

LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Domingo Bello Janeiro

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña.

Académico de Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Galicia.

ÍNDICE

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.
- III. REQUISITO DE CULPA.
- IV. OBLIGACIÓN DE ACTIVIDAD.
- V. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.
- VI. CARGA DE LA PRUEBA DE LA NEGLIGENCIA.
- VII. PRUEBA DE PRESUNCIONES.
- VIII. DOCTRINA SOBRE EL DAÑO DESPROPORCIONADO.
- IX. ACTUACIÓN NEGLIGENTE.
- X. FALTA DE INFORMACIÓN.
- XI. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN.
- XII. CIRUGÍA ESTÉTICA.
- XIII. VASECTOMÍA.
- XIV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

RESUMEN

Se estudia que es necesario probar culpa para apreciar responsabilidad civil del médico, cuya obligación es de actividad, no de resultado, incluyendo debida información al paciente para obtener su consentimiento.

PALABRAS CLAVE

Negligencia médica. Carga de prueba. Nexo causal. Daño desproporcionado. Consentimiento informado.

ABSTRACT

The regulation is studied it's necessary to prove fault in order to appreciate doctor's civil responsibility, whose obligation is based on activities, not results, including adequate information to patient in order to obtain his/her consent.

KEYWORDS

Medical carelessness. Proof charge. Casual link. Dommage off-balance. Reliable consent.

I. PLANTEAMIENTO

La pervivencia del requisito de la culpa, a pesar de las actuales tendencias a favor de la responsabilidad objetiva, se advierte en el ámbito de la responsabilidad civil de los profesionales en general, y en particular de los médicos, lo que se corresponde con el hecho de que una nutrida doctrina jurisprudencial, sobre la que versa este estudio, insiste en que, como regla general, la obligación del médico se considera de actividad, no de resultado, de modo que cumple con la misma siempre que lleve a cabo una actuación médica profesional que sea normal en el ámbito concreto de la especialidad de que, en cada caso, se trate, acerca de lo cual expondremos la práctica forense con análisis crítico de la orientación seguida por nuestros Tribunales, singularmente el Supremo, (TS en adelante), con la intención de ser de utilidad para los que trabajan en el Derecho, la Sanidad y/o la Salud, partiendo, por supuesto, de la importante

aportación doctrinal previa que no se trata ahora de exponer en un trabajo de esta naturaleza².

El TS, en su sentencia de la Sala de lo Civil de 20 de mayo de 2011³ aborda muy oportunamente el planteamiento de la cuestión que nos ocupa al apreciar la inexistencia de responsabilidad médica en un caso nada menos que de fallecimiento tras intervención quirúrgica de hernia discal, concluyendo nuestro Alto Tribunal con la ausencia de mala praxis médica ya que no es posible cuestionar la actuación médico-sanitaria fundándose en la evolución posterior de la paciente o “prohibición de regreso” para responsabilizar al médico de la materialización de un riesgo excepcional del que aquella había sido previamente informada y que hacían innecesarios más medios de los que se disponían en esos momentos en una previsión lógica y ponderada de la intervención quirúrgica llevada a cabo.

Otra de las cuestiones recurrentemente planteadas en la última jurisprudencia sobre la materia puede contemplarse en el caso enjuiciado en las SSTs del mismo año 2011 de 27 de diciembre⁴, en que se

² Vid. con detalle, y allí amplias referencias doctrinales, BELLO JANEIRO, Domingo, *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, editorial Reus, S.A., Madrid, 2009, así como, con jurisprudencia y legislación colombiana, *La responsabilidad médica*, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2011, y antes, los capítulos “Responsabilidad médica, hospitalaria y sanatorial en el derecho español”, páginas 609 a 709, en *Tratado de responsabilidad médica. La actuación del médico y la responsabilidad civil, penal y administrativa que pueden comprometer*, editorial Legis, Bogotá, Lima, Santiago de Chile, Buenos Aires y Caracas, 2007, así como “La responsabilidad sanitaria”, páginas 219 a 319, en *Cuestiones actuales de responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2009.

³ En este caso se trataba de lesión de la arteria hipogástrica izquierda durante la intervención considerada no probable sino meramente descartable por tratarse de una complicación de carácter excepcional, señalándose en la STS que la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos, por ser inherente a ellos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis* “ad hoc”, siendo únicamente aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, tras lo que concluye que la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica, sobre lo que volveremos.

⁴ Se analizó en el caso enjuiciado en esta STS también de una intervención quirúrgica de hernia discal, acreditándose por el TS que hubo información previa del consentimiento de la paciente, ante el conocimiento cierto y cabal de las circunstancias, complicaciones posibles, y todo tipo de vicisitudes que acompañan a este tipo de intervención, debatiéndose la cuestión sobre el daño desproporcionado, que no fue objeto de pronunciamiento específico en ninguna de las instancias, y considerando improcedente la indemnización de daños y perjuicios dado que, como dice el TS, la información por su propia naturaleza

declara la improcedencia de la responsabilidad del médico ante la correcta información al paciente, y de 1 de junio⁵, donde también se concluye el adecuado consentimiento informado conforme a la técnica médica adecuada, todo lo cual ha suscitado una nutrida litigiosidad que veremos a continuación no sin antes especificar el marco legal de la responsabilidad médica.

En materia de responsabilidad civil extracontractual el Código Civil (CC a partir de ahora), 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 cual, en la práctica forense, nunca se aplicó.

En todo caso, dicho marco legal no representa ninguna novedad en relación con el resto de países de nuestro entorno cultural y jurídico, mientras que realmente resulta singular el pretendido carácter general y objetivo de la responsabilidad –civil extracontractual- de la Administración sanitaria por los

integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente, por lo que si este da adecuada satisfacción al mismo no cabe pretenderlo también del centro hospitalario.

⁵ Fue una intervención de cataratas con consentimiento informado, pues en el caso se acreditan los datos personales del mismo, explicaciones sobre su contenido, tratamiento, efectos, posibles secuelas, consecuencias alternativas, complicaciones, así como todos los detalles en términos comprensibles a su entendimiento, en un caso en que se había mantenido una relación con el paciente durante más de 30 años con una intervención previa de cataratas del otro ojo, siendo un ojo de miopía magna de alto riesgo, por lo que se acordó la suspensión de la intervención acorde a la «*lex artis*» así como el tratamiento de la tensión ocular, con la consecuencia de ruptura de la cápsula posterior habitual y normal en este tipo de intervenciones, por lo cual las lesiones predisponentes que pudieran existir llevarían a una rotura de retina si no se tratasen, fuera del cuadro de actuación del demandado, rechazándose la impugnación en casación por improcedente de la prueba del dictamen de peritos al negar el TS la pretensión de que el juicio pericial que la sala acepta sea sustituido por el perito de la recurrente, que la sentencia también valora en aquello que resulta de interés para la solución del litigio.

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 base en el concepto de lesión que el paciente no tiene obligación legal de soportar, si bien en las últimas decisiones del TS 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, sobre lo que me he ocupado en los textos referidos en la primera nota a pie de página de este estudio.

Hasta las últimas reformas normativas en el ámbito 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 CC, incluso en los casos de previo contrato entre médico y paciente, pero, en la actualidad, la responsabilidad –patrimonial– 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 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 en estos momentos no puedo más que destacar antes de proceder a resumir el planteamiento en vía civil cuando lo que se pretende es la responsabilidad no de la Administración sanitaria, sino civil, de este tipo, del médico, que es el objeto de este estudio.

Hasta tal punto resulta ciertamente curiosa la jurisprudencia en la materia que sólo a partir del año 2005 se vuelve a recuperar la culpa médica como criterio de imputación de la responsabilidad del profesional por parte de las sentencias de la Sala de lo Civil, que se inclinan actualmente, ya de manera más nítida, hacia una clara evolución a favor de la 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 protectora de los consumidores, con los que se enjuiciaba al médico con esos criterios propios de la responsabilidad objetiva de la Administración, obviando cualquier referencia a la culpa o negligencia del facultativo⁶.

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 TS 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 demandante, siendo entonces 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 julio⁷.

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 fun-

dico con criterios objetivos 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 partir de mediados del año 2005 se produce una aproximación de la Sala Civil del TS 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 TS 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 aplica.

7 En el caso, un paciente, tras ser intervenido, sigue padeciendo la misma malformación arteriovenosa cerebral que tenía, desestimándose en primera instancia la demanda dirigida frente al médico que intervino al actor, la Administración, y las compañías aseguradoras, lo que se revocó 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 TS declara haber lugar al recurso de casación, absolviendo a todos los demandados de los pedimentos de la demanda.

6 Así, se utilizó indiscriminadamente para enjuiciar al mé-

cionamiento 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 3ª, Sección 6ª, del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007⁸, 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 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,⁹ siendo, como se precisa en la sentencia de la misma Sala y Sección de 1 de febrero de 2008 exigible tan sólo la aplicación de las técnicas

8 Se trató de un parto con complicaciones tras el cual el niño sufrió hasta retraso mental con encefalopatía, aduciendo en el recurso el alcance del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, a cuyo efecto el TS responde que conviene tener en cuenta, que según la doctrina de la Sala 3ª, que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 de enero y 7 de junio de 1988, 29 de mayo de 1989, 8 de febrero de 1991 y 2 de noviembre de 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.

9 La STS de lo contencioso de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, 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 en la citada STS de 30 de octubre de 2007 que en la sentencia de instancia no se desconoce la jurisprudencia invocada relativa a la lesión producida por la privación del derecho al tratamiento médico adecuado y conveniente, sino que por el contrario, la cuestión es que, teniendo en cuenta dicha doctrina, el tribunal *a quo* considera “que en el caso que nos ocupa, las 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.

sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica¹⁰.

En tal sentido, en la sentencia, de igual sección 6ª de la Sala 3ª, del Supremo de 7 de julio de 2008¹¹, 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 administrativa,¹² se modula en el ámbito de las prestaciones médicas de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir entonces más que ejecuten correctamente 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 paciente¹³, en cuya misma línea se si-

10 En esta sentencia, con 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”.

11 En el caso, a las 13,00 horas, el paciente, mientras practicaba el buceo con escafandra en la zona de Cullera (Valencia), sufrió un accidente por descompresión, que 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 pues 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; al no existir ninguna cámara hiperbárica en Valencia, resultaba obligado remitirle al hospital de la Cruz Roja de Barcelona, que contaba con una, pero 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, quedando postrado en una silla de ruedas, que puede autopropulsar en terrenos planos y desprovistos de barreras arquitectónicas.

12 Por todas, sentencias de la misma Sala Tercera del Supremo de 11 de mayo de 1999, 24 de septiembre de 2001, 23 de noviembre de 2006, 31 de enero de 2008 y 22 de abril de 2008.

13 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

túan 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*,¹⁴ y que, por su parte, ésta excluye la antijuridicidad¹⁵.

dañoso como se concluye en las sentencias de la Sala 3ª del TS de 16 de marzo de 2005, 20 de marzo de 2007 y 26 de junio de 2008, 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) de entonces aplicación] 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).

14 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 como 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. (SSTS de 14 de octubre de 2003 y 13 de noviembre de 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.

15 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, 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 la Sala tercera acerca de la antijuridicidad del daño, ya que expresamente ha excluido la infracción de la *lex artis* en las actuaciones sanitarias refe-

A igual conclusión en la misma buena dirección, se llega, entre las últimas, en las sentencias también de la Sala 3ª de lo Contencioso, pero de la Sección 4ª, del TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 7 de diciembre de 2011¹⁶, donde se concluye la falta de relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada y las infecciones y demás complicaciones que padece el recurrente, y de 30 de enero de 2012, en que se aprecia la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por la asistencia prestada en un hospital a un paciente cuya salud se deterioró tras la aplicación de la vacuna VHB igualmente ante la falta de relación de causalidad al no acreditar la reacción provocada por la vacuna y la enfermedad del interesado¹⁷.

ridas 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.

16 Se trataba de reclamación de indemnización por daños en hospital público con motivo de una intervención quirúrgica tras accidente de tráfico, en un caso de infección hospitalaria, concluyéndose además, respecto de la exigencia del consentimiento informado al paciente y excepciones, que no hay necesidad de consentimiento por la urgencia en la intervención, tras lo que el TS razona la falta de relación de causalidad entre la asistencia sanitaria y las complicaciones, ante las referencias en el recurso a la infracción de la *lex artis* a consecuencia, no ya de la falta de prestación del consentimiento previo informado, sino de haber sido infestado del *staphylococcus aureus* puntualizándose que en el informe forense, al plantearse expresamente el origen de la osteomielitis crónica del recurrente, se concluye que “una de las causas de la osteomielitis son las fracturas abiertas en las que puede haber una contaminación del foco de fractura por gérmenes generalmente presentes en la piel”, y que “en el caso que nos ocupa la aparición de la osteomielitis ocho años después de la fractura y de la intervención quirúrgica no puede achacarse a un virus de quirófano sino a una contaminación de la fractura de tibia derecha que se describió como abierta de grado III, siendo dicha posibilidad, advertida en el propio informe de la intervención quirúrgica, fechado a su finalización, en que se advierte, en términos taxativos, que se esperan complicaciones en forma de infecciones y necrosis en la piel”.

17 En el caso, además se precisa que no es posible informar respecto de lo desconocido a la ciencia médica en una situación de riesgos no normales, que no formaban parte de la previsibilidad fundamentada en la literatura médica y que, incluso, atendiendo a la prueba pericial, se basaban en las características propias y específicas del individuo, que previamente podían no haberse manifestado como relevantes o atinentes a una valoración médica, añadiéndose que el deber de información no puede entenderse genérico y carente de previsibilidad real o hipotética según el paciente, ya que sería una información excesiva y desproporcionada con las finalidades curativas o preventivas de la ciencia médica, especificándose en cuanto a la información respecto a la prueba de contraste que se objeta que al no haber en la ciencia médica soporte alguno relativo a reacciones adversas no es posible poder informar respecto de lo desconocido a la ciencia médica, ex artículo 141.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En muchas ocasiones, como en las sentencias de 23 de septiembre de 2004 o de 29 de marzo de 2006, ambas de la Sala de lo Civil del TS, 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, si bien, en rigor, como bien 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 medios.

Como veremos se distingue entre las intervenciones en las que resulta imposible garantizar la eficacia del resultado, lo que sucede, habitualmente, en las que se trata de cirugía curativa o medicina asistencial, donde se lleva a cabo, efectivamente, el oportuno tratamiento a una persona enferma, con un contrato de servicios médico, de aquellas otras en las que el paciente, en principio, está perfectamente sano y sólo pretende alguna mejora de carácter físico, que, a su vez, puede repercutir emocionalmente, que son aquellas intervenciones médicas que no son ineludibles y que entran, a través de un contrato de obra, dentro de la llamada medicina satisfactiva o de cirugía estética, todo lo cual, como es lógico, plantea problemas probatorios frecuentemente ante los tribunales de justicia.

II. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

De modo ordinario 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 CC, si bien en la mayor parte de las ocasiones, ante la multiplicidad y enorme variedad de supuestos de hecho que se plantean en la práctica, los daños se consideran derivados de relaciones extracontractuales aplicándose el artículo 1902, todo ello sin poner en cuestión en ningún momento su primigenio origen contractual, e, incluso, al margen del fundamento de la propia pretensión en uno u otro régimen, lo que, sin embargo, no resulta respetuoso con la nítida diferencia de nuestro legislador entre ambos, especialmente en los plazos de prescripción.

En la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 12 de septiembre de 2007, en un caso en que se con-

cluye la responsabilidad del centro de salud por no haber puesto los medios necesarios a disposición del paciente, con todo, se examina el tercer motivo del recurso en que la recurrente parece denunciar la falta de culpabilidad porque aduce que no existe la mínima certeza probatoria en cuanto a la relación causal entre la muerte del esposo de la actora y la actuación del Servicio, con lo que parece centrarlo en la infracción del artículo 1105 del CC, que cita en su desarrollo argumental, junto con el artículo 1902 y siguientes y los entonces vigentes artículos 1214 y 1253 del mismo texto, ante lo cual el TS desestima el motivo con el argumento de que acumula cita de preceptos heterogéneos, de orden fáctico y jurídico, que no permiten adivinar con absoluta claridad cuál es realmente la infracción que se aduce, lo que suele ser muy frecuente.

Todo ello al margen del fundamento, contractual o no, de la pretensión del demandante, puesto que en muchas ocasiones, como en la sentencia del TS de 18 de febrero de 1997, se dice que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas¹⁸.

En igual sentido se parte en la sentencia del TS de 6 de mayo de 1998, de la denominada doctrina de la unidad de culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en determinadas ocasiones, y siempre que los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable, a juicio del TS en este caso, son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*, aunque ya digo que no comparto tal punto de partida porque, a mi juicio, se trata de pretensiones jurídicas distintas con plazos de prescripción bien diferentes.

18 Se especifica que la "*causa petendi*" que con el "*petitum*" configura la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico.

En efecto, como hemos adelantado, no cabe duda de que la más importante de las normas que rigen el devenir de los comportamientos humanos es ya desde tiempos inmemoriales la máxima no causar daño a los demás, hasta el punto de que, incluso los juristas romanos la incluyeron entre los tres grandes postulados del comportamiento social, los conocidos como conceptos de Ulpiano, junto a dar a cada uno lo suyo y vivir honesto.

La sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica de modo que el autor de un daño responde de él, o lo que sería lo mismo el autor de un daño está sujeto a responsabilidad, si bien el problema, en la práctica forense, es cómo se proyecta esta responsabilidad, puesto que la misma se traduce en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima y, desde luego, al menos con los textos legales que tenemos, no es lo mismo, al menos en cuanto al plazo de la acción (que es de 15 años para las acciones derivadas de los contratos mientras que la acción nacida del daño extracontractual prescribe por el transcurso de un año) pretender reclamar al médico por la vulneración de las exigencias previstas en el contrato que recurrir al régimen de la responsabilidad extracontractual.

Sobre todo ello resulta muy ilustrativa la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 28 de junio de 1997 donde se constata que el proceso se ha venido substanciado (en sus dos instancias), por así haberlo encauzado las partes en sus respectivos escritos, y ha sido resuelto, como un supuesto de responsabilidad por culpa extracontractual, por lo que se llama la atención que, por los preceptos que invoca como supuestamente infringidos, el recurrente plantee ante el Supremo su tesis impugnatoria bajo la perspectiva de la culpa contractual, puesto que se considera que si bien es cierto que el fallecido contrató directa y personalmente los servicios del cirujano para que le hiciera la operación de cirugía estética o *lifting* (estiramiento de la piel del rostro y eliminación de la papada), lo que hace encajar este supuesto, en lo que respecta exclusivamente a dicho cirujano, en el ámbito de las relaciones contractuales, también lo es que no consta que hubiera concertado contrato alguno con el anestesista, ni con el intensivista, y, como contra éstos, los demandantes (hijos del fallecido) también han dirigido su pretensión resarcitoria, la posible responsabilidad de los mismos (aunque luego denegada por las sentencias de la instancia) es más bien de índole extracontractual.

A juicio del TS tal planteamiento, bastante frecuente, entraña un supuesto de yuxtaposición de ambos tipos de responsabilidades (contractual y extracontractual), que no impide que los motivos integradores del recurso en cuestión puedan ser examinados bajo la perspectiva impugnatoria que contienen, como inserta en el ámbito de la culpa contractual, ya que es doctrina de la Sala de lo civil la de que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible, con lo cual concluimos este apartado.

III. REQUISITO DE CULPA

La sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 24 de noviembre de 2005, en un caso en que no se ha probado la negligente actuación imputable al médico al decidir intervenir quirúrgicamente al demandante, recuerda que dicha Sala, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, ha descartado toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo para supuestos debidamente tasados en su artículo 217.5, bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactoria, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios.

De esa forma, a partir del daño que fundamenta la responsabilidad, el criterio de imputación en virtud del artículo 1.902 del CC, se basa en el reproche culpabilístico y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo *-lex artis ad hoc-*, todo ello con amparo en

una reiterada jurisprudencia¹⁹.

Así pues, en el ámbito propio del Derecho Civil la responsabilidad del personal médico-sanitario, sea del tipo que sea (contractual o extracontractual), ha de fundamentarse en un reproche culpabilístico, de acuerdo con las normas expuestas anteriormente, puesto que, además, en la práctica de la medicina confluyen demasiados elementos aleatorios como para que en su ámbito pueda llegar a fundamentarse una responsabilidad objetiva, que, en último término, supondría una carga tan grande para los médicos y resto del personal sanitario que les llevaría a ejercer un tipo de medicina defensiva que terminaría perjudicando al paciente en último término.

Dicha doctrina, como hemos adelantado, no presenta grandes diferencias respecto del resto de países de nuestro entorno, pues todavía se mantiene la culpa como título de imputación de daños, de acuerdo con lo preceptuado en el CC, si se trata de hacer responsable a la persona física que ejerce la medicina, y a consecuencia del acto médico en sí mismo considerado, lo que se sustituye, no sin reservas, por el concepto de riesgo, que el paciente no tiene obligación legal de soportarlo, si de lo que se trata es de la responsabilidad de la persona jurídica titular del centro médico, sobre todo si éste es público, y, en general, de los servicios sanitarios en su más amplio sentido, todo ello, como hemos adelantado, partiendo, como se dice en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 6 de mayo de 1998, de la denominada doctrina de la unidad de culpa civil.

En la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 11 de abril de 2002 se considera que es hecho demostrado que el paciente carecía de hepatitis, sufrió transfusiones y apareció la enfermedad, de lo que se deduce, con enlace preciso y directo, que la hepatitis tuvo por causa aquellas transfusiones por lo cual aprecia nexo causal entre éstas y la enfermedad, de lo que deriva la apreciación de la culpabilidad, pues de no darse éste, no se habría producido el daño con

cita de reiterada jurisprudencia de dicha Sala²⁰ donde se concluye que la interpretación progresiva del artículo 1902 del CC que lo ha adaptado a la realidad social, pasó de la necesidad de la prueba de la culpa, a la inversión de la carga de la prueba y a la creciente objetivación, aplicando la doctrina del riesgo²¹ yendo a soluciones cuasi objetivas²² o llegando a la objetivación²³ sobre todo lo cual se pronuncia en idéntico sentido la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 10 de junio de 2004 también en un caso de infección de hepatitis y en que se concluye la responsabilidad del centro médico pero no del médico, todo lo cual debe ser situado en sus justos términos en casos de resultado desproporcionado.

En efecto, frente a estas declaraciones de estilo, la correcta dirección interpretativa de la responsabilidad civil médica al amparo del artículo 1902 del CC se mantiene en la sentencia de la Sala de lo Civil de 17 de septiembre de 2008, donde, partiendo de que la obligación del médico es de medios y no de resultado²⁴, se considera que ha incumplido la *lex artis*

20 Se ampara de modo específico para justificar el razonamiento que se reproduce en el texto en las sentencias de 14 de junio de 1984, 23 de enero de 1996, 8 de octubre de 1996, 21 de enero de 2000, 9 de octubre de 2000 y 24 de enero de 2002.

21 En concreto, se razona en este punto que la persona que provoca un riesgo que le reporta un beneficio, debe asumir la responsabilidad si causa un daño con amparo en las sentencias de la Sala de lo Civil del mismo TS de 5 de diciembre de 1995, 8 de octubre de 1996, 12 de julio de 1999 y 21 de marzo de 2000.

22 Así se exige un “reproche culpabilístico” aunque sea mínimo en las sentencias de la misma Sala de lo Civil del Supremo de 11 de mayo de 1996, 24 de abril de 1997, 30 de junio de 1998 y 18 de marzo de 1999.

23 Se refieren a esta mención a la objetivación al entender que si se causa un daño, se causa con dolo o culpa, pues de no haberla, no habría causado el daño de acuerdo las sentencias de 23 de enero y 8 de octubre de 1996, y 21 de enero y 9 de octubre de 2000.

24 Se reitera que el médico asume una obligación de medios y como tal se compromete no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención (STS de 18 diciembre de 2006), añadiendo que es lo que se conoce como la *lex artis* aplicable a un determinado caso para obtener de forma diligente la curación del enfermo, y a la que es ajena el resultado obtenido puesto que no asegura o garantiza el interés final perseguido por el paciente, tras lo que se dice que esta obligación ha sido incumplida y determinante del daño padecido por la actora, como resulta de los hechos no desvirtuados sin que quepa en el recurso la revisión de los declarados probados, por ser misión casacional la calificación jurídica de los mismos y la aplicación adecuada de las normas de modo que el TS ha de limitarse a la revisión del juicio de valor sobre la culpa y sólo de modo restringido a la relación de causalidad entre acción u omisión y daño, respetando siempre las declaraciones puramente de hecho sobre naturaleza y circunstancias de la acción u omisión, así como la realidad y cuantía del daño causado (Sentencias de 31

19 Así, las sentencias del TS de 15 de febrero de 1995; 23 de marzo de 2001; 4 de febrero de 2002; 23 de septiembre de 2004, de modo que el médico habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas (sentencias del TS de 26 de noviembre de 2001 y 11 de Abril de 2002), pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (sentencias del TS de 20 y 23 de marzo 2001), al no poder atribuirseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (sentencias del TS de 13 de Julio 1.987).

en un caso de paciente con una afección rara o poco común, señalando el Supremo que el mero índice estadístico de complicaciones derivadas de la intervención no permite concluir que cualquier consecuencia dañosa sea jurídicamente exonerable por encontrarse dentro del porcentaje racional de riesgo, ya que la estadística no discrimina la proporción que, dentro de ese porcentaje, es en realidad imputable, como en el caso, a una deficiente actuación médica.

En igual sentido, la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 4 de julio de 2007²⁵ es muy clara acerca de los requisitos de la responsabilidad del médico, especialmente el nexo causal y la culpa, considerándose que la relación está constituida correctamente por el carácter solidario de la responsabilidad que se reclama y porque concurren todos los requisitos para exigir responsabilidad al demandado, tras lo cual se enumeran los mismos consistentes en una acción u omisión ilícita, la realidad y constatación de un daño causado y un nexo causal entre ambos requisitos.

Todo ello, como hemos adelantado, al margen del fundamento, contractual o no, de la pretensión del demandante, en los términos vistos de la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 18 de febrero de 1997, en cuya virtud se mantiene que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico,

de enero de 1997; 26 de febrero de 1998; 4 de junio de 2001; 21 de febrero de 2002 y 17 de abril 2007), tras lo cual se concluye que la sala de apelación, previo análisis de la prueba pericial practicada, deja claro que la complicación surgida era previsible y evitable, como elemento esencial de la culpa extracontractual, aunque estadísticamente de frecuencia no elevada, y que se estaba dentro de los riesgos a evaluar, imputándose no haber efectuado el legrado de forma correcta, sin haber dado lugar a la interrupción al comprobar que se había producido una perforación, y no haber agotado todas las posibilidades que la ciencia en aquellos momentos tenía a su disposición para la adecuada prestación del servicio a la paciente conducta que vincula causalmente al daño, de forma que concurren todos los elementos para considerar adecuada la calificación jurídica que permite imputar culpa por negligencia.

25 Esta sentencia versa sobre un diagnóstico equivocado y sencillo y como consecuencia un actuar tardío y culposamente vinculado al daño consistente en la pérdida de visión total de un ojo a una señora sordomuda y con una situación de ansiedad a causa del stress provocado, interponiendo demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra el médico, que, estimada parcialmente en primera Instancia, fue revocada por la Audiencia Provincial precisamente por la excepción de incompetencia de jurisdicción, ante cuya sentencia fue interpuesto recurso de casación apoyándose en que la pérdida de visión de un ojo tiene mayor entidad para una persona sordomuda que posee una minusvalía del 69%, y que, además, debe ponderarse la situación de ansiedad a causa del stress provocada por la pérdida de visión y en consecuencia la ingesta de ansiolíticos y antidepresivos por prescripción facultativa, lo que dio lugar a la sentencia del Supremo a que aludimos en el texto.

sobre todo lo cual quiero manifestar de nuevo mi discrepancia a tenor del vigente artículo 218/1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sólo permite cambiar la fundamentación jurídica, que ahora aparece integrada en la “*causa petendi*”, de modo restrictivo cuando dice que “el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

IV. OBLIGACIÓN DE ACTIVIDAD

El punto de partida del TS en este ámbito, como hemos dicho, es el habitual de que la obligación de los médicos es de actividad, no de resultado, razonando que la obligación del médico no es obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo (curarlo), sino hacer lo posible para aliviar, o eliminar, la enfermedad, o, más exactamente, proporcionarle los cuidados que requiera según el estado de la ciencia. El médico, pues, no está obligado a alcanzar un resultado enteramente positivo, pero sí que debe actuar siempre conforme a la *lex artis*, es decir, según una actuación profesional que sea normal en la especialidad de que se trate²⁶.

Al respecto, en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 16 de enero de 2008²⁷ se especifica que “la *lex artis* exigible a toda la actividad médica no es más que un criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico o presupuesto “ad hoc” ejecutado por el profesional de la medicina (que es lo que a la postre individualiza a dicha “*lex artis*”), tras lo

26 En LA STS de 23 de septiembre de 2004 de la Sala de lo Civil se concluye la responsabilidad médica por actuación negligente en diagnóstico que provoca la muerte de paciente, razonándose que se trata de una obligación de medios y subjetiva y no de resultados y objetiva y que es procedente la responsabilidad ante la falta de práctica de las pruebas necesarias para establecer un correcto diagnóstico para detectar un tumor en mama que causó la muerte a paciente, de suerte que el comportamiento negligente del facultativo se considera contrario a la *lex artis* aplicable al caso.

27 La sentencia declara probado que el fallecimiento tuvo como causa inmediata una lesión esofágica, que fue la causa de la mediastinitis, y esta a su vez de sepsis, y que la actuación del demandado se ajustó a la *lex artis* puesto que el tiempo transcurrido desde que sospechó que existiese una comunicación entre el esófago y la tráquea hasta que se practicó la prueba del tránsito esofágico, fue correcto a tenor de las pruebas practicadas, y esa corrección comprende tanto la fase previa del diagnóstico, como la posterior de las pruebas efectuadas para confirmarlo, y con estos datos no es posible sostener que hubo negligencia profesional de la que pueda derivarse la responsabilidad que se demanda.

que se añade que el médico asume una obligación de medios y como tal se compromete no solo a cumplir las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención²⁸, siendo, por lo demás, un elemento esencial de dicha *lex artis* la información, como se concluye en las sentencias, ambas de 2008, de la misma Sala de lo Civil del Supremo de 18 de junio²⁹ y 29 de julio³⁰.

28 En esta sentencia, para fundamentar tal conclusión acerca de obligación de medios se reproduce el texto de la STS, también de la Sala de lo Civil, de 18 diciembre de 2006, añadiendo que es la *lex artis* aplicable a un determinado caso para obtener de una forma diligente la curación del enfermo, y a la que es ajena el resultado obtenido puesto que no asegura o garantiza el interés final perseguido por el paciente.

29 Se articula un único motivo contra la sentencia de la Audiencia Provincial que ratifica la del Juzgado, desestimatoria de la demanda por la que la paciente reclamaba los daños sufridos por la intervención quirúrgica, consistente en laminectomía quirúrgica descompresiva y disectomía, por infracción del artículo 10.6 c de la Ley de Sanidad de 1986 y, tras cuestionar que la sentencia diga que la pretensión indemnizatoria se basa exclusivamente en una infracción del deber de información y no en una mala praxis del cuadro médico, el motivo se argumenta en la falta de información y en el consentimiento informado, lo que se desestima, puesto que la información constituye un presupuesto y elemento esencial de la "*lex artis*" y como tal forma parte de toda actuación esencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico de acuerdo con las sentencias de 6 julio y 23 de noviembre de 2007, puesto que, según el Supremo, la información tiene como finalidad proporcionar a quien es titular del derecho a decidir elementos adecuados para tomar la decisión más conveniente a sus intereses, señalándose que la sentencia declara probado que existe mención en la historia clínica de la información que se suministró a la paciente de la necesidad de la operación para evitar la progresión de los déficit neurológicos por la patología vertebral discal, así como de los potenciales riesgos de complicaciones y secuelas postoperatorias y esta información resulta suficiente para tomar la decisión más conveniente al interés de la paciente, teniendo en cuenta que el rechazo de la falta de información como fundamento de la responsabilidad demandada no lo funda la sentencia en la necesidad de la intervención quirúrgica y consiguiente falta de tratamiento alternativo, sino en que medió información de la que derivó la intervención a la que fue sometida, sin la cual no se hubiera producido ésta.

30 En esta sentencia se vuelve a asumir que la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis* con reiteración de las sentencias de 21 de diciembre de 2005, 26 de junio de 2006, 26 de junio de 2006, 15 de noviembre de 2006, dos sentencias de 21 de diciembre de 2006 en un caso en que se concluye que ha existido información suficiente para obtener el consentimiento del paciente para la aplicación de un tratamiento médico a que aluden las sentencias de 20 de septiembre de 2005, 17 de abril de 2007 y 28 de noviembre de 2007, al considerarse inamovible la conclusión probatoria de la sentencia recurrida, según la cual se ha probado que se informó al paciente de la posibilidad de sufrir eyaculación retrógrada, y que dicha información le había sido suministrada de manera circunstanciada con anterioridad a la intervención, aunque no por escrito, y que el paciente dio su consentimiento.

En tal sentido, en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 4 de junio de 2001 se declara que la obligación del médico anestesista es de medios y no de resultado, de suerte que, pese a alguna sentencia aislada que invierte en su contra la carga de la prueba, como la sentencia de 12 de diciembre de 1998, resulta siempre exigible, como presupuesto indispensable de su obligación de indemnizar, la prueba de su culpa o negligencia.

Se parte de que la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato, que, precisamente, es de prestación de servicios, como si deriva de una relación extracontractual (aunque, en rigor, no es propio de ésta la previa existencia de una obligación), es una obligación de actividad o, si se quiere, de medios, pero no de resultado, según una nutrida jurisprudencia, de la que resulta excepcional aquellos casos en que, como también veremos, la actividad médica se deriva de un contrato de obra, que sucede en determinadas especialidades, como cirugía estética, odontología, odontoestomatología (al menos en ciertos casos), analíticas clínicas³¹, o, incluso, aunque es más discutible, vasectomía, acerca de todo lo cual profundizaremos después.

La verdadera finalidad práctica de la distinción está, en la práctica ante los tribunales de justicia, no tanto en la determinación previa del tipo de obligación, la cual no resulta siempre sencilla en un ámbito tan específico y técnico en el sector de la profesión médica, sino en la aportación conveniente de las debidas pruebas que hagan llegar al juzgador al convencimiento de que estamos ante una obligación de medios o de resultado, en función de quien sea la parte que lo aduce, puesto que el paciente tratará siempre de partir de la excepcional consideración en el caso de una obligación de resultado y probar el consiguiente incumplimiento –objetivo, sin que importe la negligencia- e imputárselo a la actividad médica, frente a lo cual el letrado del médico sólo podrá demostrar la ruptura del nexo causal.

31 Respecto de las analíticas clínicas, en radiología, parece, en principio, como punto de partida, bastante razonable la exigencia al profesional sanitario de un comportamiento profesional derivado de una obligación de resultado en el sentido de que las pruebas en cuestión, consistentes en las placas radiológicas, con fines diagnósticos, no se encuentran supeditadas a fenómenos o circunstancias biológicas incontrolables de suerte que el profesional parece que queda obligado a obtener el resultado correspondiente a los medios utilizados o exigidos a consecuencia de haber practicado correctamente las radiografías y a hacer un diagnóstico radiológico conveniente desde el punto de vista técnico-científico, todo ello al margen de que pueda ser discrepante o no coincidente con otro diagnóstico clínico posterior.

Lo cierto es que en la mayor parte de las decisiones judiciales, como hemos dicho, en intervenciones médicas ante un organismo enfermo, se toma como punto de partida la obligación médica de medios de prestar una actividad diligente de modo que el debate se circunscribe a la prueba del tipo de actividad desplegada en el ejercicio profesional médico correspondiendo al paciente probar el incumplimiento imputable al médico sobre la base de su negligente actuación, mientras que el letrado de éste sólo podrá liberar a su cliente demostrando el efectivo cumplimiento de la obligación asumida de modo diligente y con ausencia de cualquier tipo de culpa.

La sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 28 de diciembre de 1998, en un caso en que se alega infracción de los artículos 1.101 y 1.104 del CC por considerar que la actuación del médico demandado adoleció de la diligencia debida a las circunstancias, ocasionando con la ablación de toda la próstata, que no era necesaria ni conveniente, un resultado lesivo para la integridad del paciente, recuerda que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil tiene reiteradamente declarado que la obligación 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 resultados, sino una obligación de medios, estando obligado solamente a proporcionar al enfermo todos los cuidados que éste requiera, según el estado de la ciencia y la denominada “lex artis ad hoc”.

Se añade, frente a la jurisprudencia mencionada antes por la sentencia del TS de 11 de abril de 2002, que en la conducta de los profesionales de la medicina queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, no operando en estos casos la inversión de la carga de la prueba, admitida para otros supuestos, corriendo finalmente a cargo del demandante la carga de la prueba de la existencia de culpa, así como el de la relación o nexo causal entre ésta y el resultado dañoso, de suerte que se rechaza la pretendida responsabilidad al haberse declarado por la sentencia recurrida que la indicación quirúrgica era adecuada, la técnica empleada correcta y que no se ha demostrado la conexión física entre la actuación médica y los problemas de impotencia e incontinencia, que pueden producirse, como propios de tales enfermedades e intervenciones, aún perfectamente realizadas, sin que tales declaraciones fácticas resulten desvirtuadas en el recurso.

Con el mismo planteamiento, y amplia informa-

ción, en la sentencia de la Sala de lo Civil de 10 de junio de 2008, después de partir de que la obligación del médico y, en general, del personal sanitario, no es la de obtener, en todo caso, la curación del paciente³², concluye, descartando la responsabilidad objetiva³³, que en el caso los médicos intervinientes no estaban obligados a demostrar que el fallecimiento no fue debido a su negligencia, siendo que el paciente, al ser adicto al consumo de drogas tóxicas, se hallaba en una situación especial de riesgo de fallecimiento por trombosis y que la asistencia prestada fue conforme a la *lex artis*³⁴.

32 Se recuerda que la obligación del médico y, en general, del personal sanitario es la de proporcionar al paciente todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la *lex artis* [reglas del oficio adecuadas al caso] tal y como se concluye en la sentencia de 24 de marzo de 2005, añadiéndose que en el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento de modo que sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad según se concluye en la sentencia de 15 de febrero de 2006.

33 Se dice en esta STS que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos tasados en su artículo 217.5, tras lo que se señala que el criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo según se dice en la sentencia 24 de noviembre de 2005 y que, especialmente en los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria, se modula la valoración del elemento subjetivo de la culpa para garantizar la efectividad del derecho al resarcimiento del perjudicado, de suerte que, en virtud del principio de agilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que se produjo el daño si se presenta un resultado dañoso generado en la esfera de acción del demandado de los que habitualmente no se producen sino por conducta negligente, dado que entonces el enjuiciamiento de la conducta del agente debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recaerá sobre el que causa un daño no previsto ni explicable en su esfera de actuación profesional como concluyen las sentencias de 23 de mayo y de 8 de noviembre 2007.

34 Con arreglo a la doctrina señalada en el texto se concluye que no son aceptables las argumentaciones del recurso para defender una concepción objetiva de la responsabilidad médica o sostener que los médicos estaban obligados a demostrar que el fallecimiento no fue debido a su negligencia, cuando la sentencia proclama que el paciente, adicto al consumo de drogas tóxicas, se hallaba en una situación especial de riesgo de fallecimiento por trombosis y la asistencia prestada fue conforme a la *lex artis*.

V. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Partiendo de estas premisas de tratarse de una obligación de actividad la de los médicos, multitud de sentencias del TS han rechazado, aunque no sin excepciones, la inversión de la carga de la prueba de la culpa en casos de responsabilidad médica de modo que no es el médico precisamente quien tiene que demostrar que actuó con diligencia o sin negligencia, si bien, como digo, no siempre pues en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 15 de septiembre de 2003, como excepción, el TS entiende que, en este caso, procede la inversión de la carga probatoria, debiendo ser el facultativo el que deba probar que actuó adecuadamente, de suerte que, al no acreditarse por éste la actuación diligente con adopción de todas las medidas debidas en la intervención realizada, ha de ser considerado responsable del daño causado al ser culpable del mismo, y de ahí que sea procedente la reclamación efectuada.

En efecto, a diferencia de las reclamaciones en otros ámbitos últimamente, aquí, ante la responsabilidad médica la inversión de la carga de la prueba es realmente excepcional exigiendo previamente el “resultado desproporcionado” en términos que después veremos, señalándose en la sentencia de la sala de lo Civil de 2 de diciembre de 1996 que sólo cuando se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandados, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer sobre el actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, desplazándola sobre la parte que se halle en mejor posición probatoria, aunque sea la demandada, por su libertad de acceso a los medios de prueba, tras lo cual se añade que aun cuando sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste, comparativamente, es desproporcionado con lo usual, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revelando la penuria negligente de medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.

Ahora bien, ello es excepcional y, así, en la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 4 de Junio de 1.996 se declaró que incumbía al paciente la carga de la prueba, no operando la inversión de la misma, ante un recurso de casación que dimanaba de un jui-

cio de menor cuantía promovido contra un médico anestesista por la hija de un paciente que, tras ser intervenido para implantarle una prótesis de cadera izquierda, sufrió paralización de la pierna derecha y de los esfínteres y murió ciento catorce días después de la intervención, atribuyéndose por la demandante la lesión medular sufrida por su padre a una defectuosa administración de la anestesia epidural y su posterior fallecimiento a una tromboembolia pulmonar causada por la inmovilidad, todo lo cual fue considerado en primera instancia y por la Audiencia como caso fortuito³⁵.

En esta sentencia se analiza la relación de causalidad o nexo causal entre la actuación del facultativo – anestesista y el daño efectivamente producido, lo que no se había estimado por la Sentencia recaída en apelación a pesar de que el daño era gravísimo hasta el punto de desembocar, como se dijo, en la muerte del paciente, señalándose por el TS que lo que se combate es el juicio de valor del Tribunal de instancia sobre la falta de culpa o negligencia del demandado y, en cierto modo, las dudas que el mismo Tribunal manifiesta en orden al nexo causal entre anestesia epidural y daño o lesiones del paciente³⁶.

35 La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por inaplicabilidad al caso de la teoría del riesgo, resultar indicada la intervención, fundarse la prueba de la relación causal entre intervención y daño en “meras presunciones, basadas en criterios de exclusión y no de afirmación”, “falta de prueba de que la intervención se realizara de forma incorrecta o negligente”, y tratarse “de una situación de caso fortuito que la propia intervención conlleva”, frente a lo cual se interpuso recurso de apelación por la demandante, que desestimó el Tribunal de segunda instancia, confirmando el fallo absolutorio, por no resultar avaladas las pretensiones de la demanda por ninguna de las pruebas, aludiéndose a “informes periciales en particular el emitido por un catedrático de neurocirugía”, descartando cualquier nexo causal entre la muerte del paciente y la raquianestesia administrada durante su intervención; pero en cuanto a las lesiones y secuelas, monoplejía del paciente y paralización de esfínteres, el Tribunal entendió que “sobre la base de los informes periciales reiterados y obrantes en autos y aun admitiendo la mera probabilidad de la mediación de una relación etiológica entre la práctica anestésica y el daño”, el supuesto no reunía el resto de los elementos conformadores del ilícito extracontractual según el artículo 1.902 CC por falta de imputabilidad objetiva y subjetiva, ya que la técnica anestésica era la indicada y se había aplicado “con ortodoxia y con la diligencia exigible”, no conteniendo dicho precepto un régimen de responsabilidad objetiva, por todo lo cual tenía que atribuirse el resultado a un “riesgo natural o inherente a la actividad”, “social e individualmente aceptable” que, además, en el caso enjuiciado estaba “acrecido no ya por la edad del paciente, sino por su estado de salud”.

36 Se añade que ambos extremos que se citan en el texto pueden revisarse en casación según doctrina de la Sala de lo Civil del Supremo mientras que la recurrente se aquieta con la conclusión del Tribunal de segunda instancia que descarta el nexo causal entre la intervención y la muerte del paciente meses después, según manifiesta explícitamente dicha parte, de suerte que el Supremo se limita a examinar si la sentencia recurrida

No cabe hablar siquiera de caso fortuito en el supuesto enjuiciado por esta sentencia de la sala de lo Civil del TS de 4 de junio de 1996 cuando declara que “abordando ahora la revisión del juicio de valor sobre la culpa o negligencia del médico anestesista demandado, debe tomarse como punto de partida la jurisprudencia de esta Sala que, partiendo del carácter de obligación de medios y no de resultados de la medicina curativa, descarta cualquier objetivación de la responsabilidad y también, aunque no sin excepciones en algunas recientes sentencias, la inversión de la carga de la prueba y así podría sostenerse que el juicio de valor del Tribunal de apelación, a la vista de las aclaraciones del perito al ratificar su informe, se corresponde con la doctrina de esta Sala³⁷.”

Por seguir en el mismo ámbito profesional de los anestesistas, dentro de esas excepciones citadas acerca de la inversión de la carga de la prueba, precisamente la sentencia del TS de la Sala de lo Civil de 12 de diciembre de 1998 invierte la carga de la prueba en contra del anestesista, pero justamente en virtud del resultado desproporcionado en un caso en que se produjo una grave atrofia cerebral y estado de vida vegetativa en el paciente.

ha infringido o no los preceptos citados al enjuiciar la pretensión indemnizatoria por las lesiones y secuelas del padre de la demandante.

37 Para la prueba pericial se nombró un solo perito por acuerdo de ambas partes, que, en la técnica anestésica aplicada, tras señalar contradicciones en la documentación examinada, concluye que consistió en una anestesia combinada por raqui-anestesia y, aprovechando la vía, colocación de un catéter epidural para controlar el dolor postoperatorio, considerando poco probable que, pese a lo que se dice en alguno de aquellos documentos, se aplicase además al paciente una narcosis general, y que es adecuada dicha técnica, como igualmente lo habría sido una narcosis o anestesia general y una combinación entre ambas. Respecto de la lesión medular que sufrió el paciente, el perito afirma su relación causal con la anestesia raquídea al cumplirse los cinco criterios: topográfico, cronológico, de continuidad, de intensidad y de exclusión, por lo que la lesión medular afirmada en el informe del Instituto Nacional de Toxicología tan sólo podía deberse a un mecanismo compresivo ocasionado por un hematoma epidural, al tener que descartarse un origen vascular, inflamatorio o tóxico, mientras que en lo referente a la anestesia raquídea como técnica anestésica regional, consistente en inyectar un anestésico local en el líquido cefalorraquídeo, el perito afirma la facilidad de la punción del saco dural en la zona lumbar baja, señalando concretamente la zona entre L2 y L4 como la más aconsejable para la punción. Como índice estadístico de complicación cuando se aplica la referida técnica el perito señala el de seis casos de parálisis residual por cada mil doscientas anestias raquídeas. En cuanto a la detección inmediata de la complicación, el perito considera que habría podido lograrse el diagnóstico de urgencia inmediata mediante una tomografía axial computerizada. En su comparecencia ante el juez para ratificar su informe y respondiendo a preguntas del letrado del médico anestesista demandado, el perito manifestó que la mielorradiculopatía no era consecuencia de una mala praxis médica, que la anestesia se ajustó a la praxis médica y que la lesión del paciente podía entrar dentro del caso fortuito como factor de riesgo del 0,5%.”

Específicamente, en la sentencia de la Sala de lo Civil de 28 de julio de 1997 se cita la obligación del médico de contribuir activamente a probar que no existió en su actuar negligencia ni imprevisión para un caso de intervención para extirpar un carcinoma de útero en que el demandante no tiene por qué verse obligado a probar qué hechos serían los que exonerarían al médico, como el caso fortuito, para argumentar que en el supuesto concreto no concurren los mismos de suerte que tendrá que ser el demandado el que aporte la prueba exoneradora, como corresponde a su mejor posición en el conocimiento de la esfera técnica del caso.

En la sentencia de 8 de noviembre de 2007, de la Sala de lo Civil, el TS, con base en jurisprudencia tanto del Supremo cuanto, incluso, del Tribunal Constitucional, se asume la argumentación de la sentencia de instancia³⁸, en cuya virtud al propio médico demandado, al contar con una mayor disposición probatoria, le corresponde acreditar la ausencia total de responsabilidad en su actuación médica, produciéndose, de tal modo, un desplazamiento de la carga probatoria³⁹, de lo cual tratamos con más detalle a continuación.

38 En un caso de pérdida de visión del ojo derecho después de una lesión causada por láser argón se condena solidariamente a la aseguradora y al médico, frente a lo cual el primer motivo del recurso promovido por el médico pretende aplicación indebida del artículo 1902 del CC y vulneración de los artículos 14, 18, 24.1 y 2 de la Constitución, que veda la exigencia de la prueba diabólica o imposible en un hecho negativo en la medida en que se pretende el correcto tratamiento sanitario y la conducta diligente e irrefutable del recurrente y su adecuación a la *lex artis* exigible, alegando que el resultado final se produjo por circunstancias indeterminadas e imprevistas, lo cual, al igual que todos los demás, se rechaza por el TS que, en concreto, en este punto, aparte de lo que se dice en el texto, añade que, frente a la referencia a la prueba diabólica o imposible de un hecho negativo, el recurrente ni siquiera aporta el historial clínico del paciente, siendo que no se descarta en el informe médico la posibilidad de lesión por el tratamiento empleado al no realizarse de forma correcta de suerte que se acredita que la actuación médica era susceptible de generar el daño producido por indebida aplicación del tratamiento. *Vid.* comentario de dicha sentencia a cargo de BELLO JANEIRO, Domingo, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 77, mayo-agosto 2008, páginas 831 y ss.

39 Tal conclusión encuentra un mayor fundamento, si cabe, en el hecho de que no consta el consentimiento informado del paciente acerca de los riesgos posibles de la intervención de manera que éstos no fueron debidamente asumidos y aceptados de modo que esta omisión culposa es otro elemento de apoyo para fundamentar que el médico asume por sí sólo los riesgos de la intervención en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar dicho consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible al haberse prescindido de la exigencia del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad acerca de la forma escrita del consentimiento para la realización de cualquier intervención, salvo en supuestos de urgencia, incapacidad del enfermo, o riesgo para la salud pública.

VI. CARGA DE LA PRUEBA DE LA NEGLIGENCIA.

Con arreglo a nuestro derecho, la regla general es que es el paciente quien debe probar que el médico actuó con negligencia, y, así, con tal punto de partida, en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 2 de julio de 2003⁴⁰ se confirma la condena, dado que el resultado de la operación fue desproporcionado y se debió a una actuación negligente del médico, que incumplió la *lex artis* de aplicación al caso, derivándose de ello las consecuencias físicas a que se refiere la sentencia.

En todo caso, no se presume una actuación culpable o negligente por parte del profesional médico⁴¹, sino, justamente, queda descartada toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de culpa en sentido estricto tal y como se pone de relieve en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 24 de noviembre de 2005⁴²,

40 En la sentencia de 2 de julio de 2003, de la Sala de lo Civil del TS se trata precisamente de una demanda de responsabilidad civil contra facultativo y centro médico por deficiente intervención quirúrgica con reclamación de cantidad por los daños derivados de operación de cataratas, pretensión desestimada en primera instancia, que después fue revocada por la Audiencia Provincial, para estimar parcialmente la demanda y condenar solidariamente a los demandados a cantidad inferior a la pedida, declarando luego el TS haber lugar parcialmente al recurso de casación, en el único sentido de reducir la cuantía de la condena, que se había interpuesto contra la condena solidaria de centro médico y de facultativo por los daños sufridos por paciente, en concreto pérdida de visión de un ojo, tras operación de cataratas, dado que se hizo una errónea cuantificación del lucro cesante derivado de los daños causados y el perjuicio profesional que se ocasionó con ellos, tras reiterar en varios motivos que en casación no es posible una nueva valoración probatoria, al ser tal actuación propia de la instancia, aunque en caso excepcional que no concurre si sería posible tras argumentar error de derecho en la aplicación del precepto que sirva de base para la valoración.

41 Excepcionalmente en la sentencia de 15 de septiembre de 2003 de la Sala de lo Civil del TS se concluye la responsabilidad extracontractual por daños derivados de intervención médica ante la existencia de culpa del médico, invirtiéndose, como se ha dicho, la carga de la prueba, ante el deber de éste de acreditar su actuación adecuada, incidiendo en el daño causado por la negligente intervención médica, tras lo cual se concluye la responsabilidad solidaria del Insalud y de la compañía de seguros.

42 En un caso en que un paciente afectado de un proceso conocido como Angina de Ludwig, derivado de una previa extracción de una pieza molar, demanda a los médicos que lo atendieron en reclamación de una indemnización, en concepto de daños y perjuicios, por los días de baja, secuelas y demás perjuicios sufridos. Las sentencias de primera y segunda instancia desestiman la demanda formulada frente al doctor que extrajo al paciente la pieza molar, no así respecto del otro demandado, que trató posteriormente al actor, al que la sentencia de primera instancia condena, por un error de diagnóstico, y la de la Audiencia, que es la que se recurre en casación, le absuelve al entender

en que manifiesta, asimismo, el TS que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo para supuestos debidamente tasados (artículo 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios, por lo que tampoco responderá de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia, como es el caso⁴³.

Sobre la cuestión, en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 23 de marzo de 2006 se concluye la desestimación de la demanda en la que se exige responsabilidad al hospital y a los médicos que atendieron a una paciente fallecida de cáncer, ante la actuación correcta de los médicos demandados, en un caso en que los padres demandan al hospital en que el que fue atendida y a los médicos que la intervinieron, en reclamación de una indemnización de daños y perjuicios, sin que ni en primera instancia, ni en apelación, ni en el presente recurso de casación, la parte actora obtuviese sentencia favorable, puesto que el TS considera que no se ha probado una conducta de los médicos demandados productora, en nexo causal, del daño, habiéndose acreditado que su actuación fue correcta⁴⁴.

que no existió ese error de diagnóstico inicial y que, conforme a la prueba practicada, “en el momento de la primera operación el paciente no presentaba síntomas de angina de Ludwig, sino infección del suelo de la boca, y que el tratamiento antibiótico y la intervención fueron los adecuados a dicha sintomatología”.

43 El TS, en esta sentencia de 24 de noviembre de 2005, declara, además, no haber lugar al recurso de casación interpuesto y, en concreto, declara que el recurso de casación no es una tercera instancia, y que no es posible rechazar los hechos declarados probados por la sentencia recurrida para sustituirlos por los que estima el recurrente en función de un resultado llamativamente negativo.

44 Para el Alto Tribunal, la sentencia recurrida ha analizado y valorado convenientemente los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica y ha entendido que los demandados desplegaron los medios asistenciales idóneos, conforme a la ciencia médica, para el tratamiento de la grave enfermedad de la paciente fallecida. En definitiva, el TS concluye que no ha habido omisión de diligencia alguna por los médicos que atendieron a la enferma. Asimismo, considera el Alto Tribunal que el Centro Hospitalario ofreció las prestaciones convenientes y el servicio facilitado no ha pecado de defectos de instrumentación y funcionamiento, ni se han acreditado deficiencias asistenciales.

En dicha sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 23 de marzo de 2006 se sigue la posición mantenida por la sentencia del TS de 29 de junio de 1999, que se transcribe textualmente, sumándose a la doctrina jurisprudencial muy reiterada por las sentencias del TS de 13 de octubre de 1997 y 9 de diciembre de 1998, en cuya virtud la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado⁴⁵.

En este caso, ha considerado el TS que los demandados desplegaron los medios asistenciales idóneos, conforme a la ciencia médica, para el tratamiento de la grave enfermedad y el restablecimiento de su salud, resultado al que desgraciadamente no se llegó, pero no por culpa o negligencia de aquellos; y, en definitiva, se concluye en esta sede que no ha habido omisión de diligencia alguna por los médicos que atendieron a la enferma y tampoco se aprecia negligencia en el Centro Hospitalario, pues está demostrado en autos que la enferma fue sometida a un intenso tratamiento a partir de la fecha en que acudió por primera vez al Servicio de Urgencias del Hospital, pues no solo hubo una adecuada actuación de los médicos, sino que el sistema hospitalario ha ofrecido las prestaciones convenientes y el servicio facilitado no ha pecado de defectos de instrumentación y funcionamiento, ni se han acreditado deficiencias asistenciales.

VII. PRUEBA DE PRESUNCIONES

El tribunal puede llegar a la conclusión de que el médico es responsable a través de la prueba de presunciones, sobre la que también hay variada jurisprudencia, como la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 30 de enero de 2003⁴⁶, en que, en un caso de

45 Así, entre otras muchas, se citan las sentencias del TS de 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993, 7 de julio y 15 de noviembre de 1993, 12 de julio de 1994, 24 de septiembre de 1994, 16 de febrero de 1995, 23 de septiembre y 15 de octubre de 1996 y 22 de abril de 1997⁴⁷.

46 Esta STS fue anulada después por el Tribunal Constitucional por sentencia 42/2006, de 13 de febrero de 2006, por incongruencia *extrapetiturum* al haber concedido el órgano judicial algo no pedido o haberse pronunciado sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes con desajuste e inadecuación entre fallo y pretensiones de las partes

resultado desproporcionado por lesión irreversible en parto, se señala que la prueba de presunciones tiene un carácter supletorio de los demás medios de prueba y no se debe acudir a ella cuando los hechos han quedado probados por otros medios de prueba⁴⁷, tras lo que se argumenta, con base en jurisprudencia constante⁴⁸ que el antiguo artículo 1253 del CC, ahora derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, autorizaba, pero no obligaba, a usar la prueba de presunciones, de suerte que no se infringe dicho precepto, ahora contenido con el mismo espíritu –y más detalle– en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por su no aplicación, siendo excepcional que en casación pueda impugnarse haber omitido su empleo⁴⁹.

En todo caso, pues, habrá culpa no sólo cuando ésta se acredita fehacientemente, sino también si se demuestra que entre el proceder del médico y el resultado dañoso no concurre ninguna circunstancia ajena al curso natural de los acontecimientos, de

declarándose insuficiente la atención prestada desde la entrada en el hospital e incorrecta la actuación del médico en el parto y donde se razona que no se emplea la prueba de presunciones sino que parte de unos hechos acreditados por medios de prueba y llega a la calificación de negligencia del actuar médico, cuyo resultado es desproporcionado.

47 Respecto de la declaración contenida en el texto sobre la prueba de presunciones se cita expresamente, con reproducción literal, la sentencia de 23 de noviembre de 2000, con cita de las sentencias de 26 abril de 1999, 27 septiembre de 1999, 27 diciembre de 1999 y 16 marzo de 2000.

48 En concreto, en esta sentencia de 30 de enero de 2003, se dice, textualmente, con base en la sentencia de 16 de febrero de 2002 reiterando la de 5 de marzo de 2001, que cuando el juzgador de instancia no hace uso de la prueba de presunciones para fundamentar su fallo y si de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en los autos, no resulta infringido el entonces vigente artículo 1253 del CC (sentencias del TS de 3 de diciembre de 1988, 7 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1990 y 17 de julio de 1991).

49 Así, se dice, en esta relevante sentencia de 30 de enero de 2003, que resulta útil por la cita jurisprudencial que contiene sobre las presunciones, que la censura del proceso hermenéutico no es lícito verificarla a través de denuncia de la vulneración del art. 1253 del CC, aduciendo que la Sala de instancia debió seguir aplicando dicho artículo, (sentencias siempre del TS de 23 de septiembre y 4 de noviembre de 1988), pues no se infringe el precepto por su no aplicación máxime cuando los hechos que se declaran probados lo han sido por pruebas directas y no hay necesidad de acudir al medio indirecto de las presunciones (sentencias también del Supremo 22 de febrero, 16 de marzo, 5 y 24 de mayo, 2 de junio de noviembre de 1989). También es doctrina reiterada que por su especial naturaleza (deducción personal del Juez), es difícil que pueda exigirse su aplicación y excepcional que en casación pueda impugnarse haberse omitido su empleo, a menos que esta prueba hubiera sido propuesta por las partes y discutido en el pleito (sentencias del Supremo de 30 de abril y 11 de octubre de 1990), ...en todo caso, hay que insistir en que esta Sala descarta que se le pueda exigir que emplee dicho medio probatorio (sentencias del TS de 5 de febrero, 11 de marzo, 6 y 27 de octubre, 11 de noviembre y 9 de diciembre de 1988).

acuerdo con el necesario nexo causal, tal y como sucede en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 6 de octubre de 2005⁵⁰, en que se concluye la inexistencia de responsabilidad médica al existir falta de relación de causalidad entre la actuación facultativa y el daño causado, en un caso en que se examina la responsabilidad civil médica por atención negligente a paciente que acude a centro médico con dolor en el abdomen y que fallece con posterioridad a causa de infarto de miocardio, concluyéndose la inexistencia de responsabilidad, ante la ausencia de nexo causal entre la actuación del profesional sanitario y el daño existente, por la confusión en el tratamiento motivada por la falta de síntomas claros de la enfermedad o por enmascaramiento de la misma, tras lo que se razona la ausencia de culpa en tal caso del facultativo.

En esta sentencia de 6 de octubre de 2005 se añade que es doctrina jurisprudencial la que establece que no cabe apreciar la culpa en el facultativo en aquellos supuestos en que la confusión viene determinada por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismos resultan enmascarados con otros más evidentes característicos de otra dolencia y tampoco cuando quepa calificar el error de diagnóstico de disculpable o de apreciación⁵¹.

La realidad de que la prueba del nexo causal y de la causalidad recaiga sobre el demandante no supone en absoluto la exigencia a su cargo de una especial exigencia de mayor rigor probatorio puesto que cabe siempre la prueba de presunciones señalando al respecto la sentencia de la Sala 2ª de 12 de mayo de 1986 la mención a los “cursos causales no verificables”,

50 Se trataba de un caso que comenzó con demanda ante los Juzgados de Primera Instancia contra médico, centro hospitalario y su aseguradora sobre responsabilidad por actuación médica negligente, tras acudir el marido de la actora a centro hospitalario por dolencias en la parte superior del abdomen, falleciendo con posterioridad de infarto, pretensión estimada parcialmente por la sentencia de primera instancia, frente a la cual se presentó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que estimó el planteado por las demandadas, a las que absolvió de la responsabilidad solicitada, declarando, finalmente, el TS no haber lugar al recurso de casación interpuesto porque no ha quedado en absoluto acreditada en el curso del pleito la relación de causalidad entre la conducta de la demandada y el resultado del fallecimiento del esposo de la actora, requisito esencial para la condena por responsabilidad.

51 En la supradicha sentencia de 6 de octubre de 2005 razona el TS que para la condena por responsabilidad médica se requiere que quede establecido con una mínima certeza el nexo causal entre el acto tachado de culpable o negligente o la omisión de los cuidados indicados y, el resultado dañoso previsible y evitable, no siendo posible declarar la responsabilidad cuando, por el contrario no se ha podido establecer dicha relación de causalidad o, cuando el resultado dañoso no dependió de una conducta del profesional sanitario.

como hipótesis en que la causalidad posible existente entre dos hechos, que son, por una parte, un comportamiento humano en forma de acción u omisión y la ocurrencia de un resultado lesivo o dañoso, no sea susceptible de demostración científico-natural.

Al respecto, en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 5 de Marzo de 1.965, en un caso de una gasa olvidada que provoca peritonitis, llega a afirmar, ya de antiguo, que si se prueba que el origen de la peritonitis es una gasa encontrada en el cuerpo del paciente, entonces se podrá concluir la imputación al Médico de responsabilidad civil con una suerte de presunción judicial de culpa o negligencia del facultativo que el Juzgado deduce.

Sobre la culpa virtual se produce la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 22 de Febrero de 1991⁵², en que, durante la realización de las operaciones propias de la endodoncia, se le rompió al facultativo la lima que para ello utilizaba, quedando un trozo de la misma en el interior de la zona tratada⁵³, considerándose probado que dicha rotura no pudo tener otra causa que la utilización de una lima deteriorada o en mal estado de conservación por un uso reiterado de la misma (“fatiga de los materiales”) o un defectuoso manejo o incorrecta utilización de ella por parte del facultativo (únicas hipótesis causales que señala el texto médico consultado por la Sala a quo y que el propio demandado aportó con su escrito de contestación a la demanda) o, por último, una insuficiente anestesia de la paciente, que no le impidió experimentar dolor durante el tratamiento, si se admite la afirmación del facultativo demandado, recurrente, en el sentido de que la rotura de la lima fue produci-

52 El recurso de casación fue interpuesto con motivo de la responsabilidad civil de un médico estomatólogo en una intervención de endodoncia. La paciente sufría la rotura de una prótesis dental (puente) en la mandíbula superior en la que conservaba un canino, por lo que acudió a una clínica, propiedad de la demandada entidad mercantil, en la que la atendió el doctor que comenzó a practicarle un tratamiento de endodoncia. En la realización de las operaciones propias de ese tratamiento, se rompió la lima que, para este fin, utilizaba el facultativo, quedando dentro de la zona afectada un trozo de dicha lima, de uno o dos milímetros de longitud, que el facultativo intentó extraer, sin conseguirlo finalmente, por lo que prescribió a la paciente un tratamiento de antibióticos y antiinflamatorios, sin que en posteriores visitas se le aplicara otro tratamiento. La paciente – demandante –, ante las molestias que tenía, acudió a otra consulta facultativa, en donde le fue extraído el canino, que en su tercio apical tenía incrustado el referido trozo de lima.

53 Los recurrentes sostienen que no se ha concretado la causa de dicha rotura, o que tal causa fue un movimiento brusco de la propia paciente, a pesar de estar anestesiada, por lo que pretenden concluir que no está acreditada la culpa o negligencia del referido facultativo.

da por un golpe que la paciente le dio en el brazo⁵⁴.

En esta Sentencia, como puede observarse, se da por probado que hubo, efectivamente, culpa o negligencia del facultativo, si bien no pudo acreditarse por medio del material probatorio si la lima estaba o no en perfecto uso, o si fue, meramente, la impericia del facultativo, al realizar la intervención de endodoncia, el factor que determina la lesión de suerte que se presumió que hubo culpa o negligencia del facultativo – odontólogo –, si bien se enumeraron hasta tres posibles causas para la rotura de la lima, todas ellas culposas, reveladoras de la actuación médica no adecuada o acomodada a la *lex artis ad hoc*.

VIII. DOCTRINA SOBRE EL DAÑO DESPROPORCIONADO

La Sala Primera, de lo Civil, del TS ha acogido reiteradamente desde 1996, la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado⁵⁵ (aunque no sin discrepancias⁵⁶) del que se desprende la culpabilidad

54 Cualquiera de las tres apuntadas hipótesis, únicas causas posibles de la rotura de la lima, son reveladoras de una conducta negligente por parte del facultativo, tanto si la lima estaba deteriorada o fatigada por el reiterado uso de la misma, como si de ella hizo una utilización incorrecta, pues dentro de sus elementales deberes profesionales se encuentra el cerciorarse previamente del buen estado de conservación del instrumental que utiliza y el hacer un uso adecuado y correcto del mismo, con buena técnica, según las reglas de la *lex artis*, y lo mismo ha de decirse para el supuesto de que la causa de la rotura hubiera sido un golpe que la paciente, al sentir fuerte dolor, dio en el brazo del facultativo, pues dentro de la previsibilidad exigible a un diligente profesional odontólogo se encuentra el evitar dicho riesgo, mediante la anestesia adecuada y suficiente, que en el presente supuesto no se utilizaría, si la paciente tuvo la reacción que aduce el facultativo recurrente, de donde se desprende que la calificación de culposa o negligente que hizo la sentencia recurrida para cualquiera de las tres hipótesis contempladas, como únicas causas posibles de la rotura de la lima, es plenamente ajustada a Derecho, con correcta aplicación de los artículos 1.101 y 1.104 del CC.

55 La teoría fue aplicada por primera vez por la *Cour de Cassation* francesa en sentencia de 28 de junio de 1960, en un supuesto de radiodermatitis sufrida por un paciente como consecuencia de la radiación emitida por un aparato de rayos X, cuyas puertas protectoras no estaban bien cerradas, y ha sido acogida por la Sala Primera del TS a partir de la sentencia de 2 de diciembre de 1996, en el caso de una paciente que quedó con tetraparesia espástica tras una hemorragia sufrida a raíz del parto.

56 En el voto particular a la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 31 de enero de 2003, que expondremos con más detalle a continuación en el texto, se concluye que, de otro modo, es decir, si se cae en un excesivo reduccionismo que minimice el elemento de la culpa embebiéndolo en el nexo causal, como igualmente podría hacerse, dando un paso más, en el de la acción u omisión, se desvaloriza esta materia hasta despojarla de lo que para nuestro Derecho civil constituye la clave del juicio de responsabilidad, siendo esta la conclusión que se mantiene en este Voto Particular.

del autor de acuerdo con la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, que ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y de conformidad con la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, acorde con la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente y que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto.

No se trata, pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradicho por hechos considerados acreditados por prueba pericial, tal y como se concluye en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 8 de mayo de 2003.

Con tal punto de partida, en esta sentencia, el TS razona que una caída y una lesión (producida en un accidente de esquí) que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicadas, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado, que es una cojera irreversible, lo cual crea una deducción de negligencia (*res ipsa loquitur*), una apariencia de prueba de ésta (*Anscheinsbeweis*), una culpa virtual (*faute virtuelle*), de suerte que no se trata, pues, como se dice en el texto, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradicha por hechos considerados acreditados por prueba pericial, de manera que se produce un suceso y un daño, respecto de los cuales es claro que no consta causa del mismo imputable a la víctima, ni se menciona el caso fortuito o la fuerza mayor; sino que, en fin, la causa fue la actuación médica, de cuyo mal resultado se desprende la culpa y, por ende, la responsabilidad⁵⁷.

A partir de la declaración contenida en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 4 de febrero de 1996 se puede concluir que la responsabilidad ci-

57 De lo anteriormente expuesto en el texto, en esta sentencia de 8 de mayo de 2003 se deduce que se ha infringido el artículo 1101 del CC si se considera la responsabilidad contractual, como se mantiene en la demanda, o el artículo 1902 del mismo código, si se considera extracontractual, como hacen las sentencias de instancia, ya que la sentencia de la Audiencia Provincial objeto del recurso de casación ignora la culpabilidad que se desprende del resultado y no reconoce la responsabilidad del demandado, por todo lo cual el TS estima el recurso.

vil dimanante de un resultado desproporcionado en el ámbito de la medicina se va a producir siempre y cuando no pueda demostrarse, con la acreditación probatoria correspondiente y de manera suficiente o fehaciente, que el facultativo ha tenido una actuación acomodada a la *lex artis ad hoc*, en cuyo caso se produce una a modo de cuasi inversión de la carga de la prueba de suerte que si el facultativo prueba que obró con la diligencia debida, aunque se produzca un resultado desproporcionado y que, en otros supuestos similares o semejantes, no ha tenido lugar, el facultativo va a quedar exento de responsabilidad civil por esa causa, mientras que cuando no pueda demostrarse que el facultativo obró, en todo momento, con la diligencia debida y siguiendo los parámetros de la *lex artis ad hoc*, entonces va a recaer sobre él responsabilidad civil.

Por su parte, en relación con la falta de relación de causalidad y de información acerca de la utilización de la técnica practicada, se produce la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 30 de abril de 2007⁵⁸, en la cual, precisamente ante la alegación por la parte recurrente de la doctrina jurisprudencial sobre el “daño desproporcionado”, se puntualiza que la existencia de éste no determina por sí sólo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida⁵⁹.

Con todo, no han faltado también excepciones o discrepancias respecto de la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado y, así, en el voto particular a la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de

31 de enero de 2003, en cuanto a la doctrina jurisprudencial del “resultado desproporcionado” como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, se considera que es necesario precisarla en sus justos términos como una técnica correctora que exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquéllos cuando el daño sufrido no se corresponde con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada y de ahí que, con arreglo a esa misma doctrina, no pueda calificarse de “resultado desproporcionado” el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada, puesto que se añade que, en definitiva, la responsabilidad del cirujano en virtud del artículo 1902 del CC sólo puede fundarse en su culpa o negligencia⁶⁰.

Al respecto, en la sentencia número 1163/2007, de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 19 de octubre de 2007⁶¹, se desestima el recurso de casación por considerar que no son responsables los facultativos ni los centros médicos denunciados, del fallecimiento de un menor después de ser sometido a una operación de amigdalectomía con adenoidectomía, considerándose que en el caso examinado, la actuación de los profesionales que intervinieron al menor, se desarrolló conforme a la “*lex artis ad hoc*”, tanto durante el proceso preoperatorio y operatorio, propiamente dicho, como durante el periodo postoperatorio, según

58 En un caso de operación practicada al mes de nacimiento de cataratas congénitas bilaterales con la técnica quirúrgica de implante intraocular, produciéndose ceguera por infección, concluyendo el TS la falta de relación de causalidad de la infección con la técnica practicada, tras lo que hace las reflexiones que se citan en el texto a continuación sobre la doctrina del resultado desproporcionado, así como, según veremos después, sobre la falta de información acerca de la utilización de dicha técnica.

59 En concreto, se añade que el Juzgador “*a quo*” razona sobre las circunstancias del caso y sostiene, con base en la pericial médica, que no hay relación de causalidad entre el implante de lente intraocular en el año 1991 y la infección grave que se detecta en mayo de 1993 y que determina la pérdida de visión del ojo derecho, añadiendo, en relación con esta infección, que por “los distintos peritos se considera una complicación poco frecuente, excepcional y en todo caso inevitable, dada la evaluación de todas las acciones terapéuticas” y con esta base fáctica no resulta razonable entender que ha habido una actuación culpable por parte de los demandados, por lo que el TS concluye que la decisión absoluta de los juzgadores de instancia es conforme a Derecho.

60 A continuación en este voto particular a la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 31 de enero de 2003 se añade que por eso habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas (sentencias del TS de 26 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002), pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (sentencias del Supremo 20 de marzo de 2001 y 23 de marzo de 2001); y por eso, también, responderá civilmente el cirujano que, decidiendo intervenir a un enfermo terminal, no aplique una técnica adecuada o descuide la atención en el postoperatorio, adelantando con ello la muerte del paciente o aumentando su sufrimiento antes de morir (sentencia del TS de 11 de abril de 2002).

61 Se menciona específicamente de modo excepcional en este caso el número de la sentencia para evitar equívocos porque en el apartado siguiente citaremos otra de la misma fecha, y del mismo ponente, Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas, suscitándose en esta que ahora mencionamos, aparte de lo que se dice en el texto, también la pretendida responsabilidad de los Centros sanitarios que se alegó, en relación a lo cual declara la Sala de lo Civil del TS en esta sentencia que no ha quedado acreditado que hubiera defectos asistenciales, de coordinación, de organización o de dotación, porque, a su juicio, no hubo insuficiencia acreditada de medios vinculados al desarrollo de la operación y complicaciones previsibles.

el estado actual de la ciencia, tras lo que se concluye que, alegándose por los actores la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado en relación a la patología que presentaba el paciente, la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí sólo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida, explicación que quedó aclarada mediante la prueba valorada por la Sala de instancia⁶².

Por otro lado, en la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 28 de junio de 1997 nos encontramos ante un supuesto de “resultado desproporcionado” o inusual, pero de una gravedad mucho mayor al tratarse del ámbito de la cirugía que se ha denominado satisfactiva, que no pretende, en todo caso, la curación de una enfermedad o trastorno determinado, sino la mejoría en el aspecto físico del paciente, lo que se traduce, como consecuencia, en un mayor bienestar de tipo psicológico para éste.

En tales casos se considera que el fallecimiento del paciente es un resultado desproporcionado y de tal magnitud que, con razón, puede afirmarse que “*res ipsa loquitur*” (“la cosa habla por sí misma”), puesto que “...ha de reconocerse que el contrato que tiene por único objeto la realización de una operación de cirugía estética participa en gran medida de la naturaleza del arrendamiento de obra, como ya apuntó esta Sala en su vieja Sentencia de 21 de Marzo de 1.950 y ha vuelto a proclamarlo en la reciente de 25 de Abril de 1.994, habiendo declarado expresamente ésta última que en aquellos casos “en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético... el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación

62 De modo específico se concluye la inexistencia de culpa extracontractual ante la asistencia- medico quirúrgica derivada de la intervención quirúrgica en un caso de amigdalitis con resultado de fallecimiento por causa de la anestesia, considerándose, como se dice en el texto, que se trata de un daño no desproporcionado en relación con la patología sufrida y que las pruebas de alergia eran desaconsejadas por contraproducentes en la salud del menor, así como la suficiencia acreditada de medios vinculados al desarrollo de la operación y la existencia de complicaciones imprevisibles, tras lo que se argumenta, en relación a la alegada falta de información al paciente, que se trata de una cuestión nueva no introducida en el periodo expositivo del proceso cuya resolución en sentencia vulneraría los principios de bilateralidad y congruencia.

de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada.”

En fin, en la sentencia de la Sala Primera del TS de 5 de enero de 2007⁶³, al concluir la responsabilidad del Servicio Público de Salud acude a la teoría del “daño desproporcionado o culpa virtual» como criterio de imputación de responsabilidad en el ámbito del tratamiento médico-quirúrgico, según la cual, ante la realidad de un daño que excede notoriamente de los que comparativamente quepa estimar como consecuencia asumible de una intervención médica -sobre el que habría de darse previamente información para obtener el consentimiento el paciente, que aceptaría así el riesgo de su producción- ha de inducirse que existió insuficiencia de los medios empleados o mala praxis médica.

63 El actor, en accidente doméstico, sufrió una punción por alambre en el ojo izquierdo, siendo operado de urgencia ese mismo día de herida corneal perforante y catarata traumática, tras lo que tuvo que ser operado de nuevo, siendo la evolución de dichas operaciones favorable, con las lógicas consecuencias, pues había perdido el cristalino, informándole en el Hospital en el que se le habían realizado las intervenciones, que una vez se estabilizara podría efectuársele un trasplante de córnea e implantársele una lente, y por dicho centro se le remitió al Hospital correspondiente para que le fuera realizada la señalada operación, interviniéndole de queratoplastia penetrante más implantación de lente 10-2° de cámara posterior del ojo izquierdo, tras lo cual, dado que sufría fuertes neuralgias hubo de ser nuevamente intervenido con carácter de urgencia y se le efectuó una vitrectomía, se le extrajo la lente colocada, y posteriormente se descubrió una infección por «*stafilococcus aureus*» resistente adquirida en el quirófano a resultas de la primera intervención y como consecuencia de ello perdió totalmente la visión del ojo izquierdo, desestimando el Juzgado la demanda por responsabilidad civil dirigida contra el Servicio Público de Salud y los médicos, al considerar, tras rechazar las excepciones de incompetencia de jurisdicción, prescripción y falta de litis consorcio pasivo necesario, que, de acuerdo con el informe pericial, no existió negligencia o desatención alguna ni quiebra de los mandatos que la «*lex artis*» [reglas del oficio] impone a los facultativos, revocando la Audiencia la sentencia al condenar al Servicio Público y absolver a los médicos también demandados con base en la responsabilidad directa de las entidades gestoras o titulares de hospitales al amparo del artículo 1903.4 del CC por deficiencias imputables a la asistencia masificada que dispensan, así como en la aplicación a los servicios sanitarios del principio de responsabilidad objetiva recogido en la Ley de protección de los consumidores y usuarios, dado que los niveles presumidos por Ley de pureza, eficacia y seguridad del servicio deben impedir por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario y en que la actuación culposa que presupone el artículo 1903 CC se deduce del propio resultado producido, pues en todo caso, si la infección se consideraba como posible en el 1%, al que se hacía referencia en la prueba practicada, el paciente debió ser advertido de ello, tras lo cual el recurso fue desestimado por la Sala Civil del TS en esta sentencia.

A continuación añade que «se trata de aquellos casos en que la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por éstos no se pruebe haber actuado con diligencia y haber adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas», tal y como ha sido asumido en numerosas ocasiones por la propia Sala de lo Civil del TS⁶⁴.

Esta sentencia de 5 de enero de 2007 precisa con todo rigor que no se trata de establecer una responsabilidad objetiva porque quien soporta la reclamación puede acreditar la prestación por su parte de todas las medidas de seguridad exigibles y la adecuación de su actuación a las reglas de la «*lex artis*» suministrando una explicación sobre la razón por la que, pese a ello, se produjo el daño desproporcionado sin poder ser evitado, y se especifica que tampoco supone una absoluta inversión de la carga de la prueba, ya que quien reclama ha de probar el daño, su carácter desproporcionado y, lógicamente, la relación de causalidad física o material en relación con la intervención médica, de modo que la carga que se deriva hacia la parte frente a quien se reclama se refiere a una posible prueba sobre la interferencia en la relación causal de otros elementos o circunstancias imprevisibles o incontrolables que pudieran haberlo determinado⁶⁵.

64 En tal sentido se producen las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 23 de noviembre y 30 de diciembre de 2002, 30 de enero, 31 de enero y 8 de mayo de 2003, añadiéndose en la sentencia que se cita en el texto de 5 de enero de 2007 que «este concepto ha sido especialmente aplicado para apreciar la responsabilidad de los servicios médicos por la infección que contrae el paciente con motivo de una intervención quirúrgica, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del cirujano cuando se acredita la falta de omisión de medidas de prevención o diagnóstico a él imputable», situación que ha sido contemplada por las sentencias de 26 de mayo, 1 de julio y 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998, 20 noviembre de 2000, 9 de septiembre de 2003, 18 de marzo y 17 de noviembre de 2004 y 23 de junio de 2005.

65 La sentencia expresamente dice que «la exigencia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una de las partes, sino admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos (“*res ipsa loquitur*”, la cosa habla por sí misma) en tanto no son refutados (“*facta refutanda*” o hechos necesitados de refutación según la retórica clásica), de tal suerte que la ponderación de los resultados en su misma existencia, habida cuenta de las circunstancias de todo tipo concurrentes, lleva a la conclusión de que se han omitido los medios necesarios para evitarlos si no se demuestra lo contrario por quien está en condiciones de hacerlo».

IX. ACTUACIÓN NEGLIGENTE

En la sentencia del TS, de la Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2006 se considera que la actuación del médico fue negligente en tanto en cuanto las complicaciones derivadas de la intervención se presentaron inmediatamente una vez finalizada la operación y ante la previsibilidad de que las complicaciones surgidas en el postoperatorio inmediato trajeran causa de una operación que podría traer consigo un riesgo importante, no dio lugar a la actuación inmediata demorando el diagnóstico de lo sucedido hasta pasadas dos semanas de realizada la intervención⁶⁶.

Todo ello al margen de que, por otra parte, ha existido una vulneración del deber de información al paciente por parte del profesional médico de suerte que no importa el daño causado por dicho incumplimiento del mero deber de informar, que no se cuantifica⁶⁷, puesto que, basándose en lo que dice la Ley

66 En concreto, tras accidente laboral que requiere intervención quirúrgica, en el postoperatorio inmediato aparecen paresias de extremidades inferiores, dolor lumbar e incontinencia urinaria, realizándose una nueva intervención quirúrgica, apreciándose hematoma que comprime el saco dural, procediéndose a su limpieza quirúrgica, a cambiar y recortar un fragmento del injerto, instando el actor reclamación de indemnización por culpa o negligencia en que incurrió el médico demandado, al practicarle una segunda operación dirigida a liberar el hematoma y evitar las complicaciones que se produjeron en la intervención quirúrgica, a pesar de lo cual le quedaron secuelas importantes, y por la falta de información, señalándose que las complicaciones derivadas de la intervención se presentaron inmediatamente, una vez finalizada la operación, y de este hecho probado la sentencia obtiene la conclusión de que hubo un actuar negligente pues ante la previsibilidad de que las complicaciones surgidas en el postoperatorio inmediato trajeran causa de una operación que por sus concretas circunstancias, era originadora de un riesgo importante, no dio lugar a la actuación inmediata, demorando el diagnóstico de lo sucedido hasta pasadas dos semanas de realizada la intervención, es decir, se entiende que desde la aparición de la sintomatología, el diagnóstico y tratamiento debió ser lo más precoz posible para garantizar la recuperación sin secuelas del paciente desde la idea de que el retraso supone empeorar el pronóstico y las posibilidades de recuperación, y ello se vio dificultado por el hecho de haberse realizado una resonancia magnética catorce días después, lo cual así determinado no supone vulneración de los preceptos que se dicen infringidos en motivo, de suerte que la vulneración de la “*lex artis ad hoc*”, por el médico demandado, ha quedado plenamente acreditada a través de estos hechos, concurriendo todos los elementos exigidos para considerar adecuada la calificación jurídica que le imputa culpa por negligencia, sin, que, por ello, pueda hablarse tampoco de infracción del artículo 1.902 del CC.

67 En cualquier caso, la sentencia no entra a analizar si existe o no un daño provocado por dicho incumplimiento, como si no lo hubiera, pues ni lo identifica ni se cuantifica una indemnización que responda a la privación de aquel derecho y a las posibilidades que en otro caso tenía, habida cuenta que las consecuencias derivadas para el médico por la falta de información al paciente, no son necesariamente las mismas que las

30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, sólo se determina la cantidad que se indemniza por una mala actuación médica, y no por las consecuencias que esa mala información pudiese traer consigo⁶⁸.

En este supuesto concreto, el TS considera que hubo una negligencia médica en cuanto al tiempo que se dejó pasar entre una y otra intervención cuando las complicaciones ya eran evidentes en el postoperatorio de la primera, y también en cuando a la información que se debió de facilitar al paciente para que éste valorase sus posibilidades sabiendo todo lo pertinente, de modo que concluye que en la sentencia de instancia, que, por otros motivos, se casa parcialmente⁶⁹, se aplicaron adecuadamente, pues, los artí-

que resultan de una mala praxis ni, consecuentemente, con el daño corporal que se origina por la intervención médica negligente en una intervención aconsejable por razón de los efectos dolorosos que las lesiones producían al paciente, siendo en el caso el resultado de una mala pericia médica lo único que se indemniza a partir de la aplicación del Baremo recogido en la ley 30/1995, de 8 de noviembre, puesto que ninguna se asocia a la infracción del deber de informar, tras lo que se concluye que siendo el daño presupuesto fundamental para la indemnización, sin él la omisión del deber de informar al paciente sobre las consecuencias y riesgos que pudieran derivarse de la intervención, no pasa de ser una mera infracción de los deberes profesionales, sin otras consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil demandada.

68 En el caso enjuiciado en la sentencia a que nos referimos en el texto de 21 de diciembre de 2006, el médico sólo le entregó al paciente, mediante personal de la Clínica y no personalmente, un impreso modelo en el cual con la firma de éste se prestaba el consentimiento para la intervención, pero sin ninguna información a causa de los riesgos y posibles consecuencias de la misma, razonando el TS, como tendremos ocasión de exponer con detenimiento más adelante, que el paciente tiene derecho a optar por la solución que más le convenga conociendo todos los detalles y consecuencias de la misma, por lo que ha de estar debidamente informado y es su médico el mejor indicado para facilitarle esa información ya que conoce toda su evolución.

69 Con reiteración, se recuerda que la propia Sala de lo Civil viene admitiendo que la cuantía de la indemnización concedida no es revisable en casación, si bien este principio no resulta totalmente rígido, pues cabe la revisión casacional de las bases en las que se asienta la cantidad indemnizatoria, así como examinar supuestos de irrazonable desproporción de la cuantía fijada, especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesarias y adolecen de desajustes apreciables mediante la aplicación de una racionalidad media, lo cual comporta que, como veremos más adelante, cuando se toma como base orientativa para la fijación de los daños corporales el sistema de tasación legal derivado del uso y circulación de vehículos de motor, pueda examinarse la infracción de esta base en aquellos casos en los cuales se aprecie una inexplicable o notoria desproporción entre lo que resulta de aplicación del expresado sistema y la indemnización fijada por la sentencia, más sin confundir lo que es una simple cuestión de hecho, sometida a la consideración reservada del Tribunal de Instancia, como es la determinación de las lesiones y secuelas, con la aplicación de una norma meramente orientativa, tras lo cual se concluye que esta infracción no surge

culos 1902 y 1903 del CC relativos a la responsabilidad por incumplimiento de una obligación o por una actuación negligente, como ya digo al margen de la infracción del deber de información⁷⁰.

Por otra parte, en otra sentencia de la misma Sala de lo Civil del TS y de la misma fecha de la anteriormente mentada de 19 de octubre de 2007, en este caso la sentencia número 1155/2007⁷¹, se recuerdan los requisitos que informan la *lex artis* estimándose culpa extracontractual en un caso de infección hospitalaria contraída durante intervención quirúrgica de fractura en extremidad inferior, concluyéndose

del hecho de que se hayan computado más días de los reclamados, cuando no hay denuncia previa de incongruencia, o de que se indemnice un periodo más largo por días de baja sin estancia hospitalaria, cuando lo que realmente se indemniza es el día de curación sin las limitaciones establecidas por el baremo.

70 Se contradice la reiterada doctrina de la Sala de lo Civil que veremos después en el sentido de que el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo, 23 de julio de 2003 y 21 de diciembre 2005), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto. Es razón por la que en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información (SSTS 27 de abril 2001; 29 de mayo 2003). Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es, en definitiva, una información básica y personalizada, y no un simple trámite administrativo, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención (STS 15 de noviembre de 2006).

71 En ambas sentencias es ponente el Excmo Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, pero en este caso ante el recurso de casación número 3107/2000 y en la que tras el texto que se reproduce arriba se puntualiza la improcedencia en el caso del recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia debido a que la infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate exige no sólo la cita por sus fechas de las sentencias que contengan la doctrina legal que se entiende infringida, sino que requiere la exposición de cuál es esa doctrina legal y en qué sentido resulta desconocido por la sentencia recurrida.

la existencia de error y tardanza en su diagnóstico y tratamiento, todo ello con infracción de la *lex artis*.

Se confirma la sentencia que condenó a los recurrentes -doctor y centro médico-, por responsabilidad extracontractual como consecuencia de la infección que sufrió el demandante tras la intervención quirúrgica que se le practicó en dicho centro, sin que se hiciera todo lo posible para erradicar los factores o agentes que desencadenaron el proceso infeccioso, afirmando el Tribunal que los hechos que la Audiencia declara probados, son relevantes para apreciar la concurrencia de culpa extracontractual y exacción de responsabilidad que comporta, conforme al art. 1902 CC, a partir de un daño causalmente vinculado a una acción u omisión culposa, que toma como medida de diligencia lo que se conoce como " *lex artis ad hoc*", en cuanto conlleva no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino también la aplicación de las mismas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención⁷².

En todo caso, en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 4 de Febrero de 1996⁷³ en que se pre-

72 Por otro lado declara la Sala que pese a los controles de gérmenes o infecciones del área quirúrgica que los recurrentes dicen haberse practicado, es cierto que estaban en alguno de los elementos de la clínica, pues sólo así se explica la contracción del proceso infeccioso en el medio más frecuente, como es el hospitalario, concluyendo que no resulta lógico exigir al perjudicado que acredite, salvo la realidad del daño, circunstancias y causas que les son ajenas, y que están al alcance, en cambio, del Centro Médico.

73 Fundada la demanda en los artículos 1.902 y 1.903 del CC, el demandante decía no poder precisar el tipo de complicación surgida en el quirófano y determinante de lo sucedido "ante el total mutismo al respecto por parte de los facultativos intervinientes", si bien centraba en éstos la base de su reclamación imputándoles "ausencia de diligencia en el desempeño de su trabajo". La Sentencia de primera instancia absolvió a la cirujana demandada, por inexistencia de conducta negligente, pero condenó al anestesista, a la aseguradora y al Insalud razonando que "la obligación que se impone al Anestesista por mor de la teoría de la objetivación de la culpa, le hace acreedor de la probanza de su no culpabilidad", que "independientemente de que el anesthesiólogo ha de disponer de un manómetro de presión, deberá probar que la herniación se produjo muy lentamente, prueba que no se consigue", y, en fin, que "aunque se estime que sea mínima la negligencia, por las dificultades que se expresan para la detección de la hipoxia, aquella existe y, por tanto, ante el resultado dañoso ha de estimarse la concurrencia del nexo causal, que obliga a responder del resultado", ello tras haber declarado probado que el coma había tenido su origen en una hipoxia cerebral o falta de oxigenación debida a la impermeabilidad de la sonda empleada en la intervención, que la hipoxia había sido detectada por los médicos que practicaban la intervención quirúrgica al observar el oscurecimiento de la sangre y que la alarma de los elementos de monitorización, vigilada por el anestesista, no había llegado a saltar. Recurrída dicha

tendía la reparación del daño sufrido por el actor a consecuencia de una intervención quirúrgica destinada a corregir una desviación del tabique nasal en un caso en que el paciente salió del quirófano en estado de coma profundo⁷⁴ se dice "...que la obligación reparadora, no sólo de la aseguradora, sino también del Insalud, se hace depender por completo de la del

sentencia en apelación por el médico anestesista y el Insalud, y adheridos a la impugnación el demandante y la aseguradora codemandada, el tribunal de segunda instancia la revocó para, en su lugar, desestimar totalmente la demanda.

74 Es bien cierto que del coma despertó al día siguiente y, si bien fue dado de alta hospitalaria pronto, su recuperación, progresiva, pero lenta, se prolongó durante meses, incluyendo tratamiento por dos especialistas en neurología de la medicina privada, tiempo al cabo del cual el demandante decía padecer aún secuelas consistentes "en una disminución de capacidad de respuesta, desórdenes neurológicos episódicos con interferencias en la vida cotidiana y alteración en la utilización de la mano derecha." La sentencia de apelación comienza puntualizando que el juicio sobre la culpa o negligencia ha de centrarse únicamente en la actuación del médico anestesista, ya que el demandante se había quietado con la absolución de la cirujana codemandada. A continuación invoca la reiterada jurisprudencia de la Sala a cuyo tenor debe descartarse en este ámbito "toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba", rechazándose la fundamentación jurídica de la sentencia apelada por responder al principio de inversión de la carga de la prueba. Y en virtud "de un nuevo y definido examen de la prueba", llega a la conclusión de que no existió negligencia alguna en la actuación del anestesista porque éste "no pudo apercibirse, hasta que fue avisado por los cirujanos de que la sangre del paciente era más oscura, de la impermeabilidad de la sonda causada por la herniación del balón, ya que el paciente estaba monitorizado en los estándares normales (...), lo que dio lugar a que no saltaran las alarmas, así mismo que no se ha probado que esta obstrucción fuera muy importante ni que fuera brusca, lo que como manifiesta en la prueba pericial implica que pueda pasar desapercibida (...), también se ha de señalar que al tratarse de una operación de septoplastia por desviación del tabique nasal (...) el anestesista no puede estar colocado ni apercibirse de la cabeza del paciente, puesto que el punto del cuerpo donde deben de actuar los cirujanos es la cabeza, lo que lógicamente impide al anestesista una correcta visión de la cabeza, igualmente se ha de hacer notar que hasta el momento de la obturación la sonda funcionó correctamente durante 70 minutos, puesto que cuando los cirujanos se apercibieron de que la sangre era más oscura había transcurrido dicho período de tiempo (...), de lo que se deduce que al inicio de la operación la sonda funcionaba correctamente y que por lo tanto el anestesista no podía apercibirse del defecto de la sonda ya que surgió durante la misma, y de la misma manera se ha de señalar que en el momento que se apercibió por el aviso de los cirujanos de la existencia de sangre más oscura, procedió inmediatamente a levantar el campo quirúrgico y comprobar la permeabilidad de la sonda traqueal, soplando con la boca en el interior del tubo y al comprobar su absoluta impermeabilidad, rápidamente se sustituyó por otra sonda de un solo uso, volviéndose a conectar el respirador con lo que la sangre recuperó su color normal (...), siendo ésta la operación correcta ante una situación de hipoxia durante una operación quirúrgica (...), y por último se hace constar que la hipoxia debió de ser necesariamente muy breve y que el anestesista actuó rápidamente, ya que así consta y las secuelas fueron las mínimas que se podían haber producido como se constata a la vista de las consecuencias causadas por la hipoxia en el paciente y las que se podían haber producido .

médico anestesista demandado o, si se quiere, de la apreciación de culpa o negligencia en su actuación, ya que no se dirige al Insalud ningún reproche autónomo fundado en el mal estado o en defectos de funcionamiento del instrumental, sonda o aparatos de monitorización empleados durante la intervención quirúrgica, ni tampoco en la demanda ni en el recurso se cita como infringido el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁷⁵.

Al respecto de la posible infracción del artículo 1.902 del CC se declara el acierto de la sentencia impugnada al rechazar cualquier tendencia objetivadora, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, pues tal rechazo era una constante en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, bien es cierto que no sin ciertas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva.⁷⁶

X. FALTA DE INFORMACIÓN

Se ha condenado al médico, a veces, no por su impericia o negligencia profesional, sino por la falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico⁷⁷

75 Ello determina que, a diferencia de otras ocasiones en que se ha declarado la obligación de reparar el daño por el titular del centro hospitalario aun sin culpa del médico (así, STS 9 de junio de 1998, sobre un caso de coma irreversible por “shock” anafiláctico tras la administración de productos anestésicos), en este recurso la alegada infracción del artículo 1.902 del CC haya de abordarse única y exclusivamente en relación con la conducta del médico anestesista demandado, cuya obligación de reparar el daño causado comportaría la de la compañía aseguradora por razón del contrato de seguro y la del Insalud por razón de la dependencia de dicho médico respecto de este organismo, perspectiva limitada que fue también la adoptada por el tribunal de segunda instancia sin que el recurrente haya objetado nada a tal limitación en su escrito de interposición del recurso de casación.

76 Se añade que también acierta la sentencia recurrida al entender, aunque el recurrente lo niegue, que el juzgador del primer grado había fundado su fallo en una objetivación de la culpa del anestesista demandado invirtiendo en su contra la carga de la prueba, pues para comprobarlo basta con leer los razonamientos de la sentencia de primera instancia transcritos en el fundamento jurídico inicial de esta sentencia de casación.

77 En la sentencia de 17 de noviembre de 2005, de la Sala de lo Civil, del TS, se concluye la desestimación de la demanda por la que una paciente reclama una indemnización al médico que la intervino con fundamento en la falta de información sobre las posibles secuelas y riesgos en los que podía incurrir a resultas del acto quirúrgico a que fue sometida, en un caso en que se pretendía la responsabilidad civil médica, siendo que ni en primera instancia, ni en apelación, ni en el recurso de casación, la parte actora obtiene sentencia favorable, y el TS, aplicando

y así, en la Sentencia del TS, de la Sala de lo Civil, de 23 de abril de 1992 una menor tenía una enfermedad con probabilidades de mejorar o curar en virtud de varios tratamientos, siendo uno de ellos la operación que lleva al cabo el médico sin informar a sus padres de la existencia de otras posibilidades de actuación médica, tras lo cual queda parálitica, condenándose al médico a pagar una indemnización importante porque actuó negligentemente, al no informar a los padres de los riesgos de la operación y de la existencia de otras alternativas, todo lo cual aparece ahora ampliamente contemplado en la 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 clínica⁷⁸.

doctrina consolidada, manifiesta que la exigencia de la constancia escrita de la información médica tiene mero valor “*ad probationem*” y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso, de suerte que, por consiguiente, habiendo declarado la Sala de instancia que existió el consentimiento informado considera el Alto Tribunal que no cabe atribuir ausencia de información alguna al demandado.

78 El artículo 10 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, en relación a las condiciones de la información y consentimiento por escrito, señala que el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica sobre las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones, tras lo que añade que el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente, disponiéndose en el siguiente artículo, sobre las instrucciones previas, que por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo, de suerte que el otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas, siendo preciso que cada servicio de salud regule el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito, y sin que sean aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas, debiendo de quedar en la historia clínica del paciente constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones, tras lo que se concluye que las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito y que con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro na-

En similar sentido a la última decisión judicial mentada se ha producido la sentencia, de la Sala de lo Civil, del TS de 21 de diciembre de 2005 donde los padres de un niño nacido con Síndrome de Down formulan demandan de responsabilidad civil contra el Servicio Vasco de Salud, el hospital que atendió a la madre y la compañía aseguradora, en reclamación de una indemnización porque, durante la gestación, la madre se sometió, dada su edad (40 años), a una prueba de diagnóstico prenatal y se le comunicó por el servicio hospitalario que el feto era cromosómicamente normal y que no padecía Síndrome de Down, manifestando el TS que el consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y que como tal forma parte de toda actuación asistencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico.

Tras todo ese razonamiento considera el Alto Tribunal que, en el caso examinado, dado que no se informó o explicó a la paciente las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, se establece una relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del Centro Médico en el que se realizaron las pruebas y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico para, en función de esa información, poder tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto de vida, como es la opción de interrumpir el embarazo⁷⁹.

En el caso de daños producidos o relacionados con la anestesia, la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 28 de junio de 1.997, sobre un caso de fallecimiento postoperatorio por reacción anafiláctica,

cional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

79 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 se refiere al consentimiento informado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud, destacando en el apartado 2 del artículo 2 que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes y usuarios”, lo cual aparece condicionado a que el paciente haya recibido una información adecuada, añadiéndose en el apartado 6 del citado artículo que “todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”.

confirma la condena únicamente del cirujano por no haber informado al intensivista del historial alérgico del paciente.

También en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 28 de diciembre de 1998 se trató del deber de información, una vez rechazados los motivos en los que el recurso se fundamentaba, al no quedar demostrado que los problemas de impotencia e incontinencia urinaria que el paciente padecía fueran debidos, efectivamente, a una actuación quirúrgica negligente, alegándose que este deber de información había sido infringido, sobre todo en el punto relativo a los riesgos de la intervención, en especial la *impotencia coeundi* y la incontinencia urinaria.

En efecto, aún existiendo falta de información al paciente, en cualquier caso resulta absolutamente necesaria la prueba del nexo causal del daño vinculado a la omisión o intervención médica para la procedencia de la reclamación como concluye la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 14 de mayo de 2008⁸⁰, en que ninguno de los informes que han sido objeto de una razonable valoración sitúa el origen del daño en una mala praxis médica, sino en una previa enfermedad sufrida por la actora, habiendo reiterado la Sala Primera que la carga de probar la base fáctica del nexo causal corresponde a la parte demandante, que es quién debe soportar las consecuencias desfavorables de su falta de acreditación, como ocurre en este caso, en que, a mayor abundamiento, se concluye que, aún admitiendo falta de información al paciente, no existe en este caso daño alguno vinculado a su omisión o a la propia intervención médica⁸¹.

80 El pleito del que trae causa el recurso versó sobre la responsabilidad civil ligada a un acto médico, del que derivaron para el paciente daños consistentes en parálisis intestinal y falta de sensibilidad de las caderas hacia abajo, necesitando muletas para caminar, con pérdida de control de sus necesidades fisiológicas más elementales, revocando la Audiencia la sentencia parcialmente estimatoria del juzgado, y rechazando la demanda en su totalidad y en la que el único motivo casacional cuestiona la valoración probatoria, defendiendo acreditada la relación de causalidad entre el daño y la intervención quirúrgica en su día practicada a la actora, lo que se entiende que se hace supuesto de la cuestión, pues se pretende sólo sustituir la valoración de la prueba que ha realizado la Audiencia Provincial, en uso de la facultad que al efecto le corresponde, por la propia de quien recurre..

81 En concreto, la cita en el motivo del entonces vigente artículo 10 de la Ley 14/1986, General de Sanidad sugiere que no se le informó de los riesgos que conllevaba la intervención, razonando el Supremo que la sentencia recurrida no da respuesta a la ausencia de información en el proceso del que resultaron las secuelas sufridas por la actora, bien es cierto que su carácter de absolutoria permite extender la desestimación de la demanda a todos sus pedimentos, incluido el de la falta de información, que no conlleva en el caso una pretensión económica autónoma, sino asociada a la negligencia médica. Ahora bien, aun reconociendo que la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex*

En la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 30 de abril de 2007, frente a la alegación de la falta de información del riesgo de la operación, el TS centra el problema en este caso en que no hay constancia escrita de que se haya informado a los padres del menor de la concreta técnica quirúrgica que se iba a utilizar, por lo que no hay consentimiento autorizado específico para ello, de suerte que existe la autorización escrita, para la intervención quirúrgica, y hubo información verbal, pero no consta si ésta se extendió al particular expresado y ello plantea el problema si se dio el debido cumplimiento al deber de informar *ex art.* 10.5 de la Ley de Sanidad 14/86, de 25 de abril (de aplicación por razones de derecho intertemporal)⁸².

Ponderadas las diversas circunstancias concurrentes en el caso, en esta sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 30 de abril de 2007 se concluye que debe estimarse que la omisión expresada no supone incumplimiento del deber de información del artículo 10.5 (y tampoco del 10.6, por cierto no aludido en el motivo) de la Ley de Sanidad, que ahora, tras su derogación, tiene su regulación más detallada 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 clínica⁸³, señalando que al efecto debe tenerse

artis ad hoc, basta para desestimar esta alegación el hecho de que no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica puesto que las secuelas aparecen asociadas al proceso degenerativo de la enfermedad padecida por la actora y no es posible en esta alzada, sobre la base de hechos distintos de los que resultan probados, calificar de negligente el actuar del demandado pues sería tanto como pretender la revisión de la actividad probatoria, que compete exclusivamente al tribunal de instancia.

82 De manera específica, al respecto de dicha falta de información, se argumenta que no consta autorización específica ni acreditación de haberse informado a los actores sobre la técnica quirúrgica a la que iba a ser sometido su hijo, y que debió informarse de ella porque en el implante de lente intraocular hay evidentemente riesgo, añadiendo que no se puede manifestar que no existía alto riesgo cuando el niño ha quedado ciego por la cadena consecencial que trae causa del implante de la lente intraocular.

83 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 se declara, en su artículo 8, que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4 de dicha Ley haya valorado las opciones propias del caso, especificándose que el consentimiento será verbal por regla general, tras lo que se añade que, sin embargo, se prestará por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, señalándose a continuación en el apartado

en cuenta la absoluta necesidad de la intervención y que la técnica de implante de lente intraocular era ya técnica habitual, con claras ventajas y beneficios para el paciente respecto de alternativas operatorias anteriores, las que incluso son calificadas en uno de los informes periciales como obsoletas respecto de la efectuada⁸⁴.

En el caso resuelto por la sentencia, de la Sala de lo Civil, del TS de 28 de noviembre de 2007, la cuestión litigiosa se centra principalmente en la determinación de si el documento firmado por la actora -antes de la intervención quirúrgica consistente en la ligadura de trompas que le fue practicada durante su segundo parto con cesárea, quién quedó posteriormente embarazada, y también por este procedimiento, dio a luz un niño con una afección diagnosticada de cardiopatía congénita- cumplía o no las exigencias necesarias para considerarlo como suficiente en el ámbito del consentimiento informado, lo que se confirma, al igual que en las dos instancias anteriores⁸⁵,

3 de dicho precepto que el consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos, concluyendo dicho precepto con el apartado 4, en que se dice que todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud, así como el último en que se reconoce que el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

84 A ello debe añadirse, por un lado, que, según sienta la sentencia recurrida con sustento en la pericial médica, y ello ha devenido incólume y vinculante para el TS, no hay relación de causalidad entre la implantación de lente intraocular y la infección determinante de la pérdida de la visión, y, por otro lado, que el juicio médico acogido por el juzgador "*a quo*" conceptúa la complicación de "causal", "poco frecuente", "excepcional" e "inevitable", cuya calificación excluye la apreciación, no ya del "alto riesgo" a que se refiere el motivo, sino, incluso, del "riesgo real y efectivo" respecto del que resulta exigible informar.

85 El Juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de no efectuar condena en las costas causadas en primera instancia, concluyendo el Supremo que no ha lugar al recurso en que se aduce transgresión del artículo 10, párrafos 2, 5 y 6 de la Ley 14/86, General de Sanidad, en relación con el contenido del Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España de 1978, así como con la Carta de Derechos y Deberes del Paciente aprobada por el Ministerio de Sanidad y vulneración de lo dispuesto en el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, aprobado por el Consejo de Europa en 1997 y ratificado por España (Convenio de Oviedo) en 1999, por cuanto que, según denuncia, la sentencia de instancia ha considerado que la información suministrada a la paciente fue lo suficientemente explícita y completa como para prestar su consentimiento, y, por tanto, válido a los efectos prevenidos en la legislación de aplicación para consentir plenamente, no obstante no ha quedado fehacientemente constatado

puesto que en el caso de autos, amén del documento transcrito, la sentencia recurrida considera probado que la información verbal complementaria le ha sido facilitada a la paciente⁸⁶.

Sobre ello, el TS declara que en cuanto a la carga de la prueba del cumplimiento de este deber de información ha de recaer sobre el profesional de la medicina por ser quien se halla en una situación más favorable para conseguir su prueba y que la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia⁸⁷.

Al respecto, en la sentencia de la Sala de lo Civil de 8 de noviembre de 2007, en un caso de lesión por láser argón, se rechaza el primer motivo del recurso promovido por el médico en que se pretende aplicación indebida del artículo 1902 del CC y vulneración de los artículos 14, 18, 24.1 y 2 de la Constitución, que veda la exigencia de la prueba diabólica o impo-

en qué medio de prueba pudieran sustentarse tales afirmaciones- se desestima porque la sentencia de apelación, tras analizar e interpretar el documento de consentimiento cuestionado ha manifestado que ha cumplido en su momento las exigencias mínimas que le correspondían, pese a su escueta redacción, por lo que la interesada fue sabedora de las consecuencias de la intervención, y el hecho de que, pasados casi tres años, se produjera una concepción no deseada, estaba dentro de lo previsible, aunque fuese poco probable.

86 Se destaca que la Sala de lo Civil ha declarado reiteradamente que la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen; el consentimiento prestado mediante documentos impresos constituye una exigencia impuesta por el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad de 1.986, si bien se permite su práctica en forma verbal.

87 En el presente caso, la impotencia *coeundi* y la incontinencia urinaria no pueden ser considerados como riesgos típicos a los que debiera extenderse el deber de información del cirujano de acuerdo con los informes periciales obrantes en autos y así se manifiesta respecto a la impotencia “que todo puede ser posible si bien en los anuarios no existe ningún caso”, en tanto que el informe de la Cátedra de Medicina Legal de la Universidad Autónoma de Barcelona se pronuncia en el sentido de que “constituyen clínicamente incidencias inevitables que estadísticamente está comprobado se presentan entre 1-3% de las prostatectomías”; en consecuencia, no puede afirmarse que el médico demandado haya incumplido su obligación de informar al demandante de los riesgos normalmente previsible de la operación a la que se iba a someter.”

sible de un hecho negativo, en la medida en que se pretende el correcto tratamiento sanitario y la conducta diligente e irreprochable del recurrente y su adecuación a la *lex artis* exigible, alegando que el resultado final se produjo por circunstancias indeterminadas e imprevistas, aceptando el Supremo la argumentación de la sentencia de instancia que rechaza este motivo del recurso puesto que ni siquiera aporta el historial clínico del paciente, siendo que no se descarta en el informe médico la posibilidad de lesión por el tratamiento empleado al no realizarse de forma correcta de suerte que se acredita que la actuación médica era susceptible de generar el daño producido por indebida aplicación del tratamiento.

Con tal punto de partida, y con base en jurisprudencia del TS y del Constitucional, se asume también la argumentación de la sentencia de instancia, en cuya virtud al propio médico demandado, al contar con una mayor disposición probatoria, le corresponde acreditar la ausencia total de responsabilidad en su actuación médica, produciéndose, de tal modo, un desplazamiento de la carga probatoria.

Tal conclusión encuentra un mayor fundamento, si cabe, en el hecho de que no consta el consentimiento informado del paciente acerca de los riesgos posibles de la intervención de manera que éstos no fueron debidamente asumidos y aceptados y esta omisión culposa es otro elemento de apoyo para fundamentar que el médico asume por sí sólo los riesgos de la intervención en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar dicho consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible al haberse prescindido de la exigencia legal acerca de la forma escrita del consentimiento para la realización de cualquier intervención, salvo en supuestos de urgencia, incapacidad del enfermo, o riesgo para la salud pública.

Sobre la prueba del consentimiento, la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 23 de noviembre de 2007 es muy contundente al respecto cuando señala que la jurisprudencia es unánime en considerar que es al médico a quien corresponde la carga de la prueba de haber obtenido el consentimiento informado previo del paciente y ello basándose no sólo en las disposiciones legales, sino también en el criterio de la primacía y así se declara en las sentencias de 25 de abril de 1994, 31 de julio de 1996, 16 de octubre, 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999, 26 de septiembre de 2000, 12 de enero y 27 de abril de 2001, 29 de mayo y 8 de septiembre de 2003, 7 de abril y 29 de octubre de 2004, 29 de sep-

tiembre de 2005, 15 de mayo y 26 de junio de 2006, 6, 19 y 29 de junio y 19 de julio de 2007.

En tal dirección se produce la citada sentencia de 29 de julio de 2008⁸⁸, donde, por las pruebas, que no pueden ser examinadas de nuevo por el Supremo, como tantas veces se dice⁸⁹, se concluye el consentimiento informado suficiente pues no se advierte, en suma, que procediera la información al paciente de un tratamiento alternativo respecto al que el cirujano se vio obligado a decidir en el momento mismo de la intervención y que, por otra parte, no era el indicado, pues el requisito de la completitud de la información exigido por el artículo 10.5 LGS no comporta que ésta deba ser exhaustiva, sino adecuada en términos razonables conforme a las circunstancias⁹⁰.

88 Se exige que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, pues se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales (SSTS 25 de abril de 1994, 16 de octubre de 1998, 10 de noviembre de 1998, 8 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999, 7 de marzo de 2000, 12 de enero de 2001 y 26 de junio de 2006), concluyéndose que ha existido información suficiente para obtener el consentimiento del paciente para la aplicación de un tratamiento médico a que aluden las sentencias de 20 de septiembre de 2005, 17 de abril y 28 de noviembre de 2007, al considerarse inamovible la conclusión probatoria de la sentencia recurrida, según la cual se ha probado que se informó al paciente de la posibilidad de sufrir eyaculación retrógrada, y que dicha información le había sido suministrada de manera circunstanciada con anterioridad a la intervención, aunque no por escrito, y que el paciente dio su consentimiento.

89 La conclusión del consentimiento informado en el caso aparece fundada en un detallado análisis y valoración de las declaraciones del cirujano, del ayudante y del anestesista y de las informaciones suministradas por el paciente psiquiatra que lo atendió, las cuales aparecen examinadas con razonable detenimiento y en contraste con los demás elementos probatorios, concluyéndose que nada permite sustentar la opinión del recurrente en el sentido de que no se practicó la información con el alcance que resulta preceptivo según la ley y la jurisprudencia, pues esta alegación no aparece fundada en elemento alguno concreto de la prueba que de manera suficientemente manifiesta pueda demostrar lo contrario, de modo que, en suma, la parte parece reclamar implícitamente de la Sala de lo Civil del Supremo un nuevo examen de la prueba en su conjunto, llamando la atención sobre unos u otros extremos (verbigracia, de la prueba de confesión) que, a su juicio, contradicen la valoración efectuada por la Sala de apelación, pero, como tantas veces ha advertido el Supremo, esta operación no podría ser llevada a cabo sin exceder de manera notoria las facultades de casación que les confiere la ley.

90 Se afirma que no se informó de las alternativas del tratamiento, haciendo referencia a la posibilidad de la práctica de la dilatación de la vejiga en lugar de la intervención practicada, a lo que el Supremo responde que, sin embargo, la sentencia recurrida afirma que la técnica seguida (trigonocervicotomía), según se desprende de los informes periciales, fue precisa para alcanzar un tratamiento endoscópico lo más perfecto posible de la tumoración vesical; fue necesario decidirlo durante la intervención al advertir la estenosis del cuello de la vejiga; era la técnica de referencia; y la alternativa propuesta por el actor de

El consentimiento informado, por su propia naturaleza, continúa precisando el Supremo en esta interesante sentencia de 29 de julio de 2008, integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, por lo que la exigencia de forma escrita por parte de la entonces vigente en este apartado LGS tiene la finalidad de garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente⁹¹, de suerte que la falta de forma escrita no determina por sí, en consecuencia, la invalidez del consentimiento en la información no realizada por escrito, que tiene mero valor *ad probationem*⁹², tal y como se concluye en la STS de 18 de marzo de 2009⁹³.

dilatación prostática era una técnica con muy escasos buenos resultados

91 En consonancia con este principio, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil viene declarando que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor *ad probationem* [a los efectos de la prueba] (SSTS 2 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998, 10 noviembre 1998; 2 de noviembre de 2000; 2 de julio de 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de noviembre 2000, 10 de febrero de 2004, 10 de febrero de 2004 y 29 de septiembre de 2005), siempre que quede constancia en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte (STS de 29 de mayo de 2003), como exige hoy la LAP.

92 Todo ello en la forma que previene el art. 10.5 y.6 LGS, vigente en el momento de los hechos, siendo dicha jurisprudencia acorde con la seguida por la Sala Tercera del TS en las sentencias de 4 de abril de 2000 y 3 de octubre de 2000, y con la seguida por la Corte de Casación de Francia, Cámara Civil, de 4 de abril de 1995, puntualizándose que en el caso examinado no se advierte que las circunstancias concurrentes permitan conceder relevancia alguna al hecho de que el consentimiento no se recabase por escrito, especialmente teniendo en cuenta, entre aquellas, el carácter de miembro del personal del hospital por parte del paciente sujeto a la intervención, y el carácter necesario desde el punto de vista de la salud de éste de la intervención llevada a cabo.

93 Vid. Comentario de BELLO JANEIRO, Domingo, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, número 83, mayo/agosto 2010 páginas 1147 y ss., de dicha sentencia, en que se trata de responsabilidad del centro médico y de los facultativos por ausencia de consentimiento informado, en un caso de falta de consentimiento escrito, pero con prueba del consentimiento por otros medios, analizándose con detalle la carga de la prueba de la información médica, declarando el TS que la información es una, más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma, que en la asistencial, y por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente, por lo que si este da adecuada satisfacción al mismo no cabe pretenderlo también del centro hospitalario, sin perjuicio de que si el informe radica en la actuación de la entidad sanitaria sea esta la que se haga responsable de las informaciones de cuantos estén llamados a intervenir con arreglo a criterios uniformes, generalmente aceptados y conformes con el dictado legal, tras lo cual se añade que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene mero valor "*ad probationem*", garantizar la constancia del con-

En similar sentido se produce la sentencia de 17 de noviembre de 2008 en que, con cita de la de 19 de junio de 2007, ante la alegación de falta de información de la posibilidad de pruebas sobre malformaciones del feto, no detectadas durante el embarazo⁹⁴, se concluye que hubo información así como correcta vigilancia del embarazo descartándose una situación de riesgo que obligara a adoptar medidas preventivas⁹⁵,

sentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco dentro de la normal relación existente con el médico, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos que la misma conlleva, debiendo al menos quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte, como exige la Ley de 24 de noviembre de 2002, lo que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que prevenía la Ley General de Sanidad para cualquier intervención, y que exige como corolario lógico invertir la carga de la prueba para que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios.

94 Se invoca infracción del artículo 10 de la Ley General de Sanidad, vigente entonces, al haberse vulnerado el derecho a la información, en un caso de una gestante a la cual no se le informó sobre la posibilidad de que se le practicaran las pruebas sobre la existencia de malformaciones del feto, en virtud de lo cual reclama indemnización por responsabilidad médica, ya que nació un niño con malformaciones, que no fueron detectadas durante el embarazo, precisando el recurrente que lo que se cuestiona no es tanto la falta de prestación médica como la ausencia de información previa.

95 Se dice que la sentencia que se recurre en casación, una vez analizadas las pruebas practicadas, llega a la conclusión de que la atención dispensada a la gestante por el codemandado en relación con las ecografías y los informes emitidos por el mismo fue correcta, y que se trató de un embarazo normalizado pese a la existencia de anticuerpos positivos de cardiolipina que precisaron de un tratamiento consistente en la administración a la gestante de comprimidos con la finalidad de evitar un retraso en el crecimiento del feto, que nada tiene que ver con las malformaciones que presentó al nacer, descartando que fueran necesarias pruebas invasivas como la amniocentesis, pues el seguimiento del embarazo fue el habitual, correcto y ajustado a la *lex artis* y el “*screening*” practicado a la gestante dio resultado negativo, siendo normal el perímetro craneal del menor al nacer (36 cm), así como la imagen de 20 mm del cerebelo, no constando signos sospechosos de las malformaciones que posteriormente se presentaron como es el signo “de la banana o del limón”, constando también íntegra la columna vertebral del feto, y figurando en el historial clínico que a la gestante se le practicaron muchas más ecografías que las tres únicas prescritas en los correspondientes protocolos, además de las pruebas complementarias como el ya citado “*screening*” que resultaron normales, concluyendo con que no se ha privado del derecho de información a los consortes para la práctica de nuevas pruebas, y en último término su elección de interrumpir o no el embarazo, todo lo cual conduce a rechazar el motivo por cuanto hubo información y vigilancia del embarazo desde las primeras semanas de gestación descartándose una situación de riesgo que obligara a prevenir las consecuencias no deseadas para la madre y el recién nacido.

añadiendo, con cita de la sentencia de 19 de junio de 2007 que, en cualquier caso, el deber de información sobre esa posibilidad de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto estuviera afectado por malformaciones, con el fin de permitir a la gestante hacer efectivo su derecho a abortar por causas eugénicas dentro de las veintidós semanas de embarazo, “únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* (reglas del oficio) la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias”.

Con amplia información jurisprudencial se produce la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 23 de octubre de 2008, donde, tras recordar que la finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses, y por ello ha de ser objetiva, veraz y completa, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que pueden sobrevivir de la intervención médica que se autoriza, y que la información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva, revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria⁹⁶, se concluye que la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil⁹⁷.

96 Se especifica de nuevo que en la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria, mientras que en la medicina satisfactiva comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria -prescindible- o de una necesidad relativa. *Vid.* comentario de BELLO JANEIRO, Domingo, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 80, mayo/agosto 2009, páginas 779 y ss.

97 En el caso en que fallece la mujer a la que se había practicado fecundación *in vitro* a consecuencia de una eclampsia asociada a un síndrome de Hellp, se concluye que ningún daño se ha producido en el ámbito de la medicina satisfactiva, pues no puede considerarse tal que se haya anticipado un parto por cesárea de los fetos, por lo que resulta irrelevante si la fórmula

Para concluir este apartado cumple mencionar las dos siguientes SSTs de mayo de 2011, la primera del día 13, donde se concluye la existencia de responsabilidad apreciando daño moral grave por falta de consentimiento⁹⁸, y la segunda citada sentencia del día 31 en que se considera procedente la responsabilidad en un caso en que, naciendo la niña sin el brazo derecho, se aprecia diagnóstico erróneo consistente en no haber detectado la anomalía que presentaba el feto, que no se justifica por el carácter falible de las pruebas de imagen por ecografía con la consiguiente privación del derecho a abortar que se materializa en la información errónea proporcionada después de las 20 semanas de embarazo, impidiéndola decidir en torno a su interrupción, por lo que se concluye la correspondiente indemnización, siendo el colofón a la evolución jurisprudencial en la materia la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011 en que la ausencia de consentimiento informado se considera como una lesión a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución⁹⁹.

utilizada para el consentimiento informado es o no suficiente puesto que en la sentencia recurrida se declara probado que la técnica reproductiva de la fecundación “*in vitro*” no se constituye, por sí misma, y en término epidemiológicos, como factor de riesgo alguno en relación a la eclamsia en el embarazo, no existiendo por tanto relación de causa a efecto que impidieran integrar dichos procesos patológicos en la categoría de los riesgos previsibles asociados al tratamiento, tras lo que se añade que en el embarazo, que se inserta en la medicina curativa, la causa del daño no entra, dadas las circunstancias fácticas en la sentencia recurrida, entre los riesgos sujetos a la exigencia de una información previa, por lo que se estima correcta la apreciación de la sentencia impugnada en cuanto señala que “quedan fuera del derecho a la información los riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, como en su caso podía venir representado por la preclamsia y el síndrome de Hellp en el marco de las deficiencias de caracterización sintomatológica que se advirieron en el caso que no ocupa, y en función del carácter súbito y brusco de su manifestación en estadio de especial gravedad”.

98 Se trataba en el caso de la programación de intervención quirúrgica de menisco izquierdo mediante artroscopia, tras lo que se procedió al cambio de cirugía en quirófano al no estar afectado el menisco, sin el consentimiento previo de la paciente que lo había dado para intervención distinta a la que se le practicó, puesto que la patología fue detectada en el momento de la operación y no en la fase previa de diagnóstico de la que no derivaba ningún riesgo inmediato y grave para su integridad física o psíquica que pudiera justificarla, concluyendo el TS que la intervención sin previa información es un elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica, apreciando, entre los daños y perjuicios, la existencia de daño moral grave con lesión del derecho de autonomía de la paciente al ser privada de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud con la consecuencia añadida de falta de mejora de sus dolencias en rodilla.

99 El caso que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, comenzó con un cateterismo cardíaco que provocó pérdida funcional de la mano derecha realizándose la intervención con ausencia de consentimiento informado de los riesgos ante lo cual se otorgó el amparo por vulneración de los derechos de integridad física y tutela judicial

XI. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN

Sobre la responsabilidad por riesgo se manifiesta la sentencia, de la Sala de lo Civil, del TS, de 19 de julio de 2007, donde se considera que la no repetición de las pruebas ante la favorable evolución del paciente es una práctica médica negligente y una evidente vulneración de la ‘*lex artis*’ y se añade, además, la consideración del riesgo que supone el tratamiento a base de retroviral al que el paciente fue sometido innecesariamente, produciéndose ampliamente también, lo que suele suceder en casos de omisión, sobre los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación 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 clínica¹⁰⁰.

efectiva, con fundamento en que el derecho del art. 15 de la Constitución española protege, según reiterada doctrina (SSTC 220/2005, 12 de septiembre y 160/2007 de 2 de julio), la inviolabilidad de la persona contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu y contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular por lo que para apreciar la vulneración del art. 15 no es preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, afirmándose que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal, de suerte que la asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que tenga una justificación constitucional (SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio).

100 En concreto, el artículo 9 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, señala que la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención, tras lo que se especifica que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, sólo cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, aclarándose que, en todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas, así como también lo podrán hacer cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él, tras todo lo cual se pronuncia por la posibilidad de otorgar el consentimiento por representación en los siguientes supuestos cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, así como cuando el paciente esté

En la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 29 de noviembre de 2002¹⁰¹, se concluye incumplimiento y culpa del facultativo procediendo a estimar la reclamación realizada por extirpación de tumor puesto que se considera probado que, tras una serie de molestias, fiebre y estado anormal, el mismo médico practicó una nueva intervención y extirpó un trozo de gasa que había quedado allí, encarcerado en la primera operación, tras lo cual el paciente presentó unas secuelas irreversibles, que dieron lugar a la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, reconociéndose que en la prestación del servicio por el médico se produjo una omisión (dejar la gasa en la zona operada) “de cuya culpabilidad no cabe duda”.

En este caso, el Alto Tribunal aplica la teoría

incapacitado legalmente o cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, en cuyo caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos y si se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación, aunque se excepciona, sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, en cuya hipótesis los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente, incluyéndose también la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, que se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación, para finalizar concluyendo que la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, de suerte que el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

101 El caso concreto se divide en tres fases, siendo la primera, la inicial intervención quirúrgica, en la que se produjo la omisión “de cuya culpabilidad no cabe duda”, al dejar una gasa dentro de la herida, que implica un inicial incumplimiento de la obligación de prestar correctamente el servicio médico, mientras que la segunda fue la intervención provocada por la anterior omisión; siendo por sí misma innecesaria, tuvo que llevarse a cabo por la mala prestación y la tercera fase es el conjunto de secuelas que desembocan en la declaración de la incapacidad absoluta permanente, razonándose que no se ha acreditado, ni justificado, ni prácticamente alegado, que estas secuelas y, en definitiva, esta incapacidad tuviera una causa ajena a la actuación médica considerada, reiterándose la doctrina que inició la sentencia de 2 de diciembre de 1996, en cuya virtud se reafirma que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, ya que muchas veces sus elementos probatorios están en posesión de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión, añadiéndose que el resultado que se ha producido, ni se había advertido al paciente, demandante (lo que ni se ha alegado siquiera), ni lo había consentido, ni lo había previsto.

del daño desproporcionado y de la responsabilidad objetiva del entonces vigente artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, siendo que ahora dicha Ley ha sido, en primer lugar, modificada, pero no en dicho precepto, por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, para ser definitivamente derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹⁰², que reproduce, en similares términos, el mismo contenido del precepto aplicado en este caso que ahora pasa a ser el número 148, ya digo con similar dicción y, desde luego, con la misma consideración de responsabilidad objetiva, si bien actualizando su redacción a las prescripciones comunitarias, como se corresponde con la intención y finalidad del nuevo texto en general¹⁰³.

En relación a los daños derivados de la anestesia

102 El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias publicado en BOE de viernes 30 de noviembre 2007, procede a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios. Incorpora al texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la regulación dictada en materia de protección a los consumidores y usuarios en la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre contratos a distancia; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados.

103 Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria en relación con las «personas jurídicas, puesto que “el consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporar los, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros; incorpora asimismo las definiciones de empresario, productor, producto y proveedor, al objeto de unificar la terminología. El concepto de proveedor es el de cualquier empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, distinguiéndose del vendedor, que, aunque no se define, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial” y en la regulación del Sistema Arbitral del Consumo se incorporan las modificaciones introducidas por la Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios en el mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos.

o relacionados con ella, la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 13 de octubre de 1995 examina un caso de complicación durante la intervención, con falta de oxigenación cerebral durante tres o cuatro minutos, que se consideró adecuadamente resuelta por el anestesista pese a las gravísimas secuelas que le quedaron al paciente, absolviéndose tanto a aquél, por no haberse acreditado su culpa o negligencia en dicha omisión de actuación ni poder invertirse en su contra la carga de la prueba, como a la Administración Pública de la que dependía el centro hospitalario, por no haberse probado escasez de medios alguna.

Tampoco se aprecia en el anestesista demandado en la sentencia de la Sala de lo Civil del Supremo de 4 de febrero de 1996 la culpa o negligencia exigida por el artículo 1902 del CC, en un caso en que tanto los cirujanos como el propio anestesista se ajustaron al patrón de conducta que jurídicamente les era exigible en el ejercicio de su profesión, añadiéndose por parte del Supremo, frente a la alegada omisión, que siempre cabe imaginar hipótesis de una posible detección del problema aún más temprana, como en general sucede con cualquier otra situación de riesgo, pero añadir a las precauciones normalizadas en un determinado ámbito otras más que sólo en pura hipótesis habrían podido evitar cualquier tipo de daño equivale en la práctica a desvirtuar el recto sentido del artículo 1902 del CC para, en definitiva, acabar transformándolo en un régimen de responsabilidad objetiva carente de los complementos que por regla general acompañan a las opciones legislativas por este tipo de régimen para determinados ámbitos, como puedan ser la concreción de supuestos, el límite de cuantías o el seguro obligatorio, por lo que se concluyó declarando no haber lugar al recurso en ninguno de sus motivos, puesto que la responsabilidad civil médica no debe seguir los parámetros de la responsabilidad objetiva, lo que, desde luego, comparto.

Por último, en la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 24 de octubre de 2008¹⁰⁴ en un caso de nacimiento de un hijo con espina bífida, se aprecia la existencia de responsabilidad del médico ya que considera concurre negligencia en su actuar, con nexo de causalidad entre este comportamiento y el nacimiento del niño con graves patologías, por cuanto las omisiones fueron determinantes del daño por lo que

104 Por otro lado, en esta sentencia se denuncia infracción del artículo 1108 CC al considerar erróneamente determinada la indemnización, lo que se desestima porque esta norma nada tiene que ver con la indemnización sino con el abono de los intereses de demora, en un caso en que se acuerda el pago de intereses desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

el hecho de no haber propiciado la práctica ecografía morfológica, que facilita el estudio de la anatomía del feto, comprobar que el feto se desarrolla normalmente, en el periodo correspondiente, como medio de diagnóstico contemplado por los protocolos, determinó el resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible dado que el embarazo, aun no siendo de riesgo, presentaba en sus inicios datos patológicos que requerían un particular control y aconsejaba una serie de pruebas para descartar alteraciones tanto cromosómicas como morfológicas¹⁰⁵.

XII. CIRUGÍA ESTÉTICA

En materia de cirugía estética, sobre todo si la operación es de pequeña entidad, el TS, como singular excepción, ha declarado que la obligación del médico es de resultado (siendo paradigmático el supuesto de conseguir una nariz más pequeña), por lo que si se causan daños se presume la culpa del cirujano, lo cual puntualizaré a continuación para situar dicho planteamiento en sus justos términos.

Así, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 29 de marzo de 2006¹⁰⁶, se

105 Se concluye que no fue adecuada la toma de decisiones clínicas basada en un diagnóstico previo y ello impidió adoptar el tratamiento adaptado a la evolución de la paciente dentro de esas pautas y así resulta a partir de una correcta valoración de las pruebas, incluida la pericial, puesto que el médico demandado no respetó la *lex artis* pues, como dice la sentencia recurrida, “a partir de la inseguridad que le proporcionaban las ecografías por él practicadas y la insuficiencia del resumen de la aportada por la paciente, que no condujo a la prescripción de una ecografía morfológica de ginecólogo, ni podía denominarse o considerarse como tal, no solicitó una ecografía morfológica detallada... pero aunque así fuera, si tenía dudas sobre la naturaleza y alcance de la ecografía, lo normal y diligente en un médico, es informarse inmediatamente solicitando las aclaraciones pertinentes de quienes realizaron la actividad diagnóstica”, pues en la visita el periodo de gestación todavía se encontraba en una fase que hubiese permitido la interrupción del embarazo a instancia de la madre, de haberse practicado la ecografía del nivel correspondiente por prescripción del médico que la trataba, que hubiera permitido comprobar las patologías morfológicas del feto, y una vez conocidas por la paciente decidir esta como había advertido al respecto..., tras lo que se añade que “la amniocentesis prescrita en dicho periodo, descartaba anomalías cromosómicas, pero no morfológicas que son más numerosas”, por lo que se concluye que dicho elemento de diagnóstico no se aplicó, “aun tratándose de un caso que había presentado sugerencias patológicas a las 5-6 semanas por “quiste lateral derecho” a las 13 o 14 semanas de embarazo por alto nivel de alfafetoproteína, esperándose a las 31/32 semanas, cuando ya era inviable el embarazo.

106 En esta sentencia se cita la sentencia de la Sala Primera del TS de 11 de febrero de 1997, para concluir que el resultado, en la cirugía satisfactoria, opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, de tal suerte que su consecución es el principal criterio normativo

alude, literalmente, a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, de suerte que en la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo, mientras que en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención.

Tras ello, se añade que esta distinción entre medicina curativa y satisfactiva, aplicada al campo de la cirugía, ha permitido diferenciar entre una «cirugía asistencial» que identificaría la prestación del profesional con lo que, en el ámbito del derecho privado, se asocia con la *locatio operarum* y una «cirugía satisfactiva» (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la que se debatía en el caso) que la identificaría, en el mismo terreno de las relaciones entre particulares, con la *locatio operis*, esto es, con el reconocimiento del plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso.

En este sentido, la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 28 de Junio de 1997, en un caso de cirugía estética en que falleció el paciente¹⁰⁷, se declaró

de la intervención, mientras que, por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que abordar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquel en la salud convierte en necesaria la asistencia y eleva a razón primera de la misma los medios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible, por lo cual finaliza manifestando que el criterio normativo aplicable se centra entonces en la diligencia y adecuación en la instrumentación de aquéllos, teniendo en consideración las circunstancias.

107 Se trató de una operación de cirugía estética de estiramiento de la cara en la que falleció el paciente, promoviendo sus hijos demanda contra el Cirujano Plástico, Anestésista, Intensivista, Jefe del Servicio de Reanimación y Congregación religiosa propietaria de la Clínica en la que se realizó dicha intervención quirúrgica, lo que se rechazó por la Sentencia de Primera Instancia, que, tras el correspondiente recurso de apelación, interpuesto por los demandantes, fue estimada parcialmente con respecto al Cirujano Plástico, que interpuso recurso de casación, declarándose probado que el fallecido contrató los servicios del doctor para una operación de *lifting* al paciente que había experimentado en varias operaciones anteriores sen-

que no hubo culpa o negligencia alguna por parte del anestésista, ni del intensivista y por lo que respecta al cirujano demandado, se afirma que la intervención practicada presentaba unas características especiales, por lo que debió de informar de esas características específicas al intensivista, así como de los antecedentes del paciente, posibles complicaciones postoperatorias, previsibles, sin duda, en el caso de este enfermo, así como del tratamiento que debía ser aplicado en la UCI¹⁰⁸.

Se vuelve a decir que no cabe hablar, para los médicos, de una obligación de resultado, salvo en determinadas especialidades, en las que la obligación se vuelve más rigurosa, porque se trate de cirugía satisfactiva – cirugía estética – o estemos ante el supuesto de analistas clínicos y odontólogos, pero fuera de estos casos, la obligación del facultativo es de medios y no de resultado, lo que, inevitablemente, conlleva que, cuando se produce un acto dañoso para el paciente, ha de ser éste y/o sus familiares más directos los que han de probar el nexo causal y la consiguiente culpabilidad del médico, y sin embargo, en este caso aun cuando se calificara la obligación del cirujano plástico de medios, y no, como es frecuente, de resultado, habría lugar, como, en efecto, se decla-

dos problemas alérgicos y edematosos, circunstancia conocida por el cirujano y que además preocupaba hondamente en las vísperas de la operación al paciente, si bien la operación quirúrgica se desarrolló correctamente así como el despertar, pues solicitó el paciente miccionar, tras lo que se sucedieron a partir de este momento una serie de complicaciones postoperatorias que derivaron en el fallecimiento del citado. Parte la sentencia de instancia del informe objetivo y riguroso de los médicos forenses para señalar la causa de la muerte por anoxia cerebral, que consistió en la obstrucción de las vías respiratorias altas por infiltración edematosa hemorrágica condicionante de una asfixia mecánica y de una hipoxia cerebral irreversible, producida por una reacción anafiláctica, sin que existan datos para apreciar que existiera un problema de drenaje y retorno venoso.

108 El intensivista, ante la omisión de las informaciones, no pudo llegar a tener un conocimiento adecuado de los datos precisos para solventar una situación crítica que había de decidir en escasos minutos y sin que pudiera negarse a atender al paciente, pero en cambio no considera acreditado qué es lo que hubiera ocurrido de haberse adoptado todas las medidas indicadas, sin que en cambio se pueda compartir esta tesis pues la obligación contractual o extracontractual del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o lo que es lo mismo, no es la suya una obligación del resultado sino una obligación de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiere el estado de la ciencia y por cuanto como informan los médicos forenses, el desconocimiento del tipo de intervención concreta practicada obstaculizó gravemente la actuación del intensivista, posibilitando que el conjunto de actuaciones sobre el paciente se desarrollase de manera inapropiada, por todo ello, manteniendo la absolución del resto de codemandados, procede estimar la demanda (art. 1.902 del CC), respecto al cirujano estético.

ró, a la indicada responsabilidad civil¹⁰⁹.

Se añade que los deberes profesionales y asistenciales del cirujano no quedan agotados o cumplidos de manera plena y absoluta con la terminación de los actos que integran o componen una intervención quirúrgica, y ello por muy correctamente que dicha intervención haya sido realizada, porque esos deberes se extienden, como no podía ser menos, a tratar de solventar las posibles complicaciones postoperatorias que el paciente intervenido pueda presentar en la fase – por lo general, compleja y delicada – del postoperatorio, lo que, en este caso, no se cumplió, por lo que se produce su condena¹¹⁰.

En esta sentencia, se entró, asimismo, a considerar, a petición del médico (cirujano plástico), que el contrato pactado con el paciente era de ejecución de obra, resultando que la causa del contrato, el carácter objetivo del mismo, es la obligación de una mejoría estética, a través, en este supuesto, de la realización de un “*lifting*”. Alegaba el facultativo, en este sentido, que la razón y causa de la intervención de la operación, al igual que todas las intervenciones de cirugía estética, era la búsqueda de una apariencia física más atractiva.¹¹¹

109 Así, se declara que “...el recurrente dice textualmente que se le achaca “el no haber instruido suficientemente al equipo de internistas – se supone que quería decir “intensivistas” y no “internistas” – sobre las particularidades que se presentaban en el caso. Sin embargo, cuando el paciente que al término de la operación estaba en estado absolutamente normal, es trasladado a la UCI de la clínica, le acompaña en la camilla la hoja de planta y hoja de anestesia, en las que constan los datos de interés que ofrece el enfermo”, a lo que, tratando de hacer una nueva valoración de la prueba practicada en el proceso, con referencia específica a concretos informes periciales, agrega que “es improcedente y jurídicamente inadmisibles, poder relacionar la falta de comunicación de datos con que se acusa al recurrente, con el fatal resultado.”

110 Quedó demostrado que el cirujano, al término de la intervención quirúrgica practicada, no comunicó al intensivista la clase de operación que había efectuado al paciente, que presentaba la cabeza y el rostro vendados en su totalidad, salvo unos huecos para los ojos, orificios nasales y boca y tampoco comunicó los antecedentes alérgicos que presentaba, así como las posibles y previsibles complicaciones postoperatorias – no hay caso fortuito ni fuerza mayor -, ni comunicó el cirujano qué tratamiento había de recibir en la UCI, omisión ésta trascendental, ya que la complicación más grave apareció en seguida, consistente en la obstrucción de las vías respiratorias altas, y el intensivista, ante este cuadro de tal gravedad, por faltarle la información adecuada y oportuna, no pudo aplicar el tratamiento apropiado, concluyéndose la existencia de responsabilidad en el cirujano, al no proceder éste conforme a las pautas profesionales, al infringir las normas de la *lex artis* que le eran exigibles y que, de haberlas observado, es probable que hubiera podido evitar el fallecimiento del paciente, ocurrido en menos de cuarenta y ocho horas después de la práctica de la intervención de cirugía estética.

111 Sobre la base de esta premisa, el recurrente preten-

Así, el cirujano plástico afirmaba haber cumplido adecuadamente con el contrato de obra – el *lifting* -, al no haber sido cuestionado por los herederos del paciente, siendo nueva esta cuestión –que se basaba en un contrato previamente suscrito entre el cirujano y el paciente–, ya que, desde el punto de vista procesal, el proceso se tramitaba y resolvía sobre el fundamento de la responsabilidad extracontractual, por lo que, de haberse admitido esta nueva cuestión, introducida por el facultativo, se estarían desbordando los cauces del recurso de casación, que, como tantas veces se ha dicho, no es una tercera instancia.

La realidad es que el cirujano plástico no cumplió con las obligaciones que le incumbían, conforme a las pautas profesionales que le eran exigibles ante omisión de información al intensivista, al finalizar la intervención quirúrgica, tanto en lo que se refiere a la clase de intervención llevada a cabo al paciente, como los antecedentes del mismo y las posibles y previsibles complicaciones postoperatorias, y a consecuencia de todo ello, el paciente falleció, por lo que se produjo un resultado desproporcionado, imputable al facultativo, sin que ni el caso fortuito ni la fuerza mayor pudieran erigirse como causas exoneradoras o, de algún modo, reductoras de la culpabilidad del cirujano.

Por lo demás, en los casos de medicina satisfactiva se suelen plantear también cuestiones relativas al deber de información, sobre lo que versa la sentencia, de la Sala de lo Civil, del TS, de 22 de noviembre de 2007, que, con cita de numerosa jurisprudencia del mismo TS, asume expresamente la mayor intensidad del mismo al paciente cuando se trata de medicina no curativa en un caso derivado de una operación de cirugía estética¹¹² en que el incumplimiento del deber de información no fue alegado en la demanda, por lo que se rechaza en casación dicho motivo del recurso, al igual que, en este caso, la pretendida falta de ho-

dió concluir que él había cumplido íntegramente la obligación contraída en el referido contrato, alegando, literalmente, que “teniendo en cuenta que el resultado del *lifting* no ha sido cuestionado, lo que constituiría la única posibilidad de incumplimiento, tenemos que concluir que el contrato se ha cumplido de acuerdo con lo convenido. La vida humana no puede ser objeto de comercio y está excluida de cualquier posibilidad de pacto en relación con la misma, lo que en un orden estrictamente jurídico imposibilita sostener que el contrato no se ha cumplido porque el paciente ha fallecido. La concurrencia inevitable en un discurso lógico intelectual es que por el doctor se han cumplido las obligaciones.”

112 Se asume, específicamente, que el deber de información reviste especial intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria de conformidad con las sentencias de la Sala de lo Civil del TS de 28 de junio de 1997, 27 de abril de 2001, 22 de julio de 2003 y 29 de octubre de 2004.

mologación en España de la titulación de especialista en cirugía estética¹¹³.

En este caso de cirugía estética, se recuerda, con fundamento en las sentencias de la misma Sala de lo Civil del TS de 12 de febrero y 23 de mayo de 2007, que en la medicina satisfactiva la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa, señalándose, expresamente, en esta sentencia de 22 de noviembre de 2007 que dicha mayor intensidad del deber de información del médico al paciente cuando se trata de medicina no curativa, cuyas conclusiones se comparten, no son incompatibles con la adecuada distribución de la carga de la prueba sobre el cumplimiento del deber de información¹¹⁴.

113 Acerca del informe administrativo sobre el estado de la titulación de especialista en cirugía plástica del médico que efectuó la operación, se dice que la sentencia de instancia no niega que dicho título no haya sido objeto de homologación en España, sino que declara que esta circunstancia es irrelevante, por sí misma, para construir una responsabilidad por negligencia médica, habida cuenta de que la posesión del expresado título no fue invocada por el médico demandado, aduciendo que la parte, al socaire de una valoración de la prueba que dice ser errónea, pretende, en realidad, que se deduzca de la falta de homologación del título de especialista en cirugía plástica solicitada por el médico demandado, cuyo título lo habilita para la práctica de cirugía general, la existencia de una negligencia médica fundada en su falta de aptitud, dando además por supuesta la existencia de una relación de causalidad entre la actuación del médico y las secuelas producidas que la sentencia impugnada ha declarado inexistente, todo lo cual se asume en la supradicha sentencia del TS de 22 de noviembre de 2007.

114 En el caso, el rechazo de la falta de información como fundamento de la responsabilidad sanitaria no se funda en una inexistencia o en una consideración debilitada de este deber, o en hacer recaer sobre la parte actora la falta de prueba de su incumplimiento, sino que el fundamento de la denegación radica, por el contrario, en que el incumplimiento del deber de información no fue alegado en la demanda, sino en la apelación, como hecho nuevo, cuando ya no había posibilidades de proponer prueba sobre él, de suerte que el facultativo no pudo defenderse frente a la expresada alegación en la instancia, y la estimación de la pretensión fundada en este hecho, sustancial para su integración, adolecería de incongruencia por haber existido una *mutatio libelli* o modificación de la demanda, dada la distinta naturaleza del daño que se reclama por falta de información respecto del de la defectuosa práctica de la intervención médica, según STS de 15 de noviembre de 2006, añadiéndose que la falta de prueba sobre el cumplimiento del deber de información no puede hacerse recaer sobre el facultativo demandado, que careció de oportunidades procesales para aportar pruebas sobre el cumplimiento del deber de información.

En la STS de 29 de julio de 2008 se concluye al respecto que la información que debe darse al paciente para obtener válidamente su consentimiento, según reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Civil, incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva, puesto que en relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria¹¹⁵.

Con todo, hay que puntualizar que en la sentencia de la misma Sala de lo Civil de 30 de abril de 2007, el TS matiza que no cabe desconocer que estamos en el campo de la medicina curativa, y ante una situación de especial necesidad quirúrgica, respecto de la que no cabe exigir una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse, máxime si se tiene en cuenta que, en el orden natural de las cosas, presidido por la regla de la razonabilidad, cabe presumir, dadas las circunstancias expuestas, que los padres demandantes, en bien de su hijo, no se habrían opuesto a la técnica empleada de haber sido consultados en un caso en que se alegaba falta de información del riesgo de la operación de implantación de lente intraocular que no consideró desencadenante de la infección grave detectada dos años después que determinó la pérdida de visión del ojo derecho en términos ya expuestos al tratar de la falta de información y del alegado daño desproporcionado, que también se rechazó.

Sobre el tema, aparte la sentencia antes citada de 23 de octubre de 2008, en la sentencia de la Sala de

115 En apoyo de tal conclusión se citan las SSTS de 28 de diciembre de 1998, 17 de abril de 2007, y 30 de abril de 2007, tras lo que se señala que el artículo 10.1 LAP incluye dentro de la información básica que corresponde al consentimiento prestado por escrito las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención, y las contraindicaciones, mientras que el artículo 2.3 LAP establece como principio básico el «derecho del paciente o usuario a decidir libremente después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles» se deduce la necesidad de incluir este aspecto en la información.

lo Civil de 12 de marzo del mismo año¹¹⁶, en un caso en que se interpone una acción contra cirujano máxilo-facial y aseguradora, en reclamación del precio de una nueva operación para la rehabilitación del maxilar superior izquierdo, la cual precisaba la actora tras fracasar la actuación del demandado, y el daño moral derivado del incumplimiento contractual, se dice que las peculiaridades del caso enjuiciado determinan que estemos ante un contrato de arrendamiento de obra entre médico y paciente, dado que comprometió un resultado satisfactorio al término de la intervención, lo cual, junto con la falta de información¹¹⁷, es suficiente para apreciar la responsabilidad del facultativo por su incumplimiento¹¹⁸.

116 En esta sentencia se pone de relieve, en cuanto a la naturaleza de la relación contractual existente entre médico y paciente, la discrepancia del recurrente de que se trate de una obligación de resultado, como apreció la Audiencia, señalando el Supremo que si bien la responsabilidad del profesional médico es, con carácter general, de medios, y no puede garantizar un resultado concreto, siendo sólo obligación suya poner a disposición del paciente los medios adecuados y proporcionarle la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención, sin garantizar el resultado, pues al actuar sobre la salud, la intervención médica está sujeta a un componente aleatorio, de manera que no siempre es responsable el médico del fracaso de una intervención, en cambio, como se dice en el texto, las peculiaridades del caso enjuiciado determinan que estemos ante un contrato de arrendamiento de obra entre médico y paciente.

117 Se condenó exclusivamente al médico a indemnizar a la actora por la pérdida de la prótesis dental, al ser un hecho acreditado que el médico la recibió para su adaptación y que la rompió al manipularla, no habiéndola devuelto a su propietaria, y por la falta de información y consiguiente daño moral, puesto que entiende la sentencia de la Audiencia, que confirma el Supremo, que entre las partes hubo un arrendamiento de obra, que define el artículo 1544 del CC, "en virtud del cual el médico se obligó a alcanzar un resultado, que en el caso ahora examinado consistía en subsanar la deficiencia restante en el maxilar superior izquierdo de la actora mediante la aludida técnica de implantes óseo-integrados, ya que la única razón por la que la paciente accedió a que tal intervención para rehabilitación de su maxilar fuese llevada a cabo por el aludido facultativo, y no por el que inicialmente ella deseaba y que le había reconocido en Barcelona, fue que le aseguró el éxito de la misma", puesto que dicho resultado reparador no se obtuvo al fracasar el injerto, y con ello se impidieron los implantes, siendo también hecho probado que hubo falta de información, dado que no se le comunicó el tratamiento aplicado, que resultó sustancialmente distinto del que entendía iba a serlo conforme las pautas del médico especialista en Barcelona, y que deseaba respetara el médico, como así se lo había comunicado.

118 La actora dedujo demanda contra médico estomatólogo y aseguradora, interesando la condena de ambos a que le abonaran el importe de una nueva operación que precisaba para conseguir la adecuada rehabilitación y reposición de la masa ósea en su maxilar superior izquierdo y colocación de implantes osteointegrados de piezas dentarias que perdió a consecuencia de un accidente de tráfico; importe de la prótesis dental de su propiedad extraviada por el facultativo, al que le fue entregada para su debida adaptación, y daño moral por incumplimiento de las obligaciones contraídas para con ella por ambos codemandados, confirmándose la sentencia de la Audiencia Provincial que, revocando en parte la del Juzgado, condenó a ambos

El primer motivo del recurso se dirige a combatir el pronunciamiento de la sentencia sobre la naturaleza de la relación contractual existente con su paciente, entendiendo que se trata de un arrendamiento de servicios y no de obra y que lo que se garantiza no es el resultado sino la puesta a disposición de la paciente de los medios adecuados para obtenerlo, citando como norma del Ordenamiento jurídico que considera infringida el artículo 1544 del CC y reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Civil, lo que se desestima, razonando que la distinción entre obligación de medios y de resultados ("discutida obligación de medios y resultados", dice la sentencia de 29 de junio 2007), no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la satisfactiva, cuya diferencia tampoco aparece muy clara en los hechos¹¹⁹, concluyéndose que en el caso, la relación jurídica entre demandante y demandado se produjo a partir de un contrato entre paciente y médico, consistente en subsanar la deficiencia restante en el maxilar superior

demandados a indemnizar a la actora por la rehabilitación del maxilar superior izquierdo y lograr implantar en él las piezas dentarias perdidas, al haberse comprometido dicho facultativo a lograr un implante osteo-integrado de cinco piezas dentarias, previo injerto de un trozo de hueso extraído de la cadera de la paciente para así subsanar la deficiencia de masa ósea.

119 A continuación se añade que ello a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico, puesto que se dice que la responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados y, en particular, proporcionarle la información necesaria que le permita consentir o rechazar una intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual. Las singularidades de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente, con cita, en este sentido, de la sentencia de 22 de noviembre de 2007, analizando un supuesto de medicina voluntaria o satisfactiva, que declara que "no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida" de acuerdo con las SSTs de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006 y 23 de mayo de 2007.

izquierdo mediante la técnica de implantes óseo-integrados, con intervención quirúrgica bajo anestesia general, que tiene la naturaleza de contrato de obra, según define precisamente el artículo 1544 del CC¹²⁰.

De acuerdo, pues, con la propia jurisprudencia vista, también la medicina voluntaria, al igual que la necesaria, está supeditada a riesgos típicos, generales e incluso específicos, susceptibles de sufrirse, pese a que la asistencia médica dispensada se hubiera prestado con plena sujeción a la *lex artis ad hoc*, con lo cual una vez que se advierte al paciente de los mismos y éste los acepta, con plena información, el médico, que actúa con diligencia en el ejercicio de su actividad profesional, no puede responder por el resultado no deseado como si fuese una responsabilidad objetiva puesto que la distinción entre obligación de medios y resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice (SSTS 30 de junio y 20 de noviembre de 2008 y 27 de septiembre de 2010), si bien es lo cierto que en la medicina voluntaria o satisfactiva, se requiere que el consentimiento informado sea más detallado para evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención no curativa, y como tal prescindible.

XIII. VASECTOMÍA

La vasectomía, precisamente, es de naturaleza híbrida, como, por todas, con amplia referencia jurisprudencial sobre el particular, puede verse en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 29 de marzo de 2006 sobre responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria ante la práctica de una vasectomía que produjo un hijo no deseado, aludiendo, de nuevo, a la aludida diferencia entre medicina curativa, de medios que persigue la

curación, y satisfactiva, de resultados pues a ella se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, donde no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional, que acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención, y donde, como se ha dicho, hay un reconocimiento del plus de responsabilidad que comporta la obtención del buen resultado, o del cumplimiento exacto del contrato.

Ahora bien, en esta sentencia de 29 de marzo de 2006, como ya digo, se considera que la vasectomía es una intervención híbrida entre ambas, ocupando una posición intermedia entre el arrendamiento de servicios y el de obra, especificándose que en el caso de la vasectomía, sin embargo, existe un porcentaje de fracasos reducido, sobre cuya cuantía discrepan los especialistas, por lo cual, aun manteniendo la prevalencia de la obtención del resultado de esterilización como criterio normativo de la intervención, la vasectomía (sección y ligadura de los conductos deferentes, con el fin de impedir el paso de los espermatozoides y provocar la esterilización) es una intervención de naturaleza híbrida entre la medicina curativa y la satisfactiva.

En esta interesante decisión judicial, a continuación se citan algunas resoluciones jurisprudenciales de la Sala Primera de lo Civil del mismo TS, lógicamente ceñidas al carácter jurídico-privado de las relaciones contempladas, en las cuales se declaran que en los supuestos de cirugía satisfactiva -cirugía estética, pero que también incluye casos de vasectomía como el que se debate en la supradicha sentencia-el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada, como se evidencia en la sentencia de 25 de abril de 1994¹²¹.

120 En el caso se dice que estamos ante un contrato de obra como aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto, puesto que comprometió un resultado satisfactorio al término de la intervención o lo que es igual, aseguró o garantizó el interés final perseguido por el paciente, como declara probado la sentencia, captando su voluntad para realizar un tratamiento que en principio, y conforme al deseo de la paciente, iba a adecuarse a las pautas señaladas por el médico especialista en esta clase de actuaciones, que le había reconocido con anterioridad, y esta actuación deja al margen cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivar de la intervención médica para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no cumplimentado, y no los medios que se pusieron a disposición de la paciente, resulta suficiente para responsabilizar al facultativo del daño.

121 Aun poniendo en cuestión, como se plantea la STS de 11 de febrero de 1997, la legitimidad jurídica de esta categoría atípica de contrato intermedio entre el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra, y sin abordar la corrección científica de una hibridación entre los fines de medicina curativa y satisfactiva, las conclusiones obtenidas en cuanto al distinto peso y relevancia en una y otra modalidad de asistencia médica entre adecuación de medios y obtención de un resultado, salvando la diferente naturaleza de las relaciones jurídicas en juego, desempeña un papel determinante también en el examen de la concurrencia o no de los criterios de responsabilidad

Sobre la misma cuestión versa la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 19 de noviembre de 2007, en que se recuerda la obligación de resultado y del deber de información en los casos de medicina no curativa, ante demanda de una pareja en la que el marido se había sometido voluntariamente a una intervención de vasectomía practicada por el demandado y la mujer había quedado embarazada después de tal intervención y alumbrado una hija que, tras practicarse las correspondientes pruebas de paternidad, resultó ser hija suya¹²², y en la que el TS se pronunció ampliamente ante la disparidad de las sentencias de instancia¹²³.

objetiva por los que se rige la actividad administrativa cuando en el plano de la asistencia sanitaria genera daños o perjuicios a los particulares según se concluye en la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 de marzo de 2006.

122 La demanda se fundaba en los artículos 1101 y 1104 del CC y en la doctrina de la Sala de lo Civil del TS sobre la acentuación de la obligación de resultado y de información en medicina no estrictamente curativa, lo pedido era una indemnización por daños y perjuicios y carga alimentaria y se alegaba que el demandado había confirmado la esterilidad del marido demandante tras una sola prueba de espermiograma con resultado de azoospermia; que tras comunicar el actor al médico el embarazo de su mujer, había puesto en duda la fidelidad conyugal de ésta, causando un estado de inquietud y deterioro de la relación matrimonial hasta conocer el resultado de las pruebas de paternidad; que la niña nacida tras la intervención hacía el número cinco; y que el demandado había omitido informar de la necesidad de una segunda prueba, seis semanas después de la primera, para confirmar definitivamente su esterilidad. En su contestación a la demanda el demandado propuso la excepción de prescripción de la acción y alegó haber facilitado al demandante una información detallada sobre la intervención y las precauciones a tomar en el postoperatorio, incluyendo la necesidad de utilizar métodos anticonceptivos hasta la confirmación de su esterilidad; que le prescribió espermiogramas de control para después de pasados dos y tres meses de la intervención, pero el demandante no volvió a la consulta con el análisis de los tres meses y el demandado incluso desconoció en su momento el resultado del análisis de los dos meses; que las pruebas de paternidad aportadas con la demanda no eran fiables y que el demandante presentaba ausencia total de espermatozoides no sólo a las nueve semanas de la intervención sino también al cabo de diez meses.

123 La sentencia de primera instancia rechazó la prescripción de la acción pero desestimó la demanda en el fondo razonando que a los dos meses y seis días de la intervención la prueba de espermiograma dio el resultado de azoospermia; que no se había probado que el médico hubiera comunicado al actor que tras esa primera prueba podía hacer vida marital normal sin temor a un posible embarazo; que otro análisis realizado dos meses después de haber nacido la niña también dio resultado de azoospermia; y que el médico sí había informado al actor de la necesidad de controles analíticos posteriores a la intervención y de utilizar métodos anticonceptivos hasta confirmarse el éxito de la operación mediante dos espermiogramas consecutivos con resultado de azoospermia. Interpuesto recurso de apelación por los cónyuges demandantes, el tribunal de segunda instancia lo acogió y, revocando la sentencia apelada, estimó la demanda, salvo en la cuantía de la indemnización, y condenó al demandado a pagar a aquéllos la mitad de la cantidad solicitada por entender que la prueba testifical se consideraba insuficiente por el tribunal para acreditar que el demandado hubiera informado debidamente al actor, que no se compartía la valoración pro-

En esta sentencia se vuelve a recordar la doctrina de la Sala de lo Civil en cuanto a la especial intensidad del deber de información para las intervenciones no estrictamente curativas o necesarias, precisamente por el mayor margen de libertad de decisión que tiene el paciente a la hora de afrontar los riesgos de la intervención y sus consecuencias¹²⁴, tras lo cual se acepta la valoración probatoria sobre la paternidad del actor, así como la negligencia del médico por la omisión de la debida información¹²⁵.

Con el mismo planteamiento de partida, la Sala de lo Civil del TS, en su sentencia de 28 de noviembre de 2007, ante un caso de reclamación de indemnización por responsabilidad médica por mala praxis durante embarazo y parto en un caso de intervención quirúrgica relativa a la ligadura de trompas de la demandante, quién posteriormente quedó embarazada, en que se alegó falta de información previa al pacien-

bateria hecha por el juzgador del primer grado y que era el demandado quien tenía una mayor facilidad para haber probado, sobre todo documentalmente, que había informado de las circunstancias posteriores a la intervención y de sus obligaciones, no constando “el conocimiento fehaciente del actor en la forma, método y desarrollo del sistema a seguir con posterioridad a la intervención”.

124 Sentencias de 25 de abril de 1994, 11 de mayo de 2001 y 23 de mayo de 2007, la última con cita de otras muchas, especificando que el cumplimiento de la obligación de información debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en sí misma se desarrolle con sujeción a la *lex artis*; que el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial y constituye una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica y que ante el fracaso de una operación de vasectomía la cuestión se concreta en determinar si se cumplió el deber de información que al tiempo de los hechos establecía el art. 10.5 de la Ley de Sanidad de 1986 en el sentido de explicar el posible fracaso de la operación.

125 Se desestima la infracción de los arts. 1225 y 1232 (hoy derogado) CC por mezclar indebidamente dos normas sobre pruebas de muy distinta naturaleza, prescindir por completo de la prueba de confesión judicial a que se refiere el citado art. 1232, criticar la valoración de la prueba testifical por el tribunal sentenciador, pese a estar sustraída a la revisión casacional, y no intentar demostrar que de un determinado documento resulte un evidente error probatorio del tribunal, sino que parece pretender que de la práctica de un solo espermiograma se presume a favor del recurrente que sí informó debidamente de la necesidad de practicar dos de tales pruebas, de suerte que no es la sentencia la que falta a la lógica, como se aduce, tras lo que se rechaza que jurisprudencialmente sólo se exija información escrita para las intervenciones de alto riesgo y que al recurrente se le haya impuesto una prueba imposible o diabólica, pues como ha señalado la STS de 29 de junio de 2007 “la prueba de haber facilitado la información incumbe a quien tiene obligación de prestarla y tiene a su alcance los medios necesarios para justificarlo”, que en el caso bien podrían haber sido los correspondientes documentos firmados por el actor o la constancia de la información en su historia clínica, y esa carga de la prueba viene siendo afirmada por la jurisprudencia desde las sentencias, por ejemplo, de 25 de abril de 1994 y 31 de julio de 1996.

te, lo que, a su juicio, provoca la ausencia de consentimiento informado, estimó improcedente el recurso porque, además de documento escrito en el que se manifiesta de modo suficiente dicho consentimiento, la sentencia recurrida considera probado que la información verbal complementaria le ha sido facilitada a la paciente¹²⁶, declarando inaplicable el entonces vigente artículo 28 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios al supuesto debatido¹²⁷.

XIV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

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, al menos de momento, 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, lo que concluye con el aumento por parte de los usuarios de servicios sanitarios del recurso a impetrar la tutela correspondiente ante los tribunales de justicia.

En los supuestos en que se dilucida en los tribunales de justicia la responsabilidad civil médica, con carácter general, después de corroborarse el daño,

126 Basado el recurso en la falta de consentimiento informado ante la inexistencia de información previa al paciente, se rechaza pues la jurisprudencia ha declarado que la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan de modo que el consentimiento prestado mediante documentos impresos constituye una exigencia impuesta por el entonces vigente artículo 10.5 de la Ley de Sanidad de 1986, si bien se permite su práctica verbal, concluyéndose que en el caso, aparte del documento transcrito, se considera probado que la información verbal complementaria se le facilitó a la paciente.

127 Así, la expresión “servicios sanitarios” del artículo 28 no comprende la prestación individual médica o quirúrgica, e incluso, de considerarla incluida, la responsabilidad del médico no puede calificarse sin más de objetiva.

ha de analizarse la existencia de actuación médica negligente y estudiarse posteriormente con detalle, tal y como se especifica en la STS de 1 de junio de 2011¹²⁸ si entre ambos elementos existe relación de causalidad, de causa-efecto, pudiéndose apreciar el vínculo entre el acto médico y la consecuencia sufrida incluso por la alta probabilidad cualificada de que el mismo haya producido el daño, tras lo que se calcula la correspondiente sanción pecuniaria, ante lo cual echo en realidad en falta una Ley específica sobre la responsabilidad sanitaria así como también un baremo de daños médicos que sirva para fijar dichas indemnizaciones sobre lo cual se detiene la STS de 30 de noviembre de 2011¹²⁹.

128 Se reitera la doctrina de la Sala de lo Civil en cuya virtud en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para los del artículo 217.5, señalándose que el criterio de imputación del artículo 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de acreditar en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (SSTS 24 de noviembre de 2005; 10 de junio 2008 y 20 noviembre 2009), de modo que la prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva (SSTS 11 de febrero de 1998; 30 de junio de 2000 y 20 de febrero de 2003) y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS 6 de febrero y 31 de julio de 1999 y 8 de febrero de 2000), aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica (SSTS 30 de noviembre de 2001, 7 de junio y 23 de diciembre de 2002, 29 de septiembre y 21 de diciembre de 2005; 19 de junio, 12 de septiembre, 19 y 24 de octubre 2007, 13 de julio 2010), puntualizándose que para imputar a una persona un resultado dañoso no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, que es lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica, actuando entre otros criterios de imputación, la prohibición de regreso que impide que el reproche se realice exclusivamente fundándose en la evolución posterior del paciente (SSTS de 14 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007; 29 de enero 2010).

129 En esta STS de la Sala de lo Civil se continúa en la línea iniciada por la STS de 10 de febrero de 2006, señalándose que aunque el principio de reparación íntegra comprende el resarcimiento de los daños morales y así se infiere del artículo 1.2 LRCSVM, por lo general, de aplicarse el sistema de valoración incorporado en dicha Ley, la indemnización del daño moral queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al mismo, pues, como afirma la STS de 19 de septiembre de 2011, su indemnización por separado solo es posible en aquellos supuestos en que la ley lo concibe expresamente como un concepto independiente, por lo que no se concede una indemnización complementaria por los daños morales reclamados porque, aceptada la aplicación del sistema legal de valoración previsto en el ámbito de la circulación, no cabe acoger una indemnización al margen del mismo,

En muchos casos se aplica el baremo de tráfico que puede ser suficiente si hablamos de lesiones traumáticas, pero que no resulta extrapolable a otras complicaciones médicas, en las que deviene muy difícil de aplicar dicho baremo para la existencia de diversas consecuencias derivadas de un determinado tratamiento que causan secuelas y daños al paciente, o para los casos de contagio del virus del Sida por transfusión sanguínea, por ejemplo. De hecho la extraordinaria subida de las primas de seguro de responsabilidad civil médica, en ocasiones superando hasta el 200% en la última década, sobre lo cual ha recaído también nutrida jurisprudencia, como se evidencia en la STS de 16 de enero de 2012¹³⁰, viene motivada, en gran medida, por la indeterminación de la cifra final de la cantidad a pagar en los casos de condena al médico, por lo que parece necesario desarrollar un baremo concreto de daños médicos en donde se especifiquen, como en los casos de accidente de tráfico, las cuantías concretas para cada secuela consecuencia del acto médico, y que, de algún modo, sirva para contener las indemnizaciones. De todos modos, lo más difícil siempre, por las complicaciones que entraña, es valorar los daños morales que se pueden producir en un paciente que haya sido víctima de una mala praxis médica.

Aunque en la actualidad, todavía no hemos llegado en España a cotas similares a las de EEUU, donde prolifera el abogado agresivo a la búsqueda de indemnizaciones y una sentencia condenatoria puede conllevar la ruina económica y profesional, sin embargo existe un aumento creciente de la litigiosidad hacia la práctica médica, sobre todo en determinadas especialidades, como la cirugía plástica o la ginecología, siendo en la actualidad las previsiones al respecto de que cada profesional de la medicina, a lo largo del desarrollo de su actividad profesional, tendrá alrededor de cuatro demandas ante los tribunales de justicia por su actuación médica, lo que presupone, muy posiblemente, que el propio abogado del paciente estimula o alienta la misma reclamación, tal

y con menor motivo, cuando el sistema ha demostrado contar con instrumentos suficientes para dar satisfacción al perjuicio moral acreditado.

130 Con amplia información jurisprudencial de la Sala de lo Civil se razona sobre la posición de la compañía de seguros como garante del servicio, a los efectos de la diligencia exigible, llegándose a la condena por vía del artículo 1903 CC a partir de la existencia de una relación de dependencia entre la sociedad de seguros y el médico demandado, señalándose que al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, en los términos que autoriza la Ley de Contrato de Seguro y lo convenido en el contrato y la obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela.

y como pasa con ese “cazador de indemnizaciones” americano, que yo veo con disfavor, precisamente porque en este ámbito, en que está en juego nada menos que la salud cuando más se necesita, hay que ser muy prudentes, e, incluso, el acoso al médico con las reclamaciones judiciales en diversas ocasiones provoca la práctica de una medicina defensiva que no beneficia ni mucho menos al paciente.

Hasta bien entrado el siglo XX los médicos permanecían ajenos al Derecho y se regían por su propio código deontológico y la relación de confianza con el paciente. La aparición del Derecho en el campo de la sanidad ha supuesto, en mi opinión, un cambio en el modelo de relaciones, terminando con el paternalismo médico. La sociedad contemporánea es la sociedad de la responsabilidad en la que se hace necesario un esfuerzo entre todos para recuperar esa necesaria confianza que yo deseo y espero que sea pronto una realidad.

La judicialización de la sanidad se ha convertido en una barrera para esta confianza. Cada año, aproximadamente, hay cerca de 100.000 nuevas contiendas a dirimir en los juzgados, lo que conlleva, sin duda, una excesiva “judicialización” de la sanidad, cuyos motivos bien pueden ser los de búsqueda de compensación al dolor o no asunción de la realidad, u otros, de intento de obtener rentabilidad económica, en ocasiones con apoyo y aliento de los asesores jurídicos, y que, también sin dudar, está produciendo como resultado que el médico, “acosado” por la consecuencia jurídica a la que podría conducir su práctica, no toma decisiones de riesgo por miedo a la posterior reclamación, sometiendo al paciente a multitud de pruebas, sobre todo analíticas y de imagen, lo que es perfectamente entendible ante el miedo a la demanda y que está produciendo más encarecimiento de los actos médicos.

En concreto, en la jurisprudencia aparecen de manera recurrente condenas por errores en el seguimiento del embarazo o el parto, falta de detección de malformaciones visibles en pruebas ecográficas, daños en el feto por negligencia en el transcurso del parto o por prescripción de medicamentos a la madre y, por lo demás, todavía hoy siete de cada diez reclamaciones por daños sanitarios son por defectos en el consentimiento, de lo cual da buena cuenta la STS de 11 de febrero de 2011¹³¹.

131 La Sala de lo Civil del TS concluye que hubo información médica y consentimiento suscrito por la actora autorizando la ligadura de trompas porque “no quería tener más embarazos” y no porque no quisiera tener más de tres hijos, independientemente del número de hijos en cada parto, con cesárea, con los

El consentimiento informado no sólo ha modificado el modelo de relación entre médico y paciente, sino que también ha supuesto un cambio en la forma de abordar las reclamaciones por negligencia ante los tribunales. Cada vez se alega con más frecuencia la falta de consentimiento y de información cuando históricamente las denuncias relacionadas con asuntos médicos que llegaban a los tribunales solían estar referidas a casos de mala praxis.

Así, la obligación de informar al paciente ha supuesto una redistribución de los riesgos, que ahora son asumidos también por el profesional médico, lo que ha derivado en una mayor protocolización de la medicina, que ha provocado a su vez un aumento de la desconfianza entre profesionales y enfermos y una medicina defensiva. Efectivamente, en este sentido, la aprobación del paciente sólo es válida cuando éste recibe una información completa por parte de su médico, por lo que muchos de los formularios genéricos que firman los pacientes en el momento de la entrada en el hospital no sustituyen al consentimiento y no tienen la misma validez legal.

Yo apuesto por abrir paso al “*Consentimiento Informado Humanizado*”, solicitando a los médicos que recaben la conformidad del paciente y expliquen los riesgos o el impreso a firmar con empatía y calidez como le gustaría que se lo dijese a él si fuere el enfermo: con delicadeza, claridad y seriedad, al margen de estadísticas o probabilidades y considerando el nivel de aprehensión o encaje de sus afirmaciones según la edad, fortaleza y estado emocional del paciente, siempre angustiado para curarse.

La jurisprudencia suele reconocer la tendencia actual a la progresiva protocolización del diagnóstico y la terapéutica y su finalidad de plasmar las directrices o recomendaciones que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor directa de los profesionales con el fin de mejorar la calidad de la actuación, destacándose que dichos protocolos tienen especial importancia desde el punto de vista

profesional pero que en el ámbito judicial no tienen ninguna obligatoriedad jurídica aun cuando pueden ser acogidos para configurar el deber objetivo de cuidado y la técnica precisa de suerte que se analiza en cada caso la actuación concreta y el protocolo para dilucidar si la actuación médica ha sido o no correcta por lo que considero recomendable la creación en los hospitales de unidades de medicina legal preventiva que sean capaces de averiguar y corregir a tiempo los posibles fallos o errores médicos que puedan desencadenar las demandas judiciales.

Por último, en este estudio se ha pretendido poner de relieve el acierto de la jurisprudencia contencioso administrativa cuando precisa que el nexo causal modula la pretendida responsabilidad objetiva de la Administración siendo preciso acudir a la *lex artis* que, por su parte, excluye la antijuricidad al igual que comparto el planteamiento de las sentencias que, en el ámbito civil, apuestan por la subjetivación de la responsabilidad del médico con fundamento en la culpa como criterio de imputación, todo lo que ha de ser probado debidamente en los términos que he expuesto en las páginas precedentes, para lo cual ofrezco la amplia información jurisprudencial examinada, que espero que sea de interés para los que en la vida profesional se mueven dentro del ámbito del Derecho y Salud y que, por supuesto, someto muy gustoso a cualquier otro dictamen mejor fundado.

riesgos que conllevaría la práctica de otro, tras lo que se añade que lo que no es posible es convertir ambos presupuestos, información y consentimiento, en una especie de trampa para quienes estaban obligados a adecuarlos a la nueva situación originada por el fallecimiento de una de las gemelas desde el momento en que la paciente, al otorgar el consentimiento, no hizo constar en modo alguno que era condicionado y que cuando la facultativa saca al niño y lo pone en manos de los neonatólogos, ante la falta de respuesta, desconocía su fallecimiento, de tal forma que cuando se lo comunican ya había practicado la ligadura de trompas, que es precisamente lo que había solicitado la paciente que se le hiciese, primero por escrito y después verbalmente sin revocación de la *Ley 41/2002*.