



Estafilococos y otros intrusos. El paciente ante las infecciones intra-hospitalarias. Virtualidad del régimen de responsabilidad del artículo 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007*

Eugenio Moure González
Abogado

Sumario

1- Introducción

2- Desarrollo

- 2.1 La responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario. Un viaje de ida y vuelta con parada en el art. 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007.
- 2.2 Un análisis del Derecho comparado. El caso francés.
- 2.3. Los cambios de criterio del Tribunal Supremo. De la responsabilidad objetiva a la subjetiva y viceversa.
 - a) *En la jurisdicción contencioso-administrativa.*
 - b) *En la jurisdicción civil.*

3- Conclusiones

4- Bibliografía

I. Introducción

Una infección intra-hospitalaria (también llamada nosocomial), según la Organización Mundial de la Salud, puede definirse como aquella contraída en el hospital por un paciente internado por una razón distinta de esa infección, que no se había manifestado ni estaba en periodo de incubación en el momento del ingreso, comprendiendo las manifestadas después del alta

* Comunicación que obtuvo el Premio Aranzadi en el I Congreso Internacional sobre Derecho de Daños, celebrado en Granada los días 14, 15 y 16 de marzo de 2013

hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento¹.

Según el estudio ENEAS (estudio nacional de eventos adversos relacionados con la hospitalización), y que fue realizado en el año 2005 sobre una muestra de hospitales españoles, el 9,3% de los pacientes ingresados han tenido un evento adverso (un resultado desfavorable para su salud, que no fue producido por la evolución natural de su enfermedad, sino por la propia asistencia hospitalaria). Las infecciones nosocomiales supusieron un 25,3% de los eventos adversos².

El estudio EPINE (Estudio de Prevalencia de Infecciones Nosocomiales en España) se realiza, promovido por la Sociedad Española de Medicina Preventiva desde 1990, y es probablemente el estudio de prevalencia de infección nosocomial mayor del mundo, el cual establece que aunque la prevalencia de infección nosocomial en los hospitales españoles (datos de 2011) era del 7,1%, en los últimos 20 años ha descendido un 2,7% aunque se mantiene más o menos estable. Las infecciones respiratorias, seguidas de las infecciones urinarias y las quirúrgicas, son las más frecuentes³.

Se estima que aproximadamente 4.100.000 pacientes adquieren una infección asociada con la asistencia sanitaria en la Unión Europea cada año. El número de muertes que se producen como consecuencia directa de estas infecciones se estima que es al menos 37.000. Aproximadamente el 20-30% de las infecciones nosocomiales se consideran evitables con medidas de higiene intensiva y programas de control⁴.

La presencia de gérmenes, virus y bacterias en el ámbito hospitalario es, por lo tanto, previsible. Su agresividad en ocasiones es letal para



el paciente ya que se han adaptado a sobrevivir en un ambiente hostil, resistiendo el empleo de antibióticos. Lo más que se puede conseguir es disminuir su incidencia aplicando unas normas higiénicas y de control de brotes epidémicos⁵.

En ese contexto, de peligro potencial cierto, y tratándose de un motivo recurrente de reclamación, la respuesta judicial ha sido cambiante, con resultados dispares tanto dependiendo del tiempo en que se planteaba como de la jurisdicción, civil o contencioso-administrativa, que la enjuiciaba.

Este trabajo pretende, tras un análisis de la doctrina legal y judicial, aportar un punto de encuentro que otorgue cierto grado de certi-

¹ Organización Mundial de la Salud. Prevención de las infecciones nosocomiales. Guía práctica. 2ª Edición. Puede consultarse en: http://www.who.int/csr/resources/publications/ES_WHO_CDS_CSR_EPH_2002_12.pdf (07/03/2013)

² Ministerio de Sanidad y Consumo. Estudio Nacional sobre los efectos adversos ligados a la hospitalización. Puede verse en: <http://www.seguridadelpaciente.es/index.php/lang-es/proyectos/financiacion-estudios/e-epidemiologicos/2005.html> (07/03/2013)

³ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Estudio EPINE: resultados 1990-2011, Madrid, 3 de Mayo de 2012. Puede verse en: <http://hws.vhebron.net/epine/> (07/03/2013)

⁴ Annual epidemiological report on communicable SURVEILLANCE REPORT diseases 2010. Antimicrobial resistance. Puede consultarse en: [http://www.ecdc.europa.eu/en/press/news/Lists/News/ECDC_DispForm.aspx?List=32e43ee8-e230-4424-a783-85742124029a&ID=561&RootFolder=%2Fnews%2Fpress%2Fnews%2FLists%2FNews\(07/03/2013\)](http://www.ecdc.europa.eu/en/press/news/Lists/News/ECDC_DispForm.aspx?List=32e43ee8-e230-4424-a783-85742124029a&ID=561&RootFolder=%2Fnews%2Fpress%2Fnews%2FLists%2FNews(07/03/2013))

⁵ Así, a modo de ejemplo, la infección por *Staphylococcus aureus* metil resistente constituye un episodio típico de infección hospitalaria que aparece con regular frecuencia al practicar actos de cirugía traumatológica. De ello se hace eco, tras practicar una revisión del acervo jurisprudencial la STS, de 20/12/2004 [RJ\2005\1597]



dumbre al justiciable. Particularmente, el objetivo perseguido es aportar una solución, no ya de “*lege ferenda*” sino incluso de “*lega lata*”, en línea con la alcanzada en Francia, pero con sustento en el art. 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007, en garantía del perjudicado por una infección nosocomial, sin perjuicio del ámbito hospitalario en que se produzca (público o privado) y de la jurisdicción que en definitiva tenga que enjuiciarlo.

Todo ello teniendo que presente que tanto sea un hospital público o privado en donde se contraiga la infección el nivel de protección legal ha de ser el mismo y la respuesta judicial, sean desde uno y otro orden jurisdiccional, también, como salvaguarda de la siempre deseable seguridad jurídica.

Pues en definitiva, las infecciones contraídas en centros públicos se pueden dirimir en la jurisdicción civil (acudiendo al remedio de la acción directa frente a la aseguradora de la Admi-

nistración titular del centro), y las contraídas en centros privados pueden juzgarse en la jurisdicción contencioso-administrativa (cuando existe convenio o concierto con la Administración).

2. Desarrollo

2.1. La responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario. Un viaje de ida y vuelta con parada en el art. 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007

Consagra la Constitución española la responsabilidad patrimonial en su **artículo 9.3**, al establecer que “*la Constitución garantiza (...) la responsabilidad de los poderes públicos*, añadiendo su **artículo 106.2** que “*los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por cada lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”.

La justificación de una responsabilidad patrimonial de la Administración de tipo objetivo tenía fundamento, de un lado, en la llamada teoría del riesgo, que sostiene que en la medida en que el funcionamiento en interés general de los servicios públicos comporta la creación de riesgos, los daños causados en patrimonios privados deben de ser asumidos por la propia colectividad en cuyo interés se causaron, por razones de justicia conmutativa; y de otro lado, en la llamada teoría de la igualdad ante las cargas públicas, según la cual la Administración debe resarcir los daños patrimoniales causados a los particulares como consecuencia de su actuación cuando aquéllos comportan un sacrificio especial para los damnificados, es decir, una carga que excede de las generales que recaen sobre todos los ciudadanos por el propio modelo de organización social, teoría basada en la idea de solidaridad⁶.

La doctrina científica ha sido muy crítica en los últimos años con este sistema responsabilidad objetiva así diseñado.

Ya **PANTALEÓN PRIETO** en el año 1995 decía “*que España no puede permitirse <gozar> del sistema de responsabilidad de la Administración más <avanzado>, o sea, más caro del mundo*”.

⁶ DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los Servicios Públicos*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2009. pp.112-113

El mismo autor razona que la responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios público debe “restringirse a los que sugerimos denominar <daños cuasiexpropiatorios>, entendiéndolo por tales aquellos que son (producto indeseado, pero) consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión”, añadiendo que lo contrario “no es otra cosa que un mecanismo de redistribución <perversa> de renta”⁷.

Más recientemente, **LEGUINA VILLA**⁸ se mostraba partidario de reservar la responsabilidad por el funcionamiento normal a los supuestos daños cuasiexpropiatorios y de riesgo (parece que especial) creado por la Administración, razonándolo así:

“Hay, en efecto, una larga serie jurisprudencial que, cual si tratara de una estampillada y redundante cláusula de estilo procesal, reitera ad nauseam la incorrecta doctrina de la indiferencia entre funcionamiento normal y funcionamiento anormal, a los efectos de la imputación del daño resultante. Reiteración cansina que a la postre resulta, sin embargo, más retórica que otra cosa, pues en la inmensa mayoría de los casos, tras esa aparente (y falsa) indiferencia, los jueces no condenan a la Administración, a menos que encuentren algún elemento de anormalidad con suficiente poder causal.

(...)

En la generalidad de los casos, las actividades jurídicas o materiales que la Administración lleva a cabo no son en sí mismas peligrosas ni creadoras de situaciones de riesgo patrimonial, y por ello, si se realizan bajo pautas de normalidad, los eventuales daños resultantes no le son de modo alguno imputables; sólo su prestación anormal, irregular o deficiente puede operar como criterio legal de imputación de tales daños a la Administración”.

Para **LEGUINA**, un “funcionamiento objetivamente culpable del servicio público es aquél que

⁷ PANTALEÓN, F., *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1995. pp 66, 81 y 88.

⁸ LEGUINA VILLA, J., *Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración*. Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 136, octubre-diciembre 2007, pp 669-681. Se trata de la conferencia pronunciada con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha.

se sitúa por debajo de los niveles legales o socialmente exigibles”, una “anormalidad objetivada, [...] un funcionamiento objetivamente ilícito, que puede darse, y de hecho se da habitualmente, aun cuando no haya habido culpa subjetiva alguna reprochable a los agentes administrativos o no sea posible su eventual identificación”. Eso en cuanto al funcionamiento anormal, pero respecto del funcionamiento normal añade lo siguiente: “según este título de imputación, es posible poner también a cargo de la Administración los daños causados a los particulares por dos tipos muy concretos de actividades administrativas lícitas: de un lado, las medidas cuasiexpropiatorias que causan sacrificios especiales en el patrimonio de los particulares; y de otro, las actividades que, por motivos de interés general, conllevan riesgos de daños accidentales o fortuitos, siempre que, como he señalado, no haya tenido lugar un desplazamiento de tales riesgos hacia la propia víctima del daños”.

MIR PUIGPELAT asume esta tesis y la traslada al daño derivado de las infecciones nosocomiales haciendo las siguientes consideraciones:

“Si se tiene en cuenta que el riesgo de contraer una infección nosocomial es un riesgo perfectamente conocido y cuantificado, y que las víctimas sufren, de alguna forma, en beneficio de la colectividad (tales infecciones se podrían evitar técnicamente si se adoptaran determinadas medidas organizativas y de higiene, pero no se adoptan en ningún lugar dado el enorme coste que tales medidas tendrían -en el caso de la sanidad pública- para el erario público), quizá podría darse un paso más y someter a responsabilidad objetiva tales infecciones, al menos cuando se produzcan en los quirófanos (cuya esterilización debe estar garantizada) y se traduzcan en un daño especial -poco habitual- y desproporcionado en comparación con la afección que motivó el tratamiento de la víctima, de modo que la Administración deba responder aunque pruebe que cumplió los protocolos de higiene establecidos. Poco ciudadanos entenderían que quien entra en un hospital para ser tratado de una herida poco grave en una pierna y ve cómo le acaba teniendo que ser amputada como consecuencia de una infección nosocomial acaecida con ocasión del tratamiento recibido, deba soportar el daño sin ser siquiera indemnizado”⁹.

⁹ MIR PUIGPELAT, O. *Responsabilidad Objetiva vs Funcionamiento anormal en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria (y no Sanitaria)*. Capítulo de: Jiménez, S., Martínez, V., Belda, E. (coordinadores), *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 169.

Afirma también Mir que “*si en el Derecho Penal, donde los ataques a los bienes jurídicos son tan graves, se admite unánimemente que el consentimiento de la víctima excluye normalmente la responsabilidad penal, con mayor razón debería de servir para excluir la responsabilidad civil extracontractual de los particulares o la responsabilidad extracontractual de la Administración*”¹⁰.

Ahora bien, no cabe confundir el consentimiento para un acto o contrato con la institución jurídica -construcción propia de la legislación sanitaria- del consentimiento informado, en los términos a que se refiere el **artículo 1.2 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica**, cuando dice que: “*toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o de los usuarios. El consentimiento que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos por la Ley*”.

El consentimiento informado permite dar respuesta al derecho a la autodeterminación de los pacientes, en términos de que esa actuación sobre su propio cuerpo se haga con conocimiento de los beneficios, de los riesgos y de las alternativas terapéuticas. Hasta el punto pretende salvaguardar la dignidad de la persona y el derecho fundamental a su integridad física, que ha sido objeto de amparo constitucional¹¹. Pero en ningún modo esa autorización integra una cláusula de salvaguarda de modo que, materializado el riesgo informado, el mismo resulte impune. Pues como ha se ha pronunciado la jurisprudencia en múltiples ocasiones, el consentimiento informado no supone una especie de “*patente de corso*”¹².

¹⁰ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2000. p. 304

¹¹ Un estudio reciente sobre la jurisprudencia en la materia del Consentimiento Informado lo constituye mi trabajo: MOURE GONZÁLEZ, E., *El Consentimiento Informado como Derecho Fundamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo*. Diario La Ley, núm. 7912, de 30 de julio de 2012.

¹² Expresión utilizada en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 20 noviembre 2012 JUR\2012\375761, Ponente: Santiago Martínez-Vares García. También en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 2 abril de 2008, JUR\2008\356409, Ponente: Fernando Seoane Pesqueira; y de 29 septiembre de 2010 JUR\2010\367824 Ponente: María Dolores Rivera Frade

La regulación de la responsabilidad patrimonial, de corte administrativo y residenciada en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, ha de complementarse, también en esta materia, con el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU). Tal y como reconoce su artículo 1 se dicta “*en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene carácter de principio informador del ordenamiento jurídico*”. La norma, si bien de un modo criticable como ha puesto de manifiesto TOMILLO URBINA¹³, regula las relaciones jurídicas entre dos sujetos: consumidor y empresario.

Interesa destacar que su artículo 4 considera empresario -de una forma ciertamente tautológica- “*a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada*”. Consecuentemente, atendiendo al tenor literal del precepto, el texto legal acuña un concepto de empresario que va más allá de la configuración mercantil tradicional, ampliándolo a las personas jurídico-públicas. En este ámbito encajaría no sólo la sanidad privada en cuanto actividad empresarial sino también la sanidad pública, resultando así de aplicación al paciente/administrado el régimen de protección jurídica que la norma contiene.

Resulta preciso traer aquí el principio de protección prioritaria en el ámbito de los bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. Dicho principio -positivizado hoy en el artículo 9 del TRLGDCU- exige que, para tal clase de bienes o servicios, los poderes públicos desplieguen una actividad protectora prioritaria de los derechos de los consumidores y usuarios. Obviamente, la cuestión estriba en concretar el concepto jurídico indeterminado: qué ha de entenderse por “*bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado*”. Afortunadamente, el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre¹⁴, evita subjeti-

¹³ TOMILLO URBINA, J. *La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor*. Capítulo de: Tomillo Urbina, J., Cayón de las Cuevas, J. (directores), *La Protección Jurídica del Paciente como Consumidor*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2010. p. 69.

¹⁴ Si bien dicha norma fue dictada en el desarrollo de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa

vidades judiciales y consideraciones de la normativa, encontrándose, entre otros, los “medicamentos y productos sanitarios”, así como los “servicios sanitarios: médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios”.

Ahora bien, no vamos a desconocer la indeterminación del concepto de consumidor, por la deficiente técnica empleada. En el Derecho inglés, con ocasión de una de las famosas comisiones de encuesta británicas, se publicó en el verano de 1962 el documento “*Final Report of the Committee on Consumer Protection*”, también conocido como “*Molony Report*”, en el que se hacía referencia al “hombre como consumidor” en estos términos: “*the consumer is everybody all the time*”.

A nivel comunitario, el concepto amplio de consumidor late en numerosas declaraciones, así por ejemplo en la Resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 14-4-1975, relativa a un Programa Preliminar de la Comunidad Europea para una política de protección y de información de los consumidores al declarar, en su número 3, que: “*En los sucesos el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarla directa o indirectamente como consumidor*”.

El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios introduce un nuevo concepto de consumidor y usuario más cercano al Derecho comunitario, aunque respetando la tradicional configuración de las personas jurídicas como consumidoras en el Derecho español.

Las regulaciones autonómicas no siguen un mismo patrón. Así unas exigen que la actuación de la Administración Pública como “proveedora”, en su relación con el destinatario final, se realice en régimen de Derecho Privado a los efectos de definir al consumidor y usuario (Ley Foral de Navarra, L7/2006, art. 2; Ley del País Vasco, L6/2003, art. 3; Ley de la Comunidad de Madrid, L11/1998, art. 2); otras acuden a un régimen jurídico específico (Ley 1/1998 de 10 de Marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en cuyo 3 “*se considera proveedora la Administración Pública, cuando preste un servicio o suministre un bien respecto del cual se exige un precio*”. Mientras que el resto de le-



yes no hace referencia excluyente a la naturaleza pública o privada de las entidades proveedoras¹⁵.

de los Consumidores y Usuarios, debe reputarse vigente. Téngase en cuenta que mediante Orden SCO/453/2008, de 14 de febrero, el catálogo fue objeto de actualización para incluir los servicios de la sociedad de la información.

¹⁵ A modo de ejemplo, y por ser la más reciente: Ley 2/2012 de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias, art. 3. “*Es consumidor toda persona, física o jurídica, pública o privada, cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, que adquiere o utiliza, o a la cual se le oferta, como destinatario final, un bien, cualquiera que sea su naturaleza, o un servicio, cualquiera que sea la forma y actividad en que consista, y cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva, de aquellos que los produzcan, importen, faciliten, abastezcan o expidan, siempre que el destino final del mismo sea su uso personal, familiar o colectivo, ajeno a una actividad empresarial, profesional o artesanal*”.



No obstante, el concepto legal de consumidor lo es sin perjuicio de los matices o peculiaridades que deriven de las normas específicas dictadas en los distintos sectores de la actividad para la protección de los consumidores y usuarios. Así, por ejemplo, el RD Leg. 1/2007 en los Libros III y IV contiene una regulación específica en materia de responsabilidad civil (Libro III) y en materia de viajes combinados (Libro IV).

El art. 128.1 TRLGDCU se refiere así no al concepto de consumidor sino al de perjudicado, indicando que es aquél que tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en esa Ley por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Este concepto que no es definido, no obstante, debería entenderse que se remite a las construcciones tradicionales del régimen de responsabilidad civil, es decir, aquél

que sufre un perjuicio o daño, en cualquiera de sus modalidades, llámese consumidor, usuario o paciente, ya concretamente referido al ámbito de la actividad sanitaria.

El art. 148 del TRLGDU consagra un régimen de responsabilidad especial en los siguientes términos:

“Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros”.

El legislador ha sometido a ese régimen especial de responsabilidad objetiva –a diferencia del régimen general de responsabilidad por culpa contemplado en el art. 147 de la misma norma–, a los servicios sanitarios. Es decir, ha querido reforzar la garantía frente a cualquier perjuicio o daño derivado del uso de esos específicos servicios que cita, consagrando un sistema de responsabilidad que permite el resarcimiento en todo caso una vez probado el daño y la relación causal, y hasta el límite económico fijado, salvo culpa del perjudicado.

Se ha configurado legalmente así, un interés jurídicamente protegido con el mayor de nivel de garantía posible, en este caso referido al consumidor en el ámbito sanitario, que enlaza precisamente con la construcción del instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y más en concreto con la orientación de la más reciente doctrina científica como hemos expuesto más arriba. Podemos decir, tomando como referencia la norma administrativa, que el art. 148 consagra la responsabilidad objetiva por “funcionamiento normal” de los servicios sanitarios, y además de

una forma transversal, es decir, tanto referido al ámbito asistencial privado como al público. Bien es cierto que con los matices y especificaciones que la jurisprudencia del orden civil le ha dado, y que luego veremos.

2.2 Un análisis del Derecho comparado. El caso francés

El Conseil d'État en el año 1993 juzgó el llamado caso *Bianchi*. Al resolver estableció que existe responsabilidad del servicio público hospitalario cuando el tratamiento del enfermo conlleve un riesgo conocido pero improbable en su realización, y que la ejecución del acto sanitario sea causa directa de daños de extrema gravedad que no estén relacionados ni con el estado inicial del paciente ni con su evolución previsible.

El Conseil d'État, como argumenta **FRANCIS DONNAT**, *“partió de la idea de que el hecho de que una intervención terapéutica agrave de forma catastrófica el estado de salud de un paciente, sin que éste pueda beneficiarse de una indemnización, no es aceptable desde el punto de vista de la equidad. Asimismo, consideró el hecho de que no existía en Francia ninguna ley que protegiese en esta medida contra el riesgo de aleas terapéutica”*¹⁶.

El régimen de responsabilidad definido en la jurisprudencia *Bianchi* estaba, no obstante, sometido a condiciones estrictas. La exigencia, en particular, de un “daño de gravedad excepcional” ha limitado el número de casos en los que cabe aplicar esta doctrina; y, en ausencia de una ley reguladora de tal régimen, el Conseil d'État estimó que no podía ir más lejos por vía estrictamente jurisprudencial.

De esa necesidad surgió más tarde la Ley 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario, que introduce importantes modificaciones en materia de Derecho de daños.

El art. 98 de la Ley, el más importante en esa materia, modifica el Título IV del Libro I del Código de Salud Pública y lo divide ahora en tres capítulos, el segundo de ellos dedicado al tratamiento de los daños sufridos en el transcurso de la asistencia sanitaria. Este capítulo tiene una estructura compleja, pues se divide en

cinco secciones. La primera sección (*Principios generales*) está compuesta por tres artículos referidos a la responsabilidad, a la obligación de suscribir un contrato de seguro y a la no aplicación de las reglas de la presente sección a los casos de daños ocurridos con ocasión de investigación biomédica, los cuales tienen su específico régimen jurídico. En lo que respecta a las reglas de responsabilidad, se establece claramente que tanto los profesionales de la medicina como los centros sanitarios responden únicamente en los casos de negligencia, con dos excepciones: en primer lugar, cuando se trate de daños derivados del defecto de un producto utilizado en la asistencia sanitaria; y, en segundo lugar y respecto de los centros sanitarios, cuando se trate de infecciones nosocomiales, excepto que se demuestre que fue causada por un elemento ajeno al servicio sanitario (art. 1142-1 I). Por ello, esos daños, descritos anteriormente, generan el derecho a la reparación a título de solidaridad nacional, en los casos y con el contenido que se establezca reglamentariamente (art. 1142-1 II).

La sección segunda regula el procedimiento amistoso de reparación (transacción) en daños derivados de accidentes médicos, de afecciones yátricas o de infecciones nosocomiales, que se realiza ante una *Comisión regional de conciliación e indemnización*. Y la sección tercera, el procedimiento de valoración en materia de accidentes médicos. La sección cuarta, por su parte, establece el procedimiento de pago una vez se ha determinado la existencia de un daño indemnizable. En concreto, según el art. L. 1142-14, el asegurador o el Estado, según corresponda, debe realizar a la víctima o a sus herederos una oferta de indemnización en el plazo de cuatro meses desde la notificación de la resolución de la Comisión. La aceptación de la oferta equivale a una transacción.

La sección quinta regula las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de contratar un seguro. El capítulo acaba con la sección sexta en la que se establece la regla de prescripción de diez años, a contar desde que los daños son definitivos.

DONNAT, en análisis de esta norma razona así: *“La evolución de la sociedad está marcada por una paradoja: refuerza la seguridad y limita el número de riesgos; pero, al mismo tiempo, crea otros nuevos y suscita una fuerte demanda de prevención y de cobertura. Sin embargo, es tan ilusorio creer en una medicina perfecta en la que nunca hay culpa como creer en el <riesgo cero>” o pensar que todo riesgo puede dar*

¹⁶ DONNAT, F. *La evolución de la responsabilidad patrimonial médica en Francia*. Capítulo 6 de: ADROHER BIOSCA, S., DE MONTALVO JÄÄSKELÄIN, F., *Los avances del Derecho en los avances de la Medicina*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2008. p. 119.

*lugar a una indemnización generalizada, sistemática e integral. Resulta esencial mantener la distinción entre la culpa y el alea, y comprender que ni la una ni el otro pueden desgraciadamente desaparecer por completo*¹⁷.

Parece claro que entre dos escollos –extensión abusiva del concepto de culpa o disolución de ésta dentro del concepto abstracto de “riesgo”– el régimen francés de responsabilidad ha intentado encontrar un cierto equilibrio, sin duda delicado y precario como todo equilibrio.

2.3 Los cambios de criterio del Tribunal Supremo. De la responsabilidad objetiva a la subjetiva y viceversa

a) En la jurisdicción contencioso-administrativa

La Sala Tercera del Tribunal Supremo venía declarando reiteradamente (así, en sentencias anteriores al año 2000, como la Sentencia de 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero, 1 de abril de 1995, 15 de diciembre de 1997, 28 de enero y 13 de febrero de 1999, que “la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, por lo cual no sólo no es necesario demostrar, para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos”.

A su vez, como también había declarado el mismo Tribunal (sentencia de 26 de septiembre de 1998), esa responsabilidad es directa por cuanto ha de mediar una relación de tal naturaleza, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el actuar de la Administración y el daño producido, relación de causalidad o nexo cau-

sal que vincule el daño producido a la actividad administrativa de funcionamiento, sea éste normal o anormal. Por lo tanto, quien reclame a la Administración la indemnización de unos daños sólo tenía que acreditar su realidad y la relación de causalidad que existe entre ellos y la actuación o la omisión de aquélla.

También se decía que la objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración obliga a deducir que la conducta del personal médico y asistencial no ha de ser enjuiciada bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino más bien desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia, en la producción de un resultado (**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 13 julio 2000 RJ 2000\6008, Ponente: Francisco González Navarro**).

Ahora bien, esos pronunciamientos empezaban a alternarse con otros que argumentaban que, al implicar la asistencia sanitaria la existencia de una obligación de medios, se hace depender la obligación de indemnizar de la vulneración o no de la “lex artis ad hoc”. En este sentido la sentencia del **Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 22 diciembre 2001 (RJ 2002\1817), Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate**, razona que cuando del servicio sanitario o médico se trata el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a las propias dolencias del paciente.

Tal planteamiento se va abriendo camino poco a poco, justificando que aunque el error médico y el correcto empleo de las técnicas de diagnóstico, valoración y tratamiento se circunscriben a la actuación del servicio sanitario y, por consiguiente, resultarían en principio irrelevantes para declarar la responsabilidad objetiva, mientras que han de ser inexcusablemente valoradas para derivar una responsabilidad culpable, sin embargo también tienen trascendencia en orden a una conclusión sobre el nexo de causalidad, pues el correcto enjuiciamiento sobre la vinculación causal entre el funcionamiento de aquel servicio y el resultado producido exige valorar todos aquellos hechos y circuns-

¹⁷ DONNAT, F. Op. Cit., p. 125.



tancias que sean imprescindibles para solucionar el debate y decidir el litigio.

En este sentido, el análisis sobre si la técnica y los medios de diagnóstico y tratamiento empleados han sido idóneos y correctos permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad y, en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir, si éste tiene o no el deber jurídico de soportarlo, pues sólo son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de la producción de aquéllos (artículo 141.1 de la Ley 30/1992). Este planteamiento es el seguido por la más moderna jurisprudencia; así en sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1999, 3 y 10 de octubre de 2000, 14 de julio de 2001, la ya citada de 22 de diciembre de 2001, 14 de octubre de 2002, 24 de septiembre y 19 de octubre de 2004 y 10 de julio de 2007.

Esos criterios aparecen reforzados con otros argumentos como que cuando nos encontramos

en presencia de una actividad administrativa como es la prestación pública en el ámbito sanitario, una traducción mecánica del principio de objetividad en la construcción del instituto resarcitorio puede provocar resultados no sólo contrarios a un elemental principio de justicia sino incluso a la propia y concreta función del instituto indemnizatorio. De hecho, la jurisprudencia ha repetido incansablemente que este instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 7 febrero 1998, RJ 1998\1444, y otras posteriores 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002).

Con esta premisas generales en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración pasamos a continuación a analizar las sentencias más relevantes recaídas en los últimos años por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en materia de infecciones nosocomiales.

La Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 5

abril 2002 (RJ\2002\3421) Ponente: Francisco González Navarro, estima las pretensiones del perjudicado en base, únicamente, a que las apreciaciones periciales expresadas resultan suficientes para tener por acreditado que el daño corporal padecido por el recurrente trae causa de un proceso infeccioso desencadenado por la presencia del germen “estreptococo faecalis” durante el desarrollo de una intervención quirúrgica correctamente indicada y adecuadamente practicada el día 23 de mayo de 1989 por cuenta de la Administración sanitaria. Es decir, basa la responsabilidad en el nexo causal fáctico, sin más.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 12 marzo 2004 (RJ\2005\2819), Ponente: Santiago Martínez-Vares García, resulta desestimatoria para el paciente afirmando que *“no hay hasta la fecha ningún tratamiento que esterilice completamente la superficie ocular en todos los pacientes e independientemente de lo buena que sea la técnica quirúrgica. Si se opera un volumen suficientemente grande de pacientes, la endoftalmitis aparecerá inevitablemente en algunos casos”*. Por eso, el principal argumento para la desestimación de la pretensión indemnizatoria es *“la inexistencia actualmente de tratamiento que comporte la completa esterilización de la superficie ocular y el hecho de que la intervención quirúrgica se realizara sin complicaciones, según se consigna en el informe facultativo que recoge el proceso clínico”*. Basa, por lo tanto, la desestimación de la pretensión en el criterio de la “lex artis ad hoc”, según el estado de la ciencia.

La Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 19 julio 2004 (RJ\2004\6005), Ponente: Francisco González Navarro, desestimatoria para el particular, fundando el fallo en que *“no puede prosperar la pretendida infracción de los artículos 106.2 y 143 números 1 y 2 de la Constitución, porque se basa en una interpretación errónea y jurisprudencialmente insostenible de la llamada responsabilidad objetiva sin figuras ni condiciones de las Administraciones públicas, y que se genera directamente desde el mismo momento en que se le produce un perjuicio a un administrado. Esta interpretación es rechazable, pues lo que viene diciendo la jurisprudencia –y de forma reiterada– es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama la lex artis”*.

Se constata en la sentencia además que el perjudicado tenía dos factores de riesgo de infección hospitalaria, como son el alcoholismo y el tabaquismo, y no colabora con el sistema, que su resistencia a ser intervenido nuevamente ha contribuido a retrasar la curación, lo que alguna consecuencia ha debido tener en la situación a que ha llegado. Todo ello, sin olvidar que la sanidad pública no daba por terminada su intervención en el caso, pese a lo cual el paciente parece haber renunciado a volver a entrar en el sistema.

El argumento, por lo tanto, gira en torno a dos criterios: agotación de la diligencia exigible –de nuevo la “lex artis”–, y la culpa del perjudicado.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 22 diciembre 2006 (RJ\2006\9587), Ponente: Enrique Lecumberri Martí, estima la pretensión del perjudicado en base a que *“es indemostrable la puerta de entrada, pero cualquier enfermo en la situación de ese paciente puede tener más predisposición a padecer infecciones nosocomiales, y en el informe del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia aunque admite la posibilidad de contagio durante el tratamiento domiciliario, al señalar que «el vaso humedetectador utilizado para la conducción de oxígeno se recomienda que sea utilizado para la conducción que sea limpiado con solución jabonosa y aclarar bien, o bien con agua y lejía, ya que al ser utilizada con agua del grifo puede, con el tiempo, servir de cultivo de gérmenes y entre ellos pseudomona aeruginosa”*.

No se fundamentó la sentencia en la antijuridicidad o no del daño, sino en la vulneración de la “lex artis”.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 23 septiembre 2009 (RJ\2009\7324), Ponente: Agustín Puente Prieto, estima el recurso de casación en perjuicio del paciente razonando que *“constituye elemento esencial en materia de asistencia sanitaria, para determinar esa responsabilidad de la Administración, la apreciación del requisito legal que exige la antijuridicidad del daño o, lo que es lo mismo, que el paciente objeto de asistencia sanitaria no esté obligado a soportar el daño; y ello partiendo de la base de que dicha asistencia sanitaria constituye, en esencia, una obligación por parte de la Administración de prestación de medios adecuados conforme a los estándares humanamente exigibles en función del estado de la técnica médica”*.

y que, por el contrario, se excluye toda pretensión indemnizatoria fundada en el mero hecho de haberse producido un resultado lesivo para el paciente, por cuanto que lo que cabe exigir de la Administración es la prestación de esos medios personales y técnicos en función de la situación y conocimientos de la técnica sanitaria, sin que en modo alguno pueda pretenderse que la Administración se convierta en responsable de todo daño cuando se compruebe que la asistencia recibida por el paciente fue conforme a la denominada *lex artis*".

Y analizando la prueba practicada, a efectos del examen de la antijuricidad de la asistencia prestada, añade que *"es fundamental tener en cuenta que en la aclaración al informe pericial emitido en las actuaciones por el perito designado por la Sala, se expresa, que <<efectivamente, se utilizaron antibióticos de forma profiláctica y además el adecuado>>, y que <<he de aclarar al Sr. Procurador que la cavidad abdominal, lugar en donde ocurrió la hemorragia es absolutamente estéril (no séptica). Asimismo, según los datos obrantes en la historia clínica se efectuó profilaxis antibiótica y, a mi modo de ver, adecuada>>. Y asimismo afirma el perito que <<no se efectuó profilaxis específica contra la endocarditis bacteriana, pero los antibióticos administrados en cuidados intensivos cubrían holgadamente esta eventualidad>>".*

De todo lo anterior se deduce que la actuación sanitaria prestada a la recurrente fue en todo momento adecuada a *lex artis*, y no concurrió por tanto negligencia médica ni hospitalaria, así como que se hizo una correcta aplicación de los medios razonablemente exigibles, tanto personales como materiales, y se practicó una correcta profilaxis con antibióticos que cubría, en términos de razonabilidad, la posible infección, que, por otro lado, resulta tan excepcional que no se contempla, según el perito procesal, la prevención con antibióticos.

La sentencia rechaza, pues, que el principio de responsabilidad objetiva sea aplicable, y se atiende al criterio de ajuste a la *"lex artis"*.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 23 diciembre 2009 (RJ\2010\2944) Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso, esta sentencia desestima las pretensiones de la parte recurrente en los siguientes términos:

"En el presente caso, en la sentencia recurrida, parece apreciarse la existencia de una insuficiente actividad probatoria por parte de la



Administración de que procedió a la práctica de una adecuada profilaxis con antibióticos y, en definitiva, y partiendo del principio de responsabilidad objetiva, considera que la misma es responsable del daño sufrido por la actora ya que corresponde a la Administración probar que adoptó las medidas de profilaxis adecuadas. La parte afectada aduce que la paciente fue tratada tardíamente con antibióticos que debían de haberse suministrado antes de la última intervención, aludiendo a una falta de posible asepsia adecuada a los estándares de seguridad exigibles en el establecimiento sanitario.

La administración, en este recurso de casación, sin embargo cuestiona la antijuricidad de la lesión apreciada por el Tribunal de instancia en relación con la aportación de antibióticos administrados a la recurrente en evitación de posibles infecciones, haciendo expresa referencia a la sentencia de este Tribunal de 14 de julio de 2001 (RJ 2001, 6693).

*El núcleo de la cuestión es el examen de la antijuricidad; y, al hacerlo, esta Sala, no realiza una nueva valoración de los elementos probatorios incorporados al expediente sino que enjuicia, simplemente, si de los mismos resulta o no acreditada la conformidad a la *lex artis* de*



la actuación administrativa que la Sala de instancia ha confundido con una acreditación de la ausencia de una actuación culposa por parte de los facultativos intervinientes”.

Tras analizar la prueba, básicamente pericial, concluye:

“De todo lo anterior que no es puesto en cuestión por la Sala a quo, se deduce que la actuación sanitaria prestada a la recurrente fue en todo momento adecuada a *lex artis*, y no concurrió por tanto negligencia médica ni hospitalaria, así como que se hizo una correcta aplicación de los medios razonablemente exigibles, tanto personales como materiales, y se practicó una correcta profilaxis con antibióticos que cubría, en términos de razonabilidad, la posible infección, que, por otro lado, resulta tan excepcional que no se contempla, según el perito procesal, la prevención con antibióticos”.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 22 noviembre 2010 (RJ\2010\8620), Ponente: Carlos Lesmes Serrano, estima las pretensiones de la parte recurrente además en casación, basándose, fundamentalmente, en el argumento de la falta de consentimiento informado.

“No resulta ocioso recordar que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria para que una lesión consecuencia de una intervención quirúrgica tenga la consideración de daño antijurídico 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 y salud del paciente. Desde esta perspectiva ni el criterio de elección del tratamiento quirúrgico ni la secuela producida de insuficiencia venosa crónica puede ser imputada a la Administración sanitaria pues al haberse actuado con corrección resulta inexistente el preciso nexo causal entra la acción médica y el resultado dañoso.

No puede afirmarse lo mismo respecto de la infección sufrida y la ausencia del consentimiento informado. La actora ha probado la existencia de la infección y ha negado la prestación de un consentimiento informado a la intervención quirúrgica que le fue practicada, dicha regla se traduce en poner a cargo de la Administración sanitaria la prueba de que ajustó su actuación a las reglas de la *lex artis*, aportando los documentos justificativos de que se informó a la paciente de los riesgos de la intervención y de que recabó su consentimiento, así como que adoptó todas las prevenciones profilácticas que los protocolos médicos aconsejan para evitar las infecciones nosocomiales, pues es ella y no la actora la que tiene la disponibilidad y facilidad de probar que su actuación en los dos aspectos reseñados fue correcta, cosa que no ha hecho.

Admitida la mala praxis y la existencia de un resultado dañoso, si bien ya corregido y eliminado en gran medida, resta por examinar la pretensión indemnizatoria deducida en la demanda. La actora solicita una indemnización por importe de 420.000 euros a la Administración, indemnización cuya finalidad reparatoria se extendería a la secuela que padece de insuficiencia venosa crónica o síndrome post-flebítico, así como los padecimientos sufridos como consecuencia de esta dolencia y de la infección sufrida de origen hospitalario. Frente a esta pretensión sólo podemos aceptar como resultado dañoso consecuencia de la mala práctica sanitaria la existencia de la infección y el daño moral derivado de la ausencia de consentimiento informado, por lo que la indemnización que la Sala estima procedente en aras de la plena indemnidad o reparación integral del daño es la de 15.000 euros, con el abono de los intereses que procedan desde la notificación de la sentencia hasta el momento del pago.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 12 abril 2011 (RJ\2011\3192), Ponente: Segundo Menéndez Pérez, no concede indemnización, con base al mismo argumento anterior, pero en sentido contrario, es decir, por existir consentimiento informado:

“En este caso y frente a la alegación en contrario del perjudicado, el paciente prestó por escrito su consentimiento informado a la realización de la intervención quirúrgica de apendicitis aguda de cuya evolución resultaron las actuaciones sanitarias posteriores. En ese documento, obrante en el folio 21 del expediente, fechado y con los nombres y firmas del paciente y del médico informante, respectivamente, se informaba como posibles riesgos de la intervención quirúrgica de apendicitis aguda, entre otros, infección de la herida, dehiscencia de sutura, sepsis intra-abdominal, resección intestinal e íleo paralítico. De esta forma el paciente quedaba informado de que, como consecuencia de la realización de la intervención quirúrgica se podían desencadenar estas patologías, como realmente sucedió, incluso en el supuesto de que la actuación médica fuera irreprochable desde la perspectiva de la lex artis, como es el caso.

En mérito a lo puesto no cabe sino concluir que además de no existir relación de causalidad entre el daño sufrido y la actuación administrativa como presupuesto necesario para el nacimiento de la responsabilidad de la Administración, no abriéndose acreditado de ningún modo, ni cabe deducirlo así de los informes médicos, sino más bien lo contrario, que se hubiera efectuado una intervención sanitaria desconocedora de las prácticas médicas al uso, tampoco concurre el requisito de la antijuricidad del daño”.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo C-A, sección 4ª, de 14 febrero 2012 (RJ 2012\3975), Ponente: Enrique Lecumberri Martí, se desestima el recurso de casación interpuesto a instancia de los recurrentes porque el tribunal considera que no hay infracción de la “lex artis” en cuanto a las medidas de asepsia prestadas con ocasión de la intervención quirúrgica ni tampoco déficit de consentimiento informado. El fundamento fáctico que determinó el fallo es que el afectado se encontraba en una grave situación de base en la que su sistema inmunitario se encontraba muy debilitado y basándose en el Informe de la Inspección Médica que constaba en el expediente administrativo determina, que no hubo ni negligencia por falta de adopción de medidas de asepsia previas a la intervención quirúrgica, ni tampoco déficit de

consentimiento informado en cuanto a la concreta posibilidad de infecciones respiratorias intrahospitalarias.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo C-A, Sección 4ª, de 3 abril 2012, (RJ 2012\5672), Ponente: Enrique Lecumberri Martí, cuyo fallo estima las pretensiones indemnizatorias del perjudicado por la ausencia de consentimiento informado, porque:

“No existió constancia documentada de la necesaria información previa y posterior consentimiento de la paciente, antes de la intervención. Se aportó por el recurrente una prueba caligráfica que concluye que la firma existente en el documento que consta en las actuaciones no puede atribuirse a la recurrente de forma inducida”.

Además el alto tribunal consideró vulnerados infringidos los artículos 106.2 de la CE y los artículos 139.1 y 2 y 141.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, puesto que el Tribunal de instancia incurrió en error al no apreciar infracción de la “lex artis”, cuando argumenta que “el centro médico no ha remitido los controles de cumplimiento de los protocolos de asepsia y en cuanto a los controles de calidad que remitió, en alguno de ellos aparecieron gérmenes infecciosos, entre ellos, el que causó la infección de la recurrente. Es contrario a las reglas de la lógica concluir que si existen protocolos de asepsia, éstos se cumplen efectivamente de forma automática. El personal sanitario no adoptó las medidas de asepsia antes y después del acto quirúrgico. Nada se hace constar en la Historia Clínica de la paciente”.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 4ª, de 9 octubre 2012 (RJ 2012\9798) Ponente: Santiago Martínez-Vares García, sin embargo se desestima el recurso de Casación interpuesto a instancia de un particular, por las circunstancias propias circunstancias del paciente, al existir la posibilidad de complicación, puesto que el paciente de 53 años tenía obesidad, hiperglucemia, condromalacia, hipertensión, insuficiencia venosa y cardiopatía. Y a lo que se añadía que, caso de ser contraída infección, su curación podía ser complicada por la alergia del paciente al uso de antibióticos de Penicilina o Amoxicilina. Por lo tanto, estas circunstancias subjetivas permiten modular la responsabilidad contractual de la administración.

En la actuación sanitaria no hubo desatención concretada y específica y respecto del

adecuado uso de las técnicas propias de medicina preventiva para asegurar en la medida de lo posible la no contracción de enfermedad. Además en el relato fáctico de la sentencia analizada se establece que los informes obrantes en las actuaciones evidencian, sin lugar a dudas, el cumplimiento de las medidas recogidas en los protocolos de actuación médica, aseguradoras de la mayor profilaxis que, con los medios y conocimientos actuales, permite la técnica. Por lo tanto, se entiende que se observaron en todo momento las prescripciones ajustadas a la “lex artis”.

Se constata, además, que el enfermo y su familia estuvieron informados en todo momento.

La jurisprudencia de la Sala 3ª, en resumen de ese recorrido por sus últimas sentencias, y según los criterios actuales, aplica para el enjuiciamiento de los casos de infecciones nosocomiales el criterio responsabilidad subjetiva en base a la adecuación de la actuación sanitaria a la “lex artis”, si bien, en beneficio del perjudicado operando una inversión de la carga de la prueba de la misma, de modo que sea la Administración quien tenga que demostrar, una vez acreditado por el perjudicado el nexo causal entre la infección y la estancia hospitalaria, que cumplió todas las normas de asepsia protocolizadas en el correspondiente plan de profilaxis.

b) En la jurisdicción civil

Durante bastantes años, según **ASUA GONZÁLEZ**, pareció haber una conspiración de silencio en torno a la mención en el artículo 28 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actual 148.1 del TRLGDCU) a los servicios sanitarios. Ello posiblemente se debió, según dicha autora, “a una conjunción de factores: cierta perplejidad y desconcierto en cuanto a su real virtualidad, resistencia a admitir consideraciones alejadas de la culpa en un ámbito como el sanitario y la falta de eco público de la jurisprudencia de instancia donde había comenzado a invocarse y/o aplicarse”¹⁸.

Desde luego, y tal y como ya se ha señalado con mucha frecuencia, las primeras reacciones del Tribunal Supremo distaron mucho de ser halagüeñas respecto a la virtualidad de dicho precepto: en la criticada sentencia del

22-7-1994 se calificaba a la Ley 26/1984 de *Ley marco con carácter de principio informador del ordenamiento y se circunscribía su ámbito obligacional y sancionador al campo administrativo*; y en la de 11-2-1997 se podía leer: “*El tercero y último motivo de casación (...) achaca a la sentencia dictada por la Audiencia, violación de los artículos 5, 26, 27, 28 y 29 de la Ley 26/1984 (...) Más concretamente la parte recurrente imputa la violación de dichos preceptos por no acoger el tribunal la responsabilidad objetiva que en ellos se recoge. Mas esta Sala ha dicho de forma reiterada que en materia de culpa médico-sanitaria queda descartada toda idea de culpa más o menos objetivada sino en todo su rigor los principios subjetivistas...*”

Poco después, sin embargo, en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, núm. 604/1997 de 1 julio de 1997 (RJ 1997\5471) Ponente: José Almagro Nosete**, el Tribunal Supremo consideró aplicable por primera vez el artículo 28 LGDCU. Se trataba de una infección que tras artroplastia de rodilla, agravó el curso de un postoperatorio que culminó con la amputación de la pierna, y tanto en la primera como en la segunda instancia se había descartado la responsabilidad del médico y del INSALUD. El Alto Tribunal entró a analizar en primer lugar los motivos que denunciaban la inaplicación de los artículos 1 y 28 de LGDCU y, determinando que los mismos prosperaban, manifestó: “*Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados por el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio sanitario, entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría de las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomonas aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto los niveles presumidos por Ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden de suyo (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a un intervención quirúrgica adquirida, en el medio*

¹⁸ ASSUA GONZÁLEZ, C.I. *Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU*. Capítulo de: MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, 1ª edición Dykinson, Madrid, 2007. p. 47.

hospitalario o su reactivación en el mencionado medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o bien, por razones atípicas dejan de funcionar; en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva...”.

De este modo, la sentencia no sólo inaugura la aplicación del artículo 28 LGDCU, sino que sienta un modo de proceder que desde entonces se repite invariablemente en la aplicación del precepto, hasta fechas recientes como luego veremos: cuando el Tribunal Supremo lo invocaba era vinculándolo, sin embargo y de alguna manera, a la culpa.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 688/1997, de 21 julio de 1997 (RJ 1997\5523), Ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz, trataba el caso de la amputación de una pierna como consecuencia de una gangrena gaseosa producida por una infección de *costridium* a través de herida quirúrgica. Condenado desde la primera instancia el INSALUD, y alegándose en el recurso de casación, entre otros motivos, la infracción de los artículos 1903 y 1903, párrafo 4º CC se desestima el motivo, considerando que la actuación culposa “*se deduce del propio resultado producido*”. “*A mayor abundamiento*” se consideraron aplicables al supuesto artículo 1, 23 y 28 LGDCU, expresando que la producción de un daño genera responsabilidad objetiva.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 667/1998, de 18 junio de 1998 (RJ 1998\5290), Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes, analizaba el fallecimiento como consecuencia de shock séptico causado por una bacteria intrahospitalaria, *pseudonoma aeruginosa*. Condenado desde la primera instancia el Instituto Catalán de Salud y planteado recurso de casación, el Tribunal Supremo desestimó el mismo considerando aplicable el artículo 1101 CC y afirmando que la inoculación de la bacteria intrahospitalaria no pudo ser debida más que a una falta de control higiénico. A mayor abundamiento, también, se consideran aplicables los artículos 1, 26 y 28 LGDCU y se habla de una responsabilidad objetiva.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1146/1998, de 9 diciembre de 1998 (RJ 1998\9427), Ponente: Excmo Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz, en relación con el fallecimiento como consecuencia de una infección tetánica tras una operación de juanetes. Condenados desde la segunda instancia el cen-



tro hospitalario y la aseguradora y planteado éstos recurso de casación invocando la infracción del artículo 1902 CC, el Tribunal desestima con el resultado (daño desproporcionado) y que es correcta la imputación de responsabilidades al hospital ex artículo 1903 CC. Después se hace una referencia a las SSTS 1-7-1997 y 21-7-1997 y, como aquellas invocaban los artículos 1, 26 y 28 LGDCU, al reproducirlas se hace presente otra vez la referencia al régimen objetivo.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1038/1999, de 9 diciembre de 199 (RJ 1999\8173), Ponente: Román García Varela, trataba el caso de una paciente ingresó en un hospital para una operación de cataratas y finalmente para atajar una infección se le termina extirpando el ojo. Absueltos por la Audiencia todos los demandados, el Tribunal Supremo estima el recurso y condena al Servicio



Andaluz de Salud con base en el artículo 1903, párrafo 4º CC considerando que se trata de un daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad. “Por lo demás”, se consideran aplicables los artículos 1, 26 y 28 LGDCU y se califica de objetiva la responsabilidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 68/2001, de 5 febrero de 2001 (RJ 2001\541), ponente: Francisco Marín Castán, desestima el recurso planteado contra una sentencia de Audiencia absoluta (como lo fue la del Juzgado) en el caso de fallecimiento de un niño al parecer errónea, pero diligentemente diagnosticado de catarro común. Falleció de una insuficiencia respiratoria aguda, secundaria a una neumonía bilateral, pero se consideró que el diagnóstico y tratamiento eran perfectamente compatibles con los síntomas y que, por ello, no se había incurrido en negligencia. Repárese,

por cierto, en el que el caso encajaría perfectamente en uno de los supuestos planteados con anterioridad. Pues bien, alegada, entre otros motivos, la infracción del artículo 28 LGDCU, el Alto Tribunal realiza consideraciones como las que siguen: *“Ciertamente son cada vez más las sentencias de esta Sala que en casos de reclamaciones fundadas en una deficiente atención médica u hospitalaria aplican el citado artículo 28 (...) No obstante, tales sentencias suelen versar sobre casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario o a consecuencias de transfusiones de sangre., de fallos de determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención..o, en fin, de daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención (...) De otro lado también tiene declarado esta Sala que los arts. 1902 y 1903 CC son partes de un sistema de responsabilidad civil asentado sobre la culpa... Y como doctrina reiterada... que para que pueda surgir la responsabilidad del personal sanitario o del centro de que aquél depende, como consecuencia del tratamiento aplicable o un enfermo se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia... ya que en la valoración de la conducta profesional de médicos y sanitarios en general queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva...”*.

Excluye, pues, la aplicación del art. 28 al personal sanitario.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª), de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238), Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, estimatoria de las pretensiones resarcitorias del afectado, establece que *“todo lo cual aparece reconocido en nuestro derecho y dirigido a la responsabilidad de establecimientos sanitarios -como es el caso presente- para el caso de una deficiente atención médica u hospitalaria, en el artículo 28.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que habla de los “servicios sanitarios” y que en su apartado primero se establece una responsabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva”*.

Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando *“por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, Incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debi-*

das condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio sanitario, entre otros. Producido y constatado el daño se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad”.

Y añade: “Hay, pues, 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. Así se ha mantenido por la jurisprudencia desde, entre otras y como más importantes, la de 14 de junio de 1984 hasta las más recientes de 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 (...). A mayor abundamiento, no puede obviarse la reiterada Jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva que impone, para los servicios médicos, el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), general para la defensa de los consumidores y usuarios”.

En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1377/2007, de 5 enero de 2007 (RJ 2007\552), Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, establece en relación a la responsabilidad sanitaria que “*resulta aplicable lo establecido en los artículos 1, 26 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, por cuanto el actor es consumidor, ha utilizado unos servicios, los sanitarios, y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones hasta el usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio que desde luego comprende los servicios prestados por el Servicio Andaluz de Salud, y por ello el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva, STS de 1 de julio de 1997.*

Producido y constatado el daño que supone la pérdida de visión de un ojo, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en la visión del ojo, por la concurrencia al menos de un factor exógeno, como fue la infección por Stafilococo Aureus Resistente, que degeneró el





proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan la responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por Ley de pureza, eficacia, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden de suyo o deben impedir por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario. Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o bien por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario.

Así, aún cuando el artículo 1903 del Código Civil presupone una actuación culposa, ésta se deduce del propio resultado producido, tal y como establecen las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1997 (RJ 1997/4769), 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3249) y 23 de abril de 1998, por cuanto en este caso surgieron complicaciones, la infección, que supusieron una imprevisión evitable, ya que en otro caso, si la infección se consideraba como posible, aún en ese 1% aludido en la prueba practicada, debía de haber sido advertido el paciente, que quizá ante la perspectiva de mejorar la visión o perder la visión total de su ojo izquierdo, como finalmente sucedió, hubiera optado por medios alternativos o con continuar con la deficiencia funcional de visión disminuida o parcial de ese ojo izquierdo, del que iba a ser, supuestamente mejorad”.

La Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), auto de 13 noviembre 2007. JUR 2007\361822, Ponente: José Antonio Seijas Quintana, desestima el motivo casacional fundado en la infracción del artículo 28 de la Ley de consumidores y usuarios, a favor de los perjudicados, reiterando la existencia de nexo causal entre la infección sufrida por el paciente y su posterior fallecimiento. La sentencia se pronuncia en los siguientes términos:

“Sobre dichas cuestiones la interpretación efectuada por parte de la Audiencia Provincial no admite lugar a dudas, ya que dicho Tribunal y efectuando una valoración de la totalidad de la prueba practicada, y especialmente de los diversos informes periciales así como de las testificales, concluye terminantemente sobre la existencia del nexo causal entre “la infección nosocomial” sufrida por el paciente, y detectada a los diez días de hallarse hospitalizado, y su posterior fallecimiento, resultando reseñable a tales efectos el informe de autopsia, el cual determina que el agente causal de la broncoeneumonía

fue la *pseudomona aeruginosa* “con muchísima probabilidad” [...] conllevando todo ello que no quepa la posibilidad de entender el recurso de casación como una tercera instancia en la que se realice una nueva y favorable valoración y apreciación de las pruebas existentes en el procedimiento.

La Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, sección 1ª, núm. 1155/2007, de 19 octubre de 2007 (RJ 2007\7309), Ponente: José Antonio Seijas Quintana, desestima el motivo casacional de infracción del artículo 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios en los siguientes términos:

“No se infringen los artículos 25, 26 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [...]. El motivo vuelve a hacer supuesto de la cuestión para exonerarse de responsabilidad a partir de hechos distintos de los que establece la sentencia tratando de demostrar algo que esta niega de una forma expresa, como es el que tuviera un control técnico y profesional en cuanto a los gérmenes o infecciones en su área quirúrgica, y que esos controles los practicaba semanalmente: en primer término, porque no se aporta el resultado de los mismos, y, en segundo lugar, porque lo es cierto es que, pese a tales controles, los gérmenes estaban en alguno de los elementos de la citada clínica, pues sólo así se explica la contracción del proceso infeccioso en el medio más frecuente, como es el hospitalario”.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 438/2009 de 4 junio (RJ\2009\3380), Ponente: José Antonio Seijas Quintana, considera aplicable la responsabilidad objetiva dimanante de la aplicación de lo dispuesto en la Ley de Consumidores y Usuarios (artículos 26 y 28, en la redacción anterior al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) con el siguiente razonamiento:

*“Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 541); 26 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1668); 17 de noviembre de 2004 (RJ*

2004, 7238); 5 de enero de 2007 (RJ 2007, 552) y 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 3176)).

En el caso enjuiciado, pese a la aparente contradicción denunciada en la argumentación del motivo, la sentencia recurrida parte de un doble planteamiento de responsabilidad contractual y extracontractual, pues aun reconociendo que la demandante acciona con base en los arts. 1902 y 1903 C.C., entiende que lo correcto hubiese sido casualizarla bajo la responsabilidad contractual, porque esa es la relación que surge del contrato de seguro de asistencia sanitaria entre el demandante y la demandada. Las prestaciones del contrato de seguro de asistencia sanitaria no se limitan a facilitar los servicios sanitarios a través facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas. El art. 105 L.C.S. le da un carácter más amplio diferenciándolo del seguro de enfermedad al señalar que: “Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan”.

Ahora bien, y así lo dice la recurrida, este carácter netamente contractual no supone confusión alguna de los ámbitos de la responsabilidad. “Se hacen con un solo designio; dejar claro que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio, a los efectos de la diligencia exigible en los ámbitos de la culpa extracontractual en la que nos movemos”.

Las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 694/2010, de 29 octubre de 2010 (RJ\2010\7617) y misma Sala y Sección, núm. 340/2011, de 20 mayo de 2011 (RJ\2011\3982), ambas siendo ponente: José Antonio Seijas Quintana, aunque desestimatorias para los recurrentes fijan los parámetros para determinar la responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario privado, estableciendo que la infracción de los artículos 1, 25 y 28 de la Ley 25/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y lo razona del siguiente tenor:

*“Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores úni-*

camente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios; aspectos que tampoco fueron desatendidos por parte de quien venía obligada a prestarlos en virtud del seguro de asistencia sanitaria puesto que no puede hablarse de imputación objetiva del fallecimiento de la paciente el pretendido funcionamiento defectuoso del servicio, cuando no existe nexo causal directo entre el daño y los servicios puestos a su disposición en virtud del seguro concertado, como expresamente sostiene la sentencia”.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1155/2007, de 19 octubre de 2007 (RJ 2007\7309), Ponente: José Antonio Seijas Quintana, argumenta lo siguiente para otro caso de infección nosocomial, con reproche al centro hospitalario:

“Concorre de esa forma nexo de causalidad entre su omisión y la producción de éste, siendo aplicable el criterio de imputación cifrado en que la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario que comprende la evitación de infecciones hospitalarias o nosocomiales subsiguientes a la intervención”.

La Sentencia del Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1377/2007, de 5 enero de 2007 (RJ 2007\552), Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, establece en relación a esta objetivación de la responsabilidad en el ámbito sanitario que *“en ocasiones la jurisprudencia ha hablado de responsabilidad cuasi objetiva, o de inversión de la carga de la prueba. 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”.*

Este concepto de responsabilidad objetiva, según esta sentencia, 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. El fundamento de aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios respecto de los servicios sanitarios debe proyectarse

sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos, pues el antiguo art. 26 LGDCU establece la responsabilidad de los productores o suministradores de servicios por los daños y perjuicios ocasionados *“a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad”* y el art. 28 LGDCU vincula la derivada de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que *“por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario”.*

El principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC, no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando este se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas, para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario”.

La Sentencia del Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 333/2012 de 18 mayo RJ 2012\6356, Ponente: José Antonio Seijas Quintana, aunque desestima las pretensiones de la parte demandante delimita perfectamente la aplicación de la normativa en materia de defensa de consumidores y usuarios:

“Se invoca la infracción de los artículos 25 a 29 de la Ley de Defensa de Consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, toda vez que acreditada la negligencia médica del médico al no controlar, como debiera, la suspensión y reanudación del tratamiento que para la patología se había indicado al paciente, debe operar la protección que despliegan tales preceptos. Esta responsabilidad respecto del facultativo se desestima puesto que la normativa de con-

sumidores no ha sido aplicada en la sentencia ni pudo aplicarse. Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 541); 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238); 5 de enero de 2007 (RJ 2007, 552) y 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 3176)).

La jurisprudencia de la Sala 1ª, en resumen de ese recorrido por sus últimas sentencias, y según los criterios actuales, aplica para el enjuiciamiento de los casos de infecciones nosocomiales el criterio de responsabilidad objetiva recogido en el art. 148 TRLGDCU (antiguo 28 LGDCU), exclusivamente en relación al titular del centro hospitalario donde se contrae la infección (para los profesionales sanitarios aplica el criterio de responsabilidad subjetiva del art. 1902 del Código Civil), una vez acreditado por el perjudicado el nexo causal entre la infección y la estancia hospitalaria.

4.-Conclusiones

La Sala 3ª del Tribunal Supremo elude en todas sus resoluciones en materia de responsabilidad patrimonial aplicar el artículo 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (antiguo art. 28 de la LGDCU). Por el contrario, la Sala 1ª del mismo Tribunal lo viene aplicando como criterio legal de imputación del daño derivado de una infección intrahospitalaria, incluso cuando la condenada al pago resulta ser una Administración pública, en cuanto titular del centro hospitalario. La citada norma no tiene virtualidad exclusiva en el ámbito privado, sino que extiende su aplicación al perjuicio sufrido por quien use un servicio sanitario, sin distinción referida al carácter público o privado del proveedor del mismo. Esa aplicación en aras fundamentar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas permitiría acomodar la solución auspiciada por la más moderna doctrina administrativista, en el sentido de que los daños de naturaleza “cuasiexpropiatoria” son los únicos que entran dentro del concepto de funcionamiento normal a que se refiere el art. 139 de la Ley 30/92. Pues las infecciones intrahospitalarias son un riesgo

que la propia asistencia sanitaria genera “per se”; es decir, que por el mero hecho de disponer de una red hospitalaria pública que posibilita el derecho a la protección de la salud, se corre el riesgo de contagio y de sufrir, en consecuencia, un grave daño. Así, y de igual forma que la jurisprudencia de la Sala 3ª ha venido considerado como funcionamiento normal indemnizable los daños derivados de la vacunación obligatoria al entenderlos como “cuasiexpropiatorios” (véase la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 4ª, de 6 de noviembre de 2012, RJ\2012\10612, Ponente: Santiago Martínez-Vares García**, que confirma la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 18 de diciembre de 2010, JUR\2011\131567, Ponente: José Luis Piquer Torromé**), lo mismo ha de ocurrir con los derivados de la infecciones intrahospitalarias, pero sin entrar ya en esa categorización ciertamente arriesgada, sino en atención a la niveles de eficacia y seguridad omitidos y a los que se refiere como garantía de resarcimiento el ya invocado artículo 148.

5.-Bibliografía

ADROHER BIOSCA, S., DE MONTALVO JÄÄSKELÄIN, F., *Los avances del Derecho en los avances de la Medicina*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2008.

DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los Servicios Públicos*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2009.

JIMÉNEZ, S., MARTÍNEZ, V., BELDA, E. (coordinadores), *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2008.

MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2000.

MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, 1ª edición Dykinson, Madrid, 2007.

PANTALEÓN, F., *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1995.

TOMILLO URBINA, J., CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (directores), *La Protección Jurídica del Paciente como Consumidor*, 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2010.