

# TRABAJO DE FIN DE MASTER

# DICTAMEN

## DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR NEGLIGENCIA MÉDICA



---

**FACULTAD DE DERECHO**  
Universidad de Zaragoza

Dictamen elaborado por **ROBERTO PINTO ALASTRUEY**,

Con objeto del estudio de la **responsabilidad patrimonial de la administración pública por negligencia médica**.

Emitido a fecha de 30 de junio de 2022



<b>I.</b>	<b>ANTECEDENTES DE HECHO.....</b>	<b>5</b>
<b>II.</b>	<b>CUESTIONES JURÍDICAS Y NORMATIVA APLICABLE.....</b>	<b>6</b>
1)	Cuestión nº1. ¿Cuál es el orden jurisdiccional competente?.....	6
2)	Cuestión nº2. ¿Cuál es la imputabilidad de la administración?.....	11
3)	Cuestión nº3. ¿Cómo debe otorgarse el consentimiento informado y cuál debe ser su contenido?.....	13
4)	Cuestión nº4. ¿Cómo se articula la <i>mala praxis</i> médica? ¿Qué acciones son contrarias a la <i>lex artis</i> ? .....	16
	A) Introducción.....	16
	B) Historial clínico.....	17
	C) Error en el diagnóstico.....	18
	D) Doctrina del Daño desproporcionado .....	19
	E) Causalidad.....	21
	a) Doctrina de la imputación objetiva.....	21
	b) Doctrina de la probabilidad estadística.....	23
	c) Doctrina de la perdida de oportunidad.....	24
5)	Cuestión nº5. ¿Cómo se cuantifican los daños y determina la indemnización?.....	25
	A) Cuantificación y determinación.....	26
	B) Teoría de la perdida de oportunidad en la cuantificación de los daños.....	26
	C) Cuantificación de los daños por ausencia de consentimiento informado.....	27
<b>III.</b>	<b>FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....</b>	<b>29</b>
1)	Procedimiento.....	29
	A) Elección de la vía.....	29
	B) Reclamación en la vía administrativa.....	32
	C) Vía contencioso-administrativa.....	35
2)	Antecedentes de hecho.....	36
3)	Alegaciones.....	37
	A) Malapraxis médica.....	37
	B) Ausencia de consentimiento informado.....	39

C) Perdida de oportunidad .....	41
4) Fondo del asunto.....	42
5) Indemnización.....	43
6) Solicitud de prueba .....	43
<b>IV. CONCLUSIONES.....</b>	<b>44</b>
<b>V. INDICE. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>46</b>

El objeto del presente Dictamen es dar respuesta a la consulta formulada por Don. R y sus hijos, Don. J, Don. S, Don. U y Don. L, sobre un caso de RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA EN RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS EN CONSECUENCIA DE LA ATENCIÓN SANITARIA prestada a la esposa y madre de los reclamantes. Doña. M. en virtud de los siguientes,

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

Los clientes se presentan en mi despacho con fecha de 21 de enero de 2021 y me expresan lo siguiente.

Que Doña. M, de 62 años de edad, esposa de Don. R, y madre de Don. J, Don. S, y Don U y Don. L, de profesión ama de casa, acude al Hospital Universitario Miguel Servet en el que ingresa el 24 de marzo de 2020 para someterse a una intervención programada quirúrgica de implantación de una prótesis. Durante el postoperatorio, el día 27 por la mañana se sospecha de la existencia de una embolia pulmonar por trombo derivada de la operación. A raíz de ello acudieron los médicos de la UCI y manifestaron que en los análisis se evidenciaba una infección muy grave, por lo que la trasladaron a la UCI donde falleció unas horas más tarde.

Tras el fallecimiento, los familiares acuden a hablar con el médico de la UCI, quien les informa de que ha fallecido por una bacteria del tracto urinario, de la que ya había antecedentes en su historial previo a la operación.

Los clientes, Don. R, Don. J, Don. S, y Don U y Don. L, desconfiando del diagnóstico ofrecido por el médico de la UCI contratan los servicios del perito médico el Doctor J. para el estudio de la documentación clínica. En este el Doctor J averigua que según el informe de alta de UCI la causa de la muerte es el “*shock séptico de probable causa urinaria*”. Sin embargo el Doctor J concluye que no existen datos clínicos que puedan justificar ese criterio y que por ello la causa de la muerte de la paciente no ha podido ser ocasionada por una sepsis, shock séptico, ni etiología urinaria. El Doctor J concluye que el conjunto de lo expuesto en el informe médico, orienta a

considerar como causa de la muerte la aparición de un tromboembolismo pulmonar (TEP) secundario a la cirugía de prótesis de rodilla advirtiéndole que la cirugía de prótesis de rodilla está conceptualizada como un factor de alto riesgo de TEP (Tromboembolismo pulmonar) existiendo otros factores de riesgo que favorecen su aparición como la obesidad y la edad avanzada, factores de riesgo que afectaban directamente a Doña. M. Además en el historial clínico no aparece mención de que se hicieran las pruebas pertinentes para detectar un posible TEP pese al factor de alto riesgo para la paciente.

Tras investigar la documentación se averigua que Doña. M con fecha de 18 de febrero 2020 firmó consentimiento informado para la anestesia donde se advierte entre los riesgos y complicaciones que se pueden sufrir durante la intervención “trombosis y embolia pulmonar”. Pero que no firmó consentimiento informado para la operación quirúrgica de rodilla, documento en el cual solo figura la firma del Doctor H y constando únicamente que fue informada al menos verbalmente del tratamiento quirúrgico y que fue solicitada su conformidad previa.

## **II. CUESTIONES JURÍDICAS Y NORMATIVA APLICABLE**

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos con anterioridad se plantean y se resuelven las siguientes cuestiones jurídicas apoyándose en la legislación, la doctrina y jurisprudencia de nuestro ordenamiento jurídico a fecha de presentación del presente dictamen.

Mediante la respuesta a estas cuestiones se pretende exponer el marco jurídico y normativo que nos ayudará a defender los intereses de nuestros clientes de la mejor forma posible.

### **1) Cuestión nº 1. ¿Cuál es el orden jurisdiccional competente?**

Lo primero que se debe realizar es una tarea de averiguación para discernir cual es la jurisdicción competente y saber a qué orden jurisdiccional dirigirnos cuando queremos plantear una reclamación de responsabilidad sanitaria por negligencia médica.

A este respecto el legislador ha regulado de manera que la materia de responsabilidad patrimonial de la Administración será responsabilidad del orden jurisdiccional de lo Contencioso-administrativo.

De esta manera podemos observar que en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en su exposición de motivos, en su apartado segundo, titulado Ámbito y extensión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su octavo párrafo expresa que:

«Algo parecido debe decirse de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal».

Esta anotación no es baladí pues previamente a la entrada en vigor de 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 el mayor problema de responsabilidad civil por responsabilidad sanitaria de la sanidad pública era discernir el orden jurisdiccional competente.

Los órdenes jurisdiccionales entre los cuales se disputaban la competencia eran: el civil, el contencioso-administrativo y el social. En este sentido la afamada sentencia del Pleno de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1995, en su fundamento jurídico quinto expuso que «el fundamento o título de la indemnización que se reclama se halla en el contenido mismo de la prestación de asistencia sanitaria, y esto está legalmente atribuido al orden jurisdiccional social.» Lo cual daba la competencia a la jurisdicción social.

No obstante esta interpretación fue desechada tras la entrada en vigor de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999, que modificó la Disposición Adicional 12 de la derogada Ley 30/1992, puso fin al conflicto con la jurisdicción social al establecer

que «la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo».

Por lo que parece claro que la voluntad del legislador es que el orden jurisdiccional competente en juzgar las materias de responsabilidad patrimonial de la Administración es el orden jurisdiccional de lo Contencioso-administrativo descartando tanto los órdenes de lo social como de lo civil.

Y en un principio así se desprende de la legislación vigente ya que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público aparentemente no permite al orden civil conocer de las reclamaciones ante las aseguradoras privadas de las administraciones públicas. Y de este modo el art. 35 de la susodicha ley expresa que:

«Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad.»

No obstante aún existe un resquicio que permite ejercitar la acción directa contra la entidad aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la administración pública. Este resquicio se encuentra en el segundo párrafo del art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial según el cual los Tribunales y Juzgados de lo contencioso-administrativo «conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.» Por lo que, si el interesado presenta acciones de manera directa y exclusiva contra la aseguradora de la Administración, los Tribunales de lo contencioso-administrativo no tendrán porqué conocer de las reclamaciones.

De esta forma los tribunales de lo civil podrán seguir conociendo de las reclamaciones ante las aseguradoras privadas de la administración pública dado que no se puede subsumir que de una norma de rango inferior como es la Ley 40/2015 se derogue de manera tácita el contenido de una norma de rango superior como es la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo que, atendiendo a lo previamente explicado, podremos elegir entre la acción directa por vía civil contra la aseguradora de la administración, o la vía administrativa. Es más, la acción directa por la vía civil seguirá abierta aún después de haber iniciado la vía administrativa dado que la vía administrativa no es inicialmente irreversible.

Esto plantea diversos supuestos en función de si ha sido dictada o no resolución administrativa sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración antes de la acción directa contra la aseguradora del ente público. Supuestos de gran relevancia que no debemos desechar si pretendemos lograr la mejor defensa posible de los intereses de nuestro cliente.

Por un lado si decidimos ejercitar acción directa solo contra la aseguradora de la Administración, lo lógico es que desistamos de la reclamación formulada por la vía administrativa (art. 94 Ley 39/2015) al mismo tiempo que formulamos demanda por la vía civil. Porque de no hacerlo cabría la posibilidad de que recayera resolución administrativa y que esta alcanzara firmeza vinculando al orden jurisdiccional de lo civil. Por ello de ejercer acción civil es aconsejable renunciar a la acción administrativa en caso de que se haya formulado previamente reclamación por la vía administrativa.

Por otro lado nada impide que el perjudicado que ha obtenido resolución administrativa de carácter firme, ejercite contra la aseguradora de la administración la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

«El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones

personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.»

No obstante en caso de que la resolución administrativa deniegue la responsabilidad patrimonial no cabría ir a la jurisdicción civil para que se declare la responsabilidad de la administración mediante la acción directa contra la aseguradora. La acción directa no puede ser una suerte de recurso alternativo a la vía administrativa ante una resolución insatisfactoria.

Del mismo modo, a colación de lo expresado previamente, y adelantándonos a futuras cuestiones, tampoco cabría el acudir a la acción directa para solicitar una cantidad indemnizatoria distinta a la que se dictó en la resolución administrativa y así se expresa la sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de junio de 2019:

«7. De ello se colige que lo único que podían impugnar los reclamantes ante la jurisdicción contencioso-administrativa, era el quantum indemnizatorio en el caso de que discrepasen de él, por cuanto la Administración asumió su responsabilidad.

Si a ello se une, según expusimos, que la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado, así como que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil solo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos perjudiciales en el proceso civil, se ha de convenir que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, los solos efectos indemnizatorios.

Se conseguiría así el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto, que ha sido consentido por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podría revisarla.

Con la consecuencia de que sería condenada la aseguradora en el proceso civil, en aplicación del art. 76. LCS, a una cantidad superior a la obligación de la Administración asegurada, que de haberse satisfecho se podría tener por extinguida.» (Roj: STS 1840/2019)

En contraposición a la acción directa por la vía civil contra la aseguradora, podremos exigir responsabilidad patrimonial a la Administración pública planteando nuestra demanda de forma exclusiva ante el orden contencioso-administrativo pues el orden civil solo puede ser competente de las acciones interpuestas única y exclusivamente contra la aseguradora de la administración dado que en el momento en el cual decidamos no solo dirigirnos contra la aseguradora sino también contra la administración la competencia va a recaer necesariamente sobre el orden contencioso-administrativo. Ello se deduce de una simple lectura del art.9.4 de la LOPJ al enunciar que los juzgados «del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo [...]» llegando incluso a hacer el inciso, en el segundo párrafo de este mismo artículo, para eliminar cualquier duda de que serán estos juzgados los que conocerán de las demandas por responsabilidad patrimonial cuando la acción se dirija simultáneamente sobre la Administración y su aseguradora disponiendo literalmente que: «[...] Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva».

Por lo tanto, en las demandas contra la Administración pública por responsabilidad patrimonial se considerarán codemandadas las aseguradoras privadas correspondiendo el orden jurisdiccional al del contencioso-administrativo.

Así pues atendiendo a todo lo expuesto en esta cuestión podemos afirmar que tenemos dos vías de actuación para realizar la reclamación por responsabilidad sanitaria. La vía directa contra la aseguradora privada, o por la vía contencioso-administrativa contra la Administración y su aseguradora privada.

## **2) Cuestión nº2. ¿Cuál es la imputabilidad de la administración?**

Dado que lo que se ejercita es una pretensión de responsabilidad patrimonial, esta tiene unos requisitos sin los cuales la pretensión no podrá prosperar. Con carácter general estos requisitos se encuentran en el art. 32 de la Ley 40/2015 y son:

- 1.** Que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. Que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.
3. Que el damnificado no tenga el deber jurídico de soportar ese daño.
4. Ausencia de fuerza mayor.

Así mismo el art. 34 de la ley 40/2015 expresa que no todo daño causado por la administración debe ser reparado sino que solamente deberán resarcirse aquellos daños que sean antijurídicos. Así lo expresa reiteradamente la doctrina jurisprudencial cuando exige que la antijuridicidad se producirá cuando el resultado lesivo coexista con un nexo causal entre el funcionamiento anormal del servicio público y el resultado lesivo producido. Así pues es necesario acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido, y si no es posible atribuir la lesión a *mala praxis* de la *lex artis*, no cabe apreciar antijuridicidad.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas sentencias a este respecto expresando que,

«no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa.» (Roj: STS 5042/2009 de 1 de julio de 2009, Sala de lo contencioso.)

Del mismo modo se pronuncia la sala de lo contencioso del alto tribunal en su sentencia de 21 de diciembre de 2012 en referencia a la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria durante un parto expresando al respecto que

«cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo [...]». (Roj: STS 8548/2012 de 21 de diciembre de 2012)

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003, expresa que incluso cuando el funcionamiento del servicio público sea

incorrecto este no causará derecho a la indemnización si el daño es producido debido a la conducta del propio perjudicado o un tercero<sup>1</sup>.

### **3) Cuestión nº3. ¿Cómo debe otorgarse el consentimiento informado y cuál debe ser su contenido?**

La ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, determina las obligaciones de los profesionales sanitarios con respecto a los pacientes sobre proporcionar información suficiente para que este tome una decisión debidamente informada. Así pues la obligación de informar al paciente constituye una obligación principal en la prestación del servicio médico y un elemento integral de la *lex artis*. De este modo establece en su art. 8 que «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso». De un modo muy similar a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, se pronuncia la Ley 6/2002, de 15 de abril de Salud de Aragón en su art.8. Esta alusión a tal coincidencia se puede observar en sentencias del TS<sup>2</sup>. Con ello el legislador establece una delimitación a la capacidad de actuación de la entidad médica que exige la información del paciente mediante la exigencia de recabar un consentimiento informado del mismo.

De este modo la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo, ante la posible infracción de la *lex artis* en un embarazo de alto riesgo, se ha ocupado de señalar que

«la imposición de este deber de informar que se halla ínsito en el consentimiento informado tiene por objeto asegurar la autonomía de decisión del paciente, que pueda así estar informado sobre los riesgos -y también las ventajas- que pueda suponer determinada intervención, de forma que le sea dable discernir la conveniencia de someterse a la misma, o bien de acudir a tratamientos alternativos, o incluso a cuidados paliativos.» (Roj: STS 1780/2014 de 10 de abril)

---

<sup>1</sup> «[...] es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, 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».

<sup>2</sup> De un modo muy similar a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, se pronuncia la Ley 6/2002, de 15 de abril de Salud de Aragón en su art.8 al expresar que «En todo proceso asistencial o tras el alta del mismo, el paciente podrá conocer toda la información que se hubiera obtenido sobre su estado de salud y solicitar copia de la misma en la forma que se establezca reglamentariamente. Igualmente, se reconoce el derecho de la persona a no ser informada.» (Roj: STS 4200/2007 de 19 de Junio. Sala de lo contencioso.)

Es por ello que la mera insuficiencia o inexistencia de este consentimiento es considerado por la jurisprudencia como una vulneración de la *lex artis ad hoc* en sí misma y por ello diferenciada de la prestación médica defectuosa. Así, la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo, ante la ausencia de información en el documento de consentimiento informado para una operación de hernia discal, expresa en su fundamento jurídico sexto que

«Alcanzada esa conclusión, hemos de recordar ahora que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. [...]» (Roj: STS 6394/2011 de 30 de septiembre)

La información previa básica que debe recibir el paciente para que pueda prestar su consentimiento válidamente debe contener como mínimo la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. (art.4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.)

Esta información mínima es así mismo expandida en el art. 10 de la misma ley expresando que el paciente debe recibir información sobre las consecuencias relevantes o de importancia de la intervención, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia, y las contraindicaciones. Información que se considera básica para recabar el preceptivo consentimiento informado previo a una intervención o tratamiento.

Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo esa información deberá ser clara, comprensible y exhaustiva<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> «[...] Esta información habrá de ser exhaustiva, es decir, que en la comprensión del destinatario, se integre con los conocimientos suficientes a su alcance para entenderla debidamente, y también ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen. A dichos requisitos ha de añadirse que la información, en todo caso, debe ser correcta, veraz y leal, pues, en definitiva, de este modo se conformará el consentimiento debidamente informado, el que operará en el ámbito de la libertad que es patrimonio indiscutible de cada persona, a través del principio de autonomía de su voluntad.» (Roj: STS 3429/2001 de 27 de abril, sala de lo civil)

Además la información debe extenderse a las características de la intervención o el tratamiento que propone y sus beneficios, las recomendaciones, los riesgos que implica, sus consecuencias, las contradicciones y las alternativas posibles. Lo más relevante es que esta información debe ser específica y personalizada.

En cuanto a la forma, el consentimiento tácito está permitido. Por ejemplo, si alguien va a un médico con una herida, se entiende que está consintiendo para que esta misma sea sanada. No obstante, y lo que es más relevante, si se estima que es necesaria una intervención, el consentimiento deberá ser adquirido por escrito, a no ser, obviamente, que se trate de una situación de urgencias siempre y cuando el paciente no haya manifestado lo contrario.

Por norma general el consentimiento será verbal salvo para los casos que la propia Ley 41/2002 plantea como excepciones en el art. 8.2 que son la intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

La relevancia del consentimiento informado es primordial. Tanto que el deber de información es una obligación natural del propio contrato y su inobservancia supone una vulneración del contrato. A este respecto la jurisprudencia ha señalado que este deber de información es un deber profesional y necesario y que por lo tanto la prestación del consentimiento informado es un derecho del cliente y su obtención una obligación del profesional médico. Tanto que su infracción puede derivar en infracciones de carácter deontológico, además de civiles y administrativas.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> «[...] La Jurisprudencia de esta Sala, de forma reiterada -STS 30 de junio 2009, y las que en ella se citan-, ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica ( SSTS de 2 de octubre de 1997; 29 de mayo y 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005, entre otras). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico ( SSTS 25 de abril de 1994; 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999). Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma [...], que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre las consecuencias de la intervención y de la materialización de un riesgo y la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud de la paciente. La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal es la información que recibe, lo que le permite adoptar la solución más favorable a sus intereses [...]». (Roj: ATS 2418/2021 de 3 de marzo, Sala de lo civil)

No obstante la ausencia de consentimiento informado en ausencia de daños no implica por sí misma una vulneración pues los daños son un elemento indispensable.

Así pues, por ejemplo, el alto Tribunal en su auto de 19 de mayo de 2021 concluye que en ausencia de daño en un tratamiento quimioterapéutico la omisión del consentimiento no implica derecho a indemnización más allá del que pudiera derivarse por un daño moral.

«[...] La Audiencia tiene en cuenta, a este respecto, que la ahora recurrente no ha aportado ninguna prueba (o alegación) que permita desvirtuar la tesis expuesta, y por todo ello concluye que la omisión del consentimiento informado respecto del tratamiento de quimioterapia no implica, por sí mismo, derecho a indemnización, más allá que aquella que pudiera derivarse de un daño moral, que no ha sido reclamado». (Roj: ATS 6403/2021 de 19 de mayo, Sala de lo civil)

Por lo que en caso de que exista algún daño este debe estar relacionado con la ausencia de consentimiento. Si no existe un nexo causal entre la falta de consentimiento y el daño sufrido por el paciente no existirá un derecho a la reparación del daño dado que la causa del daño no es la ausencia de consentimiento en sí misma.

#### **4) Cuestión nº4 ¿Cómo se articula la *mala praxis* médica? ¿Qué actuaciones son contrarias a la *lex artis*?**

La *mala praxis* médica es, junto con la ausencia o insuficiencia del consentimiento informado, una de las principales razones que pueden legitimar la responsabilidad patrimonial por negligencia médica.

Las principales acciones contrarias a la *lex artis* que conducen a la mala praxis médica se pueden encontrar tanto en el diagnóstico como en el tratamiento cuando estas acciones se materializan en daños. Para valorar si estas acciones se ajustan o no a la *lex artis* atenderemos a una amplia doctrina que abarca desde el cómo valorar el error en diagnóstico y los daños, a como valorar el vínculo causal entre el daño y la acción médica, pues este vínculo causal es indispensable para que exista *mala praxis*.

##### **A) Introducción.**

El Tribunal Supremo ha reiterado como principio general que en la valoración de la conducta de los profesionales sanitarios está descartada toda responsabilidad si la

actuación no fue contraria a la *lex artis*, es decir, contraria a las buenas prácticas médicas exigibles. La labor del médico es tratar de buscar la salud, pero no garantizarla. La acción contraria a la *lex artis* exige pues una actuación culposa o negligente. Un mero error no implica un incumplimiento de la *lex artis* y si el médico hubiera adoptado todas las precauciones debidas no se podría reprochar negligencia<sup>5</sup>.

## **B) El historial clínico.**

Uno de los documentos más relevantes en los supuestos de responsabilidad médica es el historial clínico pues en este se encuentra a biografía patológica del paciente así como la transcripción fidedigna de la relación médico-paciente. El historial clínico es por ello un elemento fundamental en los procesos de responsabilidad médica y un pilar sobre el que fundamentar la demanda.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en su artículo 3 define al historial clínico como el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial.

Así mismo el historial clínico está protegido por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, al tratarse de datos de carácter personal.

Tanto el artículo 18.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, como el artículo 9 de la ley 6/2002 de 15 de abril de Salud de Aragón, de manera analoga, regulan el acceso del paciente a su propio historial clínico expresando que el paciente tiene el derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 del artículo 18, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Y que así mismo los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos.

---

<sup>5</sup> «Conclusión que se refuerza si se tiene en cuenta que en la conducta de profesionales sanitarios queda, en general, descartada en su actuación personal toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de la culpa en el sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso, sin que se les pueda atribuir cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de imputación, máxime cuando en los tratamientos u operaciones quirúrgicas aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva en su específica reparación científica y práctica». (STS 8886/1987 de 13 de julio de 1987, sala de lo civil)

Finalmente en el caso de que el paciente hubiera fallecido las personas que estuvieran vinculadas al mismo tendrán acceso al historial a no ser que medie prohibición expresa. Art. 18.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre: «Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros».

Debido a que el historial clínico juega un papel fundamental en la reconstrucción del nexo causal entre el daño y la praxis, la ausencia de historial clínico priva de un elemento indispensable para la prueba de la responsabilidad médica y perjudicará a aquel a quien le era exigible proporcionarlo. Así pues podemos observar como el Tribunal Supremo se pronuncia en numerosas ocasiones al respecto estableciendo que la falta o insuficiencia del historial clínico constituye una presunción contraria al médico.<sup>6</sup>

### **C) Error de diagnóstico.**

El error en el diagnóstico puede dar lugar a una infracción de la *lex artis*. No obstante no todo error el diagnóstico resulta reprochable dado que la medicina es una ciencia inexacta y limitada. El diagnóstico médico no es una ciencia infalible y aquellos que lo realizan deben hacerlo con la más minuciosa cautela y usando de manera diligente aquellos medios de los que dispongan, pero no es posible esperar una garantía

---

<sup>6</sup> En estos términos se expresa el TSJ de Valladolid expresando que «Sobre la carga probatoria cabe señalar que la falta de historia clínica invierte la carga de la prueba respecto de la parte que tiene mejor acceso a tal medio, es decir, al médico, lo que, en su caso, junto a la desproporción del resultado puede determinar la apreciación de responsabilidad, criterio ya mantenido por la STS, Sala 1ª, de 2 de diciembre de 1996 (" en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte, aunque sea la demandada, que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba. Asimismo debe establecerse que, no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la "lex artis ad hoc", no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando este por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización ") (Roj: STSJ CL 3813/2012 de 13 de julio, sala de lo Contencioso)

de éxito y certeza en la obtención del mismo, y por ello un diagnóstico erróneo no puede dar lugar a una infracción si el sanitario ha actuado de siguiendo los protocolos y directrices de manera diligente.

Únicamente dará lugar a responsabilidad este error diagnóstico cuando el médico actúe de manera negligente, con manifiesta ignorancia o imprudencia. (Por ejemplo ignorando protocolos de actuación o no usando los medios apropiados para realizar la labor de averiguación pese a tener acceso a los mismos.)

Para valorar la negligencia médica y el incumplimiento de la *lex artis* en el diagnóstico médico deberemos atender a la «doctrina de la valoración *ex ante*» (antes del suceso). Lo que esta doctrina expresa es que la insuficiencia de las pruebas diagnósticas y la inadecuación del tratamiento han de afirmarse mediante una valoración de las circunstancias concurrentes en el momento en que tuvieron lugar.

Así lo recoge la jurisprudencia del Tribunal supremo al calificar que la praxis médica deberá calificarse como ajustada o desviada de la *lex artis ad hoc* mediante un juicio *ex ante* y no *ex post* (después del suceso). Es decir, con los datos que se tuvieron en el momento en el que se realiza el diagnóstico<sup>7</sup>. Pues de lo que se trata es de saber si con la sintomatología que presentaba el paciente en el momento del diagnóstico existía el deber objetivo de actuar de una manera en concreto atendiendo a los medios de los que se disponían y de si esta actuación exigible habría evitado o paliado el resultado dañoso.

#### **D) Doctrina del daño desproporcionado.**

Si bien en la profesión médica los resultados no son garantizados y la *lex artis* depende del deber de diligencia y el uso adecuado de los medios proporcionados, el

---

<sup>7</sup> «La *lex artis*, entendida de esa forma, supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, [...]. Implica por tanto la obligación del médico de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (STS 23 de septiembre de 2004 ). Y una vez más es menester acudir a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi [leyes] del razonamiento práctico.» (Roj: STS 4241/2007 de 7 de mayo, sala de lo civil)

sanitario no goza de una inmunidad de actuación indiferente e independiente de los resultados dañinos que pueda provocar al paciente.

Así pues es posible probar la culpa médica atendiendo a los daño provocados en el paciente si de estos se deduce que el hecho dañino no hubiera tenido lugar de no haber incurrido culpa médica. Esto es lo que se conoce como la «doctrina del daño desproporcionado».

Mediante esta doctrina el juzgador podrá, mediante un hecho admitido o probado, presumir la certeza del nexo con el daño producido, si entre el hecho admitido o demostrado y el daño existe un enlace preciso y directo (art. 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Es decir, que a través del resultado de daños es posible deducir si el médico ha actuado o no conforme a la *lex artis*.

Además doctrina del daño desproporcionado supone una presunción *iuris tantum* de infracción de la *lex artis*, desplazando a la administración sanitaria el *onus probandi* de que la actuación sanitaria no ha sido el resultado de una *mala praxis*. Por lo que la administración deberá asumir la carga de la prueba y demostrar bajo qué circunstancias se produjo el daño.

Por lo que en resumen la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado implica lo siguiente<sup>8</sup>:

---

<sup>8</sup> «Sobre la base de lo expuesto y una vez excluida como jurisprudencia infringida la procedente de la Sala de lo Civil de este Tribunal - pues a efectos del artículo 88.1.d) de la LJCA se está a la de este orden jurisdiccional -, la doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" significa lo siguiente:

**1º** Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución.

**2º** El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible - por su desproporción - ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada.

**3º** Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la *lex artis* por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.

**4º** Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño.

**5º** De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado.» (Roj: STS 2185/2016 de 19 de mayo, sala de lo contencioso)

- a) Que el resultado dañoso excede lo previsible y normal no guardando relación de proporción,
- b) Que éste daño desproporcionado implica un efecto inasumible ante lo que cabría esperar de la intervención médica,
- c) Que ante esta quiebra de lo normal se presume que el daño es causado por una quiebra de la *lex artis* por parte de la Administración sanitaria,
- d) Que la carga probatoria se trasladará a la Administración provocando una inversión de la prueba y será la Administración quien tendrá que probar en qué circunstancias se produjo el daño, y
- e) Que de no asumir esa carga, la imprevisibilidad del daño hará que este sea antijurídico.

### **E) Causalidad.**

Para que la infracción de la *lex artis* tenga como resultado una indemnización el damnificado debe acreditar la conexión causal entre la conducta y el daño sufrido. Para ello acudiremos a las tres posibles doctrinas teóricas de imputación que la jurisprudencia maneja en mayor medida y que sin ser las únicas son las que más nos interesan para resolver la cuestión: La “Doctrina de la imputación objetiva”, la “Doctrina de la probabilidad estadística” y la “Doctrina de la pérdida de oportunidad”.

#### **a) Doctrina de la teoría de la imputación objetiva:**

La imputación objetiva es la atribución de una acción a un resultado y tiene su origen en el ámbito penal. Sin embargo esta teoría ha ido cobrando relevancia en otros ámbitos llegando a analizar la culpa médica fuera del campo de lo estrictamente penal.

Según esta teoría debe existir un nexo causal entre la conducta del posible responsable y el hecho dañoso.

Esta teoría doctrinal está remplazando a la anterior teoría de la causalidad adecuada. Así pues la teoría de la imputación objetiva busca superar las tendencias de la teoría de la causalidad adecuada que lejos de ser objetivas derivan en problemas a la hora de inferir la responsabilidad. La teoría de la imputación objetiva entiende que existe una diferencia entre que una acción derive en un resultado dañoso, a que ese

resultado dañoso sea necesariamente imputable al demandado. Es decir, no todo resultado dañoso es imputable al demandado.

Así pues la teoría de la imputación objetiva tiene unos criterios a partir los cuales se podrá subsumir o no la responsabilidad médica. Estos criterios son:

- a) Los riesgos generales de la vida: Se entiende que la vida tiene riesgos propios e inherentes que son aceptados implícitamente por todos. Es decir, las "desgracias" sí existen.
- b) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima no deben buscarse causas remotas.
- c) La provocación: Se trata de averiguar quien provocó la situación. Es posible que el propio perjudicado asumiera unilateralmente un riesgo no justificado.
- d) El incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta: Debemos preguntarnos si el daño se hubiera producido igualmente aunque se hubiera adoptado otra conducta.
- e) Competencia de la víctima: Se debe analizar que hechos y situaciones se encontraban bajo el dominio de la víctima.
- f) La probabilidad: Nos permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables e imprevisibles y que por su naturaleza deban considerarse producto de una desafortunada situación fortuita.

Sobre la doctrina de la causalidad y la imputación objetiva se pronuncia, entre otras, Sala de lo Civil del Tribunal supremo en su sentencia de 24 de febrero, por los daños causados en una subestación eléctrica, expresando en su fundamento décimo primero que:

«1.- Doctrina sobre causalidad.

(i) La actual corriente jurisprudencial sobre a causalidad acude en los últimos años a la imputación objetiva. [...]

(ii) [...]

(iii) En la actualidad la Sala Primera del Tribunal Supremo acude a la teoría de la imputación objetiva; que en todo caso sirve para excluir la responsabilidad, y que tiene como pautas o reglas: a) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. Es decir, las "desgracias" sí existen. b) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima; no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. c) La provocación: Quien provocó la situación. Sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado. d) El fin de protección de la norma, e) El incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta. Si el daño se habría producido igual aunque se adoptase otra conducta. f) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). g) Y, en todo caso, y como cláusula cierre, la probabilidad; lo que permite

excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan el caso fortuito [ sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2011 ( STS 2897/2011, recurso 124/2008), 14 de marzo de 2011 ( STS 1490/2011, recurso 1970/2006), 9 de febrero de 2011 ( STS 560/2011, recurso 2209/2006 ), 25 de noviembre de 2010 ( STS 6381/2010, recurso 619/2007 ), 17 de noviembre de 2010 ]». (Roj: STS 717/2017 de 24 de febrero)

#### **b) Doctrina de la teoría de la probabilidad estadística.**

JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS en su manual Responsabilidad Civil Médica expresa en la página 641 al respecto que «Para aquellos casos en que resulta imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el Tribunal puede dictar sentencia condenatoria, dando por probada la relación de causalidad, cuando los elementos de juicio que le son suministrados conducen a un “grado suficiente de probabilidad” (regla de la probabilidad suficiente), sobre todo cuando se trata de una “alta probabilidad”, esto es, de una probabilidad próxima a la certeza (“probabilidad cualificada”»).

En el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo esta teoría se usa para relacionar la probabilidad entre un suceso y un daño sin necesidad de demostrar una exactitud precisa y milimétrica. Así pues será suficiente con demostrar que existe la probabilidad determinante que relacione el daño con la acción médica. Y así se pronuncia la sala del alto tribunal en el recurso de casación 6133/2003 en un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por Contagio virus VHC en Clínica de hemodiálisis.

«SEPTIMO.- De cuanto hasta aquí se ha dicho resulta relevante tener en cuenta que todos los informes médicos obrantes en autos se hallan conformes en que los pacientes sometidos a hemodiálisis son un grupo de alto riesgo a efectos de contagio de VHC, considerando inevitable un porcentaje de contagio entre el 30% y el 50% en las Unidades de Hemodiálisis.

Hemos dicho ya que en el periodo de tiempo a que se contraen los contagios que nos ocupan se dializan cuarenta y ocho pacientes, de los que están ya anteriormente afectados de VHC dieciséis de ellos. Por tanto de treinta y dos pacientes que no se hallaban contagiados durante el periodo comprendido entre Octubre de 1.997 y Marzo de 1.998, resultan afectados de VHC veintidós de ellos, lo que supone un porcentaje de contagios del 68%, muy superior a los antes citados que según los estudios médicos resultan inevitables en un grupo de riesgo elevado como es el de los pacientes sometidos a hemodiálisis.

[...]

Sin embargo la Administración no procede en esos términos, mediante la prueba que le hubiese incumbido. Como hemos dicho no ha podido descartarse como causa del contagio ninguna de las variables estudiadas, lo que es indicativo que cualquiera de ellas pudo provocarlo. Del mismo modo en los Informes del Centro Nacional de Microbiología se llega incluso a decir que "parece como si durante un periodo corto de tiempo, quizá no más de cuatro o seis semanas, las medidas preventivas que se aplicaban en la Unidad se hubiesen relajado", incluso Dra. Antonieta en su informe dice "la causa más probable del contagio se encuentra en la inobservancia de alguna de las medidas universales de prevención de VHC en las unidades de hemodiálisis". No acreditado pues por la Administración que el altísimo porcentaje de contagiados hubiera sido médicamente inevitable, debe concluirse que se ocasionó a los recurrentes, a los que nos estamos refiriendo afectados por contagio en la clínica concertada con el INSALUD en el periodo comprendido entre Octubre de 1.997 y Marzo 1.998 un daño antijurídico, según lo que antes hemos expuesto al hablar de la antijuridicidad del daño, como requisito de concurrencia necesaria para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, y por tanto el segundo motivo de recurso debe ser estimado al concurrir todos los requisitos configuradores de esta». (Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, STS 5210/2007, 13/07/2007)

**c) Doctrina de la teoría de la pérdida de oportunidad.**

A diferencia de la teoría de la probabilidad cualificada, según la cual solo cabe una reparación completa del daño cuando la prueba del nexo causal asciende a una probabilidad suficiente, y se niega la reparación cuando no es así. La teoría de la pérdida de oportunidad calibra la indemnización reparatoria cuando la *conditio sine qua non* del hecho ilícito no constituye un porcentaje suficiente para aseverar que el daño ha sido causado por la acción (o inacción) sanitaria, pero sí que es suficiente para generar una incertidumbre sobre si podría haberlo sido. De este modo la teoría de la pérdida de oportunidad pretende otorgar una indemnización parcial por el daño sufrido cuando no es posible aplicar la teoría de la probabilidad cualificada.

Su finalidad es aplicar un paliativo al principio de "todo o nada" a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado dado que existen supuestos en los que la certeza absoluta resulta imposible y su exigencia dejaría a los damnificados sin resarcimiento por los daños sufridos.

De este modo se puede observar como la moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza absoluta y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. En este aspecto la sala de lo civil del Tribunal

supremo se pronuncia sobre la Teoría de la pérdida de oportunidad y su incidencia en la indemnización a conceder en su sentencia 105/2019:

«SÉPTIMO.- Pérdida de oportunidad.

1.- La llamada perdida de oportunidad se ha consolidado en el derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil de abogados, procuradores y médico-sanitaria.

Vamos a detenernos en esta última porque es la que más se compadece con el supuesto enjuiciado.

2.- Las doctrinas de la imputación objetiva y causalidad adecuada sobre la relación de causalidad persiguen evitar, en nuestro caso en contra del médico, multiplicidad de demandas fundadas en una aplicación mecánica del nexo de causalidad. De ahí que se acuda a la teoría de la imputación objetiva y como cláusula de cierre a la de la causalidad adecuada para negar relevancia jurídica a los supuestos en que, aun constatada la relación causal material, física o natural, sin embargo el resultado no es susceptible de ser imputado al demandado.

Ahora bien tal tesis doctrinal y jurisprudencial tiene un reverso, ahora a favor del paciente, para evitar una continua exoneración de responsables ante la dificultad de acreditar el nexo causal físico. Esa dificultad no puede traducirse en una situación de irresponsabilidad absoluta por parte del agente profesional.

Tal reverso, para conjurar dicho peligro, es la llamada técnica de la "pérdida de oportunidad o chance".

Esta teoría se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de la incertidumbre sobre ella, y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización.

Su aplicación es un paliativo del radical principio del "todo o nada" a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad.

La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el quantum indemnizatorio se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa.

Este planteamiento general requiere para su correcto entendimiento ser acompañado de una puntualización.

En sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se reside esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal sería, que sin alcanzar el nivel máximo si supera el mínimo (STS 27 de julio de 2006).

Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado. [...]» (Roj: STS 576/2019 de 19 de febrero, sala de lo Civil)

## **5) Cuestión nº5 ¿Cómo se cuantifican los daños y determina la indemnización?**

### **A) Cuantificación y determinación.**

Uno de los más graves problemas con el que nos encontramos en nuestra legislación es el de la ausencia normativa en materia sanitaria de como cuantificar los daños y como deben ser indemnizados. Situación agravada por la falta de doctrina unificada y los dispares pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

En la actualidad normalmente los juzgados tienden a usar las tablas del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, sin embargo estas tablas son de carácter meramente orientativo y no vinculante, aunque pueden usarse como criterio para fijar las cuantías de las indemnizaciones. Así lo refleja la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas sentencias entre ellas la Sala de lo civil del Tribunal Supremo en su sentencia 223/2013 de 12 de abril, expresa que:

«[...] si bien es cierto que la sentencia de 2 de marzo de 2006 (ref. 2194/99) citada en el motivo mantuvo, como otras anteriores, que el criterio de valoración no era aplicable en ámbitos de la responsabilidad civil ajenos a la circulación de vehículos a motor, no lo es menos que *posteriormente, y hasta ahora, la jurisprudencia considera que el carácter no vinculante de sistema para esos otros ámbitos no impide, sin embargo, que pueda aplicarse como criterio para fijar la cuantía de las indemnizaciones.*» (Roj: STS 1907/2013 de 12 de abril, TS, Sala de lo Civil.)

#### **B) Teoría de la pérdida de oportunidad en la cuantificación de los daños:**

Por lo general la cuantía de la indemnización derivada de la cuantificación de los daños dependerá de aquellos que resulten acreditados.

No obstante esto no es posible en los casos de pérdida de oportunidad ya que por su propia naturaleza tal y como se señaló con anterioridad la teoría de la pérdida de oportunidad pretende otorgar una indemnización parcial por el daño sufrido cuando es imposible determinar con seguridad la *conditio sine qua non* para que se produzca el ilícito. Por lo cual es imposible acreditar en que proporción los daños sufridos son consecuencia de la acción médica y por ende calcular la indemnización de manera general por lo que el Tribunal deberá ponderar en cada caso en función de las circunstancias concurrentes.

En este caso lo que se indemniza no es el daño sufrido, sino por la pérdida de oportunidad de la posibilidad de haberlo evitado.

«Para la fijación de la indemnización precedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por la neuritis óptica que se le ocasionó al recurrente en ambos ojos, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad, pues del informe pericial practicado cabe sostener que de habersele administrado vitamina B 6, los resultados hubieran podido ser otros, y consiguientemente, atendido este fundamental extremo en relación con la edad y profesión del actor, resulta ponderado fijar en treinta mil euros (30.000 €) la cantidad a conceder en concepto de indemnización, la cual ha de entenderse ya actualizada a la fecha de esta Sentencia.» (STS 3160/2008 de 26 de junio, sala de lo Contencioso)

### **C) Cuantificación de los daños por ausencia de consentimiento informado:**

Con respecto al daño inmaterial derivado de la pérdida del derecho de elección debemos ponderar la causalidad. Es decir: cuál fue la causa del daño, y si en su caso podemos afirmar que la falta de consentimiento fue la causa del desenlace.

En estos algunos casos la cuantificación del daño deberá ser determinada conforme a la pérdida de oportunidad de elección ya que lo que se indemniza es la pérdida de oportunidad del paciente de haber decidido de manera distinta de haber conocido los riesgos que la actuación médica implicaba. En este caso la cuantificación queda a discreción del juez, dado que no hay parámetros objetivos a los que ajustarse.

Por otro lado, en otras ocasiones, no existirá la incertidumbre causal que legitima la aplicación de la pérdida de oportunidad ya que se podrá acreditar que de haber conocido esta información el paciente no se habría operado o la intervención hubiera sido radicalmente distinta.

Por consiguiente en los casos de indemnización por ausencia o insuficiencia de consentimiento informado deberemos buscar la vinculación entre la omisión de la información y la actuación del paciente, de qué modo se vulneró su capacidad de adoptar una decisión informada. En este aspecto se pronuncia el TS en su sala de lo Civil en cuanto al deber de información estableciendo doctrina jurisprudencial sobre la causación de un daño por materializarse un riesgo del que la paciente no había sido informada, a pesar de que no hubo mala praxis, en su sentencia 483/2015 de 8 de septiembre del 2013.

«El resultado, sin duda, no fue bueno, como dice la sentencia recurrida, pero incluso si el resultado adverso - recuperación de peso- se produjo por actuaciones propias de la paciente, tampoco de ello fue informada de tal forma que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre las consecuencias de la intervención y de la materialización de un riesgo y la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud de la paciente. La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal es la información que recibe, lo que le permite adoptar la solución más favorable a sus intereses.» (STS 3722/2015 de 8 de septiembre)

Por otro lado la indemnización no será la misma si la ausencia de esta información se materializó en unos daños de los que el paciente pudiera haber sido advertido en una intervención correctamente realizada, que debido a la *mala praxis* o la falta de pericia se hubiera producido el daño que debía haber sido advertido en el consentimiento informado. Así pues el Tribunal Supremo expresa con respecto a Aplicación del Baremo de la ley 30/1995, de 8 de noviembre, que;

«[...] En cualquier caso, la sentencia no entra a analizar si existe o no un daño provocado por dicho incumplimiento, como si no lo hubiera, pues ni lo identifica ni se cuantifica una indemnización que responda a la privación de aquel derecho y a las posibilidades que en otro caso tenía, habida cuenta que las consecuencias derivadas para el médico por la falta de información al paciente, no son necesariamente las mismas que las que resultan de una mala praxis ni, consecuentemente, con el daño corporal que se origina por la intervención médica negligente.[...]» (Roj: STS 8259/2006 de 21 de diciembre, TS, Sala de lo Civil)

Finalmente hay que reseñar que si pudiera ser demostrado con absoluta certeza o suficiente probabilidad que aun disponiendo de esta información la decisión del paciente no hubiera variado debido por ejemplo a la ausencia de alternativas y la necesidad del procedimiento quirúrgico no habría lugar a la indemnización por los daños que pudieran haber sido provocados y así lo expresa la siguiente sentencia del Tribunal Supremo sobre el deber de información.

«En el caso, la ligadura de trompas, además de ser considerado un método de planificación familiar permanente, evita riesgos graves para la salud de la embarazada, como en este caso, después de tres embarazos, el segundo y el tercero culminados con parto mediante cesárea. Este riesgo permite deducir, conforme a lo que la sentencia de 30 de abril de 2007 califica de "orden natural de las cosas, presidido por la regla de la razonabilidad", que la actora habría elegido el mismo método de

esterilización, incluso después de haberla advertido del riesgo de un nuevo embarazo.» (STS 4472/2007 de 29 de junio, sala de lo civil)

En todo caso los daños que deriven por la falta o defecto de consentimiento informado se calcularán utilizando de manera no vinculante el baremo daños morales del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

### **III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

Mis representados son el viudo de Doña. M, Don. R y sus hijos, Don. J, Don. S, Don. U y Don. L. Doña M. falleció en Hospital Universitario Miguel Servet el día 27 de marzo de 2020 donde estaba ingresada tras la intervención para implantar una prótesis de rodilla que se había practicado el día 24 del mismo mes.

#### **1) Procedimiento**

##### **A) Elección de la vía.**

Atendiendo a los antecedentes de hecho expuestos anteriormente lo primero que deberemos hacer es elegir que jurisdicción nos deberíamos decantar.

Dado que nos encontramos ante un caso de negligencia médica con resultado de lesiones que desembocan en el fallecimiento de la paciente, en el que el médico que ha cometido la negligencia trabaja para la sanidad pública, las vías por las que nos podemos decantar serán:

- Acción directa por la vía civil contra la aseguradora de la administración.
- Vía contencioso-administrativa contra la administración pública.
- Vía penal contra el médico por delito de lesiones imprudentes.

La responsabilidad penal se encuentra fundamentada en el artículo 109 del Código Penal que obliga al profesional responsable a responder de sus acciones u omisiones que constituyan delito, y a reparar el daño y perjuicio causado. Del mismo modo obliga de igual manera al centro médico, e impone la responsabilidad subsidiaria a la Administración Pública cuando el responsable ejerciera al servicio de un centro público (121 CP).

El artículo 147 y siguientes del CP legislan sobre los diferentes tipos que componen el delito de lesiones. Así pues en el apartado primero de dicho artículo se expresa que: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. [...]»

Además al tratarse de una lesión provocada por un profesional médico sería de aplicación lo dispuesto en el art. 152 del CP por lo que además de la pena de prisión y la multa se le podría imponer una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por un periodo de entre seis meses y cuatro años.

Por ello parecería a primera vista encajar el caso expuesto en los Antecedentes de Hecho en el presupuesto delictivo y por lo tanto acudir a la vía penal.

En estos casos de que acudiéramos por la vía penal podríamos ejercitar conjuntamente ante esta misma jurisdicción la acción civil. O si lo preferimos podríamos reservar la acción civil para ejercitarla separadamente una vez acabado el proceso penal ante la jurisdicción civil.

No obstante hay dos razones por las cuales considero que la vía penal no sería apropiada.

- a) En la vía penal prima el principio de *última ratio* o de intervención mínima según el cual debido a que el derecho penal afecta directamente a los derechos fundamentales solo se deberá recurrir al mismo cuando la reparación de los bienes jurídicos lesionados no pueda obtenerse en otras jurisdicciones.

Por lo que si trasladamos esta teoría general al ámbito de la responsabilidad médica, podemos afirmar que no se puede criminalizar toda actuación médica, aunque se hayan producido resultados de muerte o lesiones. Esto se debe a que ya existen otras legislaciones que contemplan los ilícitos causantes del daño que

prevén la reparación del daño con la indemnización que corresponda y no con sanciones privativas de libertad o impeditivas del ejercicio de la profesión.

Así pues el sistema punitivo solo intervendrá para castigar a los profesionales sanitarios en los casos más graves, cuando exista dolo o en caso de imprudencia cuando «el proceder médico sea extraordinariamente imprudente.»<sup>9</sup>

En el caso que nos encontramos no parece que la imprudencia revista de la entidad suficiente como para que sean los tribunales de lo penal los que deban conocer del caso.

- b) Por otro lado a los clientes lo que más les interesa es el ser indemnizado y es el funcionario quien responde del delito cometido siendo la administración responsable subsidiaria y no directa por lo que el cobro de la indemnización podría verse dificultado. Además el procedimiento penal podría extenderse demasiado en el tiempo y probar que la negligencia médica es constitutiva de delito reviste una dificultad añadida. Por lo que la vía penal no parece el medio adecuado para ofrecer la mejor solución al interés de los clientes.

Por lo que si desestimamos la vía penal nos quedan la vía civil contra la aseguradora o la vía contencioso-administrativa contra la administración.

En un principio nos decantaremos por la vía contencioso-administrativa y la aseguradora será la codemandada.

---

<sup>9</sup> Mantiene el recurrente que es atípica la conducta de negligencia leve del profesional, pues, para el legislador, sólo resultan punibles "el proceder del médico extraordinariamente imprudente" que se subsumiría en el delito de imprudencia profesional. La falta de tipificación de la imprudencia leve profesional deja abierta otras vías de resarcimiento de la víctima ante la jurisdicción civil en aplicación del art. 1902 del Código civil.

[...]

Por el contrario, esta Sala ha conceptuado la imprudencia profesional como un plus de antijuricidad consecutivo a la infracción de la lex artis y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisculpables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos especiales propios de una actividad profesional. Es por ello que la consideración de profesional supone un mayor reproche penal en relación a bienes jurídicos afectados por actividades que requieren un cuidado especial en su ejercicio. No es, por lo tanto, la determinación de la imprudencia del profesional, sino una graduación de la imprudencia en función de la mayor exigencia a determinados profesionales cuya omisión del deber objetivo de cuidado es más patente precisamente por disponer de una cualificación técnica sobre su actividad. (Roj:STS 7033/1999 de 8 de noviembre, Sala de lo penal)

La voluntad del legislador de que esta sea la vía que usemos por defecto parece clara con una breve lectura del art. 35 de la ley 40/2015 que expresa que «Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32<sup>10</sup> y siguientes.»

Así pues la Administración pública está obligada a responder civilmente por los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de sus servicios.

No obstante, si la Administración reconoce el derecho a indemnización provocados por el funcionamiento anormal del servicio público esta podrá exigir de oficio responsabilidad mediante un derecho de repetición (vía de regreso) contra los que hayan causado el daño cuando hubiere concurrido dolo, o culpa o negligencia graves. Así lo dispone el art. 36 de la ley 40/2015, de 1 de octubre.<sup>11</sup> Por lo que si por parte del médico hay un simple error o una negligencia común no será exigible la responsabilidad por la mala praxis al sanitario.

### **B) Reclamación en la vía administrativa.**

Para poder acudir a la vía contencioso-administrativa es necesario agotar la vía administrativa previa, para lo cual se exige como requisito indispensable intentar la acción de reclamación por los daños para resolver el conflicto.

Analizando los antecedentes de hecho nos encontramos con la siguiente premisa.

---

<sup>10</sup> Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos [...]

<sup>11</sup> «1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.

Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.»

Que los clientes se presentan en el despacho el día 21 de enero del 2021. El día en el que se produjo el fallecimiento fue el 27 de marzo del 2020 por lo que prima la iniciación del procedimiento administrativo de reclamación para evitar la prescripción de la acción pues esta es de un año desde que se produjo el hecho que legitima la indemnización según el art. 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Dado que se trata de un fallecimiento nos encontramos ante una lesión de carácter permanente por lo que los *dies a quo* comenzarán a contarse desde el día siguiente al que se produjo el hecho dañoso. Así que tendremos hasta el 28 de marzo de 2021 para interponer la reclamación previa por responsabilidad patrimonial.

Según el art. 66 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre la reclamación que se formule deberá contener los siguientes datos.

- a) Nombre y apellidos del interesado y en su caso de la persona que lo represente.
- b) Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación.
- c) Hechos, razones y petición en que se concrete.
- d) Lugar y fecha.
- e) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- f) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su correspondiente código de identificación.

Como lo que queremos es iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial además esta reclamación deberá contener (art. 67.2).

- a) las lesiones producidas,
- b) la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público,
- c) la estimación de la indemnización,
- d) el momento en que la lesión efectivamente se produjo.

Además, la solicitud deberá ser acompañarla de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos así como de la proposición de

prueba, concretando los medios de que pretendamos valernos. Por lo que acompañaremos la solicitud de cuantos informes médicos dispongamos así como del Historial Clínico en el caso de que dispongamos del mismo. Si no dispusiéramos del mismo los familiares como personas vinculadas a la fallecida podrán tener acceso al mismo en virtud del artículo 18.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Dado que la atención sanitaria prestada se dio en el Hospital Universitario Miguel Servet, perteneciente al Servicio Aragonés de Salud (SALUD), la reclamación se formulará contra la administración dependiente del Departamento de Sanidad del Gobierno de Aragón.

Esta reclamación será presentada en cualquiera de los registros u oficinas a que se refiere el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Por lo que presentaremos la reclamación patrimonial ante el Registro General del Gobierno de Aragón.

El órgano competente para la resolución del procedimiento serán los órganos correspondientes de las Administración de la comunidad autónoma de Aragón. (art. 92.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre).

Como la cuantía que reclamamos es superior a 50.000€ será necesario que se recabe dictamen del Consejo de consultivo de Aragón (art.15.10 de la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón).

Instruido el expediente el Departamento de Sanidad del Gobierno de Aragón emitirá resolución mediante orden del Consejero de Sanidad por la que estimará o desestimará la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada.

En cuanto al contenido de la resolución será necesario que se pronuncie sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización. (art. 91.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre)

Finalmente, en cuanto al plazo, la administración dispondrá de seis meses para contestar a la reclamación y si en este plazo no se ha pronunciado, el silencio

administrativo se entenderá como negativo (art.91.3 Ley 39/2015, de 1 de octubre). No obstante como la administración tiene el deber de contestar podremos esperar a que esta emita la resolución pues el plazo de dos meses de *dies a quo* para interponer recurso contencioso-administrativo no comenzará a contar hasta que recibamos la contestación (art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Con carácter potestativo se podrá interponer recurso de reposición ante la Consejería del mencionado Departamento. Dado que se trata de un acto expreso dispondremos para la interposición del mismo del plazo de un mes contando a partir de la notificación, de conformidad con los artículos 123 y 124 de la ley 39/2015, de 1 de octubre.

Así pues una vez agotada la vía administrativa podremos reclamar la desestimación del perjudicado ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Para ello como se ha expresado anteriormente dispondremos de un plazo de dos meses para impugnar la resolución ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8.2, 10.1 a), 25 y 46.2 de la ley 29/1998, de 13 de julio.

### **C) Vía Contencioso-Administrativa.**

Tanto el artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial como el artículo 2 de la ley 29/1998, de 13 de julio, atribuyen la competencia al orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo en los casos en los que los daños hayan sido causado por centros sanitarios públicos y el personal a su servicio.

El procedimiento ordinario para interponer recurso contencioso-administrativo está regulado en los artículos 43 a 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio. Así mismo el procedimiento abreviado está regulado en el art. 78 de la misma ley y será el procedimiento pertinente si la reclamación es inferior a 30.000€. Dado que la reclamación que vamos a hacer es superior a 30.000€ usaremos el procedimiento ordinario.

Este procedimiento se inicia mediante la presentación del escrito de interposición en el cual nos limitaremos a citar la actuación impugnada, quienes son los demandantes y solicitaremos que se tenga por interpuesto el recurso.

Una vez admitido el recurso, el órgano jurisdiccional solicitará a la Administración recurrida la remisión del expediente de que se trate. Tras la entrega del expediente al recurrente, se nos concederá un plazo de 20 días para que presentemos escrito de demanda en la que se hará referencia a los hechos, fundamentos de Derecho y pretensiones que deseemos formular, así como los documentos que procedan.

Los demandantes actuarán representados por procurador y asistidos por abogado de conformidad con lo establecido en el art. 23 de la ley 29/1998, de 13 de julio.

Finalmente por «otro sí», en la propia demanda, solicitaremos al órgano proposición de prueba para que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer los hechos en que las partes no coincidan. La prueba se regirá por las reglas contenidas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dándose el plazo de 30 días para practicar. También se podrán practicar pruebas de oficio, a propuesta del propio Tribunal, asegurando en todo caso que las partes puedan hacer las alegaciones que estimen pertinentes sobre dichas pruebas.

Presentado el escrito de demanda se le dará traslado a la Administración demandada para que en plazo de 20 días formule escrito de contestación. (Y en su caso, se nos dará traslado como demandantes otorgando, si procede, un plazo de 10 días para que subsane los defectos en que pueda incurrir la demanda.)

Las partes podrán solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que se declare el pleito concluso, sin más trámite, para sentencia, que deberá dictarse en el plazo de 10 días, permitiéndose una ampliación de plazo razonada y notificada a las partes. Los pronunciamientos de la Sentencia podrán consistir en la inadmisibilidad de la demanda, su estimación o desestimación total o parcial, y la eventual condena en costas.

## **2) Antecedentes de hecho.**

Al formular la demanda contencioso-administrativa, en los antecedentes de hecho, enumeraremos y expondremos la siguiente información:

- Reclamación de responsabilidad patrimonial a la administración y su contestación negativa.
- Ingreso en el hospital para cirugía programada con alusión a la fecha de la intervención así como de defunción.
- Expresar la ausencia de consentimiento informado.
- Expresar por que el fallecimiento fue producido por un Tromboembolismo Pulmonar y no una infección urinaria para lo que nos valdremos del dictamen pericial de parte del Doctor J.

### **3) Alegaciones.**

Las principales alegaciones para legitimar el derecho de los demandantes a una indemnización y los motivos principales en los cuales fundamentaremos la demanda serán:

- La mala praxis en el diagnóstico y tratamiento aplicado a Doña M.
- La ausencia de consentimiento informado.

#### **A) Mala praxis médica**

Según la SEPAR (Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica) en los ARCHIVOS DE BRONCONEUMONOLOGÍA en el apartado de «Consenso nacional sobre el diagnóstico, estratificación del riesgo y tratamiento de los pacientes con tromboembolía pulmonar», elaborado el 19 de julio del 2013, contiene unos criterios según los cuales la avanzada edad y el sobre peso son factores de riesgo que favorecen la aparición de TEP. Por lo que atendiendo a estos factores bajo la doctrina de la «probabilidad estadística» podemos deducir que es muy probable que el TEP se haya producido por la operación quirúrgica por lo que existe un nexo causal entre el daño y la actuación médica.

Así mismo habrá que poner el relieve que las actuaciones del Doctor. H suponen una infracción de la *lex artis ad hoc* debido a su actuación negligente pues en el historial clínico no aparece reflejado que se hicieran las pruebas necesarias para diagnosticar un posible TEP pese a que este era un gran factor de riesgo para Doña. M por lo que debería haber actuado sin demora ante la mera sospecha clínica del mismo. Sospecha

que se manifestó, tal y como refleja el historial clínico, cuando Doña. M comenzó a padecer disnea e hipotensión.

Así pues el SEPAR en los ARCHIVOS DE BRONCONEUMONOLOGÍA en el «Consenso nacional sobre el diagnóstico, estratificación del riesgo y tratamiento de los pacientes con tromboembolía pulmonar» expresa en el apartado intitulado como **Diagnostico** en la pág. 535 que:

«Ninguna prueba aislada es lo suficientemente sensible y específica como para confirmar o descartar la presencia de TEP aguda sintomática. Por este motivo, el diagnóstico de la enfermedad debe combinar la sospecha clínica, [...]

El proceso diagnóstico no justifica demoras en el inicio del tratamiento anticoagulante, que debe ser precoz en los pacientes con sospecha clínica intermedia o alta.

- Se recomienda iniciar precozmente (antes de los resultados de las pruebas diagnósticas) el tratamiento anticoagulante en pacientes con probabilidad clínica intermedia o alta de TEP.

Sospecha clínica

Se debe considerar el diagnóstico de TEP aguda sintomática en todo paciente que refiera disnea de nueva aparición, empeoramiento de su disnea habitual, dolor torácico, síncope o hipotensión sin una explicación alternativa, [...]

Por lo que en virtud de lo expresado se deduce que el Doctor H. actuó de manera negligente pues era posible deducir que con la sintomatología que presentaba la paciente en el momento del diagnóstico existía una alta probabilidad de TEP y en consecuencia existía el deber objetivo de actuar de una manera en concreto. Manera de la cual no se actuó y que tuvo como desenlace el fallecimiento de Doña M.

Así se expresa el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia de 16 de abril de 2007 al apreciar que existe mala praxis médica al no diagnosticar un cáncer de mama cuando se omite la realización de las pruebas exigidas por la *lex artis ad hoc*<sup>12</sup>.

Así mismo el fallecimiento debe ser considerado un «Daño desproporcionado» pues si bien la cirugía para el implante de rodilla tiene un riesgo elevado de TEP la probabilidad de fallecimiento causado por este (entre un 2% y un 15% según el «Consenso nacional sobre el diagnóstico, estratificación del riesgo y tratamiento de los pacientes con tromboembolía pulmonar» del SEPAR, en la pag.539) dependerá de la

---

<sup>12</sup> «Por ello, cuando se investiga un posible cáncer de mama, esta Sala ha apreciado responsabilidad cuando se omitió la realización de determinadas pruebas exigidas por una conducta adecuada a la *lex artis ad hoc* que hubieran permitido descartar la existencia de un carcinoma o detectarlo en un estadio precoz con aumento de las posibilidades de curación o supervivencia (STS 23 de septiembre de 2004 )» (Roj: STS 4237/2007 de 16 de abril, sala de lo civil)

actuación médica al detectar los síntomas. Actuación médica que no pudo ser la correcta ya que el historial clínico no refleja el diagnóstico de TEP.

Además según la doctrina del «Daño desproporcionado» supone una presunción *iuris tantum* de infracción de la *lex artis*, desplazando a la administración sanitaria el *onus probandi* de que la actuación sanitaria. Por lo que se produce una inversión de la carga de la prueba y deberá ser la administración quien pruebe que la actuación médica no ha causado un daño desproporcionado.

«DECIMO CUARTO: Sobre la base de lo expuesto y una vez excluida como jurisprudencia infringida la procedente de la Sala de lo Civil de este Tribunal - pues a efectos del artículo 88.1.d) de la LJCA se está a la de este orden jurisdiccional -, la doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" significa lo siguiente:

1º Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución.

2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible - por su desproporción - ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada.

3º Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la *lex artis* por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.

4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño.

5º De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado.» (Roj: STS 2185/2016 de 19 de mayo, TS, sala de lo contencioso)

#### B) Ausencia de consentimiento informado.

Con respecto al consentimiento informado escrito deberemos advertir que este no consta que este firmado por Doña. M. Y que este solo aparece firmado por el doctor H.

La ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, establece en su artículo 8 que «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso»

En caso de que la demandada defienda que Doña. M dio su consentimiento verbal deberemos defender que desconocemos de su existencia y que aunque lo hubiera habido, el consentimiento verbal no es suficiente dado que las operación quirúrgica exigen de consentimiento escrito. Y así lo expresa el art.8 de la Ley de autonomía del paciente en su apartado segundo al expresar que si bien el consentimiento como regla general es verbal «este se prestará por escrito en los casos siguientes: *intervención quirúrgica*, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.»

Del mismo modo el mismo texto legislativo expresa en su art. 10 que es el facultativo quien debe proporcionar al paciente, antes de recabar el consentimiento escrito, la información básica siguiente:

- «a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.»

En este aspecto se pronuncian entre otras el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de septiembre del 2020 al expresar que,

«De la regulación normativa sobre el consentimiento informado en la asistencia sanitaria, regulación normativa por cierto no citada ni invocada por el recurrente, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

Previamente a una intervención quirúrgica, el paciente debe ser informado de lo determinado en el artículo 10 transcrito, por el facultativo "antes de recabar su consentimiento por escrito", documento que la ley impone obligatoriamente en el supuesto de intervención quirúrgica.

Es decir, el paciente, antes de ser intervenido, debe ser informado de las consecuencias, riesgos personales y probables y las contraindicaciones, información verbal que luego determinará la firma por el paciente del consentimiento informado, consentimiento que se firma tras ser informado verbalmente, y que no puede significar que toda la información verbal se traslade al escrito.» (Roj: STS 3106/2020 de 30 de septiembre, Sala de lo contencioso)

Información básica que la demandada no otorgó a Doña. M pues el consentimiento informado que aporta carece de la firma de Doña. M por lo que solo se puede asumir que Doña. M no fue informada de los riesgos que corría al someterse a la operación quirúrgica. Lo cual implica una infracción de la *lex artis ad hoc*.

Así la lo expresa el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de septiembre de 2011 en su fundamento jurídico sexto al enunciar que,

«Alcanzada esa conclusión, hemos de recordar ahora que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan[...].» (STS 6394/2011 de 30 de septiembre, Sala de lo contencioso)

Esta operación, que se llevó a cabo sin el consentimiento de Doña M., terminó desenlazando en su fallecimiento tres días posteriores por lo que existe un daño vinculado a la falta de consentimiento lo cual legitima el derecho a indemnización de los demandantes.

### C) Perdida de oportunidad

En caso de que el tribunal al no considere estas alegaciones suficientes para justificar el derecho al cien por cien de la indemnización de los clientes solicitaremos de manera subsidiaria que se tenga en cuenta la doctrina de la «pérdida de oportunidad». La doctrina de la pérdida de oportunidad calibra la indemnización cuando la *conditio sine qua non* del hecho ilícito no constituye un porcentaje suficiente para asegurar que el daño ha sido causado por la acción (o inacción) sanitaria, pero es suficiente para generar una incertidumbre sobre si podría haberlo sido.

«La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el quantum indemnizatorio se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa.» (Roj: STS 576/2019 de 19 de febrero de 2019, sala de lo civil)

Y de esta manera solicitaremos al menos una indemnización parcial en base a lo que el juez considere proporcional por la pérdida de oportunidad de evitar el daño causado por la ausencia de información bajo la cual Doña M. se sometió a la operación quirúrgica. Así lo recogen diversas sentencias del alto tribunal<sup>13</sup>.

#### **4) Fondo del asunto:**

El artículo 106 apartado 2 de la Constitución Española expresa cuando se dará responsabilidad patrimonial por parte de la Administración: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

En este mismo sentido el artículo 32.1 de la Ley 40/2015 expresa que «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

Como se ha demostrado con anterioridad se dan en el presente caso los elementos para poder hablar de responsabilidad patrimonial regulados en el artículo 32

---

<sup>13</sup> «Para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por la neuritis óptica que se le ocasionó al recurrente en ambos ojos, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad, pues del informe pericial practicado cabe sostener que de habersele administrado vitamina B 6, los resultados hubieran podido ser otros, y consiguientemente, atendido este fundamental extremo en relación con la edad y profesión del actor, resulta ponderado fijar en treinta mil euros (30.000 €) la cantidad a conceder en concepto de indemnización, la cual ha de entenderse ya actualizada a la fecha de esta Sentencia.» (Roj: STS 3160/2008 de 26 de junio, sala de lo Contencioso)

de la Ley 40/2015 así como los requisitos exigidos por la jurisprudencia en el ámbito de la responsabilidad sanitaria que son:

1. Acción u omisión producida en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público.
2. Lesión o daño que el perjudicado no tenga el deber de soportar.
3. Nexo de causalidad entre la conducta y el resultado lesivo.

Por lo que al existir una relación causal entre la actividad administrativa y el resultado dañoso deviene para los demandantes el derecho a ser resarcidos económicamente por el fallecimiento de Doña M.

#### **5) Indemnización:**

En base al artículo 34 de la Ley 40/2015, y usando el baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, la cuantía de la indemnización estimada por el fallecimiento de Doña M. teniendo en cuenta la edad de la víctima (62.- años) es de NOVENTA MIL euros al cónyuge (90.000€) y de VEINTE MIL euros (20.000€) por cada hijo, ascendiendo la suma total a CIENTO SETENTA MIL euros (170.000€).

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo solicitaremos una indemnización por daño moral a tanto alzado por la falta de consentimiento informado por un valor de SESENTA Y CINCO MIL euros (65.000€) para todos los demandantes.

La cuantía del recurso se fijará por consiguiente en un total de DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL euros (235.000€)

Estas cuantías han sido estimadas usando las tablas del RDL 8/2004 de 29 de octubre que tal y como expresa senda jurisprudencia del Tribunal supremo tiene un carácter orientativo aunque no legalmente vinculante por lo que deberá ser el tribunal quien decida finalmente la cuantía de la indemnización.

#### **6) Solicitud de prueba:**

Finalmente mediante «Otroso digo» en virtud del artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio indicaremos los siguientes puntos sobre los que versará la prueba:

- Asistencia sanitaria recibida por Doña M, durante su estancia en el hospital.
- Información que se dio a los familiares de Doña M sobre el ingreso en UCI y el fallecimiento de Doña M.
- Si la firma del consentimiento informado para el consentimiento informado para el tratamiento quirúrgico de prótesis de rodilla pertenece a Doña M o al Doctor H.

Así como la práctica de las siguientes pruebas:

- Pericial medica de parte para que el Doctor J se pronuncie sobre su dictamen pericial, ratificándolo y en su caso aclarando o ampliando las cuestiones más relevantes.
- Que el médico o médicos implicados en la operación de rodilla de Doña M se pronuncien mediante testifical sobre las siguientes cuestiones:
  - a) Si se realizaron las pruebas diagnósticas necesarias para descartar un posible TEP.
  - b) Si se aplicó algún tratamiento para paliar el TEP y de no haberlo hecho cual debería haber sido.
  - c) Si la única firma que aparece en el consentimiento informado para la operación de rodilla pertenece al Doctor H o a Doña M.

#### **IV. CONCLUSIONES**

El trabajo de fin de master aquí expuesto versa sobre la responsabilidad civil médica y en particular sobre la responsabilidad patrimonial de la administración cuando los sanitarios, actuando como miembros de la administración pública, producen un daño que no debería haber sido soportado por el damnificado.

Si bien se trata de un caso de responsabilidad civil y podríamos acudir por la vía directa contra la aseguradora el legislador ha hecho un gran esfuerzo para que sea la jurisdicción de lo contencioso-administrativo la que por defecto se encargue de las materias de responsabilidad patrimonial de la Administración.

A la hora de evaluar si un caso tiene posibilidades de ser fructuoso, como abogados deberemos tener en cuenta una multiplicidad de factores entre los que destacan los siguientes:

- La fecha en la que se produjo el daño y este se hizo efectivo. El plazo es de tan solo un año, un tiempo que bajo el punto de vista del redactor de este TFM es excesivamente corto para que las personas legos en derecho tomen la decisión de reclamar a la administración.
- Los daños sufridos por el paciente y ser capaces de vincular estos causalmente con la actuación negligente sanitaria pues los daños en sí mismos no general la obligación de resarcimiento si estos no se han producido por la negligente actuación de los sanitarios.
- Vicios en el consentimiento informado ya sea porque se carece del mismo o porque este es insuficiente y no se ajusta a derecho. Esto se debe a que los vicios en el otorgamiento de consentimiento informado son en sí mismos una infracción de las *lex artis* (siempre y cuando el perjudicado haya sufrido algún daño) y es suficiente para legitimar la reclamación patrimonial.

Finalmente, a título personal, parece deficiente que nuestro ordenamiento carezca de unos baremos que permitan estimar la cantidad indemnizatoria y que en su lugar esta quede a la completa discreción del juez el cual carece de las herramientas necesarias para ajustar la cantidad al daño sufrido. Si bien esta parte considera que es apropiado que el juzgador disponga de flexibilidad a la hora de fijar el quantum indemnizatorio no parece razonable que esta decisión no se encuentre reglamentada en ningún instrumento legislativo. Y si bien el juez puede hacer uso de los baremos del RDL 8/2004 de 29 de octubre estos no son en ningún caso vinculantes por lo que pueden ser ignorarlos o seguirlos de manera más o menos ajustada lo cual genera una inseguridad jurídica dada la posible arbitrariedad de esta decisión.

Esta es la opinión que emito como dictamen y que se somete a otra mejor fundada en derecho.

## V. INDICE. JURISPRUDENCIA

- Roj: STS 8886/1987 de 13 de julio de 1987, TS, sala de lo civil. (Relación causal entre culpa y daño.)
- Roj: STS 7033/1999 de 8 de noviembre, TS, Sala de lo penal. (Imprudencia penal. Determinación de la acción y concreción del resultado.)
- Roj: STS 3429/2001 de 27 de abril, TS, sala de lo civil. (Culpa sanitaria)
- Roj: STS 8259/2006 de 21 de diciembre, TS, Sala de lo civil. (Aplicación del Baremo de la ley 30/1995, de 8 de noviembre.)
- Roj: STS 4237/2007 de 16 de abril, TS, Sala de lo civil. (Responsabilidad médica.)
- Roj: STS 4241/2007 de 7 de mayo, TS, sala de lo civil. (Responsabilidad médica.)
- Roj: STS 4200/2007 de 19 de junio, TS, sala de lo contencioso. (Relación de causalidad. Valoración de la prueba.)
- Roj: STS 4472/2007 de 29 de junio, TS, Sala de lo civil. (Deber de información.)
- Roj: STS 5210/2007 de 13 de julio, TS, Sala de lo contencioso. (Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria)
- Roj: STS 3160/2008 de 26 de junio, TS, Sala de lo contencioso. (Infracción de la "lex artis", indemnización por pérdida de oportunidad.)
- Roj: STS 5042/2009 de 1 de julio, TS, sala de lo contencioso. (Daños de alerta alimentaria. Responsabilidad patrimonial.)
- Roj: STS 6394/2011 de 30 de septiembre, TS, sala de lo contencioso. (Lex artis. Consentimiento informado. Carga de la prueba de que hubo consentimiento informado.)
- Roj: STS 8548/2012 de 21 de diciembre, TS, sala de lo contencioso. (Valoración de la prueba pericial. Consentimiento informado en casos de embarazo y parto. Valoración de la prueba. Pérdida de oportunidad.)
- Roj: STSJ CL 3813/2012 de 13 de julio, TSJ, sala de lo contencioso. (Responsabilidad Patrimonial de la Administración.)
- Roj: STS 1907/2013 de 12 de abril, TS, Sala de lo civil. (Culpa extracontractual: muerte accidental. Baremo.)

- Roj: STS 1780/2014 de 10 de abril, TS, sala de lo contencioso. (Incongruencia omisiva. Utilización de medios de prueba.)
- Roj: STS 3722/2015 de 8 de septiembre, TS, Sala de lo civil. (Carga de la prueba. Deber de información.)
- Roj: STS 2185/2016 de 19 de mayo, TS, Sala de lo contencioso. (Daño desproporcionado. Carga de la prueba.)
- Roj: STS 717/2017, de 24 de febrero, TS, sala de lo civil. (Imputación objetiva y causalidad eficiente.)
- Roj: STS 576/2019 de 19 de febrero, TS, sala de lo civil. (Teoría de la pérdida de oportunidad y su incidencia en la indemnización)
- Roj: STS 1840/2019 de 5 de junio, TS, sala de lo civil. (Acción directa contra la aseguradora)
- Roj: STS 3106/2020 de 30 de septiembre, TS, Sala de lo contencioso. (Consentimiento informado, doctrina general.)
- Roj: ATS 2418/2021 de 3 de marzo, TS, sala de lo civil. (Consentimiento informado, daños.)
- Roj: ATS 6403/2021 de 19 de mayo, TS, sala de lo civil. (Acción directa contra la aseguradora.)

