

Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA.

COORDINADOR DOMINGO BELLO JANEIRO.

EDITORIAL REUS (MADRID 2012)

Dra. Laura Gázquez Serrano

Profesora Titular Derecho Civil. Facultad de Derecho Universidad de Granada.

Email: lgazquez@ugr.es

Realizar un comentario de la citada obra está plenamente justificado, por el hecho que tal y como puso de manifiesto el coordinador de la misma el Dr. Bello Janeiro es de plena actualidad y además de obligada referencia para todo aquel que pretenda reflexionar sobre las instituciones a las que el libro está dedicado.

El libro que el lector tiene en sus manos se corresponde con el estudio desde una perspectiva múltiple de algunas de las cuestiones de mayor relevancia en el ámbito de la responsabilidad médica a cargo de prestigiosos estudiosos de la materia pertenecientes a muy diversas Universidades españolas así como a destacadas personalidades de la judicatura y de la política.

El libro publicado por la editorial Reus forma parte de la colección de Derecho de Daños y se corresponde con el estudio desde una perspectiva múltiple de algunas de las cuestiones de mayor relevancia práctica en el ámbito del régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria a cargo de prestigiosos especialistas en la materia pertenecientes a diversas Universidades españolas así como a la participación de profesores asociados de la Universidad de A Coruña con altas responsabilidades jurisdiccionales como los Presidentes del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y de la Audiencia Provincial herculina como también con la colaboración del actual presidente del Consejo de Estado José Manuel Romay.

La responsabilidad civil, administrativa y penal médico sanitaria es un tema de indudable actualidad que preocupa tanto a juristas como a profesionales de la medicina puesto que las negligencias médicas suponen cada año multitud de contiendas a dirimir en los juzgados, lo que arrastra a una «judicialización» de la Sanidad, que conduce a los facultativos a practicar una medicina defensiva, por lo que consideramos necesario profundizar en la formación del médico en los aspectos legales y mejorar la comunicación entre médico y paciente, ya que la mayor parte de reclamaciones se deben a la falta de información o a vicios en el consentimiento informado.

La finalidad de este libro, es profundizar en el Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria, con el estudio de las diversas materias que se ven implicadas en la misma puesto que no olvidamos que cuando se produce una negligencia médica, son distintas las jurisdicciones implicadas y las responsabilidades que se pueden generar, por todo lo cual a continuación se llevará un análisis detallado de la doctrina del Tribunal Constitucional, de la jurisprudencia de todas las Salas del Tribunal Supremo, así como de los criterios y decisiones de las Audiencias Provinciales con el principal objetivo de formación de tratar de conocer en profundidad, desde un punto de vista teórico-práctico, todo el sistema jurídico que regula la responsabilidad civil sanitaria, para lo cual nos ha parecido muy oportuno comenzar previamente al estudio del derecho positivo y su repercusión práctica con una primera aproximación genérica de mayor alcance.

Comienza la obra con un prólogo a cargo del Dr. Bello Janeiro, coordinador de la misma y director la citada Colección de Derecho de daños. Y la misma se desarrolla a lo largo de seis capítulos en los que se analizan diversos aspectos de la responsabilidad civil médico sanitaria: Derecho ética y política; daños determinantes de la responsabilidad médica, las reclamaciones por negligencia médica en vía civil, el tratamiento de la responsabilidad civil ante los tribunales, la acotación entre la culpa médica y la indemnización, reflexiones sobre la jurisprudencia en materia de responsabilidad sanitaria y la prueba de la responsabilidad civil médica.

Comienza el texto con el estudio del derecho, ética y política, a cargo de quien fue Ministro de Sanidad y actualmente es presidente del Consejo de Estado, José Manuel Romay Beccaría, que estudia detalladamente las relaciones del derecho y otros

órdenes normativos de la conducta humana así como de la moral y la política. Este capítulo I se articula en seis epígrafes: I. Derecho y moral.– II. Moral y política.– III. La subordinación de la política a la moral.– IV. la ética y la política en el pensamiento de Max Weber.– V. El realismo de Raymond Aron.– VI. La ética y la política según Ortega.

Destaca su autor como la conducta humana no solo es objeto exclusivo del derecho, sino que existen otros complejos o sistemas de normas, en los cuales la conducta es regulada desde puntos de vista distintos e incluso con criterios diferentes a los de las normas jurídicas. Estos órdenes normativos son la moralidad, los usos sociales y la política.

La diferencia para establecer claramente la relación entre moral y Derecho podemos establecerla así: Derecho y moral son dos puntos de vista sobre la conducta humana, lógicamente distintos, pues que el primero afecta al acto en cuanto exteriorizado, y la segunda al elemento interiorizado del mismo; el primero versa sobre el acto en cuanto lo pone en relación con los actos de otros sujetos, y la segunda en cuanto lo refiere a la misma unidad del sujeto; el primero implica en su propia estructura normativa la aplicación de sanciones, y éstas son, en la segunda, un añadido extrínseco; el primero, por último, se ciñe al fin temporal del hombre y del Estado, mientras que la segunda tiende a su santificación.

A continuación y al tratar el tema de la moral y de la política el autor destaca como la posibilidad de la política considerado con orden normativo autónomo arranca de Maquiavelo si bien el concepto moderno de la misma se debe a Giambatista Vico cuya valentía intelectual fue enorme pues ataca la antigua concepción de la ley natural entendida como universal, y considera que Las leyes y las costumbres son los productos sociales que responden a las necesidades sociales cambiantes.

No son un cuerpo de reglas infalibles que los sabios individuales, elevados por encima de la corriente de la historia, conciben en la plenitud de su perfección y presentan como códigos inmutables para todos los hombres de cualquier tiempo y lugar.

Igualmente se destaca como el concepto de orden moral moderno se ve afectado por el multiculturalismo. El multiculturalismo hace prevalecer la separación sobre la

integración, reivindica la sucesión cultural, considera que todas las culturas tienen igual valor, por lo cual, ni Van Gogh ni Shakespeare tendrían ninguna preeminencia y entiende que las diferencias deben ser discriminadas positivamente, no por su valor sino por el simple hecho de existir. El multiculturalismo se propone crear una nueva sociedad en la que no solo se preserva sino que se fomenta la diversidad porque sí, con independencia de su valor y, además, se diseña su puesta en práctica.

Concluye el autor que Ortega no escinde política y ética. Para Ortega hay en efecto una ética general y universal válida para cualquier actividad humana afirmando que dentro de esta ética general hay regiones, y que el político dada su personalidad creadora, activista, tienda a cumplir con las virtudes superiores y ello lo arrastra a cumplir con las menores por lo que llama a aceptar resignadamente esta situación, pero no afirma la imposibilidad de que se pueda cumplir con ambas virtudes.

El segundo Capítulo, a cargo del Prof. Rogel Vide catedrático de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid analiza los tipos de daños determinantes de la responsabilidad médica.

Recuerda el Prof. Rogel que Los distintos significados de daño y de perjuicio apuntados encontrarían acomodo en Roma, donde se distinguía, entre *damnum* —menoscabo de cosas ajenas— e *iniuria* —ofensa moral a una persona—. Los distintos significados aparecen, entre nosotros, en el artículo 1106 del Código civil, que, escrito en el XIX, habla de indemnización de daños y perjuicios.

Pone de manifiesto como no todos los daños son indemnizables. No lo son, por ejemplo y como regla muy general, los irremediabiles, los males menores causados para evitar un mal mayor. Piénsese en una pierna que se corta para evitar la muerte por gangrena. Para que la indemnización proceda, se requiere que el daño sea injusto, antijurídico, lesión injustificada de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, protegido o protegible. Ello sabido, es posible —y se ha hecho— distinguir entre daños justos y daños injustos. Los justos no son reparables, en ocasiones, siéndolo en otras. Los injustos conllevan indemnización. La distinción, fructífera, encuentra perfecto acomodo en sede de inmisiones, que pueden ser no importantes —han de ser toleradas—, importantes inevitables —han de ser reparadas—, e importantes evitables

—han de ser indemnizadas—. La distinción es aplicable también en otros pagos, pagos entre los que se encuentra la práctica de la medicina.

Igualmente destaca el citado autor la necesidad de la existencia de culpa y de una relación de causalidad. Que los daños indemnizables hayan de ser injustos y que la responsabilidad médica, en principio, sea —con la jurisprudencia en la mano— subjetiva, hace necesaria una acción u omisión culposa, desencadenante del daño sufrido por una víctima merecedora de indemnización. Una culpa que no se presume, por regla general, y una relación de causalidad entre culpa y daño. En definitiva, el daño resarcible implica, requiere alteridad, dos personas: el sujeto agente y el paciente del menoscabo.

En clave de responsabilidad médica, suele decirse —y el Tribunal Supremo lo ha dicho en diversas ocasiones— que la responsabilidad objetiva —que trasciende la culpa, como criterio determinante de la responsabilidad— no encuentra acomodo alguno, que la culpa se requiere y ha de ser probada por la pretendida víctima que la afirma, cual ha de probarse la relación de causalidad entre la acción u omisión culposa y el daño experimentado. Con todo, esa afirmación queda cuestionada, paliada si se quiere, respecto de diversos daños, en diversas ocasiones y de distintas maneras, que pondré de relieve seguidamente, llamando la atención sobre el hecho de que, los paliativos dichos, no solo son asumidos por la doctrina más moderna, sino también por algunas últimas sentencias del referido Tribunal Supremo.

También analiza la figura del consentimiento informado, requisito imprescindible para que puedan llevarse a cabo, correctamente, determinados tratamientos e intervenciones médicas. Solo puede prescindirse de él cuando ni el paciente, ni sus allegados, lo pueden prestar. Si el paciente puede, ha de darlo, aunque no tenga capacidad de obrar plena; en su defecto, han de darlo los titulares de la patria potestad o el tutor. Al cabo, ha de darlo el Juez, como *parens patriae*.

Al analizar las distintas clases de daños, estima el Prof. Rogel, el elenco es el siguiente: — Daño cierto, real. Se contrapone a incierto, meramente hipotético. El daño puede ser cierto aunque no haya sido determinado, siempre que sea determinable. — Daño virtual o potencial. Como quiera que no se ha producido aun, cabe tomar medidas

que lo impidan, evitando, así, la necesidad de indemnizarlo. — Daño eventual. Difícilmente constatable, salvo que estemos en presencia de la pérdida de una posibilidad de ganancia evaluable. — Daño directo. Se contrapone a indirecto o por rebote, que también puede ser indemnizable, en el caso de que haya víctimas mediatas, lo cual permite hablar, asimismo, de daños mediatos e inmediatos. — Daño personal, contrapuesto al daño colectivo, experimentado, si cabe, por colectivos o asociaciones y en torno al cual se habla de intereses difusos, cuya lesión difícilmente genera la posibilidad de indemnización.

Daño corporal. Resultante de un atentado a la salud o a la integridad física. Material y moral a la vez. — Daños materiales. Cabe distinguir, dentro de los mismos, los daños emergentes —gastos médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, hospitalarios, de rehabilitación— y los lucros cesantes —ganancias dejadas de obtener—. — Daños morales. Lesiones de los bienes de la personalidad, de los sentimientos. Se habla, en estos pagos, del *pretium doloris* —ya sea el Daños determinantes de responsabilidad médica dolor físico, ya psíquico—, del *pretium pulcritudinis* —perjuicio estético resultante de cicatrices, deformaciones en el rostro o en resto del cuerpo, alteraciones de pigmentación o supuestos similares—, de perjuicio sexual, del daño a la vida de relación, de la pérdida, en fin, de la alegría de vivir, determinada por la tristeza que produce el daño sufrido, aunque ésta no llegue a ser una depresión patológica, ni desencadene otras enfermedades del alma.

Continua clasificando en — Daños previsibles e imprevisibles, susceptibles, o no, de indemnización, en función del grado de culpa, constatable, del agente causante del daño. — Daños notorios, obvios, que no requieren prueba, por ser evidentes, cual sucede con los resultantes, para los padres, de la pérdida de un hijo. — Daños comunes a todos, que se contraponen a los daños propios de cada persona, en base a sus circunstancias singulares.

Los actores, modelos o vendedores, por ejemplo y además del perjuicio estético, pueden experimentar un perjuicio económico, o una pérdida de ganancia, por deformaciones sufridas en el rostro o en el cuerpo, perjuicio económico que no experimentaría una persona normal. — Daños actuales y daños futuros. Los daños futuros son indemnizables en la medida en que sean de certidumbre constatable. —

Daños continuados —los resultantes de lesiones, en las que, a un perjuicio cierto y actual, se suman otros, futuros previsibles— y daños sucesivos —consecuencia de lesiones, a veces imprevisibles y que se van conociendo poco a poco—.

Daños desproporcionados. Daños de gravedad muy superior a la que cabría imaginar, dadas las circunstancias del caso, lo cual hace pensar en una impericia o negligencia notables del causante de los mismos, impericia que se presume, esgrimiéndose la máxima *res ipsa loquitur*, la presunción de culpa, la inversión de la carga de la prueba, la apariencia de prueba —*Anscheinsbeweis*—, la culpa virtual —*faute virtuelle*—, y cuantos otros expedientes sean necesarios para arbitrar la procedencia de la indemnización.

Daños punitivos —con indemnización superior, en su cuantía, al montante del perjuicio causado, aparejando una especie de multa o sanción pecuniaria—, daños a los que me referiré seguidamente —iniciando el estudio de ciertas clases de daños particularmente interesantes— y que se contraponen a los daños nominales, con indemnización puramente simbólica, que no impide constatar la incorrecto de la acción.

Finaliza con el capítulo con una atinada referencia a la cirugía estética, la cual como es sabido conlleva obligaciones de medio y no de resultado, si bien eso no impide que el médico garantice al paciente una reparación en el caso de que la operación fracase, lo que distingue de una indemnización.

El capítulo tercero lo firma el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y profesor de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña, Miguel Ángel Cadenas, con el título de las reclamaciones por negligencia médica en vía civil: el ámbito de competencia de la jurisdicción civil, examina el orden jurisdiccional competente civil y el correspondiente a la responsabilidad patrimonial de la Administración así como las reclamaciones frente a la aseguradora de la Administración. Y desde el inicio pone de manifiesto la complejidad que encierra la actividad médico sanitaria, cuestiones discutibles y discutidas, la relación causal, la carga de la prueba y por supuesto la jurisdicción competente.

Y en relación con esta última resulta imprescindible determinar si i el hecho dañoso, la conducta médico-sanitaria que lo causó, se ha producido en el contexto de

una actividad desarrollada como profesional liberal (por cuenta propia) o al servicio de una entidad privada), o si lo ha sido en un centro hospitalario público.

La competencia es de los tribunales civiles cuando la responsabilidad que se reclama ha nacido en el contexto de una actividad sanitaria prestada por profesional liberal o por cuenta y orden de una entidad privada, por clínica privada, en cuyo curso se ha producido el hecho dañoso causante de la pretensión resarcitoria. Competencia propia del orden jurisdiccional civil, pues se trata de una responsabilidad netamente civil, ya contractual, fruto de la relación médico-paciente generada por un acuerdo de voluntades al efecto y con incardinación en el art. 1101 del Código Civil; ya extracontractual, caso de que la relación médico-paciente no se genere merced a aquel acuerdo de voluntades dicho, con incardinación en el art. 1902 y 1903 del Código Civil.

Por consiguiente, será en el orden jurisdiccional civil donde se plantee la pretensión resarcitoria por derivación de la responsabilidad indicada y donde sean resueltas todas las diversas cuestiones que encierra. Usualmente se llega a ella por el ejercicio de la acción directamente ante los Tribunales civiles, o bien tras una depuración de las conductas en vía penal (con posible tipificación en los arts. 142, 143, 144 y ss, 152, 157 y 158, 159 y ss. y 621 del Código Penal) y el definitivo archivo del procedimiento o sentencia absolutoria, al margen de supuestos posibles de reserva de la acción civil, con la consiguiente problemática del plazo prescriptivo.

Sentada la responsabilidad civil por la actividad médico privada, analiza el autor la responsabilidad patrimonial de la administración. Cuando el médico actúa al servicio de las AAPP la responsabilidad no es la del Código Civil, sino la de la Ley 30/92 y demás normas administrativas; responsabilidad directa, sin necesidad de identificar ni de mandar a la persona causante del daño o lesión, y con derecho de repetición tras el cumplimiento resarcitorio por la Administración. Cuando el daño producido es consecuencia del Derecho subjetivo público recogido en el art. 43 CE, derecho a la protección de la salud por el perjudicado en un centro público, el régimen jurídico de responsabilidad se encuentra en la Ley 30/92 y demás normas administrativas..

Concluye afirmando que irán al Orden jurisdiccional contencioso-administrativo todas las pretensiones relativas a los hechos dañosos acaecidos en el ámbito de la

actuación de la Sanidad pública formuladas tanto frente a la Administración como frente a su aseguradora, con condena, en su caso, conjunta y solidaria.

Termina el capítulo con el análisis de un último problema, el Orden competente caso de que la acción se dirija solamente frente a la aseguradora de la Administración Pública, en ejercicio de una acción directa (contemplada en la Ley 50/80, art. 76). Y concluye que en cualquier caso, dentro de este contexto legal dicho también se ha venido sosteniendo ciertamente la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cuando se ejercite la acción directa contra la aseguradora dentro del contexto normativo constituido.

En cuanto al siguiente apartado de este libro, bajo la rúbrica, «La responsabilidad médica ante la jurisdicción civil: el ejercicio privado de la medicina», el presidente de la Audiencia Provincial de La Coruña, y profesor asociado de dicha Universidad de derecho procesal, José Luis Seoane, expone con detalle cómo se venía entendiendo que una excepción a la consideración de la prestación del médico como una obligación de medios y no de resultados, se encontraba en la llamada medicina voluntaria o satisfactiva (SSTS de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 11 de mayo de 2001 o 26 de marzo de 2004 entre otras), en el que profesional de la medicina no actúa sobre un cuerpo enfermo, sino sobre uno sano, a los efectos de mejorar su aspecto externo (cirugía estética, perfectiva o de embellecimiento, y ortodoncia) o con la finalidad de eliminar la capacidad reproductora del sujeto (vasectomías, salpingectomías), en cuanto que, en tales supuestos, la prestación médica se asimila más a una obligación de resultado.

También se analiza el problema de la jurisdicción competente; para el autor no hay duda que para dar una adecuada respuesta deben de manejarse dos criterios: uno objetivo derivado de la naturaleza del hecho causante del daño y otro subjetivo con respecto a la persona física y jurídica contra la que se promueve la acción.

En concordancia con el art. 144, la nueva disposición adicional duodécima pone fin al problema relativo a la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden competente para conocer de estos procesos cuando el daño se produce en relación con la

asistencia sanitaria pública, atribuyéndolos a orden contencioso-administrativo, al establecer dicha disposición adicional: «La responsabilidad patrimonial de las Entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso».

Por todo ello, la responsabilidad médica se dirimirá exclusivamente ante los órganos jurisdiccionales civiles, cuando se trate del ejercicio privado de la medicina o cuando se preste en hospitales de tal naturaleza, no comprendidos dentro del sistema público de salud.

Continúa analizando el autor los supuestos de violación de la *lex artis ad hoc*; En este sentido, el artº 4.7 de la Ley 44/2003, de Ordenación de las profesiones sanitarias establece como criterio de actuación, que: «los protocolos deberán ser utilizados como forma de orientación, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben de aplicar».

La observancia de la «*lex artis ad hoc*» implica por tanto la obligación del médico de realizar aquellas pruebas necesarias atendiendo el estado de la ciencia médica en ese momento, incluidos los protocolos indicativos, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar la responsabilidad médica, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles.

Interesante resulta el estudio comparativo que hace Seoane entre la medicina voluntaria y satisfactiva y la medicina necesaria o curativa. expone con detalle cómo se venía entendiendo que una excepción a la consideración de la prestación del médico como una obligación de medios y no de resultados, se encontraba en la llamada medicina voluntaria o satisfactiva (SSTS de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997,

11 de mayo de 2001 o 26 de marzo de 2004 entre otras), en el que profesional de la medicina no actúa sobre un cuerpo enfermo, sino sobre uno sano, a los efectos de mejorar su aspecto externo (cirugía estética, perfectiva o de embellecimiento, y ortodoncia) o con la finalidad de eliminar la capacidad reproductora del sujeto (vasectomías, salpingectomías), en cuanto que, en tales supuestos, la prestación médica se asimila más a una obligación de resultado.

No obstante, posteriormente, continúa diciendo Seoane, en la propia evolución jurisprudencial, se viene partiendo de que la medicina voluntaria, como la necesaria o curativa, se encuentra sometida a una serie de riesgos típicos, generales e incluso específicos, que son susceptibles de sufrirse, pese a que la asistencia médica dispensada se hubiera prestado con plena sujeción a la *lex artis ad hoc*, con lo que advertido el paciente de tales riesgos, y aceptados por éste, con pleno conocimiento, voluntad e información, el médico tratante no responde por el resultado no deseado producido, convirtiendo su responsabilidad en puramente objetiva, si actuó con diligencia y ningún reproche cabe efectuarle en el ejercicio de su actividad profesional.

El médico no es pues responsable de los riesgos típicos de una intervención, si se informo de los mismos y actuó con sujeción a la *lex artis*.

Y así se ha llegado a declarar, por la moderna jurisprudencia, que la distinción entre obligación de medios y resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice (SSTS 30 de junio y 20 de noviembre de 2008 y 27 de septiembre de 2010).

Sin embargo, lo que sí se exige, en la medicina voluntaria o satisfactiva, es que el consentimiento informado sea más detallado y completo, comprendiendo todo el haz de riesgos derivados de la intervención dispensada, a los efectos de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención no curativa, y como tal prescindible.

En el capítulo siguiente, el profesor Gil Rodríguez, catedrático de derecho civil en la Universidad del País Vasco, con su texto sobre «Acotaciones sobre la imperceptible frontera entre la culpa médico sanitaria y la indemnización por resultado dañoso», se sitúa ante la proliferación de demandas en el ámbito sanitario destacando la

necesidad consiguiente de que los Tribunales de justicia dispongan de criterios fiables para discriminar las demandas realmente fundadas en un defectuoso cumplimiento por parte del profesional o del centro sanitario de aquellas otras reclamaciones que se sustentan en la alegación de los daños causalmente conectados a circunstancias de las que ni el médico ni el centro ni la aseguradora, en su caso, deberían responder.

Destaca el Prof. Gil como debido al panorama legislativo actual, y sin entrar en una estudio detallado de la jurisdicción competente por haber sido materia de autores anteriores, el escenario civil ha devenido, y es obligado reconocerlo, estrictamente residual. A la jurisdicción civil le resta, según lo ya relatado, el conocimiento de las demandas civiles provenientes de los daños sufridos en el ejercicio privado de la medicina, sin perjuicio de que se pueda demandar, separada o conjuntamente, a médicos, centros sanitarios y aseguradoras, y con independencia de que se invoquen, según proceda, los artículos 1101, 1902 y 1903 CC, o el artículo 135 con sus concordantes —relativo a productos defectuosos— o, en fin —poniendo el foco sobre las deficiencias de los servicios sanitarios—, el artículo 148 TRLGDCU. Añádase que, si los hechos son constitutivos de delito o falta y hubiera habido reserva de la acción resarcitoria (arts. 109.2 CP), corresponde a la propia jurisdicción civil examinar la cuestión de la responsabilidad consiguiente, sin perjuicio de que, para estos supuestos, hayan de ser de aplicación las normas concernientes a la responsabilidad civil ubicadas en el Código Penal (art. 1092 CC; arts. 109 a 122 CP).

Dicho esto analiza la existencia y prueba de la culpa como presupuesto de la responsabilidad médica, y distingue ente culpa propia y ajena, según se trate de hacer responder al demandado por sus propios hechos o se exija la responsabilidad al centro médico por razón de los comportamientos de sus dependientes o auxiliares.

Culpa propia será, por regla, la de los profesionales sanitarios demandados, aunque también pueden espigarse algunas decisiones que responsabilizan al empresario ex artículo 1902 CC, al identificar la culpa ‘propia’ del centro médico con genéricas deficiencias asistenciales no individualizables en ninguno de los intervinientes subordinados.

Si bien, llegados a este extremo, no cabría pasar por alto cómo en este refugio y recurso a la ‘condena por elevación’ se encuentra una primera invasión de aquella imperceptible frontera que delimita la parcela de la proverbial responsabilidad subjetiva —del profesional que actúa o del principal por el hecho de ese auxiliar— y el extenso campo de la indemnización objetiva, de manera que el juzgador se interna en la planicie del entorno empresarial del agente sanitario que acaba respondiendo, más o menos, por el resultado dañoso asociado a la mera actividad.

En todo caso, el precedente escenario (y argumento) condenatorio no debe arrojar confusión sobre el enunciado conforme al cual la misma empresa sanitaria debe responder de los actos de los trabajadores de que se sirve, pues es obvio que esta responsabilidad obedece a una ‘entrada’ o capítulo que no resultan objeto de censura. Se trataría, ahora, de la culpa ajena, o sea, de resarcir por el hecho negligente de tercero, de manera que la demanda, desde el principio, se orienta recta vía hacia la clínica a la que se proyecta la actuación negligente y dañosa que en realidad protagonizaron sus auxiliares y empleados, de quienes, como empresario, viene obligado a ‘responder’, así en el terreno contractual (art. 1101) como en el extracontractual (art. 1903 CC).

Y además considera que existen tres parámetros o premisas en el tratamiento de la responsabilidad civil sanitaria: a) indiferencia de los planos contractual y extracontractual; b) caracterización de la intervención, en ausencia de vínculo obligatorio previo, como ‘conducta de profesional’ o, si lo hubiera, como obligación de medios o de pura actividad, y c) por consecuencia, asignación al actor de la carga de la prueba de la culpa, cualquiera que sea la óptica elegida.

El tercero de los epígrafes del Dr. Gil aparece con el título “la continuidad de planos o enfoques contractual y extracontractual” y refiriéndose a la jurisprudencia más reciente destaca que nos dirigimos hacia la continuidad de planos e insista, singularmente, en la idea de que, asimismo en ambos escenarios, la propia culpa levísima o profesional limita y resulta incompatible con el caso fortuito, entendiendo que esta fatalidad se corresponde con los sucesos imprevisibles e inevitables (art. 1105 CC).

La muestra de esta consonancia suele aportarse con el recuerdo de la Sentencia de 17 de abril de 1998 (RJ 1998, 2055), desestimatoria de una demanda extracontractualmente apuntalada y enraizada en los daños causados a un paciente por la rotura de una jeringa defectuosa que se había utilizado para extraer el cerumen de un oído de la actora. Aquella demanda se había interpuesto contra el Servicio Vasco de Salud, en cuyo ámbito tuvo lugar la intervención, y su irresponsabilidad se afianza sobre la consideración de que «el defecto de la jeringa no era detectable antes de su uso;... pues no es lógico que tenga que montar un servicio de control de calidad de todos y cada uno de los instrumentos que le suministran los fabricantes... [Amén de que] en la vía civil elegida por la actora de esta litis no corresponde la reclamación de responsabilidad, si la hubiera, por los daños causados en la prestación de un servicio público».

En el epígrafe siguiente el autor se pregunta si debemos sucumbir al prejuicio de que en el terreno de los daños aquilianos las cosas suceden de un modo natural y precipitado, ya que falta toda vinculación previa entre agente y perjudicado, es la propia intervención la que les conecta. De hecho, continua afirmando, De hecho, no faltan supuestos en los que la jurisprudencia se ha visto en la tesitura de dilucidar la responsabilidad civil extracontractual de los profesionales médico-sanitarios siguiendo el plano inclinado del actor que ofrece como detonante y premisa para el análisis —éste es el rótulo que ha venido a consagrarse— el resultado desproporcionado. Como si se dijera: ahí está la desgracia, que clama y merece reparación, empecemos, por tanto, a descartar agentes que pudieran haberla provocado y focalicemos, antes que nada, al protagonista de la intervención.

El matiz diferencial estaría en esto: lo que en el plano contractual representa incumplimiento de la obligación preexistente —cuyo contenido se integra por la diligencia— en el extracontractual es simplemente negligencia en el actuar, sin que este comportamiento represente un *posterius ni*, por tanto, ofrezca conexión alguna con un vínculo obligacional específico y preexistente. En uno y otro caso, hubiera o no pacto previo entre actuante y perjudicado, el médico habrá infringido —es lo que se le reprocha— su código profesional, sus pautas de conducta, las que se acostumbran a identificar como *lex artis ad hoc*, o sea, la ciencia, el arte o la pericia para hacerlo.

La diferencia fundamental, por tanto, se manifiesta en la pauta o criterio para dictaminar el cumplimiento cabal o la ausencia del mismo (de modo equivalente, ubicados en el territorio aquiliano, se concluirá la irresponsabilidad o el deber de responder) por parte del profesional. Para una perspectiva, la obligación de medios o la actuación diligente, el ‘deudor’ cumple y, por consiguiente, se libera al colmar el derecho del ‘acreedor’, esto es, desplegando irreprochablemente la actividad en sí misma considerada, tratando al paciente o, según la acepción específica, poniendo los medios para la curación o alivio de una enfermedad. Respecto de la otra, cuando se prima la consideración del escenario post-intervención, sólo habrá cumplimiento cabal o, en ausencia de vínculo, actuación irresponsable cuando se haya obtenido el resultado óptimo, cuando finalmente se haya sanado o, siquiera, aliviado al enfermo; entre otras razones, porque aquí el riesgo y los imprevistos —técnicamente, el caso fortuito— correrán por cuenta del deudor o agente.

En los epígrafes V y VI del capítulo se estudia la denominada perica médica y la prueba de la misma. Se pregunta el autor en qué debe consistir la diligencia profesional dirimente del cumplimiento intachable de una obligación de medios y así mismo detectora de una conducta irreprochable, en relación con la que habitualmente acabará enjuiciándose la actuación de los profesionales de la medicina.

Citando jurisprudencia del Tribunal Supremo enumera cuales serían los deberes médicos:

- A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en el que se produce el tratamiento.
- B) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse.
- C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos de su abandono.

D) En los supuestos —no infrecuentes— de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recesivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos.

En cuanto a la necesidad que el actor pruebe la impericia, se parte de la premisa según la cual el médico se obliga —ni menos ni más— a poner los medios para tratar diligentemente al enfermo, el juzgador encuentra firme y cobijo en la máxima de que la prueba de la negligencia queda a cargo del reclamante, de modo y manera que es éste quien ha de patentizar el ‘error médico’, aparte de que también es suyo el reto de acreditar que se le ha irrogado un daño y que dicho quebranto está causalmente conectado —tiene trabazón directa— con aquella mala actuación.

Aseguradas tales premisas, el círculo operativo viene a cerrarse con el corolario de que, cuando el procedimiento judicial se acaba y queda ‘visto para sentencia’, todo lo que falte por probar —sea el daño, la negligencia o su conexión— se leerá en contra del perjudicado o peticionario —equipo visitante— y no en contra del profesional demandado —que, completando el símil, habría jugado en casa—. Es lo que expresa técnicamente el artículo 217 LEC cuando advierte que el juez fallará en contra de quien —aparte haber iniciado el pleito— no ha logrado probar los extremos cuyo apuntalamiento era de su incumbencia.

Relacionado con lo anterior encontramos la tendencia orientadora a la inversión de la carga de la prueba. Se trata de una especie de heterodoxia que parece haber prendido especialmente en el terreno de los daños médico-sanitarios, sin que esta vereda resolutoria se haya mantenido confinada dentro del (en sí mismo, indefinido) contexto contractual de la intervención enjuiciada. Al contrario y como ha podido constatar la doctrina más autorizada en la materia, la jurisprudencia de la penúltima década y en un número considerable de sentencias, en su mayoría, condenatorias, ha proyectado dicho ‘método abreviado’ sobre uno y otro escenario, sin que haya permanecido en todo caso sujeto a la exigida ortodoxia de la indemnización por culpa.

Se cierra el capítulo con una aproximación al daño desproporcionado. En lo que al mismo se refiere alerta el autor, que no parece que estemos en condiciones de renunciar llanamente a lo que pueda suponer de contribución a la efectividad de la tutela

judicial del perjudicado por la actividad médico-sanitaria y mucho menos que hayamos de arrinconar el instrumento por razón de su innegable elasticidad como medida o su ajenidad al campo de la especialidad del juzgador; unos inconvenientes, comunes a otros contextos, que resultarán aminorados, como corresponde, con ayuda de la oportuna pericia judicialmente apreciada, aparte de que no resistirían la comparación con las aspectos positivos de la herramienta misma como eficaz correctivo de la asimetría posicional en la información, que deviene característica constante de los interesados y actores procesales que nos ocupan.

En definitiva, lo que ahora se propone es tomar el fracaso de la intervención, no ya como presunción inapelable de la culpa, sino como un fuerte indicio de negligencia que interpela al profesional demandado para que aporte y acredite una explicación exculpatoria o, al menos, una alternativa causal de los daños enjuiciados. Dicho a la manera del Supremo, si hubiera habido información deficiente, con ese actuar profesional el demandado asumió por sí solo los riesgos de su intervención, en lugar del paciente (STS de 26 septiembre 2000; RJ 2000, 8126) y, en todo caso, es la parte obligada la que sufre la carga de probar que la inadecuada obtención del resultado no se debe a su actuación (STS de 11 diciembre 2001; RJ 2002, 2711).

El siguiente capítulo, firmado por el Dr. José Antonio Cobacho Gómez, actual Rector de la Universidad de Murcia se titula “Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria. Y lo comienza con una interesante referencia histórica, en la que se citan los texto normativos más importantes de la materia: La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954; La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Texto Refundido de 26 de julio de 1957 reguló la responsabilidad del Estado y la de sus autoridades, funcionarios y agentes.

El artículo 106-2º de la Constitución Española consolidó el sistema de responsabilidad objetiva de la administración declarando que los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En lo que concierne a la Administración de Justicia el artículo 121 de la Constitución

establece que los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley.

Los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, cumplen el mandato del artículo 106-2 de la Constitución.

En el epígrafe segundo se analiza la evolución seguida en los que a la jurisdicción competente se refiere, Hasta no hace mucho tiempo, la mayor parte de las demandas contra la Administración en tema sanitario se planteaban ante la jurisdicción civil y se resolvían de acuerdo a las normas del Código Civil, de suerte que nuestro Tribunales venían a brindar igual tratamiento a la responsabilidad civil por daños en el ámbito de la medicina pública y privada; aunque ello no haya estado exento de crítica en la doctrina y de criterios divergentes en las distintas jurisdicciones.

Ahora la situación ha variado radicalmente. La responsabilidad de las Administraciones sanitarias, a reserva de lo que ocurra en caso de condena penal, sólo puede conocerse por la jurisdicción contenciosa-administrativa. El Código Penal de 1995 al establecer un régimen propio de responsabilidad civil, continúa con una secular y criticada tradición a la que no ha conseguido ponerse fin, de modo que en caso de delito o falta se aplicarán las normas de responsabilidad civil del Código Penal.

No hay duda de que la jurisdicción contenciosa-administrativa es la única competente en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, salvo que haya responsabilidad penal.

Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de la reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva, También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquellas.

El autor analiza algunos de los criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria y pone de manifiesto como ante la ausencia de una respuesta clara por parte de la legislación vigente, han sido los tribunales los que han elaborado las soluciones aplicables a cada caso en concreto.

De esta manera la jurisprudencia considera que para que surja la obligación de indemnizar se requiere:

A)- La efectividad realidad del daño o perjuicio (lesión), evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

B)- Que el daño sufrido sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

C)- Ausencia de fuerza mayor.

D)- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño (o sea que el perjuicio ha de ser antijurídico).

A continuación relaciona una serie de sentencias del Tribunal Supremo, la mayoría de la Sala III en las que se enjuician temas relacionados con el funcionamiento anormal, el funcionamiento normal y algunos problemas que suscita el consentimiento informado destacando un criterio jurisprudencial consolidado según el cual el derecho de información del paciente deriva del principio de buena fe y es un elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, en tanto que debe constituir un acto clínico más.

Cabe decir que la información que se dé al paciente puede ser, esencialmente, de dos tipos. De un lado, lo que forma parte del proceso para obtener el consentimiento informado y, de otro, aquella información que guarda sustantividad propia, también llamada terapéutica, clínica o asistencial, cuyos requisitos y elementos suelen ser coincidentes con los de información previas al consentimiento. Los Capítulos II y IV de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica regulan lo concerniente al consentimiento informado.

La información previa al consentimiento pretende que el interesado acceda o decida someterse a una determinada operación, con advertencia de riesgos, porcentaje de fracasos y alternativa de tratamientos; se constituye en un acto clínico más, por lo que el análisis de cómo se desarrolla este acto incidirá en el análisis de la normalidad o anormalidad del funcionamiento de los servicios públicos y en la determinación de su ajuste o no al estándar de funcionamiento del servicio asistencial, lo que determinará la antijuridicidad o no del daño que se anude a su falta de prestación.

Cierra la obra el capítulo a cargo del Dr. Bello Janeiro Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de a Coruña con el título “la prueba de la responsabilidad civil médica”.

El autor se encarga de abordar las reclamaciones judiciales que tienen su base en daños sufridos con ocasión de la prestación de un servicio médico o, en sentido más amplio, sanitario, estudiándose ahora tan sólo aquellos supuestos en que se dilucida la responsabilidad civil, generalmente fundamentada en normas de responsabilidad extracontractual, del médico, consecuente con la obligación derivada del ejercicio de su profesión, y de los centros médicos que se puedan encontrar, en su caso, fuera del Sistema Nacional de Salud, pero no aquellos casos en que se demanda a una Administración competente en materia de asistencia sanitaria pública que han sido profusamente objeto de nuestra atención en el libro anterior de esta misma colección.

También estudia la cuestión de la responsabilidad contractual del personal sanitario analizando la relación entre el paciente y quien le procura la asistencia sanitaria, puesto que no cabe duda de que la atención médica puede prestarse dentro del marco de una relación contractual o similar entre el paciente y quien le atiende, y, a su vez, cuando existe una relación de ese tipo, el paciente puede aparecer vinculado con muy diversas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, incluyendo, a su vez, a uno o varios facultativos, o un centro hospitalario, o bien una sociedad médica al margen de la propia Seguridad Social, no siendo frecuente en la práctica, en cambio, aquellas otras hipótesis de asistencia espontánea en los que falta cualquier tipo de contrato previo y que aparece en los casos extremos de asistencia prestada voluntariamente o de propio impulso y sin la autorización pero también sin la oposición del enfermo, por un facultativo que obra por razones humanitarias, en un caso de

urgencia que requiere de su intervención, fuera del marco habitual de la consulta o del centro en que presta sus servicios.

En la actualidad se puede fácilmente constatar el aumento por parte de los usuarios de servicios sanitarios del recurso a impetrar la tutela correspondiente ante los tribunales de justicia y, desde luego, la responsabilidad civil del médico y hasta del centro hospitalario, ante la multitud de reclamaciones y las alarmantes noticias en muchas ocasiones de posibles negligencias médicas supone cada año, como mínimo, cerca de cien mil nuevas contiendas judiciales ante los Tribunales de Justicia entre pacientes, médicos y centros sanitarios, en casos muy complejos en los que resulta absolutamente imprescindible, como elemental punto de partida, tomar en cuenta la dificultad añadida de la aplicación integradora de la hipotética existencia de la responsabilidad civil regulada en el Código, que aquí estudiamos, con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria, que analizamos en el libro precedente ya citado de esta misma colección, con un régimen y tratamiento muy diferente.

Ante el número cada vez mayor, que se ha multiplicado por cuatro en la última década, de reclamaciones por daños sanitarios se ha disparado en un porcentaje superior al 200% el importe de las pólizas de los seguros que amparan a los profesionales que, acosados por las crecientes reclamaciones, se ven obligados a practicar una medicina defensiva, que, en último término, perjudica al paciente, ya que los profesionales no toman decisiones de riesgo por miedo a la posterior reclamación y someten al paciente a multitud de pruebas (sobre todo analíticas y de imagen) para que no queden cabos sueltos.

Se echa en falta una Ley específica sobre la responsabilidad sanitaria así como también un baremo de daños médicos que sirva para contener las indemnizaciones, y considero recomendable la creación en los hospitales de unidades de medicina legal preventiva que sean capaces de averiguar y corregir a tiempo los posibles fallos o errores médicos que puedan desencadenar las demandas judiciales, siendo también la intención de nuestro estudio de servir, modestamente, para hacer medicina preventiva y evitar que se vuelvan a repetir fallos, distinguiendo entre la medicina necesaria, en que no se exige a los médicos que curen sino que pongan todos los medios para conseguirlo,

y medicina estética, en que se pide obligación de resultados, lo que ha hecho subir en estos casos las primas de los seguros de responsabilidad civil.

En tal sentido el profesor Bello Janeiro considera necesario profundizar en la formación del médico en aspectos jurídicos y legales que puedan invertir la tendencia a la judicialización de la medicina, para lo cual es necesario incrementar la confianza y el entendimiento mutuo entre el médico y el paciente ya que siete de cada diez reclamaciones se deben a falta de información o a vicios en el consentimiento informado.

A juicio del autor, el ámbito de protección jurídica de las víctimas es cada vez mayor y en los casos de daño desproporcionado cuentan con más recursos para acreditarlo con la consecuencia de que jurídicamente se ha aumentado el nivel de exigencia al profesional sanitario y, desde luego, son inaceptables las listas de espera, especialmente para cirugía y las primeras consultas, considerando necesario indemnizar daños y perjuicios y reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración en casos de agravación de dolencia o fallecimiento mientras el paciente aguarda, con lo cual doy por concluida la aproximación a la materia a la que me refiero con detalle en su capítulo correspondiente.

Este capítulo sobre responsabilidad sanitaria, con amplia información jurisprudencial, está escrito desde una perspectiva práctica que resulta imprescindible para los que en la vida profesional se mueven dentro del mundo de los Tribunales de Justicia en el presente siglo con servicios sanitarios avanzados, que trae consigo la realización de actos médicos constantes, con medios de diagnóstico y tratamiento de última generación, altamente sofisticados, que, en consecuencia, conllevan más riesgo, a todo lo cual ha de añadirse una mayor preocupación, de todo tipo, legal, judicial y social, por dichos servicios y, desde luego, por la adecuada defensa de los derechos de los consumidores y usuarios de los mismos, con una más amplia información de toda clase, incluyendo la procedente de los medios de comunicación de masas..