

DILIGENCIA MÉDICA Y RESPONSABILIDAD CIVIL

(Prof. Dra. Esther Monterroso Casado.
Profesora Asociada de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid).

SUMARIO: I. Introducción. II. Naturaleza de la responsabilidad civil y de la obligación del médico. III. La diligencia médica y la lex artis ad hoc. IV. Incumplimiento de las obligaciones contractuales y deberes profesionales. V. Especial referencia al consentimiento informado. VI. Carga de la prueba.

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho de daños sanitario, y concretamente el ámbito de la actuación médica, alcanza en nuestros días una trascendencia decisiva, que comporta la protección primordial de la salud. Además, las cuantiosas indemnizaciones que ocasionan estos daños y los costes de los mecanismos asegurativos que incorpora le dotan, si cabe, de mayor relevancia. En esta tesitura, la determinación de la diligencia del médico constituye la clave fundamental en el resarcimiento de los daños.

Actualmente, a la luz de las nuevas disposiciones surgidas recientemente y debido a la interpretación de los tribunales, resulta confuso conocer cuál es el nivel de diligencia exigido al médico y sobre qué criterios se determina la existencia de su responsabilidad. Por eso, el objetivo de este trabajo consistirá en identificar la diligencia médica y sus consecuencias.

II. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO.

A) Naturaleza de la responsabilidad civil del médico.

La vulneración de los deberes de conducta del médico genera responsabilidad por la infracción del artículo 1101 del Código civil, si se entabla una acción de responsabilidad civil contractual, o del artículo 1902, si se acude a la vía extracontractual.

Premio Magistrado Ruiz Vadillo

De esta manera, para lograr un resarcimiento del daño en favor de la víctima, se admite la concurrencia de ambos tipos de responsabilidades¹. En este sentido, la jurisprudencia mayoritaria sostiene que el perjudicado puede optar entre ambas acciones de resarcimiento (ejercitándolas incluso alternativa y subsidiariamente): la originada por el contrato y la derivada del acto ilícito extracontractual cuando “el hecho causante del daño sea al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro” (SSTS de 22 de febrero de 1991, 6 de octubre de 1992, 15 de febrero de 1993, 1 de abril y 29 de noviembre de de 1994, 15 de junio de 1996, 28 de junio y 31 de diciembre de 1997, 6 de mayo y 24 de julio de 1998, 8 de abril y 10 de noviembre de 1999, 8 de febrero de 2000 y 24 de marzo de 2001, entre otras)².

Ahora bien, para que el médico responda debe haber actuado antijurídicamente (su conducta debe ser contraria a derecho, es decir, debe vulnerar una norma genérica o específica) o debe serle el daño imputable subjetivamente³. Por otro lado, es posible la responsabilidad por hecho de otro, como sucede en el caso de la clínica u hospital respecto del médico contratado, en virtud del artículo 1903 del Código civil⁴.

Del mismo modo, es preciso que la conducta del médico sea causa, o una de las causas, de la producción del daño (es decir, debe existir una relación causa-efecto)⁵. En este sentido, por ejemplo, la STS de 9 de octubre de 1995 consideró que no existía relación causal entre el retraso en la realización de una intervención quirúrgica y el fallecimiento del paciente. La declaración de responsabilidad exige, por tanto, la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del médico (aunque sea ésta

¹ Apunta FÉRNANDEZ COSTALES que el profesional sanitario “además de cumplir las obligaciones derivadas de contrato, ha de observar la obligación genérica de no dañar a otro (*La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1995, p. 52).

² De esta manera, sostiene la STS de 7 noviembre 2000 que “esta Sala ha aceptado la yuxtaposición de acciones en la responsabilidad contractual y extracontractual, que responden a los mismos principios y la misma realidad aunque tienen diversa regulación positiva: es la llamada «unidad de la culpa»” (con cita de las SSTS de 28 de junio de 1997, 2 y 10 de noviembre y 30 de diciembre de 1999).

³ PANTALEÓN PRIETO, «Comentario al artículo 1902», *Comentario del Código civil, Ministerio de Justicia*, vol. II, 1991, p. 1994 y 1995.

⁴ Para un mayor análisis, véase YZQUIERDO TOLSADA, «El profesional liberal en el régimen de dependencia», en *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Colección Responsabilidad Civil, volumen 16, Hammurabi, 1998.

⁵ Véase PANTALEÓN, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código civil*, vol. II, 1990, en especial, pp. 1564 y 1565; y pp. 1561 y ss; DE CUEVILLAS MATOZZI, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 78 y ss; o DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil, Civitas*, Madrid, 1993, pp. 751-864; y

negligente) y el daño ocasionado⁶. Además, cuando, unido a la falta de diligencia del médico, las pruebas revelen que otras conductas negligentes han concurrido en la causación del daño, podrá apreciarse una concurrencia de culpas, realizándose una equitativa moderación de la responsabilidad y un reparto proporcional de la cuantía de la indemnización de ambas conductas, la del médico y la víctima (o la de un tercero)⁷. A sensu contrario, cuando resulte probado que la actuación del médico no intervino causalmente en el resultado, quedará éste exento de responsabilidad.

B) Naturaleza de la obligación del médico.

En cuanto a la naturaleza de las obligaciones contractuales profesionales del médico, como regla general, se trata de una obligación de medios. En estos casos, señala la jurisprudencia, no nos encontramos ante una obligación de resultado (lograr la salud del paciente), sino de medios: suministrar todos los cuidados necesarios al paciente en consonancia con el estado de la ciencia y de la denominada «lex artis ad hoc»⁸. Es decir, “tomando en consideración el caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que tenga lugar” (SSTS de 25 de junio de 2003 y 31 de julio de 1996).

Sin embargo, en determinadas ocasiones, nos encontramos ante una obligación de resultado, cuando la labor del médico no consiste en curar, sino en realizar una intervención satisfactoria para obtener un resultado específico: la mejora del aspecto físico

«Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1987», *CCJC*, núm. 15, 1987, pp. 4961-4981.

⁶ Nuestro Tribunal Supremo parte de que *la relación de causalidad como elemento o requisito de la responsabilidad civil presupone un necesario encadenamiento de hechos precedentes básicos para que el resultado resarcible se produzca y de la existencia de una conducta de suficiente importancia como que pueda considerarse desencadenante de aquel resultado, dando lugar con ello a lo que la doctrina llama "causa eficiente" reconocida y declarada; en virtud de la cual no es preciso que el daño sea consecuencia directa de la causa sino que es suficiente con que la misma fuera necesaria para la producción del evento cuyo resarcimiento se pretende* (STS de 23 de septiembre de 1988).

⁷ En este sentido, véanse, por ejemplo, las SSTS de 30 de julio de 1991 y de 23 de febrero de 1996.

⁸ En esta línea se pronuncian las SSTS de 26 de marzo y 26 de mayo de 1986, 12 julio 1988, 17 de junio de 1989, 7 de febrero y 6 de noviembre 1990, 11 de marzo de 1991, 20 de febrero de 1992, 28 de marzo de 1993, 24 de septiembre de 1994, 31 de julio y 10 de diciembre de 1996, 25 de enero y 20 de junio de 1997, 29 de mayo y 19 de junio de 1998, 12 de marzo y 18 de septiembre de 1999, 23 de octubre de 2000, 3 de marzo y 12 de junio de 2001, 4 de febrero, 25 de junio y 10 de julio de 2002, 10 de abril, 8 de mayo y 25 de junio de 2003, entre otras muchas.

o estético⁹. En este sentido, señala, por ejemplo, la STS de 25 de abril de 1994 que cuando se trata de curar o mejorar a un paciente estamos en presencia de un arrendamiento de servicio, pero cuando se acude a un profesional para obtener, en condiciones de normalidad de salud, algún resultado que voluntariamente se quiere conseguir, se aproxima ya de manera notoria al arrendamiento de obras¹⁰.

III. LA DILIGENCIA MÉDICA Y LA LEX ARTIS AD HOC.

El médico se encuentra sujeto a responsabilidad por culpa o negligencia, resultando de aplicación el artículo 1101 y 1902 del Código civil a la hora de atribuir al médico dicha responsabilidad. No se encuentra, por lo tanto, consagrado un principio objetivo (ya que los fundamentos de la responsabilidad objetiva no son aplicables en este supuesto, ni considero que deba interpretarse el artículo 28 de la LGCU en ese sentido). En esta tesitura, si el médico no actúa diligentemente en el desempeño de su profesión, es decir, si no proporciona los medios y cuidados adecuados en consonancia con el estado de la ciencia, será responsable del resultado dañoso ocasionado.

Por esa razón, resulta preciso contrastar su conducta negligente, en relación con su *lex artis* (atendiendo a los principios que regulan las pautas de su comportamiento, es decir, a sus normas profesionales y deontológicas), para determinar si su conducta (o su pericia) se ajusta a la diligencia exigida al profesional médico medio, en relación con los artículos 1104 y 1903 del Código civil¹¹.

Este concepto de diligencia enmarca la culpa o negligencia del deudor, conforme al criterio establecido por el artículo 1104 del Código civil. Dicho precepto dispone que: *La*

⁹ Véanse las SSTS de 16 abril 1991, 25 de abril de 1994, 1, 25 y 31 de julio de 1996, 11 de febrero, 22 de abril, 28 de junio y 10 de diciembre de 1997, 19 de febrero y 9 de diciembre de 1998 o la de 28 de junio de 1999.

¹⁰ Algunas sentencias consideran que, en estos casos, nos seguimos encontrando ante un arrendamiento de servicios (aunque se aproxime al de obras): por ejemplo, las SSTS de 25 de abril de 1994, 28 de junio de 1997 y 22 de julio de 2003; mientras que otras consideran que se trata de un verdadero contrato de obra: véanse, por ejemplo, las SSTS de 11 de febrero y 2 de diciembre de 1997, y 28 de junio de 1999.

¹¹ Véase MARTÍNEZ-CALCERRADA, *La responsabilidad civil profesional*, Colex, Madrid, 1996, p. 18; y «Especial estudio de la denominada Lex artis ad hoc en la función médica», *Actualidad Civil*, núm. 542, 1986, pp. 1697-1709; RUIZ VADILLO, «La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la medicina», *Actualidad Penal*, núm. 27 y FÉRNANDEZ COSTALES, *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1995, p. 46.

Premio Magistrado Ruiz Vadillo

culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Y, a continuación, añade que: Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.

Respecto al nivel de diligencia exigible, no se le impone el deber más alto posible, sino que es el grado medio (que es el del profesional médico medio) el que se toma como referencia para analizar y calificar su actuación. Por eso, no será responsable por los riesgos atípicos ni tampoco cuando en su actuación hubiera utilizado uno de los procedimientos o de las técnicas válidamente alternativas. Ahora bien, este nivel de diligencia no será el mismo en el supuesto de que nos encontremos ante un especialista que ante un médico generalista (sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera existir si trata a un paciente careciendo de conocimientos suficientes). En uno y en otro caso se le exigirá haber actuado de la mejor forma en consonancia con su ámbito de especialización y su formación, teniéndose en cuenta el deber de reciclaje de sus conocimientos, exigido en este tipo de profesión. Del mismo modo, el nivel de diligencia exigida a un médico rural en el diagnóstico de una enfermedad no será el mismo que el exigido a un profesional de un hospital médico, que dispone de los medios y de las técnicas necesarias para emitir un diagnóstico preciso. Por eso, resulta necesario analizar las conductas en cada caso concreto, en virtud de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Ahora bien, la jurisprudencia, al igual que sucede en otros ámbitos de la responsabilidad¹², viene ampliando la interpretación de este artículo 1104 del Código civil, que define la culpa o negligencia, exigiendo al médico una mayor diligencia para

¹² En este sentido, O'CALLAGHAN repasa la evolución que la diligencia ha experimentado en los últimos tiempos, "desde exigir una culpa leve o lata", hasta las sentencias más modernas que exigen la "racional y ordinaria cautela que debe acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse daños" («Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual», *Actualidad Civil*, núm. 1, 1987, p. 9, con cita de las SSTs de 9 de marzo y 18 de septiembre de 1984). Nos encontramos, pues, ante lo que se ha dado en llamar culpa social, por medio de la cual "empiezan a recibir tratamiento condenatorio las conductas simplemente torpes, desafortunadas o erróneas" (CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia*, Arandazi, Pamplona, 1987, pp. 55 y 56). Si bien, sostiene este autor que en el ámbito de la responsabilidad contractual del médico no incurre en ella por culpa levísima (Íd, en «Aspectos sustantivos de la protección de los consumidores en los contratos sobre servicios, según el ordenamiento español», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 16, 1989, p. 128).

evitar el resultado dañoso. Partiendo de la premisa anterior, se percibe una actitud a flexibilizar el concepto de culpa, e incluso se busca nuevos deberes de diligencia, para atribuir la responsabilidad al médico. El fundamento de esta actitud resulta claramente expresado en las SSTS de 27 de mayo de 2003, 19 de enero de 2001, y 16 de febrero y 22 de mayo de 1995:

La actividad de diagnosticar como la de sanar ha de prestarse con la aportación profesional más plena y entrega decidida, pues la importancia de la salud humana así lo requiere, siendo su protección mandato constitucional (arts. 43 y 51), por lo que no cabe en esta cuestión regateo de medios ni de esfuerzos. Y continúa señalando Villagómez Rodil (en su voto particular a la SSTS de 25 de junio de 2003), y hacen censurables y generan responsabilidad civil, todas las conductas médicas en las que se da patente omisión de medios y remedios que procedan, precipitaciones e incluso rutina en el hacer profesional¹³.

En estas circunstancias, es posible observar un incremento de diligencia impuesto en la actuación del médico analizando alguna de sus obligaciones contractuales y deberes profesionales, como el diagnóstico, el tratamiento y la información al paciente.

IV. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRATUALES Y DEBERES PROFESIONALES.

El médico que comete un error profesional sobre el diagnóstico de la enfermedad sufrida por el paciente puede incurrir en responsabilidad si no adoptó los medios o empleó las técnicas adecuadas, según impone el estado actual de la ciencia¹⁴. Ahora bien, esta afirmación no quiere decir que deba interpretarse la diligencia exigida al médico de manera que un simple error pueda constituir siempre falta de un deber de cuidado, ya que, en

¹³ En este sentido, denuncia, en su voto particular a la STS 25 junio 2003: “No son de recibo ni las precipitaciones ni los diagnósticos apresurados que se presentan inadecuados por falta de estudio e investigación, pues el derecho a la salud impone y exige se lleven a cabo todas las prestaciones necesarias, precisas e idóneas, sin omisiones injustificadas y ha de rechazarse rotundamente la declaración que contiene la sentencia del Juez de la Instancia de que el día de los hechos estaba saturado el servicio de urgencias, lo que obligaba a seleccionar los internamientos hospitalarios, pues tratándose de enfermos graves no han de estar supeditados a una selección más o menos administrativa y movidas por impresiones. Los enfermos no se seleccionan y lo que hay que procurar es su curación”.

¹⁴ Respecto al error en el diagnóstico acúdase a las SSTS de 26 de mayo de 1986, 12 de febrero, 22 de junio y 12 de julio de 1988, 7 y 12 de febrero de 1990, 8 de mayo y 30 de julio de 1991, 13 de octubre de 1992, 11 de marzo de 1996 y 18 de diciembre de 2002.

Premio Magistrado Ruiz Vadillo

ocasiones, la sintomatología puede confundirse o puede que la enfermedad se encuentre en sus primeros episodios y sea difícil un reconocimiento de la misma. En sentido contrario, en el caso de que nos encontremos ante una enfermedad cuyos síntomas son claramente distinguibles, existirá negligencia del médico si no emite tal diagnóstico y, como consecuencia, se produce el resultado dañoso.

Si el diagnóstico fue equivocado por omitir la realización de las pruebas pertinentes, el médico asumirá la responsabilidad por el resultado acontecido, aun en el caso de que no resultare probado que la realización de la prueba hubiera sido suficiente para evitar el fallecimiento del paciente, ya que la relación causal existe desde el momento en que no se realiza dicha prueba para emitir el diagnóstico preciso (STS de 27 de mayo de 2003 y 25 de septiembre de 1999). En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que en la actuación médica no cabe regateo de medios ni de esfuerzos, generando responsabilidad tanto contractual como extracontractual dicha omisión (SSTS de 16 de febrero y 22 de mayo de 1995, 19 de enero de 2001 y 27 de mayo de 2003). Por tanto, cuando hablamos de salud no es posible utilizar el análisis económico del derecho (en virtud de la fórmula de análisis coste-beneficio¹⁵) para atribuir la responsabilidad.

En cuanto al tratamiento, la prescripción de medicamentos o la intervención quirúrgica, existe negligencia cuando el resultado dañoso se produce como consecuencia de la falta de conocimientos técnicos o profesionales o, en definitiva, cuando se realicen los mismos mediante unos métodos que contravengan las normas de la “lex artis”. Así, por ejemplo, la SAP de Ciudad Real de 14 de noviembre de 2002 (que declara la responsabilidad del médico tras la realización incorrecta de una ligadura de trompas, que permitió el embarazo de la paciente tres meses después de la intervención), o la de Valencia de 18 de mayo de 2000 (en la que el médico ocasiona la esterilidad de la paciente por no prestarla el tratamiento adecuado).

¹⁵ Esta atribución de la responsabilidad, en función de la fórmula *Learned-Hand*, toma en consideración la adopción de medidas para evitar un resultado dañoso dependiendo de la probabilidad del daño, el coste del mismo y el gasto para prevenir el daño.

En muchos casos, la prueba de la existencia de una relación de causalidad entre dicho acto médico y el resultado dañoso resulta compleja, lo que ocasiona que muchas de las demandas sobre responsabilidad médica por estos conceptos sean desestimadas. En este sentido, véanse, por ejemplo, la SAP de Lleida de 22 de octubre de 2002, de Madrid de 21 de marzo de 2000, de Orense de 6 de abril de 1999 o de Baleares de 9 de junio de 1997.

V. ESPECIAL REFERENCIA AL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

No sólo existe la obligación por parte del médico de utilizar los medios adecuados a la ciencia, sino de proporcionar información al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico y opciones de tratamiento, cómo va a efectuarse, cuál será su duración y los riesgos inherentes al mismo. De hecho, el consentimiento informado, calificado como un derecho humano fundamental y básico (SSTS de 12 de enero de 2001 y de 11 de mayo de 2001), constituye un elemento clave en el ejercicio de la actuación profesional del médico¹⁶. En este sentido, la ausencia de dicho consentimiento informado genera responsabilidad, ya que su ausencia constituye base suficiente del reproche culpabilístico del médico¹⁷.

Respecto a la forma y condiciones en que debe suministrarse dicha información debemos acudir al elenco de derechos y obligaciones recogidos 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 Clínica¹⁸. La presente Ley determina las

¹⁶ Para un análisis en profundidad véanse GALÁN CORTÉS, *El consentimiento informado del usuario de servicios sanitarios*, Colex, Madrid, 1997 y *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001; MARTÍNEZ AGUADO, «El consentimiento informado. Una nueva forma de entender la relación clínica», *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 5, 1995; PARRA LUCÁN, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil*, núm. 2/2003; PLAZA PENADÉS, «La Ley 41/2002 básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562/2003; ROMEO CASABONA, «El consentimiento informado», en *La responsabilidad legal del personal sanitario*, AEDS, Madrid, 2000, pp. 59 y ss.; o SÁNCHEZ CARO, «El derecho a la información en la prestación sanitaria: aspectos civiles», *La Ley*, núm. 3340, 1998.

¹⁷ Respecto a la responsabilidad por falta de información, véanse, a modo de ejemplo, las SSTS de 18 de febrero y 1 de julio de 1997; y, entre las resoluciones de las Audiencias, las SSAP de Baleares de 3 de febrero de 2003, de Barcelona de 22 de febrero de 2000, o de Córdoba de 25 de enero de 2000, entre muchas otras.

¹⁸ En consonancia con la regulación del derecho a la protección de la salud, recogido por el artículo 43 de la Constitución, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de

obligaciones de los profesionales sanitarios en el ámbito de la información y la documentación clínicas con el objeto de proporcionar información suficiente al paciente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

El consentimiento informado del paciente es requerido (libre y voluntario), una vez recibida la información previa adecuada, para realizar cualquier intervención en el ámbito de la sanidad (artículo 8)¹⁹: es decir, en toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación (según es definido en el artículo 3). En este sentido, el médico deberá previamente facilitar la información básica acerca de: las consecuencias relevantes o de importancia originada por la intervención; 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 (artículo 10).

Este consentimiento, por regla general, se efectuará verbalmente. Ahora bien, la Ley impone, respecto a este deber de información, un deber de diligencia incrementado cuando los tratamientos conlleven un mayor riesgo para la salud del paciente, especialmente en los casos en los que el resultado de una intervención puede resultar más incierto. De esta manera, se exige que conste dicho consentimiento por escrito en los siguientes supuestos: en una intervención quirúrgica, en los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (artículo 8.2). De este modo, en sentido contrario, en aquellos casos en los que nos encontremos ante intervenciones o tratamientos que no generan riesgos, el consentimiento al tratamiento médico del paciente se entenderá como tácito.

También la Ley establece ciertos límites a dicha exigencia, señalando dos supuestos en los que no resulta necesario el consentimiento: cuando existe riesgo para la salud pública, y cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del

diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y, en especial, el Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina, en vigor en España desde el 1 de enero de 2000.

¹⁹ En este sentido, define en su artículo tercero el «consentimiento informado» en los siguientes términos: *la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.*

enfermo y no es posible conseguir su autorización; si bien, cuando sea posible, se consultará a sus familiares o a las personas con las que se encuentre vinculadas de hecho (artículo 9.2).

Una vez que el médico cumple con el deber de informar al paciente del riesgo y obtiene su consentimiento, no se le podrá atribuir responsabilidad alguna si el fallecimiento del paciente proviene de esa posibilidad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se entenderá que el consentimiento estaba viciado o resultó defectuoso si no le suministró toda la información exigida en el artículo 10 de la Ley. En ese sentido, la carga de la prueba de la información suministrada al paciente y su consentimiento sobre la misma recae sobre el centro sanitario y su personal; especialmente, en los ámbitos en que la Ley exige que el consentimiento sea prestado por escrito²⁰.

Este deber de información acerca de los riesgos se hace aún más relevante en las intervenciones quirúrgicas voluntarias o satisfactivas, “en los que la libertad de opción por parte del paciente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa” (STS de 2 de julio de 2002). En estos casos, algunas sentencias entienden que en el acto médico de cirugía reparadora o perfectiva la obligación es de resultado (SSTS de 22 de abril y 10 de diciembre de 1997, 19 de febrero y 9 de diciembre de 1998 o 28 de junio de 1999), y otras que nos seguimos encontrando ante una obligación de medios pero intensificada, “haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin sino también y con mayor intensidad las obligaciones de informar al cliente -no paciente- tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de la posibilidad de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención” (SSTS de 1, 25 y 31 de julio de 1996, 11 de febrero de 1997 y 28 de junio de 1997).

²⁰ PLAZA PENADÉS, «La Ley 41/2002 básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562/2003.

VI. LA CARGA DE LA PRUEBA.

En el ámbito de la responsabilidad civil médica, la jurisprudencia descarta la existencia de una responsabilidad objetiva y la aplicación de la inversión de la carga de la prueba²¹. El paciente (o sus familiares) debe probar la realidad de los hechos y el nexo causal existente entre la conducta negligente del facultativo y el daño sufrido, en consonancia con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000). En este sentido se pronuncian las SSTS de 26 de mayo de 1986, 12 de junio de 1988, 7 de febrero de 1990, 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992, 15 de noviembre de 1993, 26 de septiembre de 1994, 31 de julio y 10 de diciembre de 1996, 25 de enero y 20 de junio de 1997, 29 de mayo y 19 de junio de 1998, 12 de marzo y 18 de septiembre de 1999, 23 de octubre de 2000, 20 de marzo y 4 de junio de 2001, 4 de febrero y 25 de junio de 2002 o 25 de junio de 2003. En esta última, apunta su ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA que “a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer relación de causalidad culposa, por depender de la misma el resultado dañoso”. Esta doctrina también ha sido recogida reiteradamente por las Audiencias: véanse, a modo de ejemplo, las SSAP de Baleares de 3 de febrero de 2003, de Tarragona de 5 de enero de 2000, de Madrid de 28 de marzo de 2000 o de Orense de 6 de abril de 1999.

Por ello, incumbe al paciente probar la omisión por parte del médico de la diligencia exigida a estos profesionales en un supuesto similar al acontecido, cotejándola, así, con la llamada jurisprudencialmente como *lex artis ad hoc*. Ahora bien, el rigor de dicha prueba se flexibiliza, admitiéndose la prueba *prima facie* y las presunciones²².

Aunque, como hemos visto, la doctrina jurisprudencial general exige la existencia de culpa para estimar la responsabilidad, existen excepciones.

En primer lugar, cuando nos encontramos ante una intervención satisfactiva, pues varía la naturaleza de la obligación contractual (ya que nos encontramos ante una

²¹ Para un mayor análisis sobre esta cuestión, véase DE ANGEL YAGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, 1999.

obligación de resultado). En este caso, será el médico quien deba probar que el incumplimiento de la obligación no se debió a su conducta negligente.

En segundo lugar, en los supuestos en los que se ha producido un daño anormal y desproporcionado, a lo que comparativamente es usual, entre la intervención médica y el resultado. En esta situación, se considera acertada la inversión de la carga, debiendo ser el médico el que pruebe que ese daño no fue debido a su actuación por encontrarse en mejor posición para justificar su conducta. En este sentido, se pronuncian las SSTS de 2 de diciembre de 1996, 17 de febrero y 13 de diciembre de 1997, 19 de febrero y 9 de diciembre de 1998, 29 de junio y 9 y 21 de diciembre de 1999, 19 de julio y 29 de noviembre de 2002 o 30 y 31 de enero de 2003. Afirma O'CALLAGHAN MUÑOZ, ponente de estas dos últimas sentencias, que “el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”²³. Por ello, aunque se rechaza la objetividad

²² De esta manera, bastará con que el perjudicado pruebe otros hechos que hagan verosímil la negligencia del médico (LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*. Trivium, 1988, Madrid, pp. 426 y 427).

²³ En cuanto a esta doctrina jurisprudencial del «resultado desproporcionado», el Magistrado Francisco Marín Castán observa en su voto particular a la Sentencia de fecha 31 de enero de 2003, que no debe ser entendida “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, 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 corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada. 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. Y es que, en definitiva, la responsabilidad del cirujano en virtud del artículo 1902 del Código Civil sólo puede fundarse en su culpa o negligencia: 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 (SSTS 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 (SSTS 20 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 (STS 11 de abril de 2002). 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

Premio Magistrado Ruiz Vadillo

de la responsabilidad, se considera probada la culpa cuando se ha producido este daño desproporcionado. Por lo tanto, el médico para quedar liberado de responsabilidad en estos supuestos deberá acreditar suficientemente el cumplimiento del deber de diligencia que le es exigible en su actividad profesional.

En tercer lugar, también se considera acertada la inversión de la carga de la prueba cuando se da una situación de facilidad o disponibilidad probatoria, en consonancia con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁴. En tal caso, el deber de probar recae sobre el médico “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, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión” (STS 21 de enero de 2003). Así, lo estiman, entre otras, las SSTS de 3 y 29 mayo 2000, 8 febrero 2001, 31 de julio y 23 de diciembre de 2002.

No constituyen estas excepciones una objetivación absoluta de la responsabilidad, sino una apreciación de la culpa derivada del incumplimiento de la obligación de resultado en el supuesto de cirugía satisfactoria, de un resultado desproporcionado o de una disponibilidad probatoria que no queda desacreditada por prueba en contrario.

En definitiva, como regla general, el paciente deberá probar la existencia del daño y del nexo causal entre la conducta del médico y el resultado dañoso. Respecto a la culpa, deberá probar la actuación negligente del médico, salvo en los casos en los que: se haya producido un incumplimiento del arrendamiento de obras (se considere o no en puridad como tal los supuestos cirugía estética); un daño desproporcionado; exista una facilidad probatoria por parte del médico. En estos tres casos, la inversión de la carga de la prueba

omisión, se desvaloriza esta materia hasta despojarla de lo que para nuestro Derecho civil constituye la clave del juicio de responsabilidad”.

²⁴ En esta línea, véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Responsabilidad médica», *Arandazi Civil*, vol. III, 1996, p. 10.

impone al médico la necesidad de demostrar mediante prueba pericial su conducta diligente para exonerarle de toda responsabilidad.

Por último, no debemos olvidar que, además de la aplicación de los artículos 1902 y 1101 del Código civil, algunas sentencias aplican también la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (SSTS de 1 y 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998 y 29 de noviembre de 2002, entre otras). Esta Ley establece, en su artículo 28, un sistema objetivo de responsabilidad respecto a los daños causados por servicios sanitarios mencionados en su párrafo segundo. Esta apreciación supone un cambio en la carga de la prueba de la negligencia médica, ya que dicho artículo permite atribuir la responsabilidad al hospital sin necesidad de probar previamente la culpa o negligencia de su personal médico²⁵. Esta Ley entiendo que sólo resulta de aplicación en el ámbito hospitalario²⁶, y no, como sostiene algunos autores, en relación a la responsabilidad personal del médico²⁷. En este sentido, considero que carece de fundamento la aplicación de una responsabilidad objetiva en estos casos de responsabilidad profesional; además, si el legislador hubiera deseado imponer este tipo de responsabilidad al médico, lo hubiera declarado expresamente; sin olvidar que los seguros de responsabilidad civil médica exigen una conducta culposa para reparar los daños ocasionados. Lo contrario entrañaría un enorme riesgo para la profesión médica, ya que abriría una vía para reclamar judicialmente al médico, siempre que no se hubiera logrado curar al paciente.

²⁵ En este sentido, a la luz del artículo 28 de la LGCU, sostiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que las víctimas, en estos casos, no deberán probar la culpa del médico, sino el nexo causal entre esa conducta y el resultado dañoso («Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1994», *CCJC*, núm. 37, 1995, pp. 154 y 155). Además, señala la STS de 18 de diciembre de 2002 que, aunque esta responsabilidad objetiva pudiera resultar contradictoria con la aplicación simultánea del principio culpabilístico recogido en el artículo 1902 del Código Civil, se entiende que se trata sólo de “un criterio de imputación de responsabilidad diferente, consistente en que el consumidor y el usuario sólo deben probar el daño y que éste es consecuencia del bien o servicio de que se trate en cada caso particular”.

²⁶ Véase, en este sentido, FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, La Ley-Actualidad, Colección Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, 1995, p. 38.

²⁷ PANIZA FULLANA entiende que también resulta de aplicación respecto a los actos médicos («La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDU (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997)», *Aranzadi Civil*, Vol. I, 1998, pp. 77 y ss. Interpretación demasiado amplia, que no comparto.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ANGEL YAGÜEZ, R. DE, *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999.

- *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

- «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1987», *CCJC*, núm. 15, 1987.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; «Responsabilidad médica», *Arandazi Civil*, vol. III, 1996.

- «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1994», *CCJC*, núm. 37, 1995.

CAVANILLAS MÚGICA, S.; «Aspectos sustantivos de la protección de los consumidores en los contratos sobre servicios, según el ordenamiento español», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 16, 1989.

- *La transformación de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia*, Arandazi, Pamplona, 1987.

CUEVILLAS MATOZZI, I. DE; *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FÉRNANDEZ COSTALES, J; *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1995.

GALÁN CORTÉS, J. C.; *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001.

- *El consentimiento informado del usuario de servicios sanitarios*, Colex, Madrid, 1997.

LLAMAS POMBO, E.; *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*. Trivium, Madrid, 1988.

MARTÍNEZ AGUADO, L. C; «El consentimiento informado. Una nueva forma de entender la relación clínica», *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 5, 1995.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, L; *La responsabilidad civil profesional*, Colex, Madrid, 1996.

- «Especial estudio de la denominada *Lex artis ad hoc* en la función médica», *AC*, núm. 542, 1986.

O'CALLAGHAN, X; (««Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual», *Actualidad Civil*, núm. 1, 1987.

PANIZA FULLANA, A.; «La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDU», *Aranzadi Civil*, Vol. I, 1998.

PANTALEÓN PRIETO, F.; «Comentario al artículo 1902», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, 1991.

- «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código civil*, vol. II, 1990.

PARRA LUCÁN, M^a. Á.; «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil*, núm. 2/2003.

PLAZA PENADÉS, J.; «La Ley 41/2002 básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562/2003.

- «Responsabilidad civil del prestador de servicios médico sanitarios», *Derecho de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ROMEO CASABONA, C. M.: «El consentimiento informado», en *La responsabilidad legal del personal sanitario*, AEDS, Madrid, 2000.

RUIZ VADILLO, E; «La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la medicina», *Actualidad Penal*, núm. 27.

SÁNCHEZ CARO, J.:«El derecho a la información en la prestación sanitaria: aspectos civiles», *La Ley*, núm. 3340, 1998.

YZQUIERDO TOLSADA, «El profesional liberal en el régimen de dependencia», en *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Colección Responsabilidad Civil, volumen 16, Hammurabi, 1998.