



Universidad
Zaragoza

Trabajo de Fin de Grado

RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA **ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

Autora

Sonia París García

Directora

María Teresa Alonso Pérez

Programa Conjunto en Derecho y Administración y Dirección de Empresas
Facultad de Derecho
Julio de 2018

RESUMEN

Con este trabajo se pretende analizar la delimitación material de la responsabilidad civil sanitaria, centrándose la atención en los principales temas de debate surgidos en este ámbito, en las problemáticas y diferencias existentes a nivel doctrinal.

Como metodología seguida en este trabajo, me ha parecido imprescindible consultar diferentes libros y artículos académicos para tener un conocimiento más amplio sobre la responsabilidad civil sanitaria. Además, el trabajo va destinado al análisis jurisprudencial de sentencias de los últimos años (desde el año 2012 hasta la actualidad) que reflejan la mayoría de aspectos definidos teóricamente.

Finalmente, de todo lo aprendido, expongo unas conclusiones en el último apartado.

Palabras clave

Responsabilidad civil sanitaria; Responsabilidad patrimonial; Lex artis ad hoc; Obligación de medios; Obligación de resultado; Medicina curativa; Medicina voluntaria; Carga de la prueba; Daño desproporcionado; Consentimiento informado.

ÍNDICE

Listado de abreviaturas	4
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA	7
1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	7
2. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.....	9
3. NORMATIVA ESPECÍFICA EN MATERIA DE CONSUMO	12
4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN	13
III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO	17
1. OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y OBLIGACIÓN DE RESULTADO.....	17
2. MEDICINA CURATIVA Y MEDICINA VOLUNTARIA	21
3. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA TEORÍA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO.....	23
4. CONSENTIMIENTO INFORMADO	26
5. INADMISIÓN DE RECURSOS	30
IV. CONCLUSIONES	33
V. BIBLIOGRAFÍA.....	35

Listado de abreviaturas

CC	Código Civil
LGDCU	Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
TRLGDCU	Texto Refundido de la LGDCU
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ AR	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
CE	Constitución Española

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil sanitaria puede venir regulada por lo establecido en materia de relaciones contractuales (artículo 1101 del CC), en materia de relaciones extracontractuales (artículo 1902 del CC), o por lo establecido en materia de consumo (artículo 148 del TRLGDCU).

Además, es importante mencionar las relaciones triangulares, que son aquellas en las que interviene un tercero, en este caso una aseguradora médica con la cual una persona firma un contrato de seguro médico. En este tipo de relaciones, la persona asegurada que precise una atención médica acudirá a alguno de los profesionales incluidos en el cuadro médico de su aseguradora.

Quizás el aspecto más complicado en las relaciones triangulares sea distinguir en qué momentos nos encontramos ante un contrato. Parte de la doctrina entiende que, en la mayoría de las ocasiones, existe una relación contractual entre el paciente y la aseguradora, pero una relación extracontractual entre el sanitario que presta sus servicios y el paciente. Sin embargo, en los casos en los que el paciente pueda elegir al médico que le va a atender, independientemente de los que se incluyan en el cuadro del seguro médico, y en los casos en los que el paciente paga al médico directamente, puede ser más acertado hablar de relación contractual entre el paciente y el médico.

Así, tanto las relaciones triangulares como las contractuales, extracontractuales y de consumo, de las que hablaremos más adelante, formarían parte del ejercicio de la medicina privada y, por ello, la jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por la reclamación de daños y perjuicios ocasionados en este ámbito privado sería la jurisdicción civil.

En el ejercicio privado de la medicina, tanto en las relaciones contractuales como extracontractuales, el criterio de imputación de la responsabilidad civil es la culpa¹ o negligencia en la actuación del médico.

Pero no sólo va a surgir responsabilidad por actuaciones médicas en el ámbito privado, sino que también puede existir responsabilidad en la prestación de servicios

¹ Artículo 1104 del CC: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

sanitarios por parte de las Administraciones Pùblicas, supuesto muy frecuente en Espaùa ya que la asistencia sanitaria por parte del sector pùblico es universal y gratuita. Aquí, la jurisdicción competente para conocer de los litigios será la jurisdicción contencioso-administrativa.

Atendiendo tanto al artículo 106.2² de la CE como al artículo 32.1³ de la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Pùblico, esta responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas es objetiva, en la que la Administración es responsable por funcionamiento normal o anormal de sus servicios, sin ser la culpa el fundamento de dicha responsabilidad.

Se entiende por funcionamiento anormal aquél en el que existen comportamientos ilegales o culpables por parte de la Administración Pùblica y su personal, o aquél servicio cuya calidad es menor a la que se exige, mientras que el funcionamiento normal es el relativo a los daños originados por la Administración que actúa correctamente.

² “Los particulares, en los términos establecidos por 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 pùblicos”.

³ “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Pùblicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios pùblicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA

1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La responsabilidad civil sanitaria hace referencia a la indemnización, generalmente, económica, a la que debe hacer frente un profesional sanitario como respuesta a la producción de un daño.

La responsabilidad civil sanitaria puede nacer por el incumplimiento de una relación contractual que existe entre las partes. Estos supuestos, en los que el médico tiene una responsabilidad civil contractual, se originan en el ámbito de la medicina privada desde el momento en el que una persona se dirige a un profesional de la medicina para que éste le preste sus servicios.

Como veremos más adelante, el Tribunal Supremo entiende que, en la mayoría de estos supuestos, estamos frente a un contrato de arrendamiento de servicios en el que el médico asume una obligación de medios⁴. No obstante, en ciertas ocasiones como en supuestos de odontología, puede entenderse que existe un contrato de obra por medio del cual el médico estaría obligado a la obtención de un resultado determinado.

El arrendamiento de servicios aparece regulado en el artículo 1583 y siguientes del CC, donde, sin embargo, no se establece nada para cuando exista un incumplimiento. Por ello, cuando un médico incumpla con la obligación, originada como consecuencia de un contrato de arrendamiento de servicios, se debe acudir a lo dispuesto para el incumplimiento de contratos en general, esto es, al artículo 1124 del CC.

El artículo 1124 del CC recoge la posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato incumplido o de resolver el mismo con resarcimiento de los daños y abono de intereses. Dado que en el ámbito de la medicina no sería lógico exigir el cumplimiento ni resolver el contrato, la consecuencia final del incumplimiento de un contrato de

⁴ Conforme al artículo 1271 del CC, no puede ser objeto de contrato la salud, por estar fuera del comercio de los hombres. Por esta razón, en la mayoría de las ocasiones, hablamos de contrato de arrendamiento de servicios en el ámbito de la medicina, y no de contrato de obra.

arrendamiento de servicios médicos será la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, conforme a lo establecido en el artículo 1101⁵ y siguientes del CC.

Como bien se regula en estos artículos, se exigirá responsabilidad civil sanitaria, y por tanto indemnización de los daños causados, al médico que en el cumplimiento de sus obligaciones actuase con culpa o negligencia.

La STS de la Sala de lo Civil de 13 de abril de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1642) recoge un claro supuesto de responsabilidad contractual.

En este caso, una aseguradora fue condenada solidariamente junto con uno de los médicos de su cuadro de facultativos a pagar a otra aseguradora. Debido a que la primera aseguradora cumplió con la condena, ahora reclama la mitad de la cantidad al médico que actuó con mala praxis.

La demanda interpuesta inicialmente fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial ya que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1101 y siguientes del CC, la aseguradora, a pesar de no ser quien prestó directamente el servicio que originó el daño, es responsable por incumplimiento negligente de su obligación de garantizar una asistencia sanitaria apropiada (obligación surgida de un contrato de seguro de asistencia sanitaria con el fallecido), demostrándose causalidad entre su negligencia y el resultado dañoso.

Dado que la responsabilidad de la aseguradora se ha originado por la vía de la responsabilidad contractual, y no por la de la responsabilidad extracontractual, ésta no va a poder ejercitar la acción de reembolso del artículo 1904⁶ del CC.

Frente a estos pronunciamientos, la aseguradora interpone esta vez recurso de casación por infracción del artículo 1145⁷ del CC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente al respecto. Así, en el ámbito del aseguramiento sanitario privado, cuando una aseguradora es condenada por no haber cumplido con la obligación de garantía de la calidad de la prestación sanitaria, puede ejercitar la acción de regreso

⁵ “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

⁶ “El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho”.

⁷ “El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación.

El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo.

La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno”.

contra el sanitario que haya causado el daño. Se niega así lo dispuesto en la sentencia de la instancia anterior en la que se dice que, en casos de condena a una aseguradora por una mala praxis causalmente relacionada con el daño a indemnizar, se considera que el daño es de su propia mano y no cabe acción de regreso.

Por todo ello, y por la relación entre aseguradora y médico a la hora de prestar servicios médicos, la responsabilidad del médico es solidaria con la aseguradora sanitaria, pero esto no significa que no haya posibilidad de repetir contra el responsable directo del incumplimiento, pudiendo en este caso la aseguradora ejercitar la acción de reembolso contra el médico que actuó con mala praxis.

Conviene hacer una precisión y es que, como ocurre en este supuesto, para poder ejercitar la acción de reembolso es necesaria la regularidad del pago satisfecho (pago debido, válido y eficaz) y la determinación de la participación de los deudores en la obligación en cuestión.

En la STS de la Sala de lo Civil de 6 de marzo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:826), la fallecida tenía con la aseguradora un contrato de seguro de responsabilidad contractual bajo el cual desarrollaron sus actuaciones el centro sanitario y los médicos que asistieron a la fallecida. Debido a que tanto el centro como los médicos pertenecían al cuadro médico de la aseguradora, con independencia de qué relación había entre la aseguradora y los médicos, la decisión de qué médicos van a formar parte del cuadro de la aseguradora permite hablar una relación de dependencia indirecta.

Aquí, la relación contractual entre la aseguradora y la fallecida obligaba a la aseguradora a garantizar una adecuada prestación del servicio sanitario, mientras que los médicos actúan como meros auxiliares en el desempeño de la prestación. Por tanto, la aseguradora es responsable por culpa in eligendo, por el hecho de elegir a los médicos que forman parte de su cuadro médico, pero también lo puede ser por responsabilidad derivada de hecho ajeno, por el desarrollo de los servicios sanitarios por parte de profesionales de su cuadro médico.

2. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad civil sanitaria no sólo nace por el incumplimiento de una relación contractual existente entre las partes, sino que puede surgir como consecuencia de los daños originados por el médico sin existir ningún tipo de relación previa entre éste y el paciente. Estos casos de responsabilidad civil extracontractual, se encuentran regulados en los artículos 1902⁸, 1903⁹ y siguientes del CC.

Aunque, a nivel teórico, pueda quedar clara la diferencia entre la responsabilidad civil sanitaria contractual y extracontractual, en la práctica aparecen a menudo una de la mano de la otra. Así, resulta interesante la STS de la Sala de lo Civil de 30 de marzo de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:2536).

El recurso de casación planteado aquí se fundamenta en la infracción de los artículos 1902 y 1903 del CC (responsabilidad extracontractual) en relación con el artículo 1101 (responsabilidad contractual) del mismo cuerpo legal, y en la infracción de la doctrina jurisprudencial de la *lex artis ad hoc* y de la doctrina del daño desproporcionado.

Es decir, es un claro ejemplo de cómo en la práctica se relacionan la responsabilidad extracontractual y contractual.

Entre los motivos que justifican la infracción de la *lex artis ad hoc* se encuentran el no haber diagnosticado los problemas de la paciente hasta su tercera visita a Urgencias, y el haber llevado a cabo actuaciones que no resultaron procedentes. En la actualidad, consecuencia de lo anterior, la afectada se encuentra en una situación del 70% de Grado Total de Minusvalía, movilidad reducida y perjuicio estético importante.

El Tribunal Supremo dispone que todo médico debe cumplir con la obligación de llevar a cabo todas las pruebas pertinentes de diagnóstico, de tal manera que sólo un diagnóstico con un grave error o con unas conclusiones desmesuradamente erróneas puede conllevar responsabilidad.

En este caso, se pone especial énfasis en el hecho de que no se realizó un diagnóstico correcto que evitase las complicaciones surgidas posteriormente. Señala la sentencia que, por falta de coordinación, no se actuó como correspondía y se demuestra, además, un nexo causal entre la omisión de los demandados y el daño provocado. En

⁸ “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

⁹ El artículo 1903.4 del CC exige responsabilidad a los dueños de un establecimiento o empresa por los perjuicios ocasionados por sus dependientes, en el ejercicio de sus funciones.

este sentido, la Sala Civil del Tribunal Supremo libera al paciente de la carga probatoria cuando existen estas “deficiencias asistenciales”.

En definitiva, y apoyada la sentencia en el artículo 1902 del CC, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil extracontractual entre el centro médico y la aseguradora, quiénes deberán responder por falta de prestación de un servicio al que estaban obligadas. Aquí ha habido un incumplimiento de la *lex artis ad hoc* por una mala prestación del servicio y por omisión de los deberes de organización, vigilancia o control del servicio.

A modo comparativo, quizás la diferencia más destacable entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual sea el plazo de prescripción, de cinco años¹⁰ en la primera frente a un año¹¹ en la segunda.

Siguiendo lo establecido en el artículo 1902 del CC, también en el ámbito de las relaciones extracontractuales existe un régimen de responsabilidad civil subjetivo, siendo necesaria la culpa o negligencia del profesional médico para poder imputarle responsabilidad.

La STS de la Sala de lo Civil de 6 de marzo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:826) resuelve el recurso de casación formulado por una aseguradora que intenta ejercitar una acción de reembolso por infracción de los artículos 1145 y 1138¹² del CC, en relación con los artículos 1902, 1903 y 1904 del mismo texto legal, y por contradicción con la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

Esta Sala, en base a lo dispuesto por el artículo 1145 del CC, entiende que satisfecha una condena por uno o varios de los condenados solidariamente en un proceso anterior, quién cumplió con el total de la deuda puede ejercitar una acción de reembolso o regreso para tratar la distribución del contenido de la obligación. Desaparece así la solidaridad de las relaciones externas frente al perjudicado y aparece la mancomunidad en la relación interna entre deudores solidarios.

¹⁰ Art. 1964.2 CC: “Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan”.

¹¹ Art. 1968.2º CC: “Prescriben por el transcurso de un año: La acción para exigir la responsabilidad civil (...) y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado”.

¹² “Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros”.

Para que la acción de reembolso sea aplicada, como ya señalamos anteriormente, debemos estar ante un pago debido, válido y eficaz, y debe haberse determinado qué participación tiene cada deudor en la obligación.

3. NORMATIVA ESPECÍFICA EN MATERIA DE CONSUMO

El artículo 148 del TRLGDCU (que viene a sustituir al antiguo artículo 28 de la LDGCU) establece un régimen especial de responsabilidad bajo el cual se encuentran sometidos los servicios sanitarios¹³.

Según este régimen especial, habrá que responder de los daños originados como consecuencia del desarrollo de una actividad profesional. De esta forma, aquí ya no se está exigiendo responsabilidad al sanitario por haber sido negligente en su actuación y no haber actuado conforme a las exigencias de su profesión, sino que estamos ante una responsabilidad objetiva por haber producido determinados daños.

Siguiendo los planteamientos de autores como BUSTO LAGO¹⁴, la STS de 1 de julio de 1997 es la primera sentencia que aplica este régimen especial (estando aún en vigor la LGDCU) a la medicina, si bien es cierto que ésta y otras sentencias apoyadas en este régimen también exigen responsabilidad civil sanitaria con otros argumentos como la existencia de una actuación culposa por parte del médico.

Con el paso del tiempo, se ha considerado que el ámbito de aplicación del régimen especial del artículo 148 del TRLGDCU debía estar más definido. Así, se entiende que el régimen especial en materia de consumo sólo será de aplicación al ámbito de la medicina cuando los daños ocasionados por los sanitarios sean a causa de la mala organización o funcionamiento del sistema, a pesar de que el servicio prestado haya sido el adecuado.

Esto precisamente reflejan la STS de la Sala de lo Civil de 28 de junio de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:3519) y la STS de la Sala de lo Civil de 4 de marzo de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:868). Siguiendo la jurisprudencia más reciente de esta Sala, en estas

¹³ Este régimen será de aplicación cuando el supuesto encaje dentro del ámbito de aplicación de la norma (artículo 2 del TRLGDCU).

¹⁴ BUSTO LAGO, José Manuel, en “La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia al parto”, en RUC (Repositorio de la Universidad de A Coruña), páginas 103-135.

sentencias se dispone que este régimen no afecta a los actos médicos, a los que se les aplican criterios de responsabilidad por negligencia o incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, sino a aspectos organizativos de los servicios sanitarios.

Un claro ejemplo en el que hay una falta de organización en el servicio sanitario prestado y, por tanto, se aplica este régimen especial en materia de consumo es la STS de la Sala de lo Civil de 20 de julio de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:4866)¹⁵.

Esta sentencia trata un supuesto en el que se produjeron daños irreversibles a un feto por no realizarse la cesárea en el momento apropiado. La cesárea se retrasó por una mala organización en el sistema de guardias, de manera que el médico no estaba presente.

Además, mencionando la STS de la Sala de lo Civil de 5 de enero de 2007, la culpa en la que se fundamenta la responsabilidad extracontractual es compatible con la falta de diligencia en la organización que exige la normativa específica en materia de consumo.

Por último, merece especial importancia el hecho de que esta responsabilidad objetiva sea para responder frente a los daños patrimoniales, ya que los daños morales irán por la vía del CC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 del TRLGDCU¹⁶.

4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Tal y como hemos puesto de manifiesto en el apartado introductorio, también puede existir responsabilidad por la prestación de los servicios sanitarios de las Administraciones Públicas.

¹⁵ Si bien esta sentencia es del año 2009 y la búsqueda jurisprudencial realizada en este trabajo se ha centrado a partir del año 2012, considero relevante su reflejo a efectos ejemplificativos de cuándo existe una falta de organización en la prestación de servicios sanitarios.

¹⁶ “Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”.

La STSJ AR de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de marzo de 2018 (ECLI: ES:TSJAR:2018:325) analiza la responsabilidad patrimonial de una Administración Pública por el suicidio de un menor en un centro en el que estaba interno.

La demandante, su madre, entiende que la Administración ha incumplido su deber de poner a disposición de su hijo los medios adecuados para evitar el resultado en cuestión, hecho por el cual se ha producido ese resultado que no debería soportar la recurrente.

Siguiendo la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sólo se puede reclamar responsabilidad patrimonial a una Administración cuando el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar. Esta lesión tiene que ser real, concreta y susceptible de evaluación económica, imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de sus servicios. Además, debe existir una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y la lesión.

Debido a que del comportamiento del menor en todo el periodo en el que estuvo en el centro no se desprendió nada que hiciese sospechar de un posible suicidio, y que no existe nexo causal entre el trato al menor por parte de la Administración y el resultado dañoso, ni se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es imposible imputar la responsabilidad a la Administración y se inadmite el recurso.

Siguiendo los planteamientos establecidos por la jurisprudencia para poder hablar de responsabilidad patrimonial de la Administración, la STSJ AR de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de febrero de 2018 (ECLI: ES:TSJAR:2018:182) resuelve el recurso que cuestiona si existió o no una omisión de diligencia por parte de profesionales sanitarios.

En un informe médico queda reflejado que los medios puestos a disposición para el diagnóstico, tratamiento y seguimiento de la paciente son los adecuados conforme a la *lex artis ad hoc* y a las posibilidades presentes en la ciencia en ese momento.

El resultado final no se considera relacionado con el anormal funcionamiento de los servicios públicos sino con las complicaciones que pueden surgir en algunos tratamientos.

Como criterio delimitador de la normalidad de la asistencia sanitaria, el Tribunal Supremo utiliza el criterio de la *lex artis ad hoc*, de forma tal que a los servicios públicos de salud sólo se les puede exigir que utilicen de manera adecuada las técnicas existentes. Esto indica que estamos ante una obligación de medios en la que no se puede exigir al sanitario que cure al paciente.

Otro punto conflictivo en esta sentencia es la no aplicación de quimioterapia. Sin embargo, queda comprobado que la paciente padecía un tumor con unas características poco comunes y, por ello, el tratamiento con quimioterapia era algo que no habría mejorado su estado en exceso.

Respecto a la posible pérdida de oportunidad, el retraso de los médicos no fue relevante para la curación de la paciente debido a que ésta padecía una enfermedad incurable.

En este aspecto, la jurisprudencia considera que existe pérdida de oportunidad siempre que la actuación médica pudiera evitar el daño, lo que no ocurre en este caso ya que no se advierte posibilidad de supervivencia de la paciente.

Otro caso en el que se admite una reclamación de responsabilidad patrimonial es la STSJ AR de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de marzo de 2018 (ECLI: ES:TSJAR:2018:350).

Esta inadmisión se debe a la imposibilidad de imputar a la Administración responsabilidad por los daños originados al no existir nexo causal entre la actuación y el resultado. Y no existe esta causalidad porque quién ha originado el daño es una empresa privada que no depende de la Administración Pública.

La Administración sólo va a responder de daños que haya causado directamente por su propia actividad o servicios y, atendiendo al artículo 83 del Decreto Legislativo de 3 de julio del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, la empresa que causa el daño en este supuesto no es una empresa dependiente de la Administración al no poseer ésta una participación mayoritaria.

Por tanto, estando ante una actividad de carácter mercantil llevada a cabo por una empresa privada es imposible imputar el daño a las actuaciones de la Administración Pública.

En la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 de marzo de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1103) también son traídos a colación estos argumentos. El Tribunal Supremo dispone que a la Administración sólo se le puede exigir el empleo de las técnicas sanitarias acordes al conocimiento de la práctica médica. La Administración Pública no va a ser responsable por la mera producción de un daño.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO

1. OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y OBLIGACIÓN DE RESULTADO

Según el estado de la ciencia médica, GALÁN CORTÉS¹⁷ entiende que, en la actualidad, el profesional sanitario contrae una obligación de medios, una obligación de actividad que debe llevar a cabo de manera diligente y con prudencia.

Debido a la inexactitud que presenta la medicina, siempre va a existir algún elemento aleatorio (factores que no puede controlar el médico) que haga que el resultado que un sanitario pretende lograr no sea sólo consecuencia de su actuación.

La medicina ya no es sólo una ciencia inexacta por estar rodeada de factores endógenos y exógenos, sino que también es una ciencia limitada en la que las posibilidades de fallo nunca van a dejar de existir porque la reacción del cuerpo humano ante una intervención o tratamiento nunca es la misma en todas las personas (MARANÓN¹⁸).

Por esto, el médico no puede asegurar la consecución de un resultado concreto y la curación de un paciente, pero sí debe hacer uso de las técnicas más adecuadas que existan en la ciencia médica y de los conocimientos de los que disponga, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso.

La obligación de medios, y no de resultado, que va asociada al ejercicio de la medicina, también se encuentra justificada porque no se pueden garantizar derechos ilimitados a la salud o a la regeneración del cuerpo humano. De este modo, el fundamento de derecho cuarto de la STS, Sala Tercera, de 10 de mayo de 2005¹⁹, afirma que a pesar de que un profesional sanitario actúe de la forma más perfecta e intachable, va a haber muchas otras causas, como el estar actuando sobre un cuerpo vivo, que hagan

¹⁷ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, edit. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

¹⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, edit. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

¹⁹ Reclamación interpuesta por un paciente al que se practicó una embolización arterial para tratar una hemorragia nasal que no era controlable. Como consecuencia de la embolización, el paciente sufrió un infarto occipital con graves secuelas que le dejaron en situación de invalidez permanente. La Sala entendió que la actuación había sido desarrollada conforme a la *lex artis ad hoc*, por lo que absolvió a la Administración, sin embargo, la Magistrado Sra. Robles Fernández formuló un voto particular, discrepando por considerar que se había utilizado una tecnología de alto riesgo, desproporcionada por su peligrosidad para este supuesto.

que una intervención no resulte como se esperaba. Es decir, que aun siendo respetadas las reglas de la *lex artis ad hoc*, o reglas de oficio, y los protocolos existentes, con el funcionamiento correcto de todo el instrumental, y con la diligencia del personal interviniente, la actuación puede resultar fallida (GALÁN CORTÉS, 2016²⁰).

La distinción entre obligación de medios y obligación de resultado comenzó a reflejarse en la jurisprudencia con la sentencia de la Corte de Casación francesa de 20 de mayo de 1936²¹, pero en España fue la STS de 26 de mayo de 1986 la primera en establecer esta distinción en el ámbito de la medicina para delimitar la responsabilidad del profesional sanitario²². En esta sentencia se absuelve al médico que intervino en una operación, después de la cual hubo complicaciones y el paciente acabó muriendo por un fallo de la sutura realizada. El fundamento de derecho tercero concluye que el médico tiene una obligación de medios, y dado que en este supuesto ha cumplido con los cuidados que le son exigidos conforme al estado actual de la ciencia médica, no se le puede exigir responsabilidad.

La distinción entre obligación de medios y obligación de resultado debe ser matizada ya que, en el ejercicio de toda actividad médica, sí existen ciertos deberes y obligaciones de resultado exigibles para el sanitario como la asepsia del instrumental quirúrgico para un cirujano, el uso de una técnica adecuada, o la corrección de la actuación²³. Por lo tanto, en la actividad de un facultativo sanitario las obligaciones de medios incluyen algunas obligaciones de resultado.

A pesar de que el profesional sanitario busca la curación del paciente, esto es algo que no se puede garantizar por quedar fuera de su alcance, por lo que su obligación no va a ser esta (no va a ser una obligación de resultado, como ya veníamos especificando), sino una obligación de medios, de actuar de manera diligente y de conformidad con la *lex artis ad hoc*.

Para saber cuándo una actuación es conforme a la *lex artis ad hoc*, la STS de 23 de mayo de 2006 entiende que esto ocurre cuando se cumple con las técnicas previstas

²⁰ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, edit. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

²¹ Comúnmente conocida como la «sentencia Mercier».

²² Siguiendo a GALÁN CORTÉS, a pesar de ser esta sentencia con la que se considera que se establece tal distinción en nuestro país, la STS de 21 de marzo de 1950 ya apreciaba diferencias entre el contrato de obra y el contrato de arrendamiento de servicios médicos.

²³ También es una obligación de resultado el deber de obtener el consentimiento del paciente, previa información sobre los riesgos del tratamiento, como veremos más adelante.

por la medicina para una buena praxis y cuando se aplican dichas técnicas con el cuidado necesario a las circunstancias y riesgos específicos de cada intervención.

Un sector de la doctrina destaca la importancia de diferenciar entre los dos tipos de obligaciones de las que venimos hablando porque el objeto de la obligación va a ser distinto según nos encontremos ante una obligación de medios o una obligación de resultado. Además, la carga de la prueba también será diferente en función del tipo de obligación. Sin embargo, otro sector no ve que esta distinción sea relevante para determinar la carga probatoria porque sólo cambia el contenido de la misma²⁴.

En las obligaciones de medios sólo se le exigirá responsabilidad al profesional sanitario cuando el afectado pruebe que existe culpa, pero en las obligaciones de resultado sí se va a exigir esta responsabilidad independientemente de la existencia de culpa del sanitario, simplemente por no haberse obtenido el resultado. Para que el médico no responda en las obligaciones de resultado, tendrá que probar que en el desarrollo de su profesión concurrió caso fortuito, fuerza mayor o cualquier otra causa que pueda romper el nexo causal como la existencia de culpa de la víctima o la intervención de un tercero.

Por ello, la culpa no es lo que se debe probar en las obligaciones de resultado, sino que el afectado debe demostrar la no obtención del resultado, lo que no tiene por qué significar que no existe culpa por parte del profesional médico. El problema que reside aquí es un problema de causalidad ya que el médico debe probar que existe una ruptura entre su actuación y el resultado para librarse de responsabilidad²⁵.

GALÁN CORTÉS²⁶ refuerza los argumentos expuestos con numerosas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la que se reitera que, por el azar²⁷ que existe en toda actuación médica y porque cada cuerpo humano puede reaccionar de forma diferente ante un mismo tratamiento o intervención, la obligación

²⁴ LUNA YERGA especifica que en las obligaciones de resultado habrá que probar la no obtención del resultado, mientras que en las obligaciones de medios habrá que probar la falta de diligencia del médico en el desarrollo de su actuación. Por lo tanto, lo único que cambia en una obligación de medios y una obligación de resultado respecto a la carga de la prueba es el contenido de la misma, pero el incumplimiento debe ser probado en ambas situaciones.

²⁵ SANTOS BRIZ concluye que para librarse de responsabilidad el sanitario tiene que probar la existencia de caso fortuito o fuerza mayor.

²⁶ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, edit. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

²⁷ A este azar que existe en toda actuación médica se le denomina «alea terapéutica».

del médico es una obligación de atención y cuidado al paciente de manera acorde al estado actual de la ciencia.

Aunque el profesional sanitario desarrolle su actividad según la *lex artis ad hoc* o la intervención o tratamiento sea el más sencillo posible, siempre va a haber algún riesgo para la vida de una persona.

Además, es importante estudiar todas las circunstancias que rodean a cualquier actuación de un profesional sanitario, quien puede y debe asegurar que va a hacer uso de las técnicas más adecuadas existentes, pero no que va a curar a un paciente, por ser esto algo que no depende exclusivamente de su actuación. Así, como explica GALÁN CORTÉS²⁸, la STS de 10 de abril de 2001 recalca, en su fundamento de derecho primero, que la obligación del sanitario es una obligación de medios. En este supuesto, el médico que intervino en el primer tratamiento actuó de un modo correcto, empleando los medios adecuados de los que disponía en el hospital en el que se llevó a cabo tal actuación. No obstante, posteriormente se manifestó una complicación que no había sido apreciada antes debido a que en ese hospital no existían los medios necesarios para ello, pero el sanitario sí informó precisamente de lo que se debía de hacer ante una complicación. Es por ello por lo que en la actuación de este médico no reside culpa alguna, por haber actuado conforme a la obligación de medios que le corresponde, haciendo todo lo que estaba en su mano conforme a las circunstancias existentes y al estado de la medicina actual.

También cabe plantearse si en estos casos hablamos de arrendamiento de servicios o de arrendamiento de obra. Pues bien, estamos ante un arrendamiento de servicios ya que la naturaleza mortal del hombre, las limitaciones con las que se encuentra la medicina como ciencia inexacta que es, y la variedad de reacciones que pueden surgir ante un mismo tratamiento según la persona que lo reciba, hacen imposible que un médico se obligue a garantizar un resultado exacto como es la curación de un paciente.

Para explicar de manera más detallada el contenido de la obligación de medios de un médico, la doctrina alude a la STS de 25 de abril de 1994, en cuyo fundamento de derecho tercero, se recogen una serie de deberes exigibles al facultativo. Entre estos están el actuar según a la *lex artis ad hoc*; el informar al paciente o a sus familiares del

²⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, edit. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

diagnóstico de la enfermedad, del pronóstico y de los riesgos del tratamiento, y de la disponibilidad de medios en caso de resultar insuficientes; el continuar el tratamiento del paciente hasta que pueda ser dado de alta, advirtiéndole de los riesgos posibles que puede sufrir en caso de no continuarlo; y el informar a quién padezca enfermedades crónicas o similares de los tratamientos y pruebas que debe seguir para prevenir problemas.

Si bien ha quedado claro que la obligación del profesional sanitario es una obligación de medios y, en consecuencia, responde por un contrato de arrendamiento de servicios (artículo 1544 del Código civil), en supuestos como la mayoría de los servicios prestados por un odontólogo o actividades como determinar el grupo sanguíneo o graduar la vista, el médico asume una obligación de resultado por la existencia de un contrato de obra.

2. MEDICINA CURATIVA Y MEDICINA VOLUNTARIA

Otra de las distinciones realizadas en la medicina por parte de la doctrina es la de medicina curativa y medicina voluntaria. La medicina curativa, necesaria, terapéutica o asistencial, es la que busca curar a la persona que sufre alguna patología, mientras que la medicina voluntaria o de satisfacción tiene como fin mejorar la estética de una persona o invalidar su capacidad de reproducción.

En la medicina curativa, el médico responde de una obligación de medios, tal y como hemos precisado en el apartado anterior. Sin embargo, hubo un tiempo en el que un sector doctrinal entendía que la medicina voluntaria estaba muy cerca de un contrato de obra, de modo que el facultativo tenía que garantizar a quién tratase (en este caso cliente y no paciente²⁹) la obtención de un resultado.

Otros autores consideran que la medicina voluntaria se encuentra entre un contrato de arrendamiento de servicios y un contrato de arrendamiento de obra.

²⁹ En la medicina voluntaria se sigue teniendo la consideración de paciente cuando concurren en una misma intervención una finalidad estética y una finalidad curativa. «Una intervención quirúrgica de estas características puede considerarse curativa del malestar psíquico o inherente a ciertas deformidades y defectos de naturaleza física, por cuanto no se puede obligar a una persona a convivir con un defecto habiendo recursos médicos para solucionarlo» (SEIJAS QUINTANA, 2007).

Para quienes en la medicina voluntaria existe una obligación de medios, existe de manera pronunciada. Es decir, a pesar de que el médico no responda por no haber obtenido un resultado concreto, sí tiene una elevada exigencia de información a sus pacientes de todos los riesgos existentes en la intervención que va a desarrollar.

En la medicina voluntaria, el profesional sanitario no responderá de su actuación cuando pruebe que entre el resultado obtenido y su actuación no hay ningún tipo de nexo de unión y, además, pruebe también que actuó como le es exigido, informando como corresponde al cliente (o paciente en los supuestos en los que concurra finalidad estética y curativa) y conforme a las exigencias de la *lex artis ad hoc*.

Como ejemplos de que la medicina voluntaria responde a una obligación de medios hacemos alusión a la STS de la Sala de lo Civil de 13 de abril de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1639) y a la STS de la Sala de lo Civil de 3 de febrero de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:206).

Estas sentencias, siguiendo argumentos de sentencias anteriores, establecen que la responsabilidad de los médicos que realizan actuaciones bajo medicina voluntaria, como es aquí una operación de pecho, responde a una obligación de medios, no pudiéndose garantizar un resultado exacto.

En este supuesto también se refleja que el médico tiene la obligación de utilizar medios adecuados con el debido cuidado, así como de dar una información lo más precisa posible al paciente para que éste decida libremente si someterse a una intervención o no.

Estas sentencias también recalcan el componente aleatorio de cualquier intervención médica por el hecho de que cada ser humano puede reaccionar de forma distinta ante tratamientos idénticos, aunque el médico no actúe con mala praxis.

Así, no es posible asegurar o garantizar la obtención de un resultado en actuaciones de medicina voluntaria pero sí que es cierto que en estos supuestos el médico tiene una obligación de informar de los riesgos de una intervención de manera más rigurosa que en la medicina curativa.

Para concluir, la jurisprudencia señala que en la medicina voluntaria el médico sí responderá conforme a una obligación de resultado cuando haya prometido al paciente un resultado concreto. No será responsable por no haber conseguido el resultado sino

que su responsabilidad se basará por haber pactado o prometido al paciente que iba a obtener un resultado que luego no fue así.

3. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA TEORÍA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO

Como venimos diciendo, el Tribunal Supremo afirma que la obligación del facultativo sanitario responde a una obligación de medios y no de resultado. Y, en estos supuestos, la carga de la prueba corresponde al afectado³⁰, quién debe probar la existencia de una actuación en la que ha mediado culpa o negligencia del profesional y, en definitiva, que no ha existido sujeción a la *lex artis ad hoc*. Además, debe acreditar la existencia de daños y el nexo causal entre estos y la actuación negligente del médico.

Es importante entender que, aunque el demandante asume la carga de la prueba no es necesariamente quien tiene que aportar las pruebas pertinentes al proceso, sino que será él quien soporte la desestimación de la demanda en caso de que no se pruebe la culpa del médico.

Hay otros supuestos en los cuáles la carga probatoria no recae sobre el demandante afectado. SARRATO MARTÍNEZ³¹ explica que cuando el daño que sufra el paciente sea desproporcionado o la vulneración de la *lex artis ad hoc* por el médico sea demasiado evidente y sea confirmada por el Tribunal, estaremos ante la conocida «teoría del daño desproporcionado». Se presume que concurre daño desproporcionado, y por tanto culpa del sanitario, aunque no haya sido probada directamente, cuando el sentido común y las particularidades del supuesto revelan que el daño no se hubiese producido si no hubiese tenido lugar culpa por parte del profesional. En dichos supuestos, la responsabilidad del médico viene exigida por la regla *res ipsa loquitur*³².

Uno de los requisitos adicionales para la seguir la teoría del daño desproporcionado es que el resultado sea causa de una actividad relacionada con la labor del profesional demandado, y no de una actividad llevada a cabo por el afectado.

³⁰ Según el artículo 217.2 de la LEC: “Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”.

³¹ SARRATO MARTÍNEZ, Luis, “La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria”, en *Diario La Ley*, 2008, nº 6968, páginas 1461-1463.

³² La cosa habla por sí misma.

Fue en el año 1996 cuando esta doctrina fue amparada por la Sala Primera del Tribunal Supremo español, con una tetraparesia espástica³³ acontecida después de una hemorragia originada en el parto, lo que denota la desproporción del daño de la que veníamos hablando.

Además, como bien señala la STS de la Sala Civil de 19 de octubre de 2007, no por la mera presencia de un daño o resultado desproporcionado hay que concluir que un sanitario debe responder de su actuación, sino que lo único que conlleva un daño desproporcionado es la petición al médico de una explicación razonable de por qué hay semejante desigualdad entre el riesgo que se había previsto originalmente y el resultado finalmente obtenido.

Especial mención merece el supuesto en el que aparece un riesgo típico pero el paciente no ha sido informado del mismo como era menester. Aquí habrá responsabilidad por no haber actuado conforme a la *lex artis ad hoc*, por haber omitido la obligación de información que explicaremos en el apartado siguiente, pero no en base a la teoría del daño desproporcionado.

En suma, sólo cuando se origine un riesgo atípico tendrá lugar el desarrollo de la doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado. Todo daño desproporcionado (o las particularidades anómalas que abarcan al mismo) hará necesaria una explicación lógica del médico y la posterior búsqueda de causalidad. Se deduce de todo esto que el modo de desarrollo de algunos hechos supone la falta de diligencia exigida a un profesional médico, por lo que la carga de la prueba recaerá sobre quien ha ejercido la actividad por la cercanía que presenta a los medios, siendo más fácil para éste evidenciar lo sucedido.

Además de esta teoría, existe la posibilidad de invertir la carga de la prueba cuando una disposición legal expresa distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes³⁴, o cuando la obligación sea de resultado. En este último supuesto, con la no obtención de un resultado por parte del médico se presume que existe un comportamiento negligente, por lo que para exonerarse de responsabilidad el médico deberá probar su diligencia.

En relación con la carga de la prueba, la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de mayo de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1967) trae a colación el

³³ Disminución de la movilidad en las cuatro extremidades.

³⁴ Artículo 217.6 de la LEC.

artículo 217.7³⁵ de la LEC que establece que hay que tener en cuenta la facilidad probatoria de las partes a la hora de determinar a quién corresponde la carga de la prueba.

Precisamente conforme a este principio de facilidad probatoria, la carga de acreditar que existe relación de causalidad entre el resultado dañoso y la actuación de los médicos no corresponde a la parte recurrente. Así, en relación a la prestación de servicios sanitarios y valorando las pruebas correspondientes, se entiende que, en el supuesto en cuestión, la Administración tiene mayor facilidad probatoria y, por tanto, debe probar que su actuación fue conforme a la *lex artis ad hoc*.

Relacionado con el daño desproporcionado se encuentra el Auto del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 8 de enero de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:190A), que resuelve un recurso de casación amparado en el artículo 477.2.2º³⁶ de la LEC.

En este recurso de casación se considera infringida la doctrina del daño desproporcionado de la Sala Civil del Tribunal Supremo. Si bien es cierto que la sentencia de la Audiencia Provincial rechazó la existencia de causalidad entre la actuación del profesional sanitario y del centro y el resultado dañoso, éste último es un daño fuera de lo previsible y, en definitiva, según la doctrina jurisprudencial, es un daño desproporcionado.

Con la aplicación de la doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado se presume que médico y aseguradora son responsables, a menos que prueben que su conducta fue conforme a una buena praxis.

Ahora bien, el Tribunal Supremo explica que la doctrina del daño desproporcionado sólo se debe aplicar cuando no exista una explicación razonable sobre la diferencia entre el riesgo inicial y la consecuencia originada. Entonces es cuando se puede concretar la imputación y deducir que existe negligencia en la actuación de un sanitario.

Otro de los motivos en los que se fundamenta este recurso de casación es en la infracción de la doctrina jurisprudencial de la aportación de la historia clínica y de la doctrina *res ipsa loquitur*, esto es, que el resultado es tan grave o contrario con las

³⁵ “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

³⁶ “Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos: 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros”.

consecuencias de un tratamiento normal, que con eso basta para decir que existe una actuación contraria a la *lex artis ad hoc*. Y en cuanto a la pérdida de la historia clínica, es responsable la aseguradora por no haber prestado el servicio sanitario conforme a lo contratado por la paciente. No obstante, lo que importa en la doctrina en materia de historia clínica es si la actuación u omisión había influido o determinado una mala atención de la paciente.

Analizados todos estos aspectos, el Tribunal Supremo no admite el recurso de casación en cuestión por estar fundado en hechos distintos a los probados en anteriores instancias. Así, deja claro el Tribunal que el recurso de casación tiene por objeto examinar el juicio jurídico, pero no el examen de los hechos declarados probados, sólo posible con la interposición de un recurso extraordinario por infracción procesal.

En la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 de marzo de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1103) también se invoca la doctrina de la pérdida de oportunidad.

La jurisprudencia dispone que la concurrencia de esta doctrina es posible a pesar de que la *lex artis ad hoc* no se vulnere. Esto es así porque la doctrina de la pérdida de oportunidad tiene como rasgo principal la incertidumbre sobre si una omisión por parte del médico habría evitado o mejorado el resultado dañoso, sin quedar claro si existe una relación de causalidad entre la omisión de la actuación médica y el daño ocasionado.

El Tribunal Supremo configura esta doctrina como alternativa indemnizatoria a los supuestos en los que no se da la vulneración de la *lex artis ad hoc*, pero sí existe un daño antijurídico derivado del servicio prestado por el médico. Este daño se asemejaría más a un daño moral que a uno material por poderse haber evitado el daño resultante de la actividad médica.

Precisamente por no existir suficiente probabilidad para afirmar que existe un nexo causal, con esta doctrina la indemnización va a ser parcial.

4. CONSENTIMIENTO INFORMADO

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y algunas leyes autonómicas, recogen entre sus preceptos el derecho que tiene

todo paciente que vaya a ser tratado o intervenido a recibir toda la información existente con respecto a cualquier aspecto concerniente a su salud. Una vez recibida esta información, el paciente podrá escoger libremente entre las alternativas clínicas ofrecidas.

Como dispone ASUA GONZÁLEZ³⁷, se habla de consentimiento informado porque toda actuación sanitaria requiere recabar el previo consentimiento del paciente una vez ha recibido la información pertinente.

Para determinar las consecuencias indemnizatorias que puede tener la vulneración de la obligación de información, hay que preguntarse si una actuación contraria, una actuación en la que no se vulnerase dicha obligación, habría evitado que se produjese el daño resultante. Hay que analizar, en el supuesto concreto, si existe relación de causalidad entre el hecho de no haber informado y el resultado o daño final que hay que indemnizar.

Antiguamente, parte de la doctrina apoyada en sentencias como la STS de 10 de noviembre de 1997, se postulaba afirmando que la vulneración de la obligación de información implicaba una actuación que no era conforme a la *lex artis ad hoc*. Se consideraba que la obligación de informar al paciente forma parte de una obligación de medios, y su vulneración conlleva una negligencia, a pesar de que entre esa vulneración y el resultado dañoso no exista nexo causal.

No obstante, en la actualidad, el Tribunal Supremo señala que una vulneración de la obligación de información puede dar lugar a las siguientes consecuencias: la no indemnización porque el cumplimiento de la obligación de información no habría evitado el daño, la indemnización porque el cumplimiento de la obligación habría hecho que el paciente no se sometiese al tratamiento y entonces no se habría producido el resultado dañoso, o la indemnización por la lesión del derecho a la libre determinación del paciente.

En este aspecto una rama de la jurisprudencia entiende que, si la vulneración de esta obligación de información aparece ligada a una perfecta actuación por parte del médico, no se le puede exigir a éste responsabilidad alguna, con fundamento en que el daño resultante habría ocurrido igualmente, aunque se hubiese cumplido con el deber en

³⁷ ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, en *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2013, nº 8, páginas 147-161.

cuestión.

Además, como plasma la STS de la Sala de lo Civil de 17 de junio de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:2572) el consentimiento informado es un derecho básico de todo paciente.

Se recoge que el consentimiento informado forma parte de la *lex artis ad hoc*, es una obligación más de los médicos y, por ello, debe ser una de las actuaciones que se desarrolle en todo tratamiento o intervención a un paciente.

Además, se siguen los planteamientos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que entiende que el consentimiento informado es un derecho a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad.

Esta sentencia considera que el derecho a la información respecto a actuaciones médicas aparece de la mano del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 de la CE. De esta manera, si se infringe este derecho del paciente, se está vulnerando un derecho fundamental de la Constitución y, en cierta manera, también el derecho a una tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE.

Así, el hecho de que un médico aporte toda la información disponible sobre el diagnóstico, el tratamiento y los riesgos que implicaría éste para que el paciente pueda prestar o no su consentimiento informado, se considera una garantía al principio de autonomía de la voluntad del paciente y a todos los derechos fundamentales que puedan resultar lesionados por las actuaciones médicas.

También en relación con el consentimiento informado, la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 de marzo de 2018, establece que la firma de un paciente aceptando la información dada por un profesional sanitario no es suficiente cuando en el documento no se plasmen todos los requisitos legales exigidos.

Para ver cómo se debe tratar una posible falta de información a un paciente, hacemos alusión a la STS de la Sala de lo Civil de 16 de enero de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:279).

A este respecto, el motivo segundo del recurso de casación alega que la indemnización por falta de información deberá ceñirse al daño moral, muy relacionado con la pérdida de oportunidad, y no a las consecuencias sufridas por la intervención.

Para resolver este motivo, el Tribunal Supremo encuentra interesante que al paciente y al médico les unía una relación de larga duración y que antes de la intervención se habían probado otros tratamientos conservadores, sin embargo, al no resultar efectivos se consideró aconsejable intervenir. También hay que tener en cuenta que no había una necesidad vital de intervenir ni ha quedado acreditado que el afectado, demandante en este caso, se decidiese a ser intervenido asumiendo todos los riesgos que ello conllevaba.

Por su parte, el documento que debería recoger el consentimiento informado del paciente no se encuentra firmado ni puede ser considerado suficiente. Este documento no refleja el diagnóstico, ni el tipo de intervención, ni riesgos o consecuencias de la misma. Además, la suficiencia de información verbal alegada no ha podido ser probada.

En este supuesto que estamos tratando, el riesgo de que ocurriese un resultado dañoso tan grave tiene especial importancia como para ser omitido, a pesar de ser muy poco probable.

En cuanto a los efectos que puede tener una falta de información, esta sentencia sigue lo dispuesto por la sentencia de 4 de marzo de 2011, según la cual los efectos dependerán del tipo de intervención frente al que nos encontremos, si necesaria o voluntaria. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo da más importancia a la información que se debe ofrecer en las intervenciones voluntarias ya que es el paciente quién decide libremente someterse a ellas y, por tanto, merece conocer todos los riesgos de la intervención.

Los efectos también dependerán de factores como riesgos previsibles, riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención, complicaciones previsibles y frecuentes o alternativas terapéuticas, entre muchos otros.

Bien, esta sentencia resuelve este motivo haciendo coincidir el daño a indemnizar con las secuelas originadas tras la intervención debido a que el daño que da lugar a la responsabilidad es el que procedente de la omisión de información sobre un riesgo.

Por ello, la relación de causalidad existiría entre la omisión de la información y la posibilidad de decidir no ser intervenido³⁸, no entre la negligencia médica y el resultado dañoso.

5. INADMISIÓN DE RECURSOS

Otras de las sentencias que más reflejo tienen en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil sanitaria son aquellas que anulan sentencias de instancias anteriores a raíz de la interposición de un recurso o aquellas que desarrollan los motivos por los cuáles se inadmiten recursos.

En concreto, en la STS de la Sala de lo Civil de 20 de marzo de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:1149) se plantean dos recursos extraordinarios por infracción procesal del artículo 218³⁹ de la LEC, de forma que se considera incongruente la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Los hechos en los que se basa la demanda inicial son la ausencia de información sobre los riesgos de una anestesia y la aplicación por la cirujana sin la intervención de un especialista. Sobre estos hechos, la parte demandante afirma que existe responsabilidad civil, pero no se hace mención alguna sobre la imputación de negligencia a los demandados.

El Juzgado de Primera desestima la demanda porque no quedó probado ninguno de los hechos en los que se basaba la demanda. En el recurso de apelación que se interpone frente a la sentencia de primera instancia, se introduce la responsabilidad de la doctora, algo que no había sido alegado en primera instancia.

³⁸ Hay aquí una pérdida de oportunidad.

³⁹ “1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos”.

En este punto, el Tribunal Supremo entiende que existe incongruencia. La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dispone que el deber de congruencia se refiere a la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones formuladas en la demanda, con el debido respeto a la causa petendi o causa de pedir, no pudiéndose alterar los hechos fundamentales alegados por las partes.

Como aquí sí se han alterado los hechos, el Tribunal Supremo admite los recursos extraordinarios por infracción procesal por incongruencia de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. Se anula esta sentencia y se desestima la demanda por no ser ciertos los hechos acreditados, tal y como señaló la sentencia de primera instancia.

En cuanto a la inadmisión de recursos por parte del Tribunal Supremo, traemos a colación el Auto del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 21 de septiembre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:8255A).

Este auto trata un recurso de casación de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual médico-sanitaria contra una aseguradora.

Entiende la recurrente, antes demandante y apelante en primera instancia, que existe una infracción del artículo 1902 del CC y vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la doctrina del retraso en el diagnóstico en relación con la teoría de la pérdida de oportunidad. La recurrente afirma que este retraso en el diagnóstico es el nexo de probabilidad cualificado por el que se ha intensificado el daño producido, por lo que denuncia la infracción de la *lex artis ad hoc*.

El Tribunal Supremo resuelve afirmando que el recurso de casación debe ser inadmitido por inexistencia de interés casacional del artículo 483.2.3º⁴⁰ de la LEC. Contemplada la ratio decidendi de la sentencia recurrida, la oposición a la mencionada jurisprudencia de la Sala no tiene ninguna consecuencia para la decisión del conflicto.

Además, de las pruebas realizadas, se concluye que no existe retraso en el diagnóstico, de manera que no probada la negligencia médica y siendo que los médicos actuaron de acuerdo a la *lex artis ad hoc* en todo momento, sólo cabría la posibilidad de que existiese pérdida de oportunidad para aceptar o no el tratamiento, pero en el caso en cuestión el tratamiento era paliativo así que tampoco cabe pérdida de oportunidad.

⁴⁰ “Procederá la inadmisión del recurso de casación: 2.º Si el escrito de interposición del recurso no cumpliese los requisitos establecidos, para los distintos casos, en esta Ley”.

En conclusión, la Sala Civil del Tribunal Supremo entiende que este recurso de casación no se puede admitir.

Finalmente, también es muy común que lleguen a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo recursos de casación para la unificación de doctrina. Ejemplo de ello es la sentencia de 5 de abril de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1179) que establece que este recurso es un recurso excepcional y subsidiario del de casación ordinaria que busca corregir la interpretación jurídica de los Tribunales de instancia para fomentar la seguridad jurídica a través de la unificación de criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento. Para la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina debe existir una contradicción entre pronunciamientos y una identidad de sujetos, fundamentos y pretensiones que quede razonada en el escrito de formalización.

IV. CONCLUSIONES

Como ha quedado reflejado a lo largo de este trabajo, la responsabilidad civil sanitaria se encuentra regulada en diversas normas españolas, por lo que habrá que estudiar el supuesto concreto para saber qué normativa es la que hay que aplicar en cada caso.

Uno de los ejemplos que con más frecuencia nos encontramos es la reclamación de indemnización por daños producidos cuando hay una aseguradora de por medio, cuando estamos ante relaciones triangulares.

En estos supuestos hay que hacer un análisis detallado ya que normalmente va a concurrir responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. No puede considerarse una afirmación rotunda, pero, por regla general, la relación entre la aseguradora y el paciente va a responder a una relación contractual mientras que la relación entre el médico y el paciente será extracontractual salvo que éste último pueda elegir libremente al profesional que le va a atender o pueda pagar directamente parte del servicio.

Además, es importante que quede claro que la responsabilidad civil del médico en el ámbito privado se fundamenta en la culpa o negligencia del médico, es una responsabilidad subjetiva, pero en el ámbito público, cuando actúa una Administración Pública, estamos ante una responsabilidad objetiva basada en la producción de un daño.

Por su parte, la responsabilidad civil sanitaria que se origina por la aplicación de la normativa especial en materia de consumo sólo será aplicable en aquellos supuestos en los que el daño producido sea consecuencia de la mala organización de los servicios prestados.

Si bien es cierto que ha habido diferencias doctrinales, a día de hoy existe jurisprudencia asentada de que la obligación de todo profesional sanitario es una obligación de medios que responde a un contrato de prestación de servicios. Sólo en casos específicos como la odontología, el médico debe responder ante una obligación de resultado. Incluso en el ámbito de las operaciones de cirugía estética, es decir, en el ámbito de la medicina voluntaria o satisfactiva, se ha dejado de considerar que existe una obligación de resultado.

El motivo principal de que casi en la totalidad de las ocasiones concurra una obligación de medios es porque la ciencia médica es limitada y actúa sobre el cuerpo humano. Por ello, aunque un profesional de la medicina actúe conforme a las exigencias de la *lex artis ad hoc* siempre va a haber algún elemento aleatorio en su actuación que haga imposible el asegurar la obtención de un resultado concreto.

Cuando se considera que existe responsabilidad civil sanitaria por parte de un médico, hay que probar la existencia de un resultado dañoso y el nexo causal entre este y la conducta del facultativo, así como la no sujeción a la *lex artis ad hoc*.

La carga de la prueba corresponde, generalmente, al afectado, sin embargo, en ocasiones se invierte la misma por la facilidad probatoria que tiene la otra parte o por aplicación de teorías como la del daño desproporcionado. Según esta teoría es el médico quien debe asumir la carga de la prueba por la desproporción entre el riesgo previsto en un inicio y el resultado final, de tal magnitud que se presume que el médico ha actuado con mala praxis.

Entre las exigencias de los médicos que forman parte de la denominada *lex artis ad hoc* se encuentra el informar al paciente de todas las circunstancias que rodean a su caso. Así, el paciente debe ser informado del diagnóstico, de las distintas alternativas de tratamientos, de los riesgos de someterse a los mismos, etc. Este deber de los médicos es muy importante para garantizar la autonomía de la voluntad del paciente, la libertad del mismo a decidir si someterse a una intervención o no, y su integridad física como derecho fundamental de la CE.

V. BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, en *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2013, nº 8, páginas 147-161.

ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “Responsabilidad civil médica”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coord..), *Tratado de Responsabilidad Civil*, edit. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, páginas 697-815.

ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, edit. Dykinson, Madrid, 2007.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Mª Dolores, “La responsabilidad civil del profesional sanitario”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, 1994, nº 7, páginas 199-215.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2004, nº 3, páginas 147-231.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica*, edit. Comares, Albolote, 2007.

GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, edit. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

GARCÍA HUAYAMA, Juan Carlos, “Responsabilidad civil médica y consentimiento informado”, en *Derecho y Cambio Social*, 2016, nº 44.

GÁZQUEZ SERRANO, Laura, “Régimen jurídico de la responsabilidad civil sanitaria”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2013, nº 2.

JEREZ DELGADO, Carmen, PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, “La responsabilidad civil médico-sanitaria en el ordenamiento jurídico español”, en *Revista*

de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005, nº 26, páginas 221-250.

MACÍA MORILLO, Andrea, “La responsabilidad civil en el ejercicio en grupo de la medicina”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2015, nº 31, páginas 253-282.

MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José, RUIZ ORTEGA, José M^a, “La responsabilidad sanitaria. La responsabilidad civil y penal de los sanitarios. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria” en *Manual de gestión de riesgos sanitarios*, edit. Díaz de Santos, Madrid, páginas 25-51.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria”, en *Documentación Administrativa*, 1994, nº 237-238, páginas 255-281.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “Responsabilidad civil médica”, en ÁLVAREZ LATA, Natalia, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, MENDOZA LOSANA, Ana I., PEÑA LÓPEZ, Fernando, y REGLEIRO CAMPOS, Luis Fernando (coord..), *Código de responsabilidad civil. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, edit. Aranzadi, Navarra, páginas 675-722.

SANTOS MORÓN, María José, “La impugnación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC”, en *Anuario de derecho civil*, 2017, nº 1, páginas 119-164.

SARRATO MARTÍNEZ, Luis, “La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria”, en *Diario La Ley*, 2008, nº 6968, páginas 1461-1463.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”, en *Derecho y Salud (DS)*, 2001, nº 1, páginas 35-50.

Recursos de Internet

BUSTO LAGO, José Manuel, en “La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto”, en RUC (Repositorio de la Universidad de A Coruña), consultado en 04/2018, páginas 103-135. Accesible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9093/CC119-art7.pdf?sequence=1>.

GALLEGOS Riestra, Sergio, en “Introducción al Derecho Sanitario: Responsabilidad penal y civil de los profesionales sanitarios”, en *Chospab*, consultado en 3/2018, páginas 14-22. Accesible en: <http://www.chospab.es/calidad/archivos/Comisiones/CHistoriasClinicas/formacion/doc/introduccionDerechoSanitario.pdf>.

MONTERROSO CASADO, Esther, en “Diligencia médica y responsabilidad civil”, en *Asociacionabogadosrcs*, consultando en 3/2018, páginas 1-15. Accesible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Diligencia%20Medica%20y%20R.%20Civil.PDF>.

PARRA SEPÚLVEDA, Darío, en “La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa”, en la Biblioteca de la Universidad Carlos III de Madrid, consultado en 3/2018. Accesible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19232>.

REDACCIÓN, en “Los médicos alertan de los “fallos” de WhatsApp con los datos de los pacientes”, en Redacción Médica, consultado en 6/2018. Accesible en: <https://www.redaccionmedica.com/secciones/derecho/los-medicos-alertan-de-los-fallos-de-whatsapp-con-los-datos-de-pacientes-1719>.

ORTEGA, Eduardo, en “Los 10 Mandamientos de la protección de datos en los hospitales”, en Redacción Médica, consultado en 6/2018. Accesible en: <https://www.redaccionmedica.com/secciones/derecho/los-10-mandamientos-de-la-proteccion-de-datos-en-los-hospitales-9369>.

Jurisprudencia

STS (Sala de lo Civil) 30.03.2012 (ECLI: ES:TS:2012:2536).

STS (Sala de lo Civil) 06.03.2015 (ECLI: ES:TS:2015:826).

STS (Sala de lo Civil) 16.01.2012 (ECLI: ES:TS:2012:279).

STS (Sala de lo Civil) 13.04.2016 (ECLI: ES:TS:2016:1642).

STS (Sala de lo Civil) 20.03.2013 (ECLI: ES:TS:2013:1149).

STS (Sala de lo Civil) 28.06.2013 (ECLI: ES:TS:2013:3519).

STS (Sala de lo Civil) 04.03.2013 (ECLI: ES:TS:2013:868).

STS (Sala de lo Civil) 20.07.2009 (ECLI: ES:TS:2009:4866).

STS (Sala de lo Civil) 13.04.2016 (ECLI: ES:TS:2016:1639).

STS (Sala de lo Civil) 03.02.2015 (ECLI: ES:TS:2015:206).

STS (Sala de lo Civil) 17.06.2015 (ECLI: ES:TS:2015:2572)

STSJ AR (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 06.03.2018 (ECLI: ES:TSJAR:2018:325).

STSJ AR (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 06.02.2018 (ECLI: ES:TSJAR:2018:182).

STSJ AR (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 26.03.2018 (ECLI: ES:TSJAR:2018:350).

Auto TS (Sala de lo Civil) 21.09.2016 (ECLI: ES:TS:2016:8255A).

Auto TS (Sala de lo Civil) 08.01.2013 (ECLI: ES:TS:2013:190A).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 05.04.2018 (ECLI: ES:TS:2018:1179).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 05.04.2018 (ECLI: ES:TS:2018:1195).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 05.04.2018 (ECLI: ES:TS:2018:1183).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 20.03.2018 (ECLI: ES:TS:2018:1103).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 15.03.2018 (ECLI: ES:TS:2018:1084).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 28.05.2018 (ECLI: ES:TS:2018:1967).