

**MARÍA DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ
ALFONSO SERRANO GIL
JOSÉ CARLOS FUENTES ROCAÑÍN
PABLO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA**

INTRODUCCIÓN A LA MEDICINA LEGAL



© M.ª D. Díaz-Ambrona, A. Serrano, J. C. Fuertes, P. Hernández, 2007

Reservados todos los derechos.

«No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.»

Ediciones Díaz de Santos
E-mail: ediciones@diazdesantos.es
Internet://<http://www.diazdesantos.es>

ISBN: 978-84-7978-804-9
Depósito legal: M. 2.846-2007

Diseño de cubierta: A. Calvete
Fotocomposición e impresión: Fernández Ciudad
Encuadernación: Rústica - Hilo
Impreso en España

AUTORES

María Dolores Díaz-Ambrona Bardají

Profesora Titular de Derecho Civil de la UNED. Madrid.

Alfonso Serrano Gil

Profesor Derecho Civil de la UNED. Madrid.

José Carlos Fuertes Rocañin

Médico Forense. Psiquiatra. Madrid.

Pablo Hernández Díaz-Ambrona

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Prólogo



Realízase en esta obra colectiva un detenido y completo estudio sobre la asistencia y atención del personal médico a las personas que precisen de sus cuidados o tratamiento por enfermedad u otras causas, realizando una cuidada exposición de las responsabilidades civiles en que pudieran incurrir en la realización de este trabajo, así como del comportamiento necesario para evitarlas. El estudio de estas interesantes cuestiones está referido exclusivamente al personal médico, dedicando especial atención a las responsabilidades contractuales y extracontractuales de estos profesionales. La obra tiene claramente un punto de partida. Se trata de que la asistencia médica no tiene necesariamente la finalidad de curar al enfermo, sino la de proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia y las técnicas médicas aplicables, con independencia del resultado, aunque aquellos han de estar encaminados al mantenimiento de la vida.

La vida es un derecho fundamental de la persona. Sin entrar a determinar si se trata de un derecho absoluto o no, es preciso destacar su carácter de derecho prioritario, por cuanto constituye el presupuesto necesario para el reconocimiento y atribución de los demás derechos de la persona, bien sean fundamentales o de otra índole. El derecho a la vida consagrado en el artículo 15 de la Constitución aparece como un «prius» lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos, por lo que merece una especial protección en el orden jurídico. De un lado, existe la obligación negativa general de no lesionarle, y de otro, la obligación positiva por parte del Estado de contribuir a su mantenimiento.

El comienzo de la vida y cuando esta se encuentra en vías de formación, trátase con el estudio de cuestiones tan interesantes como es el aborto y las técnicas de reproducción humana asistida, que se abordan con un cuidado análisis y exposición de las disposiciones legales vigentes en la actualidad, sin entrar de propósito en los problemas doctrinales y científicos que estos temas plantean por afectar a la vida y existencia de la persona.

Aunque el derecho a la salud no está comprendido entre los derechos fundamentales, porque la Constitución lo regula en el capítulo 3.º del título I (artículo 43.1), dedicado a los principios rectores de la política social y económica, configurándolo como un derecho de prestación, la doctrina del Tribunal Constitucional lo relaciona también comprendido en otros derechos fundamentales, como son los derechos a la intimidad personal y familiar y a la integridad física, por lo que estima que en ciertos casos el derecho a la salud deberá entenderse incluido en estos derechos. La intimidad tiene aplicación frecuente en las relaciones entre los profesionales de la medicina y sus pacientes cuando se subordina a la curación, salvo los supuestos de renuncia al derecho. Y en cuanto al derecho a la propia imagen protege frente a la captación o reproducción de imágenes de las personas que se someten al tratamiento médico, pudiendo darse también en el supuesto que se conoce con el nombre de medicina voluntaria, cuando se acude al médico para mejorar el aspecto físico y estético, figura que se enmarca en el contrato de arrendamiento de obra.

Las responsabilidades civiles y penales del personal médico derivadas de actos de atención a la salud de las personas en sus diversas manifestaciones se presenta en estudios puntuales y sistemáticos expuestos con precisión y el rigor deseable, teniendo muy presente la doctrina del Tribunal Supremo, que tanta influencia ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco se descuida el aspecto laboral, realizando una metódica exposición de los accidentes de trabajo y de las obligaciones y derechos del personal sanitario en el ámbito hospitalario, con exposición de la reciente legislación sobre la materia como consecuencia de ciertas Directivas de la Unión Europea.

El propósito de esta obra no es otro que el de ofrecer al personal médico los conocimientos básicos sobre las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de su actuación profesional y las medidas necesarias para evitar todas las que pudieran ser negativas.

FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL
Profesor Emérito de Derecho Civil de la UCM
Ex-teniente Fiscal del Tribunal Supremo
Vocal permanente de la Comisión General de Codificación

Índice

PRÓLOGO: Francisco Hernández Gil	IX
1. EL DERECHO CIVIL Y LA PERSONA (M. ^a Dolores Díaz-Ambrona Bardají)	1
1.1. Concepto de Derecho civil	1
1.2. La persona. Clases: físicas y jurídicas	2
1.2.1. La persona	2
1.2.2. Clases	2
1.2.3. Persona física	3
1.2.4. Persona jurídica	6
1.3. Capacidad jurídica y capacidad de obrar. La edad	6
1.3.1. Capacidad jurídica	6
1.3.2. Capacidad de obrar	6
1.3.3. La edad	7
1.4. La incapacitación. El internamiento de un enfermo mental	9
1.4.1. La enfermedad	9
1.4.2. Incapacitación	10
1.4.3. El internamiento de un enfermo mental	11
1.5. Matrimonio en peligro de muerte	12
1.6. Testamento en peligro de muerte y testamento en tiempo de epidemia	13
1.6.1. Testamento en peligro de muerte	13
1.6.2. Testamento en tiempo de epidemia	15
2. LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD (M. ^a Dolores Díaz-Ambrona Bardají)	17
2.1. La Constitución Española y la investigación de la paternidad	17

2.2. Negativa a someterse a las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad	18
2.2.1. Antecedentes	18
2.2.2. Las pruebas biológicas	18
2.2.3. Fiabilidad	19
2.2.4. Negativa a someterse a las pruebas biológicas	19
2.2.5. Casos reales	21
3. EL TRANSEXUALISMO (M. ^a Dolores Díaz-Ambrona Bardají).....	27
3.1. Trastorno de la identidad sexual	27
3.2. Modificación del aspecto físico de los transexuales	27
3.3. Posibilidad de cambio de nombre para los transexuales: sus efectos jurídicos	28
3.3.1. Problemática	28
3.3.2. Cambio de nombre	29
3.3.3. Efectos	31
3.3.4. Internamiento de un transexual en hospitales o psiquiátricos	32
4. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (M. ^a Dolores Díaz-Ambrona Bardají).....	33
4.1. Antecedentes	33
4.2. Técnicas que se regulan	34
4.3. Ámbito de aplicación	34
4.4. Sujetos de las técnicas	36
4.5. Ovocitos y preembriones	38
4.6. Determinación de la maternidad y de la paternidad	43
4.6.1. Determinación de la maternidad	43
4.6.2. Determinación de la paternidad	44
4.7. Determinación de la filiación en las uniones del mismo sexo ...	47
4.7.1. Uniones de mujeres	48
4.7.2. Uniones de hombres	51
4.8. Los donantes	54
4.8.1. La cesión de gametos y embriones	54
4.9. Filiación post mortem	56
4.10. Material embriológico	57
4.11. Infracciones	58
4.12. Protección jurídica de las invenciones biotecnológicas	59
5. LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS (M. ^a Dolores Díaz-Ambrona Bardají).....	61
5.1. La donación de órganos: su problemática	61
5.1.1. Antecedentes	62
5.1.2. Ámbito de la ley	63

5.1.3. Definiciones	63
5.1.4. Competencia	64
5.2. ¿Quiénes son donantes?	65
5.3. Requisitos exigidos para una donación de persona viva	65
5.3.1. En particular el documento	68
5.4. Requisitos exigidos para un donante fallecido	69
5.4.1. Personas fallecidas en accidente	71
5.5. Excepciones	72
5.6. Legislación complementaria	72
5.6.1. Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos	72
5.6.2. Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos	73
5.6.3. Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos	74
6. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROFESIONAL SANITARIO (M. ^a Dolores Díaz-Ambrona Bardají)	77
6.1. Clases de responsabilidad civil	77
6.2. La responsabilidad civil contractual	78
6.2.1. El dolo	79
6.2.2. La culpa	79
6.3. La responsabilidad civil extracontractual	80
6.3.1. Requisitos	80
6.3.2. Concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual	86
6.4. Responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública	86
6.4.1. Requisitos	87
6.4.2. Plazo para entablar la acción	88
6.5. La responsabilidad civil <i>ex delicto</i>	89
6.6. Casos reales	89
6.6.1. Sentencia de la Sala 2. ^a del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 1981	89
6.6.2. Sentencia de la Sala 1. ^a del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 1989	90
6.6.3. Sentencia de la Sala 2. ^a del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 1994	91

6.6.4.	Sentencia de la Sala 1. ^a del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 2001	92
6.6.5.	Sentencia de la Sala 1. ^a del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2002	92
6.6.6.	Sentencia de la Sala 1. ^a del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 2002.....	94
6.6.7.	Sentencia de la Sala 1. ^a del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2004	95
6.6.8.	Sentencia de la Sala 1. ^a del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 2004	96
6.6.9.	Sentencia de la Sala 1. ^a del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2004	99
6.6.10.	Sentencia de la Sala 2. ^a del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 2004	100
6.6.11.	Sentencia de la Sala 3. ^a del Tribunal Supremo, de 13 de diciembre de 2004	101
7.	LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL TRABAJO EN EQUIPO (Alfonso Serrano Gil y José Carlos Fuentes Rocañin)	103
7.1.	Introducción.....	103
7.2.	Responsabilidad dentro del equipo por actuación de los médicos en formación	107
8.	INTRUSISMO (Alfonso Serrano Gil y José Carlos Fuertes Rocañin) .	113
8.1.	Introducción	113
8.2.	Concepto	114
8.3.	La acción	116
8.4.	Sujetos de acción	116
8.5.	Excepciones del delito de intrusismo	117
8.6.	Tipo agravado	118
9.	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO (Alfonso Serrano Gil y José Carlos Fuertes Rocañin)	119
9.1.	Introducción y concepto	119
9.2.	Naturaleza del derecho a la información	119
9.3.	Modo de cumplir la información	120
9.4.	Extensión del deber de información	120
9.5.	Excepciones al deber de información	121
9.5.1.	Supuestos típicos en la excepción de información	121
9.6.	Conclusiones	122
9.7.	Consentimiento del paciente	122
9.8.	Requisitos del consentimiento	123
9.8.1.	Capacidad	123
9.8.2.	Forma	124

9.9. Excepciones legales a la exigencia del consentimiento	125
9.9.1. Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública	125
9.9.2. Cuando existe riesgo grave inmediato para la integridad física o psíquica del paciente	125
10. EL ABORTO (Alfonso Serrano Gil y José Carlos Fuertes Rocañin) .	127
10.1. Antecedentes históricos	127
10.2. Texto íntegro de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio	128
10.3. Condiciones generales para la práctica del aborto legalizado ...	129
10.3.1. Relativas a la mujer	129
10.3.2. Relativas al facultativo	129
10.3.3. Relativas al centro o establecimiento sanitario	130
10.4. Regulación jurídica de los centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo	134
10.4.1. Centros acreditados para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo	135
10.4.2. Procedimiento para la acreditación de los centros hospitalarios	136
10.4.3. Normas relativas a la emisión de los dictámenes preceptivos	136
10.4.4. Información relativa a la interrupción del embarazo ...	136
10.4.5. La situación actual	137
11. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA (Alfonso Serrano Gil y José Carlos Fuertes Rocañin)	139
11.1. Introducción	139
11.2. La objeción de conciencia al aborto	141
11.3. La objeción de conciencia a tratamientos médicos	142
12. MEDICINA Y SECRETO PROFESIONAL (Alfonso Serrano Gil y José Carlos Fuertes Rocañin)	145
12.1. Concepto de secreto. El secreto profesional	145
12.2. Naturaleza del secreto profesional	146
12.3. Personas sometidas al secreto profesional	146
12.4. Objeto del secreto profesional	146
12.5. Estudio penal del secreto profesional	146
12.6. Regulación del secreto profesional en el orden deontológico ...	148
12.7. Responsabilidad civil derivada del quebrantamiento del secreto profesional	148
12.7.1. Circunstancias en las que está justificada la violación del secreto	149

13. LA PRUEBA PERICIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL (Alfonso Serrano Gil y José Carlos Fuertes Rocañin).....	151
13.1. Concepto de perito	151
13.2. Clases de peritos	151
13.2.1. Por su dependencia del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas	151
13.2.2. Peritos no judiciales, no dependientes de ningún organismo público	152
13.2.3. Designación de Perito	152
13.2.4. Por la intermediación del peritaje	152
13.3. Naturaleza, alcance y objeto de la prueba pericial	152
13.4. Nombramiento de peritos	153
13.5. Recusación de peritos	153
13.6. La prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (L.E.C.)	154
13.7. Principios de la prueba pericial	154
13.7.1. Principio de legalidad	154
13.7.2. Principio de independencia	154
13.7.3. Principio de cualificación	154
13.7.4. Principio de objetividad y moralidad	155
14. EL ACCIDENTE LABORAL (Pablo Hernández Díaz-Ambrona).....	157
14.1. El accidente laboral	157
14.1.1. Concepto	157
14.2. Enfermedades sufridas en tiempo y lugar de trabajo: accidente laboral	157
14.2.1. Accidente <i>in itinere</i>	160
14.2.2. Accidente «en misión»	162
14.2.3. Cargos electivos de carácter sindical	162
14.2.4. Actos de salvamento	163
14.2.5. Supuestos que no se consideran accidente de trabajo ..	163
14.2.6. Competencia para la determinación de las lesiones por accidente de trabajo	164
14.3. Concepto de enfermedad profesional	165
14.4. Especial referencia a la seguridad e higiene en el ámbito hospitalario	165
15. EL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LA MEDICINA (Pablo Hernández Díaz-Ambrona).....	171
15.1. Naturaleza de la relación del profesional de la medicina	171
15.2. Ámbito de aplicación del Estatuto Marco	173
15.3. Categorías profesionales	174
15.3.1. Atendiendo al nivel académico del título exigido	174
15.3.2. Por su vinculación al Sistema Nacional de Salud	175

15.3.3. Por su situación	177
15.3.4. Por el grupo de pertenencia a efectos retributivos	178
15.3.5. Incompatibilidades	180
15.4. Derechos y obligaciones del profesional médico	180
15.4.1. Derechos	180
15.4.2. Deberes	181
15.5. Planificación y ordenación del personal	182
15.5.1. Foro Marco para el Diálogo Social	183
15.5.2. Planificación de recursos humanos	183
15.5.3. Planes de ordenación de recursos humanos	183
15.5.4. Ordenación del personal estatutario	183
15.6. Jornada, permisos y licencias	184
15.6.1. Tiempo de trabajo y régimen de descanso	185
15.6.2. Jornadas parciales, fiestas y permisos	189
15.7. Régimen disciplinario	193
15.7.1. Son faltas leves (artículo 73.4 de la Ley 55/2003).....	194
15.7.2. Son faltas graves (artículo 72.3 de la Ley 55/2003).....	194
15.7.3. Son faltas muy graves (artículo 72.1 de la Ley 55/2003)..	195
15.7.4. Sanciones	197
15.7.5. Competencia	198
15.7.6. Prescripción	199
15.8. Representación, participación y negociación colectiva	200
BIBLIOGRAFÍA	203

La responsabilidad civil del profesional sanitario

6

M.^a Dolores Díaz-Ambrona Bardají

6.1. CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El tema que vamos a desarrollar es de suma actualidad y preocupa sobremanera al profesional de la Medicina.

Cuando se habla de responsabilidad médica, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia¹ consideran que la Medicina como Arte, como Ciencia y como Técnica, va dirigida a la atención de la humanidad doliente en cuanto su «*thelos*» no es otro que procurar al enfermo la mayor atención y mejor tratamiento, con objeto de lograr, o cuando menos intentar, además de su sanidad, tanto material como psicológica, un adecuado y humano amparo psicoasistencial, aun cuando no siempre se consiga dicha esencial finalidad, pues no ha de olvidarse que la función –u obligación– de la Medicina y, por tanto, del médico, no es de resultado sino de medios, en cuanto dada la naturaleza humana y los límites de la Medicina, no siempre se consigue de modo pleno dicha finalidad, aun cuando el profesional ponga de su parte el «*Arts, Thecnos y Modus operandi*», como ya hace muchos siglos se establecía por Hipócrates en su famoso juramento cuando decía: «Y seguir según mi capacidad y mi criterio el régimen que tienda al beneficio de los enfermos, pero me abstendré de cuanto lleve consigo perjuicio o afán de daños».

La responsabilidad de los médicos puede ser:

- a) Contractual.
- b) Extracontractual.
- c) O provenir de la comisión de un delito o falta.

¹ Sentencia de 12 de julio de 1994 (RJA n.º 6730).

6.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

La responsabilidad contractual es la que se produce por incumplimiento de un contrato por cualquiera de las partes; en el caso que nos ocupa lo enfocamos si la parte que incumple es el médico. Así, si el paciente acude a un médico privado como cliente particular, o bien el paciente acude al hospital no como afiliado o beneficiario de la Seguridad Social, sino como particular ajeno a la misma. En este caso, la responsabilidad puede surgir de un contrato de arrendamiento de servicios², si la obligación es de medios, que son los supuestos cuyo fin es curar al enfermo, o también de un contrato de obra, si la obligación es de resultado³, que son supuestos de lo que se denomina «medicina voluntaria», como más adelante exponemos. Esta responsabilidad se regula en el Código civil en los artículos 1101 y ss.

Requiere la existencia de un vínculo previo y el elemento esencialísimo es la culpabilidad. El vínculo previo se refiere a la existencia de un contrato; lo normal es que la obligación se cumpla. Piensen en el supuesto siguiente: una persona llega a la consulta privada del médico porque tiene dolor de estómago, la obligación del médico será diagnosticarla y ponerle un tratamiento para que desaparezcan los dolores, y el paciente tendrá la obligación de pagar la minuta, lo usual es que la obligación del médico se realice y que la obligación del paciente se consuma. En cuyo caso no surge ningún problema. Pero también puede suceder que el tratamiento no sea el correcto y dé lugar a efectos más o menos graves. Aquí entonces es preciso indagar si concurrió el elemento de la culpabilidad, es decir, si hubo o no negligencia por parte del facultativo.

Desde tiempos muy remotos se dice que no hay castigo sin culpabilidad o, dicho con otras palabras, para declarar a una persona responsable de las consecuencias de un cumplimiento defectuoso de la obligación, es condición necesaria que el mismo sea imputable al deudor (es decir, a la persona que debe cumplir la obligación), bien porque haya actuado dolosa o negligentemente.

En nuestro Código civil se recoge en el artículo 1101, que dice: «Quedan sujetos a indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas». De aquí que los grados de culpabilidad en nuestro Derecho sean:

- a) El dolo.
- b) La culpa.

² Sentencia de 15 de marzo de 1993 (RJA n.º 2276).

³ El contrato de obra, con obligación de resultado, es aquel por el que una parte –cliente– se obliga a pagar unos honorarios a la otra –médico– por la realización de una obra; la responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha realizado ésta o su cumplimiento ha sido defectuoso.

6.2.1. El dolo

El dolo consiste en la voluntad consciente de producir un resultado antijurídico. Por eso, para que exista dolo es necesario que concurren dos elementos: un elemento intelectual y otro volitivo.

El elemento intelectual, a su vez, requiere:

1. El conocimiento del hecho; por tanto, el error excluye el dolo; así, por ejemplo, si una persona que contrajo una obligación no recuerda la existencia de la misma y se produce el incumplimiento, desaparecerá el dolo, porque no existe en su mente la representación necesaria del vínculo que originó la obligación, pero seguirá subsistiendo la imputación a título de culpa porque no tomó las precauciones necesarias. Por ejemplo, un médico contrata con un paciente que tiene que reconocerlo en su casa a las once de la mañana; pues bien, llega el día pactado y el médico no se presenta en casa del paciente porque se le olvidó; el incumplimiento de la obligación (el no presentarse y reconocerlo) no será a título de dolo, pero sí a título de culpa, ya que debería haber tomado las precauciones necesarias para que no se le olvidase ir a casa del paciente, como puede ser apuntarlo en una agenda o tomar cualquier otro tipo de precaución.
2. El conocimiento de la significación del acto, es decir, la consciencia de que con el hecho propio se realiza un acto antijurídico o, lo que es lo mismo, un acto contrario a derecho; se excluye el dolo si el deudor entiende que está ejercitando un derecho.

En cuanto al elemento volitivo, es necesario hacer notar que existe cuando se quiere el resultado de la acción, y también cuando sin desear el resultado aparezca como una consecuencia necesaria de la acción.

Resumiendo en pocas palabras, los requisitos necesarios para que concurra el dolo podemos decir que se da: «Cuando se sabe lo que se quiere y se quiere lo que sabe».

Lo normal en las actuaciones de los médicos es que no se dé una actuación dolosa o, lo que es lo mismo, que no exista una culpabilidad máxima.

6.2.2. La culpa

Esta consiste en la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia. En la culpa el deudor (la persona que tiene que cumplir la obligación) no quiere conscientemente dejar de cumplir su obligación, pero no prevé, cuando debió haberlo previsto, que su conducta llevará aparejada el incumplimiento o cumplimiento defectuoso. El Código civil en su artículo 1104 establece que: «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias del tiempo y del lugar».

La culpa se puede manifestar en forma positiva, es decir, en hacer algo que no se debía hacer, o en forma negativa, es decir, no hacer algo que estaba obligado a hacer.

La jurisprudencia exige la responsabilidad por culpa para toda clase de obligaciones, pudiendo ser moderada por los Tribunales.

El incumplimiento, que no es imputable al deudor, puede obedecer a caso fortuito o a fuerza mayor, en cuyo caso la conducta no genera responsabilidad. Es difícil establecer la frontera de estos dos conceptos, se trata de sucesos imposibles de prever, o que, previstos, fueran inevitables (artículo 1105 CC). En estos supuestos el deudor queda liberado⁴.

6.3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad extracontractual es la que sin existencia de una obligación anterior, y sin ningún antecedente contractual, produce un daño o perjuicio que tiene su origen en una acción u omisión culpable solo civilmente, a saber, que siendo ilícita no revista, sin embargo, los caracteres de un delito o falta por no estar penada por la ley. También se la denomina «responsabilidad aquiliana», porque fue sancionada en Roma por la *Lex Aquilia*. Este principio es recogido en el Código civil en el importante artículo 1902, que dice: «El que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

6.3.1. Requisitos

Para que exista responsabilidad extracontractual es necesario que concurren los siguientes requisitos:

Una acción u omisión

Es decir, debe haber un comportamiento humano voluntario y externo para la acción, y en cuanto a la omisión, un deber de actuar y que esa omisión fuese causa del resultado dañoso.

En la responsabilidad por omisión puede darse el caso de que el evento productor del daño no sea causa directa de la ausencia de acción, es decir, de no hacer, sino que la responsabilidad surja porque no se hayan tomado las precauciones necesarias para evitar un riesgo previsible, con independencia de cuál sea la verdadera causa que produjo el resultado dañoso⁵.

⁴ Véanse las Sentencias de 7 de febrero de 1990 (RJA n.º 668) y 7 de junio de 1994 (RJA n.º 4897), en ellas se resalta la idea de inevitabilidad propia del concepto legal y doctrinal del caso fortuito. En la última se pone de relieve que la enferma conocía los riesgos de la operación.

⁵ Véase la Sentencia de 17 de mayo de 1993 (RJA n.º 4064).

Un nexo causal

El daño producido debe ser consecuencia de la acción u omisión. Se ha dicho por la doctrina que la causalidad en la actividad profesional médica es tan específica que hasta pudiera aludirse a una causalidad médica, pero la verdad es que la cuestión es muy compleja. Asimismo, ha de tenerse en cuenta el principio de la llamada *lex artis ad hoc*, o módulo rector de todo acto médico, como principio director en esta materia; al decir la jurisprudencia⁶ que la actuación de los médicos debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc* quiere significar que la actuación debe medirse en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y teniendo presente las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, añadiendo la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 1991⁷ que se entiende por *lex artis ad hoc* aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina, Ciencia o Arte médica, que tiene 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 de otros factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida.

Cabe también la posibilidad de interrupción del nexo causal. La jurisprudencia admite la interrupción del nexo causal por la intervención dolosa o intencional de un tercero, que priva de responsabilidad al agente inicial cuando el resultado no se corresponde con el actuar u omisión de éste y sí con la conducta de aquél.

La existencia de un daño

El daño puede ser patrimonial o no patrimonial, aunque a este último también se denomina «daño moral» o «daño inmaterial». El daño patrimonial engloba tanto a los daños sufridos por la propia persona (daños personales), como a los ocasionados a su patrimonio. Mientras que los daños morales son los que recaen en los bienes o derechos inmateriales de las personas, como la libertad, la salud, el honor, etcétera⁸.

La Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 28-2-1964, incluía entre los daños morales «los perjuicios que se refieren a los bienes inmateriales de la salud, así como los dolores o traumatismos físicos consecuencia de lesiones». La jurisprudencia ha reconocido daño moral, en la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1990⁹, por la pérdida de la fama y el prestigio de

⁶ Entre otras muchas Sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, cabe citar en este sentido las de 7 de febrero y 29 de junio de 1990 (RJA, n.º 668 y n.º 4945).

⁷ RJA n.º 2209.

⁸ Véase Lasarte Álvarez, Carlos, «Principios de Derecho civil», T. II, 8.º edición, ed. Marcial Pons, págs. 336 y 337.

⁹ RJA n.º 9994.

un profesional de la Medicina que recetó un tratamiento que resultó ineficaz por conducta culposa del farmacéutico, por la preparación de unas cápsulas sin atender con total celo y profesionalidad a que éstas se ajustasen con todo detalle y previsión a lo prescrito por el médico, tanto en la cantidad como en la calidad, en este supuesto el que planteó la demanda fue el médico. También ha reconocido daño moral la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992¹⁰, que resuelve el caso de una persona con escoliosis dorsal directa idiopática, para cuya corrección fue operada, y como resultado de la operación quedaron al paciente secuelas irreversibles, determinantes de las parálisis de las extremidades inferiores, lo que originó la utilización de por vida de una silla de ruedas. La Sentencia dice que es de una evidencia cegadora el dolor moral que experimenta una madre al ver a su hija en situación tan lamentable como la que resulta de autos, habida cuenta, además, de que es ella sola la que tendrá que soportar los inmensos trastornos que supone cuidar de una inválida, pues se encuentra separada de su esposo por sentencia judicial firme, en la que se le transfirió la guarda y custodia de sus hijas (otra de ellas padece igualmente escoliosis). Se condenó a los demandados a pagar 22.536.000 de pesetas por daños materiales y 8.000.000 por daños morales, ya que el Tribunal Supremo aumentó en tres millones lo acordado por la Audiencia respecto a estos últimos. Otro caso curioso de daño moral se estima en el supuesto en que la paciente fue sometida a intervención de las dos rodillas. Primero en la rodilla derecha por error en el quirófano, lo que propició un mayor dolor en la pierna izquierda hasta que pudo ser intervenida, este dolor es lo que consideró la sentencia daño moral (*pretium doloris*), y éste es el que se indemniza¹¹. También se ha entendido como daño moral el que experimenta una madre cuando en el parto el recién nacido sufre parálisis braquial obstréctica del brazo derecho por arrancamiento de las raíces nerviosas¹².

La culpabilidad

Dos son los criterios seguidos para la imposición de la responsabilidad extracontractual:

1. Derivar dicha responsabilidad de la culpa en que haya incurrido el actor (sistema de la responsabilidad subjetiva).
2. Derivar la obligación de resarcimiento simplemente de la relación de causalidad entre el acto del agente y el daño producido, sin tener en cuenta el elemento intencional o falta de diligencia (responsabilidad objetiva, teoría del riesgo).

El primer criterio exige la culpabilidad del agente, es decir, la existencia o no de diligencia, o lo que es lo mismo, la actuación negligente o no.

¹⁰ RJA n.º 3323.

¹¹ Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 2002 (RJA n.º 9769).

¹² Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2003 (RJA n.º 931).

El segundo criterio se contenta con una base objetiva. La relación entre hecho y agente, la simple causación, la obtención de un resultado basta para hacerle responsable (de ahí que se le denomine por muchos juristas principio de causalidad). No incide en ella que el agente haya querido la acción, o que haya actuado con negligencia o que aparezca algún punto de vista ético que haga disculpable su actuación. El que realiza la acción ha de soportar sus consecuencias, aunque haya actuado con la máxima diligencia.

Esta concepción representa un punto de vista primitivo, originario, ingenuo. Es el imperante en los comienzos de la evolución del Derecho. Pero curiosamente se está volviendo actualmente a él; la utilización de máquinas cada vez más complicadas con numerosos posibles riesgos para la población, determina que sólo por el hecho de su utilización se deba responder en los supuestos en que se causa un daño; así, por ejemplo, establecen la responsabilidad objetiva, entre otras leyes, la de energía nuclear, la de vehículos de motor, y la de caza.

Ambos sistemas tienen su valor. El principio de la causación o responsabilidad objetiva toma en consideración en primer término al perjudicado, tiene quizás una proyección más social que el principio de la culpa. Sin embargo, este último contiene una mayor justicia, pues califica al agente e indudablemente es más favorable para éste.

En la responsabilidad de los médicos rige el principio de la culpabilidad, por entender que se trata de una obligación de medios, excepto en aquellos casos en los que se pretende actividad de resultado, como por ejemplo, en las prótesis dentales, en las operaciones de cirugía estética¹³ o esterilizaciones¹⁴, donde se admite la responsabilidad objetiva. La obligación de medios (también denominada «de diligencia» o «de actividad») es una obligación de hacer donde el deudor compromete únicamente su esfuerzo y, por consiguiente, cumple cuando este esfuerzo ha sido desarrollado; mientras que en las obligaciones de resultado el deudor no compromete sólo su actividad, sino también el resultado que ha de obtenerse de ella. Traducido a la actividad del profesional del médico, éste no incumple si el paciente no sana o incluso muere, ya que él no había prometido la curación del enfermo, ni siquiera su mejoría, sino únicamente administrararle una serie de cuidados de acuerdo con una técnica científica y profesional.

Así lo corrobora la jurisprudencia en numerosas resoluciones¹⁵. La obligación contractual o extracontractual del médico y, más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es

¹³ Véase la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 2001 (RJA n.º 2711-2002).

¹⁴ Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2002, (RJA n.º 5514).

¹⁵ Véanse, entre otras muchas, las Sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 1986 (RJA n.º 2824); 12 de julio de 1988 (RJA n.º 5991); 17 de junio de 1989 (RJA n.º 4696); 7 y 12 de febrero y 6 de noviembre de 1990 (RJA n.º 668, 677 y 8528); 11 de marzo de 1991 (RJA n.º 2209); 23 de marzo de 1993 (RJA n.º 2545); 11 de diciembre de 2001 (RJA n.º 2711-2002) y 25 de marzo de 2004 (RJA 2149).

decir, está obligado, no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los médicos queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o el nexo causal y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico¹⁶, que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio¹⁷ o más generalmente de una acción culposa¹⁸, y así se ha estimado en aquellos casos en los que se logró establecer un nexo causal entre el acto tachado de culpable o negligente, o la omisión de cuidados indicados, y el resultado dañoso previsible y evitable¹⁹; cuando, por el contrario no es posible establecer la relación de causalidad culposa, no hay responsabilidad médica²⁰.

Es preciso señalar que el médico debe responder de un resultado o daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y a la regla *faute virtuelle* (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 ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción²¹.

Es importante saber qué debe entenderse por obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo²²:

1. Utilizar cuantos remedios conozca la Ciencia médica y estén a disposición en el lugar que se produce el tratamiento, de manera que la actuación del

¹⁶ Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1987 (RJA n.º 5488); 12 de julio de 1988 (RJA n.º 5991); 7 de febrero de 1990 (RJA n.º 668) y 29 de marzo de 1994 (RJA n.º 2305).

¹⁷ Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 1988 (RJA n.º 4825) y 29 de marzo de 1994 (RJA n.º 2305).

¹⁸ Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 1988 (RJA n.º 5124).

¹⁹ Es el caso de las Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo siguientes: 7 de febrero de 1973 (RJA n.º 407); 28 de diciembre de 1979 (RJA n.º 4663); 28 de marzo de 1983 (RJA n.º 1646) y 12 de febrero de 1990 (RJA n.º 677).

²⁰ Véanse en este sentido las Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 1986 (RJA n.º 2824); 13 de julio de 1987 (RJA n.º 5488); 12 de febrero de 1988 (RJA n.º 943) y 7 de febrero de 1990 (RJA n.º 677).

²¹ Cfr. las Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1999 (RJA n.º 4895); 9 de diciembre de 1999 (RJA n.º 8173); 29 de noviembre de 2002 (RJA n.º 10404), y 30 de enero de 2003 (RJA n.º 931).

²² Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1994 (RJA n.º 3037), en ella se condena al médico que realizó la vasectomía por negligencia (arts. 1101 y 1104 CC), al no haber realizado la información necesaria al cliente que le condujera a evitar que la reanudación de la vida matrimonial en forma normal tuviera como consecuencia el embarazo de su esposa, y no poder considerarse el acto como fortuito (artículo 1105 CC).

- profesional se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica.
2. Informar al paciente²³, en su caso, a los familiares del mismo, siempre claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse, así como de las opciones clínicas disponibles. El derecho a la información del médico a los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. La información es un presupuesto necesario para que el paciente pueda manifestar su consentimiento de forma libre, voluntaria y consciente en pleno uso de sus facultades, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.
 3. Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar.
 4. En los supuestos, no infrecuentes, de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia.
 5. Por último, señalar que es obligación también del médico, según lo dispuesto en los artículos 2.2 y 3 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, solicitar al paciente el consentimiento, que se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

Es preciso resaltar que cuando la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al profesional no para la curación de un dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico, estético o para la transformación de una actividad biológica, como la actividad sexual, en forma tal que le permite practicar el acto sin acudir a otros medios anticonceptivos, la obligación deja de ser de medios y se aproxima a una obligación de resultado, de ahí que la obligación de informar al cliente, que no paciente, se refuerza, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si es quirúrgica, acarree, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca y los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.

²³ La información del paciente y su consiguiente consentimiento está regulado específicamente en 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. Tratada en otro capítulo del libro, al que nos remitimos para una mayor conocimiento del tema.

6.3.2. Concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual

Es importante señalar que la responsabilidad contractual puede concurrir con una responsabilidad extracontractual y será, en este caso, el perjudicado el que pueda optar por ejercitar una u otra²⁴.

Ello tiene importantes implicaciones prácticas y supone una posición favorable del perjudicado respecto a numerosos aspectos: la prescripción (un año en la responsabilidad extracontractual frente a 15 años de la contractual); la culpa levisísima sólo es exigible en la responsabilidad extracontractual; la responsabilidad es solidaria en la extracontractual, mientras que en la contractual la regla es la no solidaridad, para que se dé la responsabilidad solidaria es necesario haberse pactado previamente.

6.4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el ámbito de la sanidad tiene actualmente una posición destacada la responsabilidad patrimonial administrativa extracontractual.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supuso un cambio importante en el régimen de la responsabilidad administrativa extracontractual, pero ese cambio legislativo dio lugar a dudas interpretativas que posteriormente han sido aclaradas por tres importantes leyes²⁵. Todas ellas coinciden en establecer para la responsabilidad extracontractual de la Administración el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Hasta entonces existían cuatro órdenes jurisdiccionales diferentes, el civil, el penal, el contencioso-administrativo y el social. Lo que significaba que el actor (demandante) podía instar su pretensión en cualquiera de las cuatro vías jurisdiccionales. Ya no cabe alegar la *vis atractiva* del orden civil ni recurrir al criterio del *peregrinaje de jurisdicción*, que tanto alegó la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Supremo, la materia se encomienda expresamente en la legislación actual al orden contencioso-administrativo. Tampoco cabe en el orden Social decir que la materia de que se trata constituye una prestación de la Seguridad Social, para fundar su conocimiento por esta vía.

²⁴ Véanse las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1992 (RJA n.º 7529) y 15 de febrero de 1993 (RJA n.º 771).

²⁵ La Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial; la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, por último, la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Cuando se demanda a la Administración Pública, en el caso que nos ocupa a las Entidades Públicas de Salud, la vía a seguir es la contencioso-administrativa.

Incluso se permite recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa contra la Administración y un sujeto o sujetos privados responsables del daño cometido, o lo que es lo mismo, demandar a la Administración junto con los causantes del daño ocasionado²⁶.

Es preciso advertir que el ámbito de aplicación de este sistema se extiende tanto a las relaciones de Derecho Público como a las de Derecho Privado de la Administración, lo importante es determinar si la Administración es responsable de los daños o no lo es²⁷. Y el único modo de saberlo es mediante la interpretación del ordenamiento jurídico-administrativo.

La responsabilidad patrimonial exigible a las Administraciones Públicas tiene carácter objetivo, por lo que no es necesario el examen de la concurrencia o no de factores de culpabilidad subjetiva²⁸.

6.4.1. Requisitos

La determinación de la procedencia o improcedencia de la responsabilidad patrimonial ha de ser enjuiciada teniendo presente los siguientes requisitos²⁹:

1. El cumplimiento acreditamiento de la efectividad de un daño individualizado y evaluable económicamente, cuya imputación individual no deba soportar el perjudicado; por ello la jurisprudencia entiende que es un daño antijurídico. Daño que puede ser físico, psíquico o moral, esta tercera clase de daño, a veces, se identifica indebidamente con el daño psíquico.
2. Que la lesión no provenga de fuerza mayor y sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendidos estos en su más amplio sentido, como gestión pública. Ello significa que el caso fortuito no exonera de responsabilidad.

La fuerza mayor y el caso fortuito son unidades jurídicas diferentes³⁰.

En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); interiori-

²⁶ Véase el artículo 9.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, reformado por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio.

²⁷ Cfr. Gamero Casado, E.: *El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 17 de febrero de 2000, pág. 3.

²⁸ Véase la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1999 (RJA n.º 4917), en la que se resuelve un supuesto de gangrena por inyección desechable con resultado de muerte.

²⁹ Cfr. las Sentencias de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2002 (RJA n.º 2997), fundamento tercero y 10 de junio de 2003 (RJA n.º 6631), fundamento quinto.

³⁰ Véase la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999 (RJA n.º 6154). Es un supuesto de hepatitis.

dad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento de la organización.

En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio³¹.

3. Que exista una relación de causa a efecto entre la actividad administrativa a la que se achaca el daño y el resultado lesivo, erigiéndose este nexo causal en elemento fundamental y requisito *sine qua non* para que pueda ser declarada procedente la responsabilidad patrimonial. La relación causal o nexo causal puede concebirse como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del precedente, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar el concreto evento o resultado teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.

6.4.2. Plazo para entablar la acción

El plazo para entablar la acción de responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública es de un año³².

El problema reside en fijar el día inicial para el cómputo del plazo. La doctrina jurisprudencial tiene declarado que en las hipótesis de lesiones, para la fijación del *dies a quo* del plazo de un año a los efectos del n.º 2 del artículo 1968 del Código civil y del 1969, hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido. Así, la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1994³³ dice textualmente: «Esta Sala tiene declarado que el momento del comienzo del cómputo del plazo prescriptivo ha de referirse siempre cuando las lesiones causadas por culpa extracontractual se trate, al día en que, producida la sanidad, se conozca de modo definitivo los efectos del quebranto padecido... ya que el cómputo no se inicia hasta la producción del definitivo resultado».

Cuando quedan secuelas no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, *dies a quo*, la de alta en la enfermedad.

³¹ Según la jurisprudencia: «Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado» (Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997, RJA n.º 3233).

³² Artículo 142.5 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³³ RJA n.º 1474.

6.5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELITO*

La responsabilidad civil derivada por daños ocasionados en la comisión de un delito o falta³⁴, en realidad, como ha puesto de relieve la doctrina, tiene idéntico fundamento que la responsabilidad extracontractual; no es el delito el que fundamenta la responsabilidad, sino el daño causado por el actor y siempre que le sea atribuible. Por otra parte, tiene también la misma finalidad, su función es meramente indemnizatoria.

El ordenamiento jurídico español permite al Juez penal pronunciarse en el procedimiento penal, sobre el tema de la responsabilidad civil, siempre que el perjudicado no renuncie a ella, o se la reserve para ejercitarla en un procedimiento civil.

Incluso hay casos en que la Ley permite que el Juez penal se pronuncie sobre las correspondientes responsabilidades civiles, aun cuando se declare al inculpa-do exento de responsabilidad penal.

6.6. CASOS REALES

Analizaremos ahora a continuación, aunque sea de una manera somera, la aplicación práctica de los institutos jurídicos más arriba estudiados con relación a los médicos en su quehacer profesional. En la actualidad nuestros Tribunales se enfrentan de manera creciente al enjuiciamiento de hechos en que se demandan por responsabilidad civil a los profesionales de la Medicina. En especial, los supuestos litigiosos que se suscitan se dirigen contra la labor de los médicos, sin que ello sea obstáculo para que también se vean afectados cualquier otro personal sanitario, de forma tal que, como veremos más adelante, las demandas muchas veces se interponen contra todo el equipo médico en su conjunto, y significativamente contra el Insalud.

Para la mejor comprensión del tema vamos a exponer a continuación una serie de casos reales (extraídos de la jurisprudencia), describiendo al mismo tiempo la concreta solución dada por el Tribunal Supremo e indicando la vía jurisdiccional seguida (Tribunal Supremo Sala 1.^a, civil; Tribunal Supremo Sala 2.^a, penal, y Tribunal Supremo Sala 3.^a, contencioso-administrativo).

6.6.1. Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 1981³⁵

Se condena al anestesista y a la matrona.

Los hechos del caso contemplado en la Sentencia son los siguientes: Realizada una operación quirúrgica, la operada necesita con urgencia una transfusión

³⁴ Artículos 109 a 115 Código penal de 1995.

³⁵ RJA n.º 3636.

de sangre, el anestesista que va a proceder a la transfusión pregunta a la matrona por el grupo sanguíneo de la paciente. La matrona se confunde, y en lugar de comunicar el grupo sanguíneo de la paciente al anestesista le da el del marido de la enferma. Éste, sin verificar ninguna comprobación, procedió a transfundir la sangre equivocada. Consecuentemente, la enferma fallece por parada cardíaca debido a diátesis hemorrágica por fibrilinosis, con fracaso renal agudo, shock hemorrágico y edema pulmonar agudo, correspondiente a un síndrome de «Coagulación Intramuscular Diseminada», subsiguiente a la transfusión de la sangre incompatible que le fue aplicada a la paciente. La demanda fue dirigida contra el anestesista y la matrona. Ambos son condenados, la matrona porque al leer el grupo sanguíneo de la operada lo confundió con el del marido de ésta, y el anestesista por no comprobar personalmente el grupo sanguíneo que correspondía a la enferma. Al ser un procedimiento penal fueron condenados como responsables en concepto de autores de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, a la pena de seis meses y un día de prisión menor.

6.6.2. Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 1989³⁶

Esta Sentencia aprecia negligencia de médicos y auxiliares. Los hechos son estos: menor que tras ser reconocido en Urgencias se le manda a Cirugía para ser intervenido sin interesar de los padres las circunstancias en que se produjo la herida que presentaba. Tampoco se comunicó al cirujano que la herida que presentaba el menor se le ocasionó al caer desde la terraza de una casa de dos plantas sobre un hierro de la verja de entrada de unos 17 centímetros de longitud. El cirujano practicó correctamente la intervención, limitándose al ámbito de la herida inciso-punzante sin conocer ni cercionarse adecuadamente de las circunstancias que produjeron la herida operada, de forma tal que de haber conocido la manera de causación de la herida, a lo que venía obligado, hubiera intervenido más ampliamente, asegurándose de que no existían lesiones internas. La demanda se interpuso contra los médicos que atendieron al menor, también contra una auxiliar que, sin conocimientos técnicos adecuados en titulación para ello, asumió funciones de vigilancia y seguimiento del paciente.

Según queda probado en la Sentencia, los médicos omitieron en su actuación profesional una medida que ha de reputarse como necesaria, consistente en investigar la causa y circunstancias que provocaron la herida que presentaba el menor. Tal proceder determinó la muerte del niño. El Tribunal Supremo desestimó la alegación de los médicos demandados y no apreció compensación de culpas, por la pretendida culpa *in vigilando* de los padres al permitir que su hijo jugase en una terraza no protegida por barandilla, pues tal negligencia se localiza en un momento anterior a la actuación de los demandados, en la que no produce interfe-

³⁶ RJA n.º 7908.

rencia alguna, por lo que de ninguna manera viene influido el resultado por el comportamiento de aquellos a quienes se imputa el hecho.

También se extendió la responsabilidad a la auxiliar, que sin conocimientos técnicos adecuados en titulación para ello, asumió funciones de vigilancia y seguimiento del paciente, inmediatamente después de la operación y hasta su salida de turno, que cuestionan la validez y eficacia en la apreciación de las circunstancias del postoperatorio, siendo sólo hacia las 9 de la noche cuando avisa al médico ante la elevada fiebre del paciente y sus alteradas pulsaciones, mas no logra localizarle; cuando, presentándose hacia las 7 de la mañana el cuadro irreversible en el paciente, tuvo que ser éste apreciado por una religiosa, la cual urgentemente localizó a otro médico, quien ordenó el traslado inmediato del niño a la Unidad de Cuidados Intensivos, donde falleció a las 8 horas 15 minutos de la mañana. La Sala se funda en la existencia de cierto grado de negligencia en la conducta de la demandada en la atención del menor, que motiva la aplicación del artículo 1902 del Código civil, realizada correctamente por la Audiencia.

6.6.3. Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 1994³⁷

Se absuelve a los médicos y ATS.

Los hechos a que se contrae el caso que vamos a exponer son los siguientes:

El doctor de la C era el jefe del Equipo de Traumatología-1 que estaba de guardia y atendió a la lesionada Felipa a su ingreso en el centro hospitalario, a las 22 horas del día 18 de junio de 1984. Es de destacar que, practicada por este equipo la intervención quirúrgica que se estimó procedente (según el perito que intervino en el juicio fue correcta). Una vez realizada la operación, la paciente fue trasladada al pasillo de la planta sexta, a las 2,30 horas del día 19 de junio de aquel año. La paciente hubo de ser trasladada al pasillo por falta de habitaciones libres, siendo atendida a partir de ese momento por los Ayudantes Técnicos Sanitarios de servicio de dicha planta. El equipo del Dr. de la C abandonó el servicio de guardia a las 9 de la mañana del día 19 de junio. El Dr. R era el Jefe del Equipo de Guardia del Hospital a la salida del anterior, durante las 24 horas siguientes. La paciente, en la planta donde se la instaló, fue atendida por el ATS J. que estaba de servicio. Cuando la lesionada comenzó a sentir fuertes dolores en la pierna lesionada le suministró analgésicos sin dar importancia a las continuas quejas de la paciente acerca del intenso dolor que sufría, haciendo caso omiso de su deseo, reiteradamente expuesto, de ser visitada por un médico, el ATS no avisó a ninguno de los médicos que se encontraban de guardia en esos momentos. La paciente sufrió una gangrena gaseosa, en la que son vitales las primeras horas para poder evitar los contratiempos, por lo que le tuvo que ser amputada la pierna.

³⁷ RJA n.º 8333.

Tanto el médico que la atendió, como el jefe del equipo que entró por la mañana y el ATS de la planta fueron acusados de un delito de imprudencia temeraria e impericia profesional. Sin embargo, la Audiencia de Madrid dictó Sentencia absolviendo a los tres; contra esta Sentencia se interpuso recurso de casación ante la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, que no dio lugar al recurso, confirmando, por tanto la absolución.

Dice la Sentencia que no se acierta a comprender en qué medida puede decirse que el Dr. de la C actuase de forma gravemente negligente o simplemente negligente. Siendo así que la lesionada ingresó a las 22 horas del día 18 y a las 2,30 del día 19 fue trasladada al pasillo de la planta sexta del hospital, una vez practicada la intervención quirúrgica que se estimó procedente (calificada de tratamiento correcto por el perito que informó en el juicio oral). Respecto al Dr. R, afirma la Sentencia que como el relato fáctico adolece de excesiva parquedad, no cabe deducir tampoco un actuar negligente.

Por otra parte, por lo que afecta al ATS, parece menos dudosa su actuación negligente, por cuanto, ante las reiteradas quejas de la lesionada, que demandaba la presencia de algún médico por los fuertes dolores que tenía, se limitó a decirle, por así creerlo, que la cosa era normal en este tipo de intervenciones y a suministrarla unos analgésicos, sin dar cuenta a ningún médico del estado de la enferma. Por todo ello el Tribunal Supremo confirma la Sentencia de la Audiencia y absuelve a los acusados.

6.6.4. Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 2001³⁸

Condena al médico y al Servicio de Salud, y absuelve a los dos ATS.
Como hechos probados se admiten los de la sentencia penal no condenatoria:

- A) La niña nacida el día 23 de diciembre de 1985 padeció a finales de 1988 una broncopatía obstructiva, fue atendida por el pediatra en el ambulatorio, y le prescribió cuatro inyectables de Conbitorax, ampicilina con balsámico, o sea, broncodilatadores antitensivos, viales de antibiótico con bálsamo, volviendo a repetirse dicha indicación de cuatro inyectables una vez concluidos los primeramente recetados.
- B) En el prospecto de la medicación, además de otros efectos secundarios se hacía constar como «Advertencia» que no debe administrarse a niños menores de dos años y medio.
- C) Las dos tandas del antibiótico se realizaron por dos ATS. Como consecuencia de la última de las inyecciones, la menor presentó inmediatamente pérdida de fuerza en la pierna derecha, que afectó más intensamente al nervio ciático poplíteo externo que al interno. Fué atendida sucesiva-

³⁸ RJA n.º 4781.

mente por varias Centros del Servicio de Salud, incluso fue operada. Aunque los resultados fueron considerados como satisfactorios, no consiguieron la total recuperación.

Interpuesta demanda, el Juzgado la desistió. La Audiencia Provincial la revoca y estima parcialmente, condenando a los demandados a pagar solidariamente 8 millones de pesetas más los intereses. El Tribunal Supremo desestima el recurso en cuanto al médico y el Servicio de Salud, y lo estima absolviendo a los dos ATS.

La Sala entiende que la conducta del médico debe reputarse poco diligente al mandar ocho inyecciones a una menor de tres años, cuando una sola estaba contraindicada por el prospecto —y por la ficha técnica— a un menor de dos años y medio, y no sólo le prescribe cuatro inyecciones en días sucesivos, sino que repite la dosificación.

Por el contrario, debe ser estimado respecto de los recurrentes ATS, pues no consta que las lesiones causadas a la niña lo fueran por haberse inyectado de forma incorrecta, antes al contrario, de toda la prueba practicada parece deducirse que se colocaron las inyecciones en el «punto de Barthelemy», o sea, en el correcto, en el de las inyecciones intramusculares e incluso en un informe se señala que la lesión parece ser tóxica. Por lo que no consta que exista por parte de los ATS actuación negligente alguna.

Se condena al Servicio de Salud porque persiste la responsabilidad del médico y, por tanto, la de dicho Servicio.

6.6.5. Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2002³⁹

Se condena al médico y al Insalud solidariamente a pagar doce millones de pesetas al menor y se absuelve a la matrona.

Los hechos son los siguientes:

- A) El día 26 de febrero de 1990, sobre la 1 hora 40 minutos, D. M.G., esposa del demandante, ingresó en el Servicio de Obstetricia y Ginecología, Paritorios, de la Residencia Sanitaria del Insalud, para dar a luz.
- B) El demandante, ATS de profesión, al observar que no había ningún médico en los Paritorios y tener la impresión de que el parto no se presentaba normal, reclamó la presencia del médico de guardia, a lo que la demandada y matrona le replicó que tenía orden de no molestarle.
- C) Pese a ello, el demandante se dirigió a la habitación en la que dormía el médico de guardia, el otro demandado, procediendo a despertarle y haciéndole ir al Paritorio y reconocer a la parturienta, lo que hizo el referido

³⁹ RJA n.º 7159.

médico, que no observó anormalidad, por lo que se retiró nuevamente a descansar dejando que interviniera en el parto la matrona.

- D) En el transcurso del mismo se produjo un encajamiento de hombros del feto que fue resuelto por la matrona de forma insatisfactoria en tanto que, con ocasión de las maniobras realizadas (Mc Roberts) para la extracción, se produjo en el recién nacido una parálisis braquial derecha con pérdida de función del brazo del mismo lado.

Las Sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial desestiman la demanda, por cuanto el proceder profesional se ajustó a la llamada *lex artis ad hoc*.

La Sala 1.^a estima el recurso, por cuanto, dice, es claro que, a tenor de los *facta* (hechos) reseñados, no cabe que por el facultativo demandado, se eluda su ineludible obligación de estar presente y asistir al parto, cualquiera que sean las apariencias de normalidad que presente el mismo, y cabe aplicarle la infracción de la citada *lex artis ad hoc*, al no prestar la asistencia sanitaria/médico precisa.

En cambio, exonera de responsabilidad a la matrona por entender que actuó de acuerdo con sus competencias; «incluso, dice la Sentencia, cabe atisbar un exceso de celo de la interesada al asumir un cometido ajeno a su trabajo».

De los hechos también deriva la responsabilidad del Insalud.

6.6.6. Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 2002⁴⁰

Se condena al médico, a la matrona y a la Clínica.

Los hechos son los siguientes:

- A) La parturienta, primeriza, acudió a la Clínica el 18 de febrero de 1989 sobre las diez de la mañana, con claros síntomas de principio de parto, quedando ingresada, aunque el parto no se creía inminente. La paciente informó tanto a la matrona como al médico, que estaba cumplida hace diez días y que su ginecólogo le había informado que presentaba estrechez del cuello uterino.
- B) El mismo día de su ingreso fue monitorizada a la 9,40 y a las 20 horas. Al día siguiente fue explorada a las diez de la mañana por la matrona, que estimó que comenzó el parto, y a las once por el médico, pero no se le volvió a colocar el monitor hasta las 16 horas del día 19, en que quedó libre por otra parturienta.
- C) A las 18 horas comprueba la comadrona, por primera vez, braquicardia y desaceleraciones, que proclaman sufrimiento fetal agudo, por lo que decidió concluir rápidamente el parto y ordenó avisar urgentemente al tocólogo de guardia. El doctor se encontraba en su casa, pues según el

⁴⁰ RJA n.º 7741.

mismo declaró no estaba contratado para guardia de presencia física y se presentó transcurridos cinco minutos poco más o menos. El doctor se encontró a la parturienta en el último período expulsivo coronando ya. El parto tuvo lugar a las 20,15 horas. El niño precisó reanimación por parte del anestesista y del pediatra, nació con enfermedad grave, hipotonía, hiporreflexia, muy escasa respuesta a estímulos con nivel de conciencia disminuida, estertores bilaterales, bradicardia e hipotermia. El niño falleció el 13 de mayo de 1989.

El Juzgado de 1.^a Instancia desestimó la demanda, absolviendo a los demandados. La Audiencia Provincial revocó la Sentencia de primer grado, condenando solidariamente al médico, comadrona y Clínica a pagar ocho millones de pesetas. Interpuesto recurso de casación por cada uno de los demandados, la Sala del Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos.

En su escrito de casación el médico alega que su guardia era localizable. La Sentencia sostiene que si bien la situación del recurrente en el Centro médico era de guardia localizable, ello cede cuando existe ya una paciente que puede precisar su intervención, como aquí ha ocurrido. También alega que la paciente era tratada por la comadrona, a lo que se le contesta en la Sentencia que se sabía que la parturienta era primípara y tenía estrechez del cuello uterino, por lo que si se hubiera monitorizado estando presente el ginecólogo se hubiera podido realizar una cesárea u otra técnica. Por último, el médico arguye que el acontecimiento era imprevisible, Pero ello no es así, dice la Sentencia. El día del parto no había sido monitorizada la gestante y, pese a ello, el doctor abandonó la Clínica. Una cosa es que su guardia sea localizable y otra muy distinta que abandone el Centro en que en tal fecha se produzca un parto de primípara y de notoria estrechez del cuello uterino y que no se había monitorizado dicho día y que pudiera ser previsible la posibilidad de presentarse complicaciones, y tratándose de un especialista no puede ocultársele, ni desconocer tales riesgos. Por lo que fue desestimado el recurso.

En esta Sentencia se hace una clara referencia a la *lex artis ad hoc* aun cuando no se diga expresamente, pero dicha referencia se extrae de la consideración del médico como especialista, cuando se dice «no puede ocultársele, ni desconocer tales riesgos», es decir, a los profesionales de la medicina su intervención en un acto médico viene calificado por sus conocimientos específicos, por lo que se les exige una diligencia adecuada a esos conocimientos.

6.6.7. Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2004⁴¹

Son absueltos los médicos, la anestesista, la ATS y el Servicio Vasco de Salud.

⁴¹ RJA n.º 2149.

Los hechos a los que se contrae la Sentencia son los siguientes: la madre de los demandantes acudió a consultas externas del hospital para determinar una tumoración lumbar L-4.L-5, así como su tratamiento quirúrgico, acudió por su propio pie y se le practicó una TAC lumbar cuyo resultado determinó el diagnóstico de la existencia de una tumoración lateral izquierda, quedando por ello ingresada para el preoperatorio, en el que se le practicó un electrocardiograma, control de tensión y temperatura, así como una mielografía para tratar de determinar, si existía afectación de la médula lumbar, siendo los resultados normales. Se le realizó el acto quirúrgico de exéresis tumoral radical, con intervención de todos los demandados.

El intraoperatorio cursó sin complicaciones, salvo la apreciación de una hemostasia costosa. En el período posoperatorio presentó la paciente una depresión respiratoria, que en un principio fue considerada por el equipo médico consecuencia de una prolongada eurorización, por lo que se procedió a una intubación urotraqueal y a la aplicación de prótesis respiratoria. Sorprendentemente, apareció en este período posoperatorio una tetraplejia nivel C3-C4, que se reveló como la causa de la depresión respiratoria. Más tarde, se conoció la existencia de una infección respiratoria, una reacción heridematososa en la cara, así como una serie de complicaciones cardíacas, renales y pulmonares que llevaron a un cuadro de oligoanuria, hipotermia e hipotensión, y a un proceso trombo-embólico pulmonar, que determinó el fallecimiento de la paciente por insuficiencia cardiorespiratoria.

El informe de la autopsia, así como los otros informes histopatológicos, confirman que el tumor extirpado era un himangioma cavernoso, así como la producción de un infarto medular cervical durante la intervención quirúrgica que dio lugar a la tetraplejia y a las complicaciones que desembocaron en el fallecimiento.

Los hijos interpusieron demanda contra todos los intervinientes en la operación y el Servicio Vasco de Salud, el Juzgado, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron la pretensión, fundándola en que había existido consentimiento para la intervención, ya que no cabía otra práctica para su dolencia, que de las pruebas presentadas no se deduce la existencia de culpabilidad para los demandados, recordando que la obligación de la médicos es de medios, por lo que debe descontarse toda responsabilidad más o menos objetiva y no cabe considerar el supuesto de hecho como caso fortuito, por acaecer la muerte, tras la intervención quirúrgica, como evento imprevisible dentro de lo normal y razonable.

6.6.8. Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 2004⁴²

Se absuelve a los médicos y al INSALUD.

Los hechos son los siguientes: el hijo de la demandante sufrió una caída de bicicleta, siendo trasladado al hospital, donde fue asistido por los servicios de Ur-

⁴² RJA n.º 1668.

gencia; el doctor le diagnosticó herida contusa en labio superior con arranqueamiento parcial de incisivos y tratamiento de sutura de mucosa labial, dieta líquida y control médico de cabecera y estomatólogo de zona. Al siguiente día fue asistido por la médico estomatóloga de la Seguridad Social, en sustitución de otro Dr., que prescribió la realización de una radiografía para cuando bajara la inflamación una semana más tarde. Realizada una ortopantomografía, le examinó el otro Dr., que le remitió a un nuevo Dr., quien consideró urgente la realización de un reimplante del mencionado incisivo y ferulizar los dientes adyacentes. Para ello fue ingresado para la intervención, y una vez realizada le prescribió un tratamiento endodóneo con apicoformación a base de hidróxido de calcio, remitiendo al paciente al Centro de Endodoncia de Madrid.

La madre demandó a los doctores y al INSALUD. Su recurso de casación fue desestimado.

La Sentencia del Tribunal Supremo realiza un estudio muy interesante de toda la doctrina jurisprudencial relativa a la responsabilidad médica, donde se destaca la obligación de medios frente a la de resultado, y donde los médicos no están obligados a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia médica⁴³.

Que la actuación de los médicos debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, que se entiende por *lex artis ad hoc*, aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina, Ciencia o Arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado o intervención del enfermo, familiares, o de la misma organización sanitaria), para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado); siendo sus notas:

1. Como tal *lex* implica una regla de medición, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta.
2. Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos.
3. Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto a ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad, el autor o afectado por la «*lex*» es un profesional de la medicina.

⁴³ Véanse las Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 1986 (RJA n.º 2824); 12 de julio de 1988 (RJA n.º 943), 17 de junio de 1989 (RJA n.º 4696) y 7 y 12 de febrero de 1990 (RJA n.º 688 y 677)

4. El objeto sobre el que recae, especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución).
5. Corrección de cada acto médico o presupuesto *ad hoc*, tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha *lex artis*; así como en toda profesión rige una *lex artis* que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa *lex*, aunque tenga sentido general, responde a peculiaridades de cada acto, en donde influirán, en un sentido u en otro, los factores antes vistos.

Que debe descartarse toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexos causal y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, cuando, por el contrario, no es posible establecer la causalidad culposa no hay responsabilidad sanitaria⁴⁴.

Esta doctrina sobre la carga de la prueba se excepciona en dos supuestos, a saber: cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfecta el paciente es cliente y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de *locatio operis*⁴⁵ y en aquellos casos en los que por circunstancia, especiales acreditadas y probadas por la instancia el daño del paciente o es desproporcionado o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico ha quedado constatado por el propio Tribunal⁴⁶.

La Sentencia sostiene que la recurrente no alcanza a desvirtuar la consideración de que el tratamiento fue el adecuado a las circunstancias del accidente sufrido por su hijo, sin que se alcancen a poder considerar la posibilidad de resultado menos dañoso por una mayor rapidez en las intervenciones, que no se acredita en modo alguno como posible para evitar el que se produjo, por lo que no prospera acción de responsabilidad alguna. Por ello desestima el recurso y absuelve a los médicos y al INSALUD.

Esta Sentencia, desde el punto de vista jurídico deja muy claro que a los profesionales de la Medicina en su actuar diario de les debe aplicar en tema de responsabilidad civil la teoría de la culpa, incluso en aquellos casos que los demandantes invoquen la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 28 hace mención expresa en su apartado 2.º a los «servicios sanitarios», y en su apartado 1.º establezca una respon-

⁴⁴ Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 1986; 13 de julio de 1987; 12 de febrero de 1988 (RJA n.º 943), 7 de febrero de 1990 (RJA n.º 668); 6 de noviembre de 1990 (RJA n.º 8528), más recientes cabe señalar las de 27 de septiembre de 2001, 25 de junio de 2002, 7 de abril y 22 de octubre de 2003 (RJA n.º 7406); 30 de enero de 2004 (RJA n.º 439); 10 de febrero de 2004 (RJA n.º 456) y 25 de marzo de 2004 (RJA n.º 2149), entre otras muchas.

⁴⁵ Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1994 (RJA n.º 3073) y 11 de febrero de 1997 (RJA n.º 940).

⁴⁶ Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 29 de julio de 1994 (RJA n.º 6937); 2 de diciembre de 1996 (RJA n.º 8938); 21 de julio de 1997 (RJA n.º 5523) y 19 de febrero de 1998 (RJA n.º 634).

sabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva a diferencia de la del artículo 26 de la misma Ley, salvo en determinados supuestos. Se ha estimado su aplicación en casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio centro hospitalario o a consecuencia de transfusiones de sangre, de fallos de determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención o, en fin en daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención⁴⁷.

6.6.9. Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2004⁴⁸

Se condena al Servicio Gallego de Salud y se absuelve a los médicos.

El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña.

El caso de litis es muy simple: se trata de una persona que acude al hospital para curarse de unas heridas pronosticadas de leves de las que fue dada de alta, teniendo que reingresar en el centro sanitario a los pocos días por prestar la herida síntomas claros de sufrir una infección indicativa de no haber sido tratada en el primer ingreso para una inmunización antitetánica activa.

Como consecuencia de ello sufre una parada cardíaca y fallece.

La Sentencia del Tribunal Supremo afirma que nos encontramos en el típico caso de seguir una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, que obliga a indemnizar por virtud del resultado nefasto, sin tener en cuenta el acreditamiento de la responsabilidad de los facultativos que hayan intervenido en la acción sanitaria. O sea, que surge la técnica aplicable al caso del conjunto de posibles deficiencias asistenciales, o sea, de la existencia de defectos o negligencias en el funcionamiento de actividades hospitalarias o sanatoriales, cuando no pueden tipificarse conductas negligentes personales de los profesionales que trabajan en dichos centros.

El interés de esta Sentencia radica en la aplicación de una responsabilidad objetiva⁴⁹, que no es lo normal en los actos médicos, pero como no puede acreditarse la negligencia de los facultativos y es un supuesto muy claro de que se hubiese podido evitar el fallecimiento si le hubiesen puesto una inyección antitetánica, hacen recaer la responsabilidad en el actuar conjunto del centro médico.

⁴⁷ Véase en este sentido la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 2001 (RJA n.º 541).

⁴⁸ RJA n.º 3249.

⁴⁹ Véanse las Sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 1996 (RJA n.º 3874) y 12 de junio de 1997 (RJA n.º 4769).

6.6.10. Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 2004⁵⁰

Se condena al médico a la pena de dos años y tres meses por delito contra la salud pública y pena de multa, en duración de diez meses a razón de diez euros diarios, así como inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de médico y dedicarse a la industria farmacéutica por dos años, tres meses de arresto mayor y 600 euros de multa por el delito de desobediencia grave a la autoridad y 18 meses de prisión por el delito de lesiones.

La Sala sentenciadora considera probado que el acusado, médico de profesión, dedicado habitualmente a tratar problemas de obesidad de sus pacientes, solicitó en el año 1992 de la Dirección General de Farmacia y Productos Farmacéuticos del Ministerio de Sanidad y Consumo, la autorización para la fabricación, envasado y venta de un medicamento idóneo para adelgazar, cuya composición tenía como base exclusivamente productos vegetales. Realizados los oportunos análisis, le fue concedida la autorización administrativa, con el número 1787 PM de registro sanitario, y comenzó la comercialización (e incluso antes) siendo remitido a los destinatarios por correo. El día 1 de diciembre de 1992, formalizó contrato de distribución en exclusiva con una empresa enviando al meritado distribuidor más de 100.000 cajas (cada caja contenía 90 cápsulas), las que fueron inmovilizadas posteriormente por la Dirección General de Farmacia. Y es que la real composición de las cápsulas difería totalmente de las que presentó para analizar y obtener la pertinente autorización administrativa, siendo así que contenían sustancias como clordiazopóxido, diazepam, bumetadina y polvo de tiroides, según los análisis verificados en los laboratorios oficiales tanto del Centro Nacional de Farmacología como de la Dirección General de la Policía. Esta fabricación por el acusado se realizaba sin poseer la correspondiente autorización administrativa, en el local bajo la denominación «Complejo Natural Adelgazante», con la inclusión de las sustancias aludidas psicotrópicas, diuréticos y adulterantes de la composición autorizada de productos naturales, en proporciones irregulares, llevando a cabo tal fabricación industrial sin efectivo control ni dirección técnica alguna, colocando en el cartón el número de registro sanitario 1746, que no le correspondía, y en el prospecto, que las mencionadas píldoras obedecían a una composición de productos naturales en las proporciones indicadas, siendo así que contenían, sin embargo, esos otros productos o sustancias que son nocivas para la salud, pudiendo causar males a las personas que las ingerían. El mencionado producto era vendido directamente por el acusado a los pacientes en su propia consulta, o bien se suministraba por mensajería a las personas que lo solicitaban por teléfono. Una de las receptoras sufrió lesiones.

La Sala ratifica los argumentos de la Sentencia de instancia en tanto se apoyan en tres elementos dialécticos: primeramente, la incuestionable afectación a la salud pública de los productos vendidos, en función de sustancias nocivas incor-

⁵⁰ RJA n.º 7890.

poradas clandestinamente a los mismos, con «efectos dañinos para su salud»; en segundo lugar, porque la sola presencia de un principio activo no declarado en una especialidad farmacéutica constituye un indudable riesgo, al desconocerse tanto por el paciente, como por el médico, de modo que puede ser dispensado ignorando sus efectos, que naturalmente pueden estar contraindicados, sin que el médico y el paciente sepan su verdadera efectividad (calificada, por otro lado de «bomba» y que precisaban «un exhaustivo control médico», por una autoridad sanitaria compareciente al acto del juicio oral); finalmente, dice la Sentencia de instancia que los empleados del laboratorio del acusado manifestaron «el burdo sistema de fabricación de las cápsulas sin control técnico», bien es verdad que sin mayores explicaciones, lo que ha provocado «la falta de homogeneidad en la composición de aquellas, lo que implica un plus de peligrosidad».

Por todo ello, la Sala sentenciadora consideró la existencia de un delito contra la salud pública, artículo 359 del Código penal de 1995, también delito de desobediencia grave a la autoridad y delito de lesiones, artículo 147 del Código penal de 1995.

6.6.11. Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 13 de diciembre de 2004⁵¹

Se absuelve al INSALUD, al que se solicitaba una indemnización de 40 millones de pesetas.

La recurrente reclamó indemnización por el contagio de la hepatitis C al Ministerio de Sanidad y Consumo, resuelto por silencio administrativo negativo. La Audiencia Nacional desestimó el recurso y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

La Sentencia resuelve un caso de contagio de hepatitis C ocurrido en el año 1978 al realizar una cesárea, en la que se le transfundió tres unidades de sangre a la paciente. Con fecha de 27-9-1995 se realizó la determinación del VHC al tercer donante, resultando positivo. Con fecha de 17-10-1995 la recurrente fue diagnosticada de «Hepatitis crónica por virus C no biopsada». En julio de 1996 se practicó biopsia hepática percutánea que demostró hepatitis crónica activa leve.

La Sentencia recurrida basa la desestimación de la demanda en la inexistencia de nexo causal, entre el hecho (la transfusión) ocurrido en 1978 y la aparición de la enfermedad en 1995, siendo la paciente ATS en el centro donde tuvo lugar la cesárea. La Sentencia del Tribunal Supremo añade, además, que a partir de la Sentencia de esta Sala, de 19 de junio de 2001, debemos tener por doctrina consolidada que la detección del virus de la hepatitis C no pudo lograrse hasta el año 1990, por lo que era imposible saber en 1978 si la sangre transfundida era portadora o no de dicho virus. Si no se había aislado el virus VHC y no existían mar-

⁵¹ RJA n.º 8204.

cadadores para detectarlo, la infección no puede considerarse una lesión o daño antijurídico porque el riesgo de soportarlo recae en el paciente.

Es preciso señalar que la detección de los anticuerpos de la hepatitis C fue establecida para todo el Estado por O. M. de 3 de octubre de 1990⁵².

Aun siendo esto así, debemos hacer notar que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, ha concedido indemnización en casos de transfusión de sangre contaminada en fecha anterior al 3 de octubre de 1990. Actualmente, como todos los recursos en que se demanda al INSALUD, corresponde conocerlos a la Sala 3.^a del Tribunal Supremo la doctrina que se sigue es la expuesta. Desde un punto de vista estrictamente jurídico parece la más correcta; si no se sabía la posibilidad de contagio es imposible establecer responsabilidad alguna⁵³.

De todo lo expuesto podemos concluir que aunque es cierto que en los últimos años se han presentado numerosas demandas solicitando indemnización por actos médicos, también es cierto que de las demandas presentadas, muchas han sido desestimadas, lo que nos lleva a afirmar, sin temor a equivocarnos, que la proporción entre actos médicos que se han considerado que deben ser indemnizados y los actos médicos que se realizan a lo largo de un año en toda España es bajísimo. Además, hay que tener en consideración que actualmente se suele demandar al INSALUD por la vía contencioso-administrativa, haciendo omisión de los profesionales de la Medicina, por ser los requisitos que dan lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración más fáciles de probar. Lo que nos lleva a declarar que los profesionales de la Medicina actúan, salvo mínimos casos, dentro de la más estricta legalidad y de acuerdo con la *lex artis ad hoc*.

⁵² BOE de 12 de octubre de 1990.

⁵³ En este mismo sentido, las Sentencias de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 2004 (RJA n.º 4045); 15 de abril de 2004 (RJA n.º 2630); de 9 de julio de 2004 (RJA n.º 5601) y 4 de octubre de 2004 (RJA n.º 6537), entre otras muchas.