituciones que la doctrina y la jurisprudencia han ido configurando. A la voz de pronto podríamos nombrar, entre otras, la institución del “consentimiento informado” o la del “daño desproporcionado”. Así como, la figura de la “pérdida de oportunidad”.

La “pérdida de oportunidad” es una recentísima y nueva creación de la jurisprudencia para facilitar al paciente el acceso a la indemnización. Se trata de un novedoso concepto de gran interés en los ámbitos médico y jurídico.

A diferencia de los supuestos en los que se imputa al facultativo la causa de un daño, en la institución de la “pérdida de oportunidad” el paciente sufre la frustración de las expectativas de sanación.

En un primer momento, la doctrina de la “pérdida de oportunidad” era invocada para fijar el quantum indemnizatorio. No obstante, en la actualidad, se recurre a ésta, también, para determinar la concurrencia del nexo de causalidad.

Acreditada la relevancia y actualidad de la institución de la “pérdida de oportunidad”, huelga manifestar la justificación de la elección del estudio de la mencionada institución.

El objetivo de este Trabajo Fin de Grado (TFG, en adelante) es llevar a cabo un estudio de la doctrina de la “pérdida de oportunidad”. En primer lugar, mi objetivo es delimitar el concepto de “pérdida de oportunidad”. En segundo lugar, mi meta es establecer las pautas (y peculiaridades) que rigen en: la carga de la prueba, la distinta valoración de los informes periciales y la fijación del quantum indemnizatorio. Cuestiones de extrema relevancia en el proceso contencioso-administrativo de resolución de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Pretendo proporcionar información útil para determinar la viabilidad y aplicabilidad de la doctrina de la “pérdida de oportunidad”.

Hay que tener en cuenta que la modernidad de esta figura conlleva la ausencia de una amplia bibliografía, por ello, mi metodología se ha centrado esencialmente (no únicamente) en realizar un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS, a partir de ahora). Sin perjuicio, de la jurisprudencia emitida por Tribunales inferiores.

Por último, recalcar que la mencionada ausencia se ha traducido, además, en más estimulación, aún, para intentar desarrollar una pequeña labor que sea mínimamente aprovechable para la comunidad jurídica.

2. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria

Para proceder al correcto estudio de la “pérdida de oportunidad”, hemos de asentar, en primer lugar, las bases de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. No conviene, por tanto, llevar a cabo un análisis directo de la rama del árbol sin antes haber establecido las bases del tronco.

El art. 9.3 CE garantiza la responsabilidad de los poderes públicos. Por ello, el art. 106.2 CE establece que los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC, en adelante) y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (a partir de ahora, el Reglamento) establecen los términos en los cuáles será procedente declarar la responsabilidad de la Administración.

Según jurisprudencia consolidada (entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS, a partir de ahora) de 3 julio 2012 [RJ 2013\2339], de 26 marzo 2012 [RJ 2012\5102], de 7 diciembre 2011 [RJ 2012\2604], de 23 enero 2012 [RJ 2012\342], de 26 marzo 2012 [RJ 2012\5102], de 1 julio 2009 [RJ 2009\6877], de 25 setiembre 2007 [RJ 2007\7017] y de 19 junio 2007 [RJ 2007\3813]), la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LPC:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

Así pues, es de capital importancia la existencia de tal nexo causal ya que cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido (aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público) se exonerará a la Administración.

- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Es decir, la lesión se ha de calificar como antijurídica. Exclusivamente serán resarcibles los daños que obtengan tal valoración.

No es precisa, por tanto, la ilicitud, el dolo, la culpa o negligencia de la Administración, pues en la responsabilidad administrativa los requisitos quedan limitados a la existencia de daño y la relación de causa a efecto entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos. Es decir, la clave del sistema es la antijuricidad del resultado, no de la acción. De tal modo, la responsabilidad patrimonial de la Administración se caracteriza por su objetivación.

Todos y cada uno de los mencionados requisitos son de aplicación al ámbito de la Administración sanitaria. No hay razón, pues, para considerar que nos encontremos ante un régimen especial. No obstante, la actividad sanitaria presenta una serie de particularidades que le son propias y que conllevan, luego, una sucesión de especialidades.

Dicho lo cual, a tenor de lo expuesto, entre otras, en las SSTS de 4 abril 2011 [RJ 2011\3405], de 27 noviembre 2000 [RJ 2000\10017], de 23 febrero 2009 [RJ 2009\1147], de 19 julio 2004 [RJ 2004\5543], de 25 abril 2002 [RJ 2002\5276], de 19 septiembre 2012 [RJ 2012\9194] y de 14 octubre 2002 [RJ 2003\861], cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, para determinar la antijuricidad del resultado dañoso es preciso acudir al criterio de la “lex artis”.

El concepto “lex artis” tiene su origen en el latín, significa “ley del arte” y hace referencia al conocimiento que se tiene de la profesión que se ejerce. Las SSTS de 23 marzo 1993 [RJ 1993\2545], de 7 febrero de 1990 [RJ 1990\668] y de 29 junio 1990 [RJ 1990\4945] entienden por lex artis, a efectos jurídicos, el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el médico que tiene en cuenta las técnicas habituales contrastadas, las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos, todo encaminado a calificar el acto conforme o no al estado de la ciencia.

Este criterio se utiliza como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, considerando como daño antijurídico aquél que es consecuencia de una actuación que no se le adecúa.

Así pues, se evita una objetivación excesiva que conllevaría a la Administración a responder en supuestos absolutamente inadecuados.

La jurisprudencia (entre otras, SSTS de 19 abril 2011 [RJ 2011\3643], de 29 junio 2011 [RJ 2011\6037], de 4 abril 2011 [RJ 2011\3405], de 27 noviembre 2000 [RJ 2000\10017], de 23 febrero 2009 [RJ 2009\1147], de 16 marzo 2005 [RJ 2005\5739], de 7 julio 2005 [RJ 2008\6872] y de 23 setiembre 2009 [RJ 2010\342]) establece que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten

correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente.

El sentido común imposibilita entender que basta con que no se consiga la finalidad que se pretende alcanzar con un acto sanitario para que sin más haya que condenar a la Administración a indemnizar al reclamante.

En esta misma dirección se efectuó la reforma de la LPC 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. Tal modificación implicó que el art. 141.1 dicte que 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 existente en el momento de producción de aquéllos.

Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43.1 CE), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas (artículos 1 y 6.1.4 LGS) con arreglo, al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios.

Esta idea la desarrolla, didácticamente, la STS de 10 mayo 2005 [RJ 2005\9332] y la STS de 16 febrero 1995 [RJ 1995\844], explicando que así como el centro de enseñanza y su profesorado están obligados a facilitar al alumno los medios necesarios para que éste no fracase cuando llegue el momento de la prueba final pero no se comprometen a garantizar que el examinado estará en condiciones de superar satisfactoriamente esa prueba, en la relación hospitalaria entre el paciente y el centro público que lo acoge sería incoherente comprometerse a garantizar el éxito de la curación.

En la misma línea, la STS de 2 enero 2012 [RJ 2012\3] justifica que no estemos ante una prestación de resultados concretos sino ante una obligación de medios dada la complejidad de la ciencia médica y la multitud de circunstancias que dificulta, en ocasiones, ofrecer una explicación cierta, absoluta y completa. La experiencia confirma que pertenece a la naturaleza de las cosas la imposibilidad de garantizar el feliz resultado de cualquier acto médico.

Así pues, podemos afirmar que la “lex artis” es el criterio modulador (adjetivo que usa, entre otras, la STS de 3 diciembre 2010 [RJ 2010\8887] y la STS de 23 febrero 2009 [RJ 2009\1147]) de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de las prestaciones médicas. Es la especialidad fundamental y que caracteriza por completo las reclamaciones que surgen en materia sanitaria.

Ello ha desembocado a que la actuación de los médicos no se dirija únicamente en dirección a la curación del enfermo, adoptando las medidas y tratamientos más acomodados a este fin, sino que, los cauces de su actuar profesional se guíen del modo que consideren más adecuado para evitar las reclamaciones de los pacientes. Esta nueva forma de ejercer la medicina se ha denominado “medicina defensiva”.

Por último, como reflexión, establecer al Estado como un asegurador universal significaría romper con el equilibrio entre las garantías que protegen los derechos de los ciudadanos y las que tutelan el interés general. Además, instituir el Estado como un asegurador universal es inasumible para las arcas públicas.

3. Conceptualización de la “pérdida de oportunidad”

Asentadas las bases de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, podemos llevar a cabo la delimitación del concepto “pérdida de oportunidad”.

El origen doctrinal de la pérdida de oportunidad se encuentra en el Derecho francés (*perte d'une chance*) y en el Derecho anglosajón (*loss of a chance of recovery*). Asimismo, son de destacar las aportaciones del Derecho de muchos países iberoamericanos (*pérdida de chance*).

Nuestra jurisprudencia ha acogido la “pérdida de oportunidad” como una figura que se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo (entre otras, SSTS de 7 febrero 2012 [RJ 2012\3819], de 20 noviembre 2012 [RJ 2013\300], de 11 junio 2012 [RJ 2012\7330], de 20 de junio 2006 [RJ 2006\5152], de 19 octubre 2011 [RJ 2012\1298] y de 22 mayo 2012 [RJ 2012\6930]).

La “pérdida de oportunidad” es el malogro, por comisión u omisión, de una probabilidad, posibilidad u oportunidad relevante (seria y real) de producirse unas consecuencias de futuro ventajosas.

La doctrina de la “pérdida de oportunidad” es estimada en aspectos fundamentales del quehacer médico. Los errores médicos más comunes que permiten acogerse a esta doctrina son: los errores de diagnóstico; la falta de empleo de los medios adecuados de diagnóstico o su empleo a destiempo; el no seguimiento de los protocolos médicos; el error en la interpretación de los resultados de las pruebas diagnósticas; y la defectuosa asistencia sanitaria de urgencia.

La STS de 2 enero 2012 [RJ 2012\2] revela con bastante claridad lo que debemos entender por “pérdida de oportunidad”. En el caso en cuestión, nos encontramos ante un retraso relevante en la valoración del paciente cuando podía observarse que no mejoraba al tratamiento dispensado. Llevado a cabo un diagnóstico inicial, el facultativo no observó que el paciente no mejoraba y que, por tanto, había la posibilidad de que no estuviéramos ante lo que inicialmente determinó. Por tanto, el juzgador determina la presencia de “pérdida de oportunidad” porque no se practicaron las oportunas pruebas en busca de otro diagnóstico. En ningún momento se tuvieron en cuenta los antecedentes de riesgo del paciente que evidencian la posibilidad de sufrir otras patologías. Hay una serie de deficiencias relevantes.

Es ilustrativa, también, la STS de 4 noviembre 2008 [RJ 2008\5860]. En este supuesto, los servicios públicos de salud no realizaron las procedentes pruebas de diagnóstico precoz durante el embarazo para detectar posibles patologías del feto. Así pues, se privó a la embarazada de conocer la patología en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo. Por ello, el juzgador aprecia que existe “pérdida de oportunidad” por tal considerable omisión.

De igual forma, es explicativa la STSJ de Aragón de 14 mayo 2012 [JUR 2012\183033]. En este proceso se ha acreditado que a la paciente se le tenía que haber practicado una rehabilitación de manera inmediata e intensiva (que no se inició sino tardíamente). Por ello, el juzgador dicta que ha habido una “pérdida de oportunidad” ya que, aunque era difícil predecir los beneficios concretos o los logros que se hubieran podido conseguir en la extremidad afectada de monoplejía, es obvio que en la extremidad intervenida se hubiera conseguido disminuir la atrofia y mejorar la fuerza.

Para dejar suficientemente iluminado el camino, con la meta de delimitar el alcance del concepto de “pérdida de oportunidad”, procede hacer mención a la STSJ de Aragón de 11 diciembre 2012 [JUR 2013\112913]. En esta ocasión, el hecho origen es el fallecimiento de un paciente por el presunto retraso del diagnóstico de un tumor. El informe del médico forense sostiene que el lapso de tiempo entre la comunicación de los síntomas por parte del paciente y la emisión del correspondiente diagnóstico no fue lo suficientemente dilatado para que, consecuentemente, influyera sobre la evolución posterior del paciente. En la misma línea se expresa el informe de parte que indica que, dada la agresividad del tumor en estadios tan avanzados, no es viable certificar que el retraso en el diagnóstico repercutió en el pronóstico vital del paciente. Sin embargo, según el juzgador, existe, sin duda, un retraso relevante que, aunque se desconoce con exactitud la repercusión real que tuvo dicha demora, y admitiéndose que probablemente la realización de ciertas pruebas diagnósticas más oportunas no hubiera variado el pronóstico vital de la paciente, al menos ello pudo influir en su calidad vital y en una mayor expectativa de subsistencia. Por tanto, existe “pérdida de oportunidad”.

Entonces, la “pérdida de oportunidad” se contextualiza a partir del padecimiento de una patología por el paciente, situación preexistente a la que el facultativo es totalmente ajeno. El protagonismo lo adquiere el facultativo al incidir su actuación en la disminución de las posibilidades de curación (influye en la evolución de la enfermedad). Esta privación de expectativas, entre otras, según las SSTS de 3 noviembre 2010 [RJ 2010\7883], de 23 enero 2012 [RJ 2012\342] y de 23 setiembre 2010 [PROV 2010\353771], se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la

actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió. Pues, aunque la incertidumbre es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias. Como dice la doctrina francesa, no se ha de producir una “falta de servicio”.

La incertidumbre es consustancial a la práctica de la medicina porque las decisiones no se toman bajo condiciones de absoluto conocimiento. Por ello, en la toma de éstas hay un riesgo. En consecuencia, el riesgo, también, es innato a las intervenciones médicas. Por lo tanto, hay que saber separar los resultados indeseables debidos a la incertidumbre, de los consecutivos a errores. Los consecutivos a errores se producen en el marco de la ignorancia. En dicho marco brilla por su ausencia la aplicación, por parte de los servicios públicos, de los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias (no hay conocimiento de las alternativas aplicables, las probabilidades de éxito y las consecuencias de cada una de éstas). En conclusión, será en tal supuesto en el cual deberá operar la respuesta indemnizatoria.

Esta obligación de medios se ve ejemplificada rotundamente en la STSJ de Aragón de 27 abril 2010 [JUR 2010\414682]. En el supuesto en cuestión, la controversia gira alrededor de la no ejecución de una operación programada debido a la falta de anestesista, ocasionándose, consecuentemente, la muerte del paciente. Un fallo organizativo de tal relevancia no tiene, éste, el deber de soportarlo. Presuponiendo que la Administración sanitaria ostenta los medios que la ciencia médica pone a su disposición, el primer paso que debe dar ésta, para no infringir la mencionada obligación de medios, es atesorar una perfecta organización en la cual exista un reparto bien definido de las tareas para su eficaz despliegue. Es evidente que, en este caso, se careció de tal eficaz despliegue y, por tanto, la Administración sanitaria no puso al alcance del paciente los medios e instrumentos adecuados, por ello, éste sufrió una privación de sus expectativas de curación y supervivencia.

Por último, en aras de acometer una correcta conceptualización de la doctrina de la “pérdida de oportunidad”, procede apuntar que dicha doctrina, también, ha sido abordada por el Tribunal Supremo (TS, en adelante) en el ámbito del ejercicio de la abogacía (entre otras, SSTs de 27 octubre 2011 [RJ 2011\7313], de 29 mayo 2003 [RJ 2003\3914], de 27 septiembre 2011 [RJ 2011\7423], de 28 enero 2005 [RJ

2005\1830] y de 27 mayo 2010 [RJ 2010\5160]). En el ejercicio de dicha profesión, al no depender del letrado el resultado del pleito, en el cumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios de defensa judicial, no se le podrá exigir responsabilidad alguna en relación al sentido de la resolución. El abogado asume una obligación de medios, no de resultados (como en la prestación de servicios de salud por parte de los poderes públicos). Por lo tanto, se le podrá exigir, por ejemplo, la estricta observancia de los plazos; o, un estudio pormenorizado de los hechos contenciosos y, consecuentemente, una diligente fundamentación de los escritos de demanda y contestación; o, una considerada proposición de las pruebas; etc.

4. La carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria en relación a la doctrina de la “pérdida de oportunidad”

Una vez asentada la conceptualización de la “pérdida de oportunidad”, uno de los temas que más importancia adquiere en el proceso contencioso-administrativo (y más interés me ha suscitado) es la carga de la prueba para que proceda la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Según la STSJ de Extremadura de 25 mayo 2012 [JUR 2012\190427], en materia de distribución de la carga de la prueba, y en virtud de la remisión normativa establecida en el art. 60.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (a partir de ahora, LRJCA), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho. El artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (a partir de ahora, LEC) impone al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que se desprenda el efecto jurídico correspondiente a sus pretensiones (en la misma línea se expresa la STS de 2 julio 2010 [RJ 2010\2641]).

Así pues, constituye jurisprudencia consolidada (entre otras, STS de 26 marzo 2012 [RJ 2012\5102], STS de 7 diciembre 2011 [RJ 2012\2604], STS de 23 enero 2012 [RJ 2012\342], STS de 19 junio 2007 [RJ 2007\3813] y STS de 9 diciembre 200 [RJ 2009\67]) que el particular deberá acreditar la relación de causalidad (aunque sea bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes) y la existencia del daño antijurídico.

En esta misma línea, las SSTS de 3 diciembre 2010 [RJ 2010\8887], de 25 abril 2007 [RJ 2007\3532], de 17 mayo 2006 [RJ 2006\4574] y de 10 mayo 2006 [RJ 2006\3271] establecen que incumbe justificar a quien reclama, incluso mediante la prueba de presunciones prevista en el artículo 386 LEC, que se ha producido por parte de las instituciones sanitarias un mal uso de la lex artis.

El recurrente no debe esperar que el juez sustituya la falta de acreditación con sus conocimientos particulares. Es de capital importancia la aportación de conocimientos específicos médicos (mediante la prueba pericial) sino resulta imposible para el Tribunal realizar una correcta valoración de las circunstancias.

La STSJ de Madrid de 23 enero 2013 [JUR 2013\71471] establece un supuesto peculiar de la carga de la prueba. Nos encontramos ante una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en el que el recurrente alega que el centro hospitalario no utilizó los medios asistenciales necesarios. El juzgador únicamente cuenta, en este supuesto, con la prueba documental integrada por el expediente administrativo en el que obra un informe de la Inspección Sanitaria. Ya que, aunque a instancia de los recurrentes se admitió una prueba pericial médica a

practicar por perito judicial insaculado, ésta no se llevó a cabo al no haberse abonado al perito la provisión de fondos que solicitó, por lo que, en virtud de providencia, se eximió a dicho perito de emitir dictamen. Hay que tener en cuenta que, aunque el informe de la Inspección Sanitaria no constituye prueba pericial propiamente dicha, tiene relevante fuerza de convicción, porque uno de los criterios a atender en la valoración conjunta de la prueba es el de la independencia del inspector médico respecto de los intereses en juego en este proceso, a lo que se ha de añadir que las conclusiones se hallan exhaustivamente fundamentadas por la circunstancia de que se han tenido en consideración cuantos hechos y conocimiento técnicos se precisaban para la emisión de un informe equilibrado. Por lo cual, gracias a todo ello, el TSJ de Madrid concluye que en este caso los demandantes han cumplido con la carga probatoria que les impone el artículo 217 LEC. Habiéndose cumplido con la carga probatoria, se ha acreditado que la atención sanitaria prestada al paciente no fue conforme a la “lex artis” y, por tanto, el TSJ de Madrid aprecia la “pérdida de oportunidad” del paciente de curarse.

Establecido lo expuesto hasta el momento, hay que tener en cuenta que, en materia de prestación sanitaria, se atempera la exigencia de la carga de la prueba en aplicación del principio de facilidad de la prueba.

Así pues, la jurisprudencia (entre otras, SSTs de 19 septiembre 2012 [RJ 2012\9194], de 9 diciembre 2008 [RJ 2009\67], de 18 octubre 2005 [RJ 2005\8530], de 7 setiembre 2005 [RJ 2005\8846], de 20 setiembre 2005 [RJ 2005\7503], de 2 noviembre 2007 [RJ 2008\731] y de 4 julio 2007 [RJ 2007\6617]) informa que el principio de facilidad de la prueba toma en consideración las dificultades que normalmente encontrará el perjudicado para cumplir con la obligación de soportar la carga de la prueba dentro de las restricciones del ambiente hospitalario. Por ello, se adopta una cierta flexibilidad y no se exige al perjudicado una prueba imposible o diabólica. Así pues, en determinados supuestos, la Administración habrá de acreditar, precisamente por disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue en todo caso conforme a las exigencias de la lex artis. La acreditación del estado del saber y de la ciencia en cada caso es una cuestión que recae sobre la Administración.

A consecuencia de lo expuesto, la jurisprudencia (entre otras, SSTs de 26 marzo 2012 [RJ 2012\5102], de 27 setiembre 2011 [PROV 2011\350541], de 7 julio 2008 [RJ 2008\6872] y de 25 abril 2007 [RJ 2007\3532]) manifiesta que, una vez acreditado que la asistencia sanitaria prestada por la Administración no ha sido la idónea o que se ha llevado a cabo con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de haberse actuado correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación.

Llegando al punto de que debiendo facilitar la Administración por su disponibilidad la documentación pertinente, según la STS de 2 enero 2012 [RJ 2012\3], correrá ésta con los perjuicios de la falta de prueba. Recordemos que el reclamante no tiene la capacidad de probar y defender una hipótesis, respecto de la que la Administración que está en mejor posición. Según la STC de 28 noviembre de 1991 [RTC 1991\227], cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes en litigio la obligación de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad.

Es ilustrativa la STS de 7 febrero 2012 [RJ 2012\3819]. El TS considera que habiéndose acreditado que existió un retraso en la realización de una prueba diagnóstica como es la Rx de abdomen que hubiera podido evidenciar una imagen patológica, la Administración corría con la carga de probar que esa prueba era irrelevante ante la situación de la recurrente y que no hubiera cambiado el pronóstico y el resultado. Ello determina la presencia de una “pérdida de oportunidad” en la posibilidad de un resultado distinto, con independencia que no se haya podido acreditar por la recurrente que ante un diagnóstico precoz el resultado hubiera sido sustancialmente diferente.

En la misma línea, valga como ejemplo la STSJ de les Illes Balears de 29 abril 2010 [JUR 2010\215861] que escenifica las consecuencias de la falta de prueba por parte de la Administración. Nos encontramos ante un caso de indemnización procedente a causa un error de diagnóstico prenatal que provocó que la paciente desconociera la enfermedad que padecía su futuro hijo, información que le privó de la oportunidad de poder optar por un aborto eugenésico. Acreditada tal pérdida de oportunidad, alega la Administración que ha de suponer una rebaja del quantum indemnizatorio que la paciente asuma el peligro de una gestación de un hijo afecto a esa enfermedad, dada la problemática genética que presenta su descendencia. El éxito de ese razonamiento implica que la paciente conozca que padece una disfunción genética transmisible a su descendencia. La carga probatoria de ese hecho incumbe a la Administración. Hay que indicar que no hubo en el presente caso servicio de Consejo Genético, o sea, el servicio que realiza un minucioso estudio genético que es predicable entre otros casos, en el supuesto del nacimiento de un hijo con malformación o enfermedad. Esa omisión es imputable a la Administración, pues con los antecedentes que tenía la actora (cuatro embarazos, de los cuales, tres hijos presentaban esa enfermedad) debió llevar a cabo tal estudio. Por lo que no puede imputársele ahora a la paciente una situación de colocación de riesgo voluntario susceptible de modular el quantum indemnizatorio cuando se ha acreditado en autos que no se le suministró la información suficiente ni se la orientó a través del servicio genetista.

Siguiendo con el análisis de las pautas que rigen la carga de la prueba y sus peculiaridades, hay que poner de relieve que la carga de la prueba del recurrente no desaparece por el hecho de que la Administración haya dejado de aportar una determinada prueba médica, máxime cuando los peritos no la han considerado trascendente en orden a la producción o evitación del resultado dañoso finalmente acaecido (STS de 2 julio 2010 [RJ 2010\2641]).

Hay que tener en cuenta que, según la STSJ de Extremadura mencionada anteriormente, también, rigen los consecuentes principios recogidos en los brocados que excluyen de la necesidad de probar los hechos notorios y los hechos negativos indefinidos.

Es importante recalcar que la necesidad de la acreditación del daño en algunas ocasiones no es necesaria por su carácter evidente.

En conclusión, la carga de la prueba atañe al que solicita la indemnización consecuencia de la responsabilidad administrativa. No obstante, en materia de prestación sanitaria se atempera tal exigencia en aplicación del principio de facilidad de la prueba. Ya que entiende la jurisprudencia (STS de 19 septiembre 2012 [RJ 2012\9194]) que no sería objetiva la responsabilidad que hiciera recaer en todos los casos sobre el administrado la carga de probar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta lex artis.

5. La distinta valoración de los informes periciales en relación a la doctrina de la “pérdida de oportunidad”

Una vez adquirida la noción básica de la “pérdida de oportunidad” e interiorizados los principios que rigen la carga de la prueba en relación a dicha doctrina, otro de los temas de necesario estudio es la distinta valoración de los informes periciales.

La prueba pericial complementa los conocimientos del juzgador en el momento de adoptar una decisión cuyos contenidos técnicos hagan necesaria la ayuda de un experto.

En el proceso contencioso-administrativo de resolución de reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, donde la resolución de la controversia jurídica es consecuencia de una valoración fáctico-técnica, la prueba pericial deviene enérgicamente importante. Por lo cual, la distinta valoración de los informes periciales es uno de los temas que más jerarquía adquiere.

En primer lugar, ante todo, hay que determinar el juzgador al que se atribuye tal valoración. Éste ha de ser el órgano judicial que, con inmediatez, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios (STS de 2 julio 2010 [RJ 2010\2641]).

Cumpliendo con tal mandato, el Tribunal de instancia será el encargado de llevar a cabo la formación de la convicción sobre los hechos. Dicha valoración es intangible. Por ello, el TS no podrá realizar una distinta evaluación de la efectuada por el Tribunal de instancia, salvo que ésta se hubiera realizado de modo arbitrario, sin sujeción a las reglas legales, u obteniendo conclusiones carentes de toda lógica, absurdas o que pudieran tacharse de irracionales o incomprensibles (STS de 20 noviembre 2012 [RJ 2013\300]).

Entonces, el Tribunal de instancia, en virtud de la remisión normativa establecida en el art. 60.4 LRJCA, primordialmente, hemos de atender al art. 348 LEC que establece que los informes periciales deben ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica.

La STC de 13 febrero 2006 [RTC 2006\36] (reproducida, entre otras, en las SSTS de 3 julio 2012 [RJ 2013\2339], de 26 marzo 2012 [RJ 2012\5102], de 3 mayo 2012 [RJ 2012\6483] y de 16 febrero 2010 [RJ 2010\1522]) enuncia que la tarea de decidir ante distintos informes periciales, cuál o cuáles de ellos, y con qué concreto alcance, deben ser utilizados es una cuestión de mera interpretación y valoración, conforme a las reglas de la sana crítica de la prueba.

En orden a la valoración de la prueba pericial, es de importancia: los razonamientos empleados; los medios utilizados a la hora de emitir el dictamen; la relación de los

peritos con la parte en litigios; el número de peritos concordantes; la especialidad y conocimiento acerca de la materia; etc. Hay que analizar conjuntamente toda la prueba y tratar todas las cuestiones controvertidas. Se ha de ofrecer una respuesta lógica, atendiendo a una decisión madurada.

En el ejercicio de tal actividad, el juzgador puede optar por dar preferencia a las conclusiones de uno de los informes periciales en detrimento de otros sin implicar ello que la valoración de la prueba se convierta en irracional, arbitraria o vulneradora de las reglas de la sana crítica (STS de 20 noviembre 2012 [JUR 2012\375790]). Así pues, no se incurre en vulneración del art. 348 LEC por el hecho de que el Tribunal de instancia opte por dar preferencia a unos informes periciales en detrimento de otros, siempre que se observe o deduzca de la sentencia, aunque de forma concisa, que han servido para apoyar la fijación del cuadro fáctico y luego jurídico.

El hecho de no razonar específicamente el Tribunal de instancia por qué da preferencia a unos informes frente a otros no supondrá un déficit de motivación en la sentencia (entre otras, SSTS de 20 noviembre 2012 [JUR 2012\375784] y de 2 enero 2012 [RJ 2012\3]).

Igualmente, la falta de razonamiento expreso sobre el contenido de un informe pericial no siempre es suficiente para considerar que la sentencia incurre en defecto de motivación (entre otras, SSTS de 7 diciembre 2011 [RJ 2012\2604], de 3 noviembre 2010 [RJ 2010\7883] y de 14 julio 2003 [RJ 2003\6902]). La sentencia estará siempre motivada si razona de dónde toma los hechos que le conducen a la aplicación de una determinada norma jurídica.

Merece mención la STSJ de Cataluña de 14 enero [RJCA 2013\107] por su ilustrativo ejemplo de la función interpretativa del juzgador ante distintos informes periciales. La cuestión litigiosa se origina por los daños ocasionados por un mal seguimiento de la evolución gestacional al tratarse de un parto de riesgo elevado. El TSJ de Cataluña explica que en controversias como la presente, donde aparece un presupuesto fáctico con efectos jurídicos suficientes para fundamentar una acción resarcitoria, pero que cuenta con distintos dictámenes de médicos, es cuando la función interpretativa se pone a prueba, con el fin de discernir si la asistencia médica se ajustó o no a la praxis normal. Ardua tarea cuando dichos dictámenes llegan a una conclusión contraria entre ellos. En el supuesto de autos, según el juzgador, aun existiendo una contradicción entre dichos informes, aparece siempre un hecho indiscutible, que la paciente no recibió la atención sanitaria ni quirúrgica que el caso requería, lo que queda plenamente acreditado si se relaciona el contenido de dichos informes médicos con la realidad fáctica y los antecedentes de la madre. No es admisible una falta de control y seguimiento en la evolución gestacional de la madre, cuando se trata de un

parto de riesgo elevado, en atención a los antecedentes de la misma. Además, no se valoró que el feto había aumentado el peso hasta los 4.85 kg, lo que obligaba a practicar, o al menos, tener en cuenta una cesárea preventiva. Esta es una omisión a la que se concede importancia porque pudo ser el desencadenante de lo acontecido con posterioridad. Aprecia el juzgador, pues, la existencia de relación de causalidad entre el servicio público sanitario y el daño causado a la recurrente.

También, es reveladora, a título de ejemplo, la STSJ de Madrid de 22 diciembre [JUR 2011\106688], en relación a la preferencia de los peritajes judiciales. En este caso, el quid de la cuestión es si ha habido un retraso en el diagnóstico e intervención de la recidiva (repetición de una enfermedad poco después de terminada la convalecencia) del cáncer de suelo de boca y ello ha tenido influencia causal en el fallecimiento del paciente o, al menos, en la merma de sus posibilidades de supervivencia. El perito designado por la parte actora y el designado por la Sala a petición de ésta sostienen que se produjo un retraso en el diagnóstico e intervención, manteniendo lo contrario el perito designado por la aseguradora codemandada. El TSJ de Madrid se inclina por acoger el primero de los citados pareceres técnicos porque el perito judicial es el que ha emitido el informe más exhaustivo, riguroso, razonado y pormenorizado de todos los que obran en autos y no cabe dudar de su imparcialidad, derivada de su sistema de selección.

No obstante, en relación a ello, según la STS de 3 julio 2012 [RJ 2013\2339] y STS de 26 marzo 2012 [RJ 2012\5102], es de destacar que prevalece la regla de la sana crítica del art. 348 LEC hasta el punto de que aunque la prueba pericial practicada en sede jurisdiccional goza de mayores garantías por la presunción de independencia y objetividad por la insaculación, frente a los informes periciales aportados extraprocesalmente, nada impide que se asuman las conclusiones de éstos últimos en detrimento de los practicados en sede jurisdiccional.

Por último, después de todo lo expuesto, es trascendental indicar que puede darse el caso (no infrecuente) que el juzgador no deba tener que decidir entre distintos informes periciales porque el conjunto de ellos va encaminado hacia la misma meta. Para que quede suficientemente claro ello, valga como ejemplo la STSJ de Madrid de 14 diciembre de 2013 [JUR 2013\104690]. En esta ocasión, el recurrente alega la existencia de un retraso de diagnóstico. Así pues la prueba pericial de las partes va dirigida a acreditar o a desvirtuar tal cuestión. En este supuesto de hecho, nos encontramos que el informe de la Inspección Médica dicta que en agosto de 2004 se hizo a la recurrente una radiografía en la que se aprecia un nódulo de 2,5 cm en el pulmón compatible con cáncer del pulmón, hallazgo del que no consta que la paciente fuera informada y en relación al cual no figura actuación alguna hasta enero de 2007. Misma situación y actuaciones acredita el informe de la recurrente. Destaca de este

concreto caso que el informe propio de la demandada corrobora, también, tal escenario. Así pues, el TSJ de Madrid aprecia, evidentemente, la existencia de retraso en el diagnóstico y, en cuanto a las posibilidades de supervivencia, estima también que tal retraso de más de dos años en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad implica una grave “pérdida de oportunidad” que produce un daño indemnizable.

6. La fijación del quantum indemnizatorio en relación a la doctrina de la “pérdida de oportunidad”

Apreciada la “pérdida de oportunidad” y declarada la viabilidad de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, el siguiente paso es fijar el quantum indemnizatorio. El alcance máximo de la compensación monetaria es la razón de ser de la reclamación. Por ello, la fijación del quantum indemnizatorio es otro de los temas que más relevancia adquiere.

La “pérdida de oportunidad”, como ya hemos enunciado anteriormente, permite una respuesta indemnizatoria. El concepto indemnizable en estos casos no es el daño material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación. Así pues, hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que asemeja en cierto modo al daño moral. Es decir, la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación que deben ser indemnizadas (entre otras, SSTS de 2 enero 2012 [RJ 2012\2] y de 24 noviembre 2009 [RJ 2009\8082]).

Por lo tanto, hay que fijar una cifra estimativa que tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió. Se trata de un pago de un perjuicio proporcional a la pérdida de dicha oportunidad.

La determinación del quantum indemnizatorio es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia. La cuantía de la indemnización fijada por éste no es revisable en casación salvo que se aprecie una valoración contraria a las reglas de la sana crítica o falta de lógica. La fijación del quantum constituye una cuestión de hecho. Hasta el punto de que, aunque el Tribunal de casación tenga un criterio distinto al del Tribunal de instancia, no le está permitido corregir la fijación efectuado por el Tribunal a quo (entre otras, SSTS de 27 noviembre 2012 [JUR 2012\392662], de 5 junio 2012 [RJ 2012\7238], de 28 marzo 2012 [RJ 2012\5140], de 20 febrero 2012 [RJ 2012\4138], de 12 noviembre 2007 [RJ 2012\8393], de 23 diciembre 2009 [RJ 2010\1339] y de 19 junio 2012 [RJ 2012\8064]).

En relación a ello es oportuno delimitar las funciones del juez y las del médico a la hora de la fijación del quantum indemnizatorio. La STS de 10 mayo 2005 [RJ 2005\9332] aclara que la determinación de la indemnización corresponde a la potestad estimativa del juez, aunque, eso sí, con apoyo en la prueba que obre en las actuaciones (como, por ejemplo, los informes periciales emitidos por un médico se han de tomar como referencia y el porcentaje en que se habría reducido el riesgo de sufrir tal enfermedad puede ser un índice a tomar en cuenta) y ejercitándola con arreglo a

parámetros jurídicos e incluso metajurídicos (adecuación a la naturaleza de las cosas, racionalidad, razonabilidad o el sentido común).

Así pues, el juez fijará el quantum indemnizatorio por el concepto de daño moral o pretium doloris (nos encontramos ante una figura imprecisa, producto de una creación jurisprudencial). La STS de 23 abril 2004 [RJ 2004\3913] informa que por su carácter afectivo y de pretium doloris dicho concepto indemnizatorio carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo.

No obstante, el juzgador podrá acudir a las pautas que determina el artículo 141.2 LPC. Dicho artículo se remite a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. Descartadas las referencias a las legislaciones de expropiación forzosa y fiscal, podemos acudir dentro de la expresión más genérica de las demás normas aplicables a los baremos que fija la Ley 30/1995 para indemnizar los daños experimentados por las personas en los accidentes de circulación. Hay que tener en cuenta que éste último sistema de valoración tiene un valor simplemente orientador, no vinculante para los Tribunales de este orden jurisdiccional. Razón por la cual la aplicación incorrecta de dichos baremos y de cualquier otro no vinculante no constituye una infracción de la legalidad (STS de 4 julio 2007 [RJ 2007\6617]).

Es importante hacer alusión a la STSJ de Madrid de 23 enero 2013 [JUR 2013\71471] que dicta que en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, el derecho a indemnización originado por los daños y perjuicios causados a los familiares del paciente, a consecuencia del fallecimiento de éste, no surge como "iure hereditatis" porque la pérdida de la vida, como un daño sufrido por la víctima, no determina el nacimiento de un derecho indemnizatorio transmisible "mortis causa", sino que es un derecho originario y propio de las personas perjudicadas por el fallecimiento, bien en cuanto dependen económicamente del fallecido, bien por razón de los lazos afectivos que mantenían con el paciente, o por ambas causas.

¿Qué circunstancias singulares del supuesto concreto dicta la jurisprudencia que hay que tomar en cuenta a la hora de fijar el quantum indemnizatorio?

La deducción de la pérdida de oportunidad de curación es de extrema dificultad. Por ello, se acude al campo de la estadística: ¿qué probabilidad hay de curación? Así pues, las SSTS de 27 noviembre 2012 [JUR 2012\392662], de 5 junio 2012 [RJ 2012\7238], de 28 marzo 2012 [RJ 2012\5140], de 20 febrero 2012 [RJ 2012\4138], de 12 noviembre 2007 [RJ 2012\8393], de 23 diciembre 2009 [RJ 2010\1339] y de 19 junio 2012 [RJ 2012\8064] tomaron en cuenta las posibilidades reales de curación. Si la

posibilidad de curación es prácticamente total, entonces se evalúa totalmente el daño; pero si la posibilidad de curación era más parcial, entonces se evalúa el daño de otra manera. Se trata de una graduación lógica. Cuando sea posible, hay que establecer los datos estadísticos que cuantifiquen la pérdida. Evidentemente, se trata de datos estadísticos en abstracto.

La STS de 23 abril 2004 [RJ 2004\3913] tomó en cuenta: las posibilidades de que la enfermedad degenera; la profesión del perjudicado; de qué manera va a condicionar su calidad de vida; como la enfermedad puede acortar su trayectoria vital; las incógnitas que en su desarrollo vital el ser portador de la enfermedad le producen; el historial clínico inicial del paciente; y, la edad a la que se contrajo la enfermedad. Así como, la calificación de crónica y activa de la enfermedad sufrida por el paciente a causa de la pérdida de oportunidad y las repercusiones que va a tener la enfermedad en su vida académica para su formación y posterior trayectoria laboral y familiar.

Las SSTS de 3 diciembre 2010 [RJ 2010\8887] y de 23 abril 2004 [RJ 2004\3913] tomaron en cuenta las dependencias que puede acarrear el tratamiento al que se ve sometido el perjudicado. La agresividad y contraindicaciones del tratamiento.

La SSTS de 19 octubre 2011 [RJ 2012\1298] y de 3 diciembre 2010 [RJ 2010\8887] tomaron en cuenta la entidad de las secuelas.

Las SSTS de 19 octubre 2011 [RJ 2012\1298], de 11 junio 2012 [RJ 2012\7330], de 3 mayo 2011 [RJ 2011\3902], de 9 octubre 2001 [RJ 2001\10075] y de 3 diciembre 2010 [RJ 2010\8887] tomaron en cuenta la edad de la víctima.

Las SSTS de 11 junio 2012 [RJ 2012\7330], de 3 mayo 2011 [RJ 2011\3902] y de 9 octubre 2001 [RJ 2001\10075] tomaron en cuenta las circunstancias personales. El estado del paciente es un factor determinante (sus patologías previas).

La STS de 3 diciembre 2010 [RJ 2010\8887] tomó en cuenta el largo proceso de hospitalización, las reintervenciones quirúrgicas a las que fue sometido el perjudicado y las continuas y graves complicaciones clínicas padecidas.

La STS de 25 mayo 2010 [RJ 2010\5227], razonando que los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales, estableció que, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, se entiende que puede haber daño y proceder la indemnización.

7. Conclusiones

En primer lugar, los arts. 9.3 y 106.2 CE garantizan la responsabilidad patrimonial de la Administración pública e implantan un sistema a tal efecto. Por su parte, la LPC y el Reglamento establecen los términos en los cuáles será procedente declarar la responsabilidad de la Administración.

Este sistema de responsabilidad administrativa se caracteriza por su objetivación debido a que la viabilidad de declarar la responsabilidad reside en la antijuricidad del resultado, no de la acción.

No obstante, la actividad sanitaria presenta una serie de particularidades que condicionan la determinación de la antijuricidad del resultado. Para determinar la antijuricidad del resultado será preciso acudir al criterio de la “lex artis”. Este criterio se utiliza como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, considerando como daño antijurídico aquél que es consecuencia de una actuación que no se le adecúa.

Una de las modalidades de infracción de la “lex artis” es la “pérdida de oportunidad”.

La “pérdida de oportunidad” es el malogro, por comisión u omisión, por parte del facultativo, de una probabilidad, posibilidad u oportunidad relevante (seria y real) de producirse unas consecuencias de futuro ventajosas.

Esta institución se contextualiza a partir del padecimiento de una patología preexistente por el paciente y se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente.

En segundo lugar, en el proceso contencioso-administrativo de resolución de reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria rige el principio general que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho. Así pues, el reclamante deberá acreditar la relación de causalidad y la existencia del daño antijurídico.

No obstante, hay que tener en cuenta que, en materia de prestación sanitaria, se atempera la exigencia en aplicación del principio de facilidad de la prueba. Este principio toma en consideración las dificultades que normalmente encontrará el perjudicado dentro de las restricciones del ambiente hospitalario. Así pues, en determinados supuestos, deberá ser la Administración la que habrá de acreditar que su actuación fue en todo caso conforme a las exigencias de la lex artis.

En este proceso en cuestión, donde la prueba pericial deviene enérgicamente importante, se atribuye la valoración de ésta al Tribunal de instancia. Dicha valoración es intangible. Por ello, el TS no podrá realizar una distinta evaluación, salvo que ésta se hubiera realizado de modo arbitrario, sin sujeción a las reglas legales, u obteniendo conclusiones carentes de toda lógica.

En el ejercicio de tal actividad, el Tribunal de instancia puede optar por dar preferencia a las conclusiones de uno de los informes periciales en detrimento de otros.

Por último, indicar que el concepto indemnizable a consecuencia de la acreditación de “pérdida de oportunidad” no es el daño material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación.

La determinación del quantum indemnizatorio es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia. La cuantía de la indemnización fijada por éste no es revisable en casación salvo que se aprecie una valoración contraria a las reglas de la sana crítica o falta de lógica.

8. Bibliografía

- Derecho Administrativo. Parte Especial. Autor: José Bermejo Vera.
- Curso de Derecho Administrativo II. Autor: García de Enterría.
- La pérdida de oportunidad en las reclamaciones y sentencias de responsabilidad patrimonial. Aspectos médicos, jurídicos y jurisprudenciales. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 2006. Coordinador de la edición: Francisco José Martínez López.
- Artículo: De nuevo sobre el concepto de lex artis: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual. Actualidad Administrativa, núm. 18, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Oct. 2009, pág. 2139, tomo 2, Editorial LA LEY. Autora: GALLARDO CASTILLO (Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén).
- http://www.aegris.org/VIII_AEGRIS/MESA02_fmortalvo.pdf

9. Anexo jurisprudencial

a) La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria

- STS de 3 julio 2012 [RJ 2013\2339]
- STS de 26 marzo 2012 [RJ 2012\5102]
- STS de 7 diciembre 2011 [RJ 2012\2604]
- STS de 23 enero 2012 [RJ 2012\342]
- STS de 26 marzo 2012 [RJ 2012\5102]
- STS de 1 julio 2009 [RJ 2009\6877]
- STS de 25 setiembre 2007 [RJ 2007\7017]
- STS de 19 junio 2007 [RJ 2007\3813]
- STS de 4 abril 2011 [RJ 2011\3405]
- STS de 27 noviembre 2000 [RJ 2000\10017]
- STS de 23 febrero 2009 [RJ 2009\1147]
- STS de 19 julio 2004 [RJ 2004\5543]
- STS de 25 abril 2002 [RJ 2002\5276]
- STS de 19 septiembre 2012 [RJ 2012\9194]
- STS de 14 octubre 2002 [RJ 2003\861]
- STS de 19 abril 2011 [RJ 2011\3643]
- STS de 29 junio 2011 [RJ 2011\6037]
- STS de 4 abril 2011 [RJ 2011\3405]
- STS de 27 noviembre 2000 [RJ 2000\10017]
- STS de 23 febrero 2009 [RJ 2009\1147]
- STS de 16 marzo 2005 [RJ 2005\5739]
- STS de 7 julio 2005 [RJ 2008\6872]
- STS de 23 setiembre 2009 [RJ 2010\342]
- STS de 10 mayo 2005 [RJ 2005\9332]
- STS de 16 febrero 1995 [RJ 1995\844]
- STS de 2 enero 2012 [RJ 2012\3]
- STS de 3 diciembre 2010 [RJ 2010\8887]
- STS de 23 febrero 2009 [RJ 2009\1147]
- STS de 23 marzo 1993 [RJ 1993\2545]
- STS de 29 junio 1990 [RJ 1990\4945]
- STS de 7 febrero de 1990 [RJ 1990\668]

b) Conceptualización de la “pérdida de oportunidad”

- STS de 7 febrero 2012 [RJ 2012\3819]
- STS de 20 noviembre 2012 [RJ 2013\300]
- STS de 11 junio 2012 [RJ 2012\7330]

- STS de 20 de junio 2006 [RJ 2006\5152]
- STS de 19 octubre 2011 [RJ 2012\1298]
- STS de 22 mayo 2012 [RJ 2012\6930]
- STS de 2 enero 2012 [RJ 2012\2]
- STS de 24 noviembre 2009 [RJ 2009\8082]
- STS de 3 noviembre 2010 [RJ 2010\7883]
- STS de 23 enero 2012 [RJ 2012\342]
- STS de 23 setiembre 2010 [PROV 2010\353771]
- STS de 24 noviembre 2009 [RJ 2009\8082]
- STS de 7 julio 2008 [RJ 2008\6872]
- STS de 21 febrero 2008 [RJ 2008\1247]
- STS de 4 noviembre 2008 [RJ 2008\5860]
- STS de 7 julio 2008 [RJ 2008\6872]
- STS de 4 noviembre 2008 [RJ 2008\5860]
- STSJ de Aragón de 14 mayo 2012 [JUR 2012\183033]
- STSJ de Aragón de 11 diciembre 2013 [JUR 2013\112913]
- STSJ de Aragón de 27 abril 2010 [JUR 2010\414682]

c) La carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria en relación a la doctrina de la “pérdida de oportunidad”

- STS de 7 febrero 2012 [RJ 2012\3819]
- STS de 19 septiembre 2012 [RJ 2012\9194]
- STS de 9 diciembre 2008 [RJ 2009\67]
- STS de 18 octubre 2005 [RJ 2005\8530]
- STS de 7 setiembre 2005 [RJ 2005\8846]
- STS de 20 setiembre 2005 [RJ 2005\7503]
- STS de 2 noviembre 2007 [RJ 2008\731]
- STS de 4 julio 2007 [RJ 2007\6617]
- STS de 26 marzo 2012 [RJ 2012\5102]
- STS de 7 diciembre 2011 [RJ 2012\2604]
- STS de 23 enero 2012 [RJ 2012\342]
- STS de 19 junio 2007 [RJ 2007\3813]
- STS de 9 diciembre 200 [RJ 2009\67]
- STS de 26 marzo 2012 [RJ 2012\5102]
- STS de 27 setiembre 2011 [PROV 2011\350541]
- STS de 7 julio 2008 [RJ 2008\6872]
- STS de 25 abril 2007 [RJ 2007\3532]
- STS de 2 enero 2012 [RJ 2012\3]
- STS de 2 julio 2010 [RJ 2010\2641]

- STS de 3 diciembre 2010 [RJ 2010\8887]
- STS de 25 abril 2007 [RJ 2007\3532]
- STS de 17 mayo 2006 [RJ 2006\4574]
- STS de 10 mayo 2006 [RJ 2006\3271]
- STS de 7 julio 2008 [RJ 2008\6872]
- STSJ de Extremadura de 25 mayo 2012 [JUR 2012\190427]
- STSJ de Madrid de 23 enero 2013 [JUR 2013\71471]
- STC de 28 noviembre de 1991 [RTC 1991\227]
- STSJ de les Illes Balears de 29 abril 2010 [JUR 2010\215861]

d) La distinta valoración de los informes periciales en relación a la doctrina de la “pérdida de oportunidad”

- STS de 20 noviembre 2012 [JUR 2012\375784]
- STS de 2 enero 2012 [RJ 2012\3]
- STS de 20 noviembre 2012 [JUR 2012\375790]
- STS de 20 noviembre 2012 [RJ 2013\300]
- STS de 3 julio 2012 [RJ 2013\2339]
- STS de 26 marzo 2012 [RJ 2012\5102]
-]STC de 13 febrero 2006 [RTC 2006\36]
- STS de 3 mayo 2012 [RJ 2012\6483]
- STS de 16 febrero 2010 [RJ 2010\1522]
- STS de 2 enero 2012 [RJ 2012\3]
- STS de 7 diciembre 2011 [RJ 2012\2604]
- STS de 3 noviembre 2010 [RJ 2010\7883]
- STS de 14 julio 2003 [RJ 2003\6902]
- STS de 2 julio 2010 [RJ 2010\2641]
- STSJ de Cataluña de 14 enero [RJCA 2013\107]
- STSJ de Madrid de 22 diciembre [JUR 2011\106688]
- STSJ de Madrid de 14 diciembre de 2013 [JUR 2013\104690]

e) La fijación del quantum indemnizatorio en relación a la doctrina de la “pérdida de oportunidad”

- STS de 2 enero 2012 [RJ 2012\2]
- STS de 24 noviembre 2009 [RJ 2009\8082]
- STS de 5 junio 2012 [RJ 2012\7238]
- STS de 28 marzo 2012 [RJ 2012\5140]
- STS de 20 febrero 2012 [RJ 2012\4138]
- STS de 12 noviembre 2007 [RJ 2012\8393]
- STS de 19 junio 2012 [RJ 2012\8064]

- STS de 10 mayo 2005 [RJ 2005\9332]
- STS de 23 abril 2004 [RJ 2004\3913]
- STS de 4 julio 2007 [RJ 2007\6617]
- STS de 19 octubre 2011 [RJ 2012\1298]
- STS de 11 junio 2012 [RJ 2012\7330]
- STS de 3 mayo 2011 [RJ 2011\3902]
- STS de 9 octubre 2001 [RJ 2001\10075]
- STS de 3 diciembre 2010 [RJ 2010\8887]
- STS de 27 noviembre 2012 [JUR 2012\392662]
- STS de 5 junio 2012 [RJ 2012\7238]
- STS de 23 diciembre 2009 [RJ 2010\1339]
- STS de 19 junio 2012 [RJ 2012\8064]
- STS de 25 mayo 2010 [RJ 2010\5227]
- STSJ de Madrid de 23 enero 2013 [JUR 2013\71471]