

SERVICIOS SANITARIOS Y ART. 28 LCU: ¿RESPONSABILIDAD OBJETIVA O POR CULPA?*

Prof. Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Los presupuestos para la aplicación del art. 28.1 LCU.
 - 1. Los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios:
 - 2. El incumplimiento de los niveles de pureza, eficacia y seguridad como presupuesto para la aplicación del art. 28 LCU.
 - 2.1. La exigencia o no de la existencia del defecto en el servicio.
- III. Algunas notas sobre la aplicación del art. 28 LCU: a propósito de la *STSJ Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18 abril 2005*.

I. Introducción

Dentro del actual y problemático mundo de la responsabilidad médico-sanitaria, una de las cuestiones donde la controversia se ha hecho más patente es la interpretación del art. 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LCU). El punto nuclear de la discusión arranca del carácter objetivo que viene siendo atribuido –de modo pacífico por la práctica totalidad de la jurisprudencia y de la doctrina científica¹– a la responsabilidad civil que

* Este trabajo, con ciertas modificaciones y la incorporación de un nuevo epígrafe –el último–, parte del análisis de uno de los puntos tratados en la monografía que recientemente he publicado con el título: *Responsabilidad objetiva y nexos causales en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006.

¹Creo innecesario referirme puntualmente a todos los autores que han manifestado tal afirmación. Algunos autores, partiendo de la convicción del establecimiento por el art. 28 LCU de una responsabilidad objetiva, hablan de “precisar cuáles son los parámetros en los que discurriría esa responsabilidad objetiva” (ASÚA GONZÁLEZ, “Responsabilidad sanitaria”, en DÍAZ ALABART/ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000, p. 266). En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, BELADIEZ ROJO ” (*Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 51) igualmente introduce el matiz de “reconducir la institución de la responsabilidad objetiva a sus justos términos”.

También se ha dicho que el criterio de imputación de la responsabilidad ex art. 28 LCU “es el mero hecho de que el usuario o consumidor sufra el daño, sin que juegue para nada que haya mediado culpa o no del empresario o profesional” (CABANILLAS SÁNCHEZ, “Aspectos sustantivos de la

prevé. Mi pretensión en este trabajo es justificar precisamente lo contrario, que el art. 28 LCU, ni en su literalidad ni en su espíritu, establece la responsabilidad objetiva de que se habla².

Los problemas comenzaron desde la misma promulgación de la LCU. Siempre me ha resultado chocante que un precepto en teoría tan beneficioso para el consumidor (en nuestro caso “usuario de los servicios sanitarios”) –si se parte de la tan proclamada responsabilidad objetiva- no fuera aplicado judicialmente, ni tan siquiera alegado por el demandante que reclamaba responsabilidad civil por un daño derivado de una prestación de tales servicios. En este sentido, es más que curioso, por un lado, que la primera sentencia que presenta una fundamentación jurídica al respecto, la *STS 22 julio 1994 (RJ 1994, 6581)*, tuviera lugar diez años después de la promulgación de la LCU, y,

protección de los consumidores en los contratos sobre servicios, según el ordenamiento español”, *EC*, nº 16, 1989, p. 147; PANIZA FULLANA, “La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDCU [Com. SSTs 1-7-1997 y 21-7-1997]”, *Ar. Civ.*, 1998-I, p. 97) o que “al amparo del art. 28 LCU, bastaría para justificar la pretensión indemnizatoria con *acreditar el daño y su relación causal con el servicio prestado*, sin necesidad de probar al mismo tiempo culpa alguna en quien lo prestó” (GÓMEZ CALLE, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *ADC*, 1998, IV, p. 1754; Cfr., en términos similares, CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 147).

Por el contrario, sí estimo conveniente señalar quién se aparta de esa doctrina casi unánime. En este sentido hay que citar a PANTALEÓN PRIETO (en AA.VV., *Responsabilidad del personal sanitario* [Actas del Seminario convocado por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo, celebrado en Madrid, los días 14 a 16 de noviembre de 1994], CGPJ, Mº Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, p. 241), quien considera que la responsabilidad del art. 28 LCU es por “culpa objetivada”. La opinión de este último autor en esta materia me ha servido para confirmar ciertas conclusiones que ya tuve la oportunidad de adelantar años atrás en *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, cit., –aunque, lamentablemente por aquel entonces no tuve la suerte de conseguir el libro que recoge las interesantes manifestaciones que más abajo transcribiré (quizá por coincidir su publicación con la fecha en la que entregué mi libro para su impresión)-. En mi opinión, PANTALEÓN realizó unas aseveraciones, a propósito de la interpretación del art. 28 en materia sanitaria, que no tienen desperdicio alguno. En el debate de la segunda ponencia, relativa al tema “Responsabilidad civil médica y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria” (en AA.VV., *Responsabilidad del personal sanitario*, CGPJ, Mº Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, p. 241) el autor citado contesta del siguiente modo a una petición de PIQUERAS VALLS (Magistrado de la AP San Sebastián), quien pidió que PANTALEÓN explicase “algo que ha sido el gran ausente” –refiriéndose al art. 28 LCU-. PANTALEÓN lo explica de este modo: “Ahora, si se fijan en el art. 28.1 de la Ley 26/84, verán que habla de los servicios en los que hubiera controles técnicos de calidad, parámetros objetivos. Yo creo que hay que interpretar exactamente que eso hace que la responsabilidad no sea por riesgo, sino responsabilidad por culpa, bien que objetivada. Los defectos de organización sin culpas individualizables también, pero no más. Esa debería ser la interpretación, y no porque exista algo connatural en contra de la responsabilidad por riesgo en el campo de la actividad médica, sino que no la hay en ningún sitio, y en estas materias conviene no ser los primeros. Esa es mi opinión, entender el 28.2 de la Ley 26/84 en relación con el 28.1, y entender que habrá responsabilidad por los servicios médicos cuando quepa apreciar un mal funcionamiento del servicio sanitario. Insisto, no se exige la prueba de la culpa, y es más o menos lo que ha hecho el Tribunal Supremo (Sala Primera) muchas veces, cuando absuelve al médico y condena al Insalud, o al hospital, advirtiéndole que aunque no se aprecia culpa del personal se considera que hubo un mal funcionamiento en general del servicio. Creo que eso es lo correcto y que ése es el límite del 28.2 de la Ley 26/84. O ése es el límite, o seguimos haciendo lo que hacemos hasta ahora: una conspiración de silencio que Vd. ha roto de forma radical”.

²Por razones de espacio aquí presentaré esencialmente un análisis centrado en el tenor literal del precepto, dejando para otro lugar –más apropiado- el estudio pormenorizado de las distintas sentencias –que son muchas-, que atestiguan la presencia de la culpa o negligencia en el entendimiento y aplicación del citado precepto. Ese lugar no es otro que la monografía *Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2005, que he publicado recientemente.

por otro, que la interpretación que presenta del art. 28 LCU fuera –en mi opinión³– desacertada desde el punto de vista jurídico y muy alejada del entendimiento que actualmente se tiene de la norma.

Hay que esperar al año 1997 –con las *SSTS de 1 y 21 de julio (RJ 1997, 5471) y (RJ 1997, 5523)* respectivamente⁴– para observar una situación completamente antitética, donde el juzgador acude habitualmente al art. 28 LCU para razonar el fallo condenatorio del/de los demandado/os, pero a modo de *obiter dicta* o de cláusula de estilo, sin que dicha fundamentación jurídica ostente el carácter de *ratio decidendi*. Pues bien, veamos seguidamente si en la literalidad de la norma se encuentran los elementos o características para calificar de “objetiva” la responsabilidad civil prevista en el art. 28 LCU, para así confirmar o, de lo contrario, rechazar el entendimiento generalizado propuesto por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias.

II. Los presupuestos para la aplicación del art. 28.1 LCU.

Según el tenor literal de la primera parte del art. 28 LCU:

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.

Comenzaré recordando que el precepto se halla ubicado en uno de los Capítulos de la Ley –el Capítulo VIII– más criticados por la doctrina, precisamente, por la desafortunada redacción de sus preceptos⁵. Dejando a un lado la interpretación de los

³Para más detalles al respecto, me remito al análisis sobre esta sentencia en DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 387 y ss.

⁴La doctrina es unánime a la hora de señalar cómo las citadas sentencias del año 1997 marcan el punto de inflexión en cuanto a la aplicación del art. 28 al ámbito sanitario. Entre otros *vid.*, PANIZA FULLANA “La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDCU (Com. SSTs 1-7-1997 y 21-7-1997)”, *Ar. Civ.*, 1998-I, pp. 75 y ss.; GÓMEZ CALLE, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *ADC*, 1998, IV, pp. 1758 y ss.; o ASÚA GONZÁLEZ, “Responsabilidad sanitaria”, *op. cit.*, pp. 267 y ss.

⁵*Vid.*, en este sentido, la opinión de BERCOVITZ R., en sus dos trabajos (“La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y Alberto, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 226 y 246 y ss.; y “Comentario al Capítulo VIII LCU y a los arts. 25 ss. LCU”, en BERCOVITZ R./SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, p. 661.); CAVANILLAS MUGICA, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, pp. 41 y 213; CABANILLAS SANCHEZ, *op. cit.*, p. 146; QUINTANA CARLO, “La protección del consumidor en España (aspecto comparativo con la CEE)”, *Actualidad Civil*, nº 13, 1987, p. 807.

arts. 25-27 LCU⁶, y centrándonos en la norma más interesante: el art. 28.1 LCU, hay que decir, como premisa, que la redacción de este precepto es impropia para los servicios -y, más en concreto, para los sanitarios-. Pese a que esta precisión no es nueva, pues la doctrina ya se ocupó hace unos años de insistir en cómo los arts. 25 y ss. LCU están pensados en clave de responsabilidad por productos defectuosos⁷, no estará de más retomar el análisis de la misma para fundamentar conclusiones que, de otro modo, podría resultar aventuradas.

1. Los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios.

Al hilo de la redacción de la primera parte del art. 28 LCU, los autores⁸ que han analizado la norma coinciden en señalar que el presupuesto para la aplicación del mismo, que el daño se haya originado “en el correcto uso y consumo” de los bienes y servicios (?). Pues bien, así como la cuestionada frase se acopla perfectamente al ámbito de los productos, todavía no comprendo cuál es el sentido que posee cuando hablamos de la prestación de servicios sanitarios. Como ya manifesté hace tiempo⁹, la única interpretación posible del “uso incorrecto” de un servicio sanitario equivaldría a que el paciente desatendiera las instrucciones dadas por el profesional sanitario, lo que derivaría en un resultado negativo, contrario al que se hubiese llegado de haber seguido el paciente las indicaciones en cuanto medicación, prescripciones y cuidados a seguir tras la intervención sanitaria. Pero si se analizan los antecedentes de hecho de la mayoría de las sentencias sobre responsabilidad sanitaria, observamos que esa circunstancia tiene una incidencia muy escasa. Por lo general, la voluntad del paciente como factor en la imputación del daño es prácticamente inexistente.

Para un gran número de supuestos dentro de la práctica sanitaria común, donde el paciente es intervenido quirúrgicamente bajo los efectos de la anestesia general y de

⁶Vid., al respecto, BERCOVITZ R., “Comentario al Capítulo VIII LCU y a los arts. 25 ss. LCU”, cit., pp. 681 y ss.; PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 307 y ss.; DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba...*, cit., pp. 369 y ss.

⁷Vid., QUINTANA CARLO, “La responsabilidad del empresario de servicios en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Estudios sobre consumo*, Núm. Extraord., nov. 1987, p. 55. En los últimos tiempos, PARRA LUCÁN (“La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, en *Tratado de responsabilidad civil*, [coord., REGLERO CAMPOS], 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 1342) también ha afirmado que “la aplicación del régimen previsto en los arts. 25 y ss. de la LGDCU resulta extremadamente difícil, en particular porque se trata de un régimen pensado para los productos”. Por mi parte, no es la primera vez que me refiero a las dificultades que plantea la aplicación de los arts. 25-28 LCU al ámbito de los servicios sanitarios (vid., ampliamente, DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba...*, cit., pp. 373 y ss.).

⁸BERCOVITZ R., “Comentario al Capítulo VIII LCU y a los arts. 25 ss. LCU”, cit., p. 717; DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba...*, cit., pp. 375 y ss.; PEÑA LÓPEZ, “Comentario STS 11 febrero 1998”, CCJC, nº 47, 1998, p. 787; PANTALEÓN PRIETO, en AA.VV., *Responsabilidad del personal sanitario*, cit., pp. 240 y ss.; PARRA LUCÁN, *Daños por productos...*, cit., pp. 384 y ss.

⁹DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba...*, cit., pp. 375-376. Cfr., igualmente, PEÑA LÓPEZ, “Comentario STS 11 febrero 1998”, cit., p. 787.

dicha intervención se derivan unos daños, me pregunto cómo aplicar a tales situaciones el interrogante de si ha existido o no un uso correcto del servicio. Parece una pregunta sin sentido, a la que sería difícil responder.

El TS ha tenido la oportunidad de mostrar la interpretación de la frase “correcto uso y consumo de bienes y servicios”. La *STS 11 febrero 1998 (RJ 1998, 707)* incide expresamente en la locución cuestionada. Se trata de un caso de detección en la demandante de anticuerpos del VHI, después de que le fueran realizadas varias transfusiones sanguíneas en un centro dependiente del INSALUD. El TS acaba condenando a la entidad pública a una indemnización de 12 millones de pesetas. Uno de los apoyos legales que fundamentan la condena del INSALUD es la aplicación del art. 28 LCU. El TS efectúa una interpretación discutible acerca de la locución “correcto uso” de los servicios sanitarios, al equipararlo al hecho de no pertenecer la actora ni su marido a ninguno de los grupos convencionales de riesgo¹⁰.

No creo que esta interpretación sea la más acertada¹¹, ya que si se puede hablar – cosa que dudo- de uso (correcto o incorrecto) de un servicio, tal uso debe valorarse una vez que la prestación del servicio ha comenzado; pues será, a partir de ese momento, cuando el usuario del mismo esté en condiciones de cumplir las indicaciones que le sean suministradas para la obtención de un resultado positivo. Si acaso, habrá supuestos donde el paciente deberá seguir unas pautas de comportamiento determinadas, previas a la prestación material del servicio sanitario, sin que ello obste para que pueda hablarse de un uso correcto del servicio, aunque tal uso preceda a la prestación del servicio *stricto sensu*. Pero son casos muy puntuales; me refiero a todos los supuestos donde el paciente debe seguir unas instrucciones precisas antes de comenzar la prestación del servicio sanitario (v. gr., presentarse en ayunas antes de la realización de un análisis de sangre, o respetar cualquier otra indicación que preceda a cualquier intervención sanitaria).

En cualquier caso, se trataría de casos donde el paciente es informado – previamente- o es sabedor de las indicaciones a seguir antes de la realización del acto médico. Por tanto, existe una conexión entre esas prescripciones o indicaciones previas a la intervención sanitaria, la voluntad del paciente en cuanto a respetarlas (lo que equivaldría a hacer un “uso correcto” del servicio) y, finalmente, la prestación del servicio sanitario propiamente dicha.

Esta conexión de presupuestos en modo alguno se da en la interpretación del “uso correcto” del servicio sanitario, propuesta por la *STS 11 febrero 1998*. El hecho de

¹⁰El extracto de la sentencia donde aparece la explicación sobre el “correcto uso” se encuentra en la contestación del TS a uno de los motivos del recurso de casación formulado por el INSALUD:

“...que como tal servicio sanitario sigue el régimen legal establecido en el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, en su apartado 1, siendo el 2 el que circunscribe el mismo a determinados suministros y servicios, entre los que incluyen los servicios sanitarios; que el <correcto uso> que el precepto citado exige para hacer efectiva la responsabilidad objetiva que dispone es aquí equivalente a que la actora no pertenece a ninguno de los grupos convencionales de riesgo lo mismo que su esposo”.

Este mismo argumento ha sido reiterado por otras sentencias posteriores: en este sentido, *vid.*, la *STS 30 diciembre 1999 (RJ 1999, 9752)* o la *SAP Guipúzcoa 8 julio 2002 (JUR 2003, 88843)*.

¹¹PEÑA LÓPEZ (*op. cit.*, p. 787) tampoco entiende la relación existente entre pertenecer a uno de los grupos de riesgo con haber hecho un uso correcto de los servicios sanitarios.

que la paciente pertenezca o no a uno de los grupos convencionales de riesgo de contagio del VIH no tiene absolutamente nada que ver con la voluntad de la misma en cuanto a respetar las prescripciones y cuidados a seguir en una –muy posterior– intervención sanitaria. En definitiva, el comportamiento que siguiera la paciente antes de someterse a la intervención sanitaria –en este caso a las múltiples transfusiones sanguíneas–, podrá influir en la resolución del problema de la imputación objetiva del daño –producido tras la prestación del servicio sanitario–, al actuar como concausa; con lo que todo se reduce a un problema de nexo causal –en sentido amplio–. En otros términos, si el legislador hubiera omitido dicha locución, el resultado al que llegaríamos sería invariable; bastando con acudir a la figura de la “culpa exclusiva de la víctima”, para lograr la exoneración de responsabilidad del demandado.

2. El incumplimiento de los niveles de pureza, eficacia y seguridad como presupuesto para la aplicación del art. 28 LCU. La exigencia o no de la existencia del defecto en el servicio.

Si el entendimiento de la locución ya analizada (“daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios”) ocasiona no pocos problemas hermenéuticos, la segunda parte del art. 28.1 LCU pone más trabas aún a la necesaria labor interpretativa del precepto. Nuevamente uno de los interrogantes que sigo planteándome –sin una solución convincente– es cómo se aplica al ámbito de los servicios sanitarios el tenor literal de la segunda parte del art. 28.1 LCU; lo que, a su vez, se halla en conexión estrecha con el significado y alcance de ese mismo párrafo¹². Y es que, al igual que ocurre con la primera parte de la norma y con otros preceptos –como el art. 27 LCU¹³–, la redacción está pensada para los productos, no para el ámbito de los servicios y, dentro de éstos, los sanitarios.

Es preciso retomar la interpretación de los términos literales utilizados por el legislador en la 2ª parte del art. 28.1 LCU y averiguar lo que significa la mención a esos “niveles determinados de eficacia, pureza y seguridad...”. Después de observar el tratamiento que la doctrina ha efectuado acerca del art. 28 LCU, no es extraño advertir una práctica habitual: se presupone –o se da por incuestionable– que el art. 28 LCU establece una responsabilidad objetiva y, al mismo tiempo, se omite cualquier investigación acerca del significado de los términos utilizados por el precepto.

Excepcionalmente, Rodrigo BERCOVITZ ha aportado algunas ideas, que facilitan el entendimiento del precepto. Hace unos años ya insistió en recordar cómo la complicada redacción del art. 28 LCU no impedía una necesaria reconducción del

¹²Aquí no entraré en aspectos estudiados en otros trabajos anteriores, como lo relativo a los “controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad...”, del art. 28.1 LCU, que ya fue analizado en DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba...*, cit., pp. 376 y ss., a cuyo lugar me remito.

¹³En concreto me refiero a las cualidades (origen, identidad e idoneidad) de las que debe responder el “suministrador de los servicios” –además de otros sujetos–. De las tres cualidades citadas, tan sólo la “idoneidad” sería aplicable al ámbito de los servicios –como lo evidencia la SAP Toledo, de 13 mayo 1994 (AC 1994, 892)–, ya que las otras dos únicamente serían efectivas respecto de la responsabilidad por productos defectuosos. Para un análisis más amplio sobre este problema, *vid.*, DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba...*, cit., pp. 373 y ss.

concepto de defecto por el que se responde a la inobservancia de los citados niveles enumerados por la norma; niveles, por otra parte, determinados conforme a criterios objetivos comúnmente aceptados¹⁴. La presencia del concepto de “defecto” en la aplicación del art. 28 LCU permite rechazar determinadas posiciones doctrinales proclives a defender la aplicación de la norma con la única prueba del nexo causal entre el daño y el servicio prestado¹⁵.

Por tanto, si para algo sirve –o debe servir– la determinación de esos niveles es para que, una vez efectuada la concreción de los mismos, el demandado responda ex art. 28 LCU si su conducta se encuentra extralimitada de aquella concreción. El problema radica en incorporar todo este razonamiento a la práctica y, sobre todo, en observar si cabe deslindar de forma nítida el concepto de “defecto” del concepto de “culpa”. Expondré algún ejemplo de la jurisprudencia para confirmar lo dicho hasta el momento en lo concerniente a los consabidos “niveles” de pureza, eficacia y seguridad.

En primer lugar comentaré una sentencia que, aun no siendo del TS, creo conveniente su análisis, debido al razonamiento que contiene acerca de la segunda parte

¹⁴La conexión entre “defecto” e inobservancia de los referidos “niveles” se percibe en los siguientes párrafos: “...Pero además, al igual que en el artículo 26, se recurre a la naturaleza del bien o del servicio a la hora de fijar las exigencias de pureza, eficacia y seguridad que deben cumplimentar. Lo que remite evidentemente a los niveles de exigencia vigentes en el mercado y en la sociedad (<condiciones objetivas de determinación>) para ese tipo de bienes o servicios. Al igual que en el artículo 27.1.a), hay que entender que la responsabilidad por el <origen, identidad e idoneidad> de bienes y servicios cubre todo tipo de defectos de los mismos. Hay que llegar a esa conclusión también a partir de la <pureza, eficacia o seguridad>. Para lo que es preciso optar en ambos supuestos por interpretaciones muy amplias de todos esos términos (...) El requisito de que la determinación de los niveles pueda ser objetiva (<en condiciones objetivas de determinación>) **no puede tener mayor alcance que el de concretar que esos niveles de pureza, eficacia o seguridad, es decir esa ausencia de defectos** –según mi interpretación– no puede ser considerada de acuerdo con criterios subjetivos, de los responsables, de la víctima o perjudicado, sino de acuerdo con los criterios objetivos comúnmente aceptados” (*la negrita es mía*) (BERCOVITZ, R., “Comentario al Capítulo VIII LCU y a los arts. 25 ss. LCU”, cit., p. 716).

El mismo autor, con anterioridad, ya señaló que “la referencia explícita a la <garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad> parece indicar que son los defectos relacionados con dichas cualidades de los bienes y servicios. En cuanto a si se cubren absolutamente todos los daños que procedan de los mencionados defectos, es lógico entender que exista un límite más o menos definido, relacionado con esos niveles objetivamente determinables a los que se refiere el artículo 28. Lo que, en definitiva, no es sino reconducir el concepto de defecto por el que se ha de responder a lo que, en cada uno de los aspectos o cualidades mencionados (pureza, eficacia y seguridad), cabe esperar legítimamente” (BERCOVITZ R., “La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios”, cit., p. 230).

¹⁵Creo que ésta es la dirección tomada por autores como PARRA LUCÁN (*Daños por productos...*, cit., p. 385), cuando afirma que “no se desprende del art. 28.1 que la víctima del daño haya de probar que el producto tenía algún anormalidad. Producido el daño la víctima sólo debería demostrar que le fue causado por el uso o consumo correcto de un producto”; o cuando dice que “en el art. 28, siempre que aquéllos [los daños indemnizables] hayan sido causados en un correcto uso o consumo de uno de los bienes a que se refiere el precepto, el consumidor deberá ser indemnizado. Poco importa que el origen del daño, esto es, si se debió a la falta de eficacia o a su composición impura” (*op. ult. cit.*, p. 391). *Vid.*, asimismo, las conclusiones de la autora en pp. 386, 393 de la misma obra). No obstante, en otros lugares de la obra citada (pp. 395 y ss.), PARRA LUCÁN parece aludir a la necesidad de la constatación del “defecto” para la aplicación del art. 28, aunque sea por la vía de la presunción judicial. Más detalles al respecto *vid.*, DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba...*, pp. 381 y ss.

En términos análogos podríamos citar a GÓMEZ CALLE (*op. cit.* p. 1754) cuando señala: “Al amparo del artículo 28 LGDCU, bastaría para justificar la pretensión indemnizatoria con *acreditar el daño y su relación causal con el servicio prestado*, sin necesidad de probar al mismo tiempo culpa alguna en quien lo prestó”; o a GARCÍA AMIGÓ, “Ley para la defensa de los consumidores y usuarios: responsabilidad civil extracontractual”, *Actualidad Civil*, 1986, nº 17, p. 1214.

del art. 28.1 LCU (lo concerniente a los niveles ya conocidos y a los controles objetivos sobre tales niveles). Se trata de la *SAP Toledo 27 enero 2003 (JUR 2003, 45651)*. La clínica demandada es condenada a indemnizar a la demandante la cantidad de 87.134,54 €, por el fallecimiento del marido de aquélla como consecuencia de una infección hospitalaria. La AP revocó parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado, al rebajar la condena en principio dictada por la primera sentencia (de 180.303 €), conforme a la aplicación resultante del sistema legal de valoración del daño personal instaurado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. En cuanto al fondo, la AP confirmó la fundamentación jurídica presentada por el Juzgado para condenar a la entidad sanitaria. Dicha fundamentación¹⁶ se inicia con la aplicación al caso de la doctrina del daño desproporcionado –o lo que es lo mismo: la presunción de culpa a partir de la desproporción o anormalidad del resultado en comparación con lo que ocurre en casos similares¹⁷-. Seguidamente se incluye un razonamiento muy cercano a la literalidad del art. 28.1 segunda parte, y que se resume en una falta de diligencia, demostrada por la

¹⁶El razonamiento jurídico que interesa exponer es el siguiente:

“Dentro del mismo motivo sobre el error en la valoración de la prueba, denuncia el recurso la contradicción que supone la argumentación de la sentencia apelada al estimar, por un lado, que existió un daño desproporcionado y, por otro, que el fallecimiento se debió a una infección hospitalaria, cuestión por completo irrelevante, pues, con independencia del mayor o menor fundamento que tenga la aplicación al casos de la expresada doctrina del daño desproporcionado, cuya aplicación jurisprudencial a estos supuestos (así las SS. T.S. 13 diciembre 1997 [RJ 1997, 8816], 9 diciembre 1998 [RJ 1998, 9427] y 29 junio 1999 [RJ 1999, 4895]) queda suficientemente expuesta en la resolución del Juzgado, lo cierto es que el recurso no combate adecuada y eficazmente ni logra desvirtuar la motivada apreciación probatoria de la resolución apelada, demostrando el error alegado, toda vez que las consideraciones fácticas relativas a que la clínica demandada, en cuanto encargada de poner a disposición de los médicos que intervinieron al paciente fallecido los medios personales e instrumentales necesarios, **prestando un servicio incardinable en una relación de consumo, estaba obligada a mantener un nivel de calidad y seguridad en la asistencia, así como unos controles en las intervenciones quirúrgicas que impidiesen la infección subsiguiente a las mismas, siendo la omisión de estas precauciones o el mal estado de los medios empleados en el curso de las operaciones practicadas al paciente fallecido la que presumiblemente provocó la sepsis** que ha desembocado en el resultado, dado el carácter mecánico y no infeccioso de la patología dolorosa con la que parece haber ingresado en la clínica, tienen claro soporte probatorio en los documentos aportados, en relación con el informe médico legal al que se ha hecho referencia y que fue ratificado por vía testifical en el acto del juicio, sin que sus conclusiones aparezcan contradichas por ninguna otra prueba o pericia que pueda servir de soporte a las alegaciones de la recurrente, las cuales, por lo demás, no cuestionan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, al considerar la conducta expresada claramente incardinable en el art. 1902 del CC (), en relación con los arts. 25, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 julio (RCL 1984, 1906), así como en el régimen de responsabilidad objetiva que regula este último precepto, específicamente aplicable a los servicios sanitarios (en igual sentido, las SS. T.S. 21 julio 1997 [RJ 1997, 5523], 19 febrero 1998 [RJ 1998, 877], 29 junio [RJ 1999, 4895] y 30 diciembre 1999 [RJ 1999, 9752]; y esta misma Sala en S. 13 mayo 1994). Por consiguiente, el motivo debe ser desestimado” (F. D. 1º *in fine*) (la negrita es mía).

¹⁷Vid., a modo ejemplificativo, las *SSTS 2 diciembre 1996 (RJ 1996, 8938)*; *22 mayo 1998 (RJ 1998, 3991)*; *9 diciembre 1998 (RJ 1998, 9427)*; *29 junio 1999 (RJ 1999, 4895)*, *9 diciembre 1999 (RJ 1999, 8173)*, *11 abril 2000 (RJ 2000, 2359)*; *8 mayo 2003 (RJ 2003, 3890)*; *15 septiembre 2003 (RJ 2003, 6418)*. En cuanto a las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, podrían citarse, entre otras, las siguientes: *SAP Girona 26 mayo 2000 (AC 2000, 2110)*; *SAP Castellón 12 julio 2000 (AC 2000, 4945)*; *SAP Barcelona, 15 marzo 2001 (AC 2001, 525)*; *SAP Barcelona, 23 julio 2002 (JUR 2003, 22161)*; *SAP Cantabria 24 enero 2003 (AC 2003, 369)*.

entidad, al “omitir” las precauciones y “controles” que habrían impedido la infección. Esta interpretación –implícita- del art. 28.1 segunda parte es la que me parece novedosa, pues, hasta el momento, la única argumentación que el juzgador exponía de la citada norma era la estampada –como doctrina jurisprudencial muy asentada¹⁸- en la famosa *STS 1 julio 1997 (RJ 1997, 5471)*, doctrina –a mi juicio- poco efectiva desde un punto de vista jurídico y meramente reiterativa de la literalidad del precepto que trata de interpretar (el art. 28.1 LCU). Finalmente, y como viene siendo habitual, la fundamentación jurídica en cuestión acaba con una mención expresa al régimen de responsabilidad “objetiva” del art. 28 LCU.

Atendiendo a la jurisprudencia del TS, una sentencia interesante es la *STS 4 febrero 1999 (RJ 1999, 748)*¹⁹. La demandante da a luz una niña con graves malformaciones congénitas. Durante el embarazo se le practicaron tres ecografías, correspondientes al Nivel I (embarazos de bajo riesgo), sin que se advirtiera la existencia de anomalía ósea alguna. Los padres de la niña solicitan una indemnización de 200 millones de pesetas a la ginecóloga, al INSALUD y al Ministerio de Sanidad y Consumo. En Primera Instancia, el Juzgado condena únicamente al INSALUD a indemnizar 75 millones pts. La AP estima el recurso del INSALUD y le absuelve, basándose en la diligencia del comportamiento de la doctora demandada. El TS desestima el recurso de casación de los actores; pero conviene fijarse en el Voto Particular del Excmo. Sr. García Varela, favorable a la posición adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Se da la circunstancia de que, si se hubiera practicado a la madre una ecografía de Nivel 2 ó 3 (propias de los embarazos de alto riesgo), habría aumentado considerablemente el porcentaje de probabilidad de detectar alguna anomalía en el feto, según un informe pericial valorado en el caso. Es preciso resaltar un dato esencial: los padres de la niña manifestaron, después del nacimiento de ésta, que habían vivido cerca de una central nuclear y que el padre había trabajado en empresas relacionadas con ese sector. Esta circunstancia habría supuesto con toda seguridad la aplicación de unas ecografías correspondientes a un embarazo de alto riesgo (de Nivel 2 ó 3).

Aunque la demanda se basó únicamente en los arts. 1902 y 1903 CC, tal vez esta sentencia pudiera ajustarse a la sistemática del art. 28 LCU, en orden a comprobar si la actuación de los servicios sanitarios se encuentra o no por debajo de los niveles de pureza, eficacia y seguridad. Téngase presente que, conforme a la opinión de la doctrina generalizada, no es aplicable como criterio de valoración el genérico de la adecuación a la *lex artis* –criterio, por otro lado, perteneciente a un sistema de responsabilidad subjetivo o culpabilista-; tan sólo hay que observar si la conducta del demandado se halla dentro o fuera de los citados niveles. Asimismo, tenemos *a priori* una certeza en cuanto al comportamiento exigible objetivamente al prestador del servicio dependiendo del “nivel” que corresponda al supuesto de hecho.

¹⁸Me remito al extracto de la *STS 1 julio 1997* transcrito en la nota a pie nº 20.

¹⁹Comentada por BERCOVITZ R., en *CCJC*, nº 50, 1999, pp. 841 y ss.

Dicho de otro modo, este caso contrasta con otros²⁰ donde no queda más remedio que “presumir por ley” los niveles en cuestión, debido a la imposibilidad de concretar los mismos *ex ante* en los distintos supuestos de hecho; lo que evidencia –en principio– una indeterminación y, por qué no decirlo, una mayor inseguridad jurídica en la aplicación práctica del precepto. Ahora bien, el hecho de estar previamente delimitados los distintos niveles ecográficos, según el riesgo –bajo o alto– del embarazo que se siga, no soluciona realmente los problemas que conlleva la aplicación de un precepto como el art. 28 LCU. Me explico. El verdadero problema está en catalogar o subsumir determinado supuesto de hecho en uno u otro nivel, no en exponer con carácter previo y de forma abstracta una clasificación en distintos grupos de las actuaciones médicas requeridas según el grado de dificultad o complicación; y, sobre todo, en valorar lo que ocurre cuando realmente esa labor de adecuación o subsunción del supuesto de hecho a uno de los grupos seleccionados ha sido errática, como pasó en la *STS 4 febrero 1999*^{21 22}.

²⁰Es lo que ocurre, por ejemplo con sentencias como la *STS 1 julio 1997 (RJ 1997, 5471)*, cuyos razonamientos jurídicos han servido como doctrina jurisprudencial, ya consolidada, en posteriores pronunciamientos judiciales (*STS 21 julio 1997 [RJ 1997, 5523]*). El extracto donde aparece la referencia a esa “presunción por ley” de los niveles del art. 28 LCU es el siguiente:

“Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando «por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad», hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el «servicio sanitario», entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomona aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por Ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos” (F. D. 4°).

²¹El prof. Rodrigo BERCOVITZ (“Comentario a la *STS 4 febrero 1999*”, cit., p. 857) ha incidido puntualmente en esta cuestión con la siguiente reflexión: “El problema radica pues en saber si la determinación del nivel de riesgo existente en cada embarazo corresponde fundamentalmente al Centro sanitario o si, por el contrario, la información sobre la existencia de algún riesgo debe ser proporcionada por el paciente cuando en principio la misma no obre en los archivos de aquél”.

Personalmente creo que esa labor de determinación debe recaer necesariamente sobre el prestador del servicio sanitario. En ello coincido con la opinión del Magistrado que emitió el Voto Particular en la *STS 4 febrero 1999*, el Excmo. Sr. D. Román García Varela, cuando afirmó lo siguiente:

“Pero, además habida cuenta de la circunstancia de que el padre de la niña Alicia Martín Bejarano trabajaba como empleado en un Centro de Energía Nuclear, el dato del posible riesgo de la incidencia en su cuerpo de la radioactividad, correspondía tenerlo en cuenta en todos los espacios relativos a su salud o a la de los suyos y, desde luego, no cabía omitirlo durante el embarazo de la esposa de aquél, de manera que **una prestación de servicios médicos sin las comprobaciones relativas a dicha situación, como ha ocurrido en el supuesto del debate, ha**

Otra sentencia donde se observa un problema análogo al existente en la que acabamos de comentar es la *STS 20 febrero 1992 (RJ 1992, 1326)*. El paciente demanda al médico que le administró una inyección lesionándole el nervio ciático. Se da la particularidad de que dicho nervio se encontraba ubicado fuera del lugar en el que anatómicamente era previsible. Parece que uno de los hechos probados, determinantes del sentido del fallo –desestimatorio–, es que –según la literalidad de la sentencia– “el demandante no advirtió al demandado la existencia de esta anomalía anatómica (quizás por ignorarla)”. Habría que cuestionar el alcance de esta frase, a efectos de imputación de responsabilidad civil. ¿Produce alguna consecuencia jurídica –independiente y adicionada a las derivadas del resto de la exposición fáctica²³– la constatación de que el demandante no advirtiera al médico de la existencia de la citada anomalía anatómica,

de estimarse como defectuosa y negligente” (la negrita es mía).

Autores, como GALÁN CORTÉS (*Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, p. 609) coinciden también con lo defendido en el Voto Particular de la citada sentencia. Para el autor, “resulta razonable tal argumentación, máxime si tenemos presente que es el médico quien realiza la anamnesis y quien configura, por tanto, la historia clínica, por lo que debería haber preguntado sobre tales antecedentes, dada la trascendencia que revisten en todo embarazo”.

Por otro lado, esta cuestión conecta con la, más general, relativa a la carga de la prueba de la información y del consentimiento informado que, según la jurisprudencia mayoritaria, recae sobre el médico (GALÁN CORTÉS, *op. cit.*, pp. 129 y ss, con cita de abundantes sentencias en esa dirección, así como de las pocas decisiones judiciales que excepcionan la regla general). Cfr., asimismo, PLAZA PENADÉS (“La Ley 41/2002 básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562, 2002, p. 7), quien, con ocasión del comentario de la nueva Ley 41/2002, afirma que “la carga de la prueba de que la información se prestó, así como el contenido concreto de la información facilitada, recae siempre sobre el centro y su personal”. Antes de la promulgación de la Ley 41/2002, a autores como DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999, p. 184) le parecía más razonable “atribuir al médico (o en su caso al centro sanitario) la carga de la prueba de que existió suficiente información al enfermo; de suerte que el consentimiento de este último fuese, en expresión ya asentada, un <consentimiento informado>”.

²²Para un análisis más completo de esta sentencia, vid., DÍAZ-REGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexos causales en el ámbito sanitario*, cit., pp. 102 y ss.

²³El párrafo de la sentencia donde aparece la descripción de los hechos así como el fundamento de la exoneración de la responsabilidad del médico demandado es el siguiente:

“...que en la sentencia recurrida se reconocen como hechos probados, no combatidos en el recurso, los siguientes: A) Que la conducta desarrollada por el demandado al administrar la inyección al actor fue profesionalmente correcta, ya que el medicamento recetado fue inyectado en el cuadrante superior externo de la nalga, que es el lugar adecuado; B) Que la punción en el nervio ciático se produjo por estar éste situado fuera del lugar en que anatómicamente era previsible su ubicación; y C) Que el demandante no advirtió al demandado la existencia de esta anomalía anatómica (quizás por ignorarla), y sin que, en cualquier caso, fuera apreciable de un modo directo la misma, motivo por el cual el evento dañoso se produjo de un modo imprevisible. Con estos elementos fácticos, no es posible acudir a la pura aplicación de la responsabilidad objetiva, en su estricto sentido de responsabilidad civil talional, ya que la evolución objetivista operada en la doctrina de esta Sala, bien a través del principio de la «creación del riesgo» o de su equivalente «la inversión de la carga de la prueba», no han llegado a eliminar totalmente el aspecto subjetivista o culposo con que fue redactado el art. 1902 del Código Civil; procurándose aplicar selectivamente estos elementos correctores, en aquellos casos concretos en que, bien por el peligro que sustancialmente crea la actividad ejercida (riesgo) o por la tendencia socialmente protectora de la víctima (presunción de culpa), pueda y deba moderarse el estricto criterio de responsabilidad por culpa, pero sin que en ningún caso pueda desaparecer el subjetivismo, hasta el punto de abandonar totalmente el reproche culpabilístico”.

aunque fuera por ignorancia del primero? A la vista de los términos utilizados por el juzgador, podría parecer que sí; que la mera inadvertencia –objetiva- de semejante anomalía por parte del demandante hace recaer sobre el mismo las consecuencias negativas de esa actuación. Dicho de otro modo, sobre el demandante recae la carga de suministrar esa información al médico.

Conviene recordar que la pretensión del actor es desestimada en todas las instancias; que el motivo alegado por el actor en el recurso de casación es la infracción del art. 1902 CC y de la doctrina jurisprudencial relativa a «la objetivación de la responsabilidad», «la inversión de la carga de la probatoria» y «la responsabilidad por riesgo». Desde este planteamiento quizá no extrañe que el resultado sea la absolución del médico demandado, por considerar conforme a la *lex artis* la conducta desarrollada por éste y por la imprevisibilidad de la producción del daño –según una valoración estrictamente culpabilista-. Ahora bien, también puede resultar desproporcionado –desde un punto de vista probatorio- que el sujeto que se encuentra en peor situación (el paciente) sea quien soporte las consecuencias de la inadvertencia de la anomalía anatómica mencionada –pues si alguien tiene alguna posibilidad de conocer tal vicisitud es el profesional sanitario, aunque sea mediante una diligencia que exceda de la que normalmente es exigible conforme al art. 1104 CC²⁴-.

Por otra parte, si se hubiera aplicado al caso el art. 28 LCU, ¿cuál habría sido el sentido del fallo? Desde la interpretación adoptada por cierto sector de la doctrina, tal vez pudiera pensarse que el resultado habría sido la condena del médico demandado, basada en la mera acreditación del daño y del nexo causal entre éste y el servicio prestado²⁵. Sin embargo, la propia GÓMEZ CALLE²⁶, parece entender lo contrario

²⁴Y por la aplicación, por qué no, de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, hoy día previstos legalmente en el art. 217.6 LECiv.

²⁵*Vid.*, por todos, GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, p. 1754. Téngase en cuenta que, en el caso de la STS 20 febrero 1992, hablaríamos de la aplicación del art. 28 LCU a un profesional individualizado, cuestión nada pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia. No obstante, como GÓMEZ CALLE extiende la aplicación del mencionado precepto tanto a los centros sanitarios como a los médicos o sanitarios que prestan el servicio –solución que personalmente comparto aunque discrepe de la interpretación adoptada por la autora sobre el art. 28 LCU-, la sentencia objeto de comentario se acopla al razonamiento expuesto en el texto.

²⁶*Op. cit.*, pp. 1721-1722. Se ha convertido en opinión mayoritaria –sustentada esencialmente por la doctrina administrativa [*vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, II, 9ª ed., Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pp. 396-397]- la tesis de distinguir los conceptos fuerza mayor/caso fortuito en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por tratarse de una responsabilidad objetiva, cuya exoneración únicamente procede de la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor (no bastando la calificación de caso fortuito), caracterizado por las notas de la irresistibilidad y la exterioridad al círculo de su actividad.

Pues bien, sobre la base de esta tesis, GÓMEZ CALLE (*loc. cit.*) afirma lo siguiente: “Lo único que puede eximir a la Administración de su obligación de responder es acreditar la concurrencia de un suceso de *fuerza mayor*, esto es un suceso ajeno a su actividad, absolutamente imprevisible o que, aun pudiendo preverse, sea inevitable. Como tal cabría considerar, por tanto, una imprevisible anomalía anatómica del paciente”. Seguidamente, la autora pone como ejemplo la sentencia que estamos comentando: “Es un caso de lesión del nervio ciático con motivo de la administración de una inyección, la STS 20 de febrero de 1992 confirmó la sentencia absolutoria recurrida por el demandante; lo hizo reiterando la clásica doctrina de que <en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva>, **pero los mismos hechos cuya consideración le llevaron a concluir la ausencia de culpa del demandado podían haberle servido para exonerarle de responsabilidad, aunque ésta hubiera sido objetiva, por concurrir una circunstancia de fuerza mayor**; tales hechos fueron, tal y como consta en la misma sentencia, que <la punción en el nervio ciático se produjo por estar éste situado *fuera del lugar en que anatómicamente era previsible su ubicación*; y...

cuando incluye la *STS 20 febrero 1992* entre los casos donde concurre un supuesto de fuerza mayor, suficiente para exonerar de responsabilidad al demandado; distinto en cualquier caso de los calificados como caso fortuito, cuya virtualidad no impide la imputación de responsabilidad civil, por tratarse de una responsabilidad objetiva –al igual que la aplicable en el ámbito de la Administración–.

Ahora bien, respecto de la *STS 20 febrero 1992*, si aplicamos la cuestionable distinción entre fuerza mayor/caso fortuito por todos conocida, quizá el supuesto fáctico de la sentencia quede incluido más bien en la consideración de “caso fortuito” que en la calificación de “fuerza mayor”. La razón es que la anomalía anatómica podía haberse conocido con la utilización de medios técnicos eficaces para la detección de anomalías internas, no detectables a simple vista de modo directo. Bien es cierto que, ante la administración de una inyección, el comportamiento normalmente diligente y exigible al médico pasa por la previa observación directa del paciente antes de proceder a administrarle el inyectable, y no cabe defender la aplicación de otro tipo de medidas técnicas; pero este comportamiento es el exigible a partir de la aplicación de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad.

Si, en vez de situarnos en un sistema de responsabilidad subjetivo, partimos de uno objetivo, el límite de lo previsible traspasaría los márgenes de lo exigible según las reglas de la diligencia (art. 1104 CC); pudiendo exigirse al demandado una diligencia más acusada. Y esto es lo que ocurre en el supuesto litigioso, pero sin llegar necesariamente a la calificación de “fuerza mayor” –si nos ajustamos al esquema defendido por la doctrina anteriormente citada–. No creo que, por lo ya dicho, la punción en el nervio ciático sea un suceso ni “absolutamente imprevisible” ni, “aun pudiendo preverse, sea inevitable”.

En consecuencia, es posible que afirmaciones como la de GÓMEZ CALLE –cuando considera la *STS 20 febrero 1992* un supuesto de “fuerza mayor”–, o incluso la de BERCOVITZ R., respecto de la *STS 4 febrero 1999* –cuando defiende la existencia de un caso de culpa exclusiva de la víctima basado en la no información de determinadas circunstancias por parte de ésta–, lleguen a desnaturalizar parcialmente el entendimiento formal que la doctrina hace del art. 28 LCU. De este modo, la responsabilidad objetiva, que establece teóricamente la norma, no se aplicaría por estar ante dos supuestos de exoneración de esa responsabilidad; lo que traslada el problema a la interpretación misma de dichas causas de exoneración y a la consiguiente subsunción del caso litigioso en una de ellas.

Por otro lado, el hecho de calificar como “fuerza mayor” un supuesto que tal vez encaje mejor en el “caso fortuito” –si partimos de la famosa y discutible distinción propuesta por un sector mayoritario de la doctrina–, asistiríamos a una equivalencia, en cuanto a consecuencias jurídicas, entre el resultado de aplicar al caso un sistema de responsabilidad subjetivo –en virtud del cual el demandado resultara absuelto por falta de culpa– y el que depararía la aplicación de uno objetivo, en el que actuara como causa

el demandante no advirtió al demandado la existencia de esta anomalía anatómica, (quizás por ignorarla) y sin que, en cualquier caso, fuera apreciable de un modo directo la misma, motivo por el cual el evento dañoso se produjo de un modo imprevisible” [la negrita es mía].

La misma autora, con ocasión del análisis del art. 28 LCU, cuando se refiere al concepto de “fuerza mayor” se remite a la argumentación contenida en la cita anterior, esgrimida en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración [GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, p. 1758, nota 182]; seguramente debido a la equiparación que efectúa entre los dos supuestos de responsabilidad, caracterizados por tratarse de una responsabilidad objetiva.

de exoneración la fuerza mayor –claramente diferenciada del caso fortuito, según la doctrina antes citada-, lo que no deja de ser extraño.

Un nuevo matiz respecto de la *STS 20 febrero 1992*: debido a que tanto en ésta como en la *STS 4 febrero 1999* se advierte un déficit de información de determinadas circunstancias, esenciales para el sentido del fallo, no creo que existan dudas acerca de la concurrencia en la primera de un uso incorrecto del servicio por parte del paciente –siguiendo con el contraste entre ambas sentencias a efectos de la aplicación del art. 28 LCU-. Pese a los términos utilizados en la *STS 20 febrero 1992*, el paciente no está en condiciones de conocer la ubicación de su nervio ciático, a no ser que con anterioridad hubiera tenido problemas similares –cosa que no consta-. Por otro lado, tampoco encajaría el supuesto en los calificados como “riesgos del desarrollo”, ya que –en principio- parece que la anomalía anatómica en cuestión es susceptible de ser advertida con los medios técnicos y científicos del momento; lo que ocurre es que éstos no han sido utilizados, porque “normalmente” para esos casos (administración de inyectables) el comportamiento médico-sanitario que se desarrolla es más liviano, desde el punto de vista de la diligencia exigible.

Luego sigue sin quedarme claro cuál es el significado de la aplicación de una responsabilidad objetiva –como la que presumiblemente establece el art. 28 LCU- a supuestos como éstos. Entiendo que la aplicación de una responsabilidad objetiva debe partir de una premisa: la desaparición de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. Pues bien, esto que parece una evidencia, no lo es tal cuando de lo que se trata es de adoptar dicho entendimiento a un ámbito como el médico-sanitario. Personalmente persisto en la idea de defender la aplicación de la culpa como único criterio de imputación de la responsabilidad civil médico-sanitaria. De ahí que, por poco que quiera profundizarse en este problema, no quede más remedio que mantener la subsistencia de la culpa como criterio para valorar la responsabilidad o no del demandado, aunque se trate de la responsabilidad -supuestamente “objetiva”, según la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias- del art. 28 LCU.

A esta conclusión personal he llegado después de valorar nuevas y sugerentes aportaciones doctrinales al respecto. Me refiero a la tesis mantenida por BERCOVITZ R²⁷, cuando señala: “la responsabilidad objetiva en el campo de la sanidad no implica una utópica garantía de curación, sino simplemente una garantía de indemnización cuando, sin que medie fuerza mayor ni culpa de la víctima, no se alcancen los resultados normalmente previsibles y exigibles, de acuerdo con la *praxis* médica existente”. Estas afirmaciones se ajustan perfectamente a la sentencia objeto de comentario por el autor: al paciente le fue amputada su pierna izquierda debido a una infección bacteriana después de una intervención quirúrgica.

El problema es que el resultado condenatorio se basa en una clara conducta negligente de los servicios médicos, lo que facilita –por innecesaria- la aplicación de la

²⁷En el “Comentario a la STS 1 julio 1997”, *CCJC* n° 45, 1997, p. 1221. Esta tesis tiene como precedente unas frases emitidas por el mismo autor con ocasión del “Comentario a la STS 22 julio 1994”, *CCJC*, n° 37, 1995, pp. 155-156: “Un sistema de responsabilidad objetiva para las actividades sanitarias puede combinar la mejor protección de las víctimas, que no tendrán que probar la existencia de culpa alguna, con un resultado razonable, basado en la exigencia de probar el nexo causal entre la prestación médica y el resultado dañoso. Es evidente que no cabe garantizar a los enfermos de su curación. Pero la responsabilidad objetiva no conduce necesariamente a semejante utopía. *Lo que sí parece razonable es que los pacientes puedan exigir que el tratamiento que reciben produzca los resultados hoy en día normales, esto es, acordes con el estado de la ciencia y de la técnica*” (la cursiva es mía).

consabida responsabilidad objetiva. Para supuestos como éste, es relativamente sencillo aplicar el esquema propuesto por BERCOVITZ, en orden a exponer, primero, el resultado “normalmente” previsible en ese tipo de intervenciones quirúrgicas, así como la comparación entre dicho resultado –obtenido a partir de criterios de normalidad y razonabilidad, según la experiencia práctica- y el finalmente acaecido según el caso en cuestión. Ese contraste acaba en el convencimiento de la existencia de una conducta defectuosa (= negligente); y el mecanismo utilizado para ello no es otro que la aplicación de una *praesumptio hominis*.

Ahora bien, ¿qué ocurrirá cuando, conforme a la *praxis* médica del momento, se tengan dudas o no se sepa cuál será el resultado “normalmente previsible y exigible”, debido a la complejidad del tratamiento en cuestión o a otra serie de circunstancias²⁸? En estos casos no servirá el criterio propuesto por BERCOVITZ, y resurgirá, sin una solución convincente, la controversia acerca de la aplicación de una responsabilidad objetiva *ex art. 28 LCU*.

En definitiva, entiendo que la aplicación real del art. 28 LCU, con el consiguiente establecimiento de la supuesta responsabilidad objetiva, se reduce a un abierto reconocimiento de la utilización del mecanismo presuntivo como solución para resolver –como mucho- los litigios en los que no se observa directa y claramente la existencia de una conducta negligente en un sujeto individualizado. Lo que actuaría como afirmación base o indicio de la presunción sería –entre otros datos- el resultado obtenido “normalmente” en intervenciones sanitarias análogas a la litigiosa; así como la valoración acerca de la mayor o menor desviación entre dicho resultado y el realmente acaecido en el supuesto de hecho que se juzga. Si finalmente el resultado concreto se extralimita de lo normal; es decir, si estamos ante una situación de “anormalidad”, el demandado responderá *ex art. 28 LCU*, pero siempre que esa “anormalidad” coincida con una actuación “deficiente” (existencia de “defecto”) y ese defecto equivalga a un comportamiento negligente (en mayor o menor medida).

No creo que el demandado resulte condenado, por aplicación del art. 28 LCU, en un caso donde no exista posibilidad de advertir una conducta negligente –siempre y cuando concurren el resto de los requisitos para la exigencia de responsabilidad civil-. Pondría como ejemplo uno de la realidad jurídico-práctica: la famosa *STS, 3ª, 14 junio 1991 (RJ 1991, 5115)*²⁹. Aunque un sector mayoritario de la doctrina partan de una

²⁸Este tipo de incertidumbres ha sido verificado por autores como BUSTO LAGO (*Régimen jurídico estatutario del personal facultativo al servicio del SERGAS. Análisis de su responsabilidad civil y disciplinaria*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2001, p. 160), quien, después de confirmar cómo el criterio –antes apuntado- del Prof. Bercovitz es un criterio objetivo y abstracto, que resuelve adecuadamente los supuestos en los que de la intervención o tratamiento se puede esperar un resultado positivo para el paciente según el estado de la ciencia médica en el momento de la intervención sanitaria, afirma lo siguiente: “Los problemas que plantea la aplicación de la regla examinada surgen fundamentalmente en relación con aquellas intervenciones médicas que implican notables riesgos para el que se somete a ellas y sobre las que estado de la ciencia médica no permite pronosticar un resultado favorable para el paciente. No se trata de aquellas intervenciones realizadas de forma más o menos desesperada en las que se intenta evitar un resultado lesivo para el paciente con unas mínimas probabilidades de éxito, sino de aquellas intervenciones o tratamientos médicos en los que científicamente no sea posible eliminar resultados dañinos para el paciente sin que estos se presenten como algo anómalo, tanto si ello es debido a la propia técnica o tratamiento empleado porque la ciencia no permite otro, como si ello es debido a las propias condiciones subjetivas del paciente”.

²⁹El TS condenó a indemnizar a los recurrentes la cantidad de 10 millones de pesetas más el pago de un millón doscientas doce mil pesetas en concepto de gastos acreditados, por los daños consistentes en la paralización de la parte izquierda del cuerpo de la paciente como consecuencia de una intervención

equivalencia entre el sistema de responsabilidad ex art. 28 LCU y el derivado de la aplicación de la Ley 30/1992, propio de las Administraciones Públicas, dudo mucho que –de haber aplicado el art. 28 LCU- hubiera resultado condenada la Administración sanitaria, sobre la base de aplicar un criterio objetivo de responsabilidad –alejado totalmente de la culpa-. Con toda probabilidad, se habrían aducido justificaciones similares a las propuestas por quien ha comentado la sentencia desde la aplicación de las reglas de la responsabilidad patrimonial de la Administración³⁰.

Por otro lado, y ésta es una diferencia formal entre el art. 28 LCU y el art. 139 LRJAP, para la debida aplicación de la primera norma, debe tenerse en cuenta lo ya dicho acerca de los niveles de pureza, eficacia y seguridad; mientras que la aplicación del art. 139 LRJAP cubre –además- los daños causalmente conectados con el funcionamiento “normal” de los servicios sanitarios, lo que hace innecesario no sólo cualquier mención a una conducta defectuosa o negligente, sino también la utilización de acepciones como “resultado anormal o desproporcionado”; terminología, por otra parte, conectada estrechamente con la aplicación de un sistema de responsabilidad civil subjetivo, aunque sea por la inestimable ayuda de la *praesumptio hominis*.

Pero aún hay mas. Las frases antes transcritas de BERCOVITZ R., a propósito del entendimiento de la “supuesta” responsabilidad objetiva del art. 28 LCU, hay que unir las a otras, cuya interpretación se halla más cercana todavía a los contornos de un sistema de responsabilidad subjetivo, comandado por la efectividad de la presunción de hecho. Me refiero a las consideraciones efectuadas por el autor respecto de una sentencia muy interesante: la *STS 2 diciembre 1996 (RJ 1996, 8938)*³¹. Según

quirúrgica. La paciente presentaba dos aneurismas gigantes en ambas carótidas. El cirujano optó por reducir en primer lugar el aneurisma de la carótida derecha –opción irreprochable desde la aplicación de la *lex artis ad hoc*-. No obstante, posteriormente pudo comprobarse que hubiera resultado más conveniente reducir primero el aneurisma de la carótida izquierda; pese a que los graves daños producidos por proceder de ese modo no eran previsibles cuando el cirujano tomó la decisión, dado que cualquiera de las dos opciones posibles suponían una adecuación a las reglas de la *lex artis*. *Vid.*, a propósito de esta sentencia, los análisis de PANTALEÓN PRIETO en sus distintos trabajos (v. gr., *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 67 y ss.; “Los anteojos de un civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, *DA*, núm. 237-238, 1994, pp. 240 y ss.; “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual [También la de las Administraciones Públicas]”, en MORENO MARTÍNEZ –Coor.-, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, 2000, pp. 459 ss.; “La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria”, en AA.VV, *Responsabilidad del personal sanitario*, cit., pp. 176 y ss). El autor estima que la *STS 14 junio 1991* aplicó de manera impecable el régimen de responsabilidad objetiva de la Administración, tal como viene siendo interpretado por la doctrina mayoritaria.

³⁰Un resumen de las mismas aparece expuesto con claridad en MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, nota 400 (por ejemplo, el autor rechaza la falta de imputación objetiva aducida por BELADIEZ ROJO).

³¹Según los hechos de la sentencia: tras el parto, a la paciente le sobrevino una fuerte hemorragia, sin que remitiera el flujo sanguíneo, después de varias transfusiones. Como solución final se optó por una histerectomía subtotal (extirpación del útero), que fue la que cortó la hemorragia. Sin embargo, la paciente ya presentaba síntomas de una grave anemia, que derivó finalmente en una anoxia cerebral, con secuelas de importancia. Ocho horas después de aparecer la hemorragia, el doctor codemandado, debido a la gravedad de la situación, decide el traslado de la paciente a otro hospital, donde es tratada conforme a la *lex artis*. La situación final es la siguiente: la paciente queda con una tetraparesia espástica, que provoca una imposibilidad de deambulación, obligándola a permanecer en silla de ruedas y absolutamente dependiente de terceras personas para las actividades cotidianas. Definitivamente la minusvalía que sufre es del 92,5 % de sus capacidades orgánicas y funcional. En Primera Instancia, el Juzgado desestima la

BERCOVITZ³², “cabe señalar, como novedad importante, la valoración que la sentencia viene a hacer de la prueba de presunciones, a partir de la anomalía con que el daño sufrido por la víctima se ha producido. (...) Semejante valoración de ese resultado dañoso anómalo como prueba de presunción de la existencia de culpa, parece totalmente razonable. Pero además, no se encuentra tan lejos de la referencia principal de un

demanda interpuesta contra el doctor que atendió primeramente a la paciente y contra el sanatorio donde el profesional co-demandado trabaja. La AP revoca la sentencia impugnada y condena únicamente al ginecólogo demandado a abonar a la parte actora 60.000.000 pts. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por el ginecólogo.

Aun cuando el TS alude expresamente a la utilización del mecanismo presuntivo, cuya afirmación base coincide con la desproporción del resultado final con lo que comparativamente es usual en el resto de los casos, la argumentación jurídica de la AP –confirmada por el TS– demuestra una mayor explicación y concreción de dónde se halla y en qué consiste el comportamiento negligente del ginecólogo demandado, que es, en suma, el verdadero fundamento del fallo condenatorio. En primer lugar expondré el extracto con el que concluye el TS su razonamiento:

“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 éste 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”. (F. D 3º)

Pero antes de llegar a esta conclusión, el TS se hace eco de la completa argumentación presentada por la AP, en la que se resume el comportamiento negligente que conduce a la condena del ginecólogo demandado:

“Considera el recurrente que de la prueba practicada no se revela la conducta culposa del mismo. Mas es lo cierto que tal apreciación subjetiva no cuenta con ningún apoyo, según resulta de la pormenorizada valoración de la prueba que realiza la Sala de instancia. El informe, en efecto, para mejor proveer y las aclaraciones llevadas a cabo ponen de relieve una actuación facultativa negligente, no por omitir los medios precisos, sino por haberlos adoptado absolutamente a destiempo, teniendo en cuenta, por un lado, la gravedad del cuadro post-parto que se presentó en la paciente (que exigía una actuación rápida y contundente) y, por otro, las propias circunstancias personales de la citada, pues si una histerectomía siempre supone el último paso a dar, en este caso, tratándose de una paciente de 39 años, con tres hijos y, sobre todo, ya sometida a una ligadura de trompas dentro del mismo proceso del parto, la actuación médica debió de comenzar por practicarla desde el mismo momento en el que se tuvo conciencia de la presencia de la atonía uterina, que, como bien afirman los informantes, es la más grave de las complicaciones que se pueden presentar en el parto y que de ninguna manera (al margen del mayor o menor índice de influencia de la misma) puede considerarse como un supuesto anómalo o extraño en un parto. En el análisis que se hace no puede olvidarse el dato o factor «tiempo», como así lo expresan los informantes al contestar a las aclaraciones primera, segunda y tercera que les fueron formuladas por la Sala. Y tampoco puede olvidarse que si no se pudo concretar la hora en la que se practicó la histerectomía (lo que fue debido a la total ausencia del historial clínico y, como consecuencia, a la facilitación de las vaguedades en las posturas de los demandados, lo que en ningún caso debe favorecerles), lo que no cabe duda es que, si su práctica cortó la hemorragia, ésta ya había provocado el posterior cuadro de anoxia y consecuente encefalopatía. Esta conclusión deviene inevitable si se tiene en cuenta que cuando la paciente llega al «Hospital Central de Asturias» en Oviedo, los informes no mencionan, en ningún momento, la persistencia de la hemorragia, sino que ésta ya había tenido lugar en tiempo anterior, si bien suficiente para provocar el estado de parálisis irreversible. Con lo que ello significa que fue la histerectomía la que redujo el flujo de sangre, aunque tal intervención fuera practicada a destiempo, vistas las graves secuelas”. (F. D. 2º)

³²“Responsabilidad médica”, (Portada) *Aranzadi Civil*, nº 17, enero 1997, p. 10.

sistema de responsabilidad objetiva, en el que debería responderse de los resultados dañosos anómalos (riesgo legítimamente no previsible), causados por la actuación médica sobre el paciente, esto es por una actuación defectuosa.

Como en alguna otra ocasión he señalado, ese es el sistema que impone en la actualidad el citado artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Su aplicación, debidamente medida, no debería producir necesariamente una situación insostenible para los servicios sanitarios y los profesionales de los mismos; tampoco para su capacidad financiera. Ciertamente que ello impondría una cuidadosa valoración del nexo causal, distinguiendo sobre todo entre el resultado anómalo derivado de tratamiento y el resultado anómalo derivado de la individualidad peculiar del paciente. Ciertamente que semejante sistema de responsabilidad objetiva obligaría también a abandonar la tradicional distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado en este campo de la sanidad”.

En mi opinión, el razonamiento implícito en la *STS 2 diciembre 1996* –presunción de culpa a partir de un daño desproporcionado– no es que no se halle lejano del régimen de responsabilidad –“objetiva (¿?)”– ex art. 28 LCU, es que trata de uno de los supuestos más característicos de la aplicación del precepto³³. Es más, una de las corrientes jurisprudenciales con mayor asenso en los últimos tiempos es, precisamente, la que basa la responsabilidad civil en el denominado “daño desproporcionado” derivado de la asistencia sanitaria. La esencia de la teoría del “daño desproporcionado” parte de una presunción de culpa cuyo indicio principal viene dado por las consecuencias dañosas desproporcionadas respecto de lo que suele derivarse del tratamiento suministrado al paciente. Conforme a lo adelantado acerca de la *STS 2 diciembre 1996*, el juzgador no deja de centrar toda la fundamentación jurídica de la condena sobre la culpa del demandado; lo que se aparta del razonamiento propio de un sistema de responsabilidad donde el criterio de imputación nada tiene que ver con la culpa o negligencia.

2.1. La exigencia o no de la existencia del defecto en el servicio.

Una última cuestión a propósito del tenor literal del art. 28 LCU, que ya ha sido adelantada con anterioridad. Me refiero a un concepto que suele ser omitido por parte de la doctrina que analiza el precepto: el defecto en el servicio sanitario prestado. Así, como ya expuse en otro trabajo hace unos años³⁴ y he reiterado ahora, entiendo que la aplicación del art. 28 requiere el cumplimiento de dos presupuestos bien distintos: primero, que el daño se haya originado en el correcto uso y consumo de un servicio, y, segundo, que quede probada la falta del nivel objetivo de pureza, eficacia o seguridad de tal servicio. Este último presupuesto reconduce la cuestión a la necesidad de que estemos ante un defecto –o anomalía– en la prestación del servicio sanitario. Defecto

³³Como queda anunciado convenientemente en la *STS 5 febrero 2001* (RJ 2001, 541) y confirmado por una amplia y actual jurisprudencia sobre la teoría del “daño desproporcionado”. *Vid.*, a título ejemplificativo, las siguientes sentencias: *STS 15 septiembre 2003* (RJ 2003, 6418); *STS 31 enero 2003* (RJ 2003, 646); *STS 29 noviembre 2002* (RJ 2002, 10404); *STS 9 diciembre 1999* (RJ 1999, 8173); *STS 29 junio 1999* (RJ 1999, 4895); *STS 9 junio 1998* (RJ 1998, 3117).

³⁴DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba...*, pp. 369 y ss.

que, como hemos comprobado, se encuentra estrechamente ligado al incumplimiento de los consabidos niveles de pureza, eficacia y seguridad³⁵.

Si acudimos a un ejemplo de la realidad jurídico-práctica, la *STS 5 febrero 2001 (RJ 2001, 541)* recuerda cómo el art. 28 LCU es un precepto utilizado cada vez más por la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS. Ahora bien, semejante afirmación no debe llevarnos a engaño, pues la norma es aplicada en reclamaciones fundadas –según el TS– “en una *deficiente* atención médica u hospitalaria”. Con el adjetivo resaltado en cursiva el TS está marcando –consciente o inconscientemente– la dirección que ha de tomar la adecuada interpretación del precepto. Es más, a renglón seguido, enumera los distintos supuestos donde el art. 28 LCU suele ser aplicado; supuestos de hecho de los que se deduce –en realidad– la utilización más o menos velada de una presunción judicial, cuyo resultado es la afirmación de una culpa –normalmente abstracta o no individualizada–, que equivale al “defecto” (“deficiente atención médica u hospitalaria” –según el TS–) y que posibilita la aplicación del art. 28 LCU. Aquellas situaciones, enumeradas por la *STS 5 febrero 2001* con la cita ejemplificativa de algunas sentencias que lo confirman, son las siguientes: casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario, o a consecuencia de transfusiones de sangre³⁶, de fallos en determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención o, en fin, de daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención.

Éste es el verdadero ámbito de aplicación del art. 28 LCU. Es cierto que el mismo resultado podría obtenerse de aplicar únicamente los arts. 1902 y 1903.4 o el art. 1101³⁷ CC, tal como son interpretados por un importante sector jurisprudencial³⁸. Pero

³⁵Vid., nota anterior nº 14.

³⁶De todos los supuestos de responsabilidad civil médico-sanitaria a los que se aplica el art. 28 LCU, los supuestos donde no cabría la equiparación entre los conceptos de “defecto” y de “culpa” son los casos de sangre contaminada, con cualquiera de los virus que han ocasionado mayor litigiosidad (VIH ó VHC). Por todos es sabido que muchos de esos casos vienen caracterizados por tratarse de los llamados “riesgos del desarrollo”, en los que el evento dañoso –infección de la Hepatitis C o del SIDA ocasionada por la transfusión sanguínea– o era imprevisible o inevitable conforme al estado de la ciencia y de la técnica en el momento de producirse. Al respecto hay que tener presente lo dispuesto por el art. 141.1 LRJAP, así como la jurisprudencia contradictoria que se ha emitido hasta ahora. En los últimos años, sobre todo a partir de la promulgación de la Ley 4/1999, que supuso la modificación del citado art. 141.1 LRJAP, los estudios sobre este problema se han multiplicado. Uno de los más recientes, donde aparece actualizada tanto la jurisprudencia como la doctrina sobre la materia, es el realizado por SEUBA TORREBLANCA, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis*, Civitas, Madrid, 2002.

Asimismo, otro ámbito controvertido en el que tampoco coincidirían el concepto de “defecto” y el de “culpa” en un mismo sujeto sería el relativo a la prestación de un servicio sanitario donde se utiliza un producto defectuoso. En este campo la solución no es nada sencilla, si observamos las distintas posiciones adoptadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Vid., en este sentido, las distintas opiniones de MARÍN LÓPEZ –en el “Comentario a la STS 15 noviembre 2000”, en *CCJC*, nº 56, 2001., pp. 467 y ss., y en *Daños por productos: estado de la cuestión*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 189-193– y la de DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba...*, cit., pp. 398 y ss. Cfr., igualmente, PARRA LUCÁN, “Com. STS 5 octubre 1999”, en *CCJC*, nº 52, 2000, pp. 239-241; y BERCOVITZ R., “Com. STS 24 septiembre 1999”, en *CCJC*, nº 52, 2000, pp. 204-205. En lo concerniente a la jurisprudencia, vid., la contraposición entre la *STS 22 noviembre 1999 (RJ 1999, 8618)* y las *SSTS 17 abril 1998 (RJ 1998, 2055)* y *15 noviembre 2000 (La Ley, núm. 5194, de 29-11-2000)*. En el ámbito de las sentencias dictadas por Audiencias Provinciales, vid., igualmente, el contraste entre la *SAP Guipúzcoa 8 julio 2002 (JUR 2003, 88843)* y la *SAP Madrid 12 febrero 2002 (JUR 2002, 121585)*.

³⁷Sobre todo, si se acepta la tesis de cierta corriente doctrinal que incluye, junto a la culpa y el dolo como criterios de imputación de la responsabilidad civil contractual ex art. 1101 CC, el criterio de la “esfera de

de igual modo hay que decir que esta interpretación se enfrenta a una jurisprudencia – más tradicional pero no menos relevante- anclada en una visión esencialmente subjetivista de aquéllos preceptos (sobre todo en lo relativo a la responsabilidad imputable a los profesionales de la medicina y -en menor medida- a los entes privados de los que aquéllos dependen³⁹), conforme a la interpretación más literal del sistema de responsabilidad del CC, ya sea en su vertiente contractual o extracontractual.

A modo de conclusión final: lo que sí he podido comprobar –y ello ha sido objeto de un análisis exhaustivo en otro trabajo⁴⁰- es que todas las sentencias que actualmente aplican el art. 28 LCU –que son muchas, clasificadas en los diferentes supuestos enumerados en la *STS 5 febrero 2001*-, lo hacen sobre una premisa segura: la convicción judicial de la existencia de una conducta negligente atribuible –en último término- a la entidad sanitaria demandada. Por tanto –y omitiendo ahora la cuestión concerniente a la interpretación del tenor literal de la norma-, si todas las sentencias aplican el cuestionado precepto (y la consabida responsabilidad objetiva que

control del deudor” (GÓMEZ CALLE, *op.cit.*, pp. 1733 y 1744). Esta interpretación no sólo es objetable desde la literalidad del art. 1101 CC, precepto que establece los dos criterios de imputación de la responsabilidad contractual (culpa y dolo) como regla general –salvo que se imponga otro por aplicación de otra norma-, sino que introduce una nueva escisión en nuestro Derecho de daños, ya que mientras en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC el demandado no respondería por ausencia de culpa, en el contractual (art. 1101 CC) sí lo haría, por concurrir un evento no culposo pero interno a la esfera de actividad y ámbito de control del deudor (ej. cualquier deficiencia organizativa o asistencias) (cfr. La explicación de GÓMEZ CALLE al respecto, *loc. cit.*). La defensa de esta postura doctrinal parte de una interpretación según la cual “caso fortuito” no equivale a “no culpa”, sino a “suceso exterior o extraño al deudor, fuera de su ámbito de control” (GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, pp. 1733-1734; a partir de las tesis de Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, 5ªed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 588 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, *ADC*, 1991, pp. 1064 y ss.; voz “Responsabilidad Contractual”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5922 y ss. En contra: *vid.*, por todos, CARRASCO PERERA, “Comentario art. 1101, 1102, 1104 y 1105 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, Edersa, Madrid, 1989, pp. 381, 382, 586, 591, 592, 594, 624 y ss., 636 y ss.).

³⁸*Vid.*, entre otras, las *SSTS 20 julio 2000 (La Ley 2000, 10802)*; *11 abril 2000 (RJ 2000, 2359)*; *12 noviembre 1998 (RJ 1998, 8821)*; *22 mayo 1998 (RJ 1998, 3991)*. Otros pronunciamientos jurisprudenciales optan por la vía de fundamentar la condena de los demandados en la aplicación de los preceptos del CC, interpretados en clave objetiva y, como complemento argumentativo u *obiter dictum*, simplemente mencionan el art. 28 LCU: *vid.*, a modo ejemplificativo, las *SSTS 9 diciembre 1998 (RJ 1998, 9427)*; *29 junio 1999 (RJ 1999, 4895)*. Se da la particularidad de que en las dos últimas sentencias se defiende un distinto tratamiento, según el demandado sea un médico (donde su obligación generalmente es de medios y no de resultado) o, por el contrario sea un centro –público o privado- (a los que se les aplica la interpretación objetivadora de los preceptos del CC).

³⁹Existe jurisprudencia consolidada en esta dirección. Así, podemos encontrar manifestaciones como las que siguen: “...para que pueda surgir la responsabilidad del personal sanitario **o del centro de que aquél depende**, como consecuencia del tratamiento aplicable a un enfermo, se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto médico o clínico enjuiciado, ya que en la valoración de la conducta profesional de médicos y sanitarios en general queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, siendo imprescindible que a la relación causal, material o física, haya de sumarse el reproche culpabilístico, que puede manifestarse a través de una negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo o, más generalmente, en la existencia de una acción culposa o negligente en tal aplicación” (*SSTS 5 febrero 2001 (RJ 2001, 541)*; *23 octubre 2000 (RJ 2000, 9197)*; *10 noviembre 1997 (RJ 1997, 7868)*, y jurisprudencia citada en estas sentencias. (La negrita es mía)

⁴⁰DÍAZ-REGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, cit., pp. 119 y ss.

teóricamente establece) cuando la *ratio* del fallo condenatorio es la culpa: ¿por qué seguir hablando de responsabilidad objetiva?

III. Algunas notas sobre la aplicación del art. 28 LCU: a propósito de la STSJ Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18 abril 2005.

Este último epígrafe servirá para confirmar ciertas aseveraciones que he hecho recientemente en otro lugar⁴¹, con ayuda de la sentencia arriba mencionada, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana. Por tanto, no voy a entrar en los problemas que están surgiendo con ocasión de la aplicación del art. 28 LCU por los órganos judiciales; que no son pocos ni carentes de relevancia jurídica. Entre ellos, destacan dos: 1º) la concreción del ámbito en el que ha de ser aplicado el art. 28 LCU; en otros términos, si únicamente se aplica la norma al sector privado o también cabría defender su aplicación al ámbito público –entre otras razones, por suponer una posición más favorable a administrado-consumidor, frente al perjuicio que supondría, al contrario, la aplicación de las normas administrativas⁴². 2º) Situándonos en el ámbito

⁴¹En DÍAZ-REGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, cit., pp. 80 y ss.

⁴²Me estoy refiriendo al contraste que se produce entre la exoneración de la responsabilidad civil de la Administración en caso de riesgos del desarrollo, por aplicación del art. 141.1 LRJAP, en comparación con la imputación de responsabilidad ante un mismo supuesto de hecho si se aplicara el art. 28 LCU a la Administración sanitaria demandada –si es que se defiende la posición adoptada por un amplio sector de la doctrina, en orden a considerar que esta norma incluye la responsabilidad por riesgos del desarrollo: opinan así, entre otros, PARRA LUCÁN, *Daños por productos...*, cit., pp. 398 y 403; “Comentario a la STS 5 octubre 1999”, cit., p. 237; GARCÍA AMIGÓ, “La Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: responsabilidad civil extracontractual”, cit., pp. 1217-1218; CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, cit., pp. 188 y ss.; RAMOS GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil por medicamento*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, p. 315. En contra, vid., BERCOVITZ, R., “Comentario al Capítulo VIII LCU y a los arts. 25 ss. LCU”, cit., pp. 694 y 718, o MÚRTULA LAFUENTE, “La responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio del virus del SIDA a través de transfusión de sangre [Com. STS 28-12-1998]”, *ADC*, 1999, IV, p. 1724, a cuya posición me sumo.

Con mayor evidencia aún se percibe el contraste entre la consabida regla de exoneración del art. 141.1 LRJAP y el art. 6.3 Ley 22/1994, precepto último que impide expresamente la exoneración de responsabilidad por riesgos del desarrollo en el caso –entre otros- de medicamentos; problema que queda patente en los casos de sangre contaminada (para un tratamiento de esta cuestión me remito a DÍAZ-REGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, cit., pp. 80 y ss.).

Pero todavía cabe resaltar una cuestión, más general aún, sobre la que no existe una postura pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia. Me refiero al problema de los daños derivados de la prestación de un servicio sanitario en el que se ha utilizado un producto defectuoso –sin que éste deba ser calificado necesariamente de riesgo del desarrollo-. La duda versará sobre el sujeto que deberá responder (prestador del servicio, fabricante, ambos –si no coinciden-) y sobre la fundamentación jurídica de la responsabilidad civil, debido a la posible aplicación de distintas normas jurídicas: LCU (art. 28), LRPD (responsabilidad objetiva), CC (arts. 1101 y 1902-1903), LRJAP. Para más detalles, vid., DÍAZ-REGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, cit., pp. 35 y ss., donde se analizan varias sentencias del TS y otras, no menos relevantes, dictadas por distintas AA.PP (destaca en este sentido la contraposición de dos sentencias recientes: la *SAP Madrid 12 febrero 2002 [JUR 2002, 121585]* y la *SAP Guipúzcoa 8 julio 2002 [JUR 2003, 88843]*).

puramente privado, otro problema reside en considerar aplicable el art. 28 LCU únicamente a los centros sanitarios o, por el contrario, extender el alcance del precepto también a los profesionales individualizados –médicos y resto de personal sanitario-⁴³.

Centrémonos ahora en la *STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 18 abril 2005 (JUR 2005, 134432)*. El interés de esta sentencia tiene que ver con varias cuestiones, todas ellas relacionadas con el tema objeto del presente trabajo. Según los hechos: el actor es sometido a una intervención quirúrgica de hernia umbilical, para la que fue necesario anestesia general. Durante la intubación endotraqueal se presentaron ciertas complicaciones, que finalizaron en una parada cardíaca; produciéndose, como consecuencia de todo ello, una encefalopatía post-anoxia. El actor salió del quirófano en situación semivegetativa, con tetraparesia, lo que le obliga a permanecer en silla de ruedas. La reclamación de responsabilidad contra la Administración sanitaria (por un total de 775.524,63 €) fue desestimada por silencio administrativo; decisión recurrida ante el TSJ Comunidad Valenciana. Finalmente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este tribunal estima parcialmente el recurso condenando a la Administración demandada a indemnizar al actor la cantidad de 704.756,374 €.

Lo que resalta de un modo más palpable es que en esta ocasión un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo ha aplicado el art. 28 LCU con la finalidad de fundamentar jurídicamente la condena de la Administración sanitaria; cosa que no ocurre en los últimos años⁴⁴, en los que –confirmando la solución adoptada por recientes Leyes⁴⁵- no sólo queda resuelto –casi en la totalidad de los supuestos- el problema de la jurisdicción competente –a favor del orden contencioso-administrativo-, sino también la aplicación de las reglas de fondo en los litigios contra la Administración sanitaria –en el sentido de aplicar únicamente los arts. 139 y ss. LRJAP, sin añadir, como fundamentación jurídica complementaria, otro tipo de normas sustantivas imperantes en el ámbito jurídico-privado (arts. 1902, 1903, 1101, 1104 CC, art. 28 LCU, o preceptos de la LRPD). En este sentido, la *STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 18 abril 2005* parece desviarse de la dirección propuesta por un importante sector de la doctrina, que circunscribe la virtualidad del precepto a la medicina privada⁴⁶.

Como ya he indicado en otro lugar⁴⁷, no dudo de la posibilidad de que un Tribunal del orden Contencioso-Administrativo pueda aplicar un precepto, como el art. 28 LCU; sobre todo si ello beneficia –cosa que no creo- la posición del administrado-demandante. Pero ahondemos un poco más en todo este problema. La sentencia antes citada acompaña la aplicación (a mayor abundamiento, hay que decir) del art. 28 LCU a

⁴³Para una puesta a punto de este problema, nuevamente debo remitirme a DÍAZ-REGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, cit., pp. 177 y ss., ya que en dicha monografía aparecen expuestas las posiciones doctrinales en uno y otro sentido, así como la evolución que al respecto se ha producido en el seno del TS, llegando finalmente a aplicar el precepto tanto a centros sanitarios como a profesionales individualizados que resultan demandados.

⁴⁴A la vista de las más de cien sentencias analizadas al respecto y que aparecen mencionadas en la nota siguiente nº 56.

⁴⁵Como por ejemplo las siguientes: Ley 29/1998, de 13 julio; LO 6/1998, de 13 julio; Ley 4/1999, de 13 enero; LO 19/2003, de 23 diciembre.

⁴⁶Vid., por todos, ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil médica*, cit., p. 1101.

⁴⁷DÍAZ-REGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, cit., p. 85.

una fundamentación jurídica muy conocida en el ámbito de la Sala 1ª TS: la doctrina del daño desproporcionado. A este respecto sí hay que decir que la verdadera y única *ratio* de la condena de la demandada se centra en la aplicación de dicha teoría⁴⁸. Por tanto, si

⁴⁸El mejor modo de confirmar lo dicho es observar la literalidad de los Fundamentos de Derecho de la sentencia donde aparece condensada la *ratio* de la condena. A pesar de la extensión de los mismos, merece la pena su transcripción por la clarividencia que demuestran:

“SEGUNDO.- El art. 139.1 de la Ley 30/92, de 26-11, establece 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos".

Y añade el art. 141.1 de la citada Ley que "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

Como en el ámbito de actuación de la Administración Sanitaria, el instituto de la responsabilidad patrimonial cobra perfiles peculiares, procede que comencemos partiendo de las siguientes premisas.

En primer término ha de significarse -como ha establecido el TS en Ss. como la de 4-4-00 EDJ 2000/9963- que el buen fin de los actos terapéuticos no siempre puede quedar asegurado.

En segundo lugar, que en este ámbito, como la jurisprudencia del TS viene estableciendo "el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido", ello si bien que "la actuación del servicio médico haya sido correcta o incorrecta, permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad y, en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir si éste tiene o no el deber jurídico de soportarlo, ya que, según la jurisprudencia tradicional, ahora recogida por el precepto contenido en el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquellos".

Es decir, "cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste".

Y, por último, que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados deriva, con frecuencia en el ámbito de la Administración Sanitaria, del carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, inadecuación que se ha apreciado en casos de inexistencia de consentimiento informado, por incumplimiento de la "lex artis ad hoc", por defectos en el uso de la técnica o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio.

"Lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no es el proceder antijurídico de la Administración, dado que tanto responde en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o lesión" (Ss. de 25-

1-1997 EDJ 1997/692, 21-11-1998 EDJ 1998/30915, 13-3 EDJ 1999/4839, 24-5 EDJ 1999/18966 y 30-10-1999 EDJ 1999/44589).

Estamos -como viene estableciendo la AN- "ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción del repetido criterio; prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivización de la responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva, sin necesidad de demostración de la infracción del criterio de normalidad".

TERCERO.- Llegados a este punto ha de significarse también que la producción de resultados desproporcionados ha sido decisivamente valorada a la hora de apreciar la existencia de título de imputación a la Administración Sanitaria en concepto de responsabilidad patrimonial y de elemento de antijuridicidad, por entenderse -en aplicación de la citada doctrina- que dada la entidad del daño el sujeto no tiene obligación de soportarlo.

En tal sentido es ilustrativa la S. de 31-1-03 (RJ 2003/954) del TS que recoge otras anteriores de 13-12-1997, 9-12-1998 EDJ 1998/27962, 29-6-1999 EDJ 1999/16813, 9-12-1999 EDJ 1999/35044 y 30-1-2003 el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla res ipsa liquitur (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla Anscheinsbeweis (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la faute virtuelle (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción. Con lo cual, esta doctrina no lleva a la objetivación de la responsabilidad sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado. A no ser, claro es, que tal autor, médico, pruebe que tal daño no deriva de su actuación, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996 EDJ 1996/8619, reiterada por la de 29 de noviembre de 2002 EDJ 2002/51858: "el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión." A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el **artículo 28 de la Ley 26/1984**, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios EDL 1984/8937 y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras sentencias de 1 de julio de 1997 EDJ 1997/4832 y 21 de julio de 1997 EDJ 1997/5064, en la posterior de 9 de diciembre de 1998 EDJ 1998/27962 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 EDJ 2002/51858 que dice: "...demandante es consumidor (art. 1 EDL 1984/8937), ha utilizado unos servicios (artículo 26 EDL 1984/8937), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2 EDL 1984/8937) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss EDL 1984/8937). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando "por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, "hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros. Producido y constatado el daño ...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad ".

CUARTO.- En nuestro supuesto resulta evidente la **desproporción del resultado**, en la medida que el actor ingresó al objeto de ser sometido a una intervención de hernia umbilical y salió del hospital con tetraparesia. (...)

partimos de la premisa según la cual la finalidad de la doctrina del daño desproporcionado no es otra que la obtención de la culpa mediante la *praesumptio hominis* -cuyo indicio viene dado por la desproporción del resultado en comparación con lo que sucede normalmente⁴⁹-, volvemos a reproducir la situación imperante en la Sala 1ª del Tribunal Supremo cuando éste procede a interpretar el cuestionado art. 28 LCU⁵⁰. La problemática es la misma: la defensa a ultranza de una responsabilidad teóricamente objetiva –impuesta por el art. 28 LCU o por el art. 139 LRJAP-, cuyos efectos jurídicos –enaltecidos con desmesura por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias- aparecen subsumidos bajo el manto inapelable de una responsabilidad claramente subjetiva, donde la culpa resurge con una virtualidad reforzada.

A diferencia de lo que ocurre con la aplicación del art. 28 LCU, la Sala de lo Contencioso-Administrativo sí ha recurrido en más de una ocasión a la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, pero sin la contundencia y efectividad mostrada por la *STSJ Comunidad Valenciana 18 abril 2005* cuando insiste en la aplicación de dicha doctrina. De las muchas sentencias estudiadas, tan solo cinco sentencias mencionan expresamente la doctrina del daño desproporcionado en su fundamentación jurídica –y con un alcance diferente-. Son las siguientes: *SAN 27 julio 2005 (JUR 2005, 263633)*⁵¹, *STSJ Cataluña, 27 abril 2005 (JUR 2005, 171792)*⁵², *SAN 25 febrero 2004*

(...) Pues bien, partiendo de las premisas sentadas en los precedentes razonamientos y en aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, ha de concluirse que es a la Administración a quien incumbe probar que el paciente presentaba unas características "normales" de cuello y cavidad oral. Y a más de no haberlo hecho falta en el expediente los datos necesarios para concluir en tal sentido, tal y como evidencia el dictamen de la Real Academia de Medicina mencionado.

Siendo ello así procede estimar en este punto la pretensión actora y reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada”.

A la vista de toda esta argumentación jurídica, sobresale la escasa importancia que posee la aplicación de los preceptos correspondientes a la legislación sobre responsabilidad patrimonial de la Administración (arts. 139 y 141.1 LRJAP), pues su efectividad tan sólo se queda en una mera y formalista reiteración del tenor literal de los mismos en los dos primeros párrafos del F. D. 2º de la sentencia. Insisto en que la verdadera fundamentación jurídica de la sentencia versa sobre la teoría del resultado (o daño) desproporcionado y la presunción de una culpa (= falta de diligencia debida), disimulada por el juzgador con locuciones tales como “daño antijurídico” o violación del “criterio de normalidad de los profesionales sanitarios”.

⁴⁹Para más detalles, vid., DÍAZ-REGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, cit., pp. 120 y ss.

⁵⁰Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión me remito a DÍAZ-REGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, cit., pp. 119 y ss.

⁵¹La *SAN 27 julio 2005* añade una mención de la doctrina del daño desproporcionado precisamente para argumentar la inexistencia de culpa (infracción de la *lex artis*) en la realización de una intervención quirúrgica –anexectomía–:

“B.- En cuanto a la anexectomía si bien son desconocidas a ciencia cierta las causas que conllevaron la misma es evidente que dicha intervención no tuvo por qué ser constitutiva de una infracción de la *lex artis*. De los datos aportados al expediente se deduce que la practica de la misma bien pudo de verse a la necesidad de evitar una futura necrosis de dicho órgano, con evidentes riesgos de deficit de vascularización. En el informe del Dr. Antonio de fecha 9.4.2001, F.169 y ss del expediente, basado en lo referido por el Dr. Fidel en la sesión clínica del Hospital de Laredo, se recogen las manifestaciones del cirujano que operó a la paciente, que no han

podido ser referidas en autos a causa de su fallecimiento, siendo éste la persona más capacitada - y probablemente única- para valorar el motivo por el que tuvo lugar la extirpación de los dos ovarios. Y aunque dichos órganos estuvieran sanos, ello no permite afirmar que existió una infracción de la aludida *lex artis*, pues la mencionada extirpación ha tenido que derivar de las propias incidencias surgidas en la intervención quirúrgica. Así lo pone de relieve el informe del inspector médico (F.31 y 32) y de la parte codemandada, que consideran que la decisión tomada respondía a una finalidad profiláctica ante el riesgo de disminución del riesgo vascular, dada la distorsión anatómica producida por el volumen de tumoración. En este punto, la valoración de la mayor o menor prudencia del cirujano a la hora de determinar el alcance de las resecciones lo determina las circunstancias de la operación, sólo verdaderamente apreciables en el momento y lugar de la intervención, siendo así que tanto un exceso o defecto en la resección se puede valorar con posterioridad como perjudiciales, pero esto último puede a su vez derivar de la concurrencia de factores de muy diversa índole ajenos, en ocasiones a la intervención practicada. **No hay por tanto un daño desproporcionado que justifique la invocación de la doctrina del "res ipsa loquitur" jurisprudencialmente admitida, pues esta doctrina se aviene mal con el presente caso en el que ha habido una decisión voluntaria adoptada por el cirujano sobre la base de las incidencias surgidas en la operación con el conocimiento de que la enferma en el momento de practicarse la anexectomía ya no podía concebir y tener hijos por la histerectomía realizada, aunque tampoco puede negarse que la extirpación de los ovarios produce un daño añadido al anterior, como era el adelantamiento de la menopausia en la paciente.** El principio de normalidad en una operación calificada de dificultad media como la presente, excluiría por tanto, que una actuación médica voluntaria fruto de una previa decisión de trascendencia para el paciente se adoptase por mero capricho del cirujano y de forma arbitraria, principio que avalarían las conclusiones expuestas. Y no se aprecia mala fe por el hecho de que fuese en el momento del alta cuando la actora conociese dicha anexectomía, pues éste era el momento adecuado para comprender el alcance de su lesión, así como el más idóneo para que la paciente resulte más recepticia a aceptar las secuelas derivadas de la intervención" (F. D. 4º)". [La negrita es mía]

⁵²En este supuesto el TSJ Cataluña estima parcialmente el recurso, condenando a la Administración sanitaria a una indemnización de 190.000 €, como consecuencia de las secuelas (sacroileitis) producidas a la demandante tras la administración de una inyección intramuscular. Una vez más el sucinta referencia a la doctrina del daño desproporcionado sirve para corroborar la convicción del juzgador acerca de la culpa (= infracción de la *Lex artis*) de quien ha prestado el servicio sanitario:

“En el presente caso, queda acreditada la relación causal entre el hecho imputable a la Administración (inyección intramuscular de Nolotil que fue realizada a la demandante) y el resultado lesivo producido (sacroielitis), tal como se razona en el fundamento quinto de la sentencia recurrida, que entendemos que valora correctamente la prueba practicada en relación a este extremo. La discusión se centra en si se ha acreditado la infracción de la "lex artis" en la prestación de asistencia sanitaria o, lo que es lo mismo, si ha habido una inadecuada prestación del servicio, cuestión ésta que nos lleva a examinar la valoración de la prueba realizada por el Juez de instancia.

TERCERO.- Del examen de la valoración de la prueba practicada en la sentencia de instancia y de la aplicación que la misma hace de las reglas de distribución de la carga de la prueba, podemos ya anticipar que el razonamiento es erróneo, en tanto que hace recaer de forma exclusiva la carga de la prueba en el demandante sobre un hecho -funcionamiento anormal del servicio-, cuya acreditación corresponde a la Administración, una vez acreditado el nexo causal entre el hecho imputable y el resultado lesivo, y teniendo en cuenta que el resultado es absolutamente anormal en relación al hecho asistencial que lo origina.

En efecto, en materia de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria, el criterio básico utilizado por la jurisprudencia Contencioso-Administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la "lex artis" y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuando el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto,

(JUR 2004, 133227)⁵³, SAN 13 noviembre 2002 (JUR 2003, 25810)⁵⁴; SAN 21 abril 2004 (JUR 2004, 184605)⁵⁵.

el criterio de la "lex artis" es un **criterio de normalidad** de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida ("lex artis"). Asimismo, se ha identificado el criterio de la "lex artis" con el de "estado del saber", de manera que sólo considera daño antijurídico aquel que no supera dicho parámetro de normalidad, y al respecto la nueva redacción del artículo 141.1 de la Ley 30/1992 por Ley 4/1999 ha tenido como objeto consagrar legislativamente la línea jurisprudencial tradicional.

A la hora de entrar en el examen de la valoración de la prueba practicada por el Juzgador de instancia, se hace necesario, pues, fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (es decir, al tratamiento o a la falta del mismo) y aquellos otros casos en que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos.

En este caso, y a la hora de valorar la prueba practicada, debemos partir de dos datos fácticos precisos que resultan acreditados de la prueba practicada, como son que la demandante tuvo un ingreso hospitalario en cuyo curso se le suministró una inyección intramuscular de Nolotil, y que a consecuencia de esa atención la demandante sufrió unas secuelas derivadas de la misma consistentes en una sacroileitis izquierda que le han producido una incapacidad absoluta para todo trabajo. Partiendo de ello, debe subrayarse que el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente.

Como punto de partida, parece una conclusión evidente, en aplicación de las reglas de la lógica y experiencia, que **el resultado lesivo producido es absolutamente desproporcionado al hecho que lo desencadena**. En efecto, no es normal que el suministro de una inyección intramuscular derive en una infección de estas características, con las graves secuelas producidas". [La negrita es mía]

⁵³En esta ocasión la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN estima parcialmente el recurso interpuesto por la parte demandante, condenando a la Administración sanitaria a un montante indemnizatorio de unos 152.000 € -repartidos entre los recurrentes (esposa e hijos del paciente fallecido) según dispone la sentencia-. Los hechos aparecen descritos con gran detalle en el citado pronunciamiento judicial:

"- El esposo y padre de los recurrentes, Alonso , fue sometido el día 14 de Octubre de 1996 en el Hospital del Río Hortega a una colangiopancreatografía retrograda endoscopica (CPRE) para tratar de solucionar sus dolores abdominales y ante la sospecha de que tenían un probable origen biliar. En el curso de la misma, y una vez concluida, el medico que la practicaba decidió realizar también una esfínteromía (EE) con la finalidad de resolver posibles obstrucciones benignas que pudiera presentar el paciente.

- Una vez concluidas ambas pruebas (que duraron unos 35 minutos) el paciente fue remitido a planta, donde se quejaba de fuertes dolores por lo que fue visto por el residente de guardia que le prescribió determinada medicación. Ante la persistencia de los dolores, se prescribió un enema de limpieza para tratar un posible cólico de gases.

- El paciente se quejó durante toda la noche de dolores y por el servicio de enfermería se le prescribió la ingesta de analgésicos.

- A la mañana siguiente, y ante la persistencia de los dolores y la insistencia de la esposa del paciente, este fue examinado por el medico de planta de digestivo quien apreció abdomen muy

distendido pero no en tabla y prescribió la practica de ciertas pruebas urgentes: análisis sistemático y bioquímico, radiografías de tórax y abdomen y ecografía abdominal. Dichas pruebas se realizaron entre las 11 de la mañana y las 14 horas del mediodía.

- A las 15 horas, el paciente fue visto por el Medico que le había realizado el día anterior la CPRE; este facultativo examinó también las pruebas realizadas y optó por tratar el cuadro con sonda nasogastrica y aumento de la dosis de suero y determinada medicación.

- Entre las 15 y las 16 horas la tensión del paciente disminuyó y entró en situación de shock por lo que se ingresó al paciente en la UCI y, posteriormente, se avisó al cirujano de guardia quien decidió intervenir al paciente apreciándose la existencia de perforación que fue suturada extrayendo el liquido de la cavidad abdominal.

- Pese a lo anterior, el paciente falleció a las 9 horas del día siguiente 16 de Octubre”.

Pues bien, habida cuenta de los hechos relatados, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN emite un fallo condenatorio cuya *ratio* se basa nuevamente en la aplicación del denominado “criterio de la normalidad” (= aplicación de la *lex artis* como parámetro para valorar la conducta diligente o, por el contrario negligente de los profesionales sanitarios y de la Administración sanitaria). Después de exponer razonadamente la infracción de dicho parámetro por la Administración demandada, el juzgador - contestando a la alegación presentada por los recurrentes- añade, como razonamiento adicional, la argumentación basada en la doctrina del daño desproporcionado, con referencia incluso de la jurisprudencia de la Sala 1ª TS:

“SEXTO: Queda, por ultimo, tratar otra cuestión planteada por la parte recurrente y que hace referencia a la posible aplicación al caso presente de la **teoría del daño desproporcionado**.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 30 de Enero de 2003 aplica esta doctrina cuando habla de que "el profesional medico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla res ipsa loquitur (...) que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da mas que cuando media conducta negligente responde el que ha ejecutado esta, a no se que prueba cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción".

La parte recurrente considera que el tratamiento general recibido por el recurrente a lo largo de los menos de dos días en que estuvo ingresado en el Hospital del Río Hortega supone poder valorar un resultado desproporcionado y ello pues "algo ha fallado para que una persona que va a hacer una prueba diagnostica CPRE para comprobar si tenia microlitiasis en el colédoco y no se le encuentra nada, se le someta a una intervención quirúrgica de riesgo para seguir buscando alguno que no tenía, (...) y además, en esa intervención innecesaria se le produce una perforación que deriva en peritonitis que le ocasiona la muerte sin que se tomasen las medidas preventivas para evitarlo."

Evidentemente, en el caso presente el paciente acudió al Hospital Río Hortega para someterse a una prueba de carácter esencialmente diagnostico (como resulta de la descripción de la CPRE que aparece en el Formulario de consentimiento remitido por el mismo Hospital) y a resultados de dicha prueba el paciente falleció antes de que transcurrieran 48 horas de la realización de la prueba.

Desde este punto de vista, y expuestas así las cosas, **resulta claramente desproporcionado el resultado en relación con la asistencia que se trataba de prestar pero este argumento solo puede servir, en el estado de la cuestión que se plantea, para reafirmar la procedencia de la estimación de la demanda y ello pues ya hemos tratado en el fundamento jurídico anterior como resultaba procedente la estimación, también, en atención a la lentitud ó demora con la que se planteó la asistencia precisa para atender a la peritonitis que se le había provocado al paciente**". [La negrita es mía]

Téngase presente cómo en este último párrafo la Sala reconoce cómo la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado no posee otro alcance que el de “reafirmar la procedencia de la estimación de la demanda”; estimación cuya justificación jurídica se encuentra en la aplicación de las reglas de la *lex artis* (= diligencia), como criterio de imputación de la responsabilidad.

⁵⁴La SAN 13 noviembre 2002 estima parcialmente el recurso interpuesto por la demandante, condenando a la Administración a indemnizar a la primera una suma de 48.000 € -de los 90.000 € en principio reclamados-. Se trata de una intervención de cataratas que finaliza con un resultado “desproporcionado” – según términos utilizados en la propia sentencia-, debido a complicaciones intraoperatorias. Como viene siendo habitual, la alusión a la consabida doctrina aparece después de plasmar la jurisprudencia –ya pacífica- acerca de la aplicación del criterio de la normalidad y de la *lex artis*. Ahora bien, esta sentencia se caracteriza por una particularidad: la misma AN califica jurídicamente de “resultado desproporcionado” al supuesto litigioso y, al mismo tiempo, rechaza la cualificación propuesta por la recurrente de “resultado totalmente desproporcionado e inhabitual”, precisamente para rebajar en la mitad la indemnización pretendida por la parte demandante.

Otra curiosidad es que, pese a la defensa de la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado al supuesto de hecho, la concurrencia de la culpa o negligencia –finalidad de la citada doctrina- no se percibe con la claridad exhibida en otras muchas ocasiones (por poner un ejemplo: *vid.*, la SAN 27 julio 2005 [JUR 2005, 263633]), sino que, más bien, parece que asistimos a la aplicación de las reglas del *onus probandi*, en este caso invirtiéndose en perjuicio de la Administración demandada, quien resulta finalmente condenada por no facilitar una explicación convincente a la complicación intraoperatoria conectada causalmente al resultado “desproporcionado” producido. He aquí algunos extractos interesante de la sentencia y que confirman lo dicho:

“En la pericial practicada como medio propuesto por la demandante, el Médico Forense del Juzgado Don Benito, se pronuncia porque el estado del ojo derecho de la recurrente no es un resultado esperable ni habitual de una operación de cataratas, **siendo un resultado desproporcionado aunque posible si existen otras complicaciones**, que el iris descentrado, atrófico, sin relación a la luz, y la pupila desplazada responden a otras incidencias durante la intervención quirúrgica de cataratas, independientes de la descompensación endotelial, y que esta descompensación es complicación poco frecuente pero posible durante la intervención quirúrgica de cataratas; y que otras complicaciones como el iris atrófico y la pupila desplazada y descentrada probablemente se deben a otras incidencias, no valorables objetivamente al no existir datos acerca de, por ejemplo, tiempo de facoemulsificación y complicaciones intraoperatorias entre otras.

CUARTO: A la hora de valorar el material probatorio, y tras echar de menos una cuidada prueba pericial por la que la parte actora llegara a acreditar ese mal hacer en que basa su pretensión, la Sala se encuentra con el hecho de que se ha efectuado una intervención de cataratas que estaba correctamente indicada, y que consecuencia de la misma se ha producido un **resultado desproporcionado** aunque posible si existen complicaciones. Así nos lo describe el informe pericial -como recoge el fundamento precedente- que mantiene que esta intervención quirúrgica de cataratas presentó otras anomalías aparte de la descompensación endotelial -calificada de poco frecuente aunque posible- señalando que el iris atrófico y la pupila desplazada y descentrada probablemente se deben a otras incidencias durante la intervención quirúrgica de cataratas, cuya valoración precisa de datos que no se facilitan, apuntando complicaciones intraoperatorias.

Esta pericial resulta acorde con el informe de la Inspección del INSALUD en el sentido de haberse producido complicaciones intraoperatorias. Pues bien, estimamos que la administración venía obligada a pronunciarse sobre las mismas, para valorar si obedecen a una respuesta del organismo ante la intervención o bien pudieron evitarse con una mayor celo o una exigible mejor técnica. No actuar de este modo es desconocer la carga de la prueba que atendida la existencia de la complicación intraoperatoria, a ella correspondía. (...)

(...) Por el contrario, **no resultan determinantes los argumentos de la parte actora, cuando pretende basar la imputación a la Administración en el hecho de haber quedado probada la intervención de cataratas en el ojo derecho, en que el resultado de la operación es totalmente desproporcionado e inhabitual**, en que el ojo izquierdo fue intervenido también de

En cualquier caso, se utilice o no la teoría del daño desproporcionado o incluso la aplicación del art. 28 LCU, el resultado es invariable: la aplicación de un criterio subjetivo (culpa) a la hora de valorar la atribución o no de responsabilidad civil a la Administración sanitaria. Llego a esta conclusión, poco esperanzadora para los defensores de la consabida objetivación de la responsabilidad de la Administración sanitaria (por aplicación del art. 139 LRJAP), a partir de la fundamentación jurídica expuesta en más de un centenar de sentencias⁵⁵, en las que, con independencia del

cataratas por el Dr. L. -que parece ha atendido a la paciente tanto en la medicina privada como en el INSALUD y cuya intervención puede explicar la demora en ser derivada a un servicio oftalmológico que apunta el informe de éste- con un buen resultado. Como vemos, ninguna de estas razones, por sí sola, sería suficiente para avalar la predicada mala intervención”. (La negrita es mía).

⁵⁵Esta última sentencia es la menos relevante al respecto, ya que únicamente alude al adjetivo “desproporcionado” en una ocasión, pero sin añadirlo al sustantivo “daño” o “resultado”. Los demandantes recurren ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN con la pretensión de responsabilizar al SESCOG por el fallecimiento de su hijo, quien padecía de síndrome de “Marfan”. La causa del fallecimiento está relacionada con una disección aórtica. La AN conecta el adjetivo “desproporcionado” a los “retrasos”, alegados por los recurrentes, pero precisamente para negar dicha calificación:

“Evidentemente el Perito insiste en que se produjeron dos retrasos en la asistencia prestada al paciente, pero esta Sala considera que la relevancia de dichos retrasos se vió en este caso sobrepasada por el hecho de que ni el paciente ni su familia comunicaron la existencia del diagnóstico del síndrome de Marfan y, además, **dichos retrasos ni fueron especialmente desproporcionados** y estuvieron justificados por la entidad de la patología a tratar” (F. D. 5°) (La negrita es mía).

⁵⁶Son muchas las sentencias dictadas por las distintas Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional o Tribunales Superiores de Justicia de diferentes CC.AA, que incluyen expresamente, como fundamentación jurídica esencial, la aplicación de la *lex artis* [o el “criterio de normalidad de los profesionales sanitarios” o, en definitiva, la culpa (= falta de diligencia debida)], como patrón para valorar la imputación o no de responsabilidad civil a la Administración sanitaria. Por tanto, el criterio de imputación de la responsabilidad no es otro que la culpa.

El extracto que se repite en cada una de las sentencias -que más adelante cito- y que relaciona el “criterio de normalidad de los profesionales sanitarios” con el de la *lex artis*, como parámetro básico o fundamental –y único, añadido yo- para valorar la imputación o no de responsabilidad civil a la Administración sanitaria es el que aparece en la SAN 26 septiembre 2001 (JUR 2001, 294841):

“Se hace necesario, pues, cuando los Tribunales se enfrentan ante un problema de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (es decir, al tratamiento ó a la falta del mismo) y aquellos otros casos en que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos.

El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso administrativa para hacer girar sobre él la existencia ó no de responsabilidad patrimonial es el de la Lex Artis y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuando el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia medica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la Lex Artis es un **criterio de normalidad** de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (lex artis). Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha Lex Artis; de exigirse

resultado al que llegan (estimatorio -en mayor o menor medida- o desestimatorio), la argumentación jurídica se centra realmente en la infracción o no de la *lex artis* (diligencia debida en la prestación del servicio sanitario)⁵⁷, aunque aparezca camuflada

solo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del **criterio de normalidad** representado por la *Lex Artis*” (F. D. 2º).

He aquí la cita de las sentencias que contienen este mismo párrafo: STS 9 noviembre 2005 (RJ 2005, 7531); SAN 27 julio 2005 (JUR 2005, 26363); SAN 13 julio 2005 (JUR 2005, 276441); STSJ Comunidad Valenciana 1 julio 2005 (JUR 2005, 276721); SAN 1 junio 2005 (JUR 2005, 265455); STSJ Comunidad Valenciana 30 mayo 2005 (JUR 2005, 211943); SAN 25 mayo 2005 (JUR 2005, 265665); SAN 25 mayo 2005 (JUR 2005, 265696); SAN 25 mayo 2005 (RJCA 2005, 1029); STSJ Comunidad Valenciana 29 abril 2005 (JUR 2005, 164085); STSJ Cataluña 27 abril 2005 (JUR 2005, 171792); STSJ Comunidad Valenciana 22 abril 2005 (JUR 2005, 164531); SAN 20 abril 2005 (JUR 2005, 277400); STSJ Comunidad Valenciana 18 abril 2005 (JUR 2005, 134432); SAN 13 abril 2005 (JUR 2005, 277440); STSJ Canarias –Sta. Cruz de Tenerife– 31 marzo 2005 (JUR 2005, 217774); SAN 9 marzo 2005 (JUR 2005, 221933); SAN 18 febrero 2005 (JUR 2005, 217942); STSJ Comunidad Valenciana 28 enero 2005 (JUR 2005, 81535); SAN 19 enero 2005 (JUR 2005, 209099); STSJ Comunidad Valenciana 19 enero 2005 (JUR 2005, 86592); SAN 19 enero 2005 (RJCA 2005, 837); SAN 1 diciembre 2004 (JUR 2005, 231016); SAN 24 noviembre 2004 (JUR 2005, 213205); STSJ Cantabria 22 noviembre 2004 (JUR 2004, 316830); SAN 17 noviembre 2004 (JUR 2005, 234430); SAN 27 octubre 2004 (JUR 2005, 222322); STSJ Comunidad Valenciana 24 octubre 2004 (JUR 2005, 69813); SAN 20 octubre 2004 (JUR 2005, 222363); SAN 13 octubre 2004 (JUR 2005, 222385); STSJ Comunidad Valenciana 23 septiembre 2004 (JUR 2005, 1003); STSJ Comunidad Valenciana 14 julio 2004 (JUR 2005, 1488); STSJ Cataluña 5 julio 2004 (JUR 2004, 233004); SAN 30 junio 2004 (JUR 2004, 235096); SAN 30 junio 2004 (JUR 2004, 235100); SAN 30 junio 2004 (JUR 2004, 275620); SAN 9 junio 2004 (JUR 2004, 255117); STSJ Cataluña 28 mayo 2004 (JUR 2004, 213789); SAN 19 mayo 2004 (JUR 2004, 183867); SAN 28 abril 2004 (JUR 2004, 184535); SAN 21 abril 2004 (JUR 2004, 184605); SAN 26 febrero 2004 (JUR 2004, 138151); SAN 25 febrero 2004 (JUR 2004, 133216); SAN 25 febrero 2004 (JUR 2004, 133227); SAN 26 enero 2004 (JUR 2004, 138026); SAN 21 enero 2004 (JUR 2004, 138007); SAN 17 diciembre 2003 (JUR 2004, 53814); SAN 17 diciembre 2003 (JUR 2004, 53796); STSJ Cataluña 26 noviembre 2003 (JUR 2004, 28520); STSJ Comunidad Valenciana 24 noviembre 2003 (JUR 2004, 165723); STSJ País Vasco 17 noviembre 2003 (JUR 2004, 43026); STSJ Cataluña 31 octubre 2003 (JUR 2004, 4375); SAN 29 octubre 2003 (JUR 2003, 265283); SAN 15 octubre 2003 (JUR 2003, 264821); SAN 8 octubre 2003 (JUR 2003, 264590); STSJ Cataluña 3 octubre 2003 (JUR 2003, 258773); STSJ Cataluña 3 octubre 2003 (JUR 2003, 270515); STSJ Comunidad Valenciana 26 abril 2003 (RJCA 2004, 71); STSJ País Vasco 14 febrero 2003 (JUR 2003, 116375); STSJ País Vasco 17 enero 2003 (JUR 2003, 93059); STSJ Comunidad Valenciana 21 diciembre 2002 (JUR 2004, 17447); SAN 27 noviembre 2002 (JUR 2003, 26019); SAN 27 noviembre 2002 (JUR 2003, 26025); SAN 27 noviembre 2002 (JUR 2003, 26030); SAN 27 noviembre 2002 (JUR 2003, 26031); SAN 27 noviembre 2002 (JUR 2003, 26033); SAN 27 noviembre 2002 (RJCA 2003, 61); SAN 20 noviembre 2002 (JUR 2003, 25903); SAN 20 noviembre 2002 (RJCA 2003, 51); SAN 13 noviembre 2002 (JUR 2003, 25799); SAN 13 noviembre 2002 (JUR 2003, 25804); SAN 13 noviembre 2002 (JUR 2003, 25809); SAN 13 noviembre 2002 (JUR 2003, 25810); SAN 13 noviembre 2002 (JUR 2003, 25811); SAN 6 noviembre 2002 (JUR 2003, 25656); SAN 6 noviembre 2002 (JUR 2003, 25665); SAN 23 octubre 2002 (JUR 2003, 25444); SAN 16 octubre 2002 (JUR 2003, 25363); SAN 2 octubre 2002 (JUR 2003, 25241); SAN 2 octubre 2002 (JUR 2003, 25250); SAN 25 septiembre 2002 (JUR 2003, 25187); SAN 25 septiembre 2002 (JUR 2003, 25188); SAN 24 julio 2002 (JUR 2003, 58954); SAN 24 julio 2002 (JUR 2003, 58955); SAN 17 julio 2002 (JUR 2003, 58928); SAN 17 julio 2002 (JUR 2003, 58929); SAN 10 julio 2002 (JUR 2003, 58908); SAN 10 julio 2002 (JUR 2003, 58913); STSJ País Vasco 5 julio 2002 (JUR 2003, 97886); SAN 3 julio 2002 (JUR 2003, 58895); SAN 20 junio 2002 (JUR 2003, 59333); SAN 19 junio 2002 (RJCA 2003, 113); SAN 5 junio 2002 (JUR 2003, 58653); SAN 7 mayo 2002 (JUR 2003, 58610); SAN 7 mayo 2002 (JUR 2003, 58842); SAN 30 abril 2002 (JUR 2003, 58599); STSJ Madrid 24 abril 2002 (JUR 2003, 86317); SAN 17 abril 2002 (JUR 2003, 58826); SAN 20 marzo 2002 (JUR 2003, 58553); SAN 13 abril 2002 (JUR 2003, 58549); SAN 14 enero 2002 (JUR 2002, 143890); SAN 21 noviembre 2001 (JUR 2002, 10466); STSJ País Vasco 28 septiembre 2001 (JUR 2002, 13634); SAN 17 enero 2001 (RJCA 2001, 830).

⁵⁷Vid., aparte de la mención en este sentido efectuada por la STSJ Comunidad Valenciana 18 abril 2005,

las referencias contenidas en otras sentencias. *Vid.*, por todas, la *SAN 27 julio 2005 (JUR 2005, 263633)*, donde, después de presentar la jurisprudencia totalmente pacífica sobre el criterio de la normalidad y la mención a la *lex artis*, analiza puntualmente cada uno de los comportamientos desarrollados en la prestación médico-sanitaria a los efectos de valorar si caben ser calificados de negligentes (contrarios a la *lex artis* o al criterio de la normalidad) o no:

“TERCERO.- Reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido requiriendo la concurrencia de tres requisitos para que tenga lugar la responsabilidad de las Administraciones Públicas: 1º Que el daño producido ha de ser efectivo, individualizado y evaluable económicamente; 2º Que entre la acción u omisión de la Administración y el daño exista un nexo o relación de causalidad por ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público; 3º Que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar el daño producido y no se haya producido por fuerza mayor (STS de 4 de febrero de 1997, 22 de enero de 1997, 19 de diciembre de 1996, 24 de octubre de 1995, entre otras); a los que bien cabría añadir otro: Que no haya transcurrido el plazo de un año que según la jurisprudencia ha de reputarse de prescripción (STS de 25 de noviembre de 1992, 17 de julio de 1992, 16 de mayo de 1990, 22 y 25 de marzo de 1990), con lo cual es susceptible de interrupción, entendiéndose que se computa desde que el perjudicado pudo ejercitar esa acción, por ser ese momento en el que nace la acción (STS de 15 de octubre de 1990, 13 de marzo de 1987), y siempre de la forma más favorable para el ejercicio de la acción (STS de 24 de julio de 1989); tratándose de requisitos que se extraen en la actualidad de lo dispuesto en la Ley 30/92 de 26 de noviembre de PAC, artículos 139 y 141; y que con anterioridad se deducían de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, y de los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954. En este sentido debemos resaltar que el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho español, con fundamento en el artículo 106 de la Constitución Española, se presenta como uno de los más avanzados en el Derecho Comparado en el sentido de configurar un régimen de responsabilidad objetiva y directa de las Administraciones Públicas (STS de 13 de marzo de 1989, 23 de octubre de 1990, por todas), que se exige no sólo en los casos de funcionamiento anormal del servicio público (entendido éste en sentido amplio como todo lo que actividad que se desarrolla en el ámbito de la organización administrativa, no en el sentido restringido de prestación ofrecida al público, STS de 28 de enero de 1993, 23 de marzo de 1992, 28 de mayo de 1991, 10 de junio de 1986, por todas, rindiendo con ello tributo a la concepción de la doctrina francesa del servicio público) **sino también en los de funcionamiento normal, lo que permite excluir únicamente la fuerza mayor, pero no el caso fortuito.**

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria esta Sala y Sección en sentencias entre otras como las de 27.11.2002, 20.11.2002, 17.1.2001, y el Tribunal Supremo entre otras, como las de 9.3.1998, 14.10.2002, 19.7.2004, han venido proclamando que la obligación del profesional médico es siempre de medios, no de resultados; siendo así que la jurisprudencia ha descompuesto esta obligación en los siguientes deberes: (...)

A ello debe unirse la muy consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, STS de 19.7.2004, 14.10.2002, 22.12.2001, 7.6.2001, (y que resulta también de la Doctrina del Consejo de Estado) según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria 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 cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no es le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, **sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha «lex artis» respondería la Administración de los daños causados**; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado.

El criterio de la «lex artis» es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida o "lex artis". Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha "lex artis"; de exigirse sólo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento como sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la

responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del **criterio de normalidad** representado por la "lex artis". Y todo ello sobre la base de la aplicación de criterios de causalidad adecuada a la hora de determinar dicha relación de causalidad entre el daño producido y la actuación desempeñada (STS de 28.11.1998, SAN de 24.5.2000, por todas).

CUARTO.- Y conforme a todo lo expuesto debe procederse al examen de los fundamentos de la responsabilidad patrimonial que formula la recurrente, teniendo en cuenta que cuando las conclusiones médicas periciales han sido contradictorias hemos dado preferencia a las que aportan quienes tienen la condición de especialistas en ginecología y han practicado intervenciones quirúrgicas del tipo de la examinada en autos como es el caso del informe del médico de la parte codemandada en detrimento del de la parte actora, por presumírseles una mayor competencia, y todo ello con arreglo a las reglas de la sana crítica (art.348 de la LEC 1/2000 de 7 de enero de aplicación al caso):

A/ En cuanto a la histerectomía practicada ha de ser descartada cualquier infracción de la "lex artis" relacionada con la misma. Además de que la actora abandona tal fundamento en trámite de conclusiones, el propio informe médico aportado por la actora revela que la práctica de la misma era necesaria, se trataba de un riesgo previsible derivado del diagnóstico de un mioma de casi 20 cm que afectaba a recto, peritoneo, vejiga y gran parte del útero. En cuanto a la posibilidad de una histerectomía parcial u otra de tipo subtotal que mantuviese el cuello del útero acogemos las conclusiones del Dr. Carlos Jesús sobre su falta de razonabilidad conforme a la común opinión médica deducida de los oportunos protocolos.

B/ En cuanto a la anexectomía si bien son desconocidas a ciencia cierta las causas que conllevaron la misma es evidente que dicha intervención no tuvo por qué ser constitutiva de una infracción de la lex artis. De los datos aportados al expediente se deduce que la practica de la misma bien pudo de verse a la necesidad de evitar una futura necrosis de dicho órgano, con evidentes riesgos de deficit de vascularización. En el informe del Dr. Antonio de fecha 9.4.2001, F.169 y ss del expediente, basado en lo referido por el Dr. Fidel en la sesión clínica del Hospital de Laredo, se recogen las manifestaciones del cirujano que operó a la paciente, que no han podido ser referidas en autos a causa de su fallecimiento, siendo éste la persona más capacitada - y probablemente única- para valorar el motivo por el que tuvo lugar la extirpación de los dos ovarios. Y aunque dichos órganos estuviesen sanos, ello no permite afirmar que existió una infracción de la aludida lex artis, pues la mencionada extirpación ha tenido que derivar de las propias incidencias surgidas en la intervención quirúrgica. Así lo pone de relieve el informe del inspector médico (F.31 y 32) y de la parte codemandada, que consideran que la decisión tomada respondía a una finalidad profiláctica ante el riesgo de disminución del riesgo vascular, dada la distorsión anatómica producida por el volumen de tumoración. En este punto, la valoración de la mayor o menor prudencia del cirujano a la hora de determinar el alcance de las resecciones lo determina las circunstancias de la operación, sólo verdaderamente apreciables en el momento y lugar de la intervención, siendo así que tanto un exceso o defecto en la resección se puede valorar con posterioridad como perjudiciales, pero esto último puede a su vez derivar de la concurrencia de factores de muy diversa índole ajenos, en ocasiones a la intervención practicada.

No hay por tanto un daño desproporcionado que justifique la invocación de la doctrina del "res ipsa loquitur" jurisprudencialmente admitida, pues esta doctrina se aviene mal con el presente caso en el que ha habido una decisión voluntaria adoptada por el cirujano sobre la base de las incidencias surgidas en la operación con el conocimiento de que la enferma en el momento de practicarse la anexectomía ya no podía concebir y tener hijos por la histerectomía realizada, aunque tampoco puede negarse que la extirpación de los ovarios produce un daño añadido al anterior, como era el adelantamiento de la menopausia en la paciente. El principio de normalidad en una operación calificada de dificultad media como la presente, excluiría por tanto, que una actuación médica voluntaria fruto de una previa decisión de trascendencia para el paciente se adoptase por mero capricho del cirujano y de forma arbitraria, principio que avalarían las conclusiones expuestas. Y no se aprecia mala fe por el hecho de que fuese en el momento del alta cuando la actora conociese dicha anexectomía, pues éste era el momento adecuado para comprender el alcance de su lesión, así como el más idóneo para que la paciente resulte más recepticia a aceptar las secuelas derivadas de la intervención.

C/ En cuanto a la falta de realización de la prueba de análisis anatomopatológico previa a la intervención tampoco constituye infracción alguna de la diligencia médica. Su práctica sí resulta necesaria para determinar la mayor o menor resección en la extirpación de un tumor cancerígeno. Pero no se puede considerar que es mala práctica su no realización previa cuando la

decisión de la histerectomía era bastante previsible antes de la operación por el alcance y afectación del mismo, comprometiendo otros órganos de la paciente. Y de acuerdo con el informe pericial de la codemandada resultaba claramente descartable la malignidad del mioma, pues su peso, de casi dos kilogramos, resultaba incompatible con un diagnóstico cancerígeno sin cuadro clínico, presuponiendo, por razones ontológicas, que la consideración del diagnóstico como mioma lleva implícito entender que el citado tumor es de carácter benigno. Por otro lado, su falta de indicación en el informe de alta tampoco se considera relevante conforme a todo lo dicho.

D/ En cuanto a la falta de consentimiento de la paciente para su intervención quirúrgica hemos de reconocer que éste existió en los términos exigido por el art.10.5 de la LGS, y no sólo porque constase en el expediente el del marido de la recurrente, sino porque dicho consentimiento, al margen del evacuado para la práctica de la anestesia, ya se produjo en el momento de la visita producida en fecha 4 de noviembre de 1999, y así se recoge en el informe de alta y del folio 118 del expediente, de los que se deduce la posibilidad de la práctica de la histerectomía y anexectomía. Por otro lado, el hecho de que el documento que contiene el mismo no fuese completo y faltasen elementos importantes como la firma del médico o la fecha en que se documenta dicho consentimiento no merma lo anteriormente expuesto, pues además de que su contenido no es el que corresponde a un negocio jurídico que necesite para su perfección la autorización de ambas partes -paciente y centro médico-; sobre todos en cuanto a los aspectos relativos a su prestación, siendo el mismo, por tanto, de carácter unilateral lo cierto es que la actora, como se deduce de los autos, era concedora del alcance de la enfermedad y las posibilidades y alternativas de tratamiento, y en concreto de los riesgos de histerectomía, anexectomía y lesiones ureterales (punto 3º), quedando plasmada su voluntad autorizatoria a la intervención practicada, pues ello lo pone de relieve la prueba indiciaria acreditativa de lo expuesto mediante presunción del art.386 de la LEC 1/2000 de 7 de enero, siendo tales indicios los que representan el consentimiento otorgado por la paciente en fecha 4.11.1999, el contenido del informe de alta de 8.11.1999, el consentimiento otorgado por su pareja en cuanto persona vinculada con la paciente por una comunidad de intereses respecto de una cuestión que les atañe, como es la de contar con futura descendencia, así como el que ya se prestó la actora para la anestesia, y ello en clara línea con la doctrina de las STS de 3 de octubre de 1997, 27 de noviembre de 2.000, 14 de noviembre de 2.002, por todas). En consecuencia, se han cumplido las exigencias del art.10 de la ley general de Sanidad 14/1986 de 25 de abril tal como se deduce del expediente administrativo.

E/ Sin embargo, en cuanto a los daños derivados de la ureterohidronefrosis que hizo necesaria una nefrostomía por la obstrucción de uréter la conclusión a la que hemos de llegar es la contraria a las anteriores. Ya la STS de la Sala Civil de fecha 24 de mayo de 1999 reconoce que el riesgo de lesión de uréter por intervención ginecológica es **previsible pero no por ello inevitable**. Por otro lado, hemos de reconocer que esta Sala ha tenido ocasión de indicar que la obstrucción de uréter como consecuencia de intervención quirúrgica ginecológica no es necesariamente frecuente, pero constituye un error médico (SAN de fecha 16 de octubre de 2.002 y 7 de febrero de 2.001, tratándose de dos supuestos muy parecidos al de autos). Por otro lado, aunque admitimos que la existencia de la hemorragia producida durante la intervención debía ser cohibida, y ello haría preciso una actuación rápida para dar los puntos (pág.5 informe Dr.Carlos Jesús) ello no puede entenderse en detrimento de la salud de la enfermera que no se halla obligada a soportar, aún por culpa leve o levísima, la ligadura de uréter con las consecuencias ulteriores que de ello se derivaron y que han sido anteriormente expuestas.

En consecuencia, respecto de la lesión causada en uréter a la paciente hemos de reconocer que se halla acreditada la relación de causalidad existente entre la prestación sanitaria dispensada en el Hospital de Laredo a la recurrente y el daño producido, conforme al art.137 .1 de la ley jurisdiccional. Y todo ello una vez valorada conjuntamente toda la prueba practicada, lo cual se ha realizado con suma cautela sobre la base de la concurrencia de dictámenes periciales evacuados a instancia de parte.

QUINTO.- Presupuesto lo anterior, apreciamos la aludida responsabilidad patrimonial de la Administración ...”. (La negrita es mía)

Después de esta extensa fundamentación jurídica, resulta muy extraño el contraste que se percibe entre el hecho de responder la Administración por funcionamiento “normal” (además de por funcionamiento anormal) -tal como señala la AN expresamente en el primer extracto de la sentencia- y la

por el juzgador con la utilización de otros términos o locuciones que ocasionan no poca confusión a quien intenta desentrañar su verdadero sentido.

Esto último ocurre, precisamente, con la jurisprudencia ya asentada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (o de los TSJ de las distintas CC.AA o incluso del TS en la reciente *STS 9 noviembre 2005 [RJ 2005, 7531]*), cuando presenta el “criterio de normalidad de los profesionales sanitarios” como parámetro esencial –y, en realidad, único- para valorar la imputación o no de responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria, abundando con detalle en la explicación de su esquema; o cuando alude un tanto forzosamente al presupuesto de la antijuridicidad (existencia o no de daño antijurídico en aquellos supuestos en los que se actúa con infracción del mencionado criterio de normalidad o respetando las directrices impuestas por el mismo, respectivamente).

Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá

contundente y trascendental afirmación unas líneas más abajo cuando afirma: “**sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha «lex artis» respondería la Administración de los daños causados**”, pues, de lo contrario –y siguiendo con los términos de la sentencia- ...“**llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable**”. Ante esta argumentación jurídica, y recordando la postura de PANTALEÓN PRIETO al respecto, me pregunto: ¿dónde queda el ámbito la responsabilidad “objetiva” por funcionamiento normal si SÓLO responde la Administración en los casos de infracción de la *lex artis*?; ¿existe algún caso donde se impute a la Administración sanitaria responsabilidad –objetiva- por “funcionamiento normal”, aparte de la famosa *STS, 3ª, 14 junio 1991*?; ¿por qué no se reconoce abiertamente que la Administración sanitaria debe responder (y en la realidad así lo hace) por aplicación de un criterio de imputación de responsabilidad subjetivo (culpa), pese a lo que diga formalmente el art. 139 LRJAP –y la doctrina y jurisprudencia mayoritarias-?