

ÍNDICE

Presentación

Luis Moll Fernández-Fígares

Presidente del Consejo Superior de Letrados y Abogados de Comunidades Autónomas

Presentación

Pablo de la Cruz López

Presidente de la Corporación Académica de Ciencia y Derecho

Prólogo

María Teresa Fernández de la Vega Sanz

Consejera Permanente-Presidenta de la Sección 7ª del Consejo de Estado

Lucas Blaque Rey

Letrado de la Sección 7ª del Consejo de Estado

Introducción

PARTE I

RESPONSABILIDAD POR ASISTENCIA SANITARIA Y SU EVOLUCIÓN DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Capítulo 1

La responsabilidad patrimonial de la administración: una visión panorámica

Juan María Martínez Otero

Profesor titular de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

- I. INTRODUCCIÓN 85
- II. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN 86
- III. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO 90
- IV. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL 93
 - 1) Lesión resarcible 93
 - 2) Imputación del daño 97
 - 3) La relación de causalidad 107
- V. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL 109
- VI. APUNTE SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS DEL LEGISLADOR, DEL PODER JUDICIAL, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y POR INAPLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO 112
 - 1) La responsabilidad por actos del Legislador 112
 - 2) La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia 114
 - 3) La responsabilidad por daños causados por el Tribunal Constitucional y por inaplicación del Derecho europeo 115

Capítulo 2

Origen y evolución de la responsabilidad patrimonial

Enrique Soler Santos

Letrado de la Comunidad de Madrid. Letrado de la Junta de Andalucía (exc.)

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (exc.)

I.	INTRODUCCIÓN	121
II.	EL LARGO CAMINO HISTÓRICO DE «LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER»	124
1)	Princeps legibus solutus est: un poder público «irreprochable, irresistible e inapelable»	124
2)	Mais qu'est-ce donc enfin qu'une loi?: La Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879	129
3)	El disparate de llevar al Estado a los Tribunales: la doctrina del Fisco	131
4)	Rule of law: la caída de la Administración «en las mallas de la ley común»	133
III.	EL «PRODIGIO» DEL ARRÊT BLANCO Y EL NACIMIENTO DEL RÉGIME ADMINISTRATIF	137
IV.	LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEIL D'ÉTAT	
1)	El arrêt Pelletier: el concepto de culpa del servicio	140
2)	El arrêt Terrier: responsabilidad administrativa y actos de los particulares	142
3)	El arrêt Tomaso-Gréco: la responsabilidad del servicio de policía	142
4)	El arrêt Anguet: responsabilidad administrativa directa por actos u omisiones de funcionarios	
5)	El arrêt Époux Lemonnier: acumulación de la responsabilidad administrativa y la responsabilidad civil de funcionarios o agentes	143
6)	El arrêt Couitéas: responsabilidad administrativa por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas	145
7)	El arrêt La Fleurette: el surgimiento de la responsabilidad del Estado legislador	146
V.	LA TARDÍA CONSAGRACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO	147
1)	La legislación anterior a 1954	148
2)	El esquivo concepto de «agente especial» del artículo 1.903 del Código Civil	151
3)	Los dictámenes del Consejo de Estado de los años cincuenta	152
4)	La Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 y la evolución posterior	153

Capítulo 3

Evolución de la responsabilidad civil de los médicos y centros hospitalarios y patrimonial de la Administración Sanitaria

María Maldonado Araque

Letrada de la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía. Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

I.	INTRODUCCIÓN	164
II.	RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS Y CENTROS HOSPITALARIOS	166
1)	Del médico de cabecera al centro hospitalario	167
2)	Naturaleza de la responsabilidad del médico y centro hospitalario	169
A.	Responsabilidad contractual	170
B.	Responsabilidad extracontractual	170
C.	Yuxtaposición de responsabilidades	171
a)	Prescripción	173
b)	Presunción de culpa	173
D.	Títulos de imputación de responsabilidad	174
a)	Culpa	174
b)	Riesgo	174
3)	Contenido de las obligaciones del médico	175
A.	Obligación de medios	175
B.	Obligación de resultado	177
a)	Teoría precedente	178
b)	Teoría actual	179
4)	Responsabilidad de otros profesionales distintos al médico	182
A.	Deficiencias asistenciales	182
B.	Funcionamiento inadecuado del centro hospitalario	183
III.	ETAPAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	184
1)	Primera etapa: pro damnato	185
A.	Agotamiento de la diligencia	187
a)	Responsabilidad civil	188

b)	Responsabilidad médico-sanitaria	189	
B.	Res ipsa loquitur	190	
a)	Responsabilidad civil	194	
b)	Responsabilidad médico-sanitaria	194	
2)	Segunda etapa: imputación objetiva	198	
A.	Responsabilidad civil	200	
a)	«Causalidad física»	200	
b)	«Causalidad jurídica»	201	
c)	Títulos de imputación	202	
B.	Responsabilidad médico-sanitaria	206	
a)	Mención especial a la prohibición de regreso	208	
b)	Prueba de los criterios de imputación objetiva	212	
	IV. RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTES DE TRABAJO		213
1)	Responsabilidad por culpa	213	
A.	Teorías objetivadoras	214	
a)	Dilatación de la noción de previsibilidad	214	
b)	Incumplimiento de la norma de protección	215	
c)	Insuficiencia del cumplimiento de la normativa de protección		215
d)	Culpa in vigilando	216	
e)	Agotamiento de la diligencia	216	
B.	Inversión de la carga de la prueba	218	
2)	Responsabilidad objetiva	218	
	V. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA		219
1)	Responsabilidad objetiva	220	
A.	Límites de la responsabilidad objetiva	221	
B.	La doctrina de la lex artis	223	
2)	Infracción de la lex artis ad hoc	227	
A.	Clasificación	227	
B.	Características	228	
a)	Casuismo	228	
b)	Evolución	228	
c)	Criterio de responsabilidad	228	
d)	Extensión de la lex artis	229	
C.	Prueba	230	
a)	Carga de la prueba	230	
b)	Medios de prueba	231	
D.	Protocolos médicos	231	
a)	Valor probatorio	233	
b)	Libertad de método	233	
c)	Casuística	234	
	VI. EVOLUCIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA		237
1)	Orígenes de la intervención administrativa en la asistencia sanitaria		237
A.	Edad media y moderna	237	
B.	Edad contemporánea	239	
a)	Ley de beneficencia de 1822	240	
b)	Instrucción para el gobierno económico y político de las provincias de 1823		240
c)	Ley de beneficencia de 1849	241	
2)	La asistencia sanitaria durante en los siglos XX y XXI		241
A.	Primera mitad del siglo XX	241	
a)	Instrucción general de sanidad de 1904	242	
b)	Ley bases de sanidad nacional de 1944	243	
B.	Segunda mitad de siglo XX y siglo XXI	244	
a)	Implantación de la Seguridad Social	244	
b)	Sistema Nacional de Salud y Servicios Autonómicos de Salud		246
c)	Nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud	252	

PARTE II
SUJETOS Y OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

Capítulo 4

El reclamante en la responsabilidad patrimonial sanitaria

Luis Manent Alonso

Abogado de la Generalitat. Letrado del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (2019-2021)

Yolanda Hernández Villalón

Letrada del Tribunal Supremo. Letrada de la Comunidad de Madrid

Juan Alberó Valdés

Letrado del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

I. INTRODUCCIÓN	262
II. CAPACIDAD	263
1) Personas con plena capacidad de obrar	267
2) Personas con capacidad de obrar restringida	267
3) Personas con discapacidad	268
4) Mención especial a las medidas de apoyo a las personas mayores de edad y menores con discapacidad	272
5) Herencias yacentes	273
6) Grupos de afectados	274
7) Valoración crítica	275
III. REPRESENTACIÓN	276
1) Representación voluntaria	277
2) Representación legal	278
3) Formas de acreditar la representación	282
4) Valoración crítica	285
IV. LEGITIMACIÓN	286
1) Legitimación activa	287
A. Legitimación originaria	287
a) El criterio de «concentración» de la protección resarcitoria	287
b) La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios	291
B. Legitimación derivada	295
2) Pasiva	295
V. MENCIÓN ESPECIAL A LA TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DE LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	296
1) La legitimación activa mortis causa y la delimitación de la controversia	297
A. Legitimación originaria	298
a) Daños patrimoniales	298
b) Daños no patrimoniales	299
B. Legitimación derivada	300
a) Daños patrimoniales	301
b) Daños no patrimoniales	301
C. La doble legitimación por daños no patrimoniales	304
2) Sobre la argumentación en que se fundamenta la intransmisibilidad del derecho al resarcimiento por los daños no patrimoniales ante mortem	305
A. El carácter personalísimo del derecho al resarcimiento	306
B. La falta de ejercicio de la acción resarcitoria antes del fallecimiento	308
C. El sentido institucional de la responsabilidad patrimonial	310
3) Sobre la argumentación en que se fundamenta la transmisibilidad del derecho al resarcimiento por los daños no patrimoniales ante mortem	314
A. El carácter no personalísimo del derecho al resarcimiento	314
B. La falta de coherencia en la aceptación de la denominada tesis intermedia	318
C. La función resarcitoria y la negación de la tesis del enriquecimiento injusto	320
D. Necesidad de dotar de unidad y consistencia jurídica al ordenamiento jurídico	322
4) Valoración crítica	323
VI. POSTULACIÓN	324
1) Órganos unipersonales	324
2) Órganos colegiados	325

VII. EL ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA DE LOS PACIENTES 325

- 1) Paciente-reclamante 327
- 2) Terceros 328
 - A. Representante 328
 - B. Familiares o allegados 329
 - C. Padres 329
- 3) Personal sanitario 330
- 4) Compañías de seguros 332

Capítulo 5

La Administración Sanitaria y otras personas responsables (I)

David Blanquer Criado

Letrado Mayor del Consejo de Estado

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Jaime I de Castellón

I. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DEL RESULTADO LESIVO: LAS ADMINISTRACIONES CON COMPETENCIAS EN MATERIA DE SANIDAD 339

II. LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO A UNA PERSONA JURÍDICA 344

- 1) La imputación del resultado lesivo a una persona jurídica; algo sobre las unidades administrativas (como los centros de atención primaria o los hospitales generales) 344
 - 2) La organización administrativa como título de imputación; algo sobre la responsabilidad concurrente de varias Administraciones 346
 - 3) Algo sobre la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios 350
 - 4) Las personificaciones instrumentales creadas para prestar servicios sanitarios 356
 - 5) El eventual error del reclamante al identificar a la Administración a la que imputa el resultado lesivo, y el cómputo del plazo para ejercer la acción indemnizatoria 360
 - 6) Algunos casos peculiares de prestación del servicio sanitario por el sector privado 364
 - A. Los servicios sanitarios de las mutualidades patronales 364
 - C. Algo sobre los centros sanitarios privados concertados con MUFACE 371
 - D. Los hospitales privados concertados o en régimen de concesión administrativa 379
 - E. El servicio de transporte en ambulancia 384
- III. LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y EMPLEADOS PÚBLICOS 386
- 1) La acción de regreso 386
 - 2) El obligado ejercicio de la acción de regreso 390
 - 3) La ausencia de acción pública; el perjudicado no tiene la condición de interesado en el procedimiento que se tramita para ejercer la acción de regreso; excepciones 392

Capítulo 6

La Administración Sanitaria y otras personas responsables (II)

Rosa María Vidal Monferrer

Abogado del Estado (exc.). Socia Directora Derecho Público Broseta Abogados

I. INTRODUCCIÓN 395

II. RÉGIMEN DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE CONTRATISTAS Y LA ADMINISTRACIÓN 397

- 1) Alcance de aplicación 398
 - A. Contratistas 398
 - a) Contratos de servicios 399
 - b) Contratos de concesión de servicios 399
 - B. Supuestos asimilables 402
 - a) Mutualidades de funcionarios 402
 - b) Sociedades de economía mixta 403
 - c) Hospitales y clínicas concertadas 403
- 2) Régimen general 406
 - A. Introducción 407
 - B. Responsabilidad exclusiva, global (mancomunada o solidaria) y limitada 409
 - a) Cuestiones sustantivas 410
 - b) Cuestiones procesales 412
 - C. Procesos para exigir la responsabilidad 415

a)	Ley de Enjuiciamiento civil	415	
b)	Ley de expropiación forzosa	416	
c)	Legislación de contratación pública	418	
d)	Ley Orgánica 9/2003, de 29 de diciembre	424	
D.	Naturaleza de la responsabilidad: ¿subjettiva u objetiva?	425	
E.	Requerimiento previo	427	
a)	Pronunciamiento del órgano de contratación	427	
b)	Informe del órgano de contratación	429	
3)	Regímenes particulares	433	
A.	Mutualidades de funcionarios	433	
B.	Sociedad de economía mixta	434	
C.	Hospitales y clínicas concertadas	434	
a)	Interpretación garantista	435	
b)	Interpretación literal	436	
4)	Mención especial a los daños causados a terceros durante la Covid-19	436	
A.	Antijuridicidad del daño	438	
B.	Efectividad del daño	439	
C.	Ausencia de fuerza mayor	439	
D.	Relación de causalidad	440	
E.	Estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica	440	
5)	Responsabilidad patrimonial sanitaria de Derecho privado	440	
A.	Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado	441	
B.	Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas	442	
C.	Ley de régimen jurídico del sector público	444	
III. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADJUDICATARIOS DE CONVENIOS SINGULARES, ACUERDOS DE ACCIÓN CONCERTADA Y DE LOS CONSORCIOS SANITARIOS 445			
1)	Ámbito de aplicación	445	
A.	Hospitales generales vinculados	445	
B.	Hospitales y clínicas adjudicatarias de acciones concertadas	448	
C.	Convenios de asociación con mutuas colaboradoras de la Seguridad Social	453	
D.	Consortios sanitarios	454	
2)	Régimen general de responsabilidad	456	
A.	Hospitales generales vinculados con la Administración sanitaria	456	
B.	Hospitales y clínicas adjudicatarias de acciones concertadas	458	
C.	Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social	459	
a)	Responsabilidad subsidiaria	460	
b)	Responsabilidad por servicios sanitarios y recuperadores	460	
D.	Consortio sanitario	461	

Capítulo 7

El contratista de la Administración Sanitaria

Luis Manent Alonso

Abogado de la Generalitat Valenciana. Letrado del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (2019-2021)

I.	INTRODUCCIÓN	465	
II.	EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA	468	
1)	Ley de expropiación forzosa de 1954	468	
2)	Ley de contratos de las Administraciones Públicas de 1995	471	
3)	Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003	472	
4)	Ley de contratos del sector público de 2017	473	
III.	RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD	474	
1)	Ámbito de aplicación	475	
2)	Aspectos sustantivos	477	
A.	Responsabilidad del contratista	479	
B.	Responsabilidad de la Administración	484	
a)	Orden de la Administración	484	
b)	Mención especial a las mutualidades de funcionarios	486	

- c) Vicios del proyecto 487
- d) Falta de resolución o resolución de mero rechazo de la responsabilidad de la Administración
- e) Culpa in vigilando de la Administración 490
- 3) Aspectos temporales 491
- 4) Aspectos procesales 492
- A. Doctrina legal 495
- a) Responsabilidad directa de la Administración 496
- b) Responsabilidad directa del contratista 497
- B. Jurisprudencia 499
- a) Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 500
- b) Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo 501
- C. Práctica administrativa 502
- D. Valoración crítica 503
- 5) Derecho aplicable 505
- A. Ley de expropiación forzosa de 1954 505
- B. Ley sobre régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957 507
- C. Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común de 1992 507
- D. Ley de contratos de las Administraciones Públicas de 1995 509
- E. Ley de régimen jurídico del sector público de 2015 510
- IV. ITINERARIO PROCESAL 510
- 1) Incidente arbitral 511
- 2) Procedimiento ordinario o verbal 513
- 3) Reclamación de responsabilidad patrimonial 514
- 4) Recurso contencioso-administrativo 517

Capítulo 8

El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario

Juan Antonio Carrillo Donaire

Consejero del Consejo Consultivo de Andalucía. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla

I. PECULIARIDADES DEL CONTRATO DE ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA 523

- 1) Justificación y habilitación legal del contrato de aseguramiento privado de la responsabilidad sanitaria: marco normativo aplicable 523
- 2) El contrato de seguro de responsabilidad sanitaria como contrato privado de servicios en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen jurídico, objeto, ámbito de cobertura y prescripciones 528

II. LA POSICIÓN DE LA ASEGURADORA EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD 535

- 1) El discutible papel de la compañía aseguradora en el procedimiento administrativo en el que se sustancia la reclamación patrimonial 535
- 2) Sobre la jurisdicción competente para conocer la reclamación cuando se demanda a la aseguradora y a la Administración y la pervivencia de la acción civil directa contra la aseguradora
- 3) Sobre el derecho aplicable para sustanciar el fondo del asunto: una cuestión teórica sin consecuencias prácticas 542

III. LA COBERTURA DEL ASEGURAMIENTO EN EL CASO DE LAS ENTIDADES Y CENTROS CONCERTADOS SANITARIOS 544

Capítulo 9

El daño y su valoración en la responsabilidad patrimonial sanitaria

Sonia Ramos González

Profesora agregada de Derecho civil, Universitat Pompeu Fabra. Consejera de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya (2016-2022)

- I. EL DAÑO 550

II. DAÑOS PERSONALES, PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO Y BAREMOS 551

- 1) Principio de reparación integral del daño 552
- 2) Los baremos de valoración de daños personales 555

III. EL SISTEMA DE VALORACIÓN DE LOS DAÑOS PERSONALES DERIVADOS DE LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN 557

- 1) Ámbito de aplicación, principios básicos, estructura y perjudicados 560
- 2) Reglas comunes aplicables a los tres tipos de daños principales 562
 - A. Momento de determinación de las cuantías indemnizatorias y de actualización de las cuantías 562
 - B. Indemnización mediante renta vitalicia 564
 - C. Regulación de los supuestos de muerte después de una secuela o incapacidad temporal causada en un accidente de circulación si la indemnización todavía no ha sido fijada 564
 - D. Indemnización superior a los valores previstos por el sistema 565
- 3) Indemnización por causa de muerte 565
 - A. Perjuicios personales 566
 - a) Perjuicio básico (tabla 1.A) 567
 - b) Perjuicio personal particular (tabla 1.B) 568
 - B. Perjuicios patrimoniales (tabla 1.C) 568
 - a) Perjuicio básico y otros gastos específicos 568
 - b) Lucro cesante 569
 - C. Ejemplo de indemnización por causa de muerte 571
 - a) Perjuicio personal básico 571
 - b) Perjuicio patrimonial: lucro cesante 572
- 4) Indemnización por lesiones temporales (tabla 3) 575
 - A. Perjuicios personales 576
 - a) Perjuicio básico 576
 - b) Perjuicio particular 576
 - B. Perjuicios patrimoniales 577
 - a) Gastos de asistencia sanitaria y otros específicos 577
 - b) Lucro cesante 578
- 5) Indemnización por secuelas 578
 - A. Perjuicios personales 578
 - a) Perjuicio básico (tabla 2.A) 578
 - b) Perjuicio personal particular (tabla 2.B) 580
 - B. Perjuicios patrimoniales (Tabla 2.C) 582
 - a) Daño emergente 582
 - b) Lucro cesante 583
- 6) Ejemplo de indemnización por lesiones temporales y secuelas 584
 - a) Perjuicio personal básico por secuelas funcionales y estéticas 585
 - b) Perjuicio personal particular por secuelas (tabla 2.B) 587
 - c) Perjuicio patrimonial de las secuelas: prótesis y ayuda de tercera persona 588
 - d) Perjuicio personal particular por lesiones temporales 590

IV. APLICACIÓN ORIENTATIVA DE BAREMOS DE ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN. CONSECUENCIAS 592

- 1) Baremos no vinculantes: fijación a tanto alzado del importe de la indemnización 592
- 2) Aplicación no analógica 597
- 3) Discrecionalidad para adaptar la aplicación de los baremos a las circunstancias del caso. En particular, para alterar el ámbito de aplicación temporal de las normas que regulan el baremo de tráfico 599
 - A. La posición de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo 603
 - B. La posición de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 605

V. MOMENTO RELEVANTE PARA DETERMINAR Y ACTUALIZAR EL IMPORTE INDEMNIZATORIO 609

- 1) El artículo 34.3 de la Ley de régimen jurídico del sector público y su relación con las reglas del sistema de baremos de accidentes circulación 609
 - A. Reglas de los baremos de accidentes de circulación 610
 - B. Reglas de la Ley de régimen jurídico del sector público 611
 - a) Cuantificación del daño 611

- b) Actualización de la indemnización 612
- 2) Disparidad de criterios seguidos por los tribunales y los consejos consultivos y comisiones asesoras 613
- VI. VALORACIÓN DEL ESTADO PREVIO DE LA VÍCTIMA COMO FACTOR DE REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN 618
 - 1) Predisposición dañosa que en el momento del accidente no ha causado perjuicios a la víctima 621
 - 2) Predisposición dañosa que ya ha causado daños previos a la víctima o que los habría causado en un futuro 623
- VII. CONCLUSIONES 624

Capítulo 10

Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria

Isabel Hurtado Díaz-Guerra

Doctora en Derecho. Técnico (Titulado Superior) en el Servicio Madrileño de Salud.
Profesora asociada de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid

I. LA RELEVANCIA DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA 630

II. LA DELIMITACIÓN DEL DAÑO MORAL Y SU ENCAJE EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL 632

- 1) Su difícil conceptualización 632
- 2) ¿Cuál es el daño moral jurídicamente relevante? 636
 - A. El «riesgo general de la vida» como criterio negativo de imputación 637
 - B. La distinción entre daño moral y daño psicológico 639
 - C. La distinción entre daño y dolor 640
- 3) El requisito de certeza en el daño moral y los problemas de prueba 641
 - A. Las distintas teorías 641
 - a) El daño moral no necesita probarse 642
 - b) El daño moral debe probarse 643
 - c) El daño moral debe probarse, si bien en determinados casos puede presumirse 644
 - B. Los presupuestos de idoneidad y apreciación para la prueba 644
 - C. Las presunciones y el daño moral 645
 - a) Daños susceptibles de ser presumidos 648
 - b) Daños cuya existencia debe probarse 650

III. ALGUNOS PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN PARA LA RECLAMACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES. LA LEGITIMACIÓN COMO ELEMENTO CONDICIONANTE DEL CONTENIDO DEL DAÑO MORAL 651

- 1) La legitimación originaria (por derecho propio) directa e indirecta 652
 - A. Legitimación indirecta por daños derivados de lesiones físicas 653
 - a) Daños de afección 653
 - b) Impacto emocional 655
 - c) Pérdida de la facultad de concebir de la pareja 656
 - d) Prejudice sexual y wrongful life 656
 - B. Legitimación indirecta por daños derivados del fallecimiento: la necesaria delimitación de la condición del perjudicado 657
 - C. La repercusión de la tabla de perjudicados del baremo de accidentes de tráfico en la determinación de la legitimación por daño moral 660
 - 2) Legitimación ordinaria derivada: especial mención a la legitimación mortis causa 662
 - A. Los daños causados por la muerte: ¿Causa la muerte un daño moral al fallecido? 663
 - B. Daños causados al fallecido antes de su muerte: el problema de la transmisibilidad en los daños morales 664
 - a) Tesis negacionista 666
 - b) Tesis favorable a la transmisibilidad 668
 - B. La doble legitimación en el daño moral 670
 - 3) Legitimación de los colegios profesionales para el ejercicio de acciones colectivas 671
- IV. UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ASISTENCIA SANITARIA. PRINCIPAL CASUÍSTICA 673

1)	Daños morales derivados de lesión física	676
A.	Daños directos	676
a)	Pretium doloris: el dolor físico y moral	676
b)	El perjuicio estético	681
B.	Daños indirectos	683
a)	El fallecimiento de un familiar o persona allegada: el pretium mortis	683
b)	Daño moral «de rebote» por lesión física de un familiar o persona allegada	684
2)	Daños morales autónomos	686
A.	El daño moral derivado de la falta de información o consentimiento informado	686
B.	La pérdida de oportunidad como daño moral	690
C.	La inquietud, zozobra y otros estados de ánimo	691
a)	Falsos positivos o falsos negativos	694
b)	Retraso diagnóstico o asistencial	696
c)	Extravío o descoordinación en las pruebas diagnósticas	697
d)	Angustia debida a reintervenciones quirúrgicas o por la suspensión de una intervención programada	698
e)	Privación o demora en la determinación del tratamiento o asistencia; la asistencia sanitaria y las listas de espera	699
f)	Discriminación en el orden de atención o dispensación de medicamentos	701
D.	Daños morales derivados del nacimiento de un hijo: wrongful actions (wrongful conception, wrongful birth, y wrongful life)	702
a)	Embarazo no deseado	702
b)	Pruebas diagnósticas	703
E.	Daño moral por extravío, deterioro o privación del uso de muestras biológicas o material genético	703
a)	Muestras biológicas	704
b)	Material genético	704
V.	EL PROBLEMA DE LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL	706
1)	Criterios de cuantificación	706
A.	Principio de indemnidad	707
B.	Discrecionalidad judicial	708
C.	Valoración global	710
2)	Baremo de accidentes de tráfico	711
VI.	LAS MÚLTIPLES FUNCIONES DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA	712
1)	Función reparadora de daños patrimoniales	713
2)	Función preventiva	714
3)	Función constitutiva	714
4)	Función sancionadora	715
VII.	CONCLUSIONES	716

PARTE III

NACIMIENTO, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

Capítulo 11

Nacimiento de la responsabilidad patrimonial sanitaria

Felíu José Bauzá Martorell

Presidente del Consell Consultiu de las Illes Balears

Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de les Illes Balears

I. LA RESPONSABILIDAD SANITARIA COMO ESPECIALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL 723

II. EL DAÑO COMO ELEMENTO NUCLEAR QUE ORIGINA LA RESPONSABILIDAD SANITARIA 727

1) Formas de producirse un daño 729

A. Amplitud del concepto de actuación médica 730

B. La presunción de negligencia 731

C.	Imputación del daño a la Administración	734
2)	Requisitos del daño	739
A.	Efectivo	739
B.	Individualizado o individualizable	739
C.	Evaluable económicamente	740
3)	Antijuridicidad del daño	744
A.	Daño jurídico y daño antijurídico	745
B.	Objetivación del daño	748
4)	Carácter desproporcionado del daño	750
III.	RELACIÓN CAUSA-EFECTO ENTRE EL DAÑO Y LA ACTUACIÓN	753
1)	Relación de causalidad	753
2)	Ruptura del nexo causal	759
3)	Teoría de la imputación objetiva	762
IV.	DEBER DE INDEMNIZAR	763
V.	REFLEXIÓN FINAL	764

Capítulo 12

Modificaciones subjetivas y responsabilidad patrimonial concurrente o subsidiaria de las Administraciones Sanitarias

M.^a del Rosario Forján Rioja

Letrada de la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Vocal del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía

I. INTRODUCCIÓN. Una breve aproximación a la incidencia de los supuestos de novación subjetiva en el procedimiento de responsabilidad patrimonial sanitaria 770

- 1) Legitimación activa 772
- 2) Legitimación pasiva 773
- 3) Concurrencia de Administraciones responsables 773
- 4) Responsabilidad subsidiaria de las Administraciones sanitarias 773

II. MODIFICACIÓN EN EL TITULAR DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN 774

1) Consideración previa: concepto y tipología del daño a indemnizar. Requisitos del daño como presupuesto de la responsabilidad patrimonial 774

- A. Daño 774
 - a) Efectividad 775
 - b) Mensurabilidad 776
 - c) Individualidad 777
- B. Tipología de daños 778
- C. Lesión 778
 - 2) Naturaleza jurídica del derecho a ser indemnizado 779
 - A. Tesis favorable a la transmisibilidad del derecho a reclamar 779
 - B. Tesis contraria a la transmisibilidad del derecho a reclamar 780
 - 3) La transmisibilidad mortis causa de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial sanitaria en la doctrina legal 782
 - A. Posición mayoritaria 782
 - a) Dictamen del Consejo de Estado de 20 de junio de 2002 785
 - b) Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid de 6 de junio de 2012 786
 - B. Posición minoritaria: Mención especial a la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía y a la reciente doctrina del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana 789
 - a) Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 22 de febrero de 1996 789
 - b) Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 12 de marzo de 2020 790
 - c) Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 22 de abril de 2021 792
 - d) Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana de 6 de marzo de 2024 794
 - C. Reconocimiento de la legitimación activa de los herederos por daños patrimoniales o no patrimoniales inferidos a ellos directamente por el fallecimiento del causante 797
 - 4) El estado de la cuestión en el ámbito judicial 800
 - A. Transmisibilidad mortis causa de la acción para reclamar 801
 - a) Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2012 801
 - b) Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2021 805

B.	División de pareceres en el ámbito de la jurisprudencia menor	808
III.	MODIFICACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN O ENTIDAD QUE PRESTA LA ASISTENCIA SANITARIA	813
1)	Procesos de transferencia de competencias del Instituto Nacional de Salud a los servicios autonómicos de salud	814
2)	Extinción o transformación de entidades instrumentales de la Administración sanitaria	818
A.	Atribución de competencia	819
B.	Transformación y extinción de entidades	820
3)	Reversión de áreas de salud gestionadas indirectamente mediante contratos de asistencia sanitaria integral	823
4)	Disolución de consorcios sanitarios	827
IV.	VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS NOVACIONES SUBJETIVAS	830
V.	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL CONCURRENTES DE LAS ADMINISTRACIONES SANITARIAS	832
1)	Fórmulas conjuntas de actuación	834
A.	Responsabilidad ad extra	834
B.	Responsabilidad ad intra	835
2)	Otros supuestos distintos a las fórmulas conjuntas de actuación	836
A.	Responsabilidad ad extra	837
a)	Responsabilidad mancomunada	837
b)	Responsabilidad individualizada	837
c)	Responsabilidad solidaria	838
B.	Responsabilidad ad intra	839
a)	Presunción de mancomunidad	839
b)	Acción de repetición	840
3)	Casuística	841
A.	Doctrina	842
B.	Doctrina legal	843
C.	Jurisprudencia	844
4)	Procedimiento	847
A.	Responsabilidad dimanante de fórmulas conjuntas de actuación	847
B.	Responsabilidad derivada de otros supuestos distintos a las fórmulas conjuntas actuación	848
VI.	RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA	849

Capítulo 13

Extinción de la responsabilidad patrimonial sanitaria

Carlos Yáñez Díaz

Doctor en Derecho. Letrado de la Comunidad de Madrid. Letrado del Consejo Consultivo y de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (2011-2022)

I.	CUMPLIMIENTO	853
II.	OTROS MODOS DE EXTINCIÓN	854
1)	En relación con los sujetos	854
A.	Muerte	854
B.	Renuncia	862
2)	En relación con el tiempo	863
III.	PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A RECLAMAR	863
1)	Principio pro actione	865
2)	Día inicial del cómputo de la prescripción. Daños permanentes y daños continuados	866
A.	Daños permanentes	870
a)	Alta médica	870
b)	Reconocimiento del grado de discapacidad	873
c)	Cirugía reconstructiva	876
B.	Daños continuados	876
3)	Interrupción de la prescripción	878
A.	Inaplicación del artículo 1973 del CC	878
B.	Actuaciones penales	881

- C. Petición de indemnización 884
 - a) Órgano distinto del competente 884
 - b) Sede no manifiestamente inidónea o improcedente 886
- D. Quejas 888
- E. Petición de la historia clínica 888
- IV. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A EXIGIR EL PAGO 889

PARTE IV

SINGULARIDADES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

Capítulo 14

La lex artis en la responsabilidad patrimonial sanitaria

Lucas Blanco Rey

Socio en Martínez-Echeverría Abogados

Letrado del Consejo de Estado

- I. IDEA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS
 - 1) Breves apuntes históricos 897
 - 2) La consagración de la responsabilidad de los poderes públicos en la Constitución de 1978
 - 3) La cláusula de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública 904
 - A. El artículo 106.2 de la Constitución 904
 - a) Características 906
 - b) Funcionamiento de los servicios públicos 907
 - c) Garantía constitucional 909
 - B. Sobre el carácter objetivo del sistema de responsabilidad. Posturas doctrinales y recepción jurisprudencial 911
 - a) Título de imputación 911
 - b) Matizaciones o modulaciones 916
 - C. Conclusión 918
 - II. LA LEX ARTIS Y LA LEX ARTIS AD HOC 920
 - 1) Caracterización 920
 - A. Origen 920
 - B. Concepto 921
 - C. Lex artis ad hoc 922
 - D. Obligación de medios 923
 - E. Cláusula de los riesgos de progreso 924
 - F. Protocolos médicos 926
 - G. Carga de la prueba 927
 - 2) Posición de la jurisprudencia y de la doctrina legal 927
 - 3) La lex artis y la denominada medicina satisfactiva 934
 - III. LA LEX ARTIS AD HOC Y LOS PRODUCTOS DEFECTUOSOS 937
 - IV. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD 941
 - V. CONCLUSIONES 943

Capítulo 15

La teoría de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial sanitaria

Enrique Fliquete Lliso

Vicepresidente del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universitat de València

- I. GARANTÍA PATRIMONIAL 947
 - 1) Derecho a la protección de la salud 948
 - A. Contenido 949
 - B. Titulares 950
 - C. Administraciones sanitarias 951
 - 2) Responsabilidad patrimonial sanitaria 954
 - 3) Pérdida de oportunidad 956
- II. INCERTIDUMBRE Y PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD 958

1)	Incertidumbre	958
2)	Abuso	959
3)	Crítica	961
4)	Causa, daño e infracción de la lex artis	962
	III. ORIGEN	963
	IV. ELEMENTOS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO	
1)	Nexo causal	965
A.	Causalidad probabilística	967
B.	Disolución del nexo causal	968
C.	Disfunciones en el nexo causal	969
a)	Actuación médica adecuada	969
b)	Otras circunstancias ajenas a la actuación médica	970
2)	Mala praxis médica	971
A.	Protocolos médicos	974
B.	Inexistencia de protocolos médicos	975
C.	Opción más beneficiosa	976
3)	El daño	979
A.	Daño cierto	980
B.	Daño moral	981
C.	Cuantificación del daño	982
D.	Carga de la prueba	985
a)	Reparto de cargas	986
b)	Distribución dinámica de la carga de la prueba	986
	V. PRESUPUESTOS DE APLICABILIDAD	990
	VI. ALGUNOS SUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD	992
1)	Error de diagnóstico	992
2)	Diagnóstico tardío y retraso de tratamiento	996
A.	Ausencia de mala praxis	997
a)	Sintomatología inespecífica	997
b)	Sintomatología concurrente	998
c)	Sintomatología oculta	998
d)	Patologías asintomáticas	998
B.	Infracción de la lex artis	998
a)	Diagnósticos previos incorrectos	998
b)	Pruebas tardías	999
3)	Omisión de pruebas diagnósticas	1002
4)	Errores relacionados con el tratamiento	1005
A.	Error de tratamiento	1005
B.	Error en el tratamiento	1005
C.	Omisión del tratamiento alternativo	1005
5)	Servicios de urgencias	1008
A.	Urgencias traumatológicas	1009
B.	Urgencias Neurológicas	1009
C.	Urgencias cardíacas	1010
6)	Servicios de ambulancias y emergencias sanitarias	1010
7)	Deficiente prevención en materia de salud pública	1011
8)	Falta de información	1012
A.	Falta de información relativa a las malformaciones congénitas	1012
B.	Falta de información sobre los riesgos o complicaciones asociadas a una intervención	
	VII. CUANTIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD	1014
1)	Criterios indemnizatorios	1014
2)	Fórmulas de monetización del daño	1016

Capítulo 16

El consentimiento informado en la responsabilidad patrimonial sanitaria

Patricia Boix Mañó

Letrada Mayor del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Profesora asociada de Derecho administrativo de la Universitat de València

- I. Ley reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica 1019
 - 1) Precedentes normativos 1021
 - 2) Regulación ad hoc 1023
- II. Elementos del consentimiento informado 1028
 - 1) Alcance del consentimiento informado: descripción del tratamiento o intervención, riesgos y alternativas 1029
 - A. Riesgos típicos versus riesgos atípicos 1032
 - a) Riesgos típicos 1032
 - b) Riesgos atípicos 1038
 - B. Medicina curativa versus medicina satisfactiva 1039
 - a) Medicina curativa, asistencial, terapéutica o necesaria 1039
 - b) Medicina satisfactiva o voluntaria 1040
 - C. Tratamientos alternativos y otros aspectos 1042
 - 2) Consecuencias de la omisión o insuficiencia del consentimiento Informado 1043
 - A. Infracción de la lex artis 1044
 - B. El consentimiento como criterio de exoneración de responsabilidad 1047
 - C. El documento de consentimiento informado no es una «patente de corso» 1049
 - D. La lesión de derecho de la autodeterminación como daño moral o pérdida de oportunidad
 - a) Daño moral 1052
 - b) Pérdida de oportunidad 1054
 - E. Cuantificación del daño 1057
 - F. Exigencia de un daño 1061
 - a) Jurisprudencia 1061
 - b) Doctrina legal 1064
 - G. Debate sobre el alcance de la indemnización: ¿solo daño moral? 1068
 - H. Excepciones al consentimiento informado 1073
 - 3) Requisitos formales 1077
 - A. Consentimiento oral o escrito 1078
 - a) Forma ad probationem 1079
 - b) Inversión de la carga de la prueba 1080
 - c) Valoración al caso concreto 1081
 - d) Procedimiento de comunicación 1082
 - B. La historia clínica como medio de prueba del consentimiento informado 1084
 - C. Declaraciones de los facultativos como medio de prueba del consentimiento informado
 - D. Características del deber de informar al paciente 1090
 - a) Previo 1090
 - b) Adecuado 1090
 - c) Suficiente 1090
 - d) Comprensible 1092
 - E. Formularios o modelos-tipo de consentimiento informado 1093
 - 4) Requisitos temporales 1098
 - A. Información previa y «hoja» de consentimiento informado 1098
 - B. Hallazgos médicos 1101
- III. Supuestos específicos en materia de consentimiento informado 1103
 - 1) Información de los riesgos inherentes a los ingresos hospitalarios: la infección nosocomial
 - 2) Consentimiento informado en materia de vacunas 1107
 - A. Aspectos generales 1107
 - B. Sujetos obligados a informar 1108
 - a) Laboratorio farmacéutico 1109
 - b) Servicio de salud 1111
 - c) Autoridad sanitaria 1116
 - C. Consentimiento informado en la vacunación de la COVID-19 1117

Capítulo 17

La doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad patrimonial sanitaria
Ignacio Granado Hijelmo

Letrado del Gobierno de La Rioja (jub.). Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja (1996-2001)

- I. CONCEPTO 1124
 - 1) Delimitación positiva 1124
 - 2) Delimitación negativa 1126
 - 3) Delimitación jurisprudencial 1126
 - 4) Distinción de figuras afines y otros parámetros técnicos 1128
 - 5) Carácter probatorio 1128
- II. ANTECEDENTES 1130
- III. NATURALEZA JURÍDICA 1136
- IV. EL DAÑO DESPROPORCIONADO COMO CATEGORÍA SISTÉMICA 1137
- V. EL DAÑO DESPROPORCIONADO COMO PARÁMETRO ADICIONAL O ADJETIVO
- VI. EL DAÑO DESPROPORCIONADO COMO CONCEPTO VALORATIVO 1143
 - 1) Desproporción y prudente juicio de ponderación 1143
 - 2) Desproporción (óptica) y corrección (deóntica) de equidad 1145
- VII. CARÁCTER OBJETIVO DEL DAÑO DESPROPORCIONADO 1147
 - 1) La neutralidad de la doctrina del daño desproporcionado 1148
 - 2) El daño desproporcionado y la doctrina de la culpa virtual 1149
 - 3) El daño desproporcionado y la doctrina de la apariencia (anscheinsbeweis) 1151
 - 4) El daño desproporcionado y la doctrina de la mayor facilidad probatoria 1151
 - 5) El daño desproporcionado y la doctrina res ipsa alloquitur 1152
- VIII. LA EQUIPARACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS INSTITUCIONES AFINES 1153
 - 1) Crítica de la doctrina de la equivalencia interinstitucional 1153
 - 2) Precisiones sobre el origen aquiliano de la responsabilidad culposa 1155
- IX. CARÁCTER PROBATORIO DE LA DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO
 - 1) Su ubicación en el ámbito de la prueba 1157
 - 2) Daño desproporcionado y causalidad 1158
 - 3) Daño desproporcionado e imputación 1158
 - 4) Daño desproporcionado y presunción 1160
 - 5) Daño desproporcionado y ficción 1161
 - 6) Daño desproporcionado y argumentación 1162
 - 7) Reconducción del daño desproporcionado al ámbito probatorio 1162
- X. CARÁCTER SEGUNDO DE LA DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO
- XI. RELACIÓN ENTRE LAS DOCTRINAS DEL DAÑO DESPROPORCIONADO Y LA LEX ARTIS AD HOC 1167
 - 1) El concepto de lex artis ad hoc y sus condiciones de aplicación 1167
 - 2) La observancia de la lex artis ad hoc como parámetro de exoneración 1168
 - 3) Consecuencias en los casos de daño desproporcionado 1172
- XII. EL DAÑO DESPROPORCIONADO Y LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD 1173
- XIII. RELACIÓN ENTRE LAS DOCTRINAS DEL DAÑO DESPROPORCIONADO Y EL RIESGO ASUMIDO 1175
 - 1) La doctrina del riesgo asumido 1175
 - 2) El riesgo general de la vida y su limitación por daño excesivo 1176
 - A. Concepto 1176
 - B. Fundamento 1177
 - C. Efectos correlativos de exoneración e imputación 1177
 - D. Carácter moderado 1178
 - E. Ámbito educativo y otros ámbitos 1180
 - F. El daño desproporcionado como límite al criterio del riesgo general de la vida 1181
 - 3) Tipificación de riesgos y daño desproporcionado 1183
 - A. La doctrina de los riesgos típicos 1183
 - B. Riesgo típico y daño desproporcionado 1184
 - C. Riesgo atípico y daño desproporcionado 1186
 - D. Consentimiento informado y daño desproporcionado 1189
 - E. Pacto de resultados y daño desproporcionado 1189
- XIV. RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA 1191

Capítulo 18

Responsabilidad patrimonial sanitaria en la medicina satisfactiva

Luis Manent Alonso

Abogado de la Generalitat Valenciana

Letrado del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (2019-2021)

Víctor Ernesto Alonso Prada

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

- I. INTRODUCCIÓN 1200
 - 1) Denominaciones 1201
 - A. Medicina curativa y medicina satisfactiva 1201
 - B. Medicina necesaria y medicina voluntaria 1202
 - 2) Fundamento constitucional 1203
 - 3) Naturaleza jurídica 1203
- II. CLASES DE OBLIGACIONES: DE MEDIOS Y DE RESULTADO 1207
 - 1) Doctrina inicial 1212
 - A. Contratos de servicios y contratos de obra 1215
 - B. Paciente o cliente 1217
 - 2) Doctrina actual 1217
 - A. Doctrina 1219
 - B. Jurisprudencia 1221
 - a) Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 1221
 - b) Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo 1222
 - C. Doctrina legal 1223
 - a) Obligación de resultado 1224
 - b) Obligación de medios intensificada 1224
 - 3) Valoración crítica 1225
- III. CONSENTIMIENTO INFORMADO: RIESGOS TÍPICOS Y RIESGOS ATÍPICOS
 - 1) Tipos de riesgos 1229
 - A. Riesgos típicos 1229
 - a) Riesgos probables 1230
 - b) Riesgos conocidos 1230
 - c) Riesgos genéricos y específicos 1230
 - B. Riesgos atípicos 1230
 - 2) Tipos de actividad médica 1231
 - A. Medicina necesaria 1231
 - B. Medicina voluntaria 1231
 - 3) Oralidad y escritura en el consentimiento informado 1233
 - 4) Consecuencias de la omisión o insuficiencia del consentimiento Informado: remisión
 - 5) Valoración crítica 1235
- IV. LA CARGA DE LA PRUEBA 1235
 - 1) Concepto 1236
 - 2) Funciones 1237
 - A. Regla de juicio 1238
 - B. Regla de conducta 1239
 - 3) Objeto 1240
 - A. Extremos que debe probar el reclamante 1241
 - a) Daño 1241
 - b) Relación de causalidad 1242
 - c) Daño desproporcionado 1243
 - d) Daños morales 1244
 - B. Extremos que debe probar la Administración 1244
 - a) Fuerza mayor 1245
 - b) Deber de soportar el daño 1245
 - C. Principio de adquisición procesal 1246
 - 4) Facilidad y disponibilidad probatoria 1246
 - A. Consentimiento informado 1247
 - a) Forma ad probationem 1249
 - b) Medios alternativos de prueba 1250
 - B. Asistencia sanitaria 1251

5)	Inversión de la carga de la prueba	1252	
A.	Infecciones nosocomiales, transfusiones de sangre y daños vacunales		1255
B.	Daños desproporcionados	1256	
C.	Medicina satisfactiva	1256	
a)	Responsabilidad civil	1257	
b)	Responsabilidad patrimonial	1259	
6)	Valoración crítica	1260	
V.	LAS PRESUNCIONES	1262	
1)	Presunciones de hechos	1262	
A.	Presunciones legales	1264	
B.	Responsabilidad objetiva	1264	
C.	Inversión de la carga de la prueba	1264	
D.	Daño desproporcionado	1265	
2)	Presunción de culpa	1265	
3)	Presunción de culpa en la responsabilidad médica		1267
A.	Responsabilidad civil	1267	
B.	Responsabilidad patrimonial	1269	
a)	Infecciones nosocomiales	1270	
b)	Transfusiones de sangre	1270	
c)	Daños vacunales	1271	
4)	Valoración crítica	1271	
VI.	MEDICINA SATISFACTIVA	1272	
1)	Clases de obligaciones	1273	
2)	Tipos de contrato	1274	
3)	Consentimiento informado	1275	
4)	Carga de la prueba	1276	
VII.	CIRUGÍA ESTÉTICA	1277	
1)	Doctrina jurisprudencial	1278	
A.	Legitimación	1278	
B.	Prescripción	1279	
C.	Carga de la prueba	1279	
D.	Lex artis	1279	
E.	Consentimiento informado	1280	
2)	Casuística	1281	
A.	Reconocimiento indemnización	1281	
a)	Infracción de la lex artis	1281	
b)	Inexistencia o insuficiencia de consentimiento informado		1286
B.	Denegación de indemnización	1289	
a)	Actuación ajustada a la lex artis ad hoc	1289	
b)	Consentimiento informado adecuado	1292	
3)	Doctrina legal	1293	
VIII.	ODONTOLOGÍA ESTÉTICA	1295	
1)	Tipología de intervenciones	1296	
2)	Profesionales de la odontología estética		1297
A.	Odontólogos	1297	
B.	Protésicos	1298	
3)	Doctrina jurisprudencial	1299	
A.	Lex artis	1299	
B.	Consentimiento informado	1300	
4)	Casuística	1301	
A.	Reconocimiento de indemnización	1301	
B.	Denegación de indemnización	1302	
IX.	ESTERILIZACIONES	1304	
1)	La vida como bien y daños indemnizables		1305
A.	Daños morales	1306	
B.	Daños patrimoniales	1307	
2)	Doctrina jurisprudencial	1308	
A.	Lex artis	1308	
B.	Consentimiento informado	1309	

- 3) Casuística 1309
- A. Intervenciones de esterilización 1310
- a) Vasectomías 1310
- b) Ligaduras de trompas 1314
- B. Mecanismos anticonceptivos 1318
- a) DIU 1318
- b) Essure 1322
- c) Implanon 1327
- 4) Doctrina legal 1329

Capítulo 19

Responsabilidad patrimonial por daños derivados de nacimiento no deseado

Vicente Garrido Mayol

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia

Presidente de Honor del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

I. INTRODUCCIÓN: una referencia al carácter objetivo de la responsabilidad pública y a la obligación de reparar el daño causado 1340

- 1) Fundamento de la responsabilidad pública 1342
- 2) El requisito de la culpa en la responsabilidad civil 1342
- 3) Aproximación de regímenes 1343
- 4) Responsabilidad por funcionamiento de servicios públicos 1345

II. RECLAMACIÓN POR DAÑOS PRODUCIDOS POR EL NACIMIENTO DE UN HIJO: las diversas acciones derivadas de tal supuesto 1347

- 1) Consideración previa: el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño 1349
- A. Jurisprudencia 1350
- B. Doctrina legal 1352
- C. Doctrina 1353
- 2) Los requisitos genéricos para reclamar por el nacimiento no deseado de un hijo 1353
- A. Daño 1355
- a) Nacimiento de un hijo 1356
- b) Derecho al aborto 1357
- c) Autodeterminación de la madre 1361
- d) Impacto psíquico 1362
- e) Manutención del hijo 1364
- f) Gastos extraordinarios del hijo 1365
- B. Relación de causalidad 1366
- a) Daños no atribuibles al facultativo 1366
- b) Cursos naturales no verificables 1368

III. EI WRONGFUL CONCEPTION O WRONGFUL PREGNANCY: el nacimiento de un hijo no esperado 1370

- 1) Nacimiento de un hijo tras haberse sometido el progenitor a una vasectomía 1372
- A. Supuestos 1372
- B. Desestimación 1373
- a) Falibilidad del método esterilizante y consentimiento informado 1373
- b) Lex artis 1374
- c) Ruptura nexa causal 1374
- C. Estimación 1375
- a) Infracción de la lex artis 1375
- b) Insuficiente consentimiento informado 1378
- 2) Nacimiento de un hijo tras haberse sometido la progenitora a una ligadura de trompas
- A. Supuestos 1379
- B. Desestimación 1379
- a) Falibilidad del método esterilizante 1379
- b) Consentimiento informado 1380
- c) Lex artis 1380
- C. Estimación 1380
- a) Insuficiente consentimiento informado 1381
- b) Infracción de la lex artis 1381

3)	Otros métodos anticonceptivos para mujeres	1382
A.	Essure	1383
B.	Implanon	1383
4)	Interrupciones de embarazo fallidas	1384
5)	Indemnización	1384
A.	Daños patrimoniales	1384
B.	Daños morales	1385
C.	Criterios alternativos indemnización	1385
IV. LAS RECLAMACIONES COMO CONSECUENCIA DEL NACIMIENTO DE UN HIJO CON MALFORMACIONES: Wrongful birth y Wrongful life		
		1386
1)	Acción en nombre propio: Wrongful birth	1387
A.	¿La interrupción voluntaria del embarazo es un derecho?	1388
B.	Diagnóstico prenatal	1392
a)	Licitud	1393
b)	Responsabilidad patrimonial	1394
c)	Pruebas invasivas	1395
C.	La pérdida de oportunidad como supuesto para reclamar	1396
a)	Requisitos	1397
b)	Funcionamiento anormal	1398
c)	Daños morales	1399
d)	Daños patrimoniales	1399
e)	Inaplicabilidad de la pérdida de oportunidad	1400
D.	Para apreciar la pérdida de oportunidad y la procedencia de indemnizar, ¿es exigible constatar que la madre hubiera querido abortar?	1401
E.	La indemnización procedente	1404
a)	Legitimación	1405
b)	Conceptos indemnizables	1406
c)	Criterios de cuantificación	1407
d)	Beneficiarios y formas de la indemnización	1408
2)	La acción en nombre del menor: wrongful life	1410
A.	Supuestos	1411
B.	Posición jurisprudencial y doctrinal	1412

Capítulo 20

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial por infecciones nosocomiales

Ricardo De Lorenzo y Montero

Doctor en Derecho

Socio-director de Lorenzo Abogados

Presidente de Honor de la Asociación Española de Derecho Sanitario

I.	INTRODUCCIÓN	1417
1)	Definición	1418
2)	Relevancia médica y económica	1419
3)	Tipología: causas y causantes	1420
II. DEL INCUMPLIMIENTO EN MATERIA DE RIESGOS LABORALES A LAS LESIONES EN LA SEGURIDAD DE LOS PACIENTES: DOS ÁMBITOS QUE HAY QUE DIFERENCIAR		
1)	Daños a los trabajadores del establecimiento	1424
2)	Contagios a los profesionales como contingencia común o profesional	1429
3)	Daños a los pacientes del centro sanitario	1433
III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR LAS INFECCIONES NOSOCOMIALES		
		1434
1)	Su incidencia en España, en el campo transfusional	1437
2)	Los orígenes en Europa del problema infeccioso transfusional	1439
IV. CARÁCTER SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD		
		1440
1)	Los protocolos médicos	1441
2)	Los riesgos del progreso y el estado de la ciencia y sus conocimientos	1444
3)	Unas necesarias precisiones	1446
4)	Manejo de riesgos e inevitabilidad ¿absoluta? de las infecciones	1447
5)	Tendencia cero	1448

V. CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD	1452
1) Seguridad del paciente y obligación de resultados	1453
2) Carácter antijurídico del daño	1454
3) Modelo francés de responsabilidad objetiva	1455
4) El criterio de los tribunales	1457
VI. LA CONCURRENCIA DE CULPAS EN LA CAUSACIÓN DEL DAÑO	1460
1) Reparto de responsabilidades	1461
A. Administración sanitaria y el paciente	1461
B. Administración sanitaria y contratista	1462
C. Varias Administraciones sanitarias	1463
2) Responsabilidad exclusiva del perjudicado	1464
3) Repetición de la responsabilidad	1464
VII. LA CARGA DE LA PRUEBA. UN ASUNTO CAPITAL	1465
1) Protocolos de asepsia e informe de esterilización	1467
2) Obligación de medios o de resultado	1468
3) Culpa in vigilando	1470
VIII. VISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS	1471
1) Ámbito de aplicación	1472
2) Responsabilidad objetiva	1473
3) Fuerza mayor	1474
IX. DEFENSA JURÍDICA DE LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD	1475
X. CONSIDERACIONES FINALES	1477

Capítulo 21

Responsabilidad patrimonial derivada de transfusiones de sangre y tratamiento de hemoderivados

Luis Manent Alonso

Abogado de la Generalitat Valenciana. Letrado del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (2019-2021)

Alicia Tajuelo Castilla

Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCIÓN	1482
II. FUERZA MAYOR	1484
1) Concepto	1484
2) Características	1485
A. Origen externo	1485
B. Irresistibilidad	1487
a) Imprevisibilidad	1488
b) Inevitabilidad	1490
3) Carga de la prueba	1491
4) Caso fortuito	1491
A. Concepto	1492
B. Características	1492
a) Indeterminación	1493
b) Interioridad	1493
5) Mención especial a las infecciones nosocomiales	1494
III. ANTIJURIDICIDAD	1495
1) Concepto	1495
2) Antecedentes	1496
3) Características	1498
A. Antijuridicidad del resultado	1498
B. Sistema de daños atípicos	1499
C. Causas de justificación tasadas legalmente	1501
4) Carga de la prueba	1503
IV. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	1504
1) Imputación subjetiva	1506
A. Actuación típicamente administrativa	1507

- a) Dependencia 1507
- b) Subordinación 1508
- c) Culpa in vigilando 1509
- B. Sumisión al poder de dirección de la Administración 1510
- a) Contratistas 1510
- b) Entidades de Derecho privado del sector público 1511
- c) Adjudicatarios de acuerdos de acción concertada 1512
- 2) Imputación objetiva 1514
- 3) Creación de un riesgo jurídicamente relevante y su realización en un resultado 1518
- V. RIESGOS DEL PROGRESO 1521
- 1) Concepto 1521
- 2) Antecedentes 1523
- A. Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común 1524
- a) Redacción original 1525
- b) Ley 4/1999 1525
- B. Ley de régimen jurídico del sector público 1526
- 3) Características 1527
- A. Estándar de diligencia 1527
- B. Obligación de aplicar los avances de la técnica 1528
- 4) Mención especial a los medicamentos y productos sanitarios elaborados por la Administración sanitaria 1529
- A. Riesgos del progreso 1530
- B. Fabricación y comercialización 1531
- 5) Mención especial a los daños vacunales 1532
- VI. ESTADO DE CONOCIMIENTOS DE LA CIENCIA Y DE LA TÉCNICA 1534
- 1) Concepto 1534
- 2) Características 1536
- A. Objetividad 1536
- B. Certidumbre 1537
- C. Difusión 1538
- D. Dinamismo 1539
- 3) Graduación 1539
- A. Imprevisibles e inevitables 1540
- B. Previsibles pero inevitables 1540
- C. Previsible y evitable 1540
- 4) Causa de justificación 1541
- 5) Carga de la prueba 1542
- VII. EL PROBLEMA DE LA SANGRE CONTAMINADA 1543
- 1) El síndrome de inmunodeficiencia adquirida 1544
- A. Cronología 1545
- a) Descubrimiento de la enfermedad 1545
- b) Descubrimiento de la causa y las vías de propagación de la enfermedad 1547
- c) La Conferencia Internacional sobre el SIDA 1548
- B. Normativa española sobre extracción de sangre 1549
- a) Disposiciones de primera generación 1549
- b) Disposiciones de segunda generación 1551
- c) Normativa autonómica 1552
- C. Momento de inflexión 1553
- a) Doctrina 1553
- b) Jurisprudencia 1558
- c) Valoración crítica 1561
- D. Doctrina jurisprudencial 1563
- a) Sala de lo Contencioso-administrativo 1563
- b) Sala de lo Civil 1567
- c) Sala de lo Social 1570
- E. Doctrina legal 1571
- 2) La hepatitis C 1572
- A. Cronología 1573

- a) Descubrimiento de la enfermedad 1573
- b) Descubrimiento de la causa y las vías de propagación de la enfermedad 1574
- B. Normativa española sobre extracción de sangre 1576
- a) Normativa de primera y segunda generación 1576
- b) Normativa autonómica 1577
- C. Momento de inflexión 1577
- a) Doctrina 1578
- b) Jurisprudencia 1579
- c) Valoración crítica 1581
- D. Doctrina jurisprudencial 1582
- a) Sala de lo Contencioso-administrativo 1586
- b) Sala de lo Civil 1588
- c) Sala de lo Social 1591
- E. Doctrina legal 1595

VIII. DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A AYUDA PÚBLICA: UN CAMBIO DE PARADIGMA 1596

IX. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL DAÑO FUTURO 1599

X. CONCLUSIONES 1601

ANEXO 1610

Capítulo 22

Responsabilidad patrimonial por productos sanitarios defectuosos

Yolanda Hernández Villalón

Letrada del Tribunal Supremo. Letrada de la Comunidad de Madrid

- I. DEFINICIÓN DE MEDICAMENTO Y DE PRODUCTO SANITARIO 1614
 - 1) Medicamento 1614
 - A. Derecho comunitario 1615
 - a) Medicamento por su presentación 1617
 - b) Medicamento por su función 1618
 - c) Los denominados medicamentos huérfanos 1618
 - B. Derecho español 1619
 - a) Medicamento de uso humano y veterinario 1619
 - b) Fórmulas magistrales 1620
 - c) Preparado oficial 1620
 - d) Medicamentos especiales 1621
 - 2) Producto sanitario 1623
 - A. Prótesis 1624
 - B. Instrumentos ortopédicos 1626
 - C. Productos para diagnóstico «in vitro» 1626
 - 3) Otros productos 1626
 - A. Cosméticos y otros productos de cuidado personal 1627
 - B. Biocidas 1627
 - C. Complementos alimenticios 1627
 - D. Alimentos funcionales 1627
- II. ÁMBITO COMPETENCIAL 1628
 - 1) Legislación sobre productos farmacéuticos 1630
 - 2) Bases y coordinación de la sanidad 1633
 - 3) Ordenación farmacéutica 1635
- III. RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE 1638
 - 1) Ámbito de aplicación 1639
 - 2) Sujetos responsables 1639
 - A. Laboratorios de medicamentos 1640
 - B. Fabricantes de otros productos sanitarios 1642
 - C. Servicios de farmacia hospitalaria y oficinas de farmacia 1643
 - 3) Autorizaciones administrativas y reglas de funcionamiento de los medicamentos 1643
 - A. Autorización de fabricación e importación 1644
 - B. Autorización de comercialización 1645
 - C. Autorización de dispensación 1645

D.	Normas de Correcta Fabricación (NCF)	1647	
E.	Buenas Prácticas de Laboratorio (BPL)	1647	
4)	Daños indemnizables	1649	
5)	Régimen de responsabilidad por productos defectuosos		1650
A.	Ámbito objetivo	1651	
a)	Defectos de fabricación	1652	
b)	Defectos de diseño	1652	
c)	Defectos de información	1653	
B.	Características del régimen de responsabilidad		1655
a)	Responsabilidad solidaria	1656	
b)	Intervención de tercero	1656	
c)	Prescripción	1656	
d)	Exoneración de responsabilidad	1658	
e)	Medidas preventivas	1661	
f)	Ensayos clínicos	1662	
C.	Responsabilidad penal	1663	
a)	Expendición ilegal de medicamentos (art. 361 CP)		1663
b)	Falsificación de medicamentos (art. 362 a 362 ter)		1664
D.	Valoración crítica	1665	
6)	Responsabilidad por autorización de medicamentos		1666
7)	Responsabilidad como organismo de notificado de productos sanitarios		1668
	IV. RESPONSABILIDAD DEL DISTRIBUIDOR	1669	
1)	Definición	1670	
2)	Autorización y catálogo de entidades distribuidoras		1670
3)	Buenas prácticas de distribución	1671	
4)	Obligaciones y responsabilidades	1671	
A.	Normativa de seguridad de productos	1672	
B.	Por productos defectuosos	1672	
C.	Delito de tráfico de medicamentos o productos sanitarios		1673
	V. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN	1674	
1)	Autoridades sanitarias en materia de medicamentos y productos sanitarios		1676
A.	Agencia Europea del Medicamento	1676	
B.	Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios		1677
2)	Denominaciones oficiales de principios activos	1679	
3)	Farmacovigilancia	1681	
A.	Principio de precaución	1681	
B.	Lex artis	1683	
4)	Responsabilidad patrimonial de las autoridades sanitarias en materia de medicamentos y productos sanitarios	1684	
5)	Responsabilidad in vigilando	1688	
6)	Responsabilidad patrimonial de los servicios de salud		1691
7)	Responsabilidad patrimonial y COVID-19	1697	

Capítulo 23

Daños vacunales: responsabilidad patrimonial y fondos de compensación

Sonia Ramos González

Profesora agregada de Derecho civil, Universitat Pompeu Fabra. Consejera de la Comissió Jurídica Asesora de Catalunya (2016-2022)

I.	PLANTEAMIENTO	1705	
II.	EXTERNALIDADES POSITIVAS Y RIESGOS DE LA VACUNACIÓN		1708
1)	Externalidades positivas	1709	
2)	Riesgos vacunales	1711	
3)	Vacunación obligatoria y vacunación recomendada		1712
4)	Delimitación del riesgo relevante	1715	
III.	RESPONSABILIDAD POR EL FUNCIONAMIENTO NORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA EN LA JURISPRUDENCIA	1717	
1)	Principio de solidaridad y socialización de riesgos		1718
2)	Teoría del sacrificio particular o no exigible	1723	

3)	Mención especial a la vacunación obligatoria como presupuesto para la aplicación de la teoría del sacrificio particular	1728
A.	Requisitos de la teoría del sacrificio particular	1730
a)	Beneficio colectivo	1730
b)	Daño anormalmente grave	1730
B.	Carácter instrumental del daño de sacrificio	1731
C.	Inaplicación de la doctrina del sacrificio particular a los daños vacunales derivados de campañas de vacunación recomendada	1732
D.	Acción indemnizatoria por sacrificio contra el Estado	1735
4)	Inaplicación de la excepción de los riesgos del desarrollo a los daños vacunales graves e inherentes a la vacunación	1737
A.	Riesgos imprevisibles y riesgos inherentes pero inevitables	1738
B.	Vacunas alternativas	1741
C.	Principio de solidaridad y teoría del daño de sacrificio	1742
IV. RESPONSABILIDAD POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA EN LA JURISPRUDENCIA		1743
1)	Infracción de la lex artis ad hoc	1743
A.	Servicios Públicos de Salud	1743
B.	Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios	1745
a)	Tiomersal	1746
b)	Virus del papiloma humano	1748
2)	Falta de información de las reacciones adversas graves e infrecuentes	1749
3)	Trato discriminatorio en la inoculación de la vacunación	1754
V. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LOS DAÑOS VACUNALES EN LOS DICTÁMENES DE CONSEJOS CONSULTIVOS		1758
VI. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA CREACIÓN EN ESPAÑA DE UN SISTEMA PÚBLICO DE COMPENSACIÓN SIN CULPA DE LOS DAÑOS VACUNALES		1764
VII. LOS SISTEMAS O FONDOS DE COMPENSACIÓN SIN CULPA POR DAÑOS VACUNALES EN EL DERECHO COMPARADO		1768
1)	Rasgos distintivos frente a la responsabilidad patrimonial	1768
2)	Dos ejemplos de derecho comparado	1771
A.	Alemania	1771
B.	Francia	1772
3)	Ventajas	1773
VIII. CONCLUSIONES		1775

Capítulo 24

Defectos en el funcionamiento de la Administración Sanitaria. La responsabilidad sanitaria más allá de la lex artis

Tomás Navalpotro Ballesteros

Letrado de la Comunidad de Madrid. Letrado-vocal de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid (2016-2019). Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos

I.	INTRODUCCIÓN	1783
II. DAÑOS RELACIONADOS CON EL ESTADO DE LAS INSTALACIONES SANITARIAS		
1)	Deber de mantenimiento	1785
2)	Deber de limpieza	1787
III. LA PROBLEMÁTICA DE LAS LISTAS DE ESPERA		1788
1)	La legitimidad del «régimen de cola»	1788
2)	Compensación de los perjuicios causados por la espera excesiva	1792
IV. DEBERES DE CUSTODIA: ENSERES Y MATERIAL CRIOCONSERVADO		1798
1)	Custodia de bienes y enseres. En especial, las prótesis dentales	1798
2)	Depósito de preembriones y material crioconservado	1800
V. LA ACTUACIÓN DE LOS SERVICIOS DE EMERGENCIA		1807
1)	Diversidad de supuestos relacionados con la asistencia de emergencia	1807
2)	En particular, las deficiencias asistenciales por falta de medios	1809
3)	El complejo problema de la tardanza en la atención	1811
4)	Perjuicios indemnizables por el retraso asistencial	1818

VI. EL DIFÍCIL PAPEL DE LOS SERVICIOS SANITARIOS ANTE LOS INTENTOS AUTOLÍTICOS	1820
1) Responsabilidad por decisiones médicas	1820
2) Deficiencias en el funcionamiento de los servicios	1828
VII. LA PRESERVACIÓN DEL HISTORIAL CLÍNICO	1829
VIII. OTROS SUPUESTOS	1835

PARTE V

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Capítulo 25

Responsabilidad patrimonial sanitaria por adopción de medidas para frenar la COVID-19 (I)

Nuria Portell Salom

Abogada del Área de Derecho Público de Broseta Abogados. Profesora asociada de Derecho administrativo de la Universitat de València

I. SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA Y MEDIDAS ADOPTADAS POR LA ADMINISTRACIÓN 1839

II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL MARCO DEL ESTADO DE ALARMA

1) Fuerza mayor y caso fortuito	1848
2) Lesión antijurídica	1852
A. Principio de precaución	1853
B. Riesgos del progreso	1855
3) Nexo causal	1862
4) El daño individualizado	1863
III. CASOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	1864
1) Daños que pueden dar lugar a responsabilidad patrimonial	1865
A. Daños causados al personal sanitario	1865
B. Daños causados a pacientes	1868
C. Daños causados a residentes de centros de la tercera edad	1870
D. Daños causados a centros sanitarios privados	1872
a) Puesta a disposición	1872
b) Mantenimiento de la actividad	1874
2) Otros daños que pueden dar derecho a percibir una compensación	1874
A. Requisas y ocupaciones temporales	1875
a) Requisas	1875
b) Ocupaciones temporales de bienes inmuebles	1876
B. Expropiaciones forzosas	1876
C. Suspensión de actividades	1876
D. Intervención de empresas	1878
IV. Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de septiembre y 23 de noviembre de 2023	
V. REFLEXIONES FINALES	1883

Capítulo 26

Responsabilidad patrimonial sanitaria por adopción medidas para frenar la COVID-19 (II)

Mariángeles Berrocal Vela

Consejera del Consell Consultiu de las Illes Balears

Letrada de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears

I. INTRODUCCIÓN 1887

II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR DERIVADA DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS PARA PALIAR LA PANDEMIA PROVOCADA POR EL COVID 1890

1) Requisitos generales	1893
2) Aplicación de la doctrina general a los daños supuestamente causados por la legislación estatal aprobada en relación con la COVID-19	1895

3) Aplicación de la doctrina general a los daños supuestamente causados por la legislación autonómica aprobada en relación con la COVID-19. La inconstitucionalidad de la llamada «cogobernanza» 1901

III. MEDIDAS DE SALUD PÚBLICA ADOPTADAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 1906

- 1) Medidas de ordenación general de la economía 1907
- 2) Intervención de empresas 1909
- 3) Requisas, incautaciones y ocupaciones temporales, expropiaciones e incautaciones
- 4) Atribuciones patrimoniales solidarias 1912

IV. MEDIDAS SANITARIAS APROBADAS POR INSTRUMENTOS SIN RANGO DE LEY, PREVIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL 1913

- 1) Regulación 1913
- 2) Supuestos en que es necesaria la ratificación o la autorización judicial de las medidas
- 3) Inconstitucionalidad de la ratificación judicial de las disposiciones generales limitativas de derechos fundamentales por razones de salud pública 1915

V. LAS MEDIDAS DE CONFINAMIENTO FORZOSO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS MENORES DE EDAD: EL CASO DE LAS ILLES BALEARS 1916

- 1) Introducción 1916
- 2) Especial referencia al caso de los viajes de estudios en las Illes Balears 1917

VI. RECLAMACIONES EN EL MARCO DE SERVICIOS PROFESIONALES 1927

VII. LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS 1928

- 1) Análisis del delito de prevaricación 1928
- 2) Análisis del delito de detención ilegal 1930

VIII. EL DENOMINADO «PASAPORTE COVID» Y LAS RECLAMACIONES BASADAS EN LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS 1931

PARTE VI

RECLAMACIONES Y RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Capítulo 27

El procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria

Jesús M^a García Blanco

Letrado de la Comunidad de Castilla y León. Letrado del Consejo Consultivo de Castilla y León (2007-2021). Vocal del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia

I. INTRODUCCIÓN 1950

II. INICIO DEL PROCEDIMIENTO 1952

- 1) A solicitud del interesado 1952
- A. Capacidad y legitimación 1954
 - a) Fallecimiento del reclamante 1954
 - b) Minoría de edad 1955
 - c) Comunidad hereditaria 1956
 - d) Daños morales 1956
 - e) Herederos y allegados 1957
 - f) Autoridades y funcionarios 1957
- B. Representación 1958
 - a) La representación legal 1959
 - b) La representación voluntaria 1959
- C. Otros requisitos 1960
- D. Subsanación 1962
 - 2) De oficio 1963
 - 3) Requerimiento previo al órgano de contratación 1964

III. LEGITIMACIÓN PASIVA 1965

- 1) Supuestos controvertidos 1966
 - A. Mutualidades de funcionarios 1966
 - B. Sociedades de economía mixta 1967
 - C. Hospitales y clínicas concertadas 1967

- D. Hospitales generales vinculados a la Administración sanitaria 1968
- E. Hospitales y clínicas adjudicatarias de acuerdos de acción concertada 1969
- F. Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social 1970
- 2) Responsabilidad concurrente de varias Administraciones 1970
- 3) Responsabilidad de autoridades y empleados públicos 1972
- 4) Responsabilidad de contratistas 1973
- 5) Responsabilidad de las compañías de seguros 1976
- IV. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO 1977
 - 1) Trámites relevantes 1979
 - 2) Aspectos diferenciales 1979
 - A. Inspección Médica 1980
 - B. Órganos colegiados de valoración del daño 1981
 - C. Órganos competentes 1981
 - 3) Prácticas comunes 1982
 - A. Dilaciones indebidas 1982
 - B. Automatismo 1983
 - C. Alegaciones 1985
- V. HISTORIA CLÍNICA, INFORMES MÉDICOS Y DICTÁMENES PERICIALES 1986
 - 1) Historia clínica 1986
 - 2) Informes médicos 1988
 - A. Informe del Servicio 1989
 - B. Informe de la Inspección Médica 1991
 - C. Informe de los órganos colegiados de valoración del daño 1993
 - 3) Dictámenes periciales 1994
 - A. Dictámenes de parte 1994
 - a) Dictámenes del reclamante 1994
 - b) Dictamen de la Administración 1996
 - B. Dictamen de la compañía de seguros 1996
 - 4) Valoración de informes médicos y dictámenes periciales 1998
 - A. Carga de la prueba 1999
 - B. Confrontación de informes y dictámenes 2001
 - C. Otra documentación relevante 2003
- VI. AUDIENCIA 2004
 - 1) Audiencia al reclamante 2005
 - 2) Audiencia al contratista 2006
- VII. INFORMES JURÍDICOS 2008
- VIII. DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS 2010
- IX. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO 2014
 - 1) Resolución 2014
 - A. Principio de congruencia 2015
 - B. Obligación de resolver 2017
 - C. Inadmisión de la reclamación 2017
 - D. Contenido de la resolución 2018
 - E. Extemporaneidad de las resoluciones 2019
 - F. Responsabilidad por dilaciones indebidas 2020
 - G. Valoración de los daños 2021
 - a) Criterios generales 2021
 - b) Valoración del daño moral 2023
 - c) Valoración de la pérdida de oportunidad 2024
 - 2) Actualización 2025
 - 3) Otras formas de terminación 2026

Capítulo 28

La prueba en la responsabilidad patrimonial sanitaria

José Antonio García-Trevijano Garnica

Letrado del Consejo de Estado (jub.). Socio-director García-Trevijano Abogados

I. ENCUADRAMIENTO. LOS EXPEDIENTES SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

II.	LA PRUEBA EN LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	2032
III.	CONTENIDO DE LOS ACTOS RESOLUTORIOS DE LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	2036
IV.	LA CARGA DE LA PRUEBA, OBJETO Y MEDIOS	2037
1)	Carga de la prueba	2038
2)	Objeto de la prueba	2039
3)	La inversión de la carga probatoria	2040
4)	Algunas consideraciones sobre la prueba del consentimiento informado	2042
5)	Sustantividad de la praxis sanitaria	2044
6)	La actuación sanitaria es, como regla general, una obligación de medios	2047
7)	Valoración de las pruebas	2049
8)	Presunciones	2052
V.	LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EN EL PROCESO JUDICIAL	
1)	La prueba en el seno del expediente administrativo	2053
2)	La prueba en el proceso contencioso-administrativo	2061

Capítulo 29

El proceso jurisdiccional con ocasión de reclamaciones de responsabilidad patrimonial sanitaria

Jorge Orillés Buitrón

Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón

Víctor Ernesto Alonso Prada

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Leopoldo J. Gómez Zamora

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (exc.). Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos

Enrique Soler Santos

Letrado de la Comunidad de Madrid. Letrado de la Junta de Andalucía (exc.). Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (exc.)

I.	INTRODUCCIÓN	2068
II.	PROBLEMÁTICA JURISDICCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA: EL «PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES»	2070
1)	El «peregrinaje de jurisdicciones»	2071
A.	Delimitación del ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria	2071
a)	Orden civil	2072
b)	Orden penal	2075
c)	Orden social	2076
B.	El fin del «peregrinaje jurisdiccional»: ¿una realidad?	2078
a)	Reforma de 1998	2078
b)	Reforma de 1999	2080
c)	Reforma de 2003	2081
III.	COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	2085
1)	Servicio público de salud que forme parte de la Administración de la Comunidad Autónoma	
2)	Servicio público de salud que tenga la consideración de organismo autónomo de una Comunidad Autónoma	2086
3)	Entidades locales	2087
4)	Consortios hospitalarios	2088
5)	Organismos públicos de la Administración General del Estado	2089
6)	Red sanitaria militar	2090
7)	Mutualidades de funcionarios	2090
8)	Mutuas patronales	2091
9)	Reclamación contra varias Administraciones sanitarias	2095
IV.	COMPETENCIA FUNCIONAL EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	
1)	Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956	2098
2)	Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998	2099

- A. Generalización de la segunda instancia 2099
- B. Acceso a la casación 2101
 - a) Ley Orgánica de 21 de julio de 2015 2101
 - b) Real Decreto-ley de 28 de junio de 2023 2102
 - c) Valoración crítica 2104
- 3) Recursos de apelación y casación contra sentencias en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial 2107
 - A. Recurso de apelación 2107
 - B. Recurso de casación 2108
- V. LAS PARTES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
 - 1) Posiciones jurídicas de las partes en el orden contencioso-administrativo 2111
 - A. Posiciones usuales 2111
 - a) Paciente como demandante 2111
 - b) Administración como demandada 2111
 - c) Compañía de seguros como codemandada 2111
 - B. Variaciones en las posiciones procesales 2112
 - a) Demandas de compañías de seguros contra la Administración 2113
 - b) Demandas de hospitales y clínicas privadas contra la Administración 2114
 - c) Falta de legitimación pasiva de las mutualidades de funcionarios 2115
 - d) Administraciones como codemandadas 2116
 - 2) Mención especial al ejercicio de acciones colectivas por colegios oficiales de personal sanitario 2116
 - 3) Mención especial a la aseguradora de la Administración Pública 2118
 - 4) Mención especial a las Administraciones Públicas no destinatarias de la reclamación en vía administrativa 2120
- VI. EL OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y PLAZO PARA RECURRIR 2120
 - 1) Objeto del recurso 2120
 - A. Actos expresos o presuntos 2121
 - B. Inactividad de la Administración 2121
 - 2) Plazo para recurrir 2122
 - 3) Examen de la prescripción 2123
 - A. Daños corporales 2124
 - B. Daños morales 2124
 - C. Daños materiales 2125
- VII. EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y LOS RECURSOS 2126
 - 1) Procedimiento ordinario 2126
 - 2) Procedimiento abreviado 2126
 - 3) Recursos de apelación y casación 2127
 - 4) Recurso contencioso-administrativo sin reclamación de responsabilidad patrimonial previa
 - 5) La prestación de ayuda a morir 2130
- VIII. COMPETENCIA DEL ORDEN PENAL 2132
 - 1) Principios inspiradores del orden penal 2132
 - 2) Reserva de acciones 2133
 - 3) Diferencias de la acción penal y el recurso contencioso-administrativo en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria 2134
 - 4) Proceso penal 2134
 - A. Inicio 2134
 - B. Partes 2134
 - C. Órganos judiciales 2135
 - D. Tramitación y formas de terminación del proceso 2135
 - a) Instrucción 2135
 - b) Juicio oral 2136
- IX. COMPETENCIA DEL ORDEN CIVIL 2136
 - 1) Órganos judiciales 2137
 - 2) Procesos 2137
 - 3) Recursos 2138
 - 4) Mención especial a la acción civil contra el contratista de la Administración 2138
 - 5) La acción de repetición del contratista contra la Administración 2140

- 6) Mención especial a la acción civil de la Administración asegurada 2141
- 7) La acción civil contra la aseguradora posterior al recurso contencioso-administrativo
- X. COMPETENCIA DEL ORDEN SOCIAL 2144
 - 1) Competencia 2145
 - 2) Órganos judiciales 2145
 - 3) Proceso 2145
 - 4) Mención especial a los daños causados a empleados públicos por infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales 2146
 - 5) Mención especial a los reintegros de gastos médicos 2147
 - A. Asistencia sanitaria a favor de terceros responsables del pago 2148
 - B. Asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital 2152
- XI. LA PRUEBA 2155
 - 1) Cuestiones comunes a todos los órdenes jurisdiccionales 2155
 - A. Doctrina del Tribunal Constitucional 2156
 - a) Pertinencia 2157
 - b) Diligencia 2157
 - c) Relevancia 2157
 - B. Carga de la prueba 2158
 - C. Prueba pericial 2159
 - 2) La prueba en el orden contencioso-administrativo 2159
 - A. Procedimiento ordinario 2159
 - B. Procedimiento abreviado 2160
 - C. Recursos de apelación y casación 2161
 - 3) La prueba en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial sanitaria 2162
 - A. Carga de la prueba 2162
 - B. Valoración del daño 2163
 - C. Prueba pericial 2164
 - D. Prueba documental 2164

Epílogo

Santiago González-Varas Ibáñez

Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Alicante

- I. Lex artis, antijuridicidad y prueba 2167
- II. Cuatro problemas: casación, costas, prueba y prescripción 2171