

***RECENSION DEL LIBRO “ASPECTOS BASICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA”, (Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 2010, 135 páginas) DE DOÑA MARIA DEL CARMEN GARCIA GARNICA.***

En la presente obra, la autora, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada, nos adentra en lo concerniente a la responsabilidad civil médica, con una óptica y un tratamiento dignos de la más alta consideración. Así, desmenuza las cuestiones jurídicas que suponen un nivel elevado de complejidad, con explicaciones que clarifican en extremo cualquier sombra de duda o ambigüedad, todo ello apoyado por la mejor doctrina y la más adecuada jurisprudencia. En definitiva, esta obra, además de necesaria debe ser ponderada, no solamente desde un punto de vista práctico, sino también por las numerosas aportaciones que alberga, pues, no se puede olvidar, que muchas veces se prefiere la calidad y la brevedad, como señas de identidad de un trabajo que, como éste, las reúne pero en toda su dimensión.

1. Importancia y complejidad de la responsabilidad civil médica.

Sabido es que la actuación médica o quirúrgica puede causar daños al paciente, y, es por esto, que la autora nos propone adentrarnos en el estudio de los supuestos que dan lugar a la responsabilidad civil médica.

Partiendo de una consideración actual de la relación médico-paciente basada en el consentimiento informado del mismo, como acto de ejercicio de sus derechos de la personalidad y que tiene soporte legislativo tanto a nivel internacional, como nacional y autonómico, la voluntad del enfermo juega un papel determinante a la hora de calificar como responsabilidad civil médica, el supuesto de negligencia y también aquél e que el paciente es insuficientemente informado respecto a los riesgos que conlleva la intervención médica realizada, con independencia del buen hacer en el acto médico. Evidentemente, que lo anterior redundaría en una mayor seguridad, pero, incuestionablemente, podría plantear una actuación mucho más temerosa de los facultativos para no incurrir en responsabilidad que conllevaría un detrimento de la cobertura sanitaria.

Seguidamente, la autora plantea la cuestión de la calificación de la relación jurídica entre el prestador de la asistencia sanitaria-paciente, vital para el señalamiento del régimen jurídico que debe seguirse en materia de responsabilidad, teniéndose en cuenta la contractualidad o extracontractualidad a efectos de prescripción, si las obligaciones desarrolladas por el médico son de medios o de resultado para averiguar la dimensión del daño causado, o si es

público o privado, el prestador de los servicios médicos, decisiva esta distinción que establece el orden judicial y el régimen jurídico que tiene por objeto la responsabilidad civil.

Si el criterio de imputación de la responsabilidad civil médica mueve al Tribunal Supremo a manifestarse tanto en términos subjetivistas como con objetivación de la misma, lo verdaderamente importante y que centra el presente trabajo, trataría sobre la responsabilidad civil médica-sanitaria centrada en la naturaleza de la relación jurídica médico-paciente, la prestación sanitaria, ámbito público o privado donde se preste, el criterio de imputación de la responsabilidad, si ésta tiene lugar en la atención médica pública o privada, y, por supuesto, el consentimiento informado como eje central que establece la frontera de la responsabilidad civil sanitaria.

Al tener en cuenta la diferenciación entre supuestos de medicina asistencial, entendida como tal aquella que trata de sanar al enfermo y que conllevaría por el médico una obligación de medios, de la medicina satisfactiva, que se produce cuando lo que se busca por el sujeto intervenido es un cambio en su cuerpo, aquí, la obligación exigida facultativo sería de resultado. Hacemos referencia a que el régimen de prueba, fijación y contenido de los daños causados, así como los parámetros del deber de informar, cobran auténtica relevancia en base a la apreciación hecha a cada caso en particular, destacando que son más numerosas las imputaciones de responsabilidad civil médica en el supuesto de medicina satisfactiva, debido a que se entiende por parte de los Tribunales, que, aunque la diligencia fuera la debida, no se informó al paciente sobre la asunción por éste de todos los riesgos reales que la intervención suponía. Así, la prueba del daño opera como carga invertida para el médico-parte demandada en la medicina satisfactiva; y no, para el enfermo-parte actora en la medicina asistencial.

No obstante, quiere la profesora centrar su exposición en la medicina asistencial, ya que presenta un mayor grado de dificultad en cuanto a la atención práctica de la responsabilidad, sin descuidar puntualmente la medicina satisfactiva.

## 2. Relevancia de la naturaleza de los elementos de la relación jurídica existente entre el médico y el paciente

Una vez producido el daño, lo primordial es analizar la relación jurídica dada entre el prestador de la asistencia sanitaria y el paciente.

2.1. En atención a la relación médico-paciente: Responsabilidad civil contractual y extracontractual.

2.1.1. Hipótesis posibles.

Decido a que la responsabilidad civil es tratada diferenciadamente en nuestro código, es necesario averiguar si existe contrato o no entre el prestador de la asistencia sanitaria y el paciente, estándose a las siguientes hipótesis:

a) Prestación de asistencia médica espontánea o de urgencia, sin contrato.

Aquí, el médico actúa espontáneamente en caso de urgencia, sin consentimiento del paciente, ni de las personas llamadas a prestarlo por sustitución o representación, y fuera de la consulta o del centro en el que presta sus servicios. Pues bien, caben tanto la responsabilidad extracontractual, ante la inexistencia de contrato, como la contractual de los art. 1104 o 1107 del Código Civil, sustentadas en la cualificación profesional del médico, apareciendo obligaciones y debiendo no incurrir en impericia o negligencia cuando atiende al paciente.

Incluso, implícitamente, el Tribunal Supremo en sentencia de 24/5/1995, contemplaría el cuasicontrato defendido por GOMEZ CALLE cuando se refiere a la gestión de negocios ajenos sin mandato del art. 1888 y ss. de nuestro cuerpo legal civil.

b) Prestación de asistencia médica en virtud de contrato entre paciente y facultativo. “Quid” de la actuación con dependientes y en centro hospitalario.

El planteamiento sería el que sigue: Existencia de contrato entre el médico y el paciente, es decir, prestación médica a cambio de un precio. En la medicina asistencial, se consideraría como un arrendamiento de servicios que conlleva una obligación de actividad para el facultativo, y, puntualmente, un contrato de obra con obligación de resultado para el médico, siendo esta “locatio operis” muy frecuente en la medicina satisfactiva.

La implicación de personal sanitario, además del médico que atiende al paciente, supone la posible responsabilidad aplicable a distintos supuestos concretos, a saber: Si existe contrato de aquellos con el enfermo, será contractual. De no existir contrato, caben dos posibilidades, la primera, la aplicación del art. 1902 del C.c. o, en segundo lugar, reclamar la responsabilidad al facultativo que responde de sus auxiliares, en el bien

entendido, que el médico queda vinculado contractualmente con sus auxiliares, al tenor del art. 1101 del C.c.. Sin embargo, también cabe la posibilidad de que el médico sea responsable por culpa “in vigilando” o “in eligendo”, de conformidad con el art. 1903.4 del C.c., aunque con la facultad de repetir que establece el art. 1904 del C.c.

Indicar, también, que si fuese el centro hospitalario el responsable del daño, de existir contrato entre éste y el enfermo, habrá de estarse al mismo en virtud del denominado contrato de hospitalización o clínica. En caso contrario, respondería contractualmente el médico. Además, el paciente tiene también el art. 1902 del C.c. para ir contra el propio hospital.

- c) Prestación de asistencia médica en virtud de contrato entre paciente y centro sanitario: El contrato de hospitalización o clínica.

Este supuesto se produce cuando el enfermo contrata directamente con un centro hospitalario público o privado y que incorpora, además de los propios servicios médicos, otros paramédicos y extramédicos, asumiendo el centro sanitario una obligación de medios y de resultado, excepcionalmente en la medicina curativa, siendo ésta última generalizada en la medicina satisfactiva.

En cuanto a la responsabilidad civil, se da la contractual para el hospital, tanto si es propia como achacable a sus dependientes o auxiliares, dependan o no del mismo. El paciente también puede actuar contra el médico causante del daño solamente en la sanidad privada. También, la existencia de un contrato a favor de tercero realizado entre el facultativo y el centro sanitario acarrearía responsabilidad contractual para el facultativo. Conviene añadir que, si en el contrato de hospitalización solo se contempla la asistencia extramédica o paramédica, solamente responderá de los daños producidos por la misma.

- d) Prestación de asistencia sanitaria en virtud de seguro médico.

Aquí, el contrato se da entre el paciente y una compañía aseguradora, resultando la responsabilidad civil dependiente de la óptica con la que se analice. Así, por un lado, se entiende que la aseguradora, simplemente, es intermediaria entre el médico y el enfermo y que, por tanto, su celo responsable no llega a la correcta prestación de los servicios médicos u hospitalarios contratados. Por otro lado, se afirma mayoritariamente la responsabilidad de la compañía en la plena y

adecuada recepción satisfactoria de los servicios médicos contratados por el usuario.

Si la aseguradora es titular de centros sanitarios, los daños producidos en éstos y por su personal corren de su cuenta, estándose al art. 1903 del C.c. Sin embargo, los acaecidos en un centro concertado, no implicarían la responsabilidad extracontractual a menos que, como muy bien señala la autora y el propio Tribunal Supremo, la compañía se responsabilizaría por tener la supervisión de las prestaciones médicas.

El enfermo tendrá a su disposición el art. 1902 del C.c. en lo que hace referencia a los daños causados por el personal sanitario, aunque a veces se entienda como contractual, por estimar la imposibilidad de que el médico y el hospital carezcan de contrato.

e) Prestación de asistencia sanitaria a paciente afiliado a la Seguridad Social.

La autora pone de manifiesto que la situación no es pacífica, ya que al ser protagonista una administración pública se debe precisar que, con anterioridad a la reforma del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración, según Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, eran los Tribunales civiles quienes actuaban, al entender que la propia Administración operaba en el tema sanitario como si fuera un sujeto privado, derivándose una evidente incertidumbre en cuanto a la determinación contractual o extracontractual de su responsabilidad y el plazo de prescripción de 15 años inherente a la acción de responsabilidad contractual.

Consiguientemente, dos posturas claramente diferenciadas establecía el Tribunal Supremo. La primera consiste en entender como de Derecho Público la relación entre el afiliado a la Seguridad Social y el centro sanitario integrado que le presta los servicios médicos, siendo extracontractual la responsabilidad civil. La segunda postura entiende que la relación es contractual y obligatoria con peculiaridades, y que, por tanto, la responsabilidad civil se fundamentaría en la existencia de una relación jurídica previa entre el causante del daño y el afiliado a la Seguridad Social. Sin embargo, la última posición jurisprudencial estableció la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública Sanitaria, igual que la de su personal sanitario con respecto al paciente.

### 2.1.2. La relevancia de la distinción y su relativización jurisprudencial.

Tras la reforma de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, siguiendo a la autora, la situación se posiciona como sigue: La jurisprudencia del Tribunal Supremo no tiene frecuentemente en cuenta la diferenciación entre responsabilidad civil médica contractual y extracontractual, argumentando relativamente en cuanto a los efectos y al plazo de prescripción o aplicando la “unidad de culpa civil”. Así, el juzgador solo tiene presente la causa de pedir, quedando liberado para colocar, contractual o extracontractualmente, la culpa en base al principio “iura novit curia”. También, entiende el Tribunal Supremo que, en un mismo supuesto, puedan concursar ambas responsabilidades en reconocimiento de un daño de carácter contractual y extracontractual que se tiene en cuenta. Su repercusión respecto a los plazos de prescripción de la acción del dañado como a la posible indefensión del demandado, se salva bien a criterio del Tribunal, u observando la defensa de la parte demandada notoria previsión al respecto. No es de extrañar, por tanto, que se establezcan las denominadas “relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica”, o como muy bien dice la autora, “obligación de seguridad o de cuidado” derivada de la cualificación profesional del médico, sin necesidad de vinculación contractual con el paciente, y que supondría para el facultativo ser objeto de la responsabilidad civil contractual. Se justifica la relativización en la distinción en base a un resarcimiento más favorable del daño producido.

No obstante, y aunque las objeciones son numerosas, destaca la realizada por la profesora GOMEZ CALLE, que interroga ante la posibilidad de que el perjudicado vea más provechoso para sus intereses la responsabilidad civil extracontractual, a sabiendas de que aún es posible para él la contractual. Resuelve acertadamente la mencionada profesora, refiriéndose tanto a los criterios de imputación, como al plazo de prescripción, negando ventaja alguna en la práctica; sin embargo, el provecho estaría en los daños indemnizables al no concurrir el art. 1107 del C.c.

### 2.2. En atención al objeto de la prestación: Obligación de medios o de resultado.

La obligación de actividad o de medios, debido a la aleatoriedad que implica la sanación de un enfermo, es la indicada como objeto de la prestación del facultativo en le

medicina curativa. El médico, adquiere la obligación de procurar al enfermo todos los cuidados que necesite, según el estado de la ciencia y la “lex artis ad hoc”.

La importante sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994, estableció con detalle lo que comprendía la puesta a disposición de todos esos medios tendentes a la curación del enfermo. También, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se encarga de concretar lo que se entiende por “lex artis ad hoc”: “Criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina...”.

Por otro lado, es necesario, destacar lo determinante que resulta la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, a la hora de apreciar el daño causado. Pues, según se trate de una u otra obligación, las consecuencias son diferentes a efectos probatorios, suponiéndose incumplida la obligación cuando no se ha conseguido el resultado, mientras que en las obligaciones de medios, la parte actora deberá probar la culpa o negligencia. Es importante resaltar la postura que entiende la obligación del médico como de resultado, pues no se entendería como tal la curación del paciente que, como ya hemos visto, no depende, en exclusiva, de la actuación del facultativo, y sí de procurar al enfermo la actuación médica más adecuada que produzca el resultado normal del tratamiento, de conformidad con el estado de la ciencia y técnica médicas en ese momento.

### 2.3. En atención a la naturaleza del centro sanitario: Medicina pública y privada.

Si el centro sanitario donde actúa el facultativo es público o privado resulta determinante en cuanto al régimen jurídico que se aplique a la responsabilidad civil o al orden judicial competente

#### 2.3.1. La determinación del orden judicial competente

La autora hace un recorrido por la situación en que se encontraba la competencia judicial sobre los daños causados por los servicios públicos de salud antes y con posterioridad a la reforma de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero. En la actualidad, los daños causados en la sanidad pública corresponderá enjuiciarlos al orden contencioso-administrativo, salvo que se trate de delito o falta, que correspondería al orden penal o civil, si el dañado se hubiese reservado la acción civil para ejercitarla o no. Concluir indicando que el orden civil conocerá, además, aquellos casos dañosos producidos en la medicina privada.

### 2.3.2. El régimen jurídico aplicable.

Con la síntesis adecuada y claridad en la exposición, la autora nos adentra en el régimen jurídico aplicable, haciendo un verdadero alarde de dominio de la materia, tanto en su consideración general, como en sus distintas peculiaridades. Así, órdenes judiciales, ámbitos sanitarios, legislación, jurisprudencia, doctrina, acciones, plazos, prescripciones, casuística, etc. quedan presentados de forma tal, que su asimilación es, evidentemente, sencilla.

## 3. El criterio de imputación.

### 3.1. La responsabilidad civil médica como paradigma de la responsabilidad civil subjetiva y su relativización.

El carácter subjetivo de la responsabilidad civil que contempla, con respecto al facultativo, nuestro Código civil, no se ve, en principio, relajado, pese a la situación en la que queda el demandante, que, no solamente deberá probar el daño, sino que deberá ponerlo en relación causal con un concreto acto u omisión y, además, demostrar que hubo culpa en la actuación dañosa. En este sentido, es más que contundente, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1996, en la que repele, expresamente, la responsabilidad por riesgo en el ámbito de la responsabilidad civil médica porque “el médico no crea riesgos”.

La “lex artis ad hoc” se constituye en la clave para determinar si existió la debida diligencia, o se incurrió en negligencia médica, aunque la división de los ámbitos sanitarios en público y privado, conllevan, además, de diferentes regulaciones jurídicas, ópticas peculiares, en cuanto a su tratamiento casuístico, y cuestionan la solidez de la, hasta ahora, sostenida igualdad entre responsabilidad civil médica privada y responsabilidad subjetiva.

### 3.2. El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito de la sanidad privada.

En el criterio de imputación de la responsabilidad contractual, según el art. 1101, último párrafo, de nuestro C.c., hay una extensión de la indemnización a “los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella”. Aquí, la profesora GARCIA GARNICA hace referencia a todo aquello que quede dentro de “la esfera de control del deudor”, y que, según la doctrina, la responsabilidad de aquél se objetivaría alcanzando a los daños inevitables e imprevisibles, salvo fuerza mayor, aunque la jurisprudencia suele no tener en cuenta lo apuntado en lo referente a la esfera sanitaria. En este sentido, llama la atención el comentario que hace la profesora GARCIA

GARNICA, respecto a la postura de GOMEZ CALLE. Esta autora, sostiene que en este ámbito, la jurisprudencia no suele aplicar la doctrina de la imputación de responsabilidad por culpa levísima, a la que se recurre en sede de responsabilidad extracontractual, aunque, sigue diciendo, en la jurisprudencia más moderna se advierte una tendencia objetivadora, extremándose la diligencia exigible, de un lado, en atención al carácter de profesional del llamado a responder y, de otro, por la importancia del bien jurídico lesionado, amparado incluso constitucionalmente. Y continúa comentando, por otro lado, y a favor de la objetivación de la responsabilidad contractual del deudor por los daños producidos dentro de “su esfera de control”, llega a cuestionar la oportunidad de calificar la obligación contractual del médico, como obligación de medios, con respecto a la cual, el paciente deberá acreditar el actuar culposo del deudor para que se le pueda imputar responsabilidad contractual. En su opinión, al paciente le bastará acreditar el incumplimiento del contrato (con culpa o sin ella) al entender que la obligación del facultativo es la de procurarle un resultado, no el de la curación, pero sí, el normal del tratamiento a que se somete, de acuerdo con el estado de la ciencia y la técnica médicas en ese momento.

### 3.2.2. Responsabilidad del titular de centro sanitario.

Aquí, la responsabilidad alcanza al titular del centro sanitario por los daños causados en el mismo al paciente, atendiendo a los diferentes supuestos que le afectan y que son explicados por la autora, con brevedad, detalle y el despliegue jurisprudencial más preciso.

### 3.3. La relativización del carácter subjetivo de la responsabilidad civil médica.

Verdad es, que la responsabilidad civil médica mantiene a la culpa como núcleo central, marcado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Sin embargo, también es cierto, que en atención a la denominada justicia material, se advierten fisuras que tratan de suavizar la carga de la prueba del dañado y a las que la autora se refiere a continuación.

#### 3.3.1. En el ámbito de la medicina pública.

Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece la responsabilidad patrimonial de la administración pública, haciendo responsable objetivamente a ésta, de los daños producidos por los servicios públicos sanitarios, sin olvidar que el causante material del daño responde de negligencia grave o dolo, y si es responsable penalmente, la administración lo será también, subsidiariamente.

### 3.3.2. En la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

La Ley 26/1984, de 19 de junio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, establece, junto al texto refundido de 2007, dos presunciones muy importantes; la de culpa y la de solidaridad que, junto al régimen objetivo de responsabilidad, referida a los daños causados en el correcto uso y consumo de ciertos bienes y servicios, incluyendo expresamente, a los servicios sanitarios, pone de relieve la diferenciación existente respecto al Código civil. Concretamente, el art. 148 del Texto refundido de 2007, cuando indica que “en todo caso, se considerarán sometidos a este régimen de responsabilidad, los servicios sanitarios ...” se estaría refiriendo, como muy bien apunta la doctrina, a un régimen especial de responsabilidad de carácter objetivo, responsabilidad por riesgo, al que estarían sometidos los productos farmacéuticos y los servicios médicos, con un límite indemnizatorio de algo más de tres millones de euros.

Sin embargo, y pese a que la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997, comentada por BERCOVITZ, hace referencia al art. 28 de la LGDCU, ya que producido el daño, no buscado ni querido, debía responder el centro hospitalario, seguidamente, quita importancia a la imputación objetiva, al establecer que se trataba de una complicación que pudo ser prevista y evitada, o al menos, advertida al paciente, dando con esto alas a la imputación subjetiva del daño.

El iter jurisprudencial, en cuanto a la aplicación del art. 28 de la LGDCU es, en la mayoría de las ocasiones, de perfil bajo, compitiendo en inferioridad frente a la dimensión establecida de la culpa civil. Y esto, pese a que, entre otras, la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, que en su art. 36, gestiona las quejas y reclamaciones de los pacientes en base al art. 28 de la LGDCU.

No obstante, y aun reconociendo la aplicación de la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común, mediante la Ley 4/1999, a la administración pública sanitaria por los daños producidos por su personal, la doctrina no se muestra pacífica en cuanto a coincidir, respecto a los sujetos a quienes les serían aplicables las normas de la LGDCU, referidas a la responsabilidad objetiva, inclinándose la jurisprudencia por imputar aquélla al centro hospitalario, y reservando la culpa para el facultativo. En definitiva, el régimen jurídico establecido en el art. 28 de la LGDCU y en el art. 148 del Texto refundido de 2007, y el consagrado en el Código

civil, son compatibles aunque se pudiera discutir, como muy bien apunta ASUA GONZALEZ, debido a la poca claridad que arroja sobre el principio “iura novit curia” el art. 218.1 de la LEC.

### 3.3.3. En ciertos supuestos por la jurisprudencia.

A pesar de que tradicionalmente, y debido al régimen subjetivo que conlleva la responsabilidad civil médica, no siempre, la carga de probar la culpa recae sobre la parte actora. Sucede que el juzgador recurre, para averiguar la verdad, a la totalidad de los hechos, sin importar quien los haya traído al juicio. Tanto es así, que el resultado de aquellos puede ser inferido por el propio Juez, en base a determinados mecanismos objetivadores que, a continuación la autora explica:

#### a) La presunción de culpa en los supuestos de resultado desproporcionado.

La jurisprudencia aplica la regla “res ipsa loquitur” (la cosa habla por sí misma) cuando se produce una evidencia generadora de una deducción de negligencia. Sin embargo, y pese a requerir un suceso dañoso de los que, normalmente, no se producen sino por razón de una conducta negligente y, además, que ese suceso haya nacido por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado, aunque se ignore el detalle concreto. Todavía hay sentencias que, aun refiriéndose a la doctrina del resultado desproporcionado, siguen ponderando la culpa como criterio de imputación, pero lo hacen junto al régimen objetivo de responsabilidad a que hace referencia la LGDCU.

#### b) La no información, como supuesto de asunción del riesgo por el facultativo.

Cuando el facultativo no informa convenientemente al paciente sobre los riesgos que entraña el acto médico que debe practicarse, la jurisprudencia entiende que aquellos se materializan, imputándoselos al médico sin necesidad de culpa o negligencia, simplemente, porque faltó el deber de informar de aquél.

#### c) La distribución dinámica de la prueba.

La postura clásica de la responsabilidad civil, de que el demandante corra con la carga de la prueba del daño que se le ha producido, se ve flexibilizada o, incluso, negada en la sanidad, bajo la denominación de “distribución dinámica de la prueba”, que consiste en que la carga de ésta, la soporta aquella de las partes del proceso que se encuentre en mejor posición para demostrarla. Así, y referida al deber de informar, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003, en la que, no solo se afirma que la prueba de la información

corresponde al profesional sanitario, con expresa invocación, tanto de la doctrina de la distribución dinámica de la prueba (“por asistirles actuación favorable ventajosa para aportarla al pleito”), como de los artículos 2.1.d) y 10.1.c). 8ª de la LGDCU; sino que, además, se afirma que la no constancia de la información en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria correspondiente, permite presumir que no se practicó ningún tipo de información, al amparo de los art. 4.1 y 15.2.i) de la Ley 41/2002, en los que se exige la constancia en la historia clínica del consentimiento informado, invocados a título de “obiter dicta”, ya que la ley no era aplicable al supuesto de hecho.

#### 3.4. El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito de la sanidad pública.

Aquí, la autora realiza un interesante análisis referido a los diferentes criterios de imputación objetiva que, a su vez, establecen los límites de la misma responsabilidad civil en la sanidad pública, aportando las más importantes y diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales, a fin de que, la comprensión y el acercamiento sean del todo fluidos, apostando la profesora por una exposición clara y de calidad.

Así, en la sanidad pública y como muy bien señala ASÚA GONZALEZ, la imputación de responsabilidad a la administración por los daños causados por el “funcionamiento anormal” de los servicios públicos derivará tanto de los actos ilegales o culposos de su personal, como de su mero funcionamiento por debajo de los estándares de calidad exigibles. A su vez, la imputación de responsabilidad por daños derivados de su “funcionamiento normal” entraña una suerte de responsabilidad civil por riesgo. Únicamente, el concepto de fuerza mayor puede dejar sin efecto el nexo causal entre el daño y la actuación de la administración. Por consiguiente, se trataría de un hecho imprevisible e inevitable que la doctrina suele imputar al paciente.

Otra cuestión se centraría en los denominados “riesgos del desarrollo” en cuanto que suponen también la exoneración de la responsabilidad de la administración, al ser entendidos como aquellos daños que, en palabras de la propia autora, resulten imprevisibles e inevitables conforme al estado de la ciencia y de la técnica en el momento de su producción.

Tampoco, conviene crear confusión entre imputación objetiva y causalidad objetiva, pues se debe acreditar, como indica ASSÚA GONZALEZ, la relación de causalidad entre el daño y el servicio de asistencia sanitaria, no bastando que el daño tenga lugar

con ocasión de la prestación del servicio, pero determinado por otras circunstancias como el estado irreversible del paciente o la extrema gravedad de su situación; sino que el daño esté causado, precisamente, por el funcionamiento del servicio, de modo que “no se hubiera producido si no se hubiera actuado como se hizo o si se hubiera realizado lo omitido.”

Cierto es, que el funcionamiento anormal de la administración sanitaria pública conlleva de suyo un mayor número de imputaciones de responsabilidad civil. Como buen ejemplo, recoge la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1986 que la autora comenta, indicando que mezcla las referencias al criterio de imputación objetivo de la responsabilidad y la relación de causalidad que, aunque para la estimación de la responsabilidad objetiva de la administración es preciso acreditar la relación de causalidad existente entre el funcionamiento del servicio y la lesión producida, al margen de todo evento de fuerza mayor, en ocasiones de funcionamiento anormal del servicio cabe acreditar la concurrencia de dicho nexo causal a partir de “simples presunciones racionalmente deducibles de otros hechos positivos que se hallen debidamente acreditados”, llegando a sostener que en el caso concreto ocurrieron “unas efectivas y auténticas deficiencias en el funcionamiento de los servicios del hospital en los que los hechos acaecieron, de por sí aptas para la producción del resultado lesivo cuya reparación se pretende...” por más que no pueda decirse que fueran la causa única del resultado -pues, incluso, pudieran ser irrelevantes, dada la extrema gravedad del esposo de la actora al ser hospitalizado-“.

También, se trata el llamado “riesgo jurídicamente relevante” respecto al funcionamiento normal de los servicios médicos públicos a la hora de imputar la responsabilidad de la administración, así como el denominado “riesgo terapéutico” o riesgo que, excepcionalmente, puede aparecer, y que, aunque conocido, habría que ponerlo en relación con el tratamiento habitual sin conexión con el estado anterior del paciente, pero que, careciendo de una gravedad notoria sea inevitable, aunque científicamente previsible.

Mención aparte merece, sin duda, la consideración de que el daño sea antijurídico, es decir, no debe soportarse y su conexión con el consentimiento informado, puesto que, aunque se produzca un funcionamiento normal del servicio sanitario, si hay daños, y de éstos no fue informado el enfermo, aunque fuesen de ordinaria eventualidad, se imputarán a la administración salvo que fueran imprevisibles e inevitables según el estado de la ciencia.

Otros dos criterios que limitan la imputación objetiva, y a los que hace referencia la autora, son el del incremento del riesgo o, el del fin de protección de la norma fundamentada de la responsabilidad. En cuanto al primero, señala la autora que no cabe imputación objetiva del resultado dañoso cuando con seguridad o máxima certeza, se hubiese producido, aun actuando el causante del daño, diligentemente, prácticamente, el mismo resultado.

En cuanto al segundo criterio, PANTALEON PRIETO menciona la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1981 en la que se dice “no basta una relación causal adecuada sino que hay que determinar en qué y por qué se ha infringido la norma por la conducta del agente, pues solo serán antijurídicas aquellas condiciones que concurren a un resultado que infrinjan la finalidad protectora de la norma”.

#### 4. El papel del consentimiento informado en el régimen jurídico de la responsabilidad civil médica.

##### 4.1. Consideraciones generales sobre la relevancia jurídica del consentimiento informado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001 establece, respecto al consentimiento informado, que “constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.”

Por tanto, añade la autora, el paciente es titular de derechos debido a la incidencia de la pluralidad ideológica de las sociedades actuales, en la medida en que ésta hace que se tome conciencia de que hechos semejantes pueden ser afrontados de diversa manera por los distintos individuos, sin que exista razón alguna para que las convicciones del médico deban imperar necesariamente sobre las del paciente. Y también, la toma de conciencia acerca del fundamento último del consentimiento del paciente al acto médico, como acto de ejercicio del contenido esencial de sus derechos a la vida y a la integridad física, de un lado, y a la libertad y a la dignidad personal, de otro.

Tal es la trascendencia que tiene en la actualidad el consentimiento al acto médico que, además del correspondiente respaldo normativo y deontológico, también supone el

establecimiento de las capacidades necesarias respecto a las personas que puedan sustituir en la prestación del consentimiento, a los pacientes incapacitados.

Es de destacar, que la vinculación actual entre el médico y el paciente, se aprecia desde una óptica jurídica que la califica, como muy bien dice la autora, de responsabilidad compartida, ya que el facultativo debe haber informado adecuadamente en el supuesto concreto, y el enfermo aceptar las consecuencias de su decisión.

#### 4.2. El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica.

La autora centra su exposición en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

##### 4.2.1. Significación del consentimiento informado en general.

El Tribunal Supremo en sus sentencias de 21 de diciembre de 2006, 15 de noviembre de 2006 y 20 de septiembre de 2005 constatan la integración en la *lex artis* del deber de recabar el consentimiento informado, añadiendo además, que no es suficiente el prestado sobre documentos impresos en los que no aparezca particularizada ni la situación médica del enfermo, no el tratamiento a realizar, ni los riesgos y posibles complicaciones del mismo. En este sentido, también se manifiestan las de 29 de julio de 2008, 21 de enero de 2009 y 30 de junio de 2009.

Una cuestión que divide a la doctrina y a la jurisprudencia estriba en la importancia de destacar en qué instante el consentimiento informado legitima la actuación del médico, o su inexistencia sirva para imputar responsabilidad civil por el resultado negativo, a pesar de la exquisita ejecución del acto médico.

Una primera postura se decanta por la causalidad como nexo imprescindible entre el daño y la carencia de consentimiento informado.

Una segunda postura, concibe que el daño consista en riesgos propios a la intervención practicada o al tratamiento sin ser informado el paciente que, obviamente, no consintió y, por tanto, se perdió la posibilidad de esquivar el daño.

Lo que la autora deja patente es la necesidad de respetar la autonomía del enfermo, salvo en las situaciones de urgencia o las que salvaguarden la salud pública.

#### 4.2.2. El derecho del paciente a no ser informado.

En opinión de la autora, este derecho debería no tenerse en cuenta cuando esté en juego la salud pública, a efectos de evitar el contagio a terceros cuando se padezcan enfermedades susceptibles de ser transmitidas.

#### 4.2.3. La excepción terapéutica al deber de información.

Aquí, la postura de la autora consiste en entender que, una vez detectado el “estado de necesidad terapéutica” , deberá hacerse constar en el historial clínico del enfermo, informados sus familiares y también recabar de éstos el consentimiento por sustitución, dejando para el médico el estado de necesidad y la urgencia como circunstancias que eximen el consentimiento.

#### 4.2.4. Las voluntades anticipadas.

Cuando una persona hace constar qué tratamientos o intervenciones desea para el futuro, en previsión de no poder hacerlo en su momento, por carecer de capacidad, estamos en presencia del mal llamado, como dice la autora, “testamento vital” que plantea la posibilidad de que la dignidad y la libertad de la persona que lo ha realizado se vea afectada cuando su voluntad no fuera respetada, dando lugar a la correspondiente responsabilidad civil.

También, se expone el hecho de que la Ley 41/2002, al referirse al documento de voluntad anticipada, solamente reconozca que puedan emitirlo aquellas personas con plena capacidad de obrar, sin mencionar a incapacitados y menores. Aquí, la autora, entiende que existe una laguna legislativa, y que serían aplicables los requisitos de capacidad concernientes al consentimiento informado.

#### 4.2.5. El contenido de la información

El consentimiento informado debe ser lo más completo posible. Así, se facilita la verdadera autonomía del paciente, su verdadera libertad de elección en cuanto a lo que realmente quiere, y además, sienta la legitimación del acto médico del facultativo.

La autora hace referencia al art. 10 de la ley 41/2002, que menciona los supuestos relativos al consentimiento informado por escrito, aunque también indica que supone un contenido mínimo útil para formar la voluntad del enfermo. En este sentido, se manifiestan las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1997 y 25 de abril de 2005, entre otras.

GALÁN CORTÉS sistematiza los factores que modulan el contenido del deber de información del médico, en subjetivos (tales como el nivel cultural, la edad y la situación personal, familiar, social y profesional del paciente) y objetivos (tales como la urgencia de la intervención, la necesidad del tratamiento y la gravedad de la enfermedad, como factores que pueden flexibilizar su alcance; o bien, otros como la particular peligrosidad del tratamiento o su novedad que, por el contrario, impondrán exponer al paciente como mayor exhaustividad los riesgos inherentes al mismo).

#### 4.2.6. Capacidad y legitimación para emitir el consentimiento.

Aquí, conviene destacar la valiente y juiciosa conclusión de la autora, cuando, en aras de una mayor seguridad jurídica expone: “en todo caso, a los efectos que ahora nos ocupan, lo importante es que esta regulación de la legitimación y capacidad para emitir el consentimiento informado carga sobre el facultativo la responsabilidad de apreciar correctamente la legitimación y capacidad para emitir el consentimiento, ya sea del paciente (menor de edad o incapacitado), ya sea de sus representantes legales- Ello permite sostener la posibilidad de que el médico incurra en responsabilidad por lesión a la autonomía del paciente, en caso de practicar una intervención a un menor con más de 16 años o a un paciente incapacitado, pero con capacidad natural suficiente para consentir personalmente, sin contar con su consentimiento; o a un menor con más de 12 años, sin oír su opinión; aun cuando haya contado con el consentimiento de sus representantes legales. Así mismo, podrá incurrir en responsabilidad en caso de haber padecido error en la apreciación de la edad o la capacidad natural del menor o incapacitado, practicando una intervención consentida por un paciente sin capacidad suficiente para emitir válidamente su voluntad.”

Francisco Pérez Echenique  
Abogado, Doctor en Derecho

Madrid, Marzo 2011