

RESARCIMIENTO DEL ALEA TERAPÉUTICA: UNA PERSPECTIVA COMPARADA. ESPECIAL ATENCIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRANCÉS

Davinia Cadenas Osuna
Doctora en Derecho
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Posición tradicional de la jurisprudencia francesa: carácter subjetivo de la responsabilidad médica; 3. Alea terapéutica en la jurisprudencia francesa: avance progresivo hacia una responsabilidad objetiva; 4. Loi Kouchner: la indemnización del alea terapéutica a título de solidaridad nacional. 4.1 Ámbito objetivo de aplicación del régimen de indemnización del alea terapéutica a título de solidaridad nacional; 4.2 Requisitos para el resarcimiento del alea terapéutica a título de solidaridad nacional; 4.3 Procedimiento no contencioso para la indemnización del alea terapéutica por la solidaridad nacional; 5. Notas de derecho comparado; 6. Resarcimiento del alea terapéutica en el ordenamiento jurídico español; 6.1 Accidentes médicos y afecciones iatrogénicas: negación de su carácter indemnizable debido a la naturaleza subjetiva de la responsabilidad médica; 6.2 Infecciones nosocomiales: un supuesto particular, ¿de responsabilidad objetiva?; 7. Conclusiones; 8. Bibliografía citada; 9. Anexo de jurisprudencia citada ordenada por países. 9.1 Francia; 9.2 España.

RESUMEN

Proponemos en el presente trabajo un análisis comparado del régimen jurídico del resarcimiento del alea terapéutica, considerando especialmente sus regulaciones respectivas en los ordenamientos jurídicos francés y español.

PALABRAS CLAVE

Alea terapéutica, accidente médico, afección iatrogénica, infección nosocomial, solidaridad nacional.

ABSTRACT

In our paper, we propose a comparative study of the legal regime of the compensation of therapeutic alea, considering especially its regulation in the French and Spanish legal system.

KEYWORDS

Therapeutic alea, medical accident, iatrogenic affection, nosocomial infection, national solidarity.

1. INTRODUCCIÓN

La sociedad es cada vez más exigente con el sistema de salud, hasta el extremo de demandar, en muchas ocasiones, más que una asistencia médica diligente, la curación. Muestra de ello es la progresiva reticencia que se observa en los pacientes a soportar las consecuencias derivadas del denominado alea terapéutica (*aléa thérapeutique*)¹, inclinación traducida en una creciente demanda de reparación, ante los tribunales, de los daños inherentes a la aleatoriedad consustancial al ejercicio de la Medicina y, por tanto, no vinculados al actuar negligente de los profesionales y establecimientos sanitarios.

El alea terapéutica engloba los daños producidos como consecuencia de un riesgo típico del procedimiento médico llevado a la práctica, riesgo cuya

¹ ÉVIN, Claude, *Les droits des usagers du système de santé*, Berger-Levrault, París, 2002, p. 250.

materialización resulta inevitable aun cuando el profesional sanitario actúe conforme a las exigencias de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, el alea terapéutica no abarca los daños causados por la negligencia del profesional o establecimiento sanitario ni los derivados del estado de salud inicial del paciente o de la evolución previsible de su propia patología, sino únicamente los daños no culpables inherentes al procedimiento practicado, sea éste terapéutico, diagnóstico o de cualquier otra índole. De esta suerte, coincidimos con ÉVIN en que «[l]e terme “thérapeutique” traduit mal le champ exact que recouvre la réalité des situations concernées»².

Tres son las situaciones calificables de alea terapéutica. En primer lugar, el accidente médico (accident médical), que puede definirse como “un événement imprévu qui cause un dommage accidentel qui a un lieu avec un acte médical, mais dont la réalisation est indépendante de toute faute médicale établie”³. En segundo lugar, constituye un supuesto de alea terapéutica la afección iatrogénica (affection iatrogène), entendida como “le dommage subi par un patient lié par la délivrance d’un traitement”, ya consista éste en la administración de medicamentos, cuidados...⁴. Por último, completa el concepto alea terapéutica la infección nosocomial u hospitalaria (infection nosocomiale)⁵, definida como “une maladie

provoquée par des micro-organismes contractée dans un établissement de soins”⁶; por tanto, sólo resultan calificables de nosocomiales las infecciones “qui apparaîtra au cours ou à la suite d’une hospitalisation alors qu’elle n’était pas présente au moment de l’admission”⁷, ni siquiera en incubación⁸. Como podemos comprobar, sólo cuando la infección nosocomial se contrae con motivo de una terapia, puede la misma ser calificada también de afección iatrogénica⁹. A efectos meramente didácticos, y no prácticos, puesto que no difieren en su régimen jurídico, debemos distinguir las infecciones nosocomiales endógenas, de un lado, y exógenas, de otro. El elemento diferenciador entre ambas categorías lo hallamos en el origen del germen causante de la infección. Así, en las endógenas, la infección es generada por un virus contraído en el medio hospitalario y latente en el organismo del paciente, produciéndose su reactivación por motivo de la propia fragilidad del sujeto o

2 ÉVIN, Claude, *Les droits... op. cit.*, p. 250. Continúa el autor: “En effet, l’accident médical non fautif peut aussi bien concerner un acte diagnostique, par exemple au moment d’une colonoscopie, un acte intervenant dans le cadre d’une recherche biomédicale, un acte de prévention par la vaccination; il peut être dû à l’administration d’un produit (médicament ou sang), intervenir à l’occasion d’une intervention chirurgicale” (ÉVIN, Claude, *Les droits... op. cit.*, p. 250).

3 CASTELLETTA, Angelo, *Responsabilité médicale. Droits des malades*, 2ª edición, Dalloz, París, 2004, p. 408. En idéntico sentido, SÉNAT, *Avis présenté au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l’Administration générale sur le projet de loi, adopté par l’Assemblée nationale après déclaration d’urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, rapport n. 175, Session ordinaire de 2001-2002, annexe au procès-verbal de la séance du 16 janvier 2002*, p. 47.

4 CASTELLETTA, Angelo, *Responsabilité médicale... op. cit.*, p. 408. En igual dirección, SÉNAT, *Avis présenté... op. cit.*, p. 47; ABEILLE, Jean-François y CIRILLO, Fabrice, “La responsabilité médicale”, *Les cahiers de droit de la Santé du Sud-Est*, n. 1: Le risque médical, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2003, p. 28.

5 Aboga PÉREZ LÓPEZ por la superación del concepto “infección nosocomial” por el de “Infección Relacionada con la Asistencia Sanitaria” (IRAS), pues “los avances tecnológicos han permitido ampliar el número de tratamientos que pueden prestarse en régimen ambulatorio y, por lo tanto, fuera del medio hospitalario”, de suerte que “el concepto “IRAS” se relaciona con infecciones contraídas tanto en el medio hospitalario

como, en términos generales, en cualquier contexto asistencial, incluido el régimen ambulatorio» (PÉREZ LÓPEZ, Ian, “Infecciones hospitalarias: ciencia, pacientes y tribunales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p. 210). En igual dirección, sostiene ARCOS VIEIRA que «se considera actualmente más ajustado emplear las expresiones “infecciones asociadas a la asistencia sanitaria” –IAS– o “infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria” –IRAS–», al tratarse de “expresiones que describen con mayor precisión un conjunto más amplio de sucesos en el que quedan integradas tanto las infecciones nosocomiales u hospitalarias como las iatrogénicas, sin perjuicio, como es obvio, de la indudable adecuación de estas denominaciones cuando aquellas enfermedades tengan su origen en el centro hospitalario o en la intervención del médico, respectivamente” (ARCOS VIEIRA, María Luisa, *Responsabilidad civil por infecciones asociadas a la asistencia sanitaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 23).

6 SÉNAT, *Avis présenté... op. cit.*, p. 47.

7 CASTELLETTA, Angelo, *Responsabilité médicale... op. cit.*, p. 408.

8 En el sentido indicado define las infecciones nosocomiales la *Circulaire DGS/DHOS/E2 – N° 645 du 29 décembre 2000, relative à l’organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé*, declarando su “Introduction”: “Les infections nosocomiales sont des infections contractées dans un établissement de santé.” Abunda en esta línea el *Conseil d’État* en su decisión de 21 de junio de 2013 (*requête numéro 347450*), en virtud de la cual: “seule une infection survenant au cours ou au décours d’une prise en charge et qui n’était ni présente, ni en incubation au début de la prise en charge peut être qualifiée de nosocomiale”. Vid. también GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 5ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 397.

9 CASTELLETTA, Angelo, *Responsabilité médicale... op. cit.*, p. 420. Así, parafraseando a LECA, “constitue une infection nosocomiale non iatrogène une légionellose contractée dans une douche au cours d’un séjour hospitalier” (LECA, Antoine, “L’indemnisation du risque médical au titre de la solidarité nationale”, *Les cahiers de droit de la Santé du Sud-Est*, n. 1: Le risque médical, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2003, p. 80).

de su sometimiento a un acto médico invasivo¹⁰. Por el contrario, en las infecciones nosocomiales exógenas, el microorganismo contaminante es externo al propio sujeto afectado, pudiendo proceder de otro paciente, del incumplimiento de las medidas de asepsia que incumben a profesionales y establecimientos sanitarios...¹¹

Realizadas estas aclaraciones preliminares e inexcusables para el correcto entendimiento de unos conceptos que son empleados constantemente a lo largo de nuestra exposición, nos adentramos sin más demora en el examen de la cuestión que constituye el objeto principal de análisis en nuestro trabajo, a saber, el régimen indemnizatorio del alea terapéutica en el Derecho francés, para, a continuación, referirnos someramente a la regulación vigente en otros ordenamientos jurídicos, prestando especial atención al español, en aras de poder extraer ciertas conclusiones comparativas entre ellos.

2. POSICIÓN TRADICIONAL DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA: CARÁCTER SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Si bien la rúbrica del presente apartado resulta aplicable a la responsabilidad médica en general, ya surja la misma en el contexto de la Medicina pública o privada, resulta necesario realizar un abordaje separado (siquiera superficial) de ambas esferas que nos permita poner de relieve la distinta visión jurisprudencial existente con relación a la tipología de culpa exigible en cada ámbito para que surja la responsabilidad de los profesionales y establecimientos de salud.

En la esfera de la Medicina privada, la situación tradicional se define en el *arrêt Mercier*, de 20 de mayo de 1936, donde la *Cour de cassation*, tras establecer el carácter contractual y de medios de la obligación del médico, declara que su responsabilidad surge cuando no cumple las obligaciones que para él nacen del contrato. En tal caso, se estima su conducta negligente y, en consecuencia, generadora de responsabilidad, siendo suficiente a tal efecto la culpa

leve del médico y recayendo sobre el paciente la carga de la prueba de tal presupuesto de la responsabilidad.

En el ámbito de la Medicina pública, por su parte, la jurisprudencia administrativa experimenta una notable evolución a partir de las decisiones del *Conseil d'État* de 8 de noviembre de 1935, dictadas a la luz de los asuntos *Dame Vion* y *Dame Philipponeau* (*requête* número 31999) y pioneras en la aplicación de la dicotomía *faute lourde-faute simple* en sede de responsabilidad hospitalaria. De esta suerte, entiende el *Conseil d'État* que la condena al establecimiento hospitalario exige la culpa grave (*faute lourde*) si el daño deriva de la ejecución de un acto médico¹² y la culpa leve (*faute simple*) si, por el contrario, el daño es causado con motivo de un acto no médico. Asimismo, estima el *Conseil d'État* en las decisiones de referencia que el acto médico es aquel realizado por personal propiamente médico (facultativo o cirujano), mientras que el acto no médico es ejecutado por el personal de enfermería, auxiliar y administrativo al servicio del hospital. Como vemos, en los *arrêts Vion* y *Philipponeau* el *Conseil d'État* enfoca la distinción entre el acto médico y no médico en la categoría profesional de la persona que lo lleva a cabo. No obstante, esta definición, de tintes claramente orgánicos, resulta problemática, habida cuenta de que un cirujano puede realizar actos no médicos (v. gr., administrativos o de gestión), que no pueden ser calificados como médicos (y, consiguientemente, exigirse la culpa grave para que surja la responsabilidad hospitalaria) sólo en atención a la categoría profesional de la persona que lo realiza. En consecuencia, se impone la necesidad de acompañar la distinción *faute lourde-faute simple* de una definición del acto médico y no médico que delimite las características materiales básicas que cada uno de ellos debe reunir, lo que en modo alguno implica la exigencia de enlistar los actos que deben enmarcarse en cada género de acto, resultando ello arriesgado debido a que la Medicina es una ciencia evolutiva que impondría una constante revisión de dicho inventario¹³.

No es hasta el *arrêt Rouzet*, de 26 de junio de 1959, donde el *Conseil d'État* adopta un criterio material para la distinción de los actos médicos

10 CASTELLETTA, Angelo, *Responsabilité médicale...* op. cit., p. 104; WELSCH, Sylvie, *Responsabilité du médecin*, 2ª edición, Éditions du Juris-Classeur, París, 2003, p. 286.

11 WELSCH, Sylvie, *Responsabilité du...* op. cit., p. 286; CASTELLETTA, Angelo, *Responsabilité médicale...* op. cit., p. 104.

12 A juicio de ABEILLE y CIRILLO, la exigencia de culpa grave con relación a los actos médicos parece justificarse “par la difficulté de l’art médical et des conditions d’intervention, ainsi que par la nature de l’obligation de soins qui est de moyens et non de résultat” (ABEILLE, Jean-François y CIRILLO, Fabrice, “La responsabilité...” op. cit., p. 23).

13 CLEMENT, Cyril, *La responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé*, Les Études Hospitalières, Burdeos, 2000, p. 122.

y no médicos (*tous les autres actes de soins*), estableciendo que lo relevante a tal efecto no es la autoría del acto, sino su naturaleza y dificultad, estimándose así no médicos los actos banales, salvo que su dificultad aconseje un cambio en su calificación. En el caso enjuiciado, una niña de apenas veinticuatro horas de vida (Christine Rouzet) es llevada de urgencia al *Hôpital des Enfants Malades de l'Assistance Public de Paris*, donde es diagnosticada de toxicosis con deshidratación, encontrándose en peligro la vida de la menor. El interno del servicio donde la bebé es ingresada le practica de inmediato una perfusión intravenosa con inyección de suero fisiológico glucosado y bicarbonatado. Sin embargo, el interno actúa negligentemente, pues inyecta el suero en una arteria en lugar de en una vena, lo que provoca que, un mes más tarde, se tengan que amputar a la bebé dos tercios del brazo donde se practica la inyección. En este supuesto, amén de la banalidad que el acto realizado presenta en un hospital especializado en niños, se ha de tomar en consideración la urgencia con la que la actuación del interno es requerida, la dificultad de distinguir la vena de la arteria en un cuerpo tan pequeño y la corta edad de la paciente. Sobre esta base, resuelve el *Conseil d'État* respecto de la inyección practicada que, a pesar de que en principio debe calificarse como acto no médico por su banalidad en el centro hospitalario donde es practicado, su dificultad permite su conversión en acto médico, lo que conlleva la exigencia de *faute lourde* para comprometer la responsabilidad del establecimiento hospitalario donde es realizado. En definitiva, el acto médico es aquél cuya ejecución implica una gran dificultad y requiere conocimientos especiales adquiridos tras un largo proceso de formación, mientras que el acto no médico es aquél de práctica ordinaria que puede ser confiado por el médico a un auxiliar de menor cualificación.

Como podemos comprobar, desde los *arrêts Dame Vion* y *Philipponneau*, existe una evidente desigualdad en las exigencias para comprometer la responsabilidad de las clínicas privadas y los hospitales públicos cuando el daño deriva de un acto médico, pues, si bien en el ámbito privado basta con acreditar la culpa leve, en la esfera pública la condena a la Administración exige la prueba de la culpa grave con relación a los actos médicos. A esta situación de desigualdad pone fin el *Conseil d'État* con el *arrêt Epoux V. (requête numéro 79027)*, de 10 de abril de 1992, que suprime la distinción *faute*

lourde-faute simple hasta entonces existente en sede de responsabilidad en el ámbito público, siendo suficiente para condenar a la Administración sanitaria la prueba de la falta leve, con independencia de la naturaleza del acto realizado, colocándose así en una situación equivalente a los pacientes de establecimientos públicos y privados de salud cuando es un acto médico la causa del daño sufrido. En suma, a partir del *arrêt Epoux V.*, “[l]a responsabilité des établissements publics de santé ne peut être engagée que pour faute simple”¹⁴.

3. ALEA TERAPÉUTICA EN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA: AVANCE PROGRESIVO HACIA UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Progresivamente, la jurisprudencia civil y administrativa evolucionaron hacia una responsabilidad sin culpa de los profesionales y establecimientos de salud en los supuestos de alea terapéutica. En la esfera pública, esta evolución se inicia con la decisión de la *Cour administrative d'appel de Lyon* de 21 de diciembre de 1990 (*numéro 89LY01742*), en el asunto *Gomez*¹⁵. En el asunto enjuiciado, el Tribunal declara que, al aplicarse al paciente una técnica novedosa cuyas consecuencias no son enteramente conocidas, se le expone a un riesgo especial y, por tanto, “lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les conséquences exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engageant, même sans faute, la responsabilité de l'hôpital.” Como vemos, la *Cour administrative d'appel de Lyon* condiciona la responsabilidad del centro hospitalario, aun sin mediar culpa del profesional sanitario, al cumplimiento de las tres condiciones que siguen: 1) la utilización de una técnica terapéutica novedosa cuyas consecuencias no son todavía enteramente conocidas; 2) la ausencia de razones vitales que impongan el recurso a dicha técnica, y 3) la existencia

14 CASTELLETTO, Angelo, *Responsabilité médicale... op. cit.*, p. 266.

15 Un menor de quince años de edad es sometido en 1983, en los *Hospices Civils de Lyon*, a una intervención quirúrgica para corregir la cifosis evolutiva que sufre. La operación se practica mediante una técnica novedosa conocida como método de *Luqué*. Como consecuencia de la intervención, el menor sufre graves problemas neurológicos y, finalmente, una paraplejia de la parte inferior del cuerpo. De los informes periciales obrantes en autos se infiere que la actuación del cirujano en el curso de la operación se ajustó a la *lex artis* y que el daño que sufre el paciente se debe a la materialización de un riesgo típico de la cirugía llevada a cabo, aunque poco frecuente (la frecuencia probabilística de su actualización oscila entre el uno y el cuatro por cien de los casos).

de complicaciones excepcionales, anormalmente graves y vinculadas de modo directo con la técnica aplicada¹⁶.

La decisión de la *Cour administrative d'appel de Lyon* recién comentada no es objeto de recurso, de manera que no es hasta el asunto *Bianchi* donde el *Conseil d'État*, en su decisión de 9 de abril de 1993 (*requête numéro 69336*), se pronuncia en un supuesto de alea terapéutica en favor de la responsabilidad sin culpa¹⁷. Dice la *haute jurisdiction*:

“Considérant, toutefois, que lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité.”

En suma, admite el *Conseil d'État* la responsabilidad del servicio público hospitalario por los daños derivados de un acto diagnóstico o terapéutico aun sin existir culpa de los profesionales sanitarios actuantes, siempre que se cumplan las condiciones que siguen: 1) el riesgo materializado en el resultado dañoso debe ser conocido, aunque excepcional; 2) el daño debe ser de extrema gravedad; 3) ausencia de razones que sugieran una particular exposición del paciente al riesgo actualizado, y 4) el resultado dañoso producido no está vinculado con el estado de salud del paciente anterior a la actuación médica ni con su

evolución previsible¹⁸. Como podemos comprobar, el *Conseil d'État* concibe la indemnización de los daños derivados de accidentes médicos como una circunstancia excepcional que se hace depender del cumplimiento de unas condiciones verdaderamente estrictas¹⁹. Esta excepcionalidad se observa, verbigracia, en el fallo del *Conseil d'État* de 29 de diciembre de 1997, dictada a la luz del caso *M. K. (requête numéro 158938)*²⁰, donde la *haute jurisdiction* absuelve al hospital al estimar que el daño sufrido por el paciente es consecuencia, no de la intervención quirúrgica practicada, sino de su estado de salud inicial²¹.

Tras su decisión en *Bianchi*, el *Conseil d'État* vuelve a avanzar decididamente en pro de la indemnización del alea terapéutica en su decisión de 3 de noviembre de 1997, dictada en el asunto *Hôpital Joseph Imbert d'Arles (requête numéro 153686)*²², en la

18 Aplica el *Conseil d'État* la doctrina *Biachi* en el asunto *Centre hospitalier d'Aubagne (requête numéro 201790)*, resuelto el 27 de octubre de 2000. En el caso enjuiciado, condena el Tribunal al centro hospitalario por el daño sufrido por el paciente de resultados de un accidente médico, pese a que tal perjuicio “n'est pas imputable à une erreur dans la conduite de l'opération, mais résulte probablement d'une malformation vasculaire congénitale de la patiente” y “qu'aucune raison ne permettait au chirurgien de suspecter que Mme X... était atteinte d'une malformation vasculaire et de ce fait exposée à des séquelles paraplégiques causées par une ischémie médullaire.” De los extractos reproducidos se colige que, para absolver al centro hospitalario, se exige que la predisposición del paciente al daño sufrido por razón de su enfermedad sea apreciable *ab initio*, y no deducible únicamente tras la realización de diversos exámenes una vez producido el resultado dañoso.

19 ÉVIN, Claude, *Les droits... op. cit.*, p. 279.

20 Una menor, de 14 años de edad, es sometida a una intervención quirúrgica para corregir la grave escoliosis evolutiva que padece. De resultados de la cirugía, la paciente sufre una incapacidad motriz severa en uno de sus miembros inferiores. El *Conseil d'État* rechaza la responsabilidad del hospital al entender que la escoliosis sufrida por la paciente es susceptible de causarle la invalidez que ahora padece, con lo que no puede afirmarse que dicha invalidez no esté vinculada con el estado de salud inicial de la menor ni con su evolución previsible.

21 En sentido similar se pronuncia el *Conseil d'État* el 5 de enero de 2000, en el asunto *Telle (requête numéro 181899)*, donde declara que no todos los daños derivados de accidentes médicos no culposos producidos en un hospital público deben ser indemnizados. En el caso enjuiciado, un microcatéter introducido en una arteria a M. Telle se rompe, provocando en el paciente un accidente isquémico de resultados del cual sufre la parálisis de un brazo y una pierna. La malformación arterio-venosa padecida inicialmente por M. Telle, para cuyo tratamiento se requiere el microcatéter, es susceptible de producir una parálisis. En consecuencia, pese a que la parálisis parcial que sufre el paciente es causada por la rotura del microcatéter, y no por su malformación arterio-venosa, M. Telle no puede beneficiarse de la jurisprudencia *Bianchi* porque su patología es susceptible de producir el resultado dañoso acaecido.

22 Un menor muere tras sufrir una parada cardíaca en el curso de una intervención quirúrgica llevada a cabo en el *centre hospitalier Joseph Imbert* para su circuncisión, realizada ésta

16 DUQUET, Anne-Marie, *La faute médicale à l'hôpital*, Berger-Levrault, París, 1994, p. 50; CASTELLETTA, Angelo, *Responsabilité médicale... op. cit.*, p. 280.

17 M. Bianchi, sufriendo de diversos problemas neurológicos y de una parálisis facial, ingresa en el *CHU La Timone* (Marsella), perteneciente al sistema público de salud, para someterse a una arteriografía vertebral, intervención que se lleva a cabo el 3 de octubre de 1978. Como consecuencia de dicha operación, el paciente sufre una tetraplejía y una discapacidad del noventa y cinco por cien, riesgo típico de la intervención practicada, si bien extraordinariamente infrecuente (entre tres y cuatro por cada diez mil casos). De las pruebas practicadas se colige que la arteriografía estaba médicamente indicada y que no existe negligencia en la actuación del hospital, razón por la cual, siguiendo la jurisprudencia clásica en virtud de la cual la responsabilidad de los profesionales y establecimientos de salud es subjetiva, el *Tribunal administratif de Marseille* desestima, en su decisión de 8 de noviembre de 1984, la demanda de responsabilidad interpuesta por el paciente, quien acude en vía de recurso ante el *Conseil d'État*.

que aplica la jurisprudencia *Bianchi* a un caso en el que el resultado dañoso se produce de resultas de una actuación médica de carácter no terapéutico²³.

Esta tendencia jurisprudencial hacia la objetivación de la responsabilidad sanitaria se observa también en sede de infecciones nosocomiales, donde el *Conseil d'État* presume la negligencia del establecimiento hospitalario público en el mantenimiento de las condiciones de asepsia, como bien se desprende del pronunciamiento dictado por la *haute juridiction* el 9 de diciembre de 1988, en el asunto *Cohen* (*requête* número 65087)²⁴.

En igual sentido, la jurisprudencia civil también avanza hacia la responsabilidad objetiva con relación a las infecciones nosocomiales, pues, si bien tradicionalmente reconoce a los establecimientos sanitarios una obligación de medios en la preservación de las

condiciones de asepsia²⁵, a partir de los años 90 de la pasada centuria, la *Cour de cassation* oscila entre la presunción de responsabilidad del centro y la atribución al mismo de una obligación de resultado cuando el daño que sufre el paciente se deriva de una infección calificable de nosocomial.

Como exponente del primero de los posicionamientos jurisprudenciales, cabe citar el *arrêt Bonnici* (*numéro de pourvoi* 94-16.586), de 21 de mayo de 1996²⁶, donde la *Cour de cassation*, tras reconocer que en materia de infecciones nosocomiales se presume *iuris tantum* la responsabilidad del establecimiento sanitario, finalmente confirma el fallo absolutorio dictado por la *Cour d'appel*, al coincidir con el tribunal *a quo* en la diligencia de la clínica en la esterilización del quirófano, sin ni siquiera indagar en la causa de la infección²⁷. Esta doctrina la resume a la perfección WELSCH:

“lorsque la victime établit grâce à un ensemble d'indices, que son état est consécutif à une infection contractée dans la salle d'opération –ou d'accouchement– (la preuve du lien de causalité reste donc à sa charge, même si elle est facilitée et peut être rapportée par présomptions), la présomption de responsabilité de l'établissement

por motivos, no terapéuticos, sino religiosos. La *Cour administrative d'appel de Lyon* se pronuncia en favor de la aplicación de la jurisprudencia *Bianchi* al caso enjuiciado, pese a que la operación de la que deriva el luctuoso resultado no tiene carácter terapéutico, en su decisión de 20 de septiembre de 1993, recurrida por el centro hospitalario ante el *Conseil d'État*.

23 Con relación al pronunciamiento de referencia, postulan BERGOIGNAN-ESPER y SARGOS: «Décider différemment que dans l'affaire *Bianchi*, selon les conclusions du commissaire du gouvernement, aurait rompu l'égalité entre les usagers du service public hospitalier. Certes l'hôpital aurait pu refuser de pratiquer un tel acte non curatif. Mais à partir du moment où l'intervention est décidée, le mobile ne doit pas en rien influer sur la solution à donner en cas d'accident thérapeutique. La jurisprudence issue de l'arrêt du 9 avril 1993 peut s'appliquer à l'espèce, à la seule condition de substituer l'expression “patient” à celle de malade» (BERGOIGNAN-ESPER, Claudine y SARGOS, Pierre, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 2ª edición, Dalloz, Paris, 2016, p. 330).

24 Dice el Tribunal: “Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'expertise, que l'infection méningée compliquée d'une lésion de la moelle dorsale dont M. X... a été victime a eu pour cause l'introduction accidentelle dans l'organisme du patient d'un germe microbien lors de la sacco-radiculographie qu'il a subi le 18 août 1976 au groupe hospitalier de la Pitié-Salpêtrière à Paris ou de l'intervention chirurgicale de cure de la hernie discale confirmée par cet examen qu'il a subi le 19 août 1976 dans le même établissement, alors qu'il résulte des constatations des experts qu'aucune faute lourde médicale, notamment en matière d'asepsie, ne peut être reprochée aux praticiens qui ont exécuté cet examen et cette intervention; que le fait qu'une telle infection ait pu néanmoins se produire, révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier à qui il incombe de fournir au personnel médical un matériel et des produits stériles; que, dès lors, M. X... est fondé à demander à l'administration générale de l'assistance publique à Paris, réparation du préjudice qu'il a subi du fait de cette faute et à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande d'indemnisation de ce préjudice”. *Vid.* también la decisión del *Conseil d'État* en *Savelli* (*requête* número 27844), de 18 de noviembre de 1960.

25 *Vid.* la decisión de la *Cour de cassation* de 28 de febrero de 1984 (*numéro de pourvoi* 82-15.958), dictada con motivo de un asunto en el que M. Z... contrae una infección después de que el doctor X. le practique varias punciones en su pierna izquierda para tratar un hematoma de cuádriceps sufrido de resultas de un desgarró muscular. En el asunto de referencia, declara el Tribunal: «Que les juges du fond ont pu en déduire, sans mettre à sa charge une obligation de résultat, que le docteur X... avait commis “une négligence dans la stérilisation puis dans le maniement du mandrin”, et qu'il était ainsi établi que ce médecin avait “manqué à son obligation de moyens concernant le respect des méthodes d'asepsie modernes qu'il devait à son malade”».

26 M. X... sufre una infección tras someterse a una intervención quirúrgica el 9 de mayo de 1986, en la clínica *Bouchard*, para tratar una hiperlaxitud ligamentaria del tobillo izquierdo.

27 Declara el Tribunal: «attendu qu'une clinique est présumée responsable d'une infection contractée par un patient lors d'une intervention pratiquée dans une salle d'opération, à moins de prouver l'absence de faute de sa part; que la cour d'appel a constaté qu'à l'époque des faits l'emploi de la technique dite du “flux laminaire” n'était pas obligatoire et que les divers moyens de stérilisation et d'aseptisation, notamment par appareil “Parragerm” au formol, utilisés par la clinique et décrits par l'expert étaient conformes aux normes en vigueur; que de ces constatations et énonciations elle a pu déduire que la clinique n'avait pas commis de faute dans l'aseptisation de la salle d'opération; qu'ainsi, sans avoir à rechercher quel facteur étranger aux soins donnés en clinique serait à l'origine de l'infection, la cour d'appel a légalement justifié sa décision». *Vid.* también los fallos de la *Cour de cassation* de 16 de junio de 1998 (*numéros de pourvoi* 97-18.481; 97-18.509 y 97-19.131).

de soins s'applique celui-ci ne peuvent s'en exonérer qu'en prouvant qu'il n'a commis aucune faute dans la prise de mesures d'asepsie ou que la contamination avait pour origine l'état antérieur du patient"²⁸.

Por su parte, en otras decisiones, el *Conseil d'État* atribuye a los establecimientos privados de salud una obligación de resultado en materia de infecciones nosocomiales, debiendo responder por los daños causados aun cuando hayan actuado de modo diligente, pudiendo exonerarse de responsabilidad únicamente cuando acrediten que la infección encuentra su origen en una causa extraña. Es ésta la doctrina seguida por la *Cour de cassation* en su fallo de 29 de junio de 1999 (*numéro de pourvoi* 97-21.903), en un asunto en el que M. X... sufre una artritis séptica por la acción de estafilococos dorados inoculados en su articulación en el curso de una artrografía de rodilla practicada por el doctor M. Y... el 22 de septiembre de 1987. La *Cour d'appel de Versailles*, en su decisión de 18 de septiembre de 1997, desestima las pretensiones del paciente de obtener una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la infección, estimando el Tribunal que la obligación que incumbe al médico es de medios y que, en el caso enjuiciado, ni la aparición de la infección ni los daños derivados de ésta resultan imputables a la culpa del facultativo. Esta decisión es anulada por la *Cour de cassation*, que reconoce que un establecimiento privado de salud y un profesional médico liberal tienen, en materia de infecciones nosocomiales, una obligación de resultado ("obligation accessoire à l'obligation de moyens –fondement historique et légitime de la responsabilité médicale"²⁹), de la que sólo puede liberarse acreditando la concurrencia de una causa extraña³⁰.

Esta tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad no es seguida por la jurisprudencia civil, sin embargo, en materia de accidentes médicos, donde,

28 WELSCH, Sylvie, *Responsabilité du... op. cit.*, pp. 291-292. Vid. también SARGOS, Pierre, "La doctrine de la cour de cassation en matière d'infection nosocomiale. De l'exigence d'une asepsie parfaite à la présomption de responsabilité", *Médecine&Droit*, Vol. 1999, núm. 35, 1999, p. 6.

29 VIALLA, François (dir.), *Les grands décisions du droit médical*, 2ª edición, LGDJ, París, 2014, p. 785.

30 Dice el Tribunal, literalmente: "un médecin est tenu, vis-à-vis de son patient, en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de résultat, dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère". En igual sentido se pronuncia la *Cour de cassation* en sus decisiones de 29 de junio de 1999 (*numéro de pourvoi* 97-14.254); 13 de febrero de 2001 (*numéro de pourvoi* 98-19.433) y 4 de abril de 2001 (*numéro de pourvoi* 99-19.718).

si bien la *Première chambre du Tribunal de grande instance de Paris* (fallos de 25 de mayo y 30 de junio de 1997) y la *Cour d'appel de Paris* (decisión de 15 de enero de 1999) admiten la aplicación de la jurisprudencia *Bianchi* al ámbito civil, la *Cour de cassation* adopta una postura diametralmente opuesta en su decisión de 8 de noviembre de 2000 (*numéro de pourvoi* 99-11.735), dictada en el asunto *Destandeau*, donde M. Y..., sufriendo de hidrocefalia, es sometido a una intervención quirúrgica, practicada por el neurocirujano M. X..., al objeto de desviar el líquido cefalorraquídeo según la técnica lombo-peritoneal. Inmediatamente después de la intervención, el paciente presenta una parálisis irreversible de los miembros inferiores, con incontinencia urinaria y fecal. El *Tribunal de grande instance de Bordeaux* rechaza la pretensión resarcitoria de M. Y... en una decisión recurrida por el paciente ante la *Cour d'appel de Bordeaux*. El Tribunal de apelación, en su fallo de 14 de diciembre de 1998, descarta la culpa del cirujano al llevar a cabo la operación y constata que el daño sufrido por el paciente se debe a que ha sufrido un infarto espontáneo del cono medular, siendo éste un riesgo típico (aunque infrecuente) de la cirugía practicada. En todo caso, pese a no apreciar su proceder negligente, el Tribunal condena al neurocirujano a reparar el daño sufrido por el paciente al estimar que al profesional sanitario incumbe una obligación de resultado en materia de alea terapéutica. Esta decisión es recurrida por M. X... ante la *Cour de cassation* que, en el fallo de referencia, rechaza la indemnización del alea terapéutica al juzgar que dicha reparación no se integra entre las obligaciones contractuales que el médico asume frente al paciente³¹.

31 Esta doctrina es confirmada por la *Cour de cassation* en su fallo de 26 de noviembre de 2002 (*numéro de pourvoi* 01-00.390). Mme X... sufre problemas intestinales y tiene antecedentes de cáncer de colon. Tras ser sometida a una colonoscopia, practicada por M. Y..., se le diagnostica una peritonitis causada por la perforación del colon, debiendo ser sometida a una cirugía de urgencia que le obliga a estar veintitrés días en situación de incapacidad temporal y de resultados de la cual sufre una incapacidad permanente del cinco por cien. Dice la *Cour de cassation*: "Attendu, d'abord, que c'est à bon droit, que la cour d'appel a énoncé qu'alors même le chirurgien procédait à une coloscopie à l'aide d'un appareil sur la personne de sa patiente, il n'était tenu que d'une obligation de moyens; qu'ensuite, la cour d'appel, qui a constaté que les soins prodigués para M. Y... avaient été attentifs, diligents et conformes aux données de la science médicale et qu'aucune faute, ni de maladresse, ni de négligence, ni d'imprudence ne pouvait être retenue, a pu en déduire la réalisation d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé; qu'elle en a justement déduit que la réapparition des conséquences de cet alea thérapeutique n'entraînait pas dans les champs des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient; qu'enfin, la cour d'appel, qui a retenu que Mme X... n'aurait pas renoncé à se soumettre à une exploration destinée à élimi-

4. LOI KOUCHNER: LA INDEMNIZACIÓN DEL ALEA TERAPÉUTICA A TÍTULO DE SOLIDARIDAD NACIONAL

Como hemos podido comprobar en las líneas precedentes, antes del nuevo milenio no existe en los ámbitos civil y administrativo una jurisprudencia uniforme para la indemnización del alea terapéutica, lo que genera una suerte de “alea jurisdictionnel”³² que hace deseable, amén de necesaria, una intervención armonizadora del legislador en aras de evitar soluciones dispares en función de la índole pública o privada del establecimiento de salud en el que se lleva a cabo la asistencia sanitaria en el curso de la cual sufre el paciente los daños cuyo resarcimiento pretende³³.

Este ansiado e imperioso pronunciamiento del legislador se produce a través de la *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, comúnmente conocida como *Loi Kouchner*. Mediante esta Ley, se establece un procedimiento para la indemnización del alea terapéutica amparado en la solidaridad nacional y, consiguientemente, alejado de un sistema de responsabilidad que, al hallarse inspirado en los principios de justicia y equidad, resulta incoherente con la imputación a profesionales y establecimientos sanitarios de unos daños no atribuibles a su proceder negligente.

Este sistema de resarcimiento del alea terapéutica, novedoso desde la perspectiva del ordenamiento jurídico francés, lo establece la *Loi Kouchner* en su artículo 98, que redacta el Título IV del Libro 1° de la Primera Parte del *Code de la Santé Publique* (en adelante, CSP), en el que se inserta el artículo L 1142-1 CSP, precepto que reconoce al paciente el derecho a ser indemnizado del alea terapéutica por la solidaridad nacional³⁴. Este precepto resulta aplicable con

ner ou conformer l'hypothèse d'une affection gravissime a, par cette constatation souveraine d'absence de préjudice, légitimement justifié sa décision”.

32 BINET, Jean-René, *Droit médical*, L.G.D.J., Paris, 2010, p. 277.

33 SÉNAT, *Avis présenté...* op. cit., p. 8.

34 Como establece el artículo 101 de la *Loi Kouchner*, y confirma el artículo 3 de la *Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale* (en adelante, *Loi About*), este sistema de resarcimiento se aplica a los accidentes médicos, afecciones iatrogénicas e infecciones nosocomiales producidos de resultados de actos preventivos, diagnósticos o terapéuticos realizados desde el 5 de septiembre de 2001, con independencia de que estén siendo objeto de un procedimiento judicial, salvo que haya sido dictada una decisión judicial irrevocable, en cuyo caso no es posible volver a juzgar el asunto

independencia de que el accidente médico, afección iatrogénica o infección nosocomial tenga lugar en un establecimiento de salud público o privado o en la consulta de un profesional liberal (*cabinet d'un professionnel de la santé o médecine en ville*). Dice el artículo L 1142-1 CSP, en su redacción vigente, como sigue:

“I. Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute.

Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère.

II. Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire.

Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'atteinte

to con el fin de aplicarle el nuevo régimen de indemnización establecido en la *Loi Kouchner*. En este sentido se pronuncia el *Conseil d'État*, en dos decisiones de 13 de julio de 2007 (*requête numéros 299693 y 293196*), y la *Cour de cassation*, en su fallo de 16 de octubre de 2008 (*numéro de pourvoi 07-17.605*), al declarar el carácter irretroactivo de la *Loi About*, que aclara definitivamente el ámbito temporal de aplicación de la *Loi Kouchner*.

permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret; ce pourcentage, au plus égal à 25%, est déterminé par ledit décret."

Los apartados que siguen los dedicamos al examen de las cuestiones esenciales que plantea la aplicación del precepto transcrito.

4.1 Ámbito objetivo de aplicación del régimen de indemnización del alea terapéutica a título de solidaridad nacional

Como puede colegirse de su lectura, el artículo L 1142-1 II CSP contempla un sistema de indemnización del alea terapéutica homogéneo para la sanidad pública y privada, que legitima la reparación subsidiaria a la víctima por la solidaridad nacional cuando no sea posible establecer la responsabilidad de los profesionales y establecimientos de salud (*id est*, cuando los daños no sean imputables a su proceder culposos) y siempre que se cumplan los requisitos previstos en el antedicho precepto³⁵. En caso contrario, el daño quedará sin resarcir, habida cuenta de que, al no poderse imputar al actuar culposos o negligentes de los profesionales o establecimientos sanitarios y no cumpliéndose las condiciones para su indemnización por la solidaridad nacional, su resarcimiento no puede ampararse ni en el párrafo primero ni en el segundo, respectivamente, del artículo L 1142-1 II CSP.

Esta pauta, si bien define a la perfección el ámbito objetivo al que se aplica el régimen indemnizatorio establecido por la *Loi Kouchner* en los supuestos de accidentes médicos y afecciones iatrogénicas, en materia de infecciones nosocomiales deben tomarse en consideración las siguientes reglas particulares cuando la misma se contrae en el seno de un determinado establecimiento, servicio u organismo sanitario³⁶. En tal hipótesis, si el daño cumple los requisitos del artículo L 1142-1 II CSP y no resulta imputable al proceder culposos o negligentes del establecimiento, servicio u organismo implicado, puede la víctima acceder a una indemnización a título de solidaridad nacional. Sin embargo, si el daño es imputable a su culpa o, aun no siéndolo, cuando no se cumplan las condiciones para la aplicación del sistema de indemnización configurado por la *Loi Kouchner* (ésta es

la particularidad que opera en sede de infecciones nosocomiales), el establecimiento, servicio u organismo sanitario queda sometido a un régimen de responsabilidad sin culpa, debiendo indemnizar a la víctima por mandato del párrafo segundo del artículo L 1142-1 CSP, salvo que acredite la concurrencia de una causa extraña (*causa étrangère*)³⁷, en cuyo caso la víctima no puede ver resarcido su daño ni por el establecimiento sanitario ni por la solidaridad nacional.

En definitiva, podemos comprobar cómo en materia de infecciones nosocomiales difiere el régimen de responsabilidad aplicable al profesional liberal (*médecin en ville*), de un lado, y a los establecimientos de salud (sean públicos o privados), de otro, pues, mientras que el primero reviste un carácter subjetivo (responsabilidad por culpa), el segundo es de naturaleza objetiva³⁸.

37 Esta circunstancia se muestra harto infrecuente en la práctica, debido a la rigurosa concepción de la causa extraña adoptada por los tribunales, conforme a los cuales, ni la ausencia de culpa del profesional o establecimiento sanitario – decisión de la *Cour de cassation* de 11 de diciembre de 2008 (*numéro de pourvoi* 08-10.105)–, ni el carácter endógeno de la infección que genera los daños al paciente –fallos de la *Cour de cassation* de 4 de abril de 2006 (*numéro de pourvoi* 04-17.491) y del *Conseil d'État* de 10 de octubre de 2011 (*requête numéro* 328500)– ni el estado de vulnerabilidad que le produce la enfermedad –fallo del *Conseil d'État* de 17 de febrero de 2016 (*requête numéro* 322366)– constituyen causa extraña en el sentido del párrafo segundo del artículo L 1142-1 I CSP. Así, establece el mencionado precepto una suerte de presunción de responsabilidad en materia de infecciones nosocomiales (CASTELLER, Angelo, *Responsabilité médicale...* op. cit., p. 279), no pudiendo exonerarse el establecimiento de responsabilidad más que acreditando, no la ausencia de culpa en su proceder, sino la concurrencia de una causa extraña (LAMAR, Marie-Joséphine, "Aléa thérapeutique: vers une meilleure réparation", *Médecine & Droit*, Vol. 2002, núm. 54, 2002, p. 10), definida ésta por ABEILLE y CIRILLO como "un événement présentant les caractéristiques de la force majeure: imprévisibilité, irrésistibilité, extériorité." Continúan: "C'est-à-dire qu'une telle preuve apparaît comme particulièrement difficile à établir s'agissant notamment du caractère d'extériorité puisque l'infection a par hypothèse pour origine un micro organisme présent dans l'établissement de soins" (ABEILLE, Jean-François y CIRILLO, Fabrice, "La responsabilité..." op. cit., p. 22).

38 El *Conseil Constitutionnel*, en su decisión de 1 de abril de 2016 (*numéro* 2016-531 QPC), avala la constitucionalidad de tal distinción con base en el siguiente razonamiento: "Considérant que les actes de prévention, de diagnostic ou de soins pratiqués dans un établissement, service ou organisme de santé se caractérisent par une prévalence des infections nosocomiales supérieure à celle constatée chez les professionnels de santé exerçant en ville, tant en raison des caractéristiques des patients accueillis et de la durée de leur séjour qu'en raison de la nature des actes pratiqués et de la spécificité des agents pathogènes de ces infections; qu'au surplus, les établissements, services et organismes de santé sont tenus, en vertu des articles L. 6111-2 et suivants du code de la santé publique, de mettre en œuvre une politique d'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins et d'organiser la lutte contre les événements indésirables, les infections associées aux soins et l'iatrogénie;

35 Vid. *infra*, apartado 4.2.

36 Cuando, por el contrario, la infección nosocomial se contrae en la consulta de un profesional liberal (*cabinet d'un professionnel de la santé*), resulta de aplicación la regla general recién expuesta.

4.2 Requisitos para el resarcimiento del alea terapéutica a título de solidaridad nacional

La indemnización a título de solidaridad nacional del daño derivado del accidente médico, la afección iatrogénica y la infección nosocomial exige el cumplimiento cumulativo de las condiciones que expone-mos a continuación.

4.2.1 Daño directamente imputable a un acto de prevención, diagnóstico o terapéutico

En primer lugar, el daño sufrido por el paciente debe ser directamente imputable a un acto preventivo, diagnóstico o terapéutico, no bastando con que el perjuicio se produzca meramente con ocasión de dichas actuaciones. Del fallo de la *Cour de cassation* de 5 de febrero de 2014 (*numéro de pourvoi* 12-29.140) se infiere que los actos médicos de naturaleza preparatoria constituyen actos terapéuticos a los efectos del artículo L 1142-1 II CSP y, por tanto, los daños no culposos que se deriven de su realización pueden ser resarcidos por la solidaridad nacional, siempre que, evidentemente, se satisfagan el resto de condiciones previstas en el antedicho precepto³⁹.

qu'ainsi, le législateur a entendu prendre en compte les conditions dans lesquelles les actes de prévention, de diagnostic ou de soins sont pratiqués dans les établissements, services et organismes de santé et la spécificité des risques en milieu hospitalier; que la différence de traitement qui découle des conditions d'engagement de la responsabilité pour les dommages résultant d'infections nosocomiales repose sur une différence de situation; qu'elle est en rapport avec l'objet de la loi; qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de la méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté".

39 La citada decisión la dicta la *Cour de cassation* en un asunto en el que una mujer de veintidós años de edad fallece por motivo de un infarto causado por la inyección de dos productos sedantes administrados antes de ser anestesiada para someterse a una intervención quirúrgica de liposucción. Literalmente, declara el Tribunal que "les actes de chirurgie esthétique, quand ils sont réalisés dans les conditions prévues aux articles L. 6322 1 et L. 6322 2 du code de la santé publique, ainsi que les actes médicaux qui leur sont préparatoires, constituent des actes de soins au sens de l'article L. 1142 1 du même code". En la actualidad, si bien sigue estando vigente la doctrina contenida en el fallo de referencia sobre la consideración de los actos médicos preparatorios como terapéuticos a los efectos del artículo L 1142-1 II CSP, no resultaría aplicable al asunto enjuiciado el mencionado precepto ni, consiguientemente, el régimen de indemnización a título de solidaridad nacional en él contemplado, habida cuenta de que, conforme al artículo L 1142-3-1 I CSP, en la redacción que le confiere la *Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé*: "Le dispositif de réparation des préjudices subis par les patients au titre de la solidarité nationale mentionné au II de l'article L. 1142-1 et aux articles L. 1142-1-1 et L. 1142-15 n'est pas applicable aux demandes d'indemnisation de dommages imputables à des actes dépourvus de finalité contraceptive, abortive, préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructrice, y compris dans leur phase préparatoire ou de suivi."

4.2.2 Daño anormal en atención al estado de salud previo del paciente y a su evolución previsible

Como segundo requisito, se exige que las consecuencias del accidente médico, afección iatrogénica o infección nosocomial sean anormales en atención al estado de salud del paciente y a su previsible evolución. La exigencia de anormalidad del daño ha sido objeto tradicionalmente de una dispar interpretación por parte de la jurisprudencia civil y administrativa.

Así, en sede administrativa, el *Conseil d'État* estima que la anormalidad del daño se debe determinar por referencia a su gravedad y la probabilidad estadística de que el mismo se hubiera producido de no haberse llevado a cabo la intervención o tratamiento médico. Ésta es la doctrina sostenida por el *Conseil d'État* en su fallo de 12 de diciembre de 2014 (*requête numéro* 355052), que enjuicia un asunto en el que, en el curso de una intervención quirúrgica dirigida a reducirle una hernia discal cervical, M. A... B... sufre una compresión medular que le causa tetraparesia y, consiguientemente, una incapacidad permanente del sesenta por cien. El *Tribunal administratif de Paris*, en su decisión de 19 de junio de 2009, considera que los cirujanos intervinientes han incurrido en culpa al no realizar, tras observar la compresión medular, una nueva operación, habiendo perdido el paciente, de resultados de tal abstención, una oportunidad de recuperarse (*perte d'une chance*). Sobre esta base, condena el Tribunal de primera instancia al centro hospitalario a resarcir al paciente la mitad del daño sufrido. Esta decisión es recurrida por M. A... B... ante la *Cour administrative d'appel de Paris*, que resuelve poner a cargo de la solidaridad nacional la mitad del daño no cubierta por la responsabilidad del hospital. Finalmente, el fallo de apelación es recurrido ante el *Conseil d'État* por la *Office National d'Indemnisation des accidents médicaux, affections iatrogènes et des infections nosocomiales* (ONIAM), uno de los pilares institucionales del sistema de indemnización configurado por la *Loi Kouchner*. En la aludida decisión de 12 de diciembre de 2014, el *Conseil d'État* resuelve que el daño se reputa anormal cuando es notablemente más grave que las consecuencias que se hubieran derivado para el paciente de resultados de su propia patología en caso de no haberse realizado la actuación médica (criterio preferente) o, de no cumplirse esta condición, cuando la probabilidad de que el daño se hubiera producido en caso de ausencia de intervención o tratamiento sea muy escasa (criterio subsidiario)⁴⁰. En esta doctrina se ampara el *Conseil*

40 Literalmente, dice el Tribunal: "Considérant que la

d'État para concluir la anormalidad del daño sufrido por M. A... B... y, consiguientemente, desestimar el recurso interpuesto por la ONIAM⁴¹.

La solución postulada por el *Conseil d'État* plantea una dificultad evidente en su aplicación, a saber, la indefinición por la jurisprudencia administrativa de unas pautas objetivas que nos permitan resolver cuándo el daño producido es “notablemente” más grave que el que hubiera sufrido el paciente por efecto de su propia patología en ausencia de intervención o tratamiento. No obstante, de las decisiones de los tribunales administrativos en asuntos concretos pueden inferirse ciertos criterios útiles en la aplicación del requisito de la anormalidad del daño. Así, la *Cour administrative d'appel de Bordeaux*, en su decisión de 5 de mayo de 2015, deduce la anormalidad del resultado dañoso (síndrome parcial de cola de caballo) de la comparativa entre la tasa de incapacidad del paciente tras ser sometido a las intervenciones quirúrgicas causantes del daño y la que tenía con anterioridad, siendo la primera del ochenta por cien y la última del treinta por cien. Por su parte, la *Cour administrative d'appel de Marseille*, en su fallo de 4 de junio de 2015, colige la anormalidad del daño del hecho de que el sometimiento del paciente a la intervención quirúrgica practicada produce un incremento en seis meses de su período de incapacidad.

En la esfera civil, sin embargo, la exégesis tradicional del requisito de la anormalidad del daño postulada por la *Cour de cassation* difiere ostensiblemente de la sostenida por el *Conseil d'État*, estimando aquélla anormal el daño que no esté relacionado ni con el estado de salud del paciente previo a la intervención o tratamiento ni con su previsible evolución. En este sentido se pronuncia la *Cour de cassation* en su fallo de 31 de marzo de 2011 (*numéro de pourvoi 09-17.135*), que resuelve un asunto

en el que C... X... fallece de resultas de una complicación hemorrágica sufrida como consecuencia de dos intervenciones de raquis a las que es sometida. No habiéndose acreditado el actuar negligente del cirujano al realizar las mencionadas operaciones, la *Cour de cassation* niega la indemnización del daño a título de solidaridad nacional por incumplimiento del requisito de la anormalidad, al estimar que el paciente estaba particularmente expuesto a la complicación hemorrágica por causa de la cual se produce su fallecimiento.

Esta doctrina es seguida por la *Cour de cassation* en otros pronunciamientos posteriores, pudiendo citarse, como exponentes, los de 2 de julio de 2014 (*numéro de pourvoi 13-15.750*) y 4 de febrero de 2015 (*numéro de pourvoi 13-28.513*)⁴². Sin embargo, el Tribunal postula una exégesis distinta del requisito de la anormalidad en su decisión de 15 de junio de 2016 (*numéro de pourvoi 15-16.824*), que enjuicia un asunto en el que M. X..., de resultas de su sometimiento a una intervención quirúrgica destinada a corregirle unos problemas que padece en el miembro superior izquierdo, sufre un déficit completo del bíceps, habiéndole sido reconocida una tasa de incapacidad permanente del treinta por cien. El paciente solicita a la ONIAM la indemnización de tal daño a título de solidaridad nacional y, tras ser desestimadas sus pretensiones, acude a la vía contenciosa para la reclamación de dicho resarcimiento. La *Cour de cassation*, al cuestionarse sobre la anormalidad del daño sufrido por M. X..., declara que:

“Attendu que la condition d'anormalité du dommage prévue par ces dispositions doit être regardée comme remplie lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé par sa pathologie de manière suffisamment probable en l'absence de traitement; que, dans le cas contraire, les conséquences de l'acte médical ne peuvent être considérées comme anormales sauf si, dans les conditions où l'acte a été accompli, la survenance du dommage présentait une probabilité faible; qu'ainsi, elles ne peuvent

condition d'anormalité du dommage prévue par ces dispositions doit toujours être regardée comme remplie lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en absence de traitement; 5. Considérant que, lorsque les conséquences de l'acte médical ne sont pas notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé par sa pathologie en l'absence de traitement, elles ne peuvent être regardées comme anormales sauf si, dans les conditions où l'acte a été accompli, la survenance du dommage présentait une probabilité faible; qu'ainsi, elles ne peuvent être regardées comme anormales au regard de l'état du patient lorsque la gravité de cet état conduit à pratiquer un acte comportant des risques élevés dont la réalisation est à l'origine du dommage.”

41 Esta misma línea argumental es seguida por el *Conseil d'État* en otros pronunciamientos, pudiendo citarse, como meros exponentes, los de 12 de diciembre de 2014 (*requête numéro 365211*) y 15 de abril de 2015 (*requête numéro 370309*).

42 En este último fallo, declara el Tribunal que, con arreglo al artículo L 1142-1 II CSP, “n'ouvrent droit en bénéfice de la solidarité nationale que les accidents médicaux qui ont eu, pour le patient, des conséquences anormales au regard de son état de santé et de l'évolution prévisible de celui-ci, sans exiger que cet état soit la cause unique ni même déterminante du dommage.” En consecuencia, niega la *Cour de cassation* la anormalidad del daño cuando está ligado al estado de salud previo del paciente o a su evolución previsible, aun cuando puedan existir otras causas determinantes de su producción.

être regardées comme anormales au regard de l'état de santé du patient lorsque la gravité de cet état a conduit à pratiquer un acte comportant des risques élevés dont la réalisation est à l'origine du dommage”.

Sobre la base de la argumentación reproducida, el Tribunal resuelve que el daño cuyo resarcimiento reclama el paciente no reúne las condiciones de anormalidad exigidas por el artículo L 1142-1 II CSP para fundamentar su indemnización a título de solidaridad nacional.

En definitiva, en su pronunciamiento de 15 de junio de 2016, la *Cour de cassation* se alinea con las pautas establecidas por el *Conseil d'État* para valorar la anormalidad del daño, empleando ambos un método comparativo (de los estados de salud del paciente previo y posterior a la intervención o tratamiento) y sustentándose la realización de dicho cotejo en dos criterios, a saber, la gravedad (criterio preferente o principal) y la probabilidad del daño (criterio subsidiario).

4.2.3 Daño que reúna unas determinadas condiciones de gravedad

Por último, para que sea viable su indemnización a título de solidaridad nacional, debe reunir el daño las condiciones de gravedad establecidas en el artículo D 1142-1 CSP⁴³, en virtud del cual se estima grave el daño a estos efectos cuando confluye alguna de las dos siguientes circunstancias: 1) que cause al paciente una tasa de incapacidad permanente superior al veinticuatro por cien, determinada con arreglo al *barème d'évaluation des taux d'incapacité des victimes d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales*, anexo al propio CSP (*annexe 11-2*), o 2) que el accidente médico, la afección iatrogénica o la infección nosocomial obligue al

paciente a una interrupción temporal de sus actividades profesionales durante al menos seis meses consecutivos o no consecutivos en un período de doce meses o le genere unas molestias constitutivas de una tasa de incapacidad temporal igual o superior al cincuenta por cien. Asimismo, de modo excepcional puede reconocerse al daño la gravedad exigida para su resarcimiento por la solidaridad nacional cuando concorra alguna de las dos hipótesis que siguen: bien que la víctima sea declarada definitivamente inapta para ejercer la actividad profesional que desempeñaba antes de producirse el accidente médico, la afección iatrogénica o la infección nosocomial o bien que éstos ocasionen al paciente problemas particularmente graves (incluidos los de índole económica) en sus condiciones de existencia.

A modo de conclusión, podemos afirmar que, aun cuando nos parece de la más absoluta injusticia el hecho de limitar la aplicación del régimen indemnizatorio establecido por la *Loi Kouchner* a los daños más graves, y aunque estimamos que la determinación de los criterios de gravedad que permiten el acceso a la solidaridad nacional siempre puede ser tachada de arbitraria, coincidimos con el SÉNAT en que “[l]’existence d’un certain degré de gravité du dommage permettant l’indemnisation du patient au titre de la solidarité nationale est probablement inévitable au regard du coût que représenterait l’indemnisation de l’ensemble de dommages”⁴⁴.

4.3 Procedimiento no contencioso para la indemnización del alea terapéutica por la solidaridad nacional

Quien sufre un daño de resultados de un accidente médico, afección iatrogénica o infección nosocomial puede solicitar su resarcimiento a través de dos vías alternativas, a saber, acudiendo a la jurisdicción ordinaria o a un procedimiento amistoso diseñado por la *Loi Kouchner* a tal efecto. Cualquiera que sea la opción elegida, la víctima debe acreditar el cumplimiento de los requerimientos exigidos por el artículo L 1142-1 II CSP⁴⁵, si bien la vía extrajudicial se caracteriza por su celeridad y permite a la víctima el rápido acceso a una indemnización que resarza el daño por ella sufrido⁴⁶.

43 Dice el precepto como sigue: “Le pourcentage mentionné au dernier alinéa de l'article L. 1142-1 est fixé à 24%. Présente également le caractère de gravité mentionné au II de l'article L. 1142-1 un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ayant entraîné, pendant une durée au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois, un arrêt temporaire des activités professionnelles ou des gênes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire supérieur ou égal à un taux de 50%. A titre exceptionnel, le caractère de gravité peut être reconnu : 1° Lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant la survenue de l'accident médical, de l'affection iatrogène ou de l'infection nosocomiale; 2° Ou lorsque l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence.”

44 SÉNAT, *Avis présenté... op. cit.*, p. 48.

45 *Vid. supra*, apartado 4.2.

46 Indica LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO que la creación en Francia del procedimiento amistoso para la indemnización del alea terapéutica responde a los siguientes propósitos: “1. Poner fin a las desigualdades de baremación del régi-

4.3.1 Pilares institucionales del procedimiento

El procedimiento no contencioso se sustenta en las siguientes tres instancias. En primer lugar, la *Commission Nationale des Accidents Médicaux* (CNAM), que actúa como organismo de control y cuyas funciones esenciales son: fijar una lista de expertos en accidentes, tras evaluar sus conocimientos, y formarlos en materia de responsabilidad médica; establecer las recomendaciones que deben guiar la conducta de los expertos; velar por la aplicación homogénea del Capítulo II del Título IV Libro 1º Parte Primera CSP por las comisiones regionales y, por último, evaluar el conjunto del procedimiento en un informe anual que debe remitir, antes del 15 de octubre, al Gobierno y al Parlamento. El segundo pilar institucional del procedimiento amistoso lo constituyen las *Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation* (CRCI), que actúan como jueces y constituyen “le guichet unique auquel peuvent s'adresser les demandeurs”⁴⁷. Su misión fundamental consiste en emitir la opinión que sirve de base, en caso de ser afirmativa, a la oferta transaccional conducente a la indemnización del daño por la solidaridad nacional. Finalmente, la ONIAM, establecimiento público de carácter administrativo y dependiente del Ministerio de Sanidad, actúa como institución pagadora, para lo que consta de un presupuesto propio. Así, la ONIAM se encarga, entre otras funciones, de la indemnización a título de solidaridad nacional de los daños ocasionados de resultados de un accidente médico, una afección iatrogénica o una infección nosocomial (artículo L 1442-22 CSP)⁴⁸.

men público y privado; 2. Unificar el régimen de indemnización existente; 3. Agilizar las indemnizaciones de víctimas, bien sea por la aceptación del seguro o por la actuación de la Oficina Nacional, a través del Principio de solidaridad nacional; 4. Garantizar el cobro de indemnizaciones; 5. Unificar las distintas líneas seguidas por los órdenes de jurisdicción; 6. Garantizar la especialidad de los órganos que resuelven y que tratan las cuestiones de indemnización, evitando la duplicidad de órganos que conocen de estas materias” (LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, Alfonso, “El seguro médico obligatorio en responsabilidad sanitaria: referencia especial al caso francés y a su sistema alternativo en la resolución de conflictos creados por accidentes médicos”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 121, 2004, pp. 78-79).

47 MARTIN, Dominique, “Le dispositif français d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, par la voie du règlement amiable”, en AA.VV., *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: le droit médical en mouvement*, SCHAMPS, Geneviève (dir.), Buyland, Bruxelles, 2008, p. 482.

48 Los ingresos de la ONIAM proceden: “- d'une dotation des régimes d'assurance maladie; - du produit des remboursements des frais d'expertise: selon le gouvernement, ces recettes représenteraient la moitié des charges! On ne peut qu'être très circonspect face à un tel optimisme. Il y a fort à

4.3.2 Desarrollo del procedimiento

La víctima el daño (o su representante legal o derechohabientes, según el caso) debe acudir ante la CRCI y presentar la correspondiente demanda de indemnización a título de solidaridad nacional en un formulario normalizado conforme a un modelo aprobado por el consejo de administración de la ONIAM, debiendo acompañar a la misma la documentación prevista en el artículo R 1142-13 CSP. El demandante ha de poner en conocimiento de la Comisión las prestaciones recibidas de terceros (o pendientes de pago) con motivo del daño cuyo resarcimiento se solicita a la CRCI en aras de evitar la duplicidad de indemnizaciones. Asimismo, y con el mismo propósito, debe el demandante informar a la Comisión de los procedimientos jurisdiccionales que se hallen en pendencia y en los que se enjuicien los mismos hechos sometidos ahora a su consideración, debiendo comunicar también a la autoridad judicial que está conociendo del asunto el recurso a la CRCI (artículo L 1142-7 CSP).

Presentada la demanda, la Comisión valora su competencia, debiendo para ello comprobar que el daño reúne las condiciones de gravedad exigidas por el artículo L 1142-1 II CSP. De esta suerte, cuando el presidente de la CRCI (o el presidente adjunto) estime, sea tras examinar la documentación que acompaña a la demanda o con arreglo a las apreciaciones de los expertos a los que haya podido someter el asunto ex artículo R 1142-14 CSP, que el requisito de la gravedad del daño es manifiestamente incumplido se declara incompetente, decisión que se comunica al demandante a través de una carta en la que se le informa de la posibilidad de acudir a la CRCI en vía de conciliación (artículo R 1142-15 CSP).

Si, por el contrario, el presidente aprecia la competencia de la Comisión, somete a su deliberación la decisión sobre el resarcimiento del daño (artículo R 1142-15 CSP). En tal caso, la CRCI debe emitir un juicio sobre las circunstancias, causas, naturaleza y extensión de los daños, así como sobre el régimen de indemnización aplicable (artículo L 1142-8 CSP). Por tanto, en el informe debe la Comisión pronunciarse sobre si es la ONIAM la que debe hacer frente a la reparación del daño a título de solidaridad nacional

penser que le contribuable pourvoira beaucoup plus que prévu au financement des charges de l'ONIAM; - le produit des pénalités et des recours subrogatoires” (CLEMENT, Jean-Marie, *Droits des malades. Les répercussions de la loi du 4 mars 2002 dans le champ du droit hospitalier*, Les Études Hospitalières, Burdeos, 2002, p. 64).

o si, por el contrario, es la aseguradora del profesional o establecimiento sanitario la que debe encargarse de indemnizar al demandante. No obstante, puede ocurrir que el daño sea imputable sólo en parte a la culpa del agente, en cuyo caso la CRCI ha de determinar “la part de préjudice imputable à la responsabilité et celle relevant d’une indemnisation au titre de l’office” (artículo L 1142-18 CSP), admitiéndose así el resarcimiento integral del daño sobre la base de dos indemnizaciones acumuladas y fundadas, una en la culpa del profesional o establecimiento sanitario y la otra en la solidaridad nacional⁴⁹. Ésta es la doctrina seguida por la *Cour de cassation* en su fallo de 11 de marzo de 2010 (*numéro de pourvoi 09-11270*), que enjuicia un asunto en el que M. Y... sufre una paraplejia como consecuencia de una intervención quirúrgica de hernia discal, practicada por M. X... conforme a la diligencia técnica debida, en la *Clinique Clairval*, sin que el paciente hubiera sido informado de los riesgos inherentes a la cirugía con anterioridad a la prestación de su consentimiento. La *Cour de cassation* estima que, en las hipótesis de defecto de información asistencial, el profesional sanitario actúa culposamente, debiendo su aseguradora indemnizar al paciente la oportunidad que ha perdido (*perte d’une chance*) de haber rechazado la intervención y, por consiguiente, de escapar del riesgo del que no había sido informado y que, finalmente, se ha materializado. Por su parte, la porción del daño que no se halla ligada al defecto de información debe ser indemnizado por la ONIAM a título de solidaridad nacional⁵⁰.

49 BERGOIGNAN-ESPER, Claudine y SARGOS, Pierre, *Les grands... op. cit.*, p. 547.

50 Abunda en esta línea el *Conseil d’État* en su decisión de 30 de marzo de 2011 (*requête numéro 327669*), dictada con motivo de un asunto en el que un paciente sufre unas secuelas que le generan una incapacidad parcial del ochenta y cinco por cien como consecuencia de diversas complicaciones sobrevenidas a una endarterectomía de la carótida izquierda a la que se somete en el *centre hospitalier de Bourdeaux*. Dice el *Conseil d’État* en el fallo de referencia: “dans l’hypothèse où un accident médical non fautif est à l’origine de conséquences dommageables mais où une faute commise par une personne mentionnée au I de l’article L. 1142-1 a fait perdre à la victime une chance d’échapper à l’accident ou de se soustraire à ses conséquences, le préjudice eu lien direct avec cette faute est la perte chance d’éviter le dommage corporel advenu et non le dommage corporel lui-même, lequel demeure tout entier en lien direct avec l’accident non fautif; que par suite, un tel accident ouvre droit à réparation au titre de la solidarité nationale si l’ensemble de ses conséquences remplissent les conditions posées au II de l’article L. 1142-1, et présentent notamment le caractère de gravité requis, l’indemnité due par l’ONIAM étant de la perte de chance, égale à une fraction du dommage corporel correspondant à l’ampleur de la chance perdue.” De esta suerte, el Tribunal estima que el retraso del profesional sanitario a la hora de intervenir al paciente para corregir las consecuencias derivadas de la cirugía practicada es constitutivo de culpa y causa al paciente una pérdida de oportunidad, estimada en el ochenta por cien, de evitar las consecuencias del accidente mé-

Para la emisión del referido juicio, la Comisión debe tomar como base el informe pericial elaborado, como regla general, por un colegio de expertos elegido por el presidente (o presidente adjunto) de la Comisión, con arreglo a las previsiones del artículo L 1142-12 CSP, de entre aquéllos previamente inscritos en una lista nacional de expertos en accidentes médicos elaborada por la CNAM⁵¹. Sin embargo, excepcionalmente, puede el presidente (o presidente adjunto) de la CRCI designar a un único experto, de entre los incluidos en la mencionada lista, para la realización del peritaje correspondiente, cuando el mismo reúna todas las competencias necesarias a tal efecto (artículo R 1142-15-2 CSP). El juicio de la Comisión, que debe comunicarse al demandante, a todas las personas que estén interesadas en el asunto y a la ONIAM, ha de emitirse dentro de los seis meses siguientes a la interposición de la demanda (artículo L 1142-8 CSP), plazo cuyo cumplimiento resulta inverosímil en la generalidad de los supuestos, habida cuenta de que no se interrumpe durante el tiempo en que se extiende el peritaje⁵².

Si el juicio de la Comisión desestima las pretensiones resarcitorias del demandante o incluye una oferta de indemnización con la que éste no está de acuerdo, puede recurrirlo en ejercicio de una de las acciones subrogatorias contempladas en los artículos L 1142-14, L 1142-15 y L 1142-17 CSP o de una acción contenciosa. En esta última hipótesis, la acción debe interponerse en vía civil o administrativa, según corresponda en atención a la naturaleza privada o pública, respectivamente, del establecimiento sanitario donde tiene lugar el accidente médico, la afección iatrogénica o la infección nosocomial de la que se deriva el daño sufrido por el paciente (artículos L 1142-8 y L 1142-20 CSP).

dico. Asimismo, considera que el daño cumple las condiciones para ser reparado a título de solidaridad nacional y, por tanto, la ONIAM debe indemnizar el restante veinte por cien de los daños sufridos por el paciente.

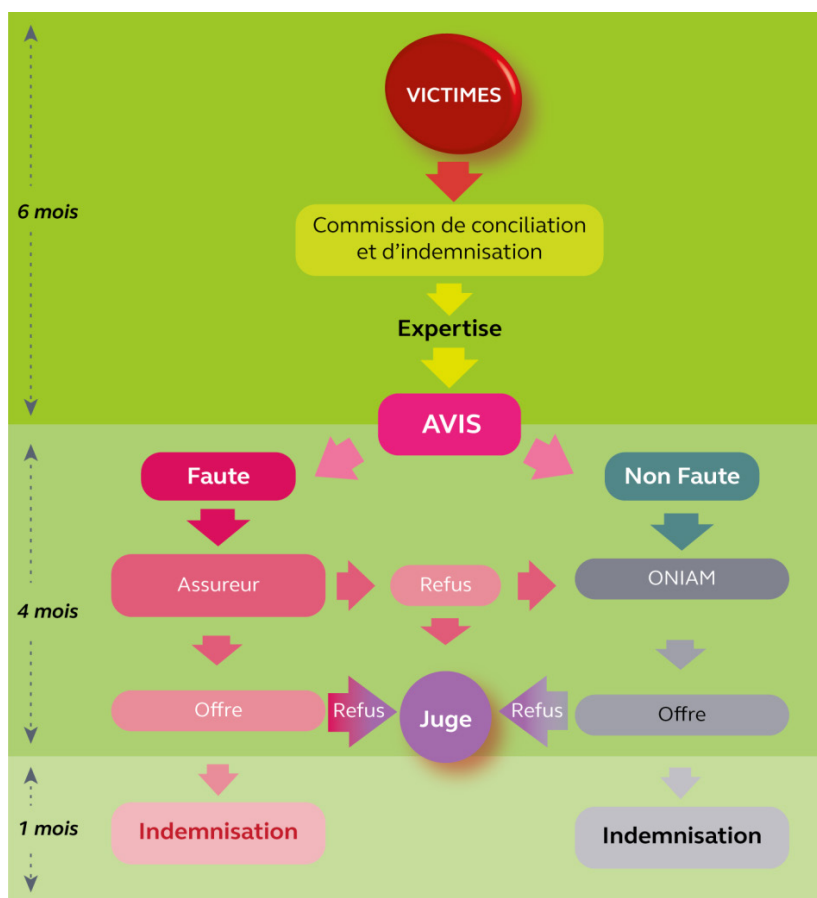
51 Postula CLEMENT que el hecho de que la CNAM evalúe a los expertos a los efectos de su inclusión en la mencionada lista nacional supone que “les experts vont pouvoir être expertisés!”, lo que resulta antinómico en principio “car comment peut-on évaluer les connaissances des personnes dont l’expertise les dispose comme seules ou presque seules à être détentrices du savoir dans le domaine concerné!” (CLEMENT, Jean-Marie, *Droits des... op. cit.*, p. 62).

52 Con gran atino, señala PENNEAU: “Le délai de six mois imparti aux commissions régionales pour rendre leur avis est totalement irréaliste, dans la mesure où les délais de l’expertise qui à ce stade de la procédure est obligatoire à eux seuls, risquent d’excéder le délai imparti aux commissions régionales” (PENNEAU, Jean, *La responsabilité du médecin*, 3ª edición, Dalloz, París, 2004, p. 92).

Conforme al artículo L 1142-17 CSP, si el juicio de la Comisión es favorable al demandante, éste debe recibir, en un plazo de cuatro meses a contar desde que la opinión de la CRCI es recibida, una oferta de indemnización tendente a la reparación integral de los perjuicios sufridos, ya provenga tal oferta de la entidad aseguradora del profesional o establecimiento de salud (cuando se aprecie su responsabilidad) o de la ONIAM (cuando la Comisión estime que el daño debe ser indemnizado por la solidaridad nacional)⁵³. El demandante puede optar entre rechazar la oferta recibida, en cuyo caso puede acudir a la vía jurisdiccional en ejercicio de una acción indemnizatoria, o bien aceptarla. En esta última hipótesis,

la aceptación de la oferta por el demandante se considera transacción a los efectos del artículo 2044 del *Code civil*, debiendo proceder la aseguradora o la ONIAM, según el caso, al pago de la indemnización correspondiente en el plazo de un mes desde que le sea comunicada la decisión del demandante de aceptar la oferta, generando los retrasos en el pago unos intereses al doble de la tasa legal.

Podemos ilustrar el procedimiento comentado en las líneas precedentes con el siguiente esquema, extraído del *Rapport public annuel 2017* de la *Cour des Comptes*:



⁵³ La jurisprudencia tanto administrativa como civil coinciden en reconocer que la ONIAM no está vinculada por el juicio emitido por la CRCI. Por todos, los pronunciamientos del *Conseil d'État* de 10 de octubre de 2007 (*requête numéro 306590*) y de la *Cour de cassation* de 6 de mayo de 2010 (*numéro de pourvoi 09-66.947*).

Si la ONIAM, tras transigir con el demandante y pagarle la indemnización, estima que la responsabilidad del profesional o establecimiento sanitario está comprometida, puede hacer uso de la acción subrogatoria para reclamar a la aseguradora las cantidades

satisfechas (artículo L 1142-17 CSP), incluyendo los gastos de peritaje (artículo L 1142-15 CSP). Del mismo modo, puede la aseguradora ejercitar una acción subrogatoria contra la ONIAM cuando, pese a transigir con el demandante y pagar la indemnización correspondiente, estime que la responsabilidad del profesional o establecimiento sanitario asegurado no está comprometida (artículo L 1142-14 CSP).

A modo de conclusión, debemos añadir que, ante la ausencia de unas directrices sustantivas homogéneas que encaucen el proceso de adopción de decisiones por las CRCI, el procedimiento amistoso diseñado por la *Loi Kouchner* permite la existencia de juicios que aportan soluciones dispares para supuestos similares en lo sustancial, lo que redundará en detrimento de la seguridad jurídica. Asimismo, el procedimiento amistoso diseñado por la *Loi Kouchner* se revela poco atractivo entre las víctimas, como demuestra la gran cantidad de acciones contenciosas que se interponen sin haber acudido previamente a la vía extrajudicial, siendo una de las causas que explican este fenómeno el hecho de que el procedimiento amistoso no cumple la finalidad para la que fue configurado, a saber, una pronta indemnización de las víctimas, entre otros motivos, por los graves defectos de gestión de que adolece la ONIAM y los retrasos que se producen al realizar la oferta de indemnización⁵⁴.

5. NOTAS DE DERECHO COMPARADO

Antes de la promulgación en Francia de la *Loi Kouchner*, existían precedentes en otros ordenamientos jurídicos de regulación de un procedimiento amistoso para la indemnización del alea terapéutica sin necesidad de acudir a la vía contenciosa.

Así, en Dinamarca, la Ley de Aseguramiento de los Pacientes, de 1991 (en vigor desde el 1 de julio de 1992) permite a las víctimas de un alea terapéutica producido en un medio hospitalario acceder a una indemnización cuando el daño sufrido supere en su valoración las diez mil coronas. Para ello, debe la víctima acreditar únicamente que el alea terapéutica constituye la causa del resultado dañoso⁵⁵, quedan-

do eximido, por tanto, de tener que probar el actuar culposo o negligente de los profesionales y establecimientos sanitarios. El procedimiento se desarrolla ante la “Asociación para el aseguramiento de los pacientes”, que verifica las demandas y evalúa los daños, siendo sus decisiones susceptibles de recurso en el plazo de tres meses por el paciente o la aseguradora (que no por los propios hospitales, a los que no se les reconoce el derecho a recurrir) ante una Comisión constituida *ad hoc* a tal efecto, cuyas decisiones pueden ser recurridas, a su vez, ante la jurisdicción ordinaria en el plazo de seis meses⁵⁶.

En Suecia, por su parte, desde el 1 de enero de 1975, se aplica un Protocolo de indemnización de los accidentes terapéuticos que permite a las víctimas de daños producidos como consecuencia de una intervención o tratamiento médico, aun en ausencia de toda culpa por parte de los profesionales y establecimientos sanitarios, acceder a una indemnización por los daños sufridos, erigiéndose así como el primer país europeo que separa las nociones de responsabilidad médica y derecho a la indemnización⁵⁷. Este Protocolo es reemplazado por la Ley de Aseguramiento de los Pacientes, en vigor desde el 1 de enero de 1997, que contempla un régimen resarcitorio del alea terapéutica similar al danés y fundamentado en la “forte probabilité que le dommage ait été causé par: 4. la transmission de germes qui provoquent une infection suite à un examen, à des soins, à un traitement ou à tout autre acte analogue” (artículo 6).

En Nueva Zelanda, la *Compensation Act 1972*, en vigor desde el 1 de abril de 1974, establece un sistema de responsabilidad sin culpa que se estructura en siete canales de reparación (*Accident Compensation Scheme*), uno de los cuales legitima la indemnización a la víctima de los daños derivados de accidentes médicos (*ACC Medical Misadventure Scheme*). El régimen resarcitorio neozelandés presenta una diferencia esencial con el diseñado por la *Loi Kouchner* en Francia, a saber, su carácter enteramente administrativo, de suerte que la persona que sufra alguno de los daños contemplados por la *Compensation Act 1972* no tiene la opción de elegir entre la vía contenciosa y el procedimiento no jurisdiccional en la búsqueda de resarcimiento, descansando la indemnización del

54 COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2017*, disponible en <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/02-indemnisation-amiable-accidents-medicaux-Tome-1.pdf>, pp. 79 y ss.

55 SÉNAT (SERVICE DES AFFAIRES EUROPÉENNES, DIVISION DES ÉTUDES DE LÉGISLATION COMPARÉ), *Les documents de travail du Sénat: Série législation comparée. L'indemnisation des victimes d'accidents théra-*

peutiques, núm. LC 81, 2000, p. 4.

56 SÉNAT (SERVICE DES AFFAIRES EUROPÉENNES, DIVISION DES ÉTUDES DE LÉGISLATION COMPARÉ), *Les documents... op. cit.*, pp. 4 y ss.

57 SÉNAT (SERVICE DES AFFAIRES EUROPÉENNES, DIVISION DES ÉTUDES DE LÉGISLATION COMPARÉ), *Les documents...op. cit.*, p. 21.

daño únicamente sobre la vía amistosa, encarnada en la *Accident Compensation Corporation* (ACC)⁵⁸. Así, la víctima debe dirigirse a la filial de la ACC competente y presentar una demanda siguiendo el formulario normalizado que corresponda en atención a la especialidad de daño de que se trate. Cuando el demandante al que la ACC reconoce el derecho a ser indemnizado no esté conforme con el *quantum* indemnizatorio, puede acudir ante el denominado *Complaint Service* e interponer una reclamación y, en caso de ser ésta desestimada, poner en marcha un procedimiento de revisión –sección 133 (3) de la *Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act 2001*–. Agotadas ambas posibilidades, no disponen ni la víctima ni la ACC de ningún otro recurso, no pudiendo acudir a la vía jurisdiccional –sección 149 (3) de la *Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act 2001*–. Si, por el contrario, la ACC desestima las pretensiones resarcitorias del demandante, conserva éste la posibilidad de interponer una acción resarcitoria ante los tribunales ordinarios⁵⁹.

Finalmente, podemos destacar la experiencia de Bélgica, donde el 15 de mayo de 2007 se publican dos leyes que establecen un procedimiento específico (alternativo a la vía judicial) para el resarcimiento del alea terapéutica, instruido por un fondo de indemnización creado por las mencionadas leyes, permitiéndose así a la víctima, cuando el daño reúne unas ciertas condiciones de anormalidad y gravedad, acceder a una indemnización aun cuando el proceder de los facultativos y el establecimiento sanitario haya sido respetuoso con el estándar de diligencia exigible. Por lo que se refiere a su funcionamiento, el sistema belga se asemeja en lo sustancial al diseñado por la *Loi Kouchner*, si bien, a diferencia de lo que ocurre en Francia, donde existe una separación radical entre las CRCI (que asumen funciones decisorias) y la ONIAM (que actúa como institución pagadora), en Bélgica es el propio fondo el que desempeña las labores de instruir el procedimiento, decidir sobre el carácter resarcible del daño y, en su caso, pagar la indemnización que corresponda⁶⁰.

58 Indica LECA, condensando lo establecido en la sección 23 de la *Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act 2001*: “L’ACC se fonde sur un système de couverture étatique, reposant le plus souvent sur des cotisations individuelles (*levies*) et, de façon systématique, sur l’engagement de la collectivité (*community responsibility*). C’est cet engagement qui fait que le dispositif s’applique aux résidents néozélandais et... aux visiteurs temporaires du pays” (LECA, Antoine, “La réparation des dommages médicaux en Nouvelle-Zélande et en France”, *Revue Générale de Droit Médical*, núm. 16, 2005, p. 160).

59 LECA, Antoine, “La réparation...” *op. cit.*, p. 162.

60 MÉMETEAU, Gérard y GIRER, Marion, *Cours de*

6. RESARCIMIENTO DEL ALEA TERAPÉUTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En el Derecho español, el abordaje de la cuestión planteada en el presente epígrafe exige distinguir el régimen aplicable, de un lado, a los accidentes médicos y afecciones iatrogénicas y, de otro, a las infecciones nosocomiales.

6.1 Accidentes médicos y afecciones iatrogénicas: negación de su carácter indemnizable debido a la naturaleza subjetiva de la responsabilidad médica

En España, el régimen jurídico aplicable a los accidentes médicos y afecciones iatrogénicas en Medicina privada es pacífico y se deriva de la aplicación de una nutrida doctrina jurisprudencial que declara la naturaleza subjetiva o por culpa de la responsabilidad médica, descartando, como regla general, la responsabilidad objetiva de los profesionales y establecimientos sanitarios y la inversión de la carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad (daño, relación de causalidad y acción u omisión culposa o negligente)⁶¹. De este modo, únicamente puede declararse la responsabilidad civil de los facultativos y centros de salud cuando el actor acredite que no han cumplido con el estándar de diligencia que le es exigible (a saber, la *lex artis ad hoc*)⁶² ni,

droit médical, 5ª edición, LEH Éditions, Burdeos, 2016, p. 593.

61 Por todas, SSTs de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010\138; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1313; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 1 de junio de 2011 (RJ 2011\4260; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 18 de mayo de 2012 (RJ 2012\6356; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 18 de junio de 2013 (RJ 2013\4376; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 28 de junio de 2013 (RJ 2013\4986; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 3 de julio de 2013 (RJ 2013\4380; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 19 de julio de 2013 (RJ 2013\5004; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 17 de junio de 2015 (RJ 2015\2651; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

62 Nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1313; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos), define la *lex artis ad hoc* como el “módulo o criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida”. En el mismo sentido, SSTs de 24 de octubre de 2008 (RJ 2008\5793; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 8 de julio de 2009 (RJ 2009\4459; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 29 de enero de 2010 (RJ 2010\418; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y

por consiguiente, con la obligación de medios que les compete⁶³, condiciones no concurrentes cuando el daño deriva de un accidente médico o una afección iatrogénica.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el accidente médico o la afección iatrogénica se produce en el ámbito de la Medicina pública? ¿Responde la Administración Pública de los daños sufridos por el particular de resultados de tales sucesos? El examen de la cuestión nos impone partir del mandato contenido en el primer inciso del artículo 32.1 Ley 40/2015, de 1 de

25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1313; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

63 Tradicionalmente, nuestros tribunales admiten de modo pacífico la naturaleza de medios de la obligación que incumbe al profesional sanitario en medicina curativa. Muestra de esta doctrina jurisprudencial es la STS de 24 de septiembre de 1994 (RJ 1994\7313; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales), que dice: “Es, asimismo, doctrina reiterada y uniforme de esta Sala la de que la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar inexcusablemente al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia.” *Vid.* también SSTs de 24 de enero de 2007 (RJ 2007\977; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 5 de diciembre de 2007 (RJ 2008\469; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 18 de junio de 2008 (RJ 2008\4256; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1313; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 3 de febrero de 2015 (RJ 2015\641; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). Más discutida es la naturaleza jurídica de la obligación del médico en medicina satisfactiva, donde la jurisprudencia ha experimentado una profunda evolución hasta llegar a calificarla en la actualidad como una obligación de medios, como se desprende de la STS de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010\138; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana): “La responsabilidad del profesional médico es, por tanto, de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. [...] Los médicos actúan sobre las personas, con o sin alteraciones en la salud, y la intervención está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas” (énfasis añadido). *Vid.* también SSTs de 7 de mayo de 2014 (RJ 2014\2477; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 3 de febrero de 2015 (RJ 2015\641; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 13 de abril de 2016 (RJ 2016\1495; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). De esta suerte, únicamente compete al profesional sanitario una obligación de resultado en los supuestos excepcionales en que garantice expresamente el éxito de la intervención o tratamiento -SSTs de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\6460; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010\138; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 27 de septiembre de 2010 (RJ 2010\5155; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana)- o cuando la actuación comprometida consista en la entrega de una cosa corporal, como pueden ser un informe médico o los resultados de unos análisis (FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 93).

octubre, de régimen Jurídico del Sector Público⁶⁴ (en adelante, Ley 40/2015), en virtud del cual los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de las lesiones sufridas en sus bienes o derechos cuando sean consecuencia del funcionamiento “normal o anormal” de los servicios públicos, salvo en supuestos de fuerza mayor o cuando el particular tenga, con arreglo a la Ley, el deber jurídico de soportar el daño. De esta suerte, la alusión contenida en la legislación administrativa al funcionamiento normal de los servicios públicos como generador de responsabilidad de la Administración Pública cuando se traduzca en una lesión en los bienes y derechos del particular motiva en nuestros tribunales una tendencia generalizada a declarar en sus pronunciamientos el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Este aserto, llevado hasta sus últimas consecuencias, legitimaría el resarcimiento de los daños derivados de accidentes médicos y afecciones iatrogénicas, pese a que, por definición, tales supuestos están desvinculados de cualquier proceder culposo del profesional y establecimiento de salud. No obstante, esta situación se produce únicamente en el plano teórico, pues, en la práctica, la jurisprudencia limita el potencial indemnizatorio del régimen de responsabilidad de la Administración Pública mediante los siguientes dos argumentos.

En primer lugar, nuestros tribunales aducen que la conducta de la Administración conforme al estándar de diligencia que le es exigible dificulta sobremedida la apreciación de nexo causal entre el daño sufrido por el particular y el funcionamiento (normal) de los servicios públicos. Este razonamiento cobra una relevancia especial en la esfera sanitaria, donde la actuación diligente de los facultativos y el establecimiento de salud complica la decisión sobre si el daño que sufre el paciente trae causa en la actuación de los profesionales sanitarios o, por el contrario, es consecuencia del devenir de su propia patología.

En segundo lugar, entiende la jurisprudencia que la actuación diligente de la Administración excluye la antijuridicidad de las lesiones sufridas por el particular, que, en consecuencia, tiene el deber de soportar el daño *ex* artículos 32.1 y 34.1 Ley 40/2015⁶⁵. De esta suerte, pese a que la alusión del artículo 32.1 Ley 40/2015 al funcionamiento normal de los servicios

64 BOE núm. 236, de 2.10.2015.

65 Establece el artículo 34.1 Ley 40/2015, en su primer inciso: “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.”

públicos parece desvincular la responsabilidad de la Administración del debate sobre la diligencia/negligencia seguida en su actuación, la jurisprudencia “rescata” la noción de culpa al excluir la antijuridicidad del daño y, por consiguiente, la propia responsabilidad de la Administración cuando ésta actúa conforme al estándar de diligencia debido. Así, parafraseando a ASÚA GONZÁLEZ, “a la referencia a la responsabilidad objetiva [de la Administración] se acumula una fórmula de claro fondo subjetivista”⁶⁶.

Los dos argumentos recién expuestos los plasma el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre de 2001⁶⁷:

“Ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración 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.

[...] Aun aceptando, pues, que algunas de las secuelas que sufre la recurrente tuvieran su causa en la intervención quirúrgica a la que fue sometida y no en su previo padecimiento, lo cierto es que la técnica quirúrgica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, de manera que sus resultados no habrían podido evitarse según el estado de los conocimientos de la dicha técnica quirúrgica, y, en consecuencia, el daño producido, de acuerdo con el citado artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁶⁸, no sería indemnizable

por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que la paciente tiene el deber de soportar.

En definitiva, aunque concurriese el requisito del nexo causal, que la Sala de instancia pone en duda, nos encontramos ante la inexistencia de lesión o daño antijurídico, que es otro de los requisitos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, razón por la que el motivo de casación invocado no puede prosperar”⁶⁹.

A modo de conclusión, podemos afirmar que, ya se produzca en el ámbito de la sanidad pública o privada, el ordenamiento jurídico español no permite el resarcimiento del daño derivado de un accidente médico o una afección iatrogénica, al producirse tales sucesos, por definición, al margen de cualquier actuar culposos de profesionales y establecimientos sanitarios.

6.2 Infecciones nosocomiales: un supuesto particular, ¿de responsabilidad objetiva?

Las infecciones nosocomiales merecen ser tratadas de modo específico en un epígrafe separado, al constituir, en la Medicina privada, el “paradigma”⁷⁰ de aplicación del artículo 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras

66 ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “Responsabilidad civil médica”, en AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, REGLERO CAMPOS, Luis Fernandoy BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 406.

67 RJ 2002\1817; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate.

68 En la actualidad, la referencia legal debe entenderse hecha al artículo 34.1 Ley 40/2015.

69 *Vid.* también SSTs de 17 de julio de 2012 (RJ 2012\7904; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García); 19 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9194; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\9798; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 21 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1165; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 30 de abril de 2013 (RJ 2013\4058; Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho). En la jurisprudencia menor, *vid.* SSTSJ Madrid de 6 de abril de 2017 (JUR 2017\153810; Ponente: Illma. Sra. Dña. Ana Rufz Rey) y 27 de abril de 2017 (JUR 2017\165205; Ponente: Illma. Sra. Dña. Ana Rufz Rey); STSJ Murcia de 20 de enero de 2017 (JUR 2017\52026; Ponente: Illmo. Sr. D. José María Pérez-Crespo Paya); STSJ Castilla y León de 27 de enero de 2017 (JUR 2017\61250; Ponente: Illma. Sra. Dña. María Begoña González García) y STSJ Cataluña de 6 de marzo de 2017 (JUR 2017\156506; Ponente: Illma. Sra. Dña. María Fernanda Navarro Zuloaga).

70 GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 399; GALÁN CORTÉS, Julio César, “Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico-sanitaria (daño desproporcionado, aplicación de la normativa de consumo, consentimiento informado y responsabilidad de las aseguradoras de asistencia sanitaria)”, en AA.VV., *Derecho de daños*, HERRADOR GUARDIA, Mariano José (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 622.

leyes complementarias⁷¹ (en adelante, TRLCU), cuya singularidad radica en contemplar un régimen de responsabilidad objetiva, a diferencia del previsto en los artículos 1101, 1902 y 1903 CC..

Hemos de comenzar aclarando que el artículo 148 TRLCU no resulta aplicable a los servicios sanitarios públicos, habida cuenta de que, parafraseando a SANTOS MORÓN,

“tras la Ley 29/98 reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa y la modificación del art. 9.4 LOPJ por la LO 6/98, la jurisdicción competente para resolver sobre daños causados en instituciones sanitarias públicas es la contencioso administrativa y la responsabilidad de las mismas se rige por la LRJSP (Ley 40/2015)”;

así, aunque “muchas de las sentencias que han aplicado el art. 28 a servicios sanitarios lo han hecho en relación con la sanidad pública”, ello se debe, “como es fácil de colegir, a la fecha de producción de los hechos enjuiciados”⁷².

En suma, en la esfera de la Medicina pública, las infecciones nosocomiales se someten a las previsiones de la Ley 40/2015, coincidiendo su régimen jurídico, por tanto, con el de los accidentes médicos y afecciones iatrogénicas⁷³. Así, únicamente resulta aplicable el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 148 TRLCU a los servicios sanitarios privados y, en particular, a aquellas hipótesis en las que, parafraseando a SANTOS MORÓN, «el prestador del servicio revista la condición de “empresario” (art. 4

en relación con el art. 2 TRLC)», lo que “implica que las normas del TRLC y, en particular, el art. 148, sólo pueden invocarse cuando se demanda a una entidad hospitalaria o a un facultativo que ejerce la medicina de manera independiente y no como asalariado”⁷⁴.

Adentrándonos en el análisis del régimen de responsabilidad previsto en la normativa de consumo, debemos comenzar afirmando que el artículo 148 TRLCU impone el resarcimiento de los daños que se deriven de los servicios sanitarios, al margen de la concurrencia y acreditación de actuar culposo o negligente alguno⁷⁵, quedando a salvo únicamente los

74 SANTOS MORÓN, María José, “La imputación...” *op. cit.*, p. 123.

75 Con referencia expresa a las infecciones nosocomiales, se postula CORBELLÀ I DUCH en favor del carácter objetivo del régimen de responsabilidad establecido en la normativa de consumo: “Creo que las infecciones nosocomiales representan el más claro ejemplo de responsabilidad objetiva de los centros sanitarios, reconocido y regulado expresamente en las normas de protección de consumidores y usuarios, ya que su misma existencia pone de manifiesto que no se han alcanzado los niveles requeridos de pureza, calidad y seguridad del servicio, y/o que no han existido, o han fallado, los controles de calidad que son precisos para garantizar los niveles de calidad exigidos. El carácter objetivo de la responsabilidad impuesta en estos supuestos a los centros sanitarios es el elemento que la singulariza y diferencia respecto de la exigida a los profesionales sanitarios, donde se exige una relación de causalidad culposa, tal como, reiteradamente, señala la jurisprudencia” (CORBELLÀ I DUCH, Josep, *La responsabilidad civil de los centros sanitarios*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 73). A nuestro modo de entender, la argumentación aducida por el autor en la cita reproducida no resulta coherente con el carácter objetivo de la responsabilidad recogida en la normativa de consumo que el mismo declara abiertamente, sino, más bien, con una presunción *iuris et de iure* de negligencia en el cumplimiento de los controles de calidad, que se sustenta en la mera existencia de la infección. Esta misma conclusión parece inferirse de las palabras de SANTOS MORÓN que reproducimos de seguido: “aunque los fallos en la organización de la actividad hospitalaria –y las infecciones hospitalarias pueden considerarse un ejemplo de ello– permiten fundar la responsabilidad de la entidad demandada en los arts. 1903.4 o 1902 CC., lo relevante, por lo que aquí interesa, es destacar que el hecho de contraer una infección hospitalaria supone un servicio médico defectuoso. Y tal servicio defectuoso justifica que pueda reclamarse responsabilidad al hospital o centro médico en que se contrae la infección con base en el art. 148 TRLC sin necesidad de acreditar la existencia de culpa o negligencia y sin necesidad de recurrir a la invocación de las normas del CC” (SANTOS MORÓN, María José, “La imputación...” *op. cit.*, p. 145). Por su parte, no faltan voces en nuestra doctrina más autorizada que ponen en entredicho el carácter objetivo de este régimen de responsabilidad sobre la base de que se aplica a servicios que conllevan la garantía de medidas de seguridad, siendo su incumplimiento lo que determina que pueda condenarse al demandado. En este sentido, GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil...* *op. cit.*, p. 418: “Los niveles presumidos por ley de eficacia o seguridad deben impedir, por regla general, las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario o su reactivación en el referido ámbito. Cuando estos controles de manera no precisada fallan, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario, al desvanecerse las legítimas expectativas de seguridad del mismo, y no cabe

71 BOE núm. 287, de 30.11.2007. Dice el precepto como sigue: “Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros.” Este precepto reemplaza al artículo 28 de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, de 24.7.1994).

72 SANTOS MORÓN, María José, “La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXX, Fascículo I, 2017, p. 123, nota al pie núm. 10.

73 *Vid. supra*, apartado 6.1.

supuestos en los que el resultado dañoso se derive del “incorrecto” uso de tales servicios por el consumidor o usuario (*id est*, salvo que el daño esté causado por su culpa exclusiva⁷⁶)⁷⁷. De hecho, es precisamente este carácter objetivo el que motiva que la jurisprudencia

duda de que este criterio de imputación no se separa significativamente de los que derivan de la aplicación del principio culpabilístico.” *Vid.* también DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006, p. 115; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 381 y ss. Bajo nuestro punto de vista, sin embargo, sí que debe calificarse de objetiva la responsabilidad establecida en la normativa de consumidores, habida cuenta de que no supedita el resarcimiento de los daños al incumplimiento culposo de los mencionados niveles de eficacia y seguridad y de los controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, sino a que el propio servicio del que se deriva el daño imponga la existencia de tales medidas de seguridad. Así, este sistema de responsabilidad resulta aplicable con independencia de que los aludidos controles sean incumplidos por culpa del demandado (en cuyo caso la responsabilidad podría declararse *ex* artículos 1101, 1902 y 1903 CC o artículo 32.1 Ley 40/2015, aplicables a la sanidad privada y pública, respectivamente) o, por el contrario, respetados, hipótesis esta última en la que se manifiesta de modo ostensible el potencial objetivo del régimen de responsabilidad definido por la normativa de consumidores. En esta línea, postula PLAZA PENADÉS: «El fundamento de tal responsabilidad objetiva estriba pues en que la Ley garantiza que el producto o servicio sea administrado o prestado en unas condiciones objetivas de pureza, eficacia y “seguridad” para el consumo. Por tanto, cuando ello no es así, a pesar de existir un “correcto uso de los bienes y servicios” o de haberse empleado la máxima diligencia exigible de conformidad con la “Lex artis” surge la obligación de indemnizar por parte de los responsables del producto o servicio causante del daño. Lo que en definitiva supone que, en este concreto ámbito de los productos farmacéuticos y de los servicios médicos, existe una responsabilidad por los “riesgos” de los daños que se causen por la correcta y diligente utilización de esos concretos productos o servicios» (PLAZA PENADÉS, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 7, Cizur Menor, 2002, 117).

76 STS de 1 de julio de 1997 (RJ 1997\5471; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete), En la doctrina, *vid.* DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *Responsabilidad objetiva... op. cit.*, p. 90.

77 Sostiene DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ: «Hablar de responsabilidad “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...” se acopla difícilmente al campo de algunos servicios, entre ellos los médico-sanitarios. Sin duda alguna cualquier producto puede “usarse y consumirse” y, a tal fin, el consumidor deberá comportarse de un modo correcto y diligente, siguiendo las instrucciones de manejo y utilización del producto, etc. Pero respecto de los servicios, causa perplejidad, al menos desde su estricto tenor literal, el “correcto uso y consumo” que pueda hacerse de algún que otro servicio. En materia sanitaria supondría que el paciente procediera como si fuera posible “manipular” el servicio prestado por el médico, al igual que un objeto o producto. Sin embargo, no hay que olvidar la diferencia sustancial entre “usar” o “consumir” un producto o, por el contrario, un servicio» (DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, CALIXTO, *El régimen... op. cit.*, p. 375).

rechaza la aplicación del régimen de responsabilidad previsto en la normativa de consumidores a los profesionales sanitarios (que no pueden responder más que por infracción de la *lex artis ad hoc*⁷⁸), restringiendo su aplicación a los aspectos organizativos o de prestación de los servicios sanitarios⁷⁹. Es éste el posicionamiento adoptado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de julio de 2013⁸⁰, dictada en un asunto en el que los padres de un bebé, que padece un síndrome de West que le causa una minusvalía calificada administrativamente del noventa por cien, achacan las patologías sufridas por su hijo a la negligencia del equipo médico al no realizar una cesárea de urgencia la noche en que la madre, hallándose embarazada de treinta y tres semanas, acude al servicio de urgencias del centro sanitario presentando fuertes dolores abdominales. Dice el Tribunal:

“según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (SSTS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 541); 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238); 5 de enero (RJ 2007, 552) y 26 de 2007; 4 de junio 2009 (RJ 2009, 3380)); aspectos estos que no han sido cuestionados en la sentencia”⁸¹.

78 ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “Responsabilidad Sanitaria”, en DÍAZ ALABART, Silvia y ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2000, p. 277.

79 GALÁN CORTÉS, Julio César, “Cuestiones actuales...” *op. cit.*, p. 622.

80 RJ 2013\4380; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

81 En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008\251; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 23 de enero de 2009 (RJ 2009\1271; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 4 de junio de 2009 (RJ 2009\3380; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010\138; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 3 de marzo de 2010 (RJ 2010\3778; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7135; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 29 de octubre de 2010 (RJ 2010\7617; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010\7988; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana);

Ahora bien, aunque, como ya ha sido señalado, es el de las infecciones nosocomiales uno de los ámbitos que la jurisprudencia mayoritaria estima sujeto a este régimen de responsabilidad, “la fundamentación del fallo no deja de asentarse en criterios culpabilísticos”⁸². De esta suerte, los tribunales, por lo general, condenan al establecimiento sanitario con base, conjuntamente, en la normativa de consumidores y en los artículos 1101, 1902 o 1903 CC, al haberse acreditado el incumplimiento de las medidas de asepsia por el centro sanitario (y, consiguientemente, su culpa o negligencia), sea de modo directo o, muy frecuentemente, a través de presunciones (por aplicación de la doctrina del daño desproporcionado)⁸³. Como exponente de esta doctrina podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997⁸⁴, primer pronunciamiento en el que nuestro Alto Tribunal aplica la normativa de consumo en sede de infecciones nosocomiales. En el asunto enjuiciado, el actor, tras someterse a una cirugía consistente en una artroplastia de la rodilla izquierda, sufre una grave infección que determina su evolución desfavorable y, a la postre, la amputación de la pierna intervenida. Declara el Tribunal:

«Probado el daño causado y la omisión de las prevenciones que hubieran evitado la infección, o al menos, hubieran acreditado la activa conducta tendente o su evitación aunque se considere que la infección (tratada “a posteriori”) una vez acreditada su causa, con los específicos

adecuados), no fue el único factor determinante de la amputación, sí fue un factor concurrente e importante en la producción del resultado. De aquí, que se hayan acogido los motivos y se entienda que deben responder civilmente tanto el cirujano como el centro sanitario solidariamente por culpa (artículos 1902 y 1903) en la cantidad indemnizatoria de quince millones de pesetas. La responsabilidad objetiva del centro sanitario [establecida en la normativa de consumo] queda embebida en el mayor coste que atribuimos a la responsabilidad culposa, pues ambas son incompatibles en cuanto sumandos independientes, caso de concurrencia de normas, como acontece en el caso, respecto de unos mismos hechos»⁸⁵.

La misma doctrina recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1998⁸⁶, dictada en un asunto en el que una paciente fallece, tras ser intervenida *halux valgus* bilateral (vulgarmente denominado “juanete”), como consecuencia de una infección de tétanos grave postquirúrgico. No obstante, en este supuesto la culpa del establecimiento sanitario no resulta acreditada directamente, sino de forma presunta, por aplicación de la doctrina del daño desproporcionado⁸⁷.

25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1313; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 20 de mayo de 2011 (RJ 2011\3982; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 16 de enero de 2012 (RJ 2012\1784; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 18 de mayo de 2012 (RJ 2012\6356; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\300; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 28 de junio de 2013 (RJ 2013\4986; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la doctrina, *vid.* GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 393.

82 DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *Responsabilidad objetiva... op. cit.*, p. 183. Abunda en esta línea, ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “Responsabilidad civil...” *op. cit.*, p. 418.

83 DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *Responsabilidad objetiva... op. cit.*, p. 206. En contra de la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado a los supuestos de infecciones nosocomiales se postula GALÁN CORTÉS, al entender que, “en estos casos, hay una causa concreta e identificada que justifica perfectamente el resultado, por lo que debería estar a lo normado en el art. 148 TRLCU, dada la obligación de seguridad exigible al centro hospitalario, que debe evitar este tipo de procesos mediante los controles necesarios” (GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 349).

84 RJ 1997\5471; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete.

85 En igual sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de julio de 1997 (RJ 1997\5523; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz): “Aplicando la base jurídica a la base fáctica, resulta que la demandante ingresa en un centro sanitario de INSALUD por una fractura consecuencia de una caída y tras diversas curas e intervenciones quirúrgicas, termina con una pierna amputada. INSALUD como empresaria de aquel centro tiene responsabilidad directa de aquel hecho, por el artículo 1903, párrafo 4º, del Código Civil y responsabilidad objetiva no sólo por la objetivación creciente de la responsabilidad extracontractual, sino también por aplicación de la Ley de consumidores y usuarios.” Con relación a estos dos pronunciamientos, a saber, las SSTs de 1 y 21 de julio de 1997, sostiene DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ que, aunque tienen el mérito de mencionar a la normativa de consumidores en la fundamentación jurídica del fallo condenatorio, “tan solo se queda en una alusión meramente formal, ya que, como bien se ha dicho, la aplicación de aquellos preceptos constituyen [sic] un *obiter dicta*. La verdadera *ratio* no es otra que la aplicación de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad” (DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *Responsabilidad objetiva... op. cit.*, p. 184). *Vid.* también SSTs de 11 de febrero de 1998 (RJ 1998\707; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros); 18 de junio de 1998 (RJ 1998\5290; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Ternes); 5 de enero de 2007 (RJ 2007\552; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 4 de julio de 2007 (RJ 2007\5124; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela).

86 RJ 1998\9427; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz.

87 *Vid.* también STS de 9 de junio de 1998 (RJ 1998\3717; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) y 16 de abril de 2007 (RJ 2007\4332; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis

Como podemos comprobar, el Tribunal Supremo aduce la normativa de consumidores como mero *obiter dicta* o argumento *ab abundantiam*, resultando su aplicación un mecanismo “inefectivo”⁸⁸ e “inútil”⁸⁹, puesto que, en tales supuestos, se condena al establecimiento sanitario mediante el recurso al régimen de responsabilidad subjetiva regulado en los artículos 1101, 1902 y 1903 CC, preceptos que constituyen la verdadera *ratio decidendi* en tales asuntos. Por tanto, la forma en que nuestro Alto Tribunal aplica el sistema de responsabilidad plasmado en el artículo 148 TRLCU constituye un auténtico sinsentido, pues, acreditada (de modo directo o por presunción) la culpa del establecimiento sanitario, carece de toda lógica la alusión a la normativa de consumidores (siquiera como *obiter dictum* o argumento *ab abundantiam*), puesto que, al establecer una responsabilidad de tipo objetivo, su aplicación haría innecesaria la prueba de dicha culpa. En otros términos, si se aplica la normativa de consumidores no es necesario acreditar la culpa del establecimiento sanitario en el cumplimiento de las medidas de asepsia que le incumben y, a la inversa, es decir, si se prueba el actuar negligente del centro sanitario, resulta intrascendente la aplicación de la responsabilidad objetiva contemplada en la normativa de consumidores.

7. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, proponemos al lector la reflexión que sigue: ¿resulta adecuada la solución adoptada por nuestra jurisprudencia de no admitir la indemnización del alea terapéutica o, por el contrario, debería permitirse dicho resarcimiento, siguiendo el modelo francés, con cargo a un fondo procedente, en esencia, de los impuestos pagados por los ciudadanos?

Quien escribe estima de mayor admisibilidad el modelo francés, quizás abanderando el principio *pro damnato* y dejándose llevar por un sentimiento de justicia que nos conduce a asumir el papel del paciente y admitir su resarcimiento ante el palmario desamparo al que le conduce la desestimación de sus pretensiones indemnizatorias, considerándose de mayor

justicia la socialización del daño, cuyo resarcimiento vendría de la mano de la solidaridad nacional, esto es, de un fondo financiado fundamentalmente, a la postre, con cargo a los propios impuestos exigidos a los ciudadanos.

Sin embargo, no ocultamos que la indemnización del alea terapéutica en todos los supuestos en que pueda producirse, aun cuando sería la solución más justa, no resultaría económicamente asumible, pues exigiría de los ciudadanos un desembolso excesivo, materializado en un incremento de su carga impositiva para muchos no asequible y para otros no admisible. De esta suerte, la asunción de un modelo de resarcimiento del alea terapéutica como el implantado en nuestro país vecino exigiría el despliegue de un ingente esfuerzo tendente al establecimiento de unas condiciones que limiten los daños a resarcir por la solidaridad nacional, a fin de que sean asumibles sin necesidad de incrementar la carga impositiva de los ciudadanos más allá de lo razonable.

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABEILLE, Jean-François y CIRILLO, Fabrice, “La responsabilité médicale”, *Les cahiers de droit de la Santé du Sud-Est*, núm. 1: Le risque médical, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2003, pp. 9-45.
- ARCOS VIEIRA, María Luisa, *Responsabilidad civil por infecciones asociadas a la asistencia sanitaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “Responsabilidad Sanitaria”, en DÍAZ ALABART, Silvia y ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2000, pp. 177-298.
- “Responsabilidad civil médica”, en AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 331-438.
- BERGOIGNAN-ESPER, Claudine y SARGOS, Pierre, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 2ª edición, Dalloz, París, 2016.
- BINET, Jean-René, *Droit médical*, L.G.D.J., París, 2010.

Montés Penadés). En la jurisprudencia menor, *vid.* SAP Girona de 26 de mayo de 2000 (AC 2000/2110; Ponente: Illmo. Sr. D. Fernando Ferrero Hidalgo).

⁸⁸ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *Responsabilidad objetiva...* *op. cit.*, p. 119.

⁸⁹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “Responsabilidad civil...” *op. cit.*, p. 422.

- CASTELLETTA, Angelo, *Responsabilité médicale. Droits des malades*, 2ª edición, Dalloz, París, 2004.
- CLEMENT, Cyril, *La responsabilité du fait de la misión de soins des établissements publics et privés de santé*, Les Études Hospitalières, Burdeos, 2000.
- CLEMENT, Jean-Marie, *Droits des malades. Les répercussions de la loi du 4 mars 2002 dans le champ du droithospitalier*, Les Études Hospitalières, Burdeos, 2002.
- CORBELLA I DUCH, Josep, *La responsabilidad civil de los centros sanitarios*, Atelier, Barcelona, 2008.
- COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2017*, disponible en <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/02-indemnisation-amiable-accidents-medicaux-Tome-1.pdf>.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
 - *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006.
- DUQUET, Anne-Marie, *La faute médicale à l'hôpital*, Berger-Levrault, París, 1994.
- ÉVIN, Claude, *Les droits des usagers du système de santé*, Berger-Levrault, París, 2002.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1998.
- GALÁN CORTÉS, Julio César, “Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico-sanitaria (daño desproporcionado, aplicación de la normativa de consumo, consentimiento informado y responsabilidad de las aseguradoras de asistencia sanitaria)”, en AA.VV., *Derecho de daños*, HERRADOR GUARDIA, Mariano José (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 613-638.
 - *Responsabilidad civil médica*, 5ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- LAMAR, Marie-Joséphé, “Aléa thérapeutique: vers une meilleure réparation”, *Médecine & Droit*, Vol. 2002, núm. 54, 2002, pp.7-14.
- LECA, Antoine, “L’indemnisation du risque médical au titre de la solidarité nationale”, *Les cahiers de droit de la Santé du Sud-Est*, n. 1: Le risque médical, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2003, 75-97.
 - “La réparation des dommages médicaux en Nouvelle-Zélande et en France”, *Revue Générale de Droit Médical*, núm. 16, 2005, pp. 153-180.
- LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, Alfonso, “El seguro médico obligatorio en responsabilidad sanitaria: referencia especial al caso francés y a su sistema alternativo en la resolución de conflictos creados por accidentes médicos”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 121, 2004, pp. 67-80.
- MARTIN, Dominique, “Le dispositif française d’indemnisation des victimes d’accidents médicaux, par la voie du règlement amiable”, en AA.VV., *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: le droit médical en mouvement*, SCHAMPS, Geneviève (dir.), Buyland, Bruxelles, 2008, pp. 473-495.
- MÉMETEAU, Gérard y GIRER, Marion, *Cours de droit médical*, 5ª edición, LEH Éditions, Burdeos, 2016.
- PENNEAU, Jean, *La responsabilité du médecin*, 3ª edición, Dalloz, París, 2004.
- PÉREZ LÓPEZ, Ian, “Infecciones hospitalarias: ciencia, pacientes y tribunales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pp. 209-227.
- PLAZA PENADÉS, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 7, Cizur Menor, 2002.
- SANTOS MORÓN, María José, “La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXX, Fascículo I, 2017, pp. 119-164.
- SARGOS, Pierre, “La doctrine de la cour de cassation en matière d’infection nosocomiale. De l’exigence d’une asepsie parfaite à la présomption de responsabilité”, *Médecine & Droit*, Vol. 1999, núm. 35, 1999, pp. 4-8.

- SÉNAT (SERVICE DES AFFAIRES EUROPÉENNES, DIVISION DES ÉTUDES DE LÉGISLATION COMPARÉ), *Les documents de travail du Sénat: Série législation comparé. L'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques*, núm. LC 81, 2000.
- SÉNAT, *Avis présenté au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'Administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration*

d'urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, rapport n. 175, Session ordinaire de 2001-2002, annexe au procès-verbal de la séance du 16 janvier 2002.

- VIALLA, François (dir.), *Les grands décisions du droit médical*, 2^a edición, LGDJ, París, 2014.
- WELSCH, Sylvie, *Responsabilité du médecin*, 2^a edición, Éditions du Juris-Classeur, París, 2003.

9. ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES

9.1 Francia

Tribunal y Fecha	Ref.	Partes
Conseil d'État, 8.11.1935	Requête numéro 31999	Dame Philipponeau
Conseil d'État, 8.11.1935		Dame Vion
Cour de cassation, Chambre civile, 20.5.1936		Mercier
Conseil d'État, 26.6.1959		Rouzet
Conseil d'État, 18.11.1960	Requête numéro 27844	Savelli
Cour de cassation, Chambre civile 1, 28.2.1984	Numéro de pourvoi 82-15.958	
Conseil d'État, 5 ^e et 3 ^e sous-sections réunies, 9.12.1988	Requête numéro 65087	Cohen
Cour administrative d'appel de Lyon, Plénière, 21.12.1990	Numéro 89LY01742	Gomez
Conseil d'État, 10.4.1992	Requête numéro 79027	Epoux V.
Conseil d'État, Assemblée, 9.4.1993	Numéro 69336	Bianchi
Cour de cassation, Chambre civile 1, 21.5.1996	Numéro de pourvoi 94-16.586	Bonnici
Conseil d'État, 3.11.1997	Requête numéro 153686	"Hôpital Joseph Imbert d'Arles"
Conseil d'État, 29.12.1997	Requête numéro 158938	M. K.
Cour de cassation, Chambre civile 1, 16.6.1998	Numéros de pourvoi 97-18.509; 97-19.131; 97-18.481	"Clinique Belledonne"
Cour de cassation, Chambre civile 1, 29.6.1999	Numéros de pourvoi 97-21.903; 97-14.254	Staphylocoques dorés
Conseil d'État, 5.1.2000	Requête numéro 181899	Telle
Conseil d'État, 27.10.2000	Requête numéro 201790	"Centre hospitalier d'Aubagne"
Cour de cassation, Chambre civile 1, 8.11.2000	Numéro de pourvoi 99-11.735	Destandeu
Cour de cassation, Chambre civile 1, 13.2.2001	Numéro de pourvoi 98-19.433	
Cour de cassation, Chambre civile 1, 4.4.2001	Numéro de pourvoi 99-19.718	

Tribunal y Fecha	Ref.	Partes
Cour de cassation, Chambre civile 1, 26.11.2002	Numéro de pourvoi 01-00.390	
Cour de cassation, Chambre civile 1, 4.4.2006	Numéro de pourvoi 04-17.491	Mme X... v. M. Y... et "Polyclinique Saint-Jean"
Conseil d'État, 5 ^e et 4 ^e sous-sections réunies, 13.7.2007	Requête numéro 293196	MM. Alexandre et Arnaud A.
Conseil d'État, 5 ^e et 4 ^e sous-sections réunies, 13.7.2007	Requête numéro 299693	"Centre Hospitalier Intercommunal d'Eaubonne Montmorency"
Conseil d'État, 5 ^e et 4 ^e sous-sections réunies, 10.10.2007	Requête numéro 306590	M. A v. ONIAM
Cour de cassation, Chambre civile 1, 16.10.2008	Numéro de pourvoi 07-17.605	"Centre chirurgical Marie Lannelongue"
Cour de cassation, Chambre civile 1, 11.12.2008	Numéro de pourvoi 08-10.105	
Cour de cassation, Chambre civile 1, 11.3.2010	Numéro de pourvoi 09-11.270	M. Y...v. ONIAM, M. X... et son assureur
Cour de cassation, Chambre civile 1, 6.5.2010	Numéro de pourvoi 09-66.947	Mme X v. ONIAM
Conseil d'État, 5 ^e et 4 ^e sous-sections réunies, 30.3.2011	Requête numéro 327669	ONIAM v. M. Jean-Paul A, Mme A et "Caisse primaire d'assurance maladie de la Charente-Maritime"
Cour de cassation, Chambre civile 1, 31.3.2011	Numéro de pourvoi 09-17.135	Consorts X... v. ONIAM
Conseil d'État, 5 ^e et 4 ^e sous-sections réunies, 10.10.2011	Requête numéro 328500	"Centre Hospitalier Universitaire d'Angers"
Conseil d'État, 5 ^e y 4 ^e sous-sections réunies, 21.6.2013	Requête numéro 347450	"Centre médico-chirurgical de l'Atlantique"
Cour de cassation, Chambre civile 1, 5.2.2014	Numéro de pourvoi 12-29.140	"Centre chirurgical de Paris"
Cour de cassation, Chambre civile 1, 2.7.2014	Numéro de pourvoi 13-15.750	
Conseil d'État, 5 ^e et 4 ^e sous-sections réunies, 12.12.2014	Requête numéro 355052	M. A... B... v. ONIAM
Conseil d'État, 5 ^e et 4 ^e sous-sections réunies, 12.12.2014	Requête numéro 365211	Mme B... A... v. ONIAM
Cour de cassation, Chambre civile 1, 4.2.2015	Numéro de pourvoi 13-28-513	Mme X... v. ONIAM
Conseil d'État, 5 ^e et 4 ^e sous-sections réunies, 15.4.2015	Requête numéro 370309	Mme A... B... v. ONIAM
Conseil d'État, 5 ^e et 4 ^e sous-sections réunies, 17.2.2016	Requête numéro 322366	Mme Mau, Lebon
Conseil Constitutionnel, 1.4.2016	Numéro 2016-531 QPC	M. Carlos C.
Cour de cassation, Chambre civile 1, 15.6.2016	Numéro de pourvoi 15-16.824	M. X... v. ONIAM

9.2 España

Tribunal y Fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24.9.1994	RJ 1994\7313	Excmo. Sr. Francisco Morales Morales	Dña. Igone B. B. v. D. Carlos U. L., D. Luis G. R. e “Instituto Religioso de las Siervas de Jesús de la Caridad”
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1.7.1997	RJ 1997\5471	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	D. Juan José R. A. v. D. Agustín C. Q e Instituto Nacional de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21.7.1997	RJ 1997\5523	Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz	Instituto Nacional de la Salud v. Dña. María del Carmen V. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.2.1998	RJ 1998\707	Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros	Dña. Pilar H. G. e Instituto Nacional de la Salud v. D. Leoncio M. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18.6.1998	RJ 1998\5290	Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	Institut Català de la Salut v. Dña. Ángeles R. T., Dña. Yolanda F. R. y Dña. Raquel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9.6.1998	RJ 1998\3717	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	D. Agustín H. R. v. Servicio Andaluz de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9.12.1998	RJ 1998\9427	Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz	“Congregación de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús (Hospital de San Rafael)” y “Mutua General de Seguros” v. D. José María C. S. y D. Atilano R. P.
Audiencia Provincial de Girona, Sección 1ª, 26.5.2000	AC 2000\2110	Illmo. Sr. D. Fernando Ferrero Hidalgo	Dña. Isabel J. H., D. Manuel B. F. y “Fundació Hospital de Figueres” v. D. Jordi B. P. y D. Jesús M. J.
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, 22.12.2001	RJ 2002\1817	Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate	Dña. Covadonga M. A. v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 5.1.2007	RJ 2007\552	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Servicio Andaluz de Salud v. D. José Enrique
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 24.1.2007	RJ 2007\977	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. Marco Antonio y Dña. Margarita v. Dña. Amparo y Servicio Andaluz de Salud (SAS)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 16.4.2007	RJ 2007\4332	Excmo. Sr. Vicente Luis Montés Penadés	D. Jorge v. Dña. Maite
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 4.7.2007	RJ 2007\5124	Excmo. Sr. Román García Varela	D. Juan Miguel y D. Héctor v. D. Luis Andrés y “Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros”

Tribunal y Fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 4.12.2007	RJ 2008\251	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	“Clínica Parque San Antonio, S.A.”, D. Iván, D. Lucio, “Entidad Adeslas” v. D. Pedro (personándose posteriormente en calidad de herederas Dña. María Inmaculada, Dña. Angelina y Dña. Carmela)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 5.12.2007	RJ 2008\469	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Herederos testamentarios de D. Germán v. “Hospital de la Santa Creu i Sant Pau”, Institut Català de la Salut, Instituto Nacional de la Seguridad Social, D. Carlos Miguel, D. Domingo y D. Roberto
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 18.6.2008	RJ 2008\4256	Excmo. Sr. Antonio Seijas Quintana	Dña. Filomena v. D. Luis Miguel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 24.10.2008	RJ 2008\5793	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Gonzalo v. Dña. Patricia
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 23.1.2009	RJ 2009\1271	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Jon v. “Mutua Fraternidad Muprespa”
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 4.6.2009	RJ 2009\3380	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	“Compañía de Seguros Adeslas S.A.” e “Instituto de Religiosas San José de Girona” v. D. Anselmo, Dña. María Teresa, D. Avelino, “Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros” y “Zurich España, Cía de Seguros y Reaseguros”
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 30.6.2009	RJ 2009\6460	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. María Consuelo v. “P.S.N. Agrupación Mutual Aseguradora” y D. Prudencio
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 8.7.2009	RJ 2009\4459	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Juan Manuel v. “Asepeyo Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 151”
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 20.11.2009	RJ 2010\138	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Gregoria v. “Winterthur Seguros Generales, S.A., de Seguros y Reaseguros”, “Grupo Hospitalario Quirón S.A.” y “DKV Seguros y Reaseguros SAE”
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 29.1.2010	RJ 2010\418	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	“Instituto de Religiosas San José de Girona (Entidad Clínica Santa Elena)”, “Mapfre Caja Salud de Seguros y Reaseguros S.A.”, Dña. Costanza y D. Ambrosio v. D. Luis Pablo y Dña. Silvia
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 3.3.2010	RJ 2010\3778	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. José Enrique, Dña. Juana y D. Juan María v. “Grupo Hospitalario Quirón, S.A.”, “Centro de Oftalmología Barranquer S.A.”, D. Casimiro y D. Edemiro
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 22.9.2010	RJ 2010\7135	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Saturnino, D. Adolfo y D. Enrique v. D. Mario

Tribunal y Fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 29.10.2010	RJ 2010\7617	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Erasmo v. “Zurich España”
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 4.11.2010	RJ 2010\7988	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	“Sanitas S.A.” y D. Fulgencio v. Dña. María Cristina y D. Narciso (actuando en su propio nombre y derecho y en el de su hija Dña. Eugenia)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 25.11.2010	RJ 2011\1313	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. María Virtudes v. “Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, Asepeyo”, D. Jenaro, D. Julio, “Clínica Parque S.A.” y D. Marino
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 20.5.2011	RJ 2011\3982	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Gaspar, D. Maximino, D. Vicente, D. Abelardo, Dña. Zaira y Dña. Daniela v. D. Eugenio, “P.S.N. Agrupación Mutua Aseguradora” y “Caser S.A.”
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 1.6.2011	RJ 2011\4260	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Carlos Manuel v. “Seguros Zurich”
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 16.1.2012	RJ 2012\1784	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	“Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros”, “Aresa Seguro Generales, S.A.”, D. Pedro Enrique y D. Adriano
Tribunal Supremo, Sala de lo civil, Sección 1ª, 18.5.2012	RJ 2012\6356	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Eva María v. D. Luciano
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, 17.7.2012	RJ 2012\7904	Excmo. Sr. Antonio Martí García	Dña. Trinidad y D. Claudio (en representación de su hijo menor de edad D. Héctor) v. Servicio de Salud del Principado de Asturias y “Zurich Insurance PLC, Sucursal en España”
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, 19.9.2012	RJ 2012\9194	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Silvia v. Generalitat Valenciana y “Hospital Valencia al Mar S.L.”
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, 9.10.2012	RJ 2012\9798	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	D. Jesús Miguel v. Generalitat Valenciana, “HDI Hannover International, S.A.”, “Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros” y Comunidad Autónoma de Aragón
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, 20.11.2012	RJ 2013\300	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Tamara (en calidad de tutora de D. Bernardino) v. “Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros”, Generalitat de Cataluña e Institut Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, 21.12.2012	RJ 2013\1165	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Jesús María y Dña. Débora (en sus propios nombres y derecho y en nombre y representación de su hijo D. Abelardo) v. Institut Català de la Salut

Tribunal y Fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, 30.4.2013	RJ 2013\4058	Excmo. Sr Ricardo Enríquez Sancho	Dña. Eugenia y D. Cornelio v. Consejería de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 18.6.2013	RJ 2013\4376	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Luis Enrique y Dña. Palmira y D. Carlos Alberto
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 28.6.2013	RJ 2013\4986	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Verónica v. Dña. Eulalia, D. Augusto y Dña. Tatiana
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 3.7.2013	RJ 2013\4380	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Pilar y D. José Pablo v. D. Baltasar, Dña. Bernarda, “Zurich Insurance PLC, Sucursal en España” y “Compañía de Seguros Adeslas S.A.”
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 19.7.2013	RJ 2013\5004	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	“Molding Clinic S.L.” v. Dña. Consuelo
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 7.5.2014	RJ 2014\2477	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Cayetano, Dña. Julia (actuando en representación de sus hijos menores Heracleo, Lucio y Roberto) y “AXA Seguros Generales” v. Dña. Yolanda
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 3.2.2015	RJ 2015\641	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Nicanor
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 17.6.2015	RJ 2015\2651	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Emma v. Dña. Rosario y “Baix Penedés Central S.L.”
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 13.4.2016	RJ 2016\1495	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Antonio v. Dña. María Rosario
Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, 20.1.2017	JUR 2017\52026	Illmo. Sr. D. José María Pérez-Crespo Paya	Dña. Valle y D. José María v. Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y “WR Berkley Insurance”
Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, 27.1.2017	JUR 2017\61250	Illma. Sra. María Begonia González García	Dña. Socorro, D. Amador y Dña. Adelaida v. Junta de Castilla y León y “Mapfre Empresas, S.A.”
Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, 6.3.2017	JUR 2017\156506	Illma. Sra. Dña. María Fernanda Navarro Zuloaga	D. Roberto v. Servei Català de la Salut y D. Xavier Avellana i Sauret

Tribunal y Fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 6.4.2017	JUR 2017\153810	Illma. Sra. Dña. Ana Rufz Rey	Dña. Olga v. Comunidad de Madrid
Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 27.4.2017	JUR 2017\165205	Illma. Sra. Ana Rufz Rey	D. Ginés y Dña. Paloma v. Comunidad de Madrid y “Zurich Insurance PLC. Sucursal en España, S.A.”