

DERECHO DE DAÑOS



Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria

Domingo Bello Janeiro
Catedrático de Derecho Civil



COLECCIÓN DERECHO DE DAÑOS

TÍTULOS PUBLICADOS

La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo,
Beatriz Díaz Madrera (2007).

La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología,
Ramón Herrera de las Heras (2007).

Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria,
Domingo Bello Janeiro (2009).

COLECCIÓN DERECHO DE DAÑOS

Director: **DOMINGO BELLO JANEIRO**

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Domingo Bello Janeiro

Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de La Coruña
Académico de número de la Academia Gallega
de Jurisprudencia y Legislación



Madrid, 2009

© Editorial Reus, S. A.
Preciados, 23 - 28013 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2009)
ISBN: 978-84-290-1552-2
Depósito Legal: Z. 942-09
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Fotocopiar ilegalmente la presente obra es un delito castigado con
cárcel en el vigente Código penal español.

*A todos los grandes médicos
que atienden a mi madre*

1. INTRODUCCIÓN

En el presente libro se abordan las reclamaciones judiciales que tienen su base en daños sufridos con ocasión de la prestación de un servicio médico o, en sentido más amplio, sanitario, estudiándose separadamente los casos en que se demanda a una Administración competente en materia de asistencia sanitaria pública, que en España es gratuita en el momento del uso y universal, y aquellos supuestos en que se dilucida la responsabilidad civil, generalmente fundamentada en normas de responsabilidad extracontractual, del médico, consecuente con la obligación derivada del ejercicio de su profesión, y de los centros médicos que se puedan encontrar, en su caso, fuera del Sistema Nacional de Salud.

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

Se ha partido para ello de una importante aportación doctrinal previa que, desde luego, ha contribuido mucho también al mejor planteamiento y más ajustada resolución ante los tribunales de justicia de los conflictos planteados en la materia pero no se trata ahora de exponer de nuevo la mayo-

ría de los planteamientos y hasta las disquisiciones de orden doctrinal sobre la cuestión sino de presentar, con intención fundamentalmente útil para su planteamiento en la práctica forense diaria, y hasta de analizar críticamente, la orientación seguida por nuestros Tribunales, singularmente el Supremo, en materia de tanta relevancia de todo tipo, incluida, como digo, la social.

En materia de responsabilidad civil extracontractual, de aplicación al ámbito médico también, el Código Civil, en su artículo 1902, consagra el principio general de que toda persona responde de los daños que «por acción u omisión» cause a otro «interviniendo culpa o negligencia», sentando a continuación el artículo siguiente que esta responsabilidad «es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder», tras lo cual, en la redacción vigente hasta la reforma operada por Ley 1/1991, de 7 de enero, de este último artículo 1903, se especificaba que «El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un *agente especial*; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior», lo que, en la práctica forense, nunca se aplicó, según veremos a continuación.

En todo caso, dicho marco legal no representa ninguna novedad en relación con el resto de países de nuestro entorno cultural y jurídico, por lo que yo quiero centrarme en destacar ahora en este libro la singularidad —sin parangón en el resto de ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito—, consistente en el pretendido carácter general y objetivo de la responsabilidad —civil extracontractual— de la Administración sanitaria por los daños originados al paciente a consecuencia de la actividad y el funcionamiento, no sólo anormal, sino, incluso, normal, de los poderes públicos sanitarios, prescindiendo totalmente del fundamento tradicional de la culpa o negligencia y, en su caso, de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, con fundamento en el concepto de lesión que el paciente no tiene obligación legal de soportar¹, si bien, como veremos, en las últimas deci-

¹ Vid. acerca de la cuestión el ya clásico libro de ROGEL VIDE, Carlos, *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español. Introducción al estudio jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1977, con amplia bibliografía y exhaustivo índice de sentencias, donde se afronta un completo estudio de la responsabilidad civil extracontractual a la luz de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo hasta la fecha de su publicación, con un ordenado análisis de las mismas, defendiendo la viabilidad de la tesis objetiva de la responsabilidad en nuestro derecho. Cfr. también información al respecto en el libro colectivo *La responsabilidad civil profesional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

siones del Tribunal Supremo se ha matizado este planteamiento de modo más afortunado considerando de enorme relevancia el empleo de la técnica médica adecuada para concluir la eventual responsabilidad.

Hasta las últimas reformas normativas en el ámbito propiamente administrativo, la mayor parte de las demandas contra la Administración en tema sanitario se planteaban ante la jurisdicción civil de acuerdo con las normas expuestas del Código Civil, incluso en los casos de previo contrato entre médico y paciente², pero, en la actualidad, la responsabilidad —civil extracontractual— de la Administración sanitaria, salvo en la condena penal, sólo puede ser planteada ante la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con las normas generales reguladoras de las Administraciones públicas, al margen, en principio, del criterio de imputación tradicional sustentado en la culpa, incluso para exigir por parte del dañado responsabilidad civil al personal al servicio de la Administración, lo que será expuesto con detalle a continuación con posterioridad a resumir el planteamiento en vía civil cuando lo que se pretende es la responsabilidad civil, de este tipo, del médico, y no de la Administración sanitaria.

Hasta tal punto resulta ciertamente curiosa la jurisprudencia en la materia que hasta prácticamente el año 2005 no se vuelve a recuperar la culpa médica como criterio de imputación de la responsabilidad del profesional por parte de las sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo, que se inclinan ahora, ya de manera más nítida, hacia una clara evolución a favor de subjetivación de la responsabilidad del médico, abandonando progresivamente, al menos de manera indiscriminada, el uso de criterios de imputación objetiva, como el daño desproporcionado o la normativa

² Según veremos más adelante, habitualmente se suele concertar con el médico un contrato de servicios, de forma expresa o tácita, de suerte que los posibles daños derivados del tratamiento o de la intervención quirúrgica de que se trate vienen derivados, desde luego, por el incumplimiento imputable, o el defectuoso cumplimiento, de un anterior contrato, al que resultan de aplicación, en cuanto a sus efectos, los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, pero la realidad en la práctica forense es que, ante la multiplicidad y enorme variedad de supuestos de hecho que se plantean en la práctica, los daños se consideran en la mayoría de las sentencias derivados de relaciones extracontractuales aplicándose el artículo 1902 en la mayor parte de las ocasiones, todo ello sin poner en cuestión en ningún momento su primigenio origen contractual, y, como veremos, incluso al margen del fundamento de la propia pretensión en uno u otro régimen, lo que no me parece respetuoso con el distinto régimen normativo vigente en España para la responsabilidad contractual o extracontractual con un muy diferente plazo de prescripción.

protectora de los consumidores, para enjuiciar al médico con criterios propios de la responsabilidad objetiva de la Administración, obviando cualquier referencia a la culpa o negligencia del facultativo³.

Sobre todo ello, en tanto que tajante confirmación de la vuelta de la jurisdicción civil a la subjetividad de la responsabilidad sanitaria y a la culpa médica como criterio de imputación, resulta muy ilustrativa la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2005 en que, precisamente, se plantea la cuestión de en qué lugar se encuentra la responsabilidad civil médica y se considera que la jurisdicción civil siempre se ha inspirado en la existencia de culpa o negligencia para apreciar la responsabilidad del médico, concluyendo que no ha resultado probada una actuación médica que pueda calificarse de negligente y como tal imputable al médico demandado al decidir intervenir quirúrgicamente al demandante⁴.

³ Así, según se verá, se utilizó indiscriminadamente para enjuiciar al médico con criterios objetivo el recurso al daño desproporcionado, en que se llegaba a considerar suficiente probar la existencia del perjuicio y la relación de causalidad con el acto médico para la indemnización, así como la aplicación del entonces vigente artículo 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios, en cuya virtud se entiende que se responde de los daños originados en el correcto uso de los bienes y servicios cuando incluyan la garantía de determinados niveles de pureza, eficacia o seguridad, que son los cauces utilizados hasta entonces por la Sala Civil, de suerte que mientras la Sala de lo Contencioso-Administrativo acotaba acertadamente la responsabilidad de la Administración mediante el uso de criterios como la *lex artis*, en cambio la Sala de lo Civil se inclinaba hacia la objetivación de la responsabilidad civil médica, si bien a partir de mediados del año 2005 se produce una aproximación de la Sala Civil del Tribunal Supremo hacia el principio de responsabilidad subjetiva y el criterio de la culpa o negligencia como causa para determinar la responsabilidad del facultativo, tal y como se pone de manifiesto en sentencias como la de 24 de mayo de 2005, en la que la Sala Civil del Tribunal Supremo recuerda que la obligación del facultativo no es la de la obtención de resultados, sino una obligación de medios y descarta la inversión de la carga de la prueba, aunque entiende que el médico debe acreditar que no hay infracción de *lex artis* al encontrarse en una mejor posición probatoria que el paciente, así como en la, de la misma Sala, de 26 de mayo de 2005, en la cual se hace mención del daño desproporcionado, pero no lo aplican. *Vid.* resumen de todo ello Diario Médico de 11 de noviembre de 2008 con declaraciones en tal sentido del presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Juan Antonio Xiol Rios.

⁴ En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2005 se concluye la desestimación de demanda a causa de intervención médica en reclamación de una indemnización frente al médico que intervino al actor, el Servicio Valenciano de Salud, el Instituto Nacional de Salud Pública de España, INSALUD y las compañías aseguradoras, ante la demanda dirigida contra un particular y solidariamente contra la Administración, respecto de lo cual el juez de primera instancia desestima la

En esta sentencia, ante la solicitud de indemnización frente al médico que intervino al actor, el Servicio Valenciano de Salud, el Instituto Nacional de Salud Pública de España, INSALUD y las compañías aseguradoras, en un caso en que la demanda se dirige contra un particular y solidariamente contra la Administración, el Tribunal Supremo razona, todavía en sede civil, sobre la demostración por el paciente de la relación o nexo de causalidad y de la culpa y la consiguiente infracción de la «*lex artis ad hoc*»⁵, declarando el Tribunal Supremo que es competente para conocer de la reclamación indemnizatoria el orden jurisdiccional civil, dado que la atribución de la competencia en tales casos de reclamación conjunta al orden jurisdiccional contencioso-administrativo no se produjo hasta la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio⁶.

En este nuevo ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativo resulta muy clarificadora del planteamiento moderno en forma correcta matizando el carácter objetivo de la responsabilidad por el funcionamiento normal de la Administración sanitaria y asumiendo en buena medida el planteamiento adecuado originariamente proveniente de la jurisdicción —y normativa— civil, la sentencia de la Sala 3^a, Sección 6^a, del Tribu-

demanda. Esta sentencia es revocada en grado de apelación, dándose lugar a la condena de los demandados a abonar una indemnización de cuantía inferior a la solicitada, mientras que el Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos de casación interpuestos, absolviendo a todos los demandados de los pedimentos de la demanda y considera que es competente para conocer de la reclamación indemnizatoria el orden jurisdiccional civil en los términos que se exponen en el texto y, por último, el Tribunal Supremo aprecia que, como se dice en el texto, no ha resultado probada una actuación médica que pueda calificarse de negligente y como tal imputable al médico demandado al decidir intervenir quirúrgicamente al demandante.

⁵ El supuesto fáctico enjuiciado por el Tribunal Supremo, como se ha dicho, se resume en que un paciente, tras ser intervenido, sigue padeciendo la misma malformación arteriovenosa cerebral que tenía, tras lo cual, como se reitera, demanda al médico que le operó, al Servicio Valenciano de Salud, al Instituto Nacional de la Salud y a las aseguradoras en reclamación de una indemnización.

⁶ Se recuerda, en concreto, que dicha Ley de 13 de julio de 1998 añadió al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el párrafo segundo con un inciso con arreglo al que «si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional» (contencioso-administrativo), de suerte que el Alto Tribunal manifiesta que es inoponible al perjudicado el momento en que se hubiera producido la transferencia de competencias en materia de sanidad e higiene a la Comunidad Autónoma demandada e, incluso, la solidaridad del Instituto Nacional de la Salud de España, INSALUD y del Servicio Autonómico frente al perjudicado al margen de las reclamaciones que después de satisfacerle la indemnización procedieran entre ambos.

nal Supremo de 30 de octubre de 2007⁷, donde se precisa que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex Artis* como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente⁸, siendo, como se precisa en la sentencia de la misma Sala y

⁷ En esta sentencia de 30 de octubre de 2007 se trató de un parto con complicaciones tras el cual el niño sufrió hasta retraso mental con encefalopatía, aduciéndose en el recurso el alcance del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, a cuyo efecto el Tribunal Supremo responde que conviene tener en cuenta, que según la doctrina de esta Sala 3^a, que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, «esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar», produciéndose en el mismo sentido las sentencias de 31 de octubre de 2000 y 30 del mismo mes de octubre pero de 2003.

⁸ Así, se cita en esta sentencia referenciada en el texto la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, que señala que «en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto», tras lo cual se añade que, por otra parte, en la sentencia de instancia no se desconoce la jurisprudencia invocada por la parte en este motivo, relativa a la lesión producida por la privación del derecho al tratamiento médico adecuado y conveniente, por el contrario, la cuestión es que, teniendo en cuenta dicha doctrina, el tribunal *a quo* considera «que en el caso que nos ocupa, la actuaciones médicas que se reprochan se han situado en el estándar aceptable de actuación médica, y siendo ésta de medios y no de resultados, entendemos que se adoptaron las medidas precisas para solventar la problemática que aquejaba a la paciente», apreciaciones que no resultan desvirtuadas por las alegaciones de la parte, que no las ha atacado por alguna de las vías que permiten revisarlas en casación.

Sección de 1 de febrero de 2008, exigible tan sólo la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica⁹.

En tal sentido, en la sentencia, de igual sección 6ª de la Sala 3ª, del Supremo de 7 de julio de 2008, que veremos después al tratar del retraso¹⁰, se recuerdan las particularidades propias de la responsabilidad patrimonial de las administraciones sanitarias, impuestas por las peculiaridades de las ciencias de la salud, destacando que si bien la responsabilidad de las administraciones públicas resulta de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa¹¹, se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correc-

⁹ En concreto en esta sentencia, que analizaremos al tratar del funcionamiento anormal de la Administración, en este caso por falta de consentimiento informado, se añade que es doctrina jurisprudencial reiterada, como las Sentencias de 7 y 20 de Marzo de 2007 así como de 16 de Marzo de 2005 que «a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente».

¹⁰ El resumen del caso consiste en que sobre las 13,00 horas del 28 de agosto de 1993, el paciente, que a la sazón contaba con 48 años de edad, mientras practicaba el buceo con escafandra en la zona de Cullera (Valencia), sufrió un accidente por descompresión. Este tipo de contingencias exige actuar con la máxima celeridad, introduciendo al afectado en una cámara hiperbárica, de modo que, a mayor demora, más riesgo de que el tratamiento resulte ineficaz, o, dicho de otra forma, ofrece mejores resultados cuanto antes se aplique. A las 13,45 el recurrente fue trasladado al centro público de salud de esa localidad, desde donde, sin realizarle exploración alguna, se le envió al servicio de urgencias del hospital público «La Fe» de Valencia, al que llegó una hora más tarde. Como quiera que, entonces, no existía ninguna cámara hiperbárica en Valencia, resultaba obligado remitirle al hospital de la Cruz Roja de Barcelona, que contaba con una. En lugar de hacerlo en un helicóptero «medicalizado», tal y como había interesado el propio afectado, medio de transporte que se encontraba disponible y practicable, ya que las condiciones climáticas eran favorables para el vuelo, se decidió emplear una ambulancia, que partió a las 18,30, llegando a su destino a las 23,30 horas. Después de treinta y siete días, el paciente fue dado de alta con una «paraplejía – síndrome medular transverso incompleto por debajo de D-12», quedando postrado en una silla de ruedas, que puede autopropulsar en terrenos planos y desprovistos de barreras arquitectónicas.

¹¹ Por todas, se citan las sentencias de esta misma Sala Tercera del Supremo de 11 de mayo de 1999 (casación 9655/95, FJ5º), 24 de septiembre de 2001 (casación 4596/97, FJ5º), 23 de noviembre de 2006 (casación 3374/02, FJ5º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ2º) y 22 de abril de 2008 (casación 166/05, FJ3º)].

tamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria, de suerte que se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente¹², en cuya misma línea se sitúan las sentencias de la misma Sección y Sala de 9 y 10 de diciembre de 2008, que, respectivamente, concluyen que el nexo causal modula la responsabilidad objetiva de la Administración siendo preciso acudir a la *lex artis*¹³, y que, por su parte, ésta excluye la antijuridicidad¹⁴.

¹² Así, se razona que la Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso [sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2005 (casación 3149/01, FJ3º), 20 de marzo de 2007 (casación 7915/03, FJ3º) y 26 de junio de 2008 (casación 4429/04, FJ. 3º)], de suerte que los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE de 29 de abril)] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992); nada más y nada menos.

¹³ En el caso de la sentencia de 9 de diciembre de 2008 la recurrente cuando ingresa en el Centro Hospitalario no padece hepatitis C y cuando es dada de alta aparece una elevación injustificada de transaminasas, preludio de lo que posteriormente se confirma: padecimiento de hepatitis C, ante lo cual el Supremo recuerda que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia, como señala la sentencia de 7 de febrero de 2006, sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, puesto que a tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración. (Ss. 14-10-2003, 13-11-1997), debiéndose precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex Artis* como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

¹⁴ En el supuesto enjuiciado en la sentencia de 10 de diciembre, el actor, entendiendo que hubo una defectuosa asistencia sanitaria, consecuencia del inicial error en el diagnóstico que demoró en exceso la constatación de la existencia del tumor cerebral, postula, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, una indemnización.

Todavía quedaría por plantear la cuestión de la responsabilidad contractual del personal sanitario analizando la relación entre el paciente y quien le procura la asistencia sanitaria, puesto que no cabe duda de que la atención médica puede prestarse dentro del marco de una relación contractual o similar entre el paciente y quien le atiende, y, a su vez, cuando existe una relación de ese tipo, el paciente puede aparecer vinculado con muy diversas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, incluyendo, a su vez, a uno o varios facultativos, o un centro hospitalario, o bien una sociedad médica al margen de la propia Seguridad Social¹⁵, no siendo frecuente en la práctica, en cambio, aquellas otras hipótesis de asistencia espontánea en los que falta cualquier tipo de contrato previo y que aparece en los casos extremos de asistencia prestada voluntariamente o de propio impulso y sin la autorización pero también sin la oposición del enfermo, por un facultativo que obra por razones humanitarias, en un caso de urgencia que requiere de su intervención, fuera del marco habitual de la consulta o del centro en que presta sus servicios.

En todo caso, en la actualidad, uno de los campos en que la proliferación de conflictos jurídicos es más notoria es el de las reclamaciones judiciales que tienen su base en daños sufridos con ocasión de la prestación de un servicio médico o, en sentido más amplio, sanitario, lo cual es, realmente, universal en los países como el nuestro con servicios sanitarios avanzados, que trae consigo la realización de actos médicos cons-

zación, que se rechaza, puesto que la Sala sentenciadora considera que es evidente que la atención dispensada a la paciente y todas las actuaciones médicas que sobre la misma incidieron fueron correctas, adecuadas y realizadas conforme a la *lex artis*, de modo que, no observándose un daño imputable a la Administración sanitaria, no cabe apreciar la exigible relación de causa a efecto entre el actuar de esta y el daño denunciado; no concurriendo, en suma, los requisitos exigidos para hacer nacer la obligación resarcitoria del perjuicio, concluyéndose en esa sentencia que la de instancia no ha desconocido la doctrina de esta Sala acerca de la antijuridicidad del daño, ya que expresamente ha excluido la infracción de la *lex artis* en las actuaciones sanitarias referidas al supuesto objeto de consideración y, precisamente partiendo de que la prestación de la misma ha de ser de medios y no de resultados, llega a la conclusión de que no existe la lesión antijurídica en los términos determinados por la ley; y dicha apreciación, como valoración de los elementos probatorios existentes en las actuaciones, no ha resultado combatida y ello excluye la posibilidad de reconocimiento de responsabilidad de la Administración.

¹⁵ Cada vez resulta más habitual que el paciente contrate una póliza con una compañía aseguradora que, a cambio de la correspondiente prima, asume el compromiso de poner a disposición de todos los asegurados un amplio abanico de profesionales sanitarios así como, incluso, uno o distintos centros hospitalarios con los que llega a un acuerdo la propia compañía en el caso de que no sean ya de su propiedad.

tantes, con medios de diagnóstico y tratamiento de última generación, altamente sofisticados, que, en consecuencia, conllevan más riesgo, a todo lo cual ha de añadirse una mayor preocupación, de todo tipo, legal, judicial y social, por dichos servicios y, desde luego, por la adecuada defensa de los derechos de los consumidores y usuarios de los mismos, con una más amplia información de toda clase, incluyendo la procedente de los medios de comunicación de masas¹⁶.

En resumen, todo lo antedicho concluye con el aumento por parte de los usuarios de servicios sanitarios del recurso a impetrar la tutela correspondiente ante los tribunales de justicia, que en nuestro país presenta singularidades muy trascendentes últimamente por la moderna legislación aplicable cuando, como suele suceder con frecuencia, se demanda a una Administración competente en materia sanitaria, y no sólo ya sobre la jurisdicción, que, unificándola en el orden contencioso-administrativo, realmente acaba con el lamentable «peregrinaje de jurisdicciones», sino, con carácter más amplio, sobre todo el régimen de responsabilidad derivada de daños sufridos por la asistencia sanitaria pública, que en nuestro país es gratuita en el momento del uso y universal.

De cualquier modo, la responsabilidad civil del médico y hasta del centro hospitalario, público o privado, ante la multitud de reclamaciones y las alarmantes noticias en muchas ocasiones de posibles negligencias médicas supone cada año, como mínimo, cerca de cien mil nuevas contiendas judiciales ante los Tribunales de Justicia entre pacientes, médicos y centros sanitarios, en casos muy complejos en los que resulta absolutamente imprescindible, como elemental punto de partida, tomar en cuenta la dificultad añadida de la aplicación integradora de la hipotética existen-

¹⁶ En el diario El País del lunes 5 de febrero de 2007, por ejemplo, se resalta que el Servicio Andaluz de Salud (SAS) ha sido condenado a una indemnización de 104.665 euros a los familiares de un paciente, de 58 años, que ingresó por un fuerte dolor de estómago en el hospital Ruiz de Alda de Granada, siendo examinado por un médico interno residente (MIR), que le diagnosticó gastritis y le envió a casa, tras lo cual, horas después, regresó al hospital porque el dolor persistía, encargando otro MIR un electrocardiograma, aunque no supo ver las señales que evidenciaban el infarto que le causó la muerte en el propio hospital a la mañana siguiente. *Cfr.* el sugerente libro de GARCÍA ANDRADE, J.A.: Reflexiones sobre la responsabilidad médica, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1998, siendo un tema de constante interés como se puede corroborar en VÁZQUEZ FERREYRA, R. A.: «Responsabilidad civil de los abogados que llevaron adelante el juicio por mala praxis médica frente al médico demandado», Revista responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación – Número 12 (2008), páginas 29 y siguientes.

cia de la responsabilidad civil regulada en el Código con la responsabilidad, denominada por la Ley, patrimonial de la Administración Pública sanitaria, con un régimen y tratamiento muy diferente.

Es necesario, pues, analizar la cuestión que nos ocupa, en primer lugar, desde la perspectiva exclusivamente civil, médica y hospitalaria, determinándose entonces la responsabilidad civil, generalmente fundamentada en las aludidas normas de responsabilidad extracontractual, del médico, consecuente con la obligación derivada del ejercicio de su profesión, y de los centros médicos que se puedan encontrar, en su caso, fuera del Sistema Nacional de Salud, para, en segundo lugar, estudiar la construcción objetivista, aunque matizada últimamente, de modo más acertado, de la responsabilidad patrimonial (*rectius* también civil extracontractual) de la Administración y su incidencia en la responsabilidad de los centros hospitalarios integrados en dicho Sistema Nacional de Salud, donde se busca establecer la base de la responsabilidad de la Administración cuando actúa como prestataria del servicio hospitalario público.

Con todo, aunque en muchas ocasiones, como en las sentencias que veremos de 23 de septiembre de 2004 o de 29 de marzo de 2006, ambas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se insiste en la obligación del médico como de actividad o de medios, tanto si procede del contrato cuanto si se deriva de una relación extracontractual, es lo cierto que, en rigor, como mejor señala la sentencia, también de la misma Sala de lo Civil del Supremo, de 13 de abril de 1999, no resulta aplicable al ámbito extracontractual la misma idea de obligación de medios¹⁷.

Por lo demás, la realidad es que en la práctica de los últimos años cabe apreciar ciertos síntomas de objetivación, aun con vacilaciones, también en la responsabilidad del mencionado personal sanitario, que, por lo demás, no suele trabajar aisladamente, sino que, con frecuencia, su actividad aparece vinculada a un centro asistencial, público o privado, de cuyo servicio pueden deducirse daños y la exigencia consecuente de responsabilidad para el titular de dicho centro como empresario al amparo del artículo 1.903. IV del Código Civil o de acuerdo con las disposiciones aludidas respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

¹⁷ Vid. ASÚA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad civil médica», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por REGLERO CAMPOS, L.F., 3ª edición, 2007, página 1178 a 1180, y ., 4ª edición, 2008, tomo II, parte especial Primera, páginas 735 a 737 que señala, con precisión, que si alguien contrata con un cirujano, entonces la obligación de éste será de medios, pero si el cirujano es dependiente de una clínica que es con la que se establece la relación obligatoria, la invocación de una obligación de medios sólo podrá hacerse con propiedad de aquella.

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 7 |
| 2. Normativa aplicable | 19 |
| II. Responsabilidad civil del médico y del titular del centro médico privado | 25 |
| 1. Responsabilidad contractual y extracontractual..... | 26 |
| 2. Requisito de culpa..... | 30 |
| 3. Obligación de actividad | 35 |
| 4. Inversión de la carga de la prueba | 42 |
| 5. Carga de la prueba de la negligencia | 47 |
| 6. Prueba de presunciones..... | 50 |
| 7. Doctrina sobre el daño desproporcionado | 54 |
| 8. Actuación negligente..... | 61 |
| 9. Falta de información | 68 |
| 10. Responsabilidad por omisión | 81 |
| 11. Ley de Consumidores | 85 |
| 12. Cirugía estética | 91 |
| 13. Vasectomía..... | 101 |
| 14. Actividad dentro del sistema público de salud | 105 |
| 15. Responsabilidad del cirujano en centro privado | 108 |
| II. Responsabilidad de la Administración sanitaria | 115 |
| 1. Aproximación general..... | 116 |
| 1.1. Regulación del Código Civil | 117 |
| 1.2. Evolución de la responsabilidad administrativa | 118 |
| 1.3. Regulación vigente de la responsabilidad de la Administración | 119 |
| 2. Normativa constitucional: la idea de «sistema» | 128 |

| | |
|--|------------|
| 3. Características generales de la responsabilidad de la Administración | 129 |
| 3.1. Principios de la responsabilidad | 132 |
| 3.2. Liberación de responsabilidad | 135 |
| 3.2.1. Fuerza mayor o culpa de la víctima | 135 |
| 3.2.2. Asunción de riesgo por el paciente | 142 |
| 3.2.3. Resultado desproporcionado | 147 |
| 3.2.4. Riesgos de desarrollo | 155 |
| 3.2.5. Error de diagnóstico | 160 |
| 3.3. Nexo causal | 167 |
| 4. El servicio público | 173 |
| 4.1. Omisión | 174 |
| 4.2. Retraso | 180 |
| 4.3. Actividad jurídica | 186 |
| 4.4. Ámbito personal de la actividad de la Administración | 187 |
| 5. Funcionamiento normal y anormal de la Administración | 189 |
| 5.1. Funcionamiento anormal | 190 |
| 5.2. Funcionamiento normal | 203 |
| 6. Momento de valoración de los daños y cuantía | 212 |
| 6.1. Cuantía de los daños | 213 |
| 6.2. Momento de evaluación de la indemnización | 221 |
| 6.3. Caracteres de la lesión | 226 |
| 6.3.1. Daño efectivo | 227 |
| 6.3.2. Daño cuantificable | 233 |
| 6.3.3. Daño individualizado | 238 |
| 6.3.4. Antijuridicidad | 241 |
| 7. Unificación de la jurisdicción ante la responsabilidad de la Administración | 250 |
| 7.1. La competencia de los tribunales penales | 269 |
| 7.2. Cuestiones dudosas en el ámbito jurisdiccional | 274 |
| 7.3. Novedades en la jurisdicción contencioso-administrativa | 285 |
| 8. La acción y el procedimiento administrativo en materia de responsabilidad | 290 |
| 9. Consideraciones conclusivas | 294 |
| Bibliografía básica recomendada | 297 |

