

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2013 / 2014

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL MÉDICO EN
LA SANIDAD PRIVADA**

(The non-contractual liability of the doctor in the private health)

Realizado por la alumna Dña. Sara Pérez Gómez-Morán

Tutorizado por la Profesora Dra. Pilar Gutiérrez Santiago

RESUMEN.....	4
OBJETO DEL TRABAJO	6
METODOLOGÍA	8

ÍNDICE

I.- NORMATIVA APLICABLE.....	9
II.- NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN. DISTINCIÓN ENTRE MEDICINA CURATIVA O NECESARIA Y SATISFACTIVA O VOLUNTARIA	11
1. Obligación de medios o de resultado	11
2. Medicina voluntaria o satisfactiva.....	13
III.- LEX ARTIS AD HOC	16
IV.- RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL <i>VERSUS</i> RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.....	19
V.- EL DEBER DE INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO	21
1. Naturaleza	21
2. Titular del derecho de información	22
3. Responsable de la información	24
4. Contenido y tiempo	25
5. Forma	26
6. Carga de la prueba del cumplimiento del deber de información.....	28
VI.- TIPO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: ¿SUBJETIVA U OBJETIVA?.....	29
VII.- REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	31
1. Acción del agente	31
1.1 Acción u omisión	31
1.2 Conducta antijurídica	32
2. Culpa o negligencia.....	34
2.1 Introducción	34
2.2 Culpa médica.....	34

2.3 Teorías doctrinales	37
2.4 Culpa y dolo	38
2.5 Responsabilidad por acción negligente de un tercero	39
3. Daño	39
3.1 Concepto y requisitos	39
3.2 Clases de daños	42
3.3 La cuestión del daño moral	45
3.3.1 Introducción	45
3.3.2 Contenido	45
3.3.3 Prueba	46
3.3.4 Quantum Indemnizatorio	48
3.4 Formas de resarcimiento del daño	49
4. Relación de causalidad	50
4.1 El nexo causal	50
4.2 Causas de exclusión de la responsabilidad	53
4.2.1 Caso fortuito y fuerza mayor	53
4.2.2 Culpa de la víctima	55
4.2.3 Intervención de un tercero	56
VIII.- LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA..	57
1. Reglas generales e inversión de la carga de la prueba	57
2. Prueba de presunciones	59
3. Teoría del daño desproporcionado	60
3.1 Concepto y requisitos	60
3.2 Daños típicos y daños imprevisibles	64
3.3 Figuras afines	65
4. Teoría de la pérdida de oportunidad	69
4.1 Análisis doctrinal	69
4.2 Análisis Jurisprudencial	72
IX.- RECLAMACIÓN DE LOS DAÑOS	74
1. Vía extrajudicial: acuerdos transaccionales y arbitraje	74
2. Acciones judiciales	75
CONCLUSIONES	77
BIBLIOGRAFÍA	83

RESUMEN

A través de la realización del presente trabajo se ha abordado la cuestión compleja, tanto teórica como práctica, de la responsabilidad civil del médico en sede extracontractual y desde la perspectiva de la sanidad privada.

Se ha analizado la normativa reguladora y la doctrina jurisprudencial aplicable a esta materia; fundamentalmente, a la luz del art.1902 CC, al no haberse elaborado y aprobado una ley específica sobre la cuestión de la responsabilidad civil del médico.

Asimismo se ha estudiado la diligencia exigible al médico, sintetizada en la *lex artis ad hoc*, así como la naturaleza de la obligación asumida por el facultativo en función del tipo de medicina de que se trate, voluntaria o necesaria.

El eje o grueso del trabajo lo constituye el análisis detenido de los presupuestos y requisitos necesarios para que pueda prosperar una acción de responsabilidad civil dirigida al médico, atendiendo al carácter subjetivo de dicha responsabilidad, tal como se deriva del propio artículo 1902 CC.

De igual forma, se ha desarrollado la ardua cuestión de la determinación del *quantum indemnizatorio* y la variada problemática de la carga de la prueba.

Finalmente, de forma sucinta, se ha tratado de las vías posibles de resarcimiento de los daños sufridos.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad contractual y extracontractual, responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, obligaciones de medios y de resultado, culpa, negligencia, daño, *lex artis ad hoc*, medicina necesaria y medicina voluntaria y consentimiento informado.

ABSTRACT

Through this work has addressed the complex issue, both theoretical and practical, of medical non- contractual liability and from the perspective of the private health.

It has analyzed the regulations and case law applicable to this matter. Fundamentally, in the light of art.1902 CC, having not approved and developed a specific law.

In addition, it has studied the diligence required medical, synthesized in the *lex artis ad hoc*, as well as the nature of the obligation assumed by the doctor according to the type of medicine concerned, voluntary or necessary.

The shaft or body of work constitutes the detailed analysis of budgets and requirements necessary for it to thrive a action of civil liability addressed to the doctor, attending to the subjective nature of such liability, such as is derived from the article itself 1902 CC

It has developed the arduous question of the determination of the compensation amount and the varied problems of burden of proof.

Finally, of succinct form, it has been treated to the question of the possible claim ways.

KEYWORDS

Contractual and non-contractual liability, subjective liability, strict liability, obligation of means, obligation of result, fault, neglect, damage, *lex artis ad hoc*, necessary medicine, voluntary medicine, informed consent.

OBJETO DEL TRABAJO

El objeto esencial del presente trabajo es el estudio de la responsabilidad civil del médico en el ejercicio de su actividad médica en sede extracontractual y estrictamente en el ámbito de la sanidad privada.

Con esta finalidad ha sido determinante el análisis del concepto de *lex artis ad hoc*, pues se trata del elemento central de la responsabilidad civil del médico. Todo lo que no se ajuste a este parámetro de diligencia podrá generar la consecuente responsabilidad del facultativo, aunque no resulta tarea fácil por la indeterminación y vaguedad de dicho concepto jurídico.

En esta línea, ha sido fundamental el desarrollo de la naturaleza de la obligación asumida por el facultativo, pues en virtud de que se trate de medicina voluntaria o, por el contrario, de necesaria o curativa variará dicha naturaleza, y se traducirá, respectivamente, bien en una obligación de medios o bien en una obligación de resultado. A la luz de la referida distinción, se ha tratado de destacar cómo en la obligación de medios el médico sólo está obligado a poner todos los medios y técnicas disponibles conforme al estado de la ciencia médica en ese momento pero no a la curación del paciente. En cambio, en la obligación de resultado el facultativo se obliga a la consecución del resultado garantizado (tal como sucede, por ejemplo, en los supuestos de operaciones de cirugía estética).

Con la misma finalidad ha sido imprescindible la determinación de los requisitos que deben concurrir para el nacimiento de la responsabilidad del médico: acción u omisión del médico; culpa o negligencia, derivada del art.1902 CC en cuanto precepto primordial en esta materia; el daño ocasionado y las plurales y muy variadas clases de daños (patrimoniales, no patrimoniales, incluido el daño moral); y la relación de causalidad entre dicha acción y el resultado o perjuicio padecido por el paciente- nexo causal que puede quedar roto o interrumpido, con la consiguiente exoneración de responsabilidad del médico, en determinadas hipótesis (fuerza mayor, caso fortuito, culpa de la víctima o intervención de un tercero) -.

Igualmente se ha hecho hincapié en la compleja problemática aparejada a la carga de la prueba; materia en la que, como regla general, corresponde al paciente perjudicado, acreditar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil médica, sin

perjuicio de una serie de supuestos especiales de inversión de la carga probatoria admitidas y contempladas jurisprudencialmente.

Por otra parte, en aras a determinar los casos en que el facultativo responderá por la realización del acto médico, se ha incidido sobre la doctrina del daño desproporcionado y de la pérdida de oportunidad; técnicas que permiten flexibilizar la carga de la prueba de la culpabilidad del médico, con el fin de no desamparar al paciente perjudicado que, en último término, ha sufrido un daño como consecuencia de la acción de aquél.

Finalmente, ha sido objeto de atención las delicadas cuestiones relacionadas con la reparación misma de los perjuicios ocasionados en el campo de la responsabilidad civil médica; en particular, el modo en que los tribunales valoran y cuantifican los daños derivados de la actuación del acto médico; y la forma en que el médico puede reparar el daño causado al paciente (ámbito en el que, a diferencia de otros sectores de responsabilidad civil, no se admite el cumplimiento en especie sino únicamente en dinero).

METODOLOGÍA

Como premisa metodológica inicial fue precisa la confección de un esquema para fijar las directrices a seguir en el desarrollo y elaboración del trabajo, a fin de evitar la repetición de conceptos y permitir un análisis lo más claro y riguroso posible del objeto de estudio.

La concreta metodología empleada presenta un doble perfil, tanto teórico-dogmático como pragmático y jurisprudencial. Desde un punto de vista teórico, se ha realizado la lectura y estudio de tratados, manuales, monografías, artículos más actualizados y que revisten gran importancia en la materia objeto de desarrollo; todo ello de manera exhaustiva y pormenorizada con la finalidad de valorar y analizar de forma crítica los puntos fundamentales sobre los que han incidido los autores más relevantes en la materia, permitiendo alcanzar la máxima comprensión sobre el tema a tratar.

Igualmente, el adecuado análisis de la jurisprudencia ha permitido el estudio teórico del presente trabajo. Al haberse abordado un tema que carecía prácticamente de regulación legal específica, reduciéndose fundamentalmente a ciertos preceptos del Código Civil, ha sido necesario e imprescindible el conocimiento de la doctrina jurisprudencial que ha fijado las directrices y ha creado diversas teorías aplicables en dicha materia, no recogidas ni reguladas en precepto o ley alguna.

Desde un punto de vista práctico, se ha procedido al análisis de un amplio repertorio jurisprudencial. Especialmente se han manejado y estudiado las sentencias del Tribunal Supremo, pues es en esta sede judicial donde se recoge el mayor grueso del enfoque jurisprudencial aplicable a la materia. Si bien también ha sido objeto de estudio un nutrido grupo de sentencias de los “tribunales menores”.

La lectura de la jurisprudencia ha permitido asimilar y profundizar los conceptos teóricos analizados, así como la plasmación de los mismos en los supuestos reales que acontecen cada día y de los que conocen los tribunales españoles.

Como apunte final, interesa aludir a la labor fundamental efectuada por la tutora del presente trabajo quien ha contribuido a la correcta elaboración del mismo, fijando las directrices a seguir y realizando las correcciones oportunas.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL MÉDICO EN LA SANIDAD PRIVADA

I.- NORMATIVA APLICABLE

En el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria la doctrina ha puesto en evidencia la precisión y necesidad de una ley de responsabilidad civil específica, de igual modo que existen en otros ámbitos de la responsabilidad civil derivada del daño.

Resultan de aplicación, por tanto, ante la falta de una ley específica, los preceptos relativos a esta materia contenidos en el CC, concretamente en los arts.1902 y 1903 relativos a la responsabilidad civil extracontractual y los arts.1101 y ss, en relación a la responsabilidad civil contractual.

Asimismo, es necesario resaltar lo dispuesto en el art.43 CE, el cual establece que se reconoce el derecho a la protección de la salud y la correspondencia a los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública, así como el establecimiento de los derechos y deberes en este sentido. También lo señalado en su art.51, el cual dispone que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios exigiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de estos.

Sin embargo, en virtud del ámbito de responsabilidad civil de que se trate, será distinta la normativa reguladora. Es decir, variará según que se circunscriba al ámbito puramente civil o si, por el contrario, es constitutivo de ilícito penal, así como si el daño ocasionado se ha producido en los servicios públicos de asistencia sanitaria o en los servicios privados.

En el caso de que la producción del daño fuera como consecuencia de la prestación de servicios públicos, se aplicará fundamentalmente lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que recoge, por tanto, el régimen de responsabilidad patrimonial de la administración pública. En cambio, si el daño se produce en la esfera de los servicios privados será aplicable la normativa sobre responsabilidad civil contractual o

extracontractual en función de la calificación que se dote a la relación entre quien presta estos servicios y el paciente.

Por otra parte, si el daño ocasionado pudiera ser calificado como ilícito penal, será de aplicación el art.121 CP sobre responsabilidad civil *ex delicto*. En su caso, las Administraciones Públicas en general, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los responsables penales de los delitos dolosos o culposos cuando sean autoridad, agentes y contratados de esta o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento anormal o normal de estos servicios.

Además, también es de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Por otra parte, podían asimismo ser aplicables, en determinadas hipótesis puntuales, el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las Actividades de Obtención, Utilización Clínica y Coordinación Territorial de los Órganos Humanos Destinados al Trasplante y se establecen requisitos de Calidad y Seguridad; la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida; 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 Clínica¹.

¹ Vid. BELLO JANEIRO, D, *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, Reus, Madrid, 2009. Pág.226

II.- NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN. DISTINCIÓN ENTRE MEDICINA CURATIVA O NECESARIA Y SATISFACTIVA O VOLUNTARIA

1. Obligación de medios o de resultado

En el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria la obligación asumida por el médico no es la de obtener un concreto resultado, la salud del paciente, sino la de prestar un servicio en la forma más óptima para conseguir la curación del paciente.

En la obligación de actividad o de medios, a diferencia de la de resultado en la que el deudor es quien realiza la actividad bajo su propio riesgo (pues de no alcanzarlo existirá incumplimiento), será suficiente que la conducta de este se realice con la debida diligencia exigida para el cumplimiento, no siendo determinante, por tanto, si el resultado se alcanzó o no. En consecuencia, en la obligación de resultado, cuando no se alcance ese resultado se presumirá la culpa del deudor; en cambio, en la obligación de medios será necesario probar la falta de diligencia en la actuación del deudor para que se repute incumplimiento.

La obligación de medios se cumple, por tanto, cuando el médico desarrolla su actividad con todos los medios humanos, técnicos y saberes que tiene a su alcance en la fase de diagnóstico, terapéutica y de recuperación del paciente. Esta afirmación ha sido reiterada en sucesivas ocasiones por la jurisprudencia en sentencias como la STS 10 febrero (RJ 1996\866) y 10 de abril de 2001 (RJ 2001\2391) en la que se establece: "El médico no queda obligado a curar al paciente, sino a suministrarle las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia y esto es así por el componente aleatorio inherente a todo acto médico".

En síntesis, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha concretado los deberes médicos ante este tipo de obligación, en los siguientes:

- 1.- Deber de emplear todos aquellos métodos de la ciencia médica que conozca y estén a su disposición en el lugar de desarrollo del tratamiento o acto médico, es decir, se le exige una atención al paciente conforme a los niveles de

conocimiento de la ciencia que le sean exigibles. En este ámbito resulta imprescindible al tratarse de una ciencia afortunadamente en constante cambio y evolución, gracias al desarrollo investigador, científico y tecnológico, la actualización de ese saber del médico pues, en caso contrario, podría considerarse como obsoleto y ser susceptible de generar responsabilidad civil en este ámbito cuando se ocasione un daño al tener el deber de actuar conforme al estado actual de la ciencia. Si bien, siempre atendiendo a los medios de los que dispone y de los conocimientos que se le exigen.

2.- Se debe informar al paciente y, en su caso, a los familiares del diagnóstico de la enfermedad o lesión, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse, de los riesgos que del mismo pueden derivarse y si los medios disponibles son suficientes para que el paciente en su caso, pueda seguir el tratamiento en otro centro.

3.- Continuar el tratamiento del enfermo hasta que pueda ser dado de alta, advirtiéndole de los riesgos que puede suponer el abandono del mismo.

4.- En los supuestos de enfermedades o dolencias que puedan ser calificadas como crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos que resultan necesarios para evitar el agravamiento de la dolencia².

En el ámbito sanitario, en principio, la obligación - tal y como establece GALÁN CORTÉS³- es de actividad, diligencia y prudencia conforme al estado actual de la ciencia médica, pues intervienen factores aleatorios que no dependen en exclusiva de la conducta realizada por el médico sino que son ajenos a esta, no pudiendo garantizar el facultativo la completa curación del enfermo sino tan sólo de emplear aquellos medios y cuidados necesarios conforme al estado de la ciencia médica en ese momento. Es decir, actuar conforme a su *lex artis ad hoc*⁴.

²Vid. GÓMEZ RIVERO, M^a C ; SUCH MARTÍNEZ, J ; SILLERO CRAVETTO, B, *Responsabilidad Médica*. Tirant lo Blanch (Tratados), Valencia, 2013. Pág.147-155.

³ Vid. GALÁN CORTÉS, J.C , *Responsabilidad Civil Médica*. Thomson – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007. Pág.410.

⁴ Así lo señalan sentencias como, por ejemplo, STS 29 julio 1994 (RJ 1994/6937); STS 9 diciembre 1998 (RJ 1998/9427); STS 13 abril 1999 (RJ 1999/2583); STS 24 enero 2007 (RJ 2007/977).

Sin embargo, tal y como se analizará en los próximos apartados, existen supuestos excepcionales o especiales en los que se ha discutido por doctrina y jurisprudencia la obligación asumida por el facultativo, en función de si se trata del ámbito de medicina necesaria o curativa, o por el contrario, de la voluntaria o satisfactiva, exigiendo en este último caso, el concreto resultado al que se hubiera comprometido en la relación médico- paciente.

Es necesario destacar lo dispuesto en la STS de 23 octubre 2008 (RJ 2008\5789), en la que se establece: "Sobre la cuestión de la obligación de medios - obligación de resultado, no se resuelve en respuestas absolutas, dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias". Es decir, no existe un criterio absoluto, unitario y excluyente para distinguir un supuesto del otro y, por tanto, la consecuente responsabilidad civil exigible, debiendo estar a la concreta casuística.

2. Medicina voluntaria o satisfactiva

Resulta importante la distinción entre la medicina voluntaria o satisfactiva y la medicina necesaria o curativa al analizar la naturaleza de la obligación médica, pues tal y como pone de manifiesto la jurisprudencia, es esencial en orden a determinar cuestiones tales como el cumplimiento o incumplimiento, la responsabilidad y la carga de la prueba. La distinción entre ambos tipos de medicina está íntimamente relacionada con el tipo de obligación asumida por el médico (de medios o de resultado) y, por tanto, la responsabilidad derivada de la actuación del facultativo.

La medicina necesaria o curativa es aquella que tiene por objeto la curación de una enfermedad o alteración patológica que se presenta en una persona y, por tanto, la intervención médica en el paciente es de carácter necesario. En cambio, la medicina voluntaria o satisfactiva es aquella en la que el paciente decide voluntaria y libremente someterse a una intervención cuya finalidad no es la de sanar un cuerpo enfermo sino la de mejora física o estética como, por ejemplo, cirugía estética, tratamientos odontológicos no estrictamente curativos así como la de transformación de una actividad biológica, por ejemplo, anular la capacidad reproductora a través de tratamientos como vasectomías, ligaduras de trompas.

Tradicionalmente, se ha considerado por parte de la doctrina y jurisprudencia como excepción a la obligación genérica de medios asumida por el facultativo, la medicina voluntaria o satisfactiva como obligación de resultado, al entender que en la curativa la obligación del médico se asimilaría a un contrato de arrendamiento de servicios quedando obligado a realizar una determinada actividad. Sin embargo, en la medicina voluntaria, se aproximaría de forma notoria al contrato de obra en el que una parte se obliga a pagar unos honorarios a la otra por la realización de una obra comprometiéndose el profesional a la consecución de un resultado en el que si bien, no se puede garantizar de forma absoluta, sí se exige la proporción de una mayor garantía en su consecución.

Por otra parte, existen supuestos mixtos de difícil determinación de la naturaleza de la obligación, supuestos fronterizos en los que no resulta fácil la tarea de delimitar si se trata de medicina voluntaria o satisfactiva con la consecuente responsabilidad concreta que de cada ámbito se desprende.

A estos efectos cabe citar, por ejemplo, la STS 22 junio 2004 (RJ 2004\3958) en la que se estudia la reclamación formulada por una mujer de 35 años a la que le fue practicada una reducción mamaria para paliar sus dolores de espalda y, simultáneamente, obtener una mejora estética sufrió tras la misma, una necrosis con destrucción de la zona de la aureola de la mama izquierda. Al analizar el tipo de actuación médica y la naturaleza jurídica de la obligación del cirujano señala la sala el doble carácter de la obligación del facultativo al dictaminar que: "a la finalidad curativa de la intervención se añade la satisfactiva, participando entonces la prestación médica de un doble carácter de obligación de medios y de resultado".

Sin embargo, aunque se trata de un tema en el que tradicionalmente ha sido objeto de discusión o controversia, se ha producido una evolución jurisprudencial en la que se entiende que la medicina aunque sea voluntaria, al igual que la curativa, existen determinados elementos aleatorios ajenos a la voluntad y actuación del facultativo y que, por tanto, son susceptibles de producirse igualmente hubiera actuado o no el facultativo con toda la diligencia exigida por la *lex artis had hoc*, al tratarse de riesgos típicos o generales que no dependen de su conducta.

Muestra de lo anterior es, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2005 (RJ 2005\9332), en la que se establece: "La técnica quirúrgica, por más

sofisticada que haya llegado a ser en nuestros días, tiene siempre un componente, mayor o menor, de agresión a esa maravillosa, pero delicadísima, arquitectura que es el viviente humano. Actuar quirúrgicamente sobre el cuerpo humano es operar sobre un organismo cuyos puntos débiles (incluso con la tecnología de alto nivel de la que hoy se dispone) difícilmente pueden llegar a conocerse de antemano en su totalidad. No solo la genética heredada, también otros muchos datos, la educación misma recibida, el entorno en que el paciente ha vivido, y tantos otros condicionantes de su conducta y de sus respuestas incontroladas, hacen impredecible en un porcentaje mayor o menor cómo va a responder al acto médico que sobre él se lleva a cabo".

También la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\6460), expone con claridad que la distinción entre obligación de medios y de resultados, no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial. La responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al compromiso aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas.

Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual.⁵

Además, es necesario reseñar la reciente Sentencia del TS de 27 septiembre de 2010 (RJ 2010\5155) la cual establece que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos y complicaciones que

⁵ Vid. GÓMEZ RIVERO, M^a C ; SUCH MARTÍNEZ, J ; SILLERO CRAVETTO, B, *Responsabilidad Médica*. 2013. Pág.147- 155.

se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente, la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía como por ejemplo, hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas con la anestesia.

Si se dispusiera lo contrario, supondría poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva, en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aún garantizado, por la intervención, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad.

Ahora bien, adquiere especial importancia el deber de información al paciente en los supuestos de medicina voluntaria. Es decir, se exige en mayor rigor el cumplimiento de la obligación de informar al paciente de los riesgos que se pueden derivar de la actuación médica a la que va a ser sometido, con la finalidad de evitar que se silencien riesgos excepcionales que, de haber sido conocidos por el paciente podrían haber producido la abstracción de este a someterse a una intervención no curativa dado el mayor margen de decisión ante este tipo de intervenciones médicas que pueden resultar prescindibles.

III.- LEX ARTIS AD HOC

La responsabilidad civil médica constituye una expresión de la responsabilidad civil subjetiva, de modo que, producido un resultado dañoso, sólo será atribuible y, por tanto, responderá el personal médico tratante, cuando concurra culpa o negligencia por su parte, conforme al art.1902 C.C si es extracontractual o al art.1101 C.C si es contractual.

El parámetro de diligencia exigible cuya omisión constituye la culpa o negligencia susceptible de generar responsabilidad por el daño producido, se concreta en el criterio de la “*lex artis*” y de forma más específica, en la “*lex artis ad hoc*”.

La “*lex artis ad hoc*” se trata de una construcción jurisprudencial que se ha conformado en distintas sentencias a lo largo del tiempo siendo la más significativa la STS de 11 marzo 1991 (RJ 1991\2209) que la definió como “aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que

tienen en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos (estado del paciente, familiares, o de la organización sanitaria) para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”.⁶

La “*lex artis*” se configura como una norma de conducta que exige el buen comportamiento del profesional. En realidad, los médicos están sujetos en forma general a la “*lex artis*” y, de modo concreto a la “*lex artis ad hoc*”. Sin embargo, no puede ofrecerse una clara definición de esta “*lex artis ad hoc*” al tratarse de un concepto jurídico indeterminado que exige una conducta del médico conforme a los protocolos y normas de cada especialidad (si bien la *lex artis* no se agota en éstas) y, también por las circunstancias concretas del caso y del estado de la ciencia médica en ese momento, no pudiendo exigir la misma diligencia actualmente que hace 20 años. Resulta evidente que la medicina avanza rápidamente y que los medios y conocimientos actuales han cambiado al producirse numerosos avances.

Las características de las *lex artis*, siguiendo al Tribunal Supremo, son las siguientes:

- 1.-Se trata de una regla que permite medir la conducta descrita por el médico conforme a unos baremos que la valoran.
- 2.-Su finalidad es valorar la corrección o no del resultado de esa conducta médica o su conformidad con la técnica normal requerida, es decir, si la actuación médica en cuestión es adecuada a la generalidad de las conductas profesionales ante casos análogos.
- 3.-Los principios o normas de la profesión médica en cuanto que ciencia, se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor.
- 4.-El objeto sobre el que recae consistirá en un cierto acto como, por ejemplo, una determinada clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, dificultad de ejecución.

⁶ Vid. VÁZQUEZ LÓPEZ, J.E, “La <<lex artis ad hoc>> como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”. *Cuadernos de medicina forense*. 2010, N°3, págs. 179- 182.

5.-Se trata de una *lex artis ad hoc*, en el sentido de una ley que se concreta para cada acto médico, pues en la profesión médica aunque en un sentido general se aplica la *lex artis*, responde a las peculiaridades de cada caso que dependerán e influirán estos factores como, por ejemplo, el estado del enfermo.

PENNEAU⁷ establece que en el concepto de “*lex artis*” se debe incluir también:

a) Las normas deontológicas aprobadas en general por los Colegios profesionales y organización médica colegial.

b) Usos propiamente dichos que son constantes universalmente admitidas dentro de la medicina y respetadas por los miembros de la profesión, así como enseñadas en la facultades universitarias.

La falta técnica se produciría con la infracción de estos deberes reseñados, si bien es poco frecuente, pues en la mayoría de los supuestos consistirá en la infracción de un uso médico propiamente dicho, científico y no deontológico, siendo importante la opinión médica, y la prueba pericial en el proceso de responsabilidad civil.

Las denominadas prácticas de opinión, constituidas por teorías estimables y aceptadas también por gran número de médicos pero sobre las cuales la opinión científica pueda estar dividida no podrá constituir *lex artis* a los efectos de exigencia de responsabilidad civil. El TS ha insistido en la necesidad de la violación de la *lex artis* para que pueda reputarse responsabilidad civil del médico al igual que numerosas sentencias de diversas audiencias.

La observancia de la “*lex artis ad hoc*” consiste, por tanto, en la obligación del médico de efectuar todas aquellas pruebas necesarias conforme al estado de la ciencia médica en ese momento y a los protocolos y normas de cada especialidad, así como la obligación de actualizar esos conocimientos, de suerte que el diagnóstico erróneo por sí mismo no generará responsabilidad civil al médico correspondiente si se han empleado

⁷ FERNÁNDEZ HIERRO, J.M, *Sistema de responsabilidad médica*. Comares, Granada, 2002. Págs. 249-256.

los medios necesarios y disponibles tal y como señala la STS 6 Octubre de 2005 (RJ 2005\8763).⁸

En consecuencia, no es cuestionable el diagnóstico inicial por la evolución posterior del paciente cuando se hubieran empleado todos los medios disponibles y adecuados y se hubiera cumplido con lo dispuesto anteriormente, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le hubieran practicado. Así, realizadas todas las pruebas diagnósticas correctamente “Sólo el diagnóstico que presente una notoria gravedad o conclusiones absolutamente erróneas puede declarar la responsabilidad al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles”, Sentencia del Tribunal Supremo de 23 septiembre de 2004 (RJ 2004\5890).

En definitiva, la *lex artis* se constituye como un parámetro de conducta, más que una concreción de los deberes pues, en caso contrario, supondría admitir que se trata de una especie de “norma en blanco” con el peligro y consecuencias jurídicas que conllevan no sólo en materia civil, sino especialmente en materia penal.

IV.- RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL *VERSUS* RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad civil derivada de un resultado dañoso exigible al personal médico puede incardinarse en el ámbito de la responsabilidad civil contractual (art.1101 CC) o extracontractual (art.1902 CC).

Los daños causados, cuando exista previamente un contrato y se produzca la violación de uno de los elementos de éste, darán lugar a responsabilidad contractual. A *sensu contrario*, cuando el daño causado al paciente no se derive de un contrato al no haber previo acuerdo sobre la prestación de un servicio sanitario o, aun cuando existiendo éste, el daño ocasionado no se derive estrictamente del ámbito suscrito entre las partes o la acción que ejercita el paciente sea contra un facultativo o personal distinto de aquel

⁸ La STS 6 octubre de 2005 (RJ 2005\8763) señala que no cabe apreciar responsabilidad civil del facultativo cuando la confusión en el diagnóstico viene propiciada “por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad”.

que se ha acordado en el contrato para que realice el acto médico, será calificado como extracontractual.

Esta distinción es importante en cuanto a las diversas diferencias en el régimen jurídico que presentan cada una. Fundamentalmente en relación al plazo de prescripción de la acción, siendo el de la responsabilidad civil contractual de quince años y el de la responsabilidad civil extracontractual de un año conforme a los arts.1964 y 1968.2 CC respectivamente y, también, respecto de la existencia de solidaridad en la responsabilidad extracontractual.

Además, no sólo es posible la concurrencia de una u otra, sino también de ambas conjuntamente al existir en la responsabilidad médica aspectos contractuales y extracontractuales, en tanto que el médico no debe cumplir sólo las obligaciones derivadas del contrato cuando este exista, sino que también debe observar la obligación genérica de no dañar a otro denominado *alterum non laedere*.

En este ámbito coexisten distintas corrientes jurisprudenciales. Por un lado, aquella que considera que la responsabilidad contractual prevalece sobre cualquier otra responsabilidad y, por tanto, la extracontractual resultaría aplicable cuando el daño trae causa exclusiva en el incumplimiento del objeto del contrato (teoría de la absorción). En este supuesto no existe yuxtaposición de responsabilidades sino cuando más una duda inicial siendo la pretensión única.

Por otro lado, otra corriente jurisprudencial considera que ambas responsabilidades son diferentes y autónomas pero no incompatibles entre sí pudiendo concurrir ambas siempre que el perjudicado por la doble infracción sea la misma persona. En este caso será criterio del perjudicado la alternativa entre fundar la demanda como responsabilidad civil contractual o extracontractual (teoría de la opción).

Además, parte de la doctrina considera que aunque se recojan en los arts.1101 y 1902 CC como diferentes tipos de responsabilidad civil, ambos responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora (Resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos). Consideran que el órgano jurisdiccional no incurre en contradicción o incongruencia si el perjudicado plantea la demanda en base a responsabilidad contractual o extracontractual y el tribunal modifica esta calificación inicial. Esto es así porque la causa *pedendi* que con el *petitum* configuran la pretensión procesal se

constituye por los hechos y no por la fundamentación jurídica que no vincula en casos de culpa al tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, todo en base a la “Unidad de la culpa civil”.

Aunque exista también cierto sector de la doctrina que considere que la inadecuada invocación del tipo de responsabilidad sí podría conllevar la desestimación de la demanda, pues sino el tribunal podría incurrir en incongruencia, es cierto que la jurisprudencia tiende a flexibilizar el efecto subsanando en sede de sentencia, en aras a preservar los principios de indemnidad, tutela judicial efectiva y economía procesal de la errónea fundamentación jurídica.

Sin embargo, en determinados supuestos resulta arduo distinguir o delimitar si se trata de responsabilidad civil contractual o extracontractual. Así, autores como FERNÁNDEZ HIERRO ⁹entienden que “Se debe, por razones de equidad y de justicia de fondo, y por la dificultad de distinguir la procedencia de una acción o de otra en ciertos supuestos reales como, por ejemplo, el médico forzado a auxiliar una víctima inconsciente y a la que después este le encarga la continuación del tratamiento, admitir la posibilidad de acumular al menos en supuestos conflictivos ambas acciones”.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria sí admite la acumulación de ambas y, en la práctica es ordinario que las demandas acumulen ambas pretensiones de responsabilidad contractual o extracontractual subsidiariamente, al reconocer la dificultad existente para dilucidar si se trata de uno u otro tipo de responsabilidad.

V.- EL DEBER DE INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. Naturaleza

El deber de información y, el consecuente consentimiento informado, consisten en un presupuesto de la *lex artis* cuyo incumplimiento podrá ser causa generadora de responsabilidad civil médica cuando se materializan los riesgos típicos respecto de los

⁹ VÁZQUEZ BARROS, S, *Responsabilidad civil de los médicos*. Tirant lo Blanch (Tratados), Valencia, 2009. Págs. 44-65.

cuales el paciente no ha sido informado. Así lo señala la STS 2 octubre de 1997 (RJ 1997\7405) cuando dispone que: “un elemento esencial de la *lex artis ad hoc* es el de la obligación de informar al paciente”.

El art.2.6 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, establece que todo profesional que interviene en el acto médico no sólo está obligado al correcto desempeño de sus funciones sino también, al cumplimiento, entre otros, del deber de información.

En esta misma línea, el art.4 Ley 41/2002 recoge el derecho de información del paciente que, a su vez, constituye un deber médico. Este precepto señala que los pacientes tienen derecho a conocer con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley.

Los arts.8-10 de la citada Ley aluden al consentimiento informado. Estos preceptos establecen la obligación de obtener, antes de que el paciente se someta a la intervención médica, el consentimiento del paciente en relación a esa intervención con respecto a la cual ha sido informado.

Se trata, por tanto, de un requisito previo. El médico no puede sin el consentimiento del paciente, como consecuencia de ese deber de información y del consiguiente consentimiento, realizar una intervención médica que no ha devenido como necesidad o daño inmediato o de urgente necesidad, de modo que si el paciente desconoce *ex ante* los riesgos no los puede asumir. En este supuesto el médico incurrirá en una acción u omisión culposa, siendo el propio facultativo quien asume los riesgos de la intervención y no el paciente a quien corresponde recibirlo y prestar su consentimiento.

2. Titular del derecho de información

El titular del derecho de información –siendo éste personalísimo- será el propio paciente que se somete a la intervención médica tal y como señala el art.5 de la citada ley.

Sin embargo, se pueden producir determinados supuestos problemáticos. Si el paciente no tuviera capacidad para entender o recibir la información como consecuencia de su estado se proporcionará a sus familiares o a personas vinculadas de hecho y, también, cuando se encuentre en el denominado estado de necesidad terapéutico, es decir, cuando por razones objetivas el conocimiento por parte del paciente de su propia situación puede perjudicar su salud de manera grave. Pero deberá ser interpretado de una forma restrictiva. Por consiguiente, deberá basarse en razones legítimas y en el propio y único interés del paciente, de modo que, sólo cuando pueda generarle un daño grave e irreversible en su salud se podría amparar el facultativo en esta limitación de la información¹⁰.

Es ejemplificativa de este estado de necesidad terapéutico, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 marzo de 2004 (RJ 2004\2323), en la que una paciente que había sido intervenido en varios supuestos por un carcinoma interpuso demanda en la que el tribunal declaró que fue adecuada la información pues, “cabe que los familiares ocultasen, con la mejor intención, el alcance de la gravedad de la enfermedad de la recurrente”.

Además, la propia ley recoge en el art.9.2 excepciones a la información y consecuente consentimiento de la actuación médica; excepciones que son las siguientes:

-Cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas en la ley.

-Cuando exista riesgo grave para la integridad física o psíquica del paciente y no fuera posible recabar su autorización consultando, en su caso, a sus familiares o personas vinculadas de hecho al enfermo¹¹.

Por último, cuando el paciente esté legalmente incapacitado el consentimiento será otorgado por su representante legal; y otro tanto ocurrirá cuando sea menor de edad.

¹⁰ Así lo señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre de 2003 (RJ 2003/6065).

¹¹ Vid. DE FUENTES BAJARDÍ, J, *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009. Págs. 416- 419.

3. Responsable de la información

El art.4.3 de la Ley de Autonomía del Paciente, establece que “el médico responsable del paciente le garantizará el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atienden durante el proceso también serán responsables”. Este precepto en el que se atribuye tal obligación fundamentalmente al médico responsable ha sido criticado por autores como, por ejemplo, DE ÁNGEL YAGÜEZ, quien considera desafortunada la inclusión de este como responsable en la ley.

Los argumentos que sostienen algunos autores como el citado es que ese médico no le tratará en ciertas fases de su proceso clínico, siendo en esos casos los especialistas médicos concretos quienes deban de informar al paciente por ser quienes mejor conocen las técnicas médicas a las que va a ser sometido el paciente, no siendo razonable esta exigencia completa al médico responsable del Servicio. El médico responsable deberá propiciarla pero no podrá garantizarla, sino que corresponderá a los especialistas concretos que vayan a efectuar la intervención médica¹².

También lo ha señalado la jurisprudencia, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8126), en relación a un médico otorrino que no proporcionó la información al paciente necesaria sobre los riesgos de la intervención a la que iba a ser sometido y de las alternativas de las que disponía el enfermo. El paciente sufrió, como consecuencia de la intervención, una cofosis del oído y, el tribunal consideró que el deber de información es “de cargo directo y personal del facultativo que va a realizar la intervención, pues debe conocer la trascendencia y alcance de la misma, detallando las técnicas disponibles”.

Incluso se ha señalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no sólo responderá el médico responsable y, en su caso, el facultativo especialista, sino que también responderá en su caso, el Centro Hospitalario, en sentencias como STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3) o sentencia de 16 octubre de 1998 (1998/7565).

¹² GALÁN CORTÉS, J.C, *Responsabilidad civil médica*. 2007. Pág. 278.

4. Contenido y tiempo

El art.10 de la Ley 41/2002 señala que se deberá proporcionar al paciente la siguiente información básica antes de recabar su consentimiento:

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

El paciente la recibirá antes de someterse al acto médico en cuestión y deberá mantenerse durante el tiempo que dure el tratamiento. En concreto, el art.8.2 de la Ley de Autonomía del Paciente establece que el consentimiento será prestado por el enfermo recibida la información cuando hubiera valorado las opciones propias del caso.

De este precepto se infiere la exigencia de que la información se proporcione con el tiempo necesario para que el paciente pueda reflexionar sobre la información que ha recibido y, poder prestar, en su caso, el consiguiente consentimiento. Así, ha sido señalado por autores como GUERRERO ZAPLANA quien considera que proporcionar la información al paciente sin el tiempo necesario para que pueda madurar y reflexionar sobre su decisión equivale a privarle de información¹³.

La finalidad del deber de información al paciente no es otra distinta que la de ofrecerle el derecho a decidir sobre la propia intervención o sobre tratamientos alternativos que, en su caso, se le proporcione o se le informe de su existencia ponderando los riesgos inherentes del propio acto médico y de sus intereses. En definitiva, de valorar todas las circunstancias teniendo toda la información para que pueda decidir libremente y prestar su consentimiento para someterse al acto médico en cuestión.

¹³ Vid. GUERRERO ZAPLANA, J, *El consentimiento informado: Su valoración en la jurisprudencia*. Lex Nova, Valladolid, 2004. Pág.96.

En consecuencia, se exige que la información sea objetiva, veraz, completa y asequible¹⁴ para que el paciente pueda prestar su consentimiento libre, pues no se puede proporcionar cuando se desconocen todos los elementos y riesgos de la intervención médica.

Ahora bien, ese grado de exigencia variará en función de si se trata de medicina necesaria o de medicina voluntaria, revistiendo mayor intensidad en esta última por el superior margen de decisión que tiene el paciente para asumir la intervención y sus consecuencias¹⁵. De este modo, cuando se trata de medicina necesaria se exige el deber de informar de los riesgos que de la intervención se pueden derivar, pero no de forma detallada con respecto a aquellos que tienen la condición de atípicos, de aquellos que no se suelen producir con prácticamente ninguna frecuencia o no ser propios o específicos de la actuación médica salvo en casos de extraordinaria gravedad.

En cambio, cuando se trata de medicina voluntaria, la información sí debe proporcionarse de una forma más detallada, pues existe un margen mayor de decisión del paciente quien se somete a la intervención médica de carácter prescindible o de necesidad relativa. En estos supuestos, se debe informar de todos los riesgos derivados de la actuación médica, del pronóstico sobre la probabilidad de éxito y de fracaso, así como, cualquier complicación que se pudiera derivar y las posibles secuelas que pueda tener el paciente independientemente de su frecuencia.

5. Forma

La regla general, al amparo del art.4.1 Ley 41/2002, es que la información se prestará verbalmente. Pero, aunque la forma sea verbal, al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria (STS 29 mayo 2003, RJ 2003\3916) y si no quedase constancia escrita, ello no significa que la información no se hubiera proporcionado¹⁶.

¹⁴ Vid. BELLO JANEIRO, D, *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*. Reus, Madrid, 2013.

¹⁵ STS de 29 octubre de 2004 (RJ 2004/7218). Pág. 82.

¹⁶ Así lo señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 mayo de 2003 (RJ 2003/6065).

Resulta necesario aludir a los denominados formularios de consentimiento utilizados con cierta habitualidad en las intervenciones médicas para proporcionar la información al paciente. En algunos supuestos, los formularios específicos para ciertas intervenciones o patologías y debidamente personalizados resultan acertados por cuanto facilitan al médico la labor de información y, al paciente para recibirla y prestar su consentimiento.

Sin embargo, en otros supuestos no alcanzan esa finalidad, sino que lo que se pretende es facilitar la carga probatoria del consentimiento y la protección frente a posibles futuras demandas, no centrándose en la propia finalidad que se debe perseguir. Es decir, informar al paciente de los riesgos y consecuencias para que este valore la intervención y decida conforme a la información que se le hubiera suministrado.

Así lo ha señalado la jurisprudencia, por ejemplo, en sentencias como la del Tribunal Supremo de 27 abril de 2001 (RJ 2001\6891), en relación a un embarazo de la actora quien se había sometido anteriormente a una ligadura de trompas y a la que no se le informó de la posibilidad de embarazos posteriores. Señala la Sala que la información proporcionada a la paciente no reúne los requisitos necesarios para considerarse como suficiente y correcta, pues únicamente se acreditó que la paciente y su marido firmaron un documento del Hospital de carácter genérico. Es decir, era un documento general para toda clase de intervenciones sin especificar los concretos riesgos y alternativas de la intervención a la que se iba a someter y, sobretodo, de la posibilidad de quedarse embarazada. De este modo, ese documento no servía para probar que la paciente hubiera recibido la información en la forma correcta y concreta exigida por la Ley.

También es ilustrativa, la Sentencia Audiencia Provincial de Asturias de 4 noviembre de 2002 (AC 2002\1926), en relación a una reclamación formulada por un paciente intervenido de un quiste parafaríngeo, quien después de esa práctica fue intervenido de urgencia por hemorragia, quedándole como secuelas la afección de los pares craneales. En este caso, la audiencia consideró que sólo existía el documento de la historia clínica del paciente con una anotación sobre el tipo de intervención y firma del consentimiento y, por tanto, con esas anotaciones no se podía estimar que se hubiera cumplido con el requisito de proporcionar la información suficiente, en la que aunque se señalase el tipo de intervención, no se explicaban los riesgos ni complicaciones posibles datos necesarios para poder formular un consentimiento libre y voluntario exigido por la ley.

En relación al consentimiento que debe prestar el paciente como consecuencia de la información que ha recibido, se prestará como regla general, al igual que la información, de forma verbal salvo en las excepciones establecidas en el art.8.2 de la citada Ley. En concreto será en los siguientes supuestos:

- Intervención quirúrgica.
- Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.
- Procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

No será necesaria la obtención de ese consentimiento, excepcionalmente, cuando se trate de actos o intervenciones médicas indispensables para la integridad física o psíquica del enfermo o cuando exista riesgo para la salud pública y no sea posible la obtención del consentimiento por parte del paciente.

6. Carga de la prueba del cumplimiento del deber de información

En relación a la carga de la prueba, es unánime en la doctrina y jurisprudencia a la hora de entender que es al médico a quien corresponde la carga de la prueba del cumplimiento del deber de informar al paciente. Esta línea se basa en considerar que el médico se encuentra en una situación más favorable y, por consiguiente, es quien puede probar si se ha cumplido o no con ese deber.

Si en relación a esta circunstancia, existiese duda o no se hubiera probado completamente el deber de informar, no podrá perjudicar a la parte que no le corresponde la carga de la prueba, es decir, perjudicará al facultativo y no al paciente¹⁷.

Pero, para que pueda apreciarse falta del deber de información y consentimiento viciado, en su caso, será necesario que se hubiera alegado en la demanda. Es decir, la línea jurisprudencial mayoritaria sostiene que no se permite la apreciación de oficio de la falta de este deber o consentimiento informado debiendo ser alegado por el recurrente para que pueda ser estimado. Sin embargo, alguna sentencia ha estimado de oficio la

¹⁷ GALÁN CORTÉS, J.C, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Civitas, Madrid, 2001. Pág. 65.

falta de prueba como, por ejemplo, la STS de 7 junio de 2002 (RJ 2002\4981), en relación a una reclamación por pérdida de visión de un ojo de una paciente que fue operada de cataratas. En dicha resolución aunque fue desestimatoria por fuerza mayor, señala un ponente que se introdujo un hecho nuevo, la falta de consentimiento informado, no alegado por la recurrente, considerando que la sentencia adolecía de vicio de incongruencia por alteración de la *causa pedendi*.

VI.- TIPO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: ¿SUBJETIVA U OBJETIVA?

El art.1902 CC aplicable a esta materia señala que el que por acción u omisión causare daño a otro está obligado a repararlo. De este precepto, no sólo aplicable al ámbito de la responsabilidad civil sanitaria, se desprende la regla de la responsabilidad civil subjetiva.

La responsabilidad civil subjetiva es aquella en la que el causante del daño responderá cuando hubiera actuado con culpa o negligencia en la provocación del daño, quedando descartados, por tanto, los supuestos de caso fortuito y de fuerza mayor. Es decir, cuando no hubiera podido preverse o, pudiendo ser previstos, fueran inevitables (art.1105 CC).

Frente a este tipo de responsabilidad civil existe la denominada responsabilidad civil objetiva. La responsabilidad objetiva es aquella en la que el agente del daño responderá aunque no hubiera intervenido culpa o negligencia en la provocación de este.

El citado precepto ha experimentado, desde la doctrina y la jurisprudencia, cierta “objetivización” en las últimas décadas (aunque se ha ido suavizando en los últimos años) apoyado en la teoría del riesgo. La teoría del riesgo tiene como finalidad proteger a aquellas personas que participan en una actividad de peligro imponiendo a quienes se benefician de los resultados de esas actividades que entrañan peligro, el deber de sufragar las consecuencias dañosas en base al principio *cuius commoda, eius incommoda*¹⁸, a modo de contrapartida del lucro obtenido por esa actividad.

¹⁸ Vid. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *Derecho de daños*. Bosch, Corte D'Urgell (Barcelona), 2009. Pág. 207.

Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad civil médica, ya se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, no rige esta “objetivización” (sin olvidar que el precepto exigía culpa o negligencia). Es decir, la responsabilidad civil médica es de tipo subjetivo, de modo que será el propio perjudicado quien deba probar que el médico no actuó con toda la diligencia que le era exigible conforme a la *lex artis ad hoc* o de forma culposa y, que el resultado dañoso padecido por el perjudicado se debe a esa conducta culposa o negligente.

El art.1104 CC establece en que consiste la culpa expresamente y dispone que: “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, tiempo y lugar. Cuando la obligación no expresa la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”. En este supuesto será la diligencia establecida por la *lex artis ad hoc*.

La responsabilidad civil subjetiva, por tanto, es el tipo de responsabilidad que rige en este sector, sin perjuicio de la posible flexibilización en la carga de la prueba que permiten figuras como, por ejemplo, la doctrina del daño desproporcionado o la prueba *prima facie*.

También, en relación a la obligación de resultado y no de medios que puede asumir el facultativo en determinados ámbitos de la medicina, sentencias como, por ejemplo, la STS 13 abril de 1999 (RJ 1999/2611) y la STS 2 diciembre de 1997 (RJ 1997/8964), establecen que cuando la obligación es de resultado su no consecución determina una presunción de culpa del deudor que este deberá rebatir. Es decir, debe mediar culpa o negligencia, pero, será el facultativo quien deba rebatir esa presunción y determinar que sí actuó con la diligencia exigida (aunque las últimas evoluciones jurisprudenciales afirman que no se puede establecer una obligación de resultado en el ámbito sanitario).

Además, en sede contractual, la doctrina mayoritaria entiende que el incumplimiento en sí mismo exime al acreedor de la prueba de la culpa por parte del deudor, lo que podría aproximar a la responsabilidad civil objetiva.

Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia no han sido favorables a la estimación del criterio de responsabilidad civil objetiva, basándose en que equivaldría a extender a cada ciudadano un seguro de vida contra el médico que le atendió en su última

enfermedad y, a favor de sus herederos, lo que supondría cambiar totalmente las bases actuales en materia de responsabilidad civil.

Se ha planteado la posibilidad de aplicar el principio de incumplimiento contractual, la teoría de prestación defectuosa y la acción de cumplimiento contractual a la obligación del médico, lo que significaría la falta de necesidad de prueba de culpa por parte del perjudicado, pero para aplicar esta sería necesario que se tratase de una obligación de resultado y no de medios¹⁹.

VII.- REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

1. Acción del agente

1.1 Acción u omisión

Para que se pueda derivar responsabilidad civil es necesaria la existencia de una acción u omisión humana que será la causa directa del daño producido, pues una causa natural no será suficiente para comprometer la responsabilidad civil.

Tal y como señala FERNÁNDEZ HIERRO, el que la acción u omisión humana, que tanto vale una como otra, sea o no culpable, será tema aparte y lo mismo sucederá con la existencia de causas que, como el caso fortuito y la fuerza mayor, puedan exonerar de culpa. Pero, a los efectos del requisito examinado (Acción u omisión) cualquier actuación o falta de obrar en el agente puede considerarse válida. Por tanto, será suficiente para cumplir con este requisito, cualquier acción u omisión de un ser humano con independencia de si esa actuación fue o no voluntaria, mediata o inmediata.

El carácter de conducta activa y omisiva se deriva del propio art.1902 CC y, además son numerosas las sentencias en que la Jurisprudencia ha declarado la responsabilidad del facultativo por conductas omisivas (Siempre que sean negligentes y se cumplan el resto de requisitos necesarios para reputar responsabilidad civil). Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 julio de 1990 (RJ 1990/5780), en la que el tribunal declaró la responsabilidad del centro sanitario por haber denegado la asistencia médica a un paciente grave que falleció posteriormente en el traslado a otro centro.

¹⁹ FERNÁNDEZ HIERRO, J.M, *Sistema de responsabilidad médica*. 2002. Pág. 52.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 marzo de 2001 (RJ 2001/3986) que declaró la responsabilidad del facultativo por la ceguera sufrida por un recién nacido a causa de la pasividad profesional, al dejar evolucionar espontáneamente y de forma anómala y descontrolada una retina inmadura, de modo que se debieron haber realizado exploraciones oftalmológicas para poder aplicar el tratamiento oportuno.

También, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 junio de 2008 (RJ 2008/4257) en el que un paciente contrajo una infección hospitalaria en una intervención quirúrgica a la que fue sometido, declarando la responsabilidad de los facultativos al haber omitido las medidas de esterilización correspondientes y por el incumplimiento de los deberes relativos a los controles necesarios para evitar el daño.

Parte de la doctrina confunde los conceptos de acción y acción culposa. Esto no es correcto jurídicamente, pues una cosa es que exista una actuación humana y otra distinta es que esa actuación sea culposa o negligente.

Ambos conceptos han sido diferenciados por la doctrina jurisprudencial mayoritaria entendiendo que existe una conducta inicial del agente como causante de los daños producidos, salvo en aquellos supuestos en que la ley lo exime expresamente.

Incluso parte de la doctrina considera que no se trata de un elemento necesario al existir supuestos en que se presume la culpa o negligencia del agente. Ahora bien, salvo los supuestos de responsabilidad objetiva (Muy limitados en el ordenamiento jurídico español) se parte siempre de una conducta humana, aun cuando se presuma esta actuación o su culpabilidad o negligencia. Así, aunque en la práctica para favorecer la acción del perjudicado pueda presumirse la culpa o invertirse la carga de la prueba, no por esto desaparece la distinción entre ambos preceptos, sigue exigiéndose la conducta humana del agente.

1.2 Conducta antijurídica

En principio, cuando un sujeto causa daño a otro se presume antijurídica esa acción. Así lo señala la doctrina²⁰ y la jurisprudencia en sentencias, como por ejemplo, la del Tribunal Supremo de 11 febrero de 1993 (RJ 1993/1459): “La antijuridicidad no penal

²⁰ FERNÁNDEZ HIERRO, J.M, *Sistema de responsabilidad médica*. 2002. Pág. 71.

se funda en la violación del principio de *alterum non laedere* y no precisa la infracción de norma concreta”.

La antijuridicidad del acto hace referencia a que este acto es ilícito. Es decir, consiste en aquel acto que contraviene un precepto legal prohibitivo o imperativo que en el ámbito de la responsabilidad civil médica puede estar constituido por el deber genérico de *alterum non laedere*, aunque con cierta frecuencia estará constituido por la violación de un deber legal concreto, como por ejemplo, el deber sanitario de prestar asistencia a un paciente.

El requisito de la antijuridicidad en realidad no determina en qué supuesto se produce la responsabilidad por el daño causado, sino en qué casos no existe responsabilidad al concurrir alguna de las causas de justificación admitida en este ámbito del ordenamiento jurídico.

PUIG BRUTAU²¹ considera además, que no es necesario probar la ilicitud de la conducta del agente, pues esta se presume, de modo que vuelve a plantearse el problema sobre la existencia de causas de justificación o exoneración de la responsabilidad civil.

La jurisprudencia ha señalado la necesidad de la existencia de una conducta antijurídica para que pueda apreciarse responsabilidad civil. A modo ejemplificativo, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 febrero de 1993 (RJ 1993/1251) establece que: “la responsabilidad extracontractual que establece el art.1902 CC viene condicionada por la exigencia de que el acto dañoso sea antijurídico por vulneración de la norma, aun la más genérica (*alterum non laedere*), protectora del bien agraviado”.

En relación a esas causas justificativas de la responsabilidad y admitidas por la doctrina y jurisprudencia, son las de consentimiento del ofendido, estado de necesidad, legítima defensa y ejercicio del propio derecho, pues se ha venido entendiendo que quien hace uso de su derecho no es responsable de los daños que pudiera causar a otra persona.

Sin embargo, en materia de responsabilidad civil médica parte de la doctrina critica estas causas de justificación, pues difícilmente se puede apreciar su existencia en el ámbito de la responsabilidad civil médica. Otro sector considera, que en realidad lo

²¹ VÁZQUEZ BARROS, S, *Responsabilidad civil de los médicos*. 2009. Pág. 335.

determinante de la responsabilidad es la observancia de la existencia o no de culpa en la actuación del agente y no en lo que se refiere a la antijuridicidad del acto en sí.

Si bien, sí suele aceptarse la causa de consentimiento del ofendido, la cual privaría al paciente de cualquier actuación judicial contra el facultativo como consecuencia de las lesiones sufridas a causa de una intervención quirúrgica o tratamiento prescrito. El consentimiento del ofendido precisa el pleno conocimiento por el paciente de las circunstancias de la intervención y no puede exonerar de cualquier responsabilidad al médico quien sigue sometido a las reglas de la *lex artis*.

2. Culpa o negligencia

2.1 Introducción

Como es sabido, el art.1902 C.C establece que “el que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a repararlo”. De esta forma, para la existencia de responsabilidad civil y, por consiguiente, la reparación del daño causado, es necesario que la actuación del agente dañoso sea culpable o, al menos, negligente.

La culpa, por tanto, se convierte en el criterio de imputación de la responsabilidad y en el presupuesto indispensable para la existencia de responsabilidad médica.

Así, la responsabilidad civil médica (sea de tipo contractual o extracontractual) se debe fundamentar en un reproche culpabilístico, pues en el ámbito de la medicina confluyen diversos elementos aleatorios que desaconsejan acudir a la responsabilidad objetiva. Esto significaría una carga para los médicos de tal entidad que acabaría perjudicando al paciente.

2.2 Culpa médica

La culpa, tradicionalmente, ha sido definida por la casi generalidad de la doctrina como “la omisión de la debida diligencia basándola en la ausencia de la obligación de incumplir o trasgredir la obligación”.

Por ejemplo, CASTÁN ha señalado que la culpa es la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación. El propio Tribunal Supremo, en relación al art.1104 CC la ha definido como: “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”.

Se debe partir de que la culpa y negligencia médica son supuestos idénticos de falta de diligencia debida. Sin embargo, el problema se encuentra en la determinación de cuándo el médico no actuó diligentemente.

Para ROMEO CASABONA la culpa médica consiste en la infracción del deber objetivo de cuidado.

ATAZ LÓPEZ sostiene que la culpa es: “la infracción por parte del médico o del cirujano de algún deber propio de su profesión y, más concretamente del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar”.

FERNÁNDEZ HIERRO establece que: “la culpa médica consistirá en la falta de diligencia o previsión que acarree la infracción de alguno de los deberes médicos. En definitiva, la culpa médica es la culpa que el profesional de la medicina comete infringiendo las reglas que regulan el funcionamiento de la misma, de la denominada *lex artis* o *lex artis ad hoc*”.

Resulta necesario determinar en base a qué se mide esa diligencia de la *lex artis ad hoc* en la responsabilidad civil médica.

El propio art.1104 CC alude como medida de la responsabilidad a la del buen padre de familia. Si bien, en el propio ámbito de la responsabilidad sanitaria la doctrina ha sido partidaria de mantener una responsabilidad específica que corresponde a la del “buen profesional o buen médico” como modelo a seguir, pues la actividad médica se asienta sobre un conocimiento especializado y propio de un experto o perito, por eso, le es exigible la diligencia de un experto, es decir, del buen profesional o médico.

Finalmente, existen especialistas en la materia para quienes ²² la específica diligencia exigida al médico en el cumplimiento de sus obligaciones debe ser medida por la

²² CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *Derecho de Daños*. 2009. Pág. 203.

conducta de un especialista medio perteneciente a su especialidad o categoría profesional. De modo que, la culpa médica puede tener su origen tanto en la omisión de la diligencia debida como en la carencia por parte del facultativo de aquellos conocimientos teóricos o prácticos necesarios para el correcto desempeño de su profesión.

Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 noviembre de 1999 (RJ 1999\8057) establece que: “ Cuando la prestación tiene contenido técnico es donde entra en juego la *lex artis ad hoc* , en este sentido, el criterio para determinar si la actuación del médico ha sido cuidadosa no es el ordinario, el de la persona media normalmente diligente, sino otro técnico, el del buen profesional del ramo, o sea, el relativo a la diligencia empleada por el buen especialista, que se deriva de su específica preparación científica y práctica, siempre desde la óptica del estado actual de la ciencia”.

No obstante, esa diligencia cualificada que se le exige al médico deberá de valorarse atendiendo a la naturaleza de la actividad, al grado de progreso de la ciencia y de las técnicas sanitarias en el momento en que se produjo tal actuación.

Resulta necesario distinguir en este ámbito, la culpa del error médico, definido como la falta que realiza un médico cuando actúa de forma correcta y diligente pero que llega a una conclusión no correcta, con la consiguiente causación de un daño o peligro al paciente.

En principio, el error de diagnóstico no compromete la responsabilidad civil. Como se ha expuesto la diligencia exigible es la de la *lex artis ad hoc* y deberá valorarse conforme a los criterios anteriormente expuestos (naturaleza, ciencia médica, etc).

Así, sólo el error de diagnóstico que pueda ser calificado o como grave o sea inexcusable, de modo que otro médico no hubiera llegado a esa conclusión podrá generar responsabilidad civil o penal, en su caso. Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 1991 se analiza un supuesto en el que se produce un fallecimiento por considerar no necesario su hospitalización por vómitos siendo calificado de gastroenteritis por dos médicos. Sin embargo, la causa del fallecimiento fue una apendicitis que había sido diagnosticada inicialmente por el primer médico que dio su diagnóstico.

En cambio, la sentencia de la Audiencia de Oviedo de 20 noviembre de 1986 no considera el error de diagnóstico afectando a una leucemia que padecía la víctima, fuera causa ineludible de su fallecimiento, ni que dedujera responsabilidad civil al facultativo.

2.3 Teorías doctrinales

Se han ido desarrollando diversas teorías en relación a la culpabilidad en la responsabilidad civil médica.

Una primera teoría, sostenía la irresponsabilidad absoluta del profesional de la medicina en las actuaciones médicas o técnicas, si bien, tanto doctrina como jurisprudencia no la apoyan.

También encontramos, la teoría que distinguía entre los diferentes grados de culpabilidad. Así, ésta se basaba en la culpa lata, distinguiendo entre la culpa profesional del médico y la culpa en que hubiera podido incurrir el médico como cualquier otro sujeto. De modo que, respondería conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil en el supuesto de que incurriera en responsabilidad civil como otra persona pero, en el caso de que la falta fuera profesional, sólo respondería en el caso de culpa lata, es decir, en caso de culpa grave. Esta teoría ha sido criticada en base a argumentos como que la admisión de la responsabilidad del profesional médico sólo en unos supuestos (caso de culpa grave), frente a la responsabilidad total de los demás profesionales vulneraría el principio de igualdad recogido en el art.14 CE.

El Tribunal Supremo ha señalado la posibilidad de apreciar la culpa en cualquiera de sus grados incluida la levísima (culpa lata, leve o levísima), por ejemplo, en la sentencia de 11 marzo de 1991 (RJ 1991\2209). Así, ya no se suscita cuestión alguna sobre si se puede exigir diferentes grados de culpabilidad al facultativo.

La teoría que actualmente se admite mayoritariamente es la de responsabilidad total del médico por las faltas que hubiera cometido en el ejercicio de su profesión. Por ejemplo, por LLAMAS POMBO, FERNÁNDEZ HIERRO, ATÁZ LÓPEZ y, también, por la jurisprudencia. No se trata de responsabilidad absoluta, sino que el médico responderá en sus actuaciones cuando hubiera intervenido culpa o negligencia y hubiera

causado un daño con tal actuación, siempre que no concurren circunstancias limitativas que puedan exonerar al médico de la responsabilidad civil correspondiente.

Esta teoría ha sido criticada por considerar que puede limitar la actuación del médico o de impedir el progreso de la medicina. Sin embargo, los autores a favor, sostienen que no limita en caso alguno la libertad de actuación del médico, pues para que pueda prosperar la acción de responsabilidad civil será necesaria una acción culposa del médico que cause un daño y, también, que no concurren las causas de exoneración posibles, pues no se trata de una responsabilidad absoluta.

2.4 Culpa y dolo

El art.1269 CC define el dolo como la actuación del contratante que, con palabras o maquinaciones insidiosas, induce a otro a otorgar un contrato que si no, no se hubiera celebrado. Sin embargo, sólo alude al dolo en la responsabilidad contractual y no en la extracontractual y, además tampoco existe una definición en el texto legal relativa a la culpa.

Por tanto, la distinción entre los conceptos de culpa y dolo civil sólo se efectúa en sede de responsabilidad contractual y no extracontractual, pues el art.1902 CC sólo alude expresamente a la culpa o negligencia pero no al dolo, aunque determinados autores, entienden que en este precepto también se incluye el dolo y, por tanto, pueda exigirse responsabilidad en base a ambos conceptos.

La doctrina ha señalado que la culpa consiste en una actuación negligente de la persona y el dolo, en cambio, consiste en una actuación voluntaria y deliberada de dañar a otra persona.

Sin embargo, la regla general es la culpa o negligencia debiendo descartar el dolo, pues en esos casos constituirá el correspondiente ilícito penal, salvo en los denominados cuasidelitos contemplados en el propio Código Civil y, así lo ha expresado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual señala que en todo acto médico se debe descartar por principio, salvo prueba evidente, la actuación dolosa del facultativo²³.

²³ Así lo señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 marzo 1991 (RJ 1991/2209).

2.5 Responsabilidad por acción negligente de un tercero

El médico, en principio, responde de sus actos culposos o negligentes causantes de un daño al paciente. Sin embargo, en determinados supuestos responde de actuaciones de terceros tal y como señala el propio art.1903 CC: “La obligación que impone el art.1902 CC es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder (...)”.

Esta obligación de responsabilidad de tipo indirecto, es decir, aquella que surge como consecuencia de hechos de un tercero, supone que el causante material del daño y el agente obligado a responder son sujetos distintos basándose en la culpabilidad. Pero, en este caso, se trata de la denominada culpa *in vigilando*, es decir, por falta de la vigilancia debida y/o de la denominada culpa *in eligendo*, es decir, por no haber elegido correctamente.

También afirma este precepto, *in fine*, que la responsabilidad a la que alude este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon la diligencia de un buen padre de familia.

Además, sin entrar en la posible responsabilidad del centro médico u hospitalario, es necesario aludir a la posibilidad de la acción de repetición que tendría el supuesto facultativo que respondería del acto de un tercero, por ejemplo, en el caso de los MIR o cuando, no estando circunscrito a sus propias funciones, pudiera o debiera haber apreciado la negligencia del otro o estuviera bajo su supervisión, conforme al art.1903 CC.

3. Daño

3.1 Concepto y requisitos

El daño es, obviamente, un elemento esencial e indispensable para la posible existencia de responsabilidad civil.

Tal y como señala SANTOS BRIZ, el daño se puede definir como “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y de la cual haya de responder otra²⁴”.

RIVES SEVA distingue entre daños biológicos, daños patrimoniales y daños morales. Los daños biológicos serían aquellos que se derivan de la intervención médica, el daño a la integridad física o psíquica, cualquier alteración somática o psíquica que de una forma u otra, perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre o menoscabe la integridad personal del afectado. El daño patrimonial consistiría en la incidencia de ese perjuicio sobre el haber material o físico del sujeto afectado. Los daños morales serán los valores, sentimientos o sensaciones relacionados con el dolor, afición o preocupación²⁵.

Sin embargo, no puede obviarse que, conforme a una reiterada jurisprudencia, la determinación del *quantum* indemnizatorio y, por tanto, también el daño causado, es una cuestión exclusivamente sometida al criterio del Tribunal de instancia, lo que ha supuesto que el Tribunal Supremo no haya tratado gran parte de los problemas fácticos relativos al perjuicio, pues sólo se pronunciará en este sentido, cuando a determinación del Tribunal de instancia, resulte manifiestamente errónea o ilógica²⁶.

Para poder apreciar la existencia del daño y, por tanto, pueda exigirse responsabilidad civil médica, es necesario que dicho daño reúna las siguientes características:

1.-Certidumbre del daño: Para que se pueda apreciar la existencia del daño es necesario que sea cierto. Esto hace referencia a que el daño no se presume, sino que debe ser probado por el actor conforme a las reglas generales de la carga de la prueba recogida en el art.217 LEC.

Así, la jurisprudencia entiende que para reclamar la reparación de un daño se exige la prueba de su existencia y la relación entre el incumplimiento y el daño (relación de

²⁴ Vid. SANTOS BRIZ, J, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXIV. Edersa, Madrid, 1984. Pág. 157.

²⁵ RIVES SEVA, J.M, “Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil médica y sanitaria. Cuestiones de derecho sustantivo y procesal en la materia”. *Diario La Ley*. 2004, Nº 6011. Pág. 2.

²⁶ Así lo señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 julio 2007 (RJ 2007/3885).

causalidad) con independencia de que el *quantum* se fije en sede de ejecución de sentencia.

Únicamente se excluye de la necesidad de probar la existencia del daño en aquellos supuestos en que concurra una cláusula penal debiendo tener en cuenta lo dispuesto en el art.1152 CC: “En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y abonos de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuera exigible conforme a las disposiciones del presente código²⁷”.

En este caso, debe hacerse mención a los supuestos de pérdida de oportunidad, que será analizado con detalle posteriormente. Si bien, resulta necesario aludir en este supuesto, en relación al requisito de la certidumbre del daño, pues se trata de supuestos en los que el agente priva a la víctima de la posibilidad de obtener una ganancia o evitar una pérdida. El problema se encuentra en que no se conocerá el alcance concreto del daño.

En el concreto ámbito de la medicina, el daño estará constituido por la pérdida de oportunidad de curación o de supervivencia y, por tanto, al no conocerse con exactitud el alcance del daño, también será cuestión problemática la determinación del *quantum* de la indemnización, pues no podrá ser exactamente el total perjuicio sino un cálculo basado en el cálculo de las posibilidades u oportunidades perdidas.

También se debe hacer referencia a que no afectaría a la certidumbre del daño la circunstancia de que el perjuicio sea prolongado durante un tiempo. Es decir, unas lesiones residuales pueden mantenerse durante un largo período de tiempo e incluso toda la vida, pero para su determinación no puede esperarse al final de esta, pues la víctima no podría ser resarcida por tal daño.

Excepcionalmente, se ha admitido la fijación de nuevos daños corporales, en ciertos supuestos en los que estos aparecen después de que recaiga sentencia, cuando fueran superiores a los valorados en el momento en que aquella se dictó o no se hubieran apreciado y fueran consecuencia de la actuación del agente. Así lo ha señalado, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 abril de 1991 (RJ 1991\2641).

²⁷ VÁZQUEZ BARROS, S, *Responsabilidad civil de los médicos*. 2009. Pág. 290.

2.- Carácter propio del perjuicio: Para que pueda determinarse la existencia del daño, es necesario no sólo que el daño sea cierto sino que el daño sea propio de la persona que lo reclama.

No debe confundirse la circunstancia de que en determinados supuestos la indemnización se otorgue a la familia de la víctima, pues en estos supuestos se estará indemnizando un perjuicio propio, el derivado del fallecimiento de su pariente.

Además, debe señalarse que en ese supuesto, existe una indemnización que nace a favor de los perjudicados directamente, como derecho *iure proprio* y que no constituye parte del caudal hereditario, independientemente de que coincidan herederos y perjudicados quedando a salvo el *pretium doloris* y la indemnización que le hubiera correspondido a la víctima que sí se transmitirá a los herederos. Así lo ha señalado, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 octubre de 1994 (RJ 1994\7439).

3.2 Clases de daños

En principio, todo perjuicio es indemnizable, siempre y cuando cumpla con los requisitos necesarios anteriormente descritos. Así, la indemnización podrá comprender las siguientes clases de daños:

1.- Daños patrimoniales: Consisten en aquellos daños que afectan a la esfera patrimonial del perjudicado. El problema se encuentra en relación a su cuantificación. En el daño patrimonial se pueden valorar los siguientes conceptos:

- Daño emergente: El daño emergente constituye una disminución real y efectiva de los valores patrimoniales que tenía el perjudicado como consecuencia de la actuación del agente. Dentro del daño emergente es indemnizable el negocio de cobertura que el acreedor se ha visto obligado a realizar para cubrirse de los efectos negativos del incumplimiento.

En el ámbito sanitario, se deben incluir la totalidad de gastos médicos adicionales, gastos farmacéuticos y de hospitalización. También, cuando así sea necesario para la curación y atención del enfermo, los gastos del pago de una o varias personas que atiendan al paciente durante el tiempo necesario, así como otros gastos, por ejemplo, de traslado, etc.

- Lucro cesante: El lucro cesante se define como aquel beneficio que el perjudicado ha dejado de obtener como consecuencia de la actuación culposa o negligente del agente, en este caso del médico correspondiente.

El propio art.1106 CC establece que la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hubieran sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha señalado que no es suficiente con que ese lucro cesante sea una mera probabilidad de ganancias, sino que se debe tratar de un daño real y efectivo y no una mera esperanza o probabilidad. Es decir, que efectivamente las ganancias se hubieran producido de no haber mediado el hecho dañoso.

Así, el lucro cesante se trata de un concepto con una mayor dificultad probatoria, pues se debe acreditar mediante un cálculo, lo que se va a dejar de percibir, pero no se trata de una lesión totalmente cuantificable como consecuencia de la actuación culposa. Ahora bien, esta postura del Tribunal Supremo ha sido criticada por parte de la doctrina. Por ejemplo, Carrasco²⁸ ha señalado que: “Toda aquilatación del lucro cesante es el resultado de un juicio de probabilidad, no existe certidumbre pues (Salvo para Dios) todos los futuros son contingentes”.

2.-Daños no patrimoniales: Los daños corporales son aquellos que resultan de un atentado a la salud o a la integridad física.

En este término, la cuestión problemática se suscita en la determinación del alcance de las lesiones que ha sufrido el paciente en aras a su resarcimiento, es decir, para la fijación de la cuantía indemnizatoria.

En este sentido señala la doctrina²⁹ que en la indemnización por daños personales se deberán considerar los siguientes extremos:

- Tiempo de duración y necesidad de asistencia facultativa.
- Tiempo de incapacidad laboral transitoria.

²⁸ VÁZQUEZ BARROS, S, *Responsabilidad civil de los médicos*. 2009. Pág. 295.

²⁹ FERNÁNDEZ HIERRO, J.M, *Sistema de responsabilidad médica*. 2002. Pág. 281.

-Secuelas que le han quedado al paciente como consecuencia de la intervención médica.

En relación a las secuelas, ambos autores han señalado que se deben indemnizar y baremarse por separado la secuelas anatómicas, funcionales, estéticas, psíquicas, morales y extracorpóreas, pues una misma lesión puede motivar secuelas a distintos niveles debiendo ser indemnizada por cada uno de los niveles a los que afecte. Por ejemplo, una cicatriz es una secuela anatómica pero, también puede ser funcional si afecta a partes como los tendones o músculos y crea dificultad de movimiento. Además, podría constituir una secuela estética por influir en la belleza de la persona e incluso, en su caso, psíquicas.

Por tanto, adquiere gran importancia en la valoración del estado del paciente y de las secuelas padecidas, los informes periciales emitidos por los profesionales de la medicina. Estos profesionales, por ejemplo, determinarán el daño real padecido por el paciente teniendo en cuenta circunstancias como, por ejemplo, su estado patológico. También determinará las posibilidades de curación, las limitaciones que le producen las secuelas en el ámbito diario, el coste de los cuidados médicos o asistenciales que precise, el grado de secuelas o minusvalías.

Además, el tribunal deberá valorar en la determinación del *quaantum indemnizatorio*, las circunstancias específicas en que se ha producido el daño, pues en cualquier actuación médica se puede plantear una situación en la que, por el estado anterior del enfermo, el daño que se hubiera ocasionado al paciente como consecuencia de la intervención médica pueda ser más importante que el daño ordinario.

Por ejemplo, no es la misma circunstancia la pérdida de un ojo en quien tenía visibilidad plena en ambos ojos, que la pérdida de visión de un ojo en una persona que no tenía anteriormente visión en el otro.

Esta circunstancia específica que debe ser contemplada por los tribunales, no debe confundirse con el supuesto de que el paciente ya sufriera una enfermedad o dolencia y que, como consecuencia de la intervención, se hubiera producido la agravación de esta. De modo que, en este supuesto, el tribunal deberá valorar en qué cuantía o porcentaje la incapacidad o lesión final se debe a la intervención del médico.

3.3 La cuestión del daño moral

3.3.1 Introducción

En un principio, la cuestión del daño moral tenía un gran rechazo doctrinal fundamentalmente porque se consideraba que no podía ser valorado económicamente y que no existía un baremo para convertir ese daño en una cantidad concreta de dinero.

Actualmente, se trata de una cuestión pacífica y no discutida: su reconocimiento y aceptación es unánime tanto por doctrina como por jurisprudencia. La propia sentencia del Tribunal Supremo de 19 octubre de 2000 (RJ 2000\7733), afirma expresamente que: “La jurisprudencia consolidada y ya antigua de esta sala viene considerando la indemnización por daños morales, reconociendo que su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva pero no por ello se ata a los Tribunales de Justicia e imposibilita legalmente para fijar su cuantificación a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso”.

El daño moral comprende aquellos daños o perjuicios no patrimoniales que afectan a derechos de la personalidad como, por ejemplo, la salud, el honor, la libertad, la dignidad, las creencias, la estima social, etc. Desde el punto de vista de la doctrina y jurisprudencia se define como todo tipo de padecimiento psíquico como, por ejemplo, la zozobra, la ansiedad, el impacto emocional, la incertidumbre, la angustia, etc.

3.3.2 Contenido

Se encuentra dentro del daño moral el denominado *pretium doloris* que comprende dos aspectos: por un lado, el dolor físico padecido por la víctima por la lesión de su integridad física como, por ejemplo, la sensación de malestar, insomnio y cualquier otra manifestación del dolor y, por otro lado, el dolor o sufrimiento moral que experimenta la paciente, dolor puramente moral que cuando se causa a los familiares se denomina *pretium affectionis* porque afecta al acervo espiritual de la persona, a la esfera puramente subjetiva³⁰.

³⁰ Vid. DE FUENTES BAJARDÍ, J, *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*. 2009. Pág. 430.

Además, en este ámbito puede estar comprendido el denominado “precio de la belleza”, es decir, aquellos daños estéticos padecidos por la persona que pueden incluirse como daños patrimoniales, no sólo por la entidad del daño sufrido por la víctima, sino también, por cuestiones de la personalidad de quien lo padece piénsese, por ejemplo, en un caso en que en la profesión de la víctima su aspecto estético fuera especialmente relevante.

Un ejemplo clásico de daño moral se encuentra recogido en la STS de 1998 (RJ 1998\10155) en el que se diagnostica erróneamente a un paciente una enfermedad grave, concretamente se le diagnosticó como portador del virus VIH, aunque en este caso no quedó acreditado el daño moral.

Sin embargo, la respuesta es contraria en otro supuesto contemplado por la sentencia de la AP Granada de 9 febrero de 2000 (AC 2000\1373), en la que también se le diagnostica erróneamente a una paciente ser portadora del virus VIH. En este caso, el tribunal sí condena a pagar una indemnización por daños morales a la paciente al considerar que el sentimiento de la “condena a muerte” que supone la enfermedad durante los años en que se tardó en rectificar el diagnóstico, así como, el cambio en la vida social y laboral y en el puesto de trabajo y el “auténtico estigma social” al que estaban sometidas, la “presión y angustia psíquica ante los periódicos episodios de inestabilidad psicológica”, sí permiten la condena por daño moral a indemnizar a la perjudicada.

3.3.3 Prueba

El principal problema que genera la indemnización en concepto de daño moral es la prueba de éste, pues debe ser acreditado debidamente sin que pueda presumirse su existencia. El Tribunal Supremo afirma que en estos casos la indemnización consiste en una cantidad pecuniaria destinada, en lo humanamente posible, a la compensación del sufrimiento sufrido por la víctima, debiendo apreciarse las circunstancias del caso concreto. Por tanto, no se proporciona de forma automática ni genérica en todos los supuestos de responsabilidad civil médica.

Desde el punto de vista legislativo es necesario hacer referencia a la L.O 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen, la cual en su art.9

dispone en relación a las indemnizaciones que “la indemnización se extenderá al daño moral y se valorará atendiendo a las circunstancias del caso concreto, la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”.

Esta mención en materia de vulneración derechos al honor, intimidad y propia imagen podrá ser aplicada a todo tipo de reclamación cuando, al mismo tiempo, se reclame una indemnización que no se refieran a estos derechos, por ejemplo, en el supuesto del daño moral de responsabilidad civil sanitaria.

En principio, debe demostrarse de forma adecuada la existencia de ese perjuicio moral padecido por el paciente o al menos indiciariamente cuando no sea posible la prueba completa y directa de ese daño moral pues, como regla general, si sólo se reclama la cantidad pecuniaria en concepto de indemnización sin aportar prueba alguna sobre la existencia del perjuicio moral o del concreto aspecto moral dañado, los tribunales desestimarán la petición de indemnización por este concepto.

Así, no será estimada cuando el actor se limite a alegar el padecimiento de un daño moral porque no es posible la aplicación de una presunción *iuris tantum* sobre su existencia, sino que, deberá al menos probarse indiciariamente y concretar en qué consiste el daño moral sufrido por el paciente.

Sin embargo, como existe gran variedad de circunstancias, situaciones o formas en la que puede presentarse este daño, los tribunales han emitido distintos y diversos pronunciamientos e incluso contradictorios entre sí. Así, desde algunas sentencias del TS se establece que la falta de prueba no es suficiente para rechazar absolutamente el daño moral como, por ejemplo, la STS de 21 Octubre de 1996 (RJ 1996\7235). Otros pronunciamientos jurisprudenciales señalan que no es necesaria una prueba exhaustiva o exigente como, por ejemplo, la STS de 3 junio de 1991(RJ 1991\4407).

En cualquier caso, es necesario resaltar la existencia de determinados supuestos en los que no se discute la existencia del daño moral, por tanto, no es necesaria su prueba al no ser un hecho controvertido, sino que lo que se discute es su *quantum* indemnizatorio. Por ejemplo, el caso en que un enfermo pierde un brazo como consecuencia de una intervención quirúrgica, en este supuesto incuestionablemente el paciente ha sufrido

perjuicios, pero no obsta para que las partes discutan en relación a la cuantía de la indemnización.

3.3.4 Quantum Indemnizatorio

El carácter no patrimonial de los daños morales dificulta la determinación de la cantidad indemnizatoria, pues se trata de un concepto puramente subjetivo dependiente de cada caso concreto, del paciente y del criterio del Tribunal correspondiente.

La doctrina establece la necesidad de observar dos extremos para la valoración del quantum indemnizatorio³¹:

- La determinación del *quantum* indemnizatorio corresponde al propio juez o tribunal encargado de enjuiciar la cuestión, sin existir criterios previamente establecidos salvo en determinados supuestos en los que se pueda aplicar un baremo concreto.
- La indemnización en concepto de daño moral tiene la finalidad de compensar el sufrimiento padecido por el perjudicado no, por tanto, la reparación concreta como sucede en los daños materiales, de modo que, en este caso, la cantidad consistirá en una equivalencia al daño sufrido pero no podrá fijarse con exactitud sino tan sólo aproximadamente.

En definitiva, la cuantía indemnizatoria tiene cierto grado de discrecionalidad del juez atendiendo a las circunstancias del caso concreto, a la gravedad del daño padecido y a la prueba que se hubiera efectuado o no en relación con el perjuicio moral sufrido por el paciente.

A título de ejemplo, cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 27 enero de 2003 (AC 2003\350), en la que una mujer se sometió a diversas intervenciones realizadas por el demandado, una primera de naturaleza curativa consistente en la extirpación de un bulto de unos 6 cm del seno izquierdo, otras de carácter estético consistentes en desumbilicación de ambos pezones, ptosis mamaria y una última reparadora de cicatrices anteriores. Como consecuencia de estas le quedaron

³¹ VÁZQUEZ BARROS, S, *Responsabilidad civil de los médicos*. 2009. Pág. 297.

cicatrices de tamaño considerable. La AP establece que no sólo se debe condenar a indemnizar a la mujer por lo dispuesto en primera instancia, sino que se debe incluir en concepto de daño moral por las secuelas sufridas.

También es muy ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de 10 octubre de 2000 (RJ 2000\7804), en la que se produce un error de diagnóstico que da lugar a extirpación de elementos importantes por causa de un cáncer en cabeza de páncreas, cuando lo cierto era que parecía una pancreatitis; en el postoperatorio, unas hemorragias internas que son tratadas de modo y en lugar inadecuado, al no disponer de camas libres en la Unidad de Cuidados Intensivos; y la aparición de un edema agudo de pulmón, que produce la muerte del enfermo, provocado por una sobrecarga de volumen para combatir las hemorragias y que no fue detectada a tiempo, al no encontrarse el paciente debidamente atendido y vigilado en la Unidad ni haberse instalado en su habitación los sistemas necesarios para vigilar la reposición de líquidos de forma brusca. La sala condena al pago de 30.000.000 de pesetas en concepto de daños y perjuicios (Incluido daño moral) sufridos a consecuencia de la defectuosa atención sanitaria prestada a aquél en el Hospital «Ruiz de Alda» de Granada, que motivó su fallecimiento.

Asimismo, debe traerse a colación, la sentencia de la AP de Barcelona de 24 abril de 2014 (AC 2014\665) en la que una mujer se sometió a un tratamiento estético en el que como consecuencia de la actuación negligente en la prestación de este tratamiento sufrió quemaduras en los brazos de carácter definitivo. La AP condena a SAGNA, S.L. y contra SEGUROS CATALANA OCCIDENTE, S.A a pagar solidariamente a la demandante la cantidad de 33.484,02 euros más el interés legal, no sólo por los perjuicios físicos sino por el daño moral sufrido por la paciente que ha quedado acreditado.

3.4 Formas de resarcimiento del daño

Como regla general, en sede de responsabilidad civil, la obligación de reparar el daño se debe considerar como cumplimiento forzoso en forma específica o por equivalente. Es decir, el perjudicado puede optar bien por resarcirse en forma específica, por obra del responsable o a su costa, siempre que sea posible y no se deriven gastos

desproporcionados; o bien por reintegrarse el equivalente, percibiendo el capital determinado por el juez.

La regla general es la de la condena pecuniaria, si bien se puede condenar al dañante al cumplimiento de prestaciones de hacer.

Sin embargo, esto no rige estrictamente en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria. En este ámbito, la obligación de reparar los daños causados es dineraria no procediendo la reparación en la forma específica, pues no podría ser impuesta al perjudicado el sometimiento, por ejemplo, a una nueva operación en virtud del derecho que tiene sobre su propio cuerpo. De este modo, al médico se le condenará a pagar una determinada cantidad correspondiente al perjuicio sufrido por el paciente, en concreto, los daños patrimoniales, corporales y morales que hubieran derivado de su conducta.

Asimismo, en relación a cómo cuantificar el perjuicio sufrido por el paciente, se trata de un ámbito en el que, a diferencia de otros sectores, no existe un baremo regulado para la cuantificación concreta de los daños sufridos por el paciente, circunstancia que supone cierta desigualdad en la fijación de la indemnización por las secuelas por parte de los tribunales.

Con todo, sí existe en el ámbito de accidentes de circulación, un baremo en el anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor; baremo que es aplicado analógicamente en determinados supuestos por los tribunales a otros ámbitos fuera de la responsabilidad civil en los accidentes de circulación, sin que la responsabilidad médica sea del todo ajena a esa tendencia.

4. Relación de causalidad

4.1 El nexo causal

La relación de causalidad se trata de otro de los requisitos *sine qua non* puede exigirse responsabilidad. Se define como el nexo que une la actuación u omisión del agente con el resultado dañoso acontecido.

Existen diferentes opiniones acerca de si debe analizarse en primer lugar la culpabilidad y, posteriormente la relación de causalidad o a la inversa. El Tribunal Supremo en sus sentencias suele determinar primero la culpabilidad y, posteriormente la relación de causalidad. Si bien, algunos autores, como por ejemplo, PANTALEÓN³² son partidarios de que se analice en primer lugar la relación de causalidad y posteriormente la culpa, de modo que únicamente se analizaría la cuestión de la culpabilidad si previamente se ha determinado la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado dañoso.

Sin embargo, los problemas en este aspecto se suscitan cuando el daño sufrido por el paciente no se debe a una única causa, sino que puede obedecer a diversas causas. En esta línea, se han configurado numerosas teorías tendentes a esclarecer cuál es la causa concreta que ha provocado el daño. Entre las más importantes se encuentran las siguientes:

1.- Teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*: En virtud de esta teoría será causa todo elemento que ha condicionado el resultado concreto. Es decir, puede considerarse causa de un hecho todo elemento que ha condicionado el resultado concreto, de modo que, de no haber existido esa condición el daño no se hubiera producido.

Sin embargo, el problema de esta teoría se incardina en aquellos supuestos en los que existe una concurrencia de elementos originadores del daño con desigual importancia, pero sin que quepa descartar la existencia de cualesquiera de ellas.

2.- Teoría de la adecuación de la causa: En virtud de esta teoría se considera causa sólo a aquella que, como regla general, es apropiada para producir el resultado dañoso.

Esta teoría tiene por inconveniente su carácter abstracto y artificial que hace difícil su aplicación a la realidad concreta y, además conllevaría a buscar un conjunto de responsabilidades indeterminadas que podrían, en muchos supuestos, llevar a la no determinación de una responsabilidad concreta de un agente.

³² Vid. PANTALEÓN PRIETO, F, *Comentario del Código Civil, Comentario al art.1902*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. Pág. 130.

El Tribunal Supremo adopta la teoría de la causalidad adecuada aunque la modula ateniendo a las circunstancias concretas del caso³³. Así lo señala, por ejemplo, en la Sentencia de 27 marzo de 2004 (RJ 2004/2068) en la que establece que el alto tribunal se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o suficiente para determinar la existencia de relación entre la acción u omisión y el daño, aunque termina afirmando que opta por soluciones o criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido.

En algún pronunciamiento jurisprudencial se ha acogido a otra teoría, por ejemplo, en la sentencia de 27 de enero de 1993 (RJ 1993/509) donde adopta la teoría de la causa eficiente, es decir, aquella que considera que será causa aquella que sea más eficaz para provocar el resultado dañoso.

Además, para la apreciación de la relación de causalidad entre una causa (conducta activa u omisiva del médico) y del resultado dañoso (perjuicio sufrido por el paciente) es necesaria la prueba de esta, pues la relación de causalidad no se presupone. Se trata de cuestiones diferentes la relación de causalidad y la culpabilidad y, por tanto, la inversión de la carga de la prueba debe referirse no a la relación de causalidad sino a la de la culpabilidad.

La relación de causalidad no se presupone y corresponderá probarla, por tanto, al paciente perjudicado, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo. Así lo ha declarado en sentencias, como por ejemplo, la de 24 enero 2007 (RJ 2007/977) en la que establece que sobre la relación de causalidad y su prueba tiene declarado esta sala que “corresponde la carga del nexo causal y por ende de las consecuencias desfavorables de su falta al demandante”, o en la sentencia de 6 noviembre de 2001 (RJ 2002\237), la cual señala que en todo caso es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal correspondiendo la prueba al perjudicado que ejercita la acción”. También la sentencia de 27 diciembre 2002 (RJ 2002/1332) sostiene la necesidad de la demostración del nexo causal pudiendo quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba.

³³ DE FUENTES BAJARDÍ, J, *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*. 2009. Pág. 401.

En relación a las causas que permiten exonerarse al médico de la responsabilidad civil correspondiente por la causación de un daño al paciente, en concreto, la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima y la intervención de un tercero, parte de la doctrina sostiene que rompen el nexo causal y, por tanto, deberían situarse en este ámbito. En cambio, otro sector considera que en realidad se trata de causas que excluyen la culpabilidad del médico y, por tanto, deben ser analizadas en ese ámbito.

4.2 Causas de exclusión de la responsabilidad

Las causas de exclusión de la responsabilidad pueden entenderse, como así lo ha considerado parte de la doctrina, como causas que rompen el nexo causal o bien, como también opina otro sector de la doctrina, como causas que excluyen la culpabilidad del agente.

4.2.1 Caso fortuito y fuerza mayor

El caso fortuito y la fuerza mayor se tratan de causas que permiten exonerarse en este ámbito al médico o facultativo de la correspondiente responsabilidad civil y, por tanto, de reparar el daño causado a la víctima.

Para cierto sector de la doctrina, el caso fortuito se refiere a aquellos sucesos que son imprevisibles y, la fuerza mayor a aquellos supuestos que son imprevisibles e inevitables o siendo previsibles resultan inevitables. El concepto de previsibilidad alude a la normal y razonable previsión que se exija adoptar en cada supuesto concreto y, la inevitabilidad alude a las posibilidades prácticas de los sujetos concretos para impedir el suceso³⁴.

Para otro sector de la doctrina, la fuerza mayor se trata de un evento que reviste una mayor intensidad con respecto al caso fortuito e incluso parte de la doctrina considera que la fuerza mayor responde a eventos acaecidos fuera del círculo ordinario de trabajo o desenvolvimiento del responsable; en cambio, el caso fortuito se encuentra dentro de ese ámbito.

³⁴ Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 mayo 1997 (RJ 1997/4146).

No resulta trascendente tal distinción, pues el propio Código Civil no contiene precepto alguno que defina ambas figuras; únicamente el art.1105 establece que “fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los que así declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos fueran inevitables”.

La jurisprudencia ha venido entendiendo que se trata del mismo concepto, considerándolos como eventos imprevisibles o irresistibles, independientes de la voluntad del agente.

Pero, para la posible apreciación de ambas figuras resultan requisitos comunes, que principalmente son los siguientes:³⁵

- 1.-Independencia del suceso de la voluntad del médico, de modo que no se le pueda imputar el daño por dolo o culpa.
- 2.-Imprevisibilidad o cuando fuera previsible resultare inevitable, insuperable o irresistible.
- 3.-Relación de causalidad entre el suceso y el daño.

Además, es preciso señalar que para su apreciación resulta necesario e imprescindible su alegación, así como la prueba por parte del médico o responsable, que será quien alegue la concurrencia de alguna de ambas figuras exoneratorias de responsabilidad.

Así lo señala el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la sentencia de 8 febrero de 2000 (RJ 2000\840) en relación a un caso de reclamación de daños morales por fallecimiento de un feto, en el que el recurrente afirma que la audiencia no ha tenido en cuenta para exculparle de responsabilidad la fuerza mayor.

La Sala sostiene que los supuestos de caso fortuito y de fuerza mayor considerados como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de los niveles de exigencia que lo determinan servirán, en principio, para excluir la responsabilidad, pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los proponentes, circunstancia que no se da en la presente situación, no se prueba, pues si se hubiese practicado la operación de

³⁵ Vid. BONILLA SÁNCHEZ, J.J, *La responsabilidad médica extracontractual*. Laborum, Murcia, 2004. Pág. 202.

cesárea en su debido tiempo y no se hubiera tardado tanto como en el presente caso, una hora y siete minutos, no se hubiera producido el fallecimiento del feto, sin que esta tardanza se debiera a cuestión distinta que un desorden ilógico en las órdenes oportunas.

4.2.2 Culpa de la víctima

Cuando el resultado dañoso es imputable a la conducta de la víctima cabe, en principio, exonerar de responsabilidad al médico que practicó el acto o intervención médica.

En virtud del art.11 de la Ley General de Sanidad vigente en nuestro ordenamiento jurídico, Ley 14/1986, de 25 de abril, el paciente está obligado a seguir todas las prescripciones establecidas por el facultativo en atención a su dolencia, diagnóstico y tratamiento que se debe seguir.

Así, en estos supuestos es necesario analizar si el daño se debe exclusivamente a la actuación del médico o si, por el contrario, se debe a la actuación del paciente. En el supuesto en que el daño fuera consecuencia exclusiva de la actuación negligente o culposa del médico, en principio, será el único responsable.

En cambio, cuando el daño causado al paciente se deba exclusivamente a la inobservancia total o parcial por parte del paciente de las prescripciones e indicaciones que hubiera realizado el médico en aras a su tratamiento, el médico estará exonerado de toda responsabilidad recayendo sobre el propio paciente perjudicado.

Ahora bien, no resultaría inusual que el daño se debiese a la actuación de ambos sujetos, es decir, por un lado a la actuación negligente o culposa y, por otro lado, a la falta de cumplimiento de las prescripciones por parte del paciente.

En estos casos, tal y como señala la jurisprudencia, se produce una situación de concurrencia o compensación de culpas. La concurrencia de culpas afecta a la distribución de responsabilidad en orden a fijar el *quantum* indemnizatorio. Así, existen diferentes criterios establecidos en la jurisprudencia pues no existe un criterio unitario para fijar el *quantum* indemnizatorio cuando se ha causado un daño interviniendo concurrencia de culpas, por ejemplo, a veces se fijará atendiendo a la entidad de las

negligencias presentes³⁶; otras veces se atenderá a la contribución causal de los causantes del daño³⁷.

4.2.3 Intervención de un tercero

La intervención de un tercero en la causación del daño al paciente puede suponer la exoneración total o parcial del médico o sujeto responsable. Así, si el concreto daño se debe exclusivamente a la intervención del tercero, tal conducta exonerará de forma total al médico o facultativo correspondiente. En cambio, si concurren ambas conductas, tanto la del tercero como la del facultativo, al igual que sucede en el supuesto de culpa de la víctima, podrá producirse una situación de concurrencia o compensación de culpas moderando el concreto tribunal la responsabilidad de cada parte y, por consiguiente, el *quantum* indemnizatorio que corresponda a cada uno.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 marzo de 1988 (RJ 1988\1961) y de 8 febrero 1991 (RJ 1991\1157) señalan que la intervención del tercero en la provocación del daño debe ser consciente, intencionada, dolosa, libre y no determinada por un acto del agente.

Por ejemplo, se podría producir en el supuesto en que los familiares pudieran hacerse cargo del cuidado del paciente o asumir su representación al autorizar o impedir ciertos actos médicos sobre los que el paciente no está en condiciones de decidir.

Además, es necesario aludir a que no es causa de exculpación por sí misma la circunstancia de que se materialice el porcentaje de complicaciones de los tipos de los padecidos estadísticamente demostrables. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la sentencia de 26 noviembre de 2001 (RJ 2001\9517).

³⁶ Así lo establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 7 diciembre 1987 (RJ 1987/9282) y de 12 julio 1989 (RJ 1989/5606).

³⁷ Así lo señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 20 febrero 1987 (RJ 1987/723) y de 25 noviembre 1988 (RJ 1988/8709).

VIII.- LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

1. Reglas generales e inversión de la carga de la prueba

La regla general en materia probatoria es que el paciente es quien debe probar que el médico actuó con culpa o negligencia. De esta forma, no se presumirá la culpa o negligencia del facultativo, y queda descartado todo tipo de responsabilidad más o menos objetiva para situarnos en el concepto clásico de culpa en sentido estricto incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, salvo con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa, para proteger de forma más efectiva a la víctima, flexibilizando estos criterios³⁸.

Parte de la doctrina, en relación a la carga de la prueba, sostiene que se deben diferenciar los supuestos en los que el facultativo asume una obligación de medios, de aquellos otros en los que el facultativo asume una obligación de resultado. En el primer caso correspondería al paciente perjudicado o a sus herederos o familiares la prueba del incumplimiento y, por consiguiente, la culpa o negligencia del médico. Por el contrario, en el segundo caso sería suficiente con demostrar por parte del paciente, que no se ha conseguido el resultado esperado o prometido por el profesional.

En ambos supuestos se deben desplegar los medios probatorios correspondientes para demostrar el incumplimiento por parte del médico. Ahora bien, cuando la obligación asumida por el facultativo es una obligación de medios se deberá acreditar la falta de diligencia en la actuación del facultativo. En cambio, cuando la obligación asumida por el médico es de resultado se debe acreditar, a diferencia de la anterior, la no consecución de resultado, pero no la culpa o negligencia en la actuación del facultativo³⁹.

Otro sector de la doctrina considera que en algunos supuestos sí debe cumplirse con estas reglas, pues entienden que debe demostrarse el requisito de la culpa. Pero, sostienen que en otros supuestos no, por la dificultad que puede tener el paciente en

³⁸ Así lo señala la sentencia del Tribunal Supremo de 24 noviembre 2005 (RJ 2005/7855).

³⁹ Vid. REGLERO CAMPOS, L.F; BUSTO LAGO, J.M, *Tratado de responsabilidad civil*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014. Pág. 361.

relación a los medios y porque se vulnera el derecho de la tutela judicial excesiva a favor del médico. Es decir, por la mayor facilidad de la que dispone el facultativo para acreditar que no ha actuado de forma culposa o negligente.

Como se ha expuesto con anterioridad, la regla general es que es el paciente quien debe probar la culpa o negligencia en la actuación médica. Así, numerosas sentencias del Tribunal Supremo han declarado que no se permite la inversión de la carga de la prueba, de manera que no sea al paciente a quien le corresponda el *onus probandi*.

Sin embargo, aunque sea la regla general, sí existen excepciones que se recogen en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 septiembre de 2000 (RJ 2000\8130) establece que la negligencia profesional del otorrino ha quedado debidamente patentizada por no haber demostrado que hubiera actuado con toda la diligencia que exigía su profesión, cuando contaba con los medios adecuados para ello que no utilizó correctamente.

Es importante aludir a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 diciembre de 1996 (RJ 1996\8938), la cual establece que sólo cuando se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer sobre el actor la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, desplazándose sobre la parte que se halle en mejor posición probatoria, aunque sea la demandada, por su libertad de acceso a los medios de prueba. Además, dispone que cuando se trata de la profesión médica, una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación, no se excluye la presunción favorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste, comparativamente, es desproporcionado con lo usual según las reglas de la experiencia y del sentido común, atendiendo al estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar.

Esta sentencia recoge los supuestos en los que se puede admitir la excepción de la regla general de la no inversión de la carga de la prueba. Por un lado, cuando se obstaculice o no se coopere de buena fe y, por otro lado, los supuestos de “daño desproporcionado” (doctrina o teoría del daño desproporcionado). No siempre se han aplicado por los tribunales y debe resaltarse el carácter excepcional de ambos supuestos.

2. Prueba de presunciones

Las presunciones se clasifican en presunciones *iuris et de iure* y presunciones *iuris tantum*. Las presunciones *iuris et de iure* son aquellas que no admiten prueba en contrario para desvirtuarla y, por tanto, se identifican en cierta forma con un tipo de responsabilidad objetiva. La presunción *iuris tantum* trata de favorecer la prueba de la culpa eximiendo al perjudicado de su demostración, lo que implica en estos términos una inversión de la carga de la prueba, de modo que quien deba probarlo sea el agente y no el perjudicado.

Las presunciones judiciales se encuentran reguladas en el art.386 LEC el cual dispone: “A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (...).

Se trata de una presunción *iuris tantum* y, por tanto, admite prueba en contrario, aunque algunos autores consideran que se trata de un verdadero medio indirecto de prueba y no de una presunción⁴⁰.

Tal y como señala la doctrina, no se presume la culpa del médico sino que se acredita mediante presunciones. Por tanto, aunque no se admite la presunción salvo supuestos excepcionales, el juez si puede llegar a la conclusión de la responsabilidad del médico a través de la prueba de presunciones.

Las presunciones judiciales se constituyen por los siguientes elementos⁴¹:

-Afirmación base: Los hechos médicos probados que causaron el daño al paciente.

-Afirmación presunta extraída de la anterior por el juez: Fijación de una hecho que permitiría calificar la actuación del facultativo como culposa o, simplemente, presumir la culpa del agente que realiza la actuación u omisión dañosa.

⁴⁰ Vid. BONILLA SÁNCHEZ, J.J, *La responsabilidad médica extracontractual*. 2004. Pág. 114.

⁴¹ Vid. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA –ALCALÁ, C, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*. Aranzadi, Pamplona, 1996. Pág. 29.

-Relación entre ambas afirmaciones por el juez.

Algunos autores sostienen que sí debe alegarse la afirmación base del juez y otros, que lo que debe de establecerse es la afirmación presumida.

Así, se ha admitido la prueba de presunciones en algunos pronunciamientos jurisprudenciales, como en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 febrero de 1990 (RJ 1990/677), donde se analizaba un caso en que se produjo una intervención para formar el conducto auditivo externo que como consecuencia de una malformación congénita la paciente no tenía. Sin embargo, esta intervención no tuvo éxito y produjo una parálisis facial en la paciente que no desapareció con intervenciones posteriores. La sala señala que dada la proximidad del nervio facial y que apareció con posterioridad a la intervención médica puede determinarse la presunción de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por muy leve que hubiera sido, pues no ha quedado acreditada la existencia de alguna otra causa susceptible de producirlo.

También se recoge este criterio, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 marzo de 1965 en la que se analiza un caso de gasa olvidada que provoca una peritonitis. La sala afirma que si se prueba que el origen de la peritonitis es una gasa encontrada en el cuerpo de paciente, se podrá concluir la imputación al Médico de responsabilidad civil con una presunción judicial de culpa o negligencia del facultativo que deduce el Juzgado.

Estas presunciones se aplicarán en todo caso, de forma supletoria en defecto de prueba directa. Es decir, de forma subsidiaria y excepcional cuando no se pueda realizar por otro tipo de prueba y, además se deben aplicar con cierta cautela.

3. Teoría del daño desproporcionado

3.1 Concepto y requisitos

Como ya se ha indicado con anterioridad, a la luz del art.1902 CC será necesario como requisito *sine qua non* para la exigencia de responsabilidad al facultativo, la existencia de culpa o negligencia por parte del personal sanitario, la producción de un resultado dañoso y la relación de causalidad entre el daño causado al paciente y la actuación culposa o negligente del médico.

De esta suerte, en principio la carga probatoria recae sobre el perjudicado litigante, pues es quien deberá probar que el facultativo incurrió en culpa o negligencia. Es decir, deberá probar que no actuó conforme a la *lex artis ad hoc* que le es exigible, así como la relación de causalidad entre el incumplimiento o negligencia y el daño que ha padecido.

Sin embargo, en determinados supuestos, la jurisprudencia exime de la carga probatoria al paciente aplicando la denominada teoría del daño desproporcionado. La teoría del daño desproporcionado se trata de una creación jurisprudencial cuyo origen proviene de los tribunales franceses y se comenzó a aplicar en los tribunales españoles a partir de la década de los noventa.

El Tribunal Supremo a lo largo de la jurisprudencia ha aplicado con mayor o menor reticencia la doctrina del daño desproporcionado, argumentando que el daño desproporcionado constituye en determinados supuestos una evidencia de falta de diligencia en el proceder del facultativo y de medidas de prevención y precaución adecuadas.

La jurisprudencia no ofrece un concepto unitario sobre el daño desproporcionado, si bien, en líneas generales se puede definir como “los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comporta la intervención sobre los padecimientos que se trata de atender”. [STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 de noviembre de 2012 (RJ 2012\10586)]. También definen esta teoría, la STS de la Sala de lo Civil de 23 de mayo (RJ 2007\4667) y la de 8 noviembre de 2007 (RJ 2007\8254), que consideran como daño desproporcionado, el riesgo inusualmente grave como “aquél no previsto ni explicable en la esfera profesional”.

De este modo, la jurisprudencia entiende que se produce tal daño desproporcionado cuando con ocasión de una intervención médica se deriva un resultado anormal, un resultado no previsible o típico de la propia intervención médica. En esta dirección señala el TS en la sentencia de 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1313) que, “cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible”⁴².

⁴² VÁZQUEZ BARROS, S, *Responsabilidad civil de los médicos*. 2009. Pág. 343.

Otro elocuente ejemplo, lo ofrece la STS de 18 diciembre de 2012 (RJ 2003\47), en la que una paciente fue intervenida como consecuencia de la presencia de un tumor maligno en la mama, durante el cual se produjo en la paciente una intensa bradicardia por bloqueo aurículo-ventricular de segundo grado, en el que los médicos iniciaron las maniobras de reanimación consiguiendo su recuperación. Sin embargo, a las 24 horas de la operación seguía en coma profundo con pupilas medias reactivas y ventilación mecánica, conservando reflejos óculo-cefálicos. Catorce días después de los hechos señalados, la paciente fue trasladada al Hospital Río Hortera de Valladolid para una nueva valoración, volviendo a ingresar en el Hospital Virgen de la Concha con diagnóstico de estado vegetativo por encefalopatía hipóxica.

El TS aplica la teoría del daño desproporcionado y sostiene que, dado que no ha existido justificación alguna por parte de los causantes del daño, concurriría un resultado desproporcionado, por lo que se debería indemnizar a la víctima en base al principio *non animus laedere*. De esta última afirmación se desprende la idea de que, de haber existido, hipotéticamente, un hecho justificativo, es decir, un elemento de carácter imprevisible, y mediase una conducta diligente, la calificación del Tribunal Supremo probablemente hubiese sido la de caso fortuito⁴³.

En relación a los requisitos requeridos por la jurisprudencia para la posible apreciación del daño desproporcionado, suelen exigirse los siguientes:

-El daño sea desproporcionado o no previsto: En este sentido, se considera por la doctrina que el daño es desproporcionado cuando es anómalo como resultado de una actividad concreta, que no se corresponde con las complicaciones posibles y definidas de la intervención⁴⁴. No debe confundirse con el riesgo típico o atípico, es decir, sólo se aplica cuando no se materializan esos riesgos que están aparejados a cada intervención, de modo que el riesgo atípico por sí mismo no permite la aplicación de esta doctrina, sino que debe tratarse de un riesgo anormal, insólito e inusual y desorbitado en relación con el padecimiento del paciente y el posible resultado de la intervención.

⁴³VICANDI MARTÍNEZ, A, “El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria”. *Revista de Derechos Fundamentales*.2009, N°3. Pág. 203.

⁴⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Lex Nova, Valladolid, 2007. Pág. 103.

-El daño se produzca por alguna acción que se incardine dentro del ámbito de conducta o actuación del médico responsable: Es decir, que el médico hubiera tenido el control sobre la actuación o que hubiera podido ejercer el control pero de forma exclusiva, excluyéndose en aquellos supuestos en los que pruebe que actuó conforme a la *lex artis ad hoc* exigida.

-No intervenga el paciente con alguna actuación en la causación del daño: Este requisito, supone la ruptura del nexo causal entre la acción del facultativo y el resultado dañoso sufrido por el paciente en el que el paciente ha contribuido a la producción del daño con una conducta activa u omisiva de tal entidad que permite la interrupción del nexo causal y de la consiguiente exoneración del facultativo.

-Ausencia de una explicación satisfactoria por parte del personal médico de la causa que ha provocado el daño al paciente.

La desproporción exigida del resultado no sólo se predica en relación a los actos médicos, sino también respecto a un tratamiento determinado como por ejemplo, un daño coronario que produce graves secuelas físicas subsumibles en el daño desproporcionado. Se deberá analizar conforme al caso concreto y a la conducta médica correspondiente, pues el daño es anómalo como resultado de una actividad concreta que no se corresponde con las complicaciones posibles de ese tipo de actuaciones médicas.

El concepto de “desproporcionado” no está perfectamente delimitado o claramente definido. Tal y como señalan algunos autores, en la doctrina del daño desproporcionado "no termina de saberse en qué consiste la desproporción del daño", compartiendo con otros autores las dudas sobre si equivale a un daño simplemente muy grave o catastrófico, o a un resultado anormal respecto a lo que es habitual⁴⁵.

La jurisprudencia sostiene que no comprende un daño catastrófico o con un gran número de víctimas sino el daño que presenta una anómala relación con el comportamiento. No se trata, por tanto, de que deban producirse unas consecuencias extraordinariamente graves sino que es suficiente con que el resultado producido no sea el normalmente previsible para ése acto médico y, no se adecúe a la *lex artis ad hoc*.

⁴⁵ Vid. ELIZARI URTASUN, L, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y centros sanitarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Pág. 17.

3.2 Daños típicos y daños imprevisibles

No podrá calificarse como daño desproporcionado aquel daño insatisfactorio en tanto que, como daño, sí es indeseado pero catalogable como riesgo típico inherente al concreto acto médico enjuiciado.

Es ilustrativa en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 octubre de 2004 (AC 2005\128) en la que un paciente sufrió un traumatismo de hombro a quien se le recomendó que una artroscopia para la liberación y movilización de tendones del hombro. En la intervención sufrió una bradicardia intensa, cancelándose la intervención, pero le quedaron como secuelas deterioro cognitivo severo con afección importante de la memoria interrogada (hasta el punto de un síndrome amnésico). En la sentencia señala la sala que no resulta aplicable la doctrina del daño desproporcionado porque el acto anestésico es por sí mismo generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente, ajeno a la propia dolencia originadora de la intervención quirúrgica.

También resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9174); supuesto en el que se enjuician los daños neurológicos al recién nacido como consecuencia del parto, señalando la Sala que “los daños neurológicos causados al recién nacido entran desgraciadamente en los escenarios posibles que los avances de la ciencia no han podido cambiar del todo ni aun utilizando los mejores profesionales ni las posibilidades de detección más avanzadas. No existe daño desproporcionado atendiendo al resultado pues este entra dentro de una esfera posible en todos los casos como desgraciadamente ha ocurrido⁴⁶”.

En relación a aquellos daños imprevisibles existen diferentes posturas doctrinales sobre su encuadramiento en la doctrina del daño desproporcionado. Parte de esta considera que, al tratarse de un resultado anómalo fuera de los riesgos previsibles, sí se debe aplicar esta doctrina pues no es un resultado previsible típico o atípico. La jurisprudencia civil tiende a la absolución bien por considerar que no existe relación de

⁴⁶ SÁNCHEZ GARCÍA, M.M, “El daño desproporcionado”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. 2013, N°8. Pág. 245.

causalidad o porque el facultativo ha ofrecido la correspondiente respuesta de por qué se produjo ese resultado anómalo.

3.3 Figuras afines

La doctrina del daño desproporcionado es aplicada por el TS de forma conjunta con otras figuras, en concreto, con la regla *regla res ipsa loquitur* “la cosa habla por sí misma” de la doctrina anglosajona; la prueba *prima facie* “la apariencia de la prueba” de la doctrina alemana y la *faute virtuelle* “la culpa virtual” de la doctrina francesa.

La finalidad de estas figuras afines es presumir la culpa y el nexo causal a través de la evidencia (*res ipsa loquitur*), la anormalidad del resultado (*faute virtuelle*) o de máximas de experiencia (*prima facie*), para concluir que, en virtud de las reglas de la lógica o de la experiencia humana, la conducta del médico fue negligente en la provocación de ese daño desproporcionado.

Aunque el Tribunal Supremo haya equiparado estas teorías junto con la teoría del daño desproporcionado, ello resulta criticado por parte de la doctrina al considerar que son similares pero no estrictamente iguales y, porque la doctrina del daño desproporcionado no constituye una presunción judicial del médico, pues salvo en iniciales sentencias, sí se permite al facultativo exonerarse de responsabilidad probando que actuó conforme a la diligencia exigida. La finalidad de la teoría del daño desproporcionado es facilitar la prueba y proteger de forma más efectiva a la víctima, flexibilizando la exigencia de culpa y la carga de la prueba, tal y como señalan por ejemplo las STS de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009\8084) y 15 de febrero de 2006 (RJ 2006\692), de modo que se excluye la equiparación con estas teorías⁴⁷:

1.-*Res ipsa loquitur*: “la cosa habla por sí misma” es “meramente el nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia”.

Consiste en una doctrina que permite al demandante obtener una indemnización por daños y perjuicios cuando las circunstancias de producción del daño hacen muy difícil considerar que se ha producido habiendo observado las reglas de la diligencia exigida,

⁴⁷ Opinión compartida por L. Elizari Urtasun . Vid. ELIZARI URTASUN, L, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y centros sanitarios*. 2012. Pág. 69.

es decir, se produce un resultado que, de haber actuado conforme a la diligencia exigida, como regla general, no se habría producido.

Esta regla se trata de una presunción judicial reforzada en virtud de la cual se permite deducir de un hecho probado y evidente la existencia de culpa, por ejemplo, se amputa la pierna equivocada, se opera de fimosis en lugar de amigdalitis, etc. No es necesario que el resultado sea anormal (a diferencia de la culpa virtual), sino que basta con que se trate de un supuesto en los que ordinariamente se produce por culpa.

Por ejemplo, la STS Sala de lo Civil de 9 diciembre de 1998 (RJ 1998\9427) describe el caso en que una paciente es intervenida a consecuencia de unos juanetes y fallece con posterioridad a la operación por tétanos post-quirúrgico grave. Sólo el demandado podría probar y, por consiguiente, exonerarse de responsabilidad civil que actuó conforme a la *lex artis ad hoc*, con la diligencia debida, escapando de la esfera de su control de actuación ese resultado dañoso y, por tanto, la ruptura del nexo causal entre su actuación y el resultado producido bien por intervención de la víctima, de un tercero o por tratarse de un caso fortuito o de fuerza mayor.

Algunos autores consideran que en realidad la doctrina del daño desproporcionado se trata de una manifestación específica de la regla *res ipsa loquitur*⁴⁸.

2.-*La prueba prima facie*: Con la doctrina de la *prueba prima facie* o la apariencia de la prueba se deduce la relación de causalidad y la culpa.

En las presunciones existen un conjunto de hechos probados que relacionados entre sí, dan lugar a una deducción. Pero, en la prueba *prima facie* además, existe una máxima de experiencia de carácter objetivo, estadístico y fiable (no una apreciación meramente subjetiva) que, en medicina consistirán en probabilidades estadísticas o estudios científicos (objetivos y fiables) y que obliga a llegar a una conclusión presuntiva. Es decir, procede de los denominados sucesos típicos en los que se ha comprobado, según la experiencia, la existencia de una causa determinada o de una culpa.

No se parte de un hecho absolutamente probado sino de una máxima de experiencia que muestran la relación de causalidad entre el daño producido y la conducta negligente

⁴⁸ Opinión compartida por M. Rodríguez García. Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, M, “Aspectos básicos sobre la doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria”. *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*. 2013, Nº6. Pág. 206.

del médico ante ese tipo de actuaciones médicas. Por este motivo, muchos autores consideran que no se trata de una presunción judicial sino de una prueba directa.

Por ejemplo, la Sentencia Tribunal Supremo de 20 abril de 2005 (RJ 2005\4312), en relación a una amniocentesis fallida con resultado de muerte fetal, afirma: “Conforme resalta el informe de inspección médica, el número de amniocentesis realizada por el Servicio de Ginecología del Hospital Severo Ochoa en los años 1992 y 1993 fue de 205 con un índice de pérdidas fetales de un 2,5%, superior al Hospital Ramón y Cajal de Madrid, que en el momento en que se dicta la sentencia tenía un 1% de pérdidas fetales, mientras que según la resolución recurrida otros datos de servicios en otros países dan cifras comprendidas entre un 0,3 y 0,5 pérdidas fetales. De esto se deduce no sólo el alto riesgo que entrañaba la práctica de extracción de líquido amniótico sino que este riesgo se incrementaba en el Hospital que practicó la prueba, el cual arrojaba un índice superior hasta en 5 veces al que como normal se detecta en análogos servicios de otros países y 2,5 veces superior al del otro hospital de la misma red hospitalaria pública española. Riesgo que resulta mayor si la prueba se intenta obtener después de la práctica de varias punciones, lo que indudablemente incrementa el riesgo de lesiones, detectado además por la presencia de sangre en la segunda punción”.^{49 50}

⁴⁹ También es ejemplificativa la STS de 18 febrero 1997 (RJ 1997/1240), en la que se trata de una artroscopia en rodilla derecha en la que se realizan al paciente unas transfusiones, apareciendo con posterioridad contagio por el virus SIDA. Señala la Sala: “El síndrome de inmunodeficiencia había sido adquirido por primera vez en 1981 y a principios de 1983 se conocía que se transmitía por contagio sexual, transfusiones de sangre y por intercambio de jeringas contaminadas con sangre. Bien que la única alternativa para que no se contagie es la no transfusión de sangre, ello hubiera sido correcto en los supuestos de transfusión de riesgo vital, en el que se ha de arrostrar peligro del contagio; bien que en otros casos hubiera sido prudente ponderando las circunstancias concurrentes adoptar un criterio restrictivo en cuanto al empleo de transfusiones de sangre cuando no existiera riesgo vital, especialmente si cabía emplear métodos terapéuticos alternativos. A partir de lo expuesto, se llega a la conclusión de que el deber de protección que impone a todo contratante de buena fe obligaba a los servicios médicos del organismo autónomo codemandado, de una parte, dado el muy elevado porcentaje de casos de hepatitis no A, no B y SIDA por transfusión de sangre que se producía en la época, reducir el uso de transfusiones a los supuestos de riesgo vital o de graves e irreparables consecuencias para la salud del paciente cuando no existiera método terapéutico alternativo y, de otra parte, informar al paciente, que en el caso presente se hallaba plenamente consciente y lúcido, de los posibles efectos gravosos para su salud a que podía dar lugar la transfusión a la que iba a ser sometido, de modo que pudiera prestar su conformidad fundada y asumiendo los riesgos correspondientes”.

3.-*La faute virtuelle*: La *faute virtuelle* o culpa virtual presume la culpabilidad del facultativo a partir de un resultado anormal en el sentido de que ese resultado es incompatible con una intervención o tratamiento médico “normal”. En este caso, el hecho que se toma en consideración es la anormalidad del daño que se ha producido deduciendo que en una situación normal no se podría producir y, por tanto, afirmando la culpabilidad del médico.

Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 noviembre de 1992 (RJ 1992/9199) se condena al INSALUD por un conjunto de deficiencias asistenciales cuando no se sabía la causa cierta del daño. En este caso un niño fallece a consecuencia de una intervención de osteocondritis en la que el tribunal establece que: “ el resultado debe calificarse de anormal y llamativo y su causa y origen ha de atribuirse, de acuerdo con los informes médicos aludidos, bien a la existencia de una enfermedad cardíaca previa, no detectada por los estudios preoperatorios realizados en el ambulatorio de la seguridad social o bien, en la disminución de aporte de oxígeno no apreciado por algún tipo de mecanismo o finalmente, porque en el estudio de la artroscopia que se realizaba se produjo una embolia gaseosa, situación que revela que la actuación por parte del INSALUD y del Hospital “Monte Naranco”, no fue completamente diligente siendo el conjunto de posibles deficiencias asistenciales originadoras del daño”.

También es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero de 2003 (RJ 2003/931), en la que en el momento del parto, al salir la cabeza de la niña, se produjo una distocia de hombros (retención de los hombros una vez salida la cabeza) y, presionado materialmente, se consiguió la salida del cuerpo entero pero quedándole como secuela una parálisis braquial obstétrica del brazo derecho, por arrancamiento de las raíces nerviosas, secuela que es irreversible. La sala señala que: “el profesional

⁵⁰ También es interesante la STS 6 mayo de 1998 (RJ 1998/2934) en la cual se establece: “Existen indicios suficientes para concluir que la estancia del menor en la incubadora durante el largo plazo de 56 días con una insuficiente vigilancia oftalmológica recibiendo abundantes dosis de oxígeno que constituyen un factor de riesgo de la enfermedad contraída propició, cuando no causó, la enfermedad que aqueja al menor y que ha causado la pérdida práctica de la visión, por lo que hay causa suficiente para atribuir al INSALUD la responsabilidad directa y, que conlleva su condena a indemnizar el daño causado”.

médico debe responder por el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* de la doctrina anglosajona, a la regla de la prueba *prima facie* de la doctrina alemana y a la regla de la culpa virtual, que significa que, si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado esta, salvo que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”.

La diferencia principal es que en la prueba *prima facie* la culpa del facultativo se deduce de máximas de experiencia, no del resultado anormal, a diferencia de la culpa virtual o de la evidencia del resultado como sucede en la regla *res ipsa loquitur*.

4. Teoría de la pérdida de oportunidad

4.1 Análisis doctrinal

La dificultad de la prueba del nexo causal en la responsabilidad civil sanitaria, derivada del gran número de causas a que puede obedecer el daño, aumenta cuando éste no se ha producido por una conducta activa del médico sino por una conducta pasiva. Es decir, en aquellos supuestos en que el daño deriva de errores en el diagnóstico, por diagnósticos tardíos o por omisiones en los tratamientos que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados.

El actuar negligente del médico no provoca la enfermedad sino que la ignora en función de cada caso y de distinta forma, de suerte que el daño estará constituido por la pérdida de oportunidad para la víctima de las posibilidades de curación o supervivencia.

Este hecho deberá ponderarse por el Tribunal en cada caso en relación con todas las circunstancias que concurran. Se trata, por tanto, de un daño abstracto basado en un cálculo de posibilidades de curación que tuviera el paciente.

Esta creación jurisprudencial ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina. Cierta sector considera que esta teoría contradice uno de los principios fundamentales que rigen ésta rama del ordenamiento jurídico, en concreto, el principio que recoge el art.1902 CC de reparación íntegra del daño por aquella persona que lo hubiera causado,

de modo que no sería posible un supuesto de reparación parcial, hecho que rige en ésta doctrina de la pérdida de oportunidad.

Además, argumentan la arbitrariedad que supone separar como un daño aislado la pérdida de oportunidad cuando en realidad, la finalidad es la de reparar el daño causado al paciente y también, la sistematicidad de la indemnización, pues en el ámbito sanitario “por definición cualquier error médico implica pérdida de oportunidades de curación o supervivencia para los pacientes, salvo que el facultativo pruebe que el daño se debe a una circunstancia ajena a su actuación”.⁵¹

Desde una óptica diversa, otro sector argumenta a favor de la doctrina de la pérdida de oportunidad estableciendo que un sistema estricto en la causalidad provocaría la pérdida de indemnizaciones en muchos supuestos en los que el paciente ha sufrido un daño siendo la última finalidad la reparación del daño causado, finalidad que en estos casos sería incumplida.

Asimismo, señalan los resultados arbitrarios a que conduce la regla del “todo o nada” o aquellos supuestos en que una persona que con su actuación negligente ha provocado un daño sale incólume de este.⁵²

Tradicionalmente, esta doctrina se ha justificado por la necesidad de flexibilizar la carga probatoria del nexo causal dada la dificultad de demostrar la causalidad que resulta en estos supuestos de responsabilidad civil y, la consiguiente injusticia que provocaría una total exoneración de responsabilidad civil para el facultativo frente a la víctima que ha sufrido un perjuicio cuando, en último término, sí ha existido alguna clase de contribución causal, al menos en aquellos supuestos en los que la oportunidad perdida era realmente significativa.

Ahora bien, resulta necesario establecer ciertos límites que impidan una aplicación sistemática y arbitraria de esta regla. No existe un acuerdo unánime sobre si la doctrina de la pérdida de oportunidad debe aplicarse a aquellos casos en los que se supera un

⁵¹ LUNA YERGA, A, “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”. *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*. 2005, N°2. Pág. 6.

⁵² ASENSI PALLARÉS, E, “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica”. *Revista CESCO de Consumo*. 2012, N°8. Pág. 231.

umbral mínimo de certeza como, por ejemplo, el 50% en el Common Law o, por el contrario, debe aplicarse en todos los supuestos de pérdida de oportunidad de supervivencia o curación. En la jurisprudencia como regla general, no se ha establecido límite alguno considerando que se pueden indemnizar en todos los casos aunque las probabilidades sean muy reducidas.

En realidad, no debería de aplicarse a aquellos supuestos en que la expectativa sea excepcional, escasa o insignificante, pues en ese caso conllevaría a admitir la responsabilidad civil médica en supuestos en que aunque no ha existido prácticamente incidencia en el nexo causal sí responde el correspondiente facultativo.

A este problema jurídico se encuentra íntimamente ligado el cálculo del *quantum indemnizatorio* en los casos de la pérdida de oportunidad, acrecentado por la exigencia de valorar un daño que consiste en meras probabilidades. En estos supuestos, al no existir una relación de causalidad directa entre la conducta del médico y el resultado causado, los tribunales no pueden condenar al pago de la total reparación del daño causado sino que deberán valorar y cuantificar la oportunidad perdida de curación o supervivencia. En la práctica los tribunales valoran el daño sufrido por la víctima y proporcionan una parte del total perjuicio sufrido por esta.

Se ha producido una evolución en los tribunales españoles, siendo las últimas líneas jurisprudenciales vincular esta doctrina con la figura de la *lex artis ad hoc*, como elemento de antijuridicidad; es decir, se aprecia una falta de motivación mínima en las sentencias de la cuantía indemnizatoria, así como de criterios de razonabilidad en la probabilidad estadística.

En consecuencia, se produce una cierta “objetivización” de la responsabilidad civil sanitaria al aplicar esta doctrina por parte de los tribunales, pues proporcionan indemnizaciones ante conductas que en principio son negligentes pero de las cuales no se ha establecido una suficiente certeza siendo necesario, por tanto, la fijación de un límite mínimo de certeza (probabilidad) para poder determinar la responsabilidad conforme a la doctrina de la pérdida de oportunidad.

4.2 Análisis Jurisprudencial

Un primer ejemplo ilustrativo de la teoría que acaba de exponerse lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 octubre de 1998 (RJ 1998\8371), en la que un trabajador de una empresa sufre la amputación de una mano al proceder a desatascar una máquina termoselladora de helados, trasladándose a la enfermería de la empresa donde la demandada ATS Dña. Nuria le procuró la primera asistencia, cortándole la hemorragia y, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal. Sin embargo, en el traslado al Centro Sanitario, D. Luis compañero del trabajador, con el fin de procurar una mejor conservación del miembro amputado decidió cambiar la caja donde se encontraba y con auxilio de una tercera persona lo trasladó a otra caja introduciendo hielo seco o sintético. Al llegar al Centro Sanitario no se le pudo practicar el reimplante al estar en avanzado estado de congelación.

Las sentencias de instancia habían sido absolutorias pero la Sala del TS en fundamento de la doctrina de la pérdida de oportunidad condenó a ATS a indemnizar al trabajador, al establecer que del relato de Dña. Nuria se deduce que no fue del todo diligente porque sabiendo que el miembro debía estar conservado con hielo natural y nunca con sintético al apercibirse del cambio de caja no comprobó ése fundamental extremo para que no se perdieran las posibilidades de un cambio eficaz, tanto más cuando aquel cambio lo hizo un tercero sin orden o mandato de esta, de modo que no podía estar razonablemente segura de que el miembro seguía estando conservado en hielo natural.

La indemnización fue de 1.500.000 ptas, pues no se le puede imputar el fracaso del implante al no ser seguro el éxito de la operación pero sí la pérdida de oportunidad de poder practicar el implante con éxito.

También resulta de notable interés, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2003 (RJ2852/2003), en la que un paciente había acudido al servicio de urgencias con un dolor brusco en el hombro derecho. Las pruebas practicadas confirmaron que el paciente había sufrido una insuficiencia cardíaca grave, insuficiencia cardíaca que tardó casi dos semanas en ser diagnosticada.

La sentencia condena a la Administración sanitaria por el fallecimiento del paciente aplicando la doctrina de la pérdida de oportunidad pues “hubo una deficiente lectura de la placa que propició un error en el diagnóstico” y “no cabe duda de que el enfermo se le privó de un tratamiento precoz y adecuado que, a juicio de los peritos, podría haber evitado su muerte”.

Asimismo es digna de mención la sentencia del TSJ de Asturias de 15 noviembre de 2012 (JUR 2012\401062), en la que se afirma la existencia de una pérdida de oportunidad de haber diagnosticado y tratado la patología urológica y con ello evitar la pérdida del riñón. En relación a la cuantía, indemniza el daño moral circunscrito a la pérdida de oportunidad de haber diagnosticado la patología previa y con ello evitar la pérdida funcional del riñón, fijando una cantidad de 20.000 € a lo que suma los gastos médicos de la privada al considerar que ha existido una pérdida de confianza del sistema público.

Otro ejemplo más ofrece la STS de 15 de octubre de 1996 (RJ 1996\7110), que en un supuesto de dilación en la práctica de una prueba de laparotomía, afirmó que, aunque médicamente no se pudieran determinar los concretos efectos que el retraso contribuyó al resultado, si es cierto que de haberse practicado después de la perforación se habrían podido evitar las consecuencias o haber disminuido estas. Pero, este grado de indeterminación no puede afectar negativamente a la relación causal, de modo que es suficiente la evidencia de que el cúmulo de estas circunstancias sí afectó al daño provocado al paciente.

Aunque la lista de resoluciones es realmente amplia, recordaremos por último la sentencia del TSJ de Islas Baleares de 29 de abril de 2010 (JUR 2011\431272) en la que se produce el nacimiento de un niño con una cardiopatía no diagnosticada hasta ese momento. En el procedimiento quedó probado que se produjo un error en la prueba practicada a la madre. Sin embargo, se trataba de una patología que aunque hubiera sido diagnosticada con anterioridad hubiera sido a partir de la semana 27 de gestación en la que no se permite la posibilidad del aborto. En este caso, por tanto, no existe daño o pérdida de oportunidad indemnizable.

IX.- RECLAMACIÓN DE LOS DAÑOS

El paciente, cuando hubiera sufrido un daño como consecuencia de una intervención médica, tiene el derecho de reclamar los daños, lo que podrá realizarse a través de diferentes vías.

1. Vía extrajudicial: acuerdos transaccionales y arbitraje

La vía extrajudicial, para reclamar los daños que hubiere padecido el perjudicado presenta como ventajas su mayor rapidez en la obtención o no de un resultado y su menor coste económico.

Por un lado, se admite que el paciente damnificado y el facultativo responsable lleguen a un acuerdo extrajudicial, siempre que se cumplan los requisitos generales establecidos en el Código Civil en materia de contratos, pudiendo realizar el correspondiente convenio de transacción. Este acuerdo supone la extinción, en principio, de una reclamación posterior y la interrupción de los plazos prescriptivos (art.1973 CC).

El propio art.1809 CC define la transacción como el contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado. Los elementos que lo integran, por tanto, son la situación litigiosa, voluntad de poner fin a esta situación y la concesión recíproca de derecho o cosas que las partes se hacen para alcanzar ese fin.

Cuando las partes hubieran alcanzado el acuerdo extrajudicial correspondiente, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el Código Civil en materia de contratos, alcanzará firmeza y podrá reclamarse su ejecución, en virtud de lo dispuesto en el art.1278 CC el cual dispone que los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hubieran celebrado, siempre que concurren las condiciones esenciales para su validez.

Conviene señalar que el acuerdo al que lleguen las partes, tal y como establece el propio art.1257 CC, en principio sólo vincula a las partes y sus herederos y, por tanto, en este caso sólo afectará a las partes y no a terceros que no lo hubieran suscrito. Si existieran varios responsables y sólo uno hubiera realizado la transacción, sólo vinculará

a éste y el paciente perjudicado podrá dirigirse contra el resto de los responsables para que se declare la oportuna responsabilidad civil.

Los Tribunales admiten la revisión de la sentencia firme cuando se trate de perjuicio continuado, es decir, cuando se produzca la agravación de la lesión que ha sufrido el paciente como consecuencia de la actuación del médico. De este modo, también se admitirá en tales supuestos la revisión de la transacción extrajudicial que se hubiera alcanzado.

En cuanto a la vía arbitral, el arbitraje consiste en el acuerdo entre las partes de someterse a la decisión de un tercero que resuelva la controversia que existe entre ambas, siendo el acuerdo que alcanzasen de obligado cumplimiento.

Se trata de otra vía de las que dispone el paciente perjudicado para que se declare la correspondiente responsabilidad civil, pues ni la Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje ni otro precepto de nuestro ordenamiento jurídico impiden que se pueda someter a arbitraje la responsabilidad civil salvo las personas o entidades que no pueden recurrir a éste.

El arbitraje, para que sea válido y vinculante, debe haber respetado los principios de contradicción, igualdad y audiencia de las partes. Además, se podrán solicitar aclaraciones del laudo que deberá realizarse en un plazo de diez días desde la notificación del mismo y, también podrá solicitar cualquiera de las partes la nulidad del laudo por las causas establecidas en el art.41 como por ejemplo cuando el laudo no sea válido o no se hubiera notificado la designación del árbitro. Por tanto, la nulidad no se podrá solicitar cuando la decisión no satisfaga a alguna de las partes, pues la propia función del árbitro es la de fijar una solución equitativa y sólo podrá solicitarse en los casos expresamente establecidos en la ley.

2. Acciones judiciales

El paciente perjudicado podrá igualmente – y eso será lo más habitual en la práctica– acudir a la vía judicial para reclamar la correspondiente responsabilidad civil del facultativo.

A los efectos de nuestro estudio resulta necesario resaltar la competencia de la jurisdicción civil⁵³, pues es la vía a la que deberá acudir el perjudicado cuando el daño se produzca en el ámbito puramente de la sanidad privada, salvo que sea constitutivo de ilícito penal.

En relación a las personas que pueden interponer acción (art.6 LEC) serán las personas físicas que hayan sufrido el daño, inclusive el concebido no nacido para todos los efectos que le sean favorables (*ex art.29 y 30 CC*).

En concreto, en el supuesto de lesiones estarán legitimados el propio perjudicado (en su caso, también sus padres, cónyuge, etc) y, en caso de muerte, para reclamar la responsabilidad civil extracontractual en este ámbito estarán legitimadas, por derecho *iure proprio*, las personas (herederas o no) que hubieran sufrido un perjuicio por la muerte del paciente en cuestión. Por parentesco serán el cónyuge, los hijos, padres (cuando concurren con el viudo o solo en ausencia de parientes más próximos) y sus nietos o hermanos (en defecto de parientes más cercanos). La jurisprudencia ha señalado que también la persona que convivía con el paciente fallecido “como si fuera un hijo”, la persona dedicada a su cuidado y de su casa económicamente dependiente de éste, la prometida y el asilo en que el anciano vivía.

⁵³ En lo relativo a la competencia objetiva para conocer de estos litigios, la misma corresponde a la Primera Instancia que apreciarán su competencia de oficio o a instancia de parte (art.44-49 LEC).

CONCLUSIONES

I.- La responsabilidad civil extracontractual del médico se inserta primordialmente en el ámbito de aplicación del artículo 1902 CC, lo que se deriva de la falta de una Ley específica propia reguladora de la materia. También resultan de aplicación, en algún aspecto concreto, otros preceptos del Código Civil (como por ejemplo, el art.1903) y otras leyes civiles especiales, como la señalada, 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.

II.- La naturaleza de la obligación asumida por el médico podrá ser de medios, -en cuyo caso el facultativo sólo está obligado a actuar conforme a la *lex artis ad hoc* pero no a curar al paciente- o, por el contrario, de resultado, en la que el médico sí está obligado a su consecución. La referida distinción se corresponde respectivamente y en línea de principio, con la clásica bipartición entre medicina necesaria o curativa y medicina voluntaria o satisfactiva. Sin embargo, los últimos pronunciamientos jurisprudenciales han sostenido que tanto en una como en otra existen riesgos propios ajenos a la voluntad del médico e independientes de su actuación conforme a la *lex artis ad hoc* y, por tanto, el facultativo no puede obligarse a la consecución del resultado salvo que éste se pacte o garantice.

III.- La *lex artis ad hoc* es un concepto jurídico indeterminado y constituye el parámetro de diligencia exigible al médico con la finalidad de determinar si aquél actuó o no con toda la diligencia que le era exigible. En síntesis, se concreta en la obligación del médico de actuar conforme a los medios técnicos de los que dispone y de los conocimientos científicos de la ciencia médica en ese momento, que deberán de ser actualizados por el propio facultativo para cumplir con esa diligencia.

IV.- Resulta necesario distinguir entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, por el régimen jurídico diferente que presenta cada una. Se reputará responsabilidad civil contractual (art.1101 CC) cuando exista previamente un contrato y se produzca la violación de lo pactado, causando un daño al paciente. En cambio, será responsabilidad extracontractual (art.1902 CC) cuando el daño causado al paciente no se derive del incumplimiento de un contrato o, aun cuando exista éste, no se derive estrictamente del ámbito contractual entre las partes o la acción se ejercite contra un facultativo distinto de aquel con quien se celebró el contrato. En caso de supuestos de

difícil determinación del tipo de responsabilidad civil en cuestión, aunque existan diferentes corrientes jurisprudenciales y opiniones doctrinales, la jurisprudencia mayoritaria admite la posibilidad de que se acumulen de forma subsidiaria ambos regímenes jurídicos.

V.- El deber de información y el consentimiento informado se trata de un presupuesto de la *lex artis ad hoc*, que deberá ser proporcionado de forma verbal (salvo determinados supuestos), por el médico responsable o especialista correspondiente y tendrá como destinatario y emisor del consentimiento al propio paciente (Excepto cuando éste no tuviera capacidad para prestarlo por la situación en la que se encuentre o en los supuestos de estado de necesidad terapéutico, en cuyo caso la información se proporcionará a los familiares o personas vinculadas de hecho). Además, se excepcionará el deber de consentimiento informado, por causas de salud pública o cuando exista riesgo grave para la integridad física o moral del paciente. Y en cualquier caso, corresponderá al médico o especialista probar que ha cumplido con su deber de información.

VI.- El art.1902 CC establece que el que por acción u omisión causare daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a repararlo. De este precepto se desprende la idea de la responsabilidad civil subjetiva. Es decir, el facultativo sólo responderá cuando hubiera provocado el daño mediante una acción culposa o negligente. Esta regla ha sido sometida a una cierta “objetivización” en otros sectores en virtud de la teoría del riesgo, con arreglo a la cual se considera que quien se beneficia o lucra de una actividad que entraña peligro, debe sufragar las consecuencias dañosas que se deriven de éste. Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad civil del médico se ha descartado toda idea de responsabilidad objetiva: se trata de una responsabilidad subjetiva *stricto sensu* y, por tanto, no será aplicable dicha objetivización.

VII.- Los requisitos necesarios de la responsabilidad civil médica en la sanidad privada son los siguientes: acción, daño, culpa o negligencia y relación de causalidad.

1. En primer lugar, se requiere una acción u omisión humana del facultativo en cuestión como causa directa del daño. Además, dicha conducta ha de ser antijurídica; es decir, el acto debe contravenir un precepto legal prohibitivo o imperativo, lo que en este ámbito viene determinado de forma genérica por el

deber del *alterum non laedere*, aunque en ocasiones pueda constituirse de forma específica por un deber legal concreto.

2. La culpa o negligencia constituye otro requisito que debe concurrir en la conducta del médico para que pueda declararse su responsabilidad. Supone la infracción de los deberes o reglas que rigen en esta materia, es decir, de la *lex artis ad hoc* conforme al criterio del buen profesional o especialista y deberá ser valorado atendiendo a la naturaleza de la actividad, al progreso de la ciencia y de las técnicas existentes en ese momento. El facultativo responderá no sólo de su conducta culposa o negligente sino también de la actuación de terceros en determinados supuestos, salvo que aquél pruebe que actuó con la debida diligencia, derivada del art.1903 CC y basada en el concepto de culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando*.
3. El daño, en cuanto presupuesto esencial para que pueda apreciarse la correspondiente responsabilidad civil del facultativo y, debe ser, por un lado, un daño cierto y, por otro lado, ha de tener carácter propio y autónomo, es decir, la persona que lo reclama deberá ser quien ha sufrido directamente el perjuicio, salvo cuando constituya parte de la herencia. Los tipos de daños indemnizables pueden ser tanto patrimoniales, en los que se incluye el daño emergente y el lucro cesante, como no patrimoniales, para cuya concreción adquieren gran relevancia los informes periciales y, dentro de los mismos quedan comprendidos los daños morales. El *quantum indemnizatorio* deberá de valorarse conforme a las circunstancias del caso y será fijado por el tribunal, no existiendo un criterio uniforme fijado en baremo o en alguna ley (sin perjuicio de que se pueda aplicar análogamente el baremo de la Ley de sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor). Asimismo interesa destacar que la forma indemnizatoria será en dinero, no pudiendo resarcirse en especie.
4. La relación de causalidad constituye otro de los requisitos necesarios para poder exigir responsabilidad al médico por sus actuaciones causantes de un daño al paciente: se trata del nexo causal que une la actuación u omisión del agente con el resultado dañoso. Se han desarrollado diferentes teorías para determinarla siendo las más importantes, por un lado, la de la equivalencia de

las condiciones o *conditio sine qua non*, en virtud de la cual será causa todo elemento que ha condicionado el resultado y, por otro lado, la teoría de la causa adecuada, conforme a la cual sólo será causa aquella que, como regla general, es apropiada para producir el resultado dañoso. El Tribunal Supremo, salvo en alguna sentencia, aplica la teoría de la causa adecuada pero modulándola a las circunstancias del caso concreto. El paciente está obligado a probar la relación causal y no se permite en este punto dicha carga probatoria ni presunción alguna.

VIII.- El requisito de la culpa o negligencia en la actuación del médico deberá ser probado, como regla general, por el paciente perjudicado. Cuando la obligación sea de medios habrá de probar la propia culpa o negligencia médica, mientras que cuando sea de resultado se presumirá dicha culpa, si bien en este caso el paciente deberá probar el incumplimiento del resultado garantizado por el facultativo.

1. Se descarta la idea de inversión de la carga probatoria salvo que, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, una de las partes (demandante o demandada) obstaculice o no coopere en facilitarla y en aquellos supuestos de daño desproporcionado.
2. La prueba de presunciones, configuradas como presunciones *iuris tantum* y que, por tanto, admiten prueba en contrario, se recoge en el art.386 LEC. A través de esta prueba se podrá establecer la culpa del médico mediante indicios objetivos, pero sólo se admitirá tal vía de forma excepcional cuando no se pueda obtener por otras pruebas directas.
3. Como excepción a la regla general de que el *onus probandi* corresponde al paciente perjudicado, existen diferentes supuestos. Por un lado, la teoría del daño desproporcionado que permite flexibilizar la carga de la prueba cuando con ocasión de una intervención médica se produce un resultado no previsible, anormal o no típico de la intervención, siempre que el daño sea desproporcionado, se deba a una acción circunscrita dentro del ámbito de actuación del médico, no intervenga el paciente en su causación y no se proporcione explicación satisfactoria sobre la causa que provocó el daño. También constituyen excepciones a aquella regla presumiéndose en estos casos la culpa del médico, las siguientes figuras: *Res ipsa loquitur* (“la cosa

habla por sí misma”) en la que se presume la culpa o negligencia del médico cuando se deriva un resultado de los que, como regla general, no se producen, de modo que, de haber actuado diligentemente el facultativo, no se hubiera derivado tal resultado; prueba *prima facie* (“apariencia de prueba”), cuando a través de hechos se crean deducciones, pero en este supuesto existe una máxima de experiencia (probabilidades estadísticas o estudios científicos) que permite deducir la culpabilidad; *faute virtuelle* (“culpa virtual”), cuando se presume la culpa a partir de un resultado anormal, en el sentido de que es incompatible con una intervención “normal”.

4. Por otro lado, la teoría de la pérdida de oportunidades permite flexibilizar la carga de la prueba cuando resulta difícil su prueba en aquellos supuestos en los que el daño se produce por una actuación omisiva del médico. Es decir, por errores de diagnóstico, diagnóstico tardío o por omisiones de tratamientos. En la jurisprudencia no se ha determinado límite alguno sobre la certeza de las expectativas en cuestión, lo que ha sido criticado por la doctrina. En este caso, el *quantum indemnizatorio* no será del total del perjuicio sino que se deberá valorar la pérdida de oportunidades de curación o supervivencia.
5. Son causas de exoneración de la responsabilidad civil del facultativo, de una parte, el caso fortuito y la fuerza mayor, que se conciben como eventos imprevisibles o inevitables respectivamente. De otra parte, también podrán jugar un relevante papel como eximentes de responsabilidad, la culpa de la víctima, cuando ésta no hubiere cumplido con las indicaciones y prescripciones facilitadas por el médico, y la intervención de un tercero (por ejemplo, cuando los familiares se hacen cargo de su cuidado). En ambos casos, cuando a la causación del daño hubieren contribuido tanto la conducta del médico como la de la víctima o el tercero, podrá derivarse una concurrencia de culpas.

IX.- Para la reclamación de los daños sufridos en el ámbito de la sanidad privada, el paciente puede acudir a diversas vías. Cabe en primer lugar, que el conflicto indemnizatorio se resuelva en sede extrajudicial, ya sea por medio de una transacción (lo que supone un acuerdo entre ambas partes implicadas y una vez que adquiera

firmeza será perfectamente exigible su cumplimiento), ya sea por vía arbitral, en cuyo caso, para la resolución de la controversia jurídica se someterán a la decisión de un tercero. Con todo, la práctica cotidiana demuestra que, en la generalidad de los casos, el paciente damnificado suele interponer ante los tribunales competentes una acción judicial de indemnización de daños y perjuicios, en cuyo caso, la vía típica será la civil al circunscribirse el litigio al ámbito puramente privado.

BIBLIOGRAFÍA

- ASENSI PALLARÉS, E, “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica”. *Revista CESCO de Consumo*. 2012, Nº8.
- BELLO JANEIRO, D, *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*. Reus, Madrid, 2009.
- BELLO JANEIRO, D, *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*. Reus, Madrid, 2013.
- BONILLA SÁNCHEZ, J.J, *La responsabilidad médica extracontractual*. Laborum, Murcia, 2004.
- BUSTO LAGO, J.M, *Lecciones de responsabilidad civil*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L, *Derecho de daños*. Bosch, Corte D’Urgell (Barcelona), 2009.
- DE FUENTES BAJARDÍ, J, *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- ELIZARI URTASUN, L, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y centros sanitarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J.M, *Sistema de Responsabilidad Médica*. Comares, Granada, 2002.
- GALÁN CORTÉS, J.C , *Responsabilidad Civil Médica*. Thomson – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- GALÁN CORTÉS, J.C, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Civitas, Madrid, 2001.
- GÓMEZ RIVERO, Mª C ; SUCH MARTÍNEZ, J ; SILLERO CRAVETTO, B, *Responsabilidad Médica*. Tirant lo Blanch (Tratados), Valencia, 2013.

- GUERRERO ZAPLANA, J, *El consentimiento informado: Su valoración en la jurisprudencia*. Lex Nova, Valladolid, 2004.
- LUNA YERGA, A, “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”. *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*. 2005, N°2.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA –ALCALÁ, C, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- PANTALEÓN PRIETO, F, *Comentario del Código Civil, Comentario al art.1902*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- RIVES SEVA, J.M, “Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil médica y sanitaria. Cuestiones de derecho sustantivo y procesal en la materia”. *Diario La Ley*. 2004, N° 6011.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, M, “Aspectos básicos sobre la doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria”. *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*. 2013, N°6.
- SÁNCHEZ GARCÍA, M.M, “El daño desproporcionado”. *Revista CESCO de consumo*. 2013, N°8.
- SANTOS BRIZ, J, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*. Tomo XXIV. Edersa, Madrid, 1984.
- VÁZQUEZ BARROS, S, *Responsabilidad civil de los médicos*. Tirant lo Blanch (Tratados), Valencia, 2009.
- VÁZQUEZ LÓPEZ, J.E, “La <<lex artis ad hoc>> como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”. *Cuadernos de medicina forense*. 2010, N°3.
- VICANDI MARTÍNEZ, A, “El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria”. *Revista de Derechos Fundamentales*.2009, N°3.