

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL
DERECHO SANITARIO:
DE LOS CONFLICTOS A LOS CONCEPTOS**

Tesis doctoral presentada por:

D^a. Arantzazu Vicandi Martínez

Tesis doctoral dirigida por:

Dr. Ricardo de Ángel Yáguez

Dr. Julio César Galán Cortés

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL
DERECHO SANITARIO:
DE LOS CONFLICTOS A LOS CONCEPTOS**

Doctoranda

Directores

Dr. Ricardo de Ángel Yáguez

D^a. Arantzazu Vicandi Martínez

Dr. Julio César Galán Cortés

A mis padres, por enseñarme el valor de la responsabilidad, el esfuerzo y la constancia.

A Ángel, por acompañarme en este aprendizaje.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a todos aquellos que, directa o indirectamente, han contribuido a la elaboración de este trabajo. En primer lugar, a mis padres, por ser quienes me han respaldado en cada paso que he dado para recorrer este largo camino. Su apoyo incondicional ha sido el primer pilar sobre el que se ha cimentado esta tesis. En segundo lugar, a Ángel, mi compañero de viaje, quien con una inaudita paciencia ha caminado a mi lado todos estos años de duro trabajo. Su comprensión ha sido el segundo pilar sobre el que se ha sustentado esta investigación. En tercer lugar, a mis directores, los Doctores Ricardo de Ángel y Julio César Galán, cuya labor ha trascendido de la de un tutor. Su inagotable dedicación, sus consejos y su pasión por el Derecho, me han permitido madurar académica y personalmente. En cuarto lugar, a la Doctora Gema Tomás, que con su elegante discreción ha sido una paciente y desinteresada guía. En quinto lugar, a la Universidad de Deusto, en especial a la Facultad de Derecho, por acogerme como estudiante, a mis entonces 18 años, y permitirme continuar en su seno a día de hoy, como docente. En penúltimo lugar, al Gobierno Vasco y sus ayudas para la formación del personal investigador, por confiar en lo que entonces era un proyecto y que ahora ya es una realidad. Finalmente, no puedo dejar de agradecer la siempre comprensiva y resignada actitud de mis compañeros y amigos de Deusto: Jone, Josune, Mariana, Nere Jone, Lorena, Christian, Noemí, Amaya, Telmo y Mikel. Todos ellos son grandes ejemplos de responsabilidad y tesón.

Índice

INTRODUCCIÓN: UNA OPCIÓN METODOLÓGICA

<i>I. EL DESAFÍO DE LA METODOLOGÍA</i>	1
<i>II. ORGANIZACIÓN INTERNA DE LA TESIS</i>	17

CAPÍTULO I

ERROR DE DIAGNÓSTICO, TRATAMIENTO, DAÑO POR TRATAMIENTO Y OMISIÓN DE MEDIOS	21

<i>I. EL ERROR DE DIAGNÓSTICO Y DE TRATAMIENTO</i>	24
1. El error de diagnóstico	24
1. Concepto	24
2. Fenomenología del error de diagnóstico	33
a) Los errores de diagnóstico y la atención sanitaria de urgencias.....	33
(i) Supuestos en los que el error de diagnóstico es reprochado.....	34
(ii) Conflictos en los que el error de diagnóstico no es reprochado.....	39
b) El error de diagnóstico en relación a las enfermedades de largo desarrollo	51
(i) Asuntos en los que el daño es reprochado	52
(ii) Litigios en los que el daño no es reprochado.....	62
c) El error de diagnóstico y la incidencia de los síntomas confusos...	68
(i) Supuestos en los que el daño es reprochado	68
(ii) Supuestos en los que el daño no es reprochado	73
d) El error de diagnóstico y su incidencia en las lesiones o patologías enmascaradas.....	82
(i) Controversias en las que el daño es reprochado	82
(ii) Supuestos en los que el daño no es reprochado	87
2. El error de tratamiento	94

1. Concepto	94
2. Fenomenología del error de tratamiento	97
a) Supuestos en los que el daño es reprochado	97
b) Litigios en los que el daño no es reprochado	101
<i>II. EL DAÑO CAUSADO POR TRATAMIENTO</i>	<i>105</i>
1. Concepto	105
2. Fenomenología del daño por tratamiento	109
1. El daño causado por tratamiento en procesos de vacunación	109
a) Asuntos en los que el daño es reprochado	109
b) Supuestos en los que el daño no es reprochado	112
2. El daño por tratamiento y la administración de fármacos	114
a) Conflictos en los que el daño es reprochado	114
b) Controversias en las que el daño no es reprochado	123
3. El daño por tratamiento y las pruebas médicas	127
a) Supuestos en los que el daño es reprochado	127
b) Casos en los que el daño no es reprochado	128
4. El daño por tratamiento y actos médicos y quirúrgicos	131
a) Supuestos en los que el daño es reprochado	131
b) Litigios en los que el daño no es reprochado	133
<i>III. LA OMISIÓN DE MEDIOS</i>	<i>139</i>
1. Concepto	139
2. Fenomenología de omisión de medios	141
1. La omisión de medios y los enfermos mentales	141
a) Supuestos en los que el daño es reprochado	141
b) Asuntos en los que el daño no es reprochado	151
2. La omisión de medios en los servicios de urgencias	154
a) Litigios en los que el daño es reprochado	154
b) Supuestos en los que el daño es desestimado	167
3. La omisión de medios y las pruebas médicas	169
a) Controversias en las que el daño es reprochado	169
b) Supuestos en los que el daño no es reprochado	181
4. La omisión de medios en las actividades quirúrgicas	184
a) Casos en los que el daño es reprochado	184
b) Supuestos en los que el daño es reprochado	193

<i>IV. CONCLUSIONES.....</i>	198

CAPÍTULO II

CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR 201

<i>I. EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR.....</i>	203

1. Naturaleza de las construcciones doctrinales	203

2. El caso fortuito	205

3. La fuerza mayor	207

4. El caso fortuito y la fuerza mayor en la jurisprudencia.....	208

<i>II. ANÁLISIS FENOMENOLÓGICO</i>	210

1. El caso fortuito, la fuerza mayor y las lesiones al feto en el alumbramiento.....	210

1. Supuestos en los que la figura del caso fortuito es estimada	210

2. Supuestos en los que la figura del caso fortuito no es observada	213

2. El caso fortuito, la fuerza mayor y los enfermos mentales en centros psiquiátricos	216

1. Litigios en los que la figura del caso fortuito es admitida	217

2. Controversias en las que la figura del caso fortuito no es admitida.....	221

3. El caso fortuito, la fuerza mayor y la práctica anestésica	231

1. El caso fortuito	231

a) Asuntos en los que la figura del caso fortuito es admitida	231

b) Conflictos en los que la figura del caso fortuito no es observada ..	237

2. Fuerza mayor.....	241

4. El caso fortuito, la fuerza mayor y la omisión de medios.....	244

1. Caso fortuito.....	244

a) Supuestos en los que la figura del caso fortuito es admitida	244

b) Asuntos en los que la figura del caso fortuito no es admitida.....	246

2. Fuerza mayor.....	253

5. El caso fortuito, la fuerza mayor y los riesgos remotos pero conocidos y asumidos	255

1. Casos en los que la figura del caso fortuito es admitida	255

2. Supuestos en los que la figura del caso fortuito no es observada	264

<i>III. CONCLUSIONES</i>	<i>271</i>

CAPÍTULO III

DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO	273

<i>I. CONCEPTO Y ORIGEN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN</i>	<i>275</i>
1. Concepto	275
2. Origen	282
1. Los modelos sanitarios	282
a) Modelo de beneficencia	283
b) Modelo de autonomía	283
c) Modelo paternalista	284
d) Modelo de justicia	285
2. Antecedentes legislativos	286
3. Evolución jurisprudencial	289
<i>II. EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....</i>	<i>292</i>
1. Los conceptos del derecho de información y del consentimiento informado.....	292
1. El derecho a la información	292
2. El consentimiento informado	293
3. El consentimiento informado y las cláusulas abusivas	295
2. Contenido del derecho de información y del consentimiento informado.....	296
1. Contenido del derecho de información	296
2. Contenido del documento de consentimiento informado.....	303
3. Binomio Medicina curativa y satisfactiva.....	304
3. La forma en la información	306
1. La forma del documento de consentimiento informado	306
2. La forma en ocasiones especiales	309
3. La historia clínica y el consentimiento informado	311
4. El tiempo en la información	313
5. La prueba de la información y el consentimiento informado	315
<i>III. ELEMENTOS DE LA INFORMACIÓN.....</i>	<i>317</i>

1. El deber de informar	317
1. Deber general de información.....	317
2. Excepciones al deber de informar	319
a) Excepciones subjetivas	319
b) Excepciones objetivas	320
(i) La información y la urgencia	321
(ii) Información y salud pública	323
(iii) Información y la necesidad del tratamiento.....	324
(iv) La información y la peligrosidad del tratamiento	325
(v) Información y novedad del tratamiento	325
(vi) Información y gravedad del tratamiento	326
(vii) Información y tratamiento único	327
(viii) Información y la excepción terapéutica.....	327
(ix) La información y derecho a no ser informado	330
2. El deber / derecho de ser informado y consentir	331
1. El derecho de información y consentimiento como regla general	331
2. Excepciones al consentimiento	333
a) El adulto capaz inconsciente.....	333
b) Menores y el consentimiento.....	335
c) Enfermos mentales y el consentimiento	339
d) El paciente capaz y su negativa a consentir	341
IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR FALTA DE INFORMACIÓN.....	343
V. ESTUDIO FENOMENOLÓGICO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN.....	347
1. El derecho de información y la cirugía	347
1. La información y el uso del documento de consentimiento informado	347
a) Caudal informativo suficiente	347
b) Caudal informativo insuficiente	366
2. La información y la falta de un documento de consentimiento informado	371
a) Caudal informativo suficiente	372
b) Caudal informativo insuficiente	383
(i) Regla general	383
(ii) Excepciones a esta regla	392

2. El derecho a la información y las pruebas médicas	394
1. La información y el uso del consentimiento informado.....	394
2. La información y la ausencia de un documento de consentimiento informado	397
a) Caudal informativo suficiente	397
b) Caudal informativo insuficiente	400
3. El derecho a la información y los tratamientos médicos	403
VI. CONCLUSIONES	409

CAPÍTULO IV

LA MEDICINA SATISFACTIVA 411

<i>I. LA MEDICINA SATISFACTIVA</i>	413
1. Medicina satisfactiva y Medicina curativa	413
2. Obligación de medios y obligación de resultados	414
3. La información	427
<i>II. LA CIRUGÍA ESTÉTICA</i>	431
1. Concepto	431
2. Fenomenología	435
1. Supuestos enjuiciados por incumplimiento de la <i>lex artis</i> en la actividad médica satisfactiva.....	435
2. Litigios enjuiciados por vulneración del derecho de información	443
a) Casos en los que el daño fue estimado	444
b) Asuntos en los que el daño no fue admitido.....	451
<i>III. TRATAMIENTOS ODONTOLÓGICOS</i>	456
1. Concepto	456
2. Fenomenología	457
<i>IV. WRONGFUL CONCEPTION O WRONGFUL PREGNANCY</i>	461
1. Concepto	461
2. Elementos de la figura de <i>wrongful conception</i>	464
1. El nexo causal	464
2. El daño	465
3. Fenomenología	470

1. Casos de <i>wrongful conception</i> como consecuencia de una vasectomía ..	470
a) Supuestos en los que la figura de <i>wrongful conception</i> fue admitida	470
b) Controversias en las que la figura de <i>wrongful conception</i> no fue admitida	474
2. Casos de <i>wrongful conception</i> como consecuencia de una ligadura de trompas	480
a) Litigios en los que la figura de <i>wrongful conception</i> fue admitida	480
b) Supuestos en los que la figura de <i>wrongful conception</i> no es estimada	485
V. CONCLUSIONES	493

CAPÍTULO V

EL DAÑO DESPROPORCIONADO 495

I. ORIGEN Y CONCEPTO DEL DAÑO DESPROPORCIONADO	497
1. Origen de la figura	497
2. El concepto del daño desproporcionado	500
II. NATURALEZA DE LA FIGURA	506
1. <i>Res ipsa loquitur</i>	506
2. <i>Prima facie</i>	507
3. La culpa virtual	508
4. El daño desproporcionado y su naturaleza diferenciada	508
III. EXCEPCIONES A LA FIGURA	512
1. La <i>lex artis</i>	512
2. Riesgo típico	514
3. La prueba	517
IV. FENOMENOLOGÍA	520
1. El daño desproporcionado en actividades quirúrgicas	520
1. El daño desproporcionado y el error de diagnóstico en cirugías	520
2. El daño desproporcionado relacionado con actividades quirúrgicas realizadas con urgencia	524

3. El daño desproporcionado y las lesiones irrogadas en una zona distinta a la intervenida	527
a) Supuestos en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada	527
b) Asuntos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada	538
4. El daño desproporcionado y el empeoramiento de la situación inicial de la dolencia intervenida	541
a) Litigios en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada	542
b) Casos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada	546
2. El daño desproporcionado y los tratamientos médicos	547
1. El daño desproporcionado y el error de diagnóstico	547
2. El daño desproporcionado y las lesiones irrogadas en una zona distinta a la tratada	550
a) Supuestos en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada	550
b) Controversias en las que la figura del daño desproporcionado fue desestimada	551
3. El daño desproporcionado y a la agravación de la afección tratada	553
a) Supuestos en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada	553
b) Conflictos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada	555
3. El daño desproporcionado y la omisión de medios	560
4. El daño desproporcionado y la actividad anestésica	563
5. El daño desproporcionado y la cirugía estética	566
1. Supuestos en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada	566
2. Asuntos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada	568
6. El daño desproporcionado y el alumbramiento	570
1. Casos en los que el feto resulta lesionado	571

a) Controversias en las que la figura del daño desproporcionado fue estimada	571
b) Litigios en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada.....	577
2. Casos en los que la madre resulta lesionada	579
a) Supuestos en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada	579
b) Asuntos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada.....	580
7. El daño desproporcionado y las infecciones no hospitalarias.....	583
1. Litigios en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada	583
2. Conflictos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada	588
<i>V. CONCLUSIONES.....</i>	<i>591</i>

CAPÍTULO VI

LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD	593
<i>I. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.....</i>	<i>595</i>
1. Concepto	595
2. Etimología y origen	598
1. Etimología.....	598
2. Origen de la figura	599
3. Recepción legislativa de la pérdida de oportunidad en Europa y en España	602
<i>II. LA FIGURA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.....</i>	<i>604</i>
1. Naturaleza jurídica	604
2. Escenario de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria	613
3. Razón de ser de la pérdida de oportunidad.....	615
4. Figuras afines y diferencias para con la pérdida de oportunidad	617
5. El daño resarcible	618

<i>III. ANÁLISIS FENOMENOLÓGICO.....</i>	622
1. La pérdida de oportunidad ante la falta de realización de pruebas diagnósticas necesarias	622
1. Supuestos en los que la figura fue estimada.....	622
2. Asuntos en los que la figura fue desestimada	634
2. La pérdida de oportunidad motivada por pruebas diagnósticas practicadas, pero de forma tardía	641
1. Controversias en las que la figura fue estimada.....	641
2. Litigios en los que la figura fue desestimada	644
3. La pérdida de oportunidad y la ausencia del tratamiento necesario	648
1. Supuestos en los que la figura fue estimada.....	649
2. Casos en los que la figura fue desestimada.....	655
4. La pérdida de oportunidad y el error de diagnóstico.....	669
1. Conflictos en los que la figura fue admitida	669
2. Supuestos en los que la figura fue desestimada	676
5. La pérdida de oportunidad en relación a los casos de lesiones en el alumbramiento	684
1. Litigios en los que la figura fue admitida.....	684
2. Asuntos en los que la figura fue desestimada	690
<i>IV. CONCLUSIONES.....</i>	696

CAPÍTULO VII

LA SANGRE CONTAMINADA 699

<i>I. INTRODUCCIÓN A LAS TRANSFUSIONES</i>	700
1. Las transfusiones sanguíneas.....	702
2. La Hepatitis C	704
3. El Sida	707
<i>II. EL DAÑO Y LA ANTIJURIDICIDAD EN LAS TRANSFUSIONES.....</i>	713
1. Daño en los contagios transfusionales.....	713
2. Presunción de causalidad	714
3. Estado de la ciencia.....	715
1. Estado de la ciencia y riesgos del desarrollo.....	715

2. Principio de precaución.....	721
3. Lagunas del desarrollo	723
4. Periodo ventana.....	724
4. Normativa aplicable.....	725
<i>III. LÍNEA DOCTRINAL MAYORITARIA SEGUIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO</i>	
<i>EN MATERIA DE CONTAGIOS</i>	
<i>TRANSFUSIONALES DE SIDA Y HEPATITIS C</i>	<i>727</i>
<i>IV. ESTUDIO FENOMENOLÓGICO DE LAS EXCEPCIONES</i>	
<i>A LA REGLA GENERAL ESTABLECIDA.....</i>	<i>737</i>
1. Excepciones en materia de Hepatitis C.....	737
1. Contagios reprochados en transfusiones practicadas antes de la existencia de reactivos de detección.....	737
a) Cuestiones fácticas que justifican el reproche.....	737
b) Cuestiones procesales que justifican el reproche	753
(i) Recursos de casación para la unificación de doctrina.....	753
(ii) Por cuestiones de prueba	754
c) Sentencias contrarias a la tónica general	756
2. Supuestos de hecho en los que contagios posteriores a la generalización del uso de los tests reactivos no son objeto de reproche	760
a) Cuestiones fácticas que justifican la ausencia de reproche. El periodo de ventana	760
(i) Sentencias que siguen la línea general del periodo ventana ...	760
(ii) Excepciones en el periodo venta.....	766
a' Por motivos de carácter fáctico	766
b' Por motivos procesales	769
b) Contagios ajenos al periodo ventana	769
(i) Motivos procesales que justifican la ausencia de reproche	772
a' Por dificultades con la prueba	772
b' Por recurso para la unificación de doctrina incompleto.....	775
c' Otro tipo de eventualidades procesales	777
2. Excepciones en materia de Sida.....	781
1. Resoluciones desestimadas tras la comercialización de los tests reactivos para detectar el VIH	781

2. Sentencias estimadas en el propio año 1985	782
<i>V. CONSECUENCIAS SOCIALES DEL ESCÁNDALO DE LA</i>	
<i>SANGRE CONTAMINADA: LAS AYUDAS A LAS VÍCTIMAS</i>	
<i>DE CONTAGIOS DE SIDA Y HEPATITIS C.....</i>	788
1. Ayudas para los contagiados de Sida	789
2. Ayudas para los contagiados de Hepatitis C	790
<i>VI. RELACIONES ENTRE EL CASO FORTUITO,</i>	
<i>LA FUERZA MAYOR Y LOS CONTAGIOS TRANSFUSIONALES.....</i>	
<i>VII. CONCLUSIONES</i>	795

CAPÍTULO VIII

LAS DEFICIENCIAS ASISTENCIALES, EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL Y LAS INSPECCIONES HOSPITALARIAS 799

<i>I. LAS DEFICIENCIAS ASISTENCIALES Y EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL.....</i>	802
1. Los conceptos de funcionamiento normal y anormal	802
1. El concepto de funcionamiento normal.....	803
2. El concepto de funcionamiento anormal.....	804
2. El funcionamiento normal y anormal en Medicina	806
<i>II. ANÁLISIS FENOMENOLÓGICO DEL FUNCIONAMIENTO</i>	
<i>NORMAL / ANORMAL Y LAS DEFICIENCIAS ASISTENCIALES.....</i>	810
1. El funcionamiento normal / anormal y el material no sanitario	810
1. Material defectuoso y pacientes comunes.....	810
a) Supuestos en los que la figura es reprochada	810
b) Litigios en los que la figura no resulta reprochada	814
2. Material defectuoso y enfermos mentales.....	817
a) Controversias en las que la figura es reprochada	817
b) Supuestos en los que la figura no resulta reprochada.....	823
2. El funcionamiento normal / anormal y el material sanitario.....	826
1. Defectos en el material quirúrgico	826
a) Asuntos en los que la figura resulta reprochada	826
b) Conflictos en los que la figura no resulta reprochada	828
2. Defectos en el material sanitario en general	829

a) Casos en los que la figura resulta reprochada.....	829
b) Supuestos en los que la figura no resulta reprochada.....	834
3. El funcionamiento normal / anormal y el personal sanitario	838
1. Las deficiencias de personal sanitario y los enfermos mentales	838
a) Supuestos en los que la figura resulta reprochada	838
b) Litigios en los que la figura no resulta reprochada.....	841
2. Las deficiencias de personal sanitario en general	843
a) Asuntos en los que la figura resulta reprochada	843
b) Supuestos en los que la figura no resulta reprochada.....	854
<i>III. LAS INFECCIONES HOSPITALARIAS.....</i>	<i>858</i>
1. Las infecciones.....	858
2. Regulación legal de las infecciones hospitalarias y su evolución	861
1. Origen normativo	861
2. Etapas de la aceptación de la Ley de Consumidores en el ámbito sanitario por el Tribunal Supremo	862
3. El paciente como cliente y el centro sanitario como empresario	867
<i>IV. FENOMENOLOGÍA EN INFECCIONES HOSPITALARIAS.....</i>	<i>870</i>
1. Las infecciones hospitalarias y material sanitario	870
1. El caso concreto de las prótesis.....	870
a) Supuestos en los que la figura es reprochada	870
b) Controversias en las que la figura no es reprochada	874
2. El caso concreto del instrumental médico en general	878
a) Supuestos en los que la figura es reprochada	879
b) Conflictos en los que la figura no resulta reprochada	886
2. La infección hospitalaria y el personal sanitario	890
1. Asuntos en los que la figura es reprochada.....	891
2. Supuestos en los que la figura no es reprochada.....	892
3. La infección y las instalaciones hospitalarias	895
1. Casos en los que la figura resulta reprochada	895
2. Supuestos en los que la figura no resulta reprochada	901
<i>V. CONCLUSIONES.....</i>	<i>913</i>

CAPÍTULO IX

WRONGFUL BIRTH 915

<i>I. CONCEPTO Y ORIGEN DE WRONGFUL BIRTH</i>	917
1. Concepto	917
2. Origen	919
<i>II. CONCEPTOS AFINES A LA FIGURA DE WRONGFUL BIRTH</i>	921
1. Wrongful life	921
2. Wrongful conception o wrongful pregnancy	923
3. Lesiones al feto	923
4. Procreación irresponsable	924
5. Disadvantaged o dissatisfied life	924
<i>III. LA LEGITIMACIÓN EN LA FIGURA</i>	926
<i>IV. DAÑO INDEMNIZABLE</i>	928
1. El nacimiento de un hijo como daño	928
2. El derecho a la información	930
3. La pérdida de oportunidad	930
4. El perjuicio económico	933
5. Impacto o shock psicológico	935
6. El daño moral	937
<i>V. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LOS CURSOS CAUSALES NO VERIFICABLES</i>	940
<i>VI. FENOMENOLOGÍA</i>	943
1. Supuestos de wrongful birth provocados por una omisión informativa sobre la frustración de una prueba prenatal practicada	943
2. Litigios de wrongful birth por falta de notificación de un dato perturbador en las pruebas prenatales practicadas	949
1. Supuestos en los que se estima la efectiva concurrencia de la figura	950
2. Controversias en las que la figura no ha sido observada	961
3. Asuntos de wrongful birth en los que no se informa sobre la posibilidad de practicar pruebas durante la gestación	964

1. Supuestos en los que se estima la efectiva concurrencia de la figura	964
2. Conflictos en los que la figura no ha sido observada.....	968
4. Supuestos de <i>wrongful birth</i> como consecuencia de errores en la comunicación de pruebas diagnósticas correctamente practicadas	975
5. Casos de <i>wrongful birth</i> como consecuencia de una omisión informativa motivada por un error en el análisis de la prueba	979
1. Litigios en los que se estima la efectiva concurrencia de la figura	979
2. Supuestos en los que la figura no ha sido observada	982
6. Controversias de <i>wrongful birth</i> como consecuencia de una omisión de medios	986
VII. CONCLUSIONES	993

CAPÍTULO X

RECAPITULACIÓN: DE LOS CONFLICTOS A LOS CONCEPTOS	995
<i>I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA COMO CONCEPTO</i>	<i>997</i>
<i>II. DEFINICIÓN DEL ACTO MÉDICO</i>	<i>1004</i>
<i>III. LA LEX ARTIS EN LA RESPONSABILIDAD SANITARIA</i>	<i>1006</i>
<i>IV. LEGITIMACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA</i>	<i>1010</i>
<i>V. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA DIRIMIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA.....</i>	<i>1012</i>
<i>VI. EL INICIO DEL CÓMPUTO DEL DIES A QUO PARA LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA.....</i>	<i>1018</i>
<i>VII. ERROR DE DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO, DAÑO POR TRATAMIENTO Y OMISIÓN DE MEDIOS.....</i>	<i>1026</i>
<i>VIII. EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR.....</i>	<i>1029</i>
<i>IX. DERECHO DE INFORMACIÓN.....</i>	<i>1030</i>
<i>X. LA MEDICINA SATISFACTIVA.....</i>	<i>1032</i>
<i>XI. EL DAÑO DESPROPORCIONADO.....</i>	<i>1035</i>
<i>XII. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD</i>	<i>1038</i>
<i>XIII. SANGRE CONTAMINADA.....</i>	<i>1039</i>

<i>XIV. LAS INFECCIONES HOSPITALARIAS Y LAS DEFICIENCIAS ASISTENCIALES.....</i>	1041
<i>XV. LA FIGURA DE WRONGFUL BIRTH.....</i>	1044
CONCLUSIONES	1047
BIBLIOGRAFÍA	1067
ÍNDICE DE SENTENCIAS	1103

INTRODUCCIÓN: UNA OPCIÓN METODOLÓGICA

I. *EL DESAFÍO DE LA METODOLOGÍA.*

1. La responsabilidad civil sanitaria es la materia de estudio en la presente memoria, una temática controvertida, al igual que extensamente analizada. Es por ello por lo que, la decisión de adoptarla como tema de tesis doctoral, ha sido fruto de una larga y meditada reflexión.

Aunque aparentemente una amplia investigación sobre la responsabilidad sanitaria pueda resultar repetitiva a simple vista, lo cierto es que se trata de una disciplina sobre la que aunque se ha escrito mucho, no se ha tratado todo, tal y como se podrá observar a lo largo de las páginas del presente trabajo. Estas carencias siguen siendo un lastre, tanto para la Medicina como para el Derecho, provocando una tensa relación, en absoluto beneficiosa para ninguna de las partes. Precisamente por ello, para evitar la tirantez propia de una injerencia ilegítima, es necesario volver sobre aquellos conceptos que históricamente se han considerado superados, y que dadas las nuevas circunstancias no lo están; a fin de dar una respuesta correcta a una sociedad cada vez más exigente, para la que el azar o la desgracia no son una respuesta suficiente.

No parece inoportuno que se haya formulado una breve explicación sobre el objeto de estudio elegido, lo que entraña a su vez un sucinto apunte sobre las opciones metodológicas que caben en la ciencia del Derecho. La dirección que puede tomar una actividad investigadora, en relación a la metodología elegida, entraña importantes consecuencias y puede resultar determinante en relación al resultado final de la misma. VALLET DE GOYTISOLO equipara la elección de un método, a la opción por un camino u otro, en función de lo cual nuestro destino se verá modificado por la vía escogida. Cuestión a la que añade este autor una matización, y es que la relevancia de adoptar un sistema es de tal entidad, que por regla general y salvo excepciones, cuando se opta por un método, se están excluyendo los demás. De esta afirmación se deduce la trascendencia de la selección, por lo que ésta debe ser fruto de una decisión calmada¹. VIEHWEG sigue una línea similar a la establecida por VALLET DE GOYTISOLO, pero menos estricta respecto del carácter exclusivo del sistema, ya que parte de la idea de que

¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Manuales de metodología jurídica* (volumen I), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004, página 17.

la combinación de distintos métodos, resulta no sólo válida, sino también beneficiosa, siempre y cuando permitan obtener información útil².

La envergadura del sistema dentro de una disertación, y concretamente en una tesis doctoral, tiene tal trascendencia, que para autores como PUCHA, tal y como señala LARENZ al parafrasearlo, no sólo resulta un medio a fin de emprender una tarea investigadora, sino que conforma también la única manera de asegurarse “la verdad”³.

CANARIS, aunque siguiendo una línea similar, nos acerca la ecléctica postura de KANT sobre el concepto de método. El mencionado autor describe éste como una unidad de conocimiento plural que se encuentra bajo el paraguas de una idea (la finalidad perseguida), pero que parte de una base clara por la que establece, que a pesar de la multiplicidad de definiciones que puede tener esta noción, todas ellas han de tener dos unidades mínimas: el sistema y el orden⁴.

2. Al tratar estas cuestiones de metodología, la necesidad de recordar brevemente el debate entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu, es innegable. A pesar de la relevancia de esta polémica, la consideramos superada a día de hoy, por lo que si bien estimamos indispensable una mención a la controversia, tampoco procede que nos detengamos en exceso. Históricamente las únicas ciencias que se consideraban como tales, eran las de la naturaleza, mientras que las del espíritu se encontraban relegadas a un segundo plano. Esta situación se dio hasta poco después del siglo XIX, época en la que la sociedad científica se percató de que todo el conocimiento no podía ser abarcado por las disciplinas existentes, por lo que se abrió la puerta a las “ciencias del espíritu”, por una necesidad impuesta por la realidad misma⁵.

Superada la antigua disputa relativa a los distintos tipos de ciencias existentes, es el momento de iniciar el análisis de los diferentes métodos aplicables a una rama concreta del conocimiento, el Derecho.

3. Nos encontramos con dos sistemas predominantes, como son el axiomático – deductivo y el tópico o problemático. Es conveniente elaborar un estudio de ambos, a los efectos de establecer, no sólo su sistemática de aplicación y construcción, sino también sus beneficios y desventajas.

² VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991, páginas 124 y 125.

³ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Sant Joan Despi (Barcelona), 1980, página 39.

⁴ Con el orden se pretende la búsqueda de la coherencia interna que todo sistema debe tener, mientras que con la unidad la intención es evitar la ruptura del mismo en varios bloques, ya que éstos pueden dificultar la labor investigadora. CANARIS, Claus – Wilhelm, *El sistema en la Jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, página 20.

⁵ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho ... op. cit.*, página 109.

La historia ha sido testigo de las relaciones entre ambas metodologías, y aunque en épocas como la de Roma la tópica resultaba preeminente, lo cierto es que la evolución del Derecho y la idealización del texto escrito, provocaron que la dogmática fuese adquiriendo primacía paulatinamente, en detrimento de la tópica⁶.

4. Comenzamos con el sistema axiomático – deductivo, cuya esencia reside en la creación, a partir del estudio y la reflexión, de principios centrales sobre los que se sustenta la ciencia. A partir de estas ideas base se llevan a cabo deducciones en cadena, cuyo fin es abarcar todos los aspectos de la disciplina. Su aplicación práctica consiste en subsumir estos principios programáticos a la realidad, es decir, una acomodación de la misma a las instituciones que han sido creadas siguiendo el método. Ante la existencia de un problema, este sistema exige el abandono del mismo, para acudir a los principios básicos y optar por una de las nociones creadas por la vía de las deducciones axiomáticas en cadena. Una vez decidida la idea susceptible de aplicación, se retornaría a la problemática inicial, que fue el preámbulo del empleo del método. La actuación a acometer en este estadio consiste en adaptar la controversia a la institución predeterminada por la que se ha optado, lográndose así la efectiva solución de la misma. La técnica se basa en acomodar el problema (aquel que dio lugar al inicio del procedimiento) a la esencia y forma de un concepto preexistente, formado por el propio método.

PUCHTA resulta especialmente ejemplificador cuando trata la esencia de esta metodología conceptual, al compararla con una organización piramidal. En la base de la pirámide se encuentra el principio central, y a medida que aumenta el número de conceptos, más amplios son sus cimientos. Ahora bien, resulta lógico pensar, que

⁶ VALLET DE GOYTISOLO resulta clarificador en esta cuestión al apuntar cómo Roma es un exponente de la tópica, donde la ciencia del Derecho tenía un carácter eminentemente práctico al ser elaborada por los propios juristas, precisamente para suplir la deficiencia de los textos legales. ¿Qué ocurrió entonces con la tópica para pasar de ser el método principal al sistema relegado? Que si bien resultó ser la metodología protagonista desde el *ius commune* hasta el *mos italicus*, a mediados del siglo XIV la teología puso en tela de juicio esta forma de crear Derecho, porque no giraba en torno a la voluntad divina y humana, algo a lo que tampoco ayudó la codificación. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Manuales de Metodología Jurídica* (volumen IV), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004, páginas 18 a 23. ¿Por qué no fue recuperada después la tópica? En palabras de este mismo autor, la tópica no sobrevivió al método cartesiano por dos razones, porque por un lado el casuismo se complicó excesivamente, hasta el punto de hacerlo impracticable; y por otro lado, porque se tenía la errónea percepción de que todo supuesto era subsumible en una norma jurídica. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Metodología de la Determinación del Derecho* (volumen I), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, página 304. VIEHWEG se reafirma en esta idea por la cual la tópica resultó ser clave para el Derecho romano, hasta el punto de que fue precisamente el *ius civile*, el que promovió los catálogos de tópicos que veremos más adelante, admitiendo los principios extraídos de los mismos, siempre y cuando fuesen emitidos por eruditos. VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, segunda edición, prólogo de García de Enterría, traducción de Díez – Picazo, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2007, página 88.

cuanto mayor es el conocimiento existente en su apoyo, la pirámide debe verse necesariamente reducida en altura. Esto nos demuestra que con un elenco amplio de nociones no se puede llegar a un elevado grado de conocimientos, y como consecuencia de ello, con un número limitado de ideas, el discernimiento sobre las mismas puede llegar a tener un grado de desarrollo superior⁷.

Esta definición nos plantea una duda acuciante, en la medida en que tal y como hemos reseñado en el párrafo anterior, la base de la pirámide, que simboliza el nivel conceptual del sistema axiomático – deductivo, se conforma por lo que los exponentes de la teoría denominan “el concepto central”. Nuestro reparo radica precisamente en su naturaleza, no en vano debemos tener presente que esta idea ha de tener contenido por sí misma y que de ésta deben dimanar el resto de las construcciones y enunciados. Sin embargo, estas deducciones derivadas del elemento central del sistema no pueden ser el eje del mismo, ya que entraríamos en un círculo vicioso. ¿Qué conforma el elemento base de la pirámide del sistema axiomático – deductivo, es decir, el mencionado “concepto central”? De acuerdo con las aseveraciones de uno de sus principales defensores, PUCHTA, el contenido del eje elemental del sistema piramidal proviene de la filosofía del Derecho⁸.

Entre los beneficios de este sistema destacan, la seguridad y fiabilidad del método. No en vano, es evidente que nos encontramos ante instituciones fuertemente arraigadas y desarrolladas, y dado que conforman la base de la metodología, probablemente las lagunas no resulten un problema. Apreciamos que se trata de un sistema muy robusto⁹.

⁷ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho ... op. cit.*, página 40.

⁸ Parafraseando a PUCHTA, KARL LARENZ señala que “Para Puchta ese contenido proviene de la Filosofía del Derecho; de este modo consigue el firme punto de partida desde el cual puede edificar deductivamente todo el sistema y, con ello, derivar también nuevas normas jurídicas”. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho ... op. cit.*, página 42

⁹ Volviendo a acudir a PUCHTA, como uno de los principales exponentes de esta metodología, conviene apuntar que este autor parte de la preeminencia del método axiomático por el amplio margen de “conocimiento sistemático” que permite, refiriéndose a la posibilidad de derivar los conceptos “hacia arriba y hacia abajo” que admite este sistema, a través de lo que este autor denomina “escalones intermedios”. Esto es, dada la complejidad del método, éste debe acudir a múltiples vías o “peldaños” para valerse de las nociones (ideas intermedias), y son precisamente éstas las que a su vez le permiten otorgar movilidad a la institución final. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho... op. cit.*, página 41. Kelsen por su parte, apoya esta misma idea cuando hace referencia a su teoría pura del Derecho, por la cual los hechos resultan superfluos para el Derecho, siendo las normas el único elemento relevante. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho... op. cit.*, página 91. DE CASTRO Y BRAVO sigue una dinámica prácticamente idéntica a la establecida por los anteriores autores, partiendo de la idea de que la realidad jurídica debe ordenarse, ya que de lo contrario no puede ser comprendida; y precisamente esta labor de sistematización es la que realizan los conceptos. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Parte general* (tomo I), Instituto de estudios políticos, Madrid, 1949, página 63.

Sin embargo, resulta lógico pensar que el método axiomático – deductivo no puede encontrarse desprovisto de defectos. Partimos de una observación que realiza CANARIS cuando señala que este sistema no es válido por sí mismo, sino que requiere del refuerzo de otro. Esto es, el mencionado autor asevera que el método dogmático no resulta suficiente a los efectos de colmar las necesidades de nuestra ciencia, todo ello porque la pretensión del mismo debe ser siempre la de abarcar todos los aspectos de la disciplina en cuestión, y este objetivo resulta inviable acudiendo únicamente a una sistemática, por las lógicas limitaciones de la misma. No obstante, al ser precisamente éste el espíritu de la metodología dogmática (la autosuficiencia), este escollo se intensifica más aun, ya que negar la existencia de un sistema distinto, como puede ser la tópica, es prácticamente autoerigirse como única vía de razonamiento; algo que supone un importante obstáculo para la búsqueda de la verdad, que es precisamente la pretensión de toda investigación¹⁰.

A pesar de lo señalado hasta el momento, estimamos que la más relevante de todas las críticas se encuentra en la imposibilidad de abarcar la realidad, así como sus eventuales problemáticas. Dado que el presente sistema parte de instituciones radicadas en una disciplina, al aplicarlas al supuesto concreto puede acontecer, de acuerdo con lo señalado por los precursores de esta reprobación, que algunos problemas o acontecimientos no se puedan subsumir en ninguna de las categorías creadas a través de los principios generales. Es por ello por lo que podríamos encontrarnos ante la tesitura de no tener la posibilidad de solventar una controversia, precisamente porque en las nociones generales del sistema, ese tipo de eventualidades no han sido previstas¹¹.

¹⁰ CANARIS resulta tajante cuando señala “Ya que las verdaderas dificultades del pensamiento jurídico no pueden superarse con los medios de la lógica formal, tendríamos ahí una sentencia de muerte no sólo sobre la Jurisprudencia como ciencia, sino, en general, sobre todo intento de entender la aplicación del derecho como un proceder racionalmente orientado”. CANARIS, Claus – Wilhelm, *El sistema en la Jurisprudencia ... op. cit.*, página 51. DE LOS MOZOS muestra la misma inquietud que CANARIS al estimar que se ha producido una importante confusión al restringir el concepto del Derecho a la Ley escrita, algo provocado por utilizarse únicamente métodos axiomático – deductivos, y que entraña el consiguiente abandono de múltiples disciplinas de relevancia innegable e indiscutible. DE LOS MOZOS, Jose Luis, *Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1998, página 42.

¹¹ Comparte esta misma idea y preocupación VIEHWEG, ya que estima innegable que la única vía de perfección del método dogmático es la de rechazar aquellos supuestos que no resultan subsumibles, algo que supondría un importante menoscabo a la labor investigadora. Resulta innegable que este aspecto puede resultar decisivo para la elección de un método u otro. VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del Derecho... op. cit.*, página 125. Idéntico temor demuestra el ya mencionado CANARIS cuando realiza una rotunda afirmación por la cual, el sistema axiomático – deductivo no es correcto para la ciencia del Derecho, precisamente porque tal y como señala este autor, esta limitación del método conlleva una contraposición y una negación de la esencia misma del Derecho. CANARIS, Claus – Wilhelm, *El sistema en la Jurisprudencia ... op. cit.*, página 37. RODRÍGUEZ MOURULLO parte de una idea por la cual el sistema dogmático es ineficaz para la interpretación normativa, porque la finalidad de la misma es la resolución del problema, punto del que se aleja esta sistemática. Es más, parafraseando este autor a

Las fronteras del Derecho son más extensas que las del método dogmático, por lo que circunscribirlo únicamente a éste significaría mermarlo, de lo que se debe observar la necesidad de una combinación de sistemas, o que por lo menos no sea la dogmática la única metodología aplicable.

5. El sistema tópico por su parte, no utiliza como eje central principios doctrinales, sino que se inicia con el problema. A diferencia del método axiomático – deductivo, la tópica no solventa la casuística relacionando una institución preexistente con una controversia concreta, sino que parte de la misma y elabora el concepto en base a ésta. El protagonismo del sistema lo acapara el problema, el cual nunca deja de observarse y resulta ser el elemento básico, no sólo para la búsqueda de una solución, sino también del sistema; se trata del punto de inflexión de la metodología.

La dinámica del sistema tópico comienza con un problema, que es el que precisamente moviliza el entramado del método, y a partir del mismo, en la búsqueda de soluciones, se procede a la construcción paulatina de la institución que solventa el asunto. Es por ello por lo que la naturaleza de la tópica es problemática, deriva del litigio y varía en relación al mismo, es decir, se amolda; y procede a efectuar cuantas adaptaciones sean necesarias, a los efectos de crear el concepto que permita encontrar la solución a la cuestión planteada¹².

VILLEY, realiza una comparativa entre el Derecho y una melodía, estableciendo que la lógica del Derecho (el arte), conforma una melodía polifónica que requiere de la concurrencia de muchos instrumentos, y que intentar acotarla a uno solo significaría limitarla a una sinfonía de un único instrumento, con las consecuencias que de ello podrían derivarse. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, páginas 24 y 69. No obstante, este mismo autor nos acerca una idea más ecléctica de la mano de RECASENS, por la cual la dinámica que debe regir cualquier investigación debe ser la de “lo razonable”, idea a la que se asemeja la tópica. Sin embargo, concluye esta hipótesis estableciendo que de la misma manera que limitar una investigación al sistema dogmático comportaría diezmar el conocimiento, otro tanto ocurriría de restringirlo al ámbito tópico; de ahí que considere que la opción más lógica consista en acudir a ambos métodos y conseguir así un análisis más profundo del Derecho. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica ... op. cit.*, página 24. A pesar de que las críticas hasta ahora señaladas por los distintos autores pueden ser contundentes, consideramos que la de DE LOS MOZOS es la de mayor entidad, cuando apunta que el Derecho no se incluye en cualquier Ley, el Derecho es anterior a la Ley y por último, el Derecho no está sólo en la Ley. Con estas tres afirmaciones este autor evidencia cómo el Derecho no puede limitarse al estudio dogmático de la Ley, ya que supera el propio concepto legal. DE LOS MOZOS, Jose Luis, *Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas ... op. cit.*, página 31. VALLET DE GOYTISOLO comparte esta idea cuando asegura que limitar el Derecho a la Ley no es correcto, porque el Derecho es algo más que la Ley. Precisamente con esta afirmación VALLET DE GOYTISOLO procede a definir el Derecho como el arte de lo justo y lo equitativo en relación a los hechos, porque el Derecho sin los hechos no tiene sentido. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Manuales de Metodología Jurídica* (volumen I) ... *op. cit.*, página 91.

¹² VIEHWEG resulta especialmente esclarecedor cuando define la tópica como una ciencia que se orienta hacia el problema, algo que resulta beneficioso porque es objetivo y concreto. Es precisamente en este momento en el que el mentado autor se formula la siguiente pregunta ¿qué es un problema? Toda aquella cuestión que admite más de una respuesta, para cuya resolución se utilizan deducciones. VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia... op. cit.*, página 55.

Entre los defensores de la tónica, tal y como VIEHWEG sostiene, podemos encontrar a ARISTÓTELES, que pretendía hallar un método en el que el punto de partida fueran proposiciones opinables, de las cuales podrían obtenerse silogismos que tratasen del problema planteado, que por razones obvias no podían ser contradictorios entre sí; para así lograr la formación de conclusiones correctas. La tónica tiene como principal objetivo llegar a deducciones, cuyo origen son proposiciones, las cuales han sido consideradas “verdaderas”, tomando como base una opinión acreditada. A estas “verdades” ARISTÓTELES les da el nombre de *topoi*, considerándolos puntos de vista universalmente aceptados, que pueden utilizarse a favor o en contra de un problema, con el único objetivo de alcanzar la verdad¹³.

La tónica, a pesar de su aparente simplicidad, no permanece estática en el tiempo, sino que sufre una evolución en tres estadios de desarrollo distintos. El primero de ellos sería la tónica de primer grado, en el que el sistema tiene una naturaleza marcadamente auxiliar, dada su simplicidad. Su esencia consiste en una arbitraria selección problemas y la consiguiente adecuación de premisas para su solución. Constatamos a primera vista, que esta etapa de la tónica adolece de una evidente falta de sistematismo y que se encuentra muy limitada, ya que la vía de investigación está acotada a elecciones efectuadas de forma irregular, lo que dista mucho de un serio rigor científico.

Por su parte, la segunda fase de desarrollo de la tónica salva las deficiencias de la anteriormente mencionada, al alejarse de su técnica de selección, con el único fin de confeccionar un repertorio de problemas con sus respectivas premisas y vías de solución. En este estadio nos encontraríamos en la denominada tónica de segundo grado¹⁴.

El tercer periodo es una consecuencia directa de los dos primeros, pues supone la utilización de los *topoi* para diferentes ciencias, es decir, la especialización de los mismos.

¹³ VIEHWEG, Theodor, *Tónica y jurisprudencia... op. cit.*, página 36.

¹⁴ Sin embargo, este segundo escenario no debe llevarnos a la falsa convicción de que el desarrollo de la sistemática y su catalogación suponen necesariamente una separación del método utilizado, con el consiguiente acercamiento al sistema axiomático – deductivo. VIEHWEG aclara esta cuestión cuando afirma que estos puntos de vista (probados y frecuentes) a pesar de esa modificación, son también tónicos que siguen al servicio de la discusión del problema. De tal manera que, aunque aparezcan en forma de elenco, su esencia sigue encontrándose en el problema, hasta el punto de que sin el mismo pierden todo su sentido. De este modo se constata que la vinculación con la controversia nunca llega a desaparecer, independientemente del grado de desarrollo del método. VIEHWEG, Theodor, *Tónica y jurisprudencia... op. cit.*, página 55.

Los beneficios de esta sistemática resultan evidentes, como también ocurría con el método axiomático – deductivo. A diferencia de lo que podía llegar a acaecer con el otro sistema, los *topoi*, por su naturaleza problemática, pueden llegar a resolver cuantos problemas le sean planteados, de forma que no quedarían controversias sin solventar. Nos encontramos ante la máxima expresión del pragmatismo de una disciplina científica, por la cual no existiría ninguna incógnita sin su consiguiente solución. Este innegable beneficio reside en la naturaleza problemática del sistema, ya que al partir del problema y no perder su esencia, la posibilidad de que un litigio quede sin ser solventado es inconcebible, al atentar contra la propia naturaleza del método.

SAVIGNY considera que otra de las utilidades de este sistema es que el jurista se ve impulsado a desarrollar sus propias indagaciones, al no estar obligado a integrar un caso en una institución previamente constituida. Esto es, este método permite al jurista, no sólo aplicar el Derecho, sino también entenderlo; algo que va más allá de la simple aceptación del mismo, permitiendo que éste sea también constructor del Derecho¹⁵.

LEGAZ y LACAMBRA sienta una base clara al inclinarse a favor de la tópica con la siguiente frase lapidaria sobre el Derecho “O sirve a la vida o no sirve para nada”. Afirmar este autor que la finalidad de esta ciencia es su utilización, es decir, que resulte práctica para la sociedad, lo que se traduce irremediabilmente en solucionar cuantos problemas se le plantean¹⁶.

Deducimos de lo hasta aquí apuntado que los *topoi* son utilizados a los efectos de iniciar una discusión sobre una cuestión concreta. En dicho intercambio de opiniones se abordan todas las vertientes del tema objeto de análisis, no abandonándose nunca el problema, dado que es su eje central. Ahora bien, precisamente por estas cuestiones que caracterizan al sistema problemático, debemos tener presente que los *topoi* no nos dirigen hacia un sistema general, sino que suscitan multiplicidad de éstos.

Es precisamente en este máximo beneficio del sistema tópico, donde se encuentra su principal desventaja. La pretensión de solventar la totalidad de los problemas presentados y de efectuar un catálogo con los mismos, a los efectos de alcanzar el segundo y tercer grado de la tópica, puede comportar una clasificación de controversias excesivamente desarrollada, con las dificultades que ello entraña.

¹⁵ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia...* op. cit., páginas 73 y 74.

¹⁶ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica ...* op. cit., páginas 43 y 44.

Cualquier elenco muy amplio, adolece de las consiguientes complicaciones de estudio, comprensión y trabajo.

A pesar de la aparente idoneidad de la metodología tópica para el Derecho, es necesario que también hagamos hincapié en algunos aspectos en los que este sistema puede presentar dificultades para esta disciplina. Estima VIEHWEG que toda ciencia aspira a la superación del estadio tópico a fin de llegar al deductivo, lo cual no obsta para abandonar las proposiciones centrales del mismo. Asimismo asevera VIEHWEG que, si bien es cierto que el cambio de un sistema a otro resulta inexorable, no existe un momento específico para ello, por lo que debe aguardarse al instante en el que el camino haya sido lo suficientemente allanado por la tópica, para que el sistema axiomático –deductivo pueda ser accesible¹⁷. La necesidad de superar la etapa tópica se basa en que ésta pierde su esencia. Esto es, el sistema problemático, al sufrir un proceso de complejización, acaba desvinculándose del problema y perdiendo la base de su metodología¹⁸.

6. Llegados a este punto comprobamos que ambos métodos cuentan con beneficios y desventajas destacables, por lo que la decisión de elegir uno y otro debe ser fruto de un largo y reflexionado estudio. Ahora bien, que comprendamos la naturaleza de la ciencia en la que pretendemos utilizar cualquiera de los dos sistemas, puede ayudarnos a resolver esta dicotomía.

¹⁷ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia... op. cit.*, página 62.

¹⁸ Concretamente señala “Los desligamos progresivamente de su orientación hacia el problema cuando sacamos conclusiones extensas y absolutamente correctas. Y, finalmente, notamos que estas conclusiones se encuentran muy lejos ya de la situación inicial y son, a pesar de su corrección formada, inadecuadas, por lo cual tenemos que acabar por afirmar que entre el sistema que habíamos proyectado y el mundo del problema, que a pesar de todo no ha perdido nada de su problematicidad, se ha abierto una notable fisura. Es evidente que hemos perturbado unas relaciones originariamente complejas. Parece existir un nexo que no es posible reducir a un puro nexo lógico. De esta manera, al final, realizamos sólo construcciones aisladas y de escasa importancia”. VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia... op. cit.*, página 57. Respecto de esta supuesta necesidad de abandonar la tópica al llegar a estadios desarrollados de investigación, mencionaremos brevemente a dos autores con opiniones contrapuestas, que estiman la viabilidad e inviabilidad de coordinar ambos métodos. Así autores como HECK, que no se deciden por ninguno de los dos sistemas, sí que se muestran categóricos negando cualquier posibilidad de conjunción de ambos métodos, al afirmar que los conceptos y las conclusiones derivadas de intereses (jurisprudencia y problemática) son inconciliables. CANARIS es más proclive a considerar que la opción entre una y otra metodología no tiene que ser necesariamente excluyente, precisamente porque ambas pueden complementarse mutuamente. VIEHWEG aboga por una línea similar a la seguida por este autor al estimar que la mejor forma de creación de Derecho es la utilización conjunta del método antiguo y nuevo (tópico y dogmático, respectivamente). VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia ... op. cit.*, página 34. Se reafirma este autor cuando señala que la separación entre tópica y dogmática no es tan amplia, al estimar que ambos métodos parten de una misma realidad: el problema. La principal diferencia entre uno y otro se encuentra en el carácter discutible o no de algunas de las deducciones, esto es, los *topoi*. Cuando los *topoi* son cuestionables, estaríamos ante la tópica como modelo de investigación, y cuando no lo son, nos encontraríamos ante la dogmática. VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del Derecho ... op. cit.*, página 75.

Debemos partir del principio claro por el cual el Derecho pertenece a la categoría de las ciencias del espíritu, de forma que éste se construye, bien a partir de premisas con gran aceptación, bien por silogismos formulados por los máximos exponentes de la disciplina; pero no por medio de la comprobación o verificación pragmática de sus bases científicas.

Sin embargo, el hecho de que el Derecho se integre en este tipo de ciencias, no supone necesariamente que tenga una fuerte y marcada naturaleza dogmática, o que se encuentre únicamente afianzado en un marco teórico. En relación a esta afirmación DE CASTRO Y BRAVO se muestra tajante cuando señala, que precisamente por pertenecer el Derecho a esta esfera científica, es una rama del saber marcada por su funcionalidad y pragmatismo. Es por ello por lo que su estudio no debería limitarse con carácter exclusivo a los aspectos doctrinales, ya que aunque conforman un pilar básico de conocimiento, éstos no agotan el Derecho en su totalidad. La naturaleza práctica de esta disciplina exige un necesario descenso desde el enclave teórico de las instituciones, hasta la realidad que nos rodea¹⁹.

Autores como VIEHWEG consideran que el carácter pragmático del Derecho no es sólo una de sus facetas, sino que se trata de su esencia misma “... la Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares, jamás reductible – frente a ingenuos intentos, siempre fallidos – al esquema mental axiomático – deductivo expresado en las matemáticas”²⁰.

LARENZ se inclina por esta misma opinión cuando se reafirma en el carácter práctico de la ciencia del Derecho, al destacar la naturaleza social de las relaciones jurídicas, las cuales son consecuencia directa de las necesidades de la humanidad, en lugar de ser el resultado de una norma. La relación jurídica es anterior al Derecho, siendo prueba inequívoca de ello el Derecho romano, época de gran esplendor jurídico, en la que la legislación brillaba por su ausencia²¹.

DE LOS MOZOS resulta concluyente con la siguiente frase lapidaria “Lo principal es que el Derecho que se apoya en una <<tradición jurídica>>, para conformarse en código, debe estar fundado sistemáticamente”²². Este autor, siguiendo las afirmaciones

¹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España... op. cit.*, página 61.

²⁰ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia ... op. cit.*, página 13.

²¹ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho... op. cit.*, página 87.

²² Apunta además este autor que el Derecho es una ciencia práctica, y que como consecuencia de ello, es una realidad que en aquellos sistemas en los que prima la codificación, existe un gran abismo entre la realidad y la Ley. ¿Qué significa entonces el dogmatismo? Una falta de interconexión entre los conceptos y la sociedad en el campo del Derecho, porque conforman dos planos paralelos que jamás llegan a

de GROCIO, define el Derecho natural como aquel no contenido en los códigos, sólo susceptible de ser creado por la experiencia jurídica y percibido desde las construcciones dogmáticas. Éste es legítimo, no por ser consecuencia de un acto político o por ser una costumbre popular repetida a lo largo del tiempo, sino porque se trata de una tradición culta.

Conviene mencionar a RODRÍGUEZ MOURULLO, que parte de la misma idea que los autores anteriormente mencionados: la primacía del problema en el Derecho. Hasta el punto de que éste surge de la controversia y se dirige hacia la controversia misma, y precisamente por ello este autor considera que la tópica es el mejor sistema para el Derecho²³.

Si algo hemos podido observar a lo largo de todo el análisis, es que ningún método prevalece sobre el otro. Si bien es cierto que el Derecho tiene naturaleza práctica y que como tal un sistema tópico resultaría de mayor idoneidad, también lo es que la mayoría de la doctrina estima que al llegar a concretos estadios de conocimiento con esta metodología, es necesario relegarla y pasar a la dogmática, por las limitaciones de la misma y por su separación para con el problema. Es por ello por lo que optar entre uno y otro método, a efectos genéricos del Derecho, más que una cuestión de sistema, debería ser de temática. Esto es, es probable que la opción metodológica de mayor viabilidad no radique tanto en la ciencia (porque como hemos visto, una combinación de ambas resulta beneficioso), como en el aspecto concreto a analizar.

En el presente trabajo partimos de una realidad clara: la responsabilidad civil sanitaria ha sido objeto de múltiples estudios, habiendo aportado todos ellos una parte del magno conocimiento existente hoy en día en la mentada disciplina. Cualquier aportación seria es digna de ser reconocida, sin embargo, corre el riesgo de adolecer de la innovación que debe caracterizar a cualquier trabajo de investigación. En virtud de ello, abordar una idea extensamente analizada desde una perspectiva novedosa, otorga al proyecto la necesaria originalidad, así como utilidad.

encontrarse. Concluye este autor señalando que tanto un sistema como el otro en exceso son peligrosos, pero que el dogmático tiende a pecar en mayor medida. DE LOS MOZOS, Jose Luis, *Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas ... op. cit.*, páginas 32 y 210, respectivamente.

²³ Concretamente señala este autor “De ahí que en nuestra ciencia la primacía corresponda al problema y todo se oriente hacia el problema. Por eso mismo, deberá reconocerse que a la tópica, que es una <<techné del pensamiento de problemas, de un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares, partiendo de directrices o de guías que no son principios lógicos desde los que poder deducir con resolución, sino simples *loci communes* de valores relativo y circunscrito revelados por la experiencia>>, corresponde un decisivo papel en el marco de la jurisprudencia”. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica... op. cit.*, página 44.

Nuestra intención consiste en efectuar una memoria que parta de los problemas que rodean a la materia objeto de análisis para, a partir de los mismos, elaborar premisas adecuadas a fin de solventar la problemática planteada. Con las mencionadas afirmaciones, esto es, sólo haciendo uso de las apropiadas a tal efecto, procederemos a la construcción de un concepto o institución que abarque todas las vertientes de la controversia suscitada²⁴.

7. Nuestra herramienta principal de trabajo no será otra que la jurisprudencia, que ocupará un lugar preeminente en la investigación, ya que la casuística será la base de la presente tesis. No obstante, ello no es óbice para que no acudamos a la doctrina, que permitirá aportaciones de gran valor, de acuerdo con la línea argumentativa seguida por VIEHWEG, por la cual procederemos a utilizar ambos sistemas. Sin perjuicio del carácter predominante de la jurisprudencia, la dogmática también tendrá un lugar destacado en nuestra labor, siendo su función primordial la complementación y la fundamentación; sobre todo en aquellas resoluciones que no resulten pacíficas o que tengan un marcado carácter controvertido.

Precisamente por la relevancia y protagonismo que va a tener la casuística, es necesario detenerse a analizarla brevemente. Es decir, describir la jurisprudencia como noción, a fin de comprender la totalidad de sus aspectos e implicaciones en el sistema tópico o problemático a utilizar.

Conviene que comencemos definiendo el término jurisprudencia, que debemos entender como *prudentia iuris* o *ius prudentium*, proveniente de la expresión latina *prudentia*, de acuerdo con las aseveraciones de BIONDI. El vocablo *prudentia* podríamos

²⁴ VALLET DE GOYTISOLO se muestra a favor de esta dinámica de trabajo al concluir que grandes autores como Ulpiano, Balgo o Santo Tomás de Aquino, abogaban por esta sistemática, al considerar que el eje sobre el que debe girar la ciencia jurídica siempre debe ser el hecho, de forma que el Derecho debe derivar de los propios hechos y no de la doctrina. VALLET DE GOYTISOLO, Juan BERCHMANS, *Manuales de Metodología Jurídica* (volumen IV) ... *op. cit.*, página 126. Se reafirma este autor cuando señala que la unión entre hecho y Derecho no puede ser una simple operación de “ensamblaje”, ya que ambos aspectos de la ciencia jurídica forman un conjunto único en el que encajan a la perfección, por lo que la fusión no puede ser artificial. VALLET DE GOYTISOLO, Juan BERCHMANS, *Manuales de Metodología Jurídica* (volumen III), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004. VIEHWEG por su parte, considera que la tópica es un gran método de trabajo, pero sobre todo de investigación, porque se trata de un sistema en movimiento, abierto y flexible; condiciones esenciales para el estudio, dado que permite abarcar múltiples puntos de vista, algo que resulta vital para la labor investigadora. Ello no obstante, no significa que el sistema dogmático no sea válido para el Derecho, es más, asevera este autor que al basarse en dogmas, resulta también un pilar de gran relevancia para la ciencia jurídica. Todo ello porque, de acuerdo con las afirmaciones de VIEHWEG, el Derecho por su naturaleza social, requiere de esquemas inquebrantables, y son precisamente éstos los que aporta el sistema dogmático. Ahora bien, ello no es sinónimo de estancamiento, ya que el Derecho requiere de la flexibilidad que mencionábamos antes, precisamente porque sin ella (que la aporta el sistema tópico), la evolución del mismo se encontraría trabada y no podría avanzar. VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del Derecho* ... *op. cit.*, páginas 85 a 101.

traducirlo como el conocimiento y la valoración de lo divino y de lo humano. DíEZ – PICAZO aporta la siguiente explicación “La jurisprudencia rectamente entendida es la prudencia iuris o, dicho de otro modo, el ius prudentium, teniendo, además, en cuenta, según nos enseña Biondi, que la expresión latina prudentia es una traducción del vocablo griego y frónesis, que, a su vez, significa conocimiento y valoración de todo lo divino y de todo lo humano. La prudencia en el campo del Derecho, la prudentia iuris, significa un conocimiento y una valoración de lo justo y de lo injusto, con el fin de practicar lo primero y evitar lo segundo”²⁵. Parafraseando a COING, LARENZ nos acerca la idea por la cual la jurisprudencia es la materialización del contenido de los valores que sirven de base a la Ley, y a los que debe someterse el Juez²⁶.

VIEHWEG parte de la premisa de que la jurisprudencia no es una ciencia, y como tal requiere de la tópica para que sea una “discusión”, cuyo comienzo radica en “el problema” y se soluciona con las deducciones, siempre encadenadas a la controversia²⁷. Sin embargo, este concepto originario ha sufrido una desnaturalización con el paso del tiempo, hasta el punto de que la jurisprudencia ha llegado a perder su esencia y a convertirse en el equivalente a un conjunto de decisiones adoptadas por los órganos judiciales del Estado.

Como consecuencia de lo mencionado, cualquier labor de investigación que pretenda efectuarse en el ámbito de la casuística, como ocurre en el presente trabajo, requiere de una laboriosa actividad de estudio y esfuerzo. La primera tarea de dificultad que debemos destacar es la búsqueda de la propia jurisprudencia, que puede resultar ardua, y en segundo lugar debe practicarse una depuración doctrinal de los casos seleccionados. Para ello hemos de apartarnos del sistema general preestablecido y acometer un análisis y comentario de la jurisprudencia vivida en el país. Es por ello por lo que no debemos centrarnos únicamente en una resolución o conjunto de sentencias anecdóticas, sino que es necesario encontrar una línea maestra de evolución. Para ello debe acotarse por un lado, el lapso temporal objeto de análisis, y por otro lado, la materia a examinar²⁸.

²⁵ DíEZ – PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *Estudios sobre la jurisprudencia civil* (volumen I), Tecnos, Madrid, 1979, página 2.

²⁶ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho...* op. cit., página 144.

²⁷ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia ...* op. cit., página 158.

²⁸ DíEZ - PICAZO parte de esta misma idea al considerar necesario un cauce de depuración doctrinal para la jurisprudencia, pero además se requiere una segunda depuración, tal y como indica este autor. Parte de la base de que lo que se pretende con un estudio jurisprudencial en Derecho, no es hallar determinadas sentencias llamativas y examinarlas, sino buscar líneas maestras de progreso, para lo cual es necesario analizar absolutamente toda la jurisprudencia. Se parte de un doble sistema de control, por un lado acudir

Sin embargo, en aras de pretender la búsqueda de las grandes líneas maestras antes mencionadas, nuestro análisis jurisprudencial no puede limitarse a un estudio fragmentado o seccionado de un número determinado de sentencias elegidas, no al azar, sino en base a su relevancia; esto es, nuestra función no va a ser la del *arretista*²⁹. Lejos de esta intención lo que pretendemos con nuestro trabajo es abordar las resoluciones que versen sobre un concepto, durante un lapso temporal acotado: una década³⁰.

Nuestra opción de no acudir al método de trabajo del *arretista* se encuentra respaldada por las afirmaciones de CANARIS, en cuanto a la inviabilidad de la formación de un sistema científico cuando éste se encuentra basado en selecciones de supuestos aislados. De acuerdo con lo señalado por este autor, y tal y como ya comentamos al inicio de esta memoria, un método debe venir caracterizado por una unidad y un orden. Ambas cuestiones se pierden si en la metodología tópica acudimos a preguntas aisladas. Se requiere una relación sistemática en el estudio, que permita mantener la unidad y coherencia interna del análisis³¹.

8. No podemos dejar pasar la oportunidad de mencionar de forma somera la jurisprudencia como concepto (en cualquiera de sus dos vertientes), dada la relevancia y

a la totalidad de la jurisprudencia sobre una materia concreta, y por otro lado, la acción de la dogmática conceptual. CERDA GIMENO, José, *Estudios sobre jurisprudencia civil* (volumen II), Editorial Madrid: Centro de estudios registrales, Madrid, 1992, página 42.

²⁹ DÍEZ - PICAZO define la labor de los *arretistas* (traducido de *arrêt*) como aquella que lleva a cabo un análisis concienzudo y en profundidad de sentencias concretas y puntuales de altos Tribunales (que por regla general suele ser el Tribunal Supremo). La principal diferencia que existe entre la actividad de los *arretistas* y la que nosotros vamos a realizar es el material de trabajo, que si bien siempre serán resoluciones judiciales del Tribunal Supremo, el criterio de elección de las mismas es distinto. La finalidad de un *arretista* no es otra que la búsqueda y análisis de sentencias llamativas dentro de una temática, bien por el asunto abordado, bien por la doctrina de las mismas. Aunque los resultados de este tipo de exámenes son dignos de elogio, nuestra intención dista de esta vía, ya que nuestra pretensión es hallar premisas generales aplicables a la materia objeto de análisis, para lo cual resulta vital conocer el camino recorrido por la jurisprudencia en su totalidad, y no únicamente un número limitado de sentencias sobresalientes. CERDA GIMENO, José, *Estudios sobre jurisprudencia civil ... op. cit.*, página 12.

³⁰ Ahora bien, ello no debe llevarnos a considerar de escasa relevancia la técnica de los *arretista* o catalogadores de sentencias, sino que con el mayor de los respetos, consideramos que su metodología resulta clave para nuestra ciencia. Es por ello por lo que estimamos oportuno mencionar lo afirmado por CERDA GIMENO "Los autores de las sentencias deben saber que muchos ojos les miran, muchos oídos les escuchan y muchas gentes escrutan los entresijos de sus razonamientos. Lo deben saber para no torcer las doctrinas rigurosamente consolidadas y para no caer en la tentación de dictar sentencias que son simplemente justas, pero que están ayunas de fundamentación teórica. (...)Detrás de él y por encima de él se encuentran los <<prudentes iuris>>, que estudian sus sentencias y las enmarcan en el acervo de saberes de la comunidad jurídica y, cuando es necesario, las someten a la necesaria crítica, todo lo respetuosa que se quiera, pero crítica al fin y al cabo". CERDA GIMENO, José, *Estudios sobre jurisprudencia civil ... op. cit.*, página 13.

³¹ MAZEAUD se pronuncia de manera contundente respecto de los *arretistas*, y aun asumiendo la innegable calidad de sus trabajos, afirma que para un análisis concienzudo y que pretenda la obtención de resultados definitivos, es necesario ir más allá del examen de simples sentencias concretas, siendo indispensable una lectura amplia y vasta de las mismas. MAZEAUD, Henri, *Nouveau guide des exercices pratiques pour les licences en droit et en sciences économiques*, Éditions Montchrestien, Paris, 1977, página 59.

protagonismo que ésta va a tener en el trabajo. Con la mentada distinción nos referimos a la división existente entre la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses. Esta fragmentación resulta equiparable a la estudiada recientemente, es decir, la relativa a la metodología axiomático – deductiva y tópica o problemática, respectivamente.

La sistemática de la jurisprudencia de conceptos es comparable, como bien hemos señalado, a la del método axiomático – deductivo. La doctrina mayoritaria admite que la principal aportación de la jurisprudencia de conceptos consiste en la elaboración de un sistema abstracto – conceptual, que permite apuntar el lugar de cada noción bajo una estructura predeterminada. Es precisamente en esta forma de organización donde se encuentra su primordial contribución, que no es otra que la de servir de orientación a los juristas, pero también su mayor escollo: la imposibilidad de ampliar los conocimientos jurídicos³².

Por su parte la jurisprudencia de intereses, contando con IHERING como principal precursor, aboga por un sistema distinto, que toma como núcleo la influencia del Derecho en la vida, de acuerdo con las aseveraciones de HECK, uno de los exponentes en la materia; junto con STOLL y MÜLLER – ERBACH. Estos autores estiman que la jurisprudencia de conceptos compele al Juez a subsumir los hechos en unas nociones preexistentes, mientras que la jurisprudencia de intereses supone la realización de un estudio o investigación de valoración de la vida. Es por ello que los defensores de esta técnica consideran la presente metodología como una ciencia práctica del Derecho, cuya misión se basa en facilitar al juzgador su labor³³.

9. Recapitulando lo hasta ahora señalado, conviene volver sobre la idea de que tenemos la posibilidad de estudiar la ciencia del Derecho desde una doble vertiente, la axiomático – deductiva y la tópica o problemática.

A lo largo de las explicaciones hemos analizado, no sólo la naturaleza de ambos métodos, sino también sus virtudes y desventajas. En el caso del sistema axiomático (o de la jurisprudencia de conceptos) contamos con la máxima ventaja de un conocimiento amplio y robusto, basado en la minuciosa elaboración de una red de construcciones doctrinales. Sin embargo, es precisamente en este aspecto donde se encuentra el mayor inconveniente que puede tener esta metodología, ya que su aplicación práctica en la

³² CANARIS asegura que WUNDT define la jurisprudencia de conceptos como un sistema lógico – formal, aventurándose además a equiparar los resultados de la aplicación de la misma en el Derecho, a las matemáticas. CANARIS, Claus – Wilhelm, *El sistema en la Jurisprudencia...* op. cit., página 29.

³³ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho...* op. cit., página 72.

sociedad puede resultar oscurecida, precisamente por la existencia de supuestos reales que escapen de los firmes conceptos antes mencionados y que por ello queden sin solución.

Dado que la responsabilidad sanitaria es muy controvertida, optar por un método axiomático, teniendo presente la mencionada limitación, no resultaría prudente. No en vano, nos podemos hallar ante la tesitura de que algunos casos no puedan ser solventados porque es imposible subsumirlos en construcciones doctrinales preexistentes, o de serlo, se vean desvirtuados para encajar en nociones predeterminadas.

Dada la especial naturaleza del concepto y lo hasta ahora mencionado respecto del sistema axiomático, hemos optado por la utilización del método problemático. Si bien a lo largo de la explicación de la metodología tópica hemos podido comprobar que ésta también adolece de defectos, a pesar de ello la estimamos de mayor idoneidad para la materia a estudiar, precisamente por la especialidad de la misma. La tópica nos permitirá analizar la figura desde una perspectiva casuística y abordar todas las vertientes de la misma.

Ahora bien, huelga señalar que precisamente en la mayor de las virtudes de este método radica también su desventaja más destacable, ya que por su naturaleza, puede dar lugar a catálogos excesivamente amplios. A pesar de ello, la tópica nos reporta mayores beneficios que inconvenientes, precisamente porque nos permite estudiar la responsabilidad sanitaria abarcando todos sus prismas, sin la necesidad de acudir a conceptos preexistentes. Con el aspecto añadido de que dado que la materia a examinar se encuentra acotada, no correremos el riesgo de hallarnos ante un trabajo anquilosado, como consecuencia de la amplitud del sistema.

10. Por último, y antes de comenzar con la estructura de nuestra investigación, conviene recalcar que este trabajo, aunque tiene un corte aparentemente empírico, no lo es en sentido estricto, ya que de lo contrario se trataría de una tesis estadística. Resulta necesario aclarar, que a pesar de que explica casos, la dosis tópica está encaminada a dar una versión de la dogmática.

II. ORGANIZACIÓN INTERNA DE LA TESIS.

La presente tesis se dividirá en once capítulos y unas conclusiones. Diez de estos apartados tendrán una temática concreta, marcada por la casuística, mientras que el último de los mismos seguirá una metodología dogmática, en aras de analizar y aclarar conceptos subyacentes a lo largo de toda la memoria, así como de cerrar otros ya examinados.

El primero de los capítulos recibe el nombre de “Error de diagnóstico, error de tratamiento, daño por tratamiento y omisión de medios”. Aunque a simple vista pueda parecer una agrupación un tanto forzada, una lectura sosegada de los casos y de la doctrina nos ha permitido armonizar estas construcciones doctrinales. A pesar de que cada una de las nociones cuenta con características propias, también tiene aspectos compartidos con las otras ideas, algo que permite un estudio conjunto de las mismas. El trabajo a desarrollar con estas figuras consistirá en analizar cada una de éstas, primero desde una breve perspectiva dogmática, con una finalidad netamente introductoria, para después efectuar un amplio trabajo tópico, cuyo fin es el estudio de las controversias; que se agruparán en función de su temática.

El caso fortuito y la fuerza mayor, aunque no son dos conceptos exclusivos de la responsabilidad sanitaria, sino del Derecho en general, también tendrán cabida en la presente tesis. Su inclusión se encuentra justificada por la recurrente invocación que tienen en la materia objeto de estudio, fruto probablemente de que la Medicina no es una ciencia exacta. Precisamente por ello, el segundo de los capítulos tratará esta temática concreta, en primer lugar desde una sucinta perspectiva teórica, y en segundo lugar desde una vertiente pragmática, que permitirá comprender la necesaria incorporación de estas dos ideas en la labor que nos ocupa.

El derecho de información, contenido en el tercero de los capítulos, es probablemente una de las construcciones doctrinales con mayor impacto en la responsabilidad sanitaria, pero también de las más controvertidas. Precisamente por su complejidad, el grado de desarrollo teórico y práctico que se ha llegado a alcanzar es muy vasto en comparación con los demás conceptos. Esto último será visible en el apartado en cuestión, dado que el análisis dogmático será muy extenso y detallado, como también lo será el casuístico. Prueba inequívoca de esto último es que la gran

mayoría de las sentencias que se dictan en materia de responsabilidad sanitaria, tienen como fundamento, justamente, la información.

El cuarto de los capítulos, la Medicina satisfactiva, examina esta vertiente de la Medicina desde una triple perspectiva: la cirugía plástica, la odontología estética y la figura de *wrongful conception*. Cada uno de estos conceptos será analizado desde un prisma deductivo y tópico, lo que permitirá alcanzar conclusiones sobre esta joven variante de la Medicina, en la que aún existen muchos aspectos sin aclarar.

El daño desproporcionado, una de las construcciones jurisprudenciales más llamativas de la responsabilidad sanitaria, será estudiado en el quinto de los capítulos. De nuevo la dinámica de trabajo consistirá en una introducción doctrinal netamente aclaratoria, que permitirá comprender con mayor facilidad las discusiones casuísticas que se nos presentarán a lo largo del capítulo, fruto la mayoría de ellas de la siempre polémica naturaleza del daño desproporcionado y su relación con la carga de la prueba.

El sexto capítulo se encuentra muy relacionado con el quinto, porque la pérdida de oportunidad tiene ciertas notas en común con el daño desproporcionado, como lo pueden ser su origen jurisprudencial y su carácter disputado. El obligado análisis dogmático permitirá comprender la siempre discutida esencia de esta idea y separarla de nociones como la antes comentada, de tal forma que facilitará un examen tópico que incida sobre estas cuestiones litigiosas.

La sangre contaminada es un fenómeno de obligada mención y en nuestro caso se analizará en el antepenúltimo de los capítulos. Este concepto probablemente sea uno de los más pacíficos de esta tesis, quizás porque se trata de una problemática ya superada, como lo son los contagios de Sida y Hepatitis C, por transfusiones. Del indispensable apartado doctrinal, junto con el estudio casuístico, podrá deducirse la seguridad jurídica que envuelve a esta figura.

A diferencia de lo que ocurre con la sangre contaminada, las deficiencias asistenciales y las infecciones hospitalarias, por comportar una ruptura del sistema subjetivo de responsabilidad del Código Civil en los casos legalmente previstos, son prácticamente una fuente inagotable de controversias. El examen dogmático y tópico de este penúltimo apartado será muestra inequívoca de ello, no tanto en las deficiencias asistenciales, como en las infecciones hospitalarias, por encontrarse estas últimas relacionados con los riesgos del desarrollo.

El último de los capítulos aborda una de las figuras más llamativas de la responsabilidad sanitaria, tanto por su naturaleza polémica, como por los aspectos

ajenos al Derecho que llegar a abarcar. La noción de *wrongful birth* será ampliamente analizada desde una vertiente teórica y práctica, puntos de vista que permitirán comprender su naturaleza, así como las problemáticas que envuelven a este concepto, que trascienden a la Medicina y al Derecho.

Como añadidura se encuentra el antes mencionado capítulo conceptual, cuya finalidad es doble. Por un lado, trata aspectos básicos de la responsabilidad sanitaria, que subyacen en cada una de las construcciones doctrinales mencionadas, pero que no han sido específicamente estudiados por estar implícitos en las mismas. Por otro lado, vuelve sobre cuestiones ya examinadas, con la única finalidad de cerrar el círculo en torno a las mismas, a fin de evitar que pequeñas cuestiones queden sin respuesta.

Finalmente las conclusiones nos permitirán recapitular todo lo analizado a lo largo de la tesis. Nuestra pretensión con esta última parte de la investigación no es repetir elementos ya tratados, sino salvar la naturaleza independiente de cada uno de los capítulos, destacando puntos en común entre los mismos, en aras de lograr una visión conjunta del trabajo.

CAPÍTULO I
ERROR DE DIAGNÓSTICO, TRATAMIENTO, DAÑO POR TRATAMIENTO Y
OMISIÓN DE MEDIOS.

A modo de introducción:

1. Al plantearnos en su momento la opción de estudiar las figuras que analizaremos a lo largo del presente capítulo en uno solo, nos surgió la duda de que externamente esta relación de conceptos pareciese forzada. El temor se basaba en que esta “fusión” fuese comprendida, más por motivos de organización de la tesis, que por las semejanzas entre los distintos apartados. No obstante, el resultado final ha demostrado que esta elección parece acertada, puesto que existen muchos puntos en común entre los bloques que estudiaremos.

2. La relación entre el error de diagnóstico y tratamiento es innegable, hasta el punto de que comparten prácticamente un análisis doctrinal común. Mientras que el primero de los conceptos puede concretarse como un error en la primera actividad médica que debe desplegar cualquier facultativo con un paciente, es decir, el diagnóstico, el segundo de los términos es la otra cara de la moneda; debiéndose entender como una equivocación que se produce tras una correcta diagnosis.

3. En una línea muy similar se encuentra la tercera de las figuras a examinar: el daño causado por tratamiento. En este caso la hipótesis planteada es distinta, ya que partimos de un diagnóstico correcto, así como de un tratamiento adecuado, por lo que la actuación dañosa se produce en la terapia misma. Ahora bien, no debe confundirse esta idea con la de producto defectuoso, ya que éste está en perfecto estado. Nos referimos a la problemática inherente a toda terapia, esto es, los riesgos propios de su utilización. No es extraño que en el prospecto de cualquier medicamento (desde un simple paracetamol, hasta fármacos de mayor relevancia), aparezca una escueta mención a posibles efectos secundarios de los principios activos del compuesto. Mientras que algunos de éstos son inevitables, otros muchos no lo son.

4. La última idea de este capítulo es la omisión de medios. Se trata probablemente de la construcción doctrinal cuyo estudio conjunto con los otros tres conceptos parezca más forzado. Sin embargo, existe una relación bastante estrecha si consideramos que un error de diagnóstico, de tratamiento, o un daño por fármaco, puede venir motivado, bien por una falta de material en el centro sanitario, bien por una actitud pasiva del facultativo, etc.

5. La relevancia de estas cuatro figuras es inestimable, puesto que es necesario fijar límites en las mismas. Resulta vital hallar la frontera entre los casos evitables e inevitables, porque es precisamente aquí donde está el umbral entre lo que es reprobable

y lo que no. Ni todo error de diagnóstico, ni de tratamiento puede ser indemnizado, y otro tanto ocurre con el daño irrogado por terapias y la omisión de medios.

6. Con esta finalidad esclarecedora analizaremos cada una de las figuras por separado, en primer lugar desde un punto de vista doctrinal, a fin de dar paso a un examen casuístico, que nos permita hallar una línea general aplicable a cada uno de estos conceptos.

1. El error de diagnóstico.

1. Concepto.

1. La palabra error proviene del latín, *error*, *ôris*, y tiene múltiples acepciones. Entre ellas se encuentran una serie de conceptos que pueden servirnos de referencia para este trabajo: equivocación, falso conocimiento de una cosa, extravío [del espíritu], incertidumbre, indecisión, ignorancia, ilusión, engaño, delirio, aberración, locura, ceguera y trampa.

Cualquiera de los significados del párrafo anterior puede ser útil para la noción “error” que se usará en este capítulo, aunque conviene destacar dos versiones de la palabra de error que vienen de la mano de “Institute of Medicine”, dada su cercanía con el elemento objeto de análisis. De acuerdo con este criterio, existen dos tipos de error: los de planteamiento y los de ejercicio. Estas dos opciones se ajustan perfectamente a la idea de error que vamos a barajar en este primer apartado, esto es, el error de diagnóstico y el error de tratamiento. Los errores en el planteamiento se equipararían a los errores de diagnóstico y los errores en el ejercicio, a los errores en el tratamiento; destacándose así su vertiente pasiva y activa, respectivamente³⁴.

2. Desde un punto de vista jurídico, el error ya estaba regulado en el Derecho Romano, en una doble categorización, la del error excusable y el error inexcusable; debiendo destacarse además, que independientemente del carácter voluntario o involuntario del mismo, éste último no entrañaba necesariamente que fuese “disculpable”, si hubiese podido evitarse con un grado de diligencia, cautela y despliegue superior de medios.

³⁴ No obstante las variantes del concepto error que hemos utilizado para el análisis del presente bloque, es destacable que autores como LÓPEZ – MUÑOZ y LARRAZ, abogan por un abanico mayor en relación a esta noción. Señala este autor, que además de los aspectos apuntados, hay otros puntos de interés en el elemento “error”, que sin embargo, y dado que no arrojarían resultados significativos en nuestro trabajo, no los incluiremos. Este autor, en función de elementos tales como el tiempo, la envergadura del error y si éste se desarrolla en el actuar profesional de una persona, elabora una categoría dentro de la noción. De esta división se destaca, que en función del tiempo, el error puede ser anterior o coetáneo, igualmente en relación de la envergadura, éste puede ser craso o supino; y finalmente, de desarrollarse dentro de la esfera profesional de una persona, éste podría ser negligente, o como consecuencia de una ausencia de diligencia. LÓPEZ – MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *El error sanitario*, Dykison, Madrid, 2003, página 20.

La que parece ser una pregunta obligada, es cómo lograr aplicar este concepto de error a la Medicina. LÓPEZ – MUÑOZ y LARRAZ, con una perspectiva artística de esta disciplina, la contrapone a la “ciencia dura”, donde los errores sí son previsibles. Esto no ocurre en la Medicina, precisamente por su naturaleza azarosa y por la capacidad de reacción de cada sujeto, llevándose este aspecto hasta tal extremo, que incluso el fallecimiento de un paciente por una reacción adversa, no puede considerarse necesariamente un error; algo que sin embargo, no debe llevarnos a la errónea apreciación de que el “error sanitario” sea siempre permisible o tolerable. Es precisamente por este carácter falible, por el que este autor asegura, que aunque no todo “error” es censurable en Medicina, ello no obsta para que alguno sí lo sea. De forma que, todas aquellas equivocaciones que se hayan provocado por atentar contra la *lex artis*, darán lugar a la indemnización del daño irrogado³⁵.

De las líneas anteriores, en las que se apuntaban los errores reprochables e irreprochables, se desprende la existencia de fallos evitables e inevitables, respectivamente. En esta tesitura, LÓPEZ – MUÑOZ y LARRAZ permite una reflexión sobre esta última categoría de los desaciertos evitables, que nos obliga a formular la siguiente hipótesis: si algunos fallos son inevitables, nada puede hacerse respecto de los mismos, salvo intentar reducirlos al máximo; pero nos queda la duda de qué hacer con las equivocaciones que no lo son. Este autor nos obliga a cuestionarnos por qué erramos, para acto seguido responder, señalando que el origen de nuestras inexactitudes es psicológico: el pensamiento categórico. Esta manera de discurrir puede entenderse como una forma de impulsar un juicio errado por vía del “perjuicio”, algo que provoca que una persona (por defecto de mente haragana, hiperactiva o prepotente), se aferre a su propio criterio y desprecie cualquier forma de razonar ajena al mismo³⁶.

Tras estos reveladores párrafos, parece necesario reformular la pregunta de cómo estudiar el error, o más bien, esa persona caricaturizada que “provoca errores” en la Medicina. Las estadísticas arrojan resultados más o menos concluyentes, señalando que el origen del equívoco suele hallarse en que, con más o menos costumbre, se “ignora” al paciente, así como la descripción de los síntomas que éste hace. La habitualidad lleva al perjuicio y lo repetitivo a la indiferencia, algo que se traduce en un fallo en la

³⁵ “Muy al contrario, la propia inexactitud e impredecibilidad de las ciencias médicas actuales exigen el agotamiento, la extenuación de la diligencia, de la actividad personal y tratamiento disponible, precisamente con el fin de reducir al mínimo posible y tolerable ese margen de inseguridad sobre los resultados”. LÓPEZ – MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *El error sanitario ... op. cit.*, página 20.

³⁶ LÓPEZ – MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *El error sanitario ... op. cit.*, página 23.

comunicación médico – paciente, del que pueden derivar importantes confusiones. El mayor número de desaciertos sanitarios se produce durante la fase diagnóstica, y la práctica totalidad de los mismos tienen su origen en la desidia, por la cual, lo verosímil sustituye a la certeza crítica³⁷.

3. La segunda parte de la construcción doctrinal objeto de examen, el diagnóstico, es explicado por FERNÁNDEZ HIERRO, al calificarlo como “... el diagnóstico está constituido por el conjunto de actos médicos que tienen por finalidad la constatación de la naturaleza y trascendencia de la enfermedad que sufre el enfermo”³⁸. Esta actuación, que es la primera que acomete siempre el personal sanitario, es precisamente una de las más relevantes del acto médico, dado que el tratamiento posterior vendrá completamente influenciado por la dirección que se haya tomado en la actividad diagnóstica.

Por su parte, y en una línea muy similar, FERNÁNDEZ COSTALES define el diagnóstico como un elemento determinante, ya que es el eje sobre el que gira la terapia que después se le suministrará al paciente. Este autor apunta además una importante cuestión, que podemos relacionar con el “error de diagnóstico”, ya que éste no es equiparable a una operación matemática, porque en muchas ocasiones lo que se necesita es un “ojo clínico”, esto es, una especial sensibilidad ante los datos y los síntomas³⁹.

CASAS PLANES explica de forma muy gráfica este concepto cuando apunta “...el diagnóstico consiste en un juicio médico que precisa una fase previa constituida por una pluralidad de actos, desde la anamnesis, a las pruebas de exploración física, radiológica y analíticas, en definitiva, un conjunto de actos médicos para iluminar y deducir la naturaleza de la afección que padece el enfermo...”⁴⁰. Esta autora es especialmente

³⁷ La relevancia de los errores sanitarios, en este caso de diagnóstico y tratamiento, no es circunstancial, sino que tiene gran entidad, tal y como destaca LÓPEZ – MUÑOZ y LARRAZ. En una estadística del año 2003 se evidencia, que como consecuencia de estos fallos, se producen en Estados Unidos (como país paradigmático en lo relativo a los avances clínicos) entre 44.000 y 98.000 muertes anuales, con el coste añadido que ello conlleva, de 28.000 millones de dólares. Sin embargo, lo más significativo es el resultado que se obtiene al comparar este número de decesos con las cifras de fallecidos por accidentes de tráfico al año (43.458) o por SIDA (16.516), algo que evidencia la importancia de las equivocaciones objeto de análisis, en cifras. LÓPEZ – MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *El error sanitario ... op. cit.*, página 17. A esta demoledora estadística, conviene añadir que los equívocos más habituales se producen en mayor medida en mujeres que en hombres, destacando el ámbito ginecológico y obstétrico como principal foco de errores, seguido muy de cerca por los que se provocan en los servicios de urgencias.

³⁸ FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, Granada, 1997, página 191.

³⁹ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Edilex, Madrid, 1987, página 116.

⁴⁰ CASAS PLANES, María Dolores, “Daños médicos causados por error de diagnóstico”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 21, 2004, pps. 1 a 23; concretamente en página 6.

exhaustiva, al enumerar cuáles son las obligaciones derivadas de la actividad diagnóstica, catalogando todas ellas en su exposición.

De la lectura de las distintas descripciones pueden extraerse una serie de puntos de gran interés para nuestro trabajo. El diagnóstico es el primero, e incluso podríamos aventurar, que se trata del principal acto médico que se desarrolla en la actividad sanitaria. Éste se compone de una serie de presupuestos, que se inician con la simple visita médica y se desarrollan a lo largo de toda la asistencia. La finalidad del mismo es hallar la causa del malestar del paciente, para lo cual es necesario plantear un abanico de posibilidades hipotéticas, que deben descartarse, conforme se vayan practicando las pruebas necesarias. De efectuarse correctamente este paso, el médico llegaría a una conclusión final que le permitiría optar por un tratamiento. Todo ello sin olvidar que en el curso del diagnóstico puede concurrir algún tipo de error, que se puede dividir en dos grupos: excusable e inexcusable. Las implicaciones de uno y otro tipo de errores, más allá de lo anteriormente señalado, serán objeto de análisis *a posteriori*.

4. La fusión de los dos conceptos (error y diagnóstico), el error de diagnóstico, consiste en un desarrollo erróneo del deber médico de dar nombre o causa a la afección que sufre el paciente. SEUBA TORREBLANCA, entre otros, elabora un esquema de los tipos de errores de diagnóstico, y los divide en tres supuestos: aquellos que son provocados por el mal funcionamiento del centro sanitario, los que tienen su origen el carácter defectuoso del método de detección (test, por ejemplo) y en último lugar, aquellos cuya razón de ser se basa en la equivocada interpretación de las pruebas practicadas, es decir, los que ocasiona el personal sanitario⁴¹.

⁴¹ SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, RAMOS GONZÁLEZ, Sonia y LUNA YERGA, Álvaro, “Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades”, en *InDret*, nº 3, 2002, pps. 1 a 14; concretamente en página 2. De acuerdo con esta división, en litigios en los que el error de diagnóstico encuentre su origen en la organización interna del sistema sanitario concreto, donde el ejemplo clásico que podemos presentar es el de confundir historiales o resultados, la normativa aplicable al caso dependerá de la naturaleza pública o privada del servicio prestado. De tratarse de un hospital público, ésta será la de la Ley 30/1992 (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), artículo 139; mientras que en el ámbito privado, la solución vendría de la mano de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, en conjunción con la Ley de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), artículo 28.2. En segundo lugar, los escenarios que se nos presentan en los asuntos en los que el fallo encuentre su origen en la prueba en cuestión (análisis, test, etc.), son diversos y de mayor variación. Se trata de supuestos heterogéneos, en los que el origen puede hallarse en el propio carácter defectuoso del test practicado, en la aplicación incorrecta del mismo (por no ser las instrucciones lo suficientemente comprensibles), o por apartarse el médico de la *lex artis* preestablecida a la hora de diagnosticar. Estas hipótesis nos sitúan ante aplicaciones normativas distintas, destacando en el primero de los ejemplos el defecto del producto en cuestión y la consiguiente aplicación de la ley de consumidores, mientras que en los otros dos casos la dinámica legal a seguir sería idéntica a la del supuesto de hecho anterior, todo ello en función de la naturaleza pública o privada de la

Por su parte, autores como HERNÁNDEZ GIL y HERNÁNDEZ MORENO, consideran que los errores de diagnóstico no se limitan únicamente a estos ejemplos, sino que de los mismos deriva un abanico inagotable de eventos, entre los que ejemplifican “Los errores diagnósticos a su vez pueden estar motivados por numerosas causas, ya sea por errores flagrantes, por diagnóstico diferencial erróneo, por ausencia o realización indebida de pruebas complementarias, por altas hospitalarias indebidas o por un seguimiento postoperatorio incorrecto”⁴². De las líneas anteriores se desprende, que aun no habiendo consenso en el número de casos de error de diagnóstico, éste es amplio, tal y como observaremos en el examen fenomenológico.

5. Con carácter previo al examen tópico, queda por tratar la cuestión relativa a las equivocaciones excusables e inexcusables, desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Partimos de la premisa de que no todos los errores de diagnóstico son indemnizables, ya que no existen sistemas sanitarios, ni pruebas infalibles. Es precisamente en esta línea en la que se pronuncia GALÁN CORTÉS, cuando a este mismo respecto afirma “No todo diagnóstico equivocado provoca inexcusablemente responsabilidad, ya que no es jurídicamente exigible el acierto del médico en todo litigio, ni es sancionable siempre el error científico, incurriendo solamente en responsabilidad el médico que diagnostica equivocadamente por manifiesta negligencia o ignorancia a la vista de los síntomas o por no emplear oportunamente los médicos técnicos que ayudan a evitar los errores de apreciación, ya que el médico tiene el deber y la responsabilidad de mantener actualizados sus conocimientos científicos y perfeccionar su capacidad profesional”⁴³.

FERNÁNDEZ HIERRO parte de la premisa de que el reproche del error de diagnóstico es excepcional, por lo que éste únicamente puede darse en la siguiente

prestación. El último de los estadios en el que nos podemos encontrar, es el de la interpretación equívoca de la prueba. En este caso debemos partir de que lo que es objeto de análisis es la deducción efectuada por el personal sanitario. Evidentemente, esta determinación circunscribe la responsabilidad del asunto únicamente al facultativo, que con su análisis desacertado, ha provocado un error de diagnóstico. El régimen de legal aplicable al supuesto dependerá del lugar donde el médico en cuestión desarrolle su labor, si se trata de un hospital público o privado. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2011, página 312.

⁴² HERNÁNDEZ GIL, Ángel y HERNÁNDEZ MORENO, José, “Causas y consecuencias de las reclamaciones judiciales por mala praxis médica”, en GALLARDO CASTILLO, María Jesús (Directora) y CRUZ BLANCA, María José (Coordinadora), *La responsabilidad jurídico – sanitaria*, La Ley, Alcobendas, 2011, pps. 357 a 402, página 362.

⁴³ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 178. Opinión compartida por HERNÁNDEZ GIL y HERNÁNDEZ MORENO, al apuntar estos autores, desde una perspectiva penal, que el error no es tipificable, salvo que por su entidad y dimensiones sea inexcusable. HERNÁNDEZ GIL, Ángel y HERNÁNDEZ MORENO, José, “Causas y consecuencias de las reclamaciones judiciales por mala praxis médica”, en GALLARDO CASTILLO, María Jesús (Directora) y CRUZ BLANCA, María José (Coordinadora), *La responsabilidad jurídico – sanitaria ... op. cit.*, páginas 362 y 363.

situación “...la responsabilidad del médico por error de diagnóstico sólo existiría cuando el error tenga una notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, a las que un médico normal no habría llegado, o, también, cuando haya hecho su diagnóstico a la ligera, sin practicar las comprobaciones o exámenes que en supuestos normales habría sido correcto efectuar, y a salvo aquellas situaciones de extrema urgencia que aconsejen prescindir de alguna de tales pruebas o comprobaciones”⁴⁴.

ZAPLANA GUERRERO, va un paso más allá que los anteriores autores, al calificar el error no sólo de llamativo, para que éste sea objeto de responsabilidad, sino que éste debe llegar a ser “grosero”. A lo que acertadamente añade, que únicamente será indemnizable aquel error que no suscite debates científicos, esto es, que se trate de un aspecto de la Medicina consolidado, ya que de lo contrario es prácticamente imposible hallar la frontera de la *lex artis*⁴⁵.

SOTO NIETO justifica el por qué de esta irreprochabilidad por defecto, para lo cual parte de que la obligación del médico, basada en la culpa, es de medios y no de resultados; de ahí que la no consecución del objetivo pretendido (sanación o mejora), no comporta necesariamente una indemnización. Ante la existencia de un despliegue de medios suficientes a los efectos de diagnosticar la dolencia del paciente, aun concurriendo un error en la actividad diagnóstica, cabe la posibilidad de que éste no sea reprochado⁴⁶.

GONZÁLEZ MORÁN parte de la premisa de que la Medicina es una ciencia inexacta, donde los síntomas de un enfermo pueden “confundir”, no sólo a un facultativo, sino a todo un equipo médico; por ser contradictorios, propios de otra

⁴⁴ FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica ... op. cit.*, página 193.

⁴⁵ Añade además este autor un elemento básico para que exista un reproche, el daño. Considera ZAPLANA GUERRERO, que a fin de que concurra un perjuicio que haga efectivamente indemnizable el supuesto de hecho, es necesario que éste sea consecuencia directa de la actuación, pero apunta también, que no es necesario que de esta actividad deba derivarse directamente un daño, sino que también se puede entender como menoscabo la ausencia de un diagnóstico precoz, si de ello deriva una posterior actividad médica agresiva o una irreversibilidad. ZAPLANA GUERRERO, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, Valladolid, 2004, página 149.

⁴⁶ SOTO NIETO, Francisco, “Responsabilidad penal derivada de la actividad médica”, en MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luis y DE LORENZO, Ricardo (Coordinadores), *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario* (tomo I), Colex, Madrid, 2001, pps. 929 a 979, página 962. En una línea muy similar, y apuntando que existen circunstancias que pueden hacer que la labor médica sea complicada, se pronuncia FERNÁNDEZ COSTALES “Por consiguiente, la determinación de la responsabilidad civil médica basada en un error de diagnóstico es muy difícil porque se entra en un campo de tipo científico, lo cual dificulta enormemente la labor judicial, teniendo en cuenta que no se puede admitir el principio de la infalibilidad médica. Por otro lado, pueden existir circunstancias personales que modifican sustancialmente la valoración de la conducta del médico, ya que hemos señalado en varias ocasiones que no es lo mismo la emisión de un diagnóstico por un médico rural limitado por condicionamientos técnicos que el realizado por un médico especialista enmarcado en el cuadro médico de unos servicios hospitalarios bien dotados”. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 116.

enfermedad o de varias a la vez. Al médico no se le puede exigir ser infalible, dado que se basa en datos subjetivos que puedan arrojar resultados también subjetivos. Un error calificativo en el diagnóstico no será motivo de reproche, sino que para ello se requerirá de algún tipo de vulneración a una regla básica, que lleve a provocar ese error⁴⁷.

6. Sentada la idea por la cual la regla general es la irreprochabilidad del error de diagnóstico y que sólo en casos excepcionales se produce su reproche, conviene resaltar, qué ha llevado a tomar esta decisión, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia. La respuesta a esta cuestión tiene una doble vertiente, por un lado esa flexibilidad pretende el sosiego de la clase médica, y como contrapartida, evitar una Medicina defensiva. El médico se mueve en un mundo de interpretaciones, donde múltiples factores exógenos pueden abocar a una decisión errónea e incluso fatal para el paciente. Sería contrario a Derecho hacer responsable al médico de actividades que escapen a su control. De actuarse de forma acorde a la *lex artis*, de desplegarse todos los medios necesarios a fin de diagnosticar y tratar al paciente, y aun así concurriese un error de diagnóstico, éste sería excusable; por lo tanto sólo podrá indemnizarse aquel litigio en el que algunas de las pautas anteriormente señaladas no se hayan cumplido⁴⁸.

MONTEROLA y PINEDA, entre otros, nos acercan unos argumentos de peso, que permiten comprender la justificación de esta afirmación, por la cual los errores de diagnóstico, en muchos casos, deben ser exonerados de toda responsabilidad; esto es, da forma al intrincado universo de hipótesis que antes mencionábamos. Se trata de un único ejemplo de las múltiples problemáticas que se puede encontrar un médico a la

⁴⁷ GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990, página 98. Idéntica opinión tiene ATAZ LÓPEZ, al apuntar sobre los errores de diagnóstico “Sobre estas bases, es evidente para dicho autor que la culpa sólo puede existir cuando se ha violado una regla o un deber jurídico, mientras que *el error puede aparecer fuera de toda regla*, pues cualquier anomalía de juicio o de comportamiento, constituye de forma general un error, y no hay culpa en aquellos casos en que si bien el daño hubiera podido ser evitado con otra conducta, la conducta que los causa no ha supuesto transgresión de ninguna regla precisa de conducta, lo cual ocurre siempre que el error sufrido habría podido ser cometido por cualquier otra persona”. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, página 309.

⁴⁸ SOTO NIETO, Francisco, “Error de diagnóstico. Su valoración penal”, en *Diario La Ley*, nº 6, 2001, pps.1 a 3; concretamente en página 1. Idéntica opinión mantiene ATAZ LÓPEZ, cuando califica el acto médico de diagnosticar como “el más complejo y delicado, el que comporta mayores riesgos de error, en cuanto muchas veces no pasa de ser un juicio conjetural”. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil ... op. cit.*, página 307. Se trata de una teoría compartida por la gran mayoría de la doctrina, tal y como MIRETE y otros, lo evidencian en el ámbito de la urgencia, cuando apuntan, a este respecto de la complicación inherente de la actividad diagnóstica, lo siguiente “El progresivo envejecimiento de la población y elevada prevalencia de pacientes pluripatológicos aumentan la dificultad diagnóstica, ya que en muchos casos hay varias entidades que pueden ser la causa de la sintomatología y la historia clínica suele ser más difícil de realizar en pacientes de edad avanzada”. AA.VV., “El error de diagnóstico en el área de ingresos de un hospital de media – larga estancia. Estudio de concordancia diagnóstica”, en *Revista Española de Geriatria y Gerontología*, nº 40, 2005, pps. 195 a 198; concretamente en página 196.

hora de hacer un diagnóstico, como lo son los analgésicos y sus efectos sobre la diagnosis. Estos autores parten de una premisa por la cual, los dolores gástricos pueden tener múltiples orígenes y sin embargo, muchas veces, dada su naturaleza, es necesario suministrar al paciente algún tipo de analgésico. Estos fármacos pueden afectar al diagnóstico, escondiendo síntomas o alterando el resultado de pruebas, por lo que es muy importante documentarlo absolutamente todo. Estas afirmaciones nos sitúan en una tesitura, que evidencia la fragilidad de la actividad diagnóstica y las múltiples inferencias que pueden sufrir los síntomas en un paciente, con la administración de un simple analgésico, por ejemplo⁴⁹.

7. Es indispensable que nos cuestionemos cuál es el criterio que nos permite diferenciar entre un error y otro. La respuesta no es sencilla, debiendo elaborarse, no tanto un examen sobre la capacidad científica del facultativo, como de la actitud adoptada por éste en el curso del acto médico. Es decir, si ha desplegado o no los medios necesarios, si la valoración de las pruebas ha sido correcta, si la decisión del alta es coherente, etc. A este respecto FERNÁNDEZ COSTALES es esclarecedor cuando afirma “Lo que si es cierto de acuerdo con la conclusión a que he llegado anteriormente es que habrá que analizar la conducta del médico en la elaboración del correspondiente diagnóstico. Y en este sentido habrá que investigar si el médico realizó todas las exploraciones y valoraciones necesarias previas a la emisión de su diagnóstico”⁵⁰.

BLAS ORBÁN apunta con claridad la línea que separa el error de diagnóstico reprochable del irreprochable. Aquella diagnosis en la que, aun mediando un equívoco, éste no ha sido motivado por una actitud descuidada, sino que el profesional ha utilizado todos los recursos posibles, no podrá ser indemnizado. Para que el error pueda ser resarcido, es necesaria una omisión de diligencia “grosera” (tal y como se apuntaba

⁴⁹ AA.VV., “Utilización de analgésicos opiáceos en el proceso diagnóstico y de toma de decisiones sobre pacientes con dolor abdominal agudo no traumático”, en *Ciges*, nº 91, 2007, pps. 91 a 96. FERNÁNDEZ COSTALES se pronuncia en una línea similar, destacando la dificultad innata del diagnóstico y las cautelas a adoptar a la hora de dilucidar su carácter defectuoso “... la responsabilidad médica no puede ser apreciada con criterios de extremo rigor, pues el médico no opera con una ciencia medianamente precisa, sino harto problemática, donde patologías de distinta naturaleza u origen presentan con frecuencia sintomatología parecida, lo que dificulta a veces un diagnóstico exacto no obstante el empleo puntual y adecuado de los medios que proporciona la “lex artis” en el estado actual de la ciencia médica. Esto es, el error médico justificado no constituye desgraciadamente algo raro, insólito o extraño, sino un fenómeno que se palpa con más frecuencia de lo deseado”. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, La Ley, Alcobendas, 1995, página 85.

⁵⁰ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)* ... op. cit., página 86.

antes), que evidencie que no han sido las circunstancias del paciente o de la ciencia médica las que han motivado el problema⁵¹.

8. Finalmente, y con carácter previo al examen fenomenológico, conviene apuntar cuáles son los daños indemnizables en los errores de diagnóstico. De acuerdo con las afirmaciones de SEUBA TORREBLANCA, entre otros, los daños en estos casos se dividen en dos categorías y una tercera añadida, como serían los menoscabos patrimoniales, los no patrimoniales y la añadidura del daño moral⁵².

Los perjuicios patrimoniales son los menos problemáticos de cuantificar, ya que se trata de indemnizaciones objetivas. En esta partida económica se concentrarían, tanto el daño emergente, como el lucro cesante; todo ello traducible en los gastos sanitarios derivados del error de diagnóstico, así como las retribuciones laborales dejadas de percibir, respectivamente.

Distinto es el caso en los menoscabos no patrimoniales, donde la objetividad es compleja. No en vano, consiste en la cuantificación de la lesión provocada por el error de diagnóstico (que no necesariamente ha de ser física), así como los daños derivados de la misma (angustia, daños por una intervención no necesaria o efectos secundarios de tratamientos evitables).

Qué decir respecto de la última de las vertientes indemnizables, el polémico daño moral. Se trataría de la eventualidad dañosa derivada del sufrimiento generado por la confusión, tanto para la víctima, como para su familia. Imaginemos un paciente que es diagnosticado de una enfermedad mortal que no padece o de una patología tabú, como lo es el SIDA. La pregunta que debemos hacernos es, ¿hasta dónde llega el daño moral derivado de un error de diagnóstico? Únicamente hasta donde el perjuicio cese, es decir, la confusión. Cuando esta equivocación resulte enmendada, la cuantificación del daño moral finalizará⁵³.

⁵¹ BLAS ORBÁN, Carmen, *Responsabilidad profesional del médico*, Bosch, Barcelona, 2003, páginas 192 y 193. BARREDA apunta en esta misma dirección, al considerar vital la naturaleza “grosera e inaceptable” del error de diagnóstico, pero siempre en consonancia con los medios y el estado de la ciencia. BARREDA, Iñigo, “Responsabilidad en Ginecología & Obstetricia: casos judiciales y tendencias doctrinales recientes (II)”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 190, 2012, pps. 65 a 70; concretamente en página 65.

⁵² SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, RAMOS GONZÁLEZ, Sonia y LUNA YERGA, Álvaro, “Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades” ... *op. cit.*; concretamente en página 7.

⁵³ En esta línea se pronuncia SEUBA TORREBLANCA, al fijar el límite del daño moral en el fin del error “Finalmente, parece claro que el daño moral derivado del error de diagnóstico finaliza cuando el paciente es informado del falso positivo. Y en este sentido, en *Kerins v. Hartley* (California, 1993) el Tribunal estableció que el periodo razonable de ansiedad finalizaba después de que el demandante hubiera tenido la suficiente oportunidad para determinar con certeza médica razonable que él o ella no había estado expuesto o no había sido infectado por el VIH. Adviértase que dicha limitación temporal hace referencia

Son múltiples los factores que pueden incidir en este análisis del error de diagnóstico, desde la claridad de los síntomas, hasta el número de ocasiones en las que un paciente acude a un centro sanitario, pasando por los antecedentes del mismo. No es lo mismo confundir un infarto con una úlcera, que diagnosticar incorrectamente un cáncer de largos meses de evolución, habiéndose practicado múltiples pruebas.

2. Fenomenología del error de diagnóstico.

En el primero de los apartados de este bloque analizaremos la incidencia del error de diagnóstico en las atenciones de urgencias (queriendo llamarse la atención sobre los elementos propios de los servicios de emergencia, esto es, la celeridad, entre otros), pasando por aquellos equívocos que se dan en enfermedades de largo desarrollo (destacándose en este asunto la también larga evolución del fallo), examinando asimismo la repercusión de los síntomas confusos en la elaboración del diagnóstico (haciéndose hincapié en las dificultades añadidas que suponen); finalizando el trabajo, con las implicaciones de las lesiones enmascaradas con el error de diagnóstico (en relación a las dificultades que entraña la confusión de afecciones).

a) Los errores de diagnóstico y la atención sanitaria de urgencias.

En este bloque se estudiarán resoluciones en las que el concepto objeto de análisis, el error de diagnóstico, se interrelaciona con un servicio concreto de todos los centros sanitarios, las urgencias. El análisis de este apartado nos va a aportar datos de gran interés, dado que si por algo se caracteriza el diagnóstico (tal y como ha podido desprenderse de las páginas precedentes), es por ser un acto de vital importancia en la actividad médica, que requiere un análisis sosegado de la sintomatología. Esta idea choca con la de “urgencia” propia de estos servicios, tal y como veremos a continuación.

a los daños morales, pues pueden ser objeto de reparación los daños corporales que persistan en dicho momento y que, acreditados, estén causalmente relacionados con el error”. SEUBA TORRELABLANCA, Joan Carles, RAMOS GONZÁLEZ, Sonia y LUNA YERGA, Álvaro, “Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades” ... *op. cit.*; concretamente en página 10.

(i) Supuestos en los que el error de diagnóstico es reprochado.

1. La primera de las controversias de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007⁵⁴, en la que D^a. Fidela fue derivada desde su centro de atención primaria hasta el servicio de urgencias más cercano, por presentar cefalea intensa, mareo rotatorio, vómitos espontáneos, pérdida de conciencia de 30 minutos, bradicardia, aturdimiento posterior y rigidez en la nuca, así como vértigo. Fue atendida por el servicio de neurología, dados sus síntomas, y ante la sospecha de una posible hemorragia subaracnoidea, le fueron practicadas una exploración física, hemograma, Bioquímica, hemostais, RX de tórax y ECG; prescribiéndole Nilotil y Primperan, fármacos que mejoraron el estado de la paciente. Ante tal recuperación, D^a. Fidela fue dada de alta, con indicaciones de reposo domiciliario de 24 – 48 horas. Sin embargo, a la mañana siguiente la paciente volvió a padecer un cuadro sintomático similar, por lo que tuvo que regresar al servicio de urgencias, donde en un examen preliminar se observaron posibles síntomas meníngeos, por lo que se le practicó un TAC, que detectó una hemorragia subaracnoidea. Ante este diagnóstico, la enferma fue trasladada a otro sanatorio, al no existir un servicio de neurología en el hospital en el que estaba siendo atendida. Al llegar al segundo centro se le practicó una angiografía que detectó un resultado de aneurisma sacular de arteria comunicante anterior izquierda, por lo que se procedió de forma inmediata a someter a D^a. Fidela al tratamiento necesario. Al no mejorar ésta con las terapias conservadoras, se optó por acudir a la cirugía, pero ya no se pudo hacer nada, dado que el estado en el que se encontraba la paciente había degenerado mucho; feneciendo escasas 24 horas después de la intervención, por los daños provocados por el aneurisma.

En base a estos hechos, el marido de la fallecida pretendió ser resarcido por el daño sufrido, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El escenario del litigio que nos ocupa es idóneo, a los efectos de comprender la idea del error de diagnóstico. Una paciente, ante una sintomatología alarmante (pérdida de conocimiento, entre otros), es sometida a una batería probatoria que no arroja nada en claro, por lo que ante una mejoría más o menos gradual, es dada de alta. Horas más

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 6369/2003, ponente Puente Prieto. Resolución también analizada desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad, en el capítulo correspondiente.

tarde, ésta vuelve a padecer un cuadro sintomático similar, que apunta en primer lugar a una meningitis y en segundo lugar a una aneurisma, que acabó con su vida.

El amplio conjunto de pruebas que se le practicaron a D^a. Fidela, podría llevarnos a considerar la elección del juzgador desacertada, ya que se desplegaron todos los medios posibles. Aunque esta premisa es cierta, el error de diagnóstico no vino provocado por la falta de pruebas, sino por la inexacta interpretación de las mismas. Ello, unido a la repentina mejoría de D^a. Fidela, llevó al médico que la atendió a la equivocada conclusión de que no se trataba de algo grave. Elemento al que conviene sumar, que la paciente no llegó a urgencias por su propio pie, sino que lo hizo derivada de su médico de cabecera, quien había hecho constar la sospecha de una posible aneurisma.

El error de diagnóstico vino motivado por una interpretación equívoca de datos objetivos, algo que atenta contra la *lex artis*, aspecto al que conviene añadir, el alta precipitada y temeraria.

Aunque sería de sumo interés analizar los pronunciamientos del Tribunal Supremo, lo cierto es que el error de diagnóstico no fue objeto de recurso, de forma que no podremos conocer la opinión del juzgador a este respecto⁵⁵.

2. La segunda resolución del bloque es un supuesto de hecho muy similar al anterior, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007⁵⁶. En este litigio D. Juan, un hombre de 44 años de edad, se encontraba en tratamiento con su médico de cabecera, por presentar riesgos de cardiopatía: hipertensión arterial, sobrepeso y tabaquismo. Meses después de iniciar una terapia preventiva, sufrió un episodio de dificultad respiratoria y de dolor en el brazo izquierdo, siendo diagnosticado por su médico de estrés laboral. Sin embargo escasos días después, D. Juan tuvo que acudir al servicio de urgencias del hospital más cercano a su residencia, por presentar los mismos síntomas, pero más acentuados, siendo nuevamente el diagnóstico estrés laboral.

No obstante el reposo recomendado, el estado de salud de D. Juan no mejoraba, por lo que al volver a sufrir un cuadro sintomatológico similar, regresó al servicio de

⁵⁵ Línea doctrinal seguida por las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2010 (Sala Tercera, recurso 5933/2005, ponente Herrero Pina), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2010 (Sala Primera, recurso 860/2007, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011 (Sala Tercera, recurso 2302/2009, ponente Martínez – Vares García) y sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2012 (Sala Primera, recurso 1050/2009, ponente Seijas Quintana).

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 7915/2003, ponente Robles Fernández.

urgencias anteriormente mencionado, donde se le practicó un electrocardiograma y una radiografía de tórax, que arrojaron el resultado de una neumonía, por lo que fue ingresado. Pruebas posteriores evidenciaron que el primer diagnóstico no fue certero, y que era muy probable que padeciese del corazón, por lo que fue remitido a la unidad coronaria del hospital, donde se le detectó un infarto agudo de miocardio en la cara inferior. Éste, al no ser atendido correctamente, había tenido efectos devastadores en el paciente, por lo que fue necesario someterle a una compleja intervención, a pesar de la cual le quedaron serias limitaciones funcionales.

En base a los mencionados hechos, D. Juan pretendió que le fuese resarcido el daño que había sufrido por haber sido erróneamente diagnosticado, aunque para ello tuvo que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, por ser su demanda desestimada en instancias inferiores.

Este caso parece más claro que el anterior, porque el paciente fue víctima de un error de diagnóstico desde la primera consulta. En ésta no se le diagnosticó el infarto de miocardio que estaba sufriendo, como tampoco lo fue en la segunda ocasión que acudió a urgencias, donde nuevamente las pruebas fueron malinterpretadas. De nuevo, el error de diagnóstico no se produce por ausencia de actividades diagnósticas, sino por una incorrecta apreciación de las mismas. A este paciente se le realizó un electrocardiograma, a pesar de lo cual no se le detectó el fallo cardíaco. Esta situación permite dos hipótesis: o el instrumental estaba defectuoso o la lectura fue incorrecta. Es precisamente esta segunda opción por la que debemos decantarnos, dado que se desconoce desperfecto técnico alguno. A este punto conviene añadir, que los antecedentes del paciente lo situaban en la categoría de personas con riesgo cardiovascular, a pesar de lo cual no le fue realizada ninguna prueba clave en la primera atención.

Las palabras del Tribunal Supremo son claras al pronunciarse sobre esta misma idea “La propia Sala sentenciadora tiene por probado que hubo un error de diagnóstico al no valorarse acertadamente que el paciente había tenido un infarto, error que determinó que no se pusieran los medios de tratamiento adecuados al padecimiento que aquel sufría, y por el que acudió al centro médico, ausencia de medios de tratamiento que los propios informes médicos que la sentencia recurrida recoge en su argumentación, ponen claramente de relieve como hemos expuesto, y esa indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, a la que aluden los propios informes médicos y que se produjo consecuencia de aquel error médico de diagnóstico

es, la que resulta sancionable, una vez que como ocurre en autos se ha producido un daño, sin que sea exigible al recurrente, por lo que carece de relevancia a los efectos de la responsabilidad patrimonial que nos ocupa, probar que el tratamiento adecuado, que hubiese debido seguirse de haberse elaborado un diagnóstico acertado, hubiese concluido con éxito sin secuelas cardiológicas de género alguno o de menor entidad que aquellas con las que efectivamente resultó. Es evidente que hubo una mala praxis médica, al diagnosticar la enfermedad y ante tal mala praxis hubiera incumbido a la Administración probar que en su caso, con independencia del tratamiento seguido se hubiesen producido las secuelas de afectación cardiológica finalmente ocasionadas por ser de todo punto inevitables, prueba que no se ha practicado en el caso de autos. En definitiva, pues, como consecuencia de la mala praxis a que nos venimos refiriendo, no se prestó al paciente el tratamiento adecuado a su enfermedad, poniéndose los medios necesarios para combatir su padecimiento, y siendo ello así, y con independencia de que no se sepa cuáles hubieran sido los resultados finales de dicho tratamiento, acreditados como están los daños cardiovasculares con los que resultó, procede apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración”⁵⁷.

3. En el tercero de los asuntos de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2007⁵⁸, D. Bernardo, un hombre de 31 años de edad, acudió al servicio de urgencias más cercano a su residencia por dolor persistente en el tórax, desconociéndose cualquier lesión previa, así como esfuerzo físico relacionado con el mismo. Fue atendido por dos médicos y un ATS, que le practicaron un reconocimiento físico, así como un electrocardiograma. Sin embargo, al no apreciarse nada, se le dio de alta, aconsejándosele que de volver a presentar esa sintomatología, volviese al centro sanitario. Llegando a su domicilio, D. Bernardo cayó fulminado en el portal de su casa cuando regresaba del hospital. Los efectivos sanitarios que se desplazaron al lugar, únicamente pudieron certificar su fallecimiento.

La mujer del fenecido consideró que el daño sufrido por su marido fue como consecuencia de un error de diagnóstico reprochable. Sus pretensiones indemnizatorias fueron admitidas en instancias inferiores, a pesar de lo cual, recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, junto con la parte demandada.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 ... *op. cit.*

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 5288/2003, ponente Robles Fernández.

El supuesto de hecho vuelve a ser representativo en lo que al error de diagnóstico se refiere, un hombre joven acude a urgencias aquejado de síntomas propios de infarto, siendo atendido de manera de inmediata. Tras las pruebas obligadas no se observa ninguna anomalía, por lo que el paciente es dado de alta, falleciendo escasos minutos después, de un infarto de miocardio. Aunque son muchos los posibles escenarios que podrían justificar este desenlace fatal, lo cierto es que el error vuelve a tomar como base una incorrecta interpretación de una prueba en concreto: el electrocardiograma. El paciente no sólo mostraba síntomas de infarto, sino que estaba sufriendo uno, tal y como evidenciaba la lectura que se realizó de su corazón, que sin embargo fue malinterpretada. De nuevo no es tanto la prueba practicada, como su errónea deducción, la que provoca el error de diagnóstico.

Se trata de un ejemplo claro de un error de diagnóstico, en el que se adoptaron las medidas necesarias ante unos síntomas claros, pero que en el momento de la diagnosis se produjo una equivocación fatal. Es precisamente en esta línea en la que se pronuncia el Tribunal Supremo “El Tribunal "a quo" contiene en su sentencia una doctrina contraria a la doctrina de esta Sala a la que acabamos de referirnos. La propia Sala sentenciadora tiene por probado, a la vista de los informes periciales, que hubo una interpretación incorrecta del electrocardiograma que se le realizó al esposo de la actora, error que determinó que no se pusieran los medios de tratamiento adecuados al padecimiento que aquel sufría y por el que había acudido al centro hospitalario y esa indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, como consecuencia de aquel error médico en la interpretación del electrocardiograma, es como dijimos anteriormente la que resulta sancionable, caso de producirse un resultado dañoso, sin que sea exigible al recurrente, por lo que carece de relevancia a los efectos de la responsabilidad patrimonial que nos ocupa, probar que el tratamiento adecuado, que hubiese debido seguirse de haberse efectuado un diagnóstico acertado, habría concluido con éxito salvando la vida del paciente. Es evidente que hubo una mala praxis médica, al diagnosticar la enfermedad y ante tal mala praxis hubiera incumbido a la Administración probar que con independencia del tratamiento seguido se hubiese producido el fatal desenlace por ser de todo punto inevitable, prueba que no se ha practicado en el caso de autos. En definitiva, pues, como consecuencia de la mala praxis a que nos venimos refiriendo no se prestó al paciente el tratamiento adecuado a su enfermedad no poniéndose los medios necesarios para combatir su padecimiento, y siendo ello así, y con independencia de que no se sepa en el presente caso cuáles

hubieran sido las consecuencias de dicho tratamiento, procede indemnizar no como erróneamente dice el Tribunal "a quo" por "una simple posibilidad", sino por el efectivo fallecimiento de D. Víctor”⁵⁹.

(ii) Conflictos en los que el error de diagnóstico no es reprochado.

4. A continuación se analizarán resoluciones, que siendo muy similares a las anteriormente comentadas, sufrieron una suerte desestimatoria, por lo que será necesario encontrar una justificación para ello. La primera de todas ellas es la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2005⁶⁰, en la que D. Carlos Alberto, un hombre de 36 años y sin riesgo coronario, acudió al servicio de urgencias más próximo a su lugar de residencia, con síntomas de dolor abdominal en la parte superior de horas de evolución y vómitos. En un primer momento fue atendido por un médico que ejercía funciones clasificatorias (aunque no era su cometido habitual), que observó una posible úlcera duodenal, por lo que al no tratarse de algo urgente, fue remitido a otro centro sanitario, al que llegó media hora más tarde. En este segundo hospital el paciente comenzó a mostrar, casi de manera inmediata, un fuerte dolor de pecho irradiado en el brazo izquierdo, sufriendo una parada cardíaca con fibrilación ventricular. A pesar de que se le trató con los debidos medios y la premura necesaria, toda actuación fue infructuosa, pues el infarto de miocardio que había sufrido el paciente había sido muy grave y fue tardíamente atendido; falleciendo el enfermo esa misma noche.

La mujer de D. Carlos Alberto pretendió el resarcimiento del daño sufrido por un error de diagnóstico. Su demanda fue parcialmente estimada en primera instancia, pero revocada en apelación, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Las circunstancias de este asunto son muy similares a las de los anteriores. Un paciente acude con lo que parece un infarto a un sanatorio, donde es erróneamente diagnosticado, y fallece tras ser remitido a otro, por una cuestión burocrática. La actitud del Tribunal Supremo nos suscita la duda de cómo es posible que un litigio como éste no sea reprochado. La justificación es muy sencilla: los síntomas que padecía el enfermo eran confusos. Se trataba de un hombre joven, de 36 años, sin antecedentes

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2007 ... *op. cit.*

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2005, Sala Primera, recurso 1110/1999, ponente García Varela.

cardíacos que pudiesen hacerle propenso a sufrir un infarto (colesterol, sobrepeso, etc.), que además presentaba un cuadro de dolor gástrico y no de infarto.

De la misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al afirmar “Desde la posición jurisprudencial indicada, en conexión con el supuesto del debate, procede la desestimación de la demanda por falta de demostración de la relación de causalidad entre la conducta de la Doctora Carla y la efectividad del fallecimiento de don Carlos Alberto, habida cuenta de que no ha sido justificado en autos que el examen del paciente en el Hospital de Bellvitge fuera definitivo para conseguir la prolongación de su vida; a estos efectos, es necesario sentar la presencia de la coincidencia entre el diagnóstico, y la no apreciación de gravedad en el cuadro que presentaba el enfermo, de los Doctores Carla y Rodrigo, no demandado en este juicio, e, incluso, en el historial clínico de don Carlos Alberto, remitido por el “centro médico Delfos”, se hace constar la expresión “dolor abdominal” como acusa del servicio sanitario y está corroborado en las actuaciones que tanto el enfermo, como sus acompañantes, acudieron a los servicios de urgencias y relacionaron el malestar de aquél con los problemas digestivos previos y, en absoluto, con la idea de que se trataba de una afección más grave; resulta esencial que el perito judicial, al contestar a las aclaraciones formuladas por las partes, comunicó que “los hallazgos clínicos no presagiaban enfermedad grave” y que la misma se supuso tan solo “en el momento en que el paciente desarrolló la complicación”, así como la sintomatología que presentaba al acudir al Hospital del Bellvitge no sugería ni presagiaba un infarto de miocardio”. A lo que añade “Finalmente, como recoge la sentencia recurrida, esta Sala ha declarado que no cabe apreciar la culpa en el facultativo en aquellos supuestos en que la confusión viene determinada por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismos resultan enmascarados con otros más evidentes característicos de otra dolencia (STS de 10-12-1996) y tampoco cuando quepa calificar el error de diagnóstico de disculpable o de apreciación (STS de 8-4-1996)”⁶¹.

Para comprender esta controversia es necesario tener presente que el primer médico que atendió al paciente y que lo derivó a otro centro, ejercía funciones de clasificación y no de diagnóstico, por lo que tras un examen preliminar consideró que el estado de D. Carlos Alberto no era urgente y que éste podía ser remitido a otro hospital.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2005 ... *op. cit.* Conviene apuntar, que aunque este supuesto debería entrar dentro de categoría de “síntomas confusos”, lo cierto es que al encontrarse englobado dentro de las “urgencias”, hemos optado por incluirlo en este apartado.

Es precisamente aquí donde se da el error de diagnóstico, que no es objeto de responsabilidad aunque no se desplegasen amplios medios, precisamente porque no era esa la función de este médico⁶².

5. La segunda de las controversias a analizar sigue una línea prácticamente idéntica a la anteriormente estudiada, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2003⁶³. En este asunto D^a. Pilar, una mujer con problemas de obesidad, recibió una asistencia médica en su domicilio, calificada como urgencia normal, por mostrar cierto malestar, dolores abdominales y haber sufrido varios episodios de vómito. El médico le practicó un reconocimiento adecuado y le diagnosticó una gastritis, cuando le comentaron que había ingerido una comida especialmente grasa (lomo con patatas). Le prescribió un tratamiento de Buscapina en comprimidos (indicado para casos de gastritis aguda), así como una inyección de Cleboril, un preparado antitérmico y antinauseoso sintomático; recomendándole que acudiese al día siguiente a su médico de cabecera. Tras la marcha del médico, cuya visita duró en torno a ocho minutos, la paciente mostró una cierta mejoría, estando consciente hasta que se quedó dormida. Horas más tarde despertó súbitamente, aquejada de un cierto malestar, sufriendo casi acto seguido un cuadro de desvanecimiento. Se dio aviso a los servicios de emergencia, que llegaron escasos minutos después y sólo pudieron certificar el fallecimiento de D^a. Pilar, siendo calificada su muerte por infarto de miocardio, aunque sin plena certeza de ello, porque la familia se negó a que se le practicase una autopsia.

Los parientes de la fenecida pretendieron el resarcimiento del daño sufrido por un error de diagnóstico, pero al ser su demanda desestimada en primera instancia y apelación, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

⁶² Un asunto prácticamente idéntico, y que por los puntos de coincidencia no procede un examen individualizado, es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007 (Sala Tercera, recurso 9303/2003, ponente Robles Fernández). En esta controversia un paciente que acudió en varias ocasiones a urgencias, fue erróneamente diagnosticado de una neumonía (que efectivamente padecía) y sin embargo, el infarto que estaba sufriendo no fue localizado, porque se encontraba solapado por la neumonía. Precisamente por esta cuestión el supuesto no fue objeto de reproche y se estimó que el error diagnóstico que sufrió el enfermo fue porque los síntomas estaban enmascarados. En esta misma idea de la urgencia se pronuncia las siguientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2003 (Sala Tercera, recurso 4078/1997, ponente Sierra Gil de la Cuesta), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2005 (Sala Tercera, recurso 4088/1998, ponente García Varela), sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2005 (Sala Primera, recurso 4932/1999, ponente Sierra Gil de la Cuesta), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006 (Sala Primera, recurso 4409/1009, ponente Almagro Nosete), sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006 (Sala Primera, recurso 4856/1999, ponente Auger Liñán), y sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006 (Sala Primera, recurso 2249/1999, ponente Xiol Ríos).

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2003, Sala Primera, recurso 3272/1997, ponente Martínez – Calcerrada Gómez. Resolución mencionada en el capítulo conceptual y analizada desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad, en el capítulo correspondiente.

Este litigio puede ser considerado como el escenario ideal para la materialización misma del error de diagnóstico, y sin embargo, el Tribunal Supremo adopta una postura desestimatoria, tal y como ocurría en el asunto anterior. La justificación en este caso es similar a la del supuesto previo, se trata de una paciente que por su condición, podía padecer cierta propensión a la gastritis, así como por los alimentos ingeridos. El cuadro que presentaba era más propio de una gastritis, que de un infarto. Se trata de un escenario dudoso, en el que por un lado los síntomas parecen engañosos, y por otro se pone en tela de juicio el despliegue de medios por parte del médico.

La postura del Tribunal Supremo es inequívoca a este respecto, la actuación médica fue correcta y el error que se produjo excusable “Y es que la Sala que juzga, ha de añadir a lo antes argumentado, que no es posible, dentro de la dogmática jurídica sobre responsabilidad en general, y, menos aún, en el seno de la llamada responsabilidad médico legal, imputar negligencia alguna al facultativo demandado, hoy recurrido, quien, en todo el iter de su intervención en el acto médico solicitado por la paciente, actúa, en modo cabal acorde a los cánones de la denominada "Lex artis ad hoc". Así, desde sus inicios, asiste a la paciente, a la que examina de la dolencia según el trastorno que padece de tipo gástrico e, incluso, se cerciora de la composición de su expulsión orgánica, le diagnostica en forma, le dispensa la medicación adecuada, la cual, tras su recepción, produce un resultado positivo al desaparecer su patología, y en ese estado de recuperación es cuando, tras el término de aquella asistencia, se produce súbitamente el proceso etiológico desencadenante del resultado letal -por infarto de miocardio- que, obvio es, ni fue diagnosticado por no aparecer su síntoma, por lo que hasta huelga hablar de error en el diagnóstico, lo que sí hubiera sucedido si la causa de la muerte hubiera sido el ínsito evolutivo de aquella primitiva dolencia. Sostener otra tesis afín a la responsabilidad médica, es no sólo desconocer la órbita de la exigencia causal entre el acto médico y el efecto producido, sino claudicar en una tendencia bien nociva que, a veces aspira a dirimir esa responsabilidad por los derroteros del principio "pro damnato" tan marginante del "causa causae", y casi afín a una responsabilidad por daño desconocedora de los presupuestos de la responsabilidad por culpa que nunca puede descolgarse de la relación de causalidad. En el litigio, por último, no es posible ni imaginar cuál hubiera sido otro grado de diligencia al expuesto en el facultativo, salvo que se le quiera, como aspira el motivo, imputarle las demás consecuencias imprevisibles propias del "casus" (y connotación "a sensu contrario" -de la reciente

sentencia de la Sala de 8 de mayo de 2003 sobre la culpa virtual y el llamado "daño desproporcionado") que surgen "ex post" sin conexión alguna con el trastorno somático, enfermedad que, atendida por el médico, y cuya terapia resultó evidentemente satisfactiva en el "tempus" de inmediatez en que se desarrolló esa asistencia"⁶⁴.

Esta resolución no se encuentra libre de críticas, al existir un voto particular en el que se pone en tela de juicio, no tanto el error de diagnóstico, como una eventual omisión de medios. No obstante, al escapar la mentada excepción a nuestro campo de trabajo, no procede ahondar en mayor medida sobre la misma⁶⁵.

6. En una tónica distinta, pero envuelta en esta misma idea de los errores de diagnóstico en entornos de urgencia, se encuentra la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2009⁶⁶. En este caso D. Gaspar, un niño de escasos tres meses de edad, fue llevado por sus padres al médico, por presentar éste fiebre y llanto intenso. En el centro sanitario fue atendido por una pediatra, que tras un amplio reconocimiento (que incluía análisis de sangre y radiografía de tórax), al ser todas las pruebas practicadas normales, le diagnosticó un catarro de vías altas y síndrome febril, pautando antitérmico y antibiótico. El paciente fue dado de alta después de pasar un tiempo en observación y verse que podía tragar sin dificultades tras tomarse un biberón, con indicación de que si no mejoraba con la medicación prescrita, volviesen al hospital.

A pesar de su aparente mejoría, el estado del menor empeoró de forma súbita esa misma madrugada, siendo avisado el servicio médico sobre las cuatro de la mañana. El facultativo se desplazó al domicilio del paciente, donde verificó que carecía de síntomas meníngeos y consiguió que la fiebre remitiese, aunque les indicó a los padres que

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2003 ... *op. cit.*

⁶⁵ Opinión contraria es la de BOTANA GARCÍA respecto de este litigio, al considerar la autora que el despliegue de medios del caso que nos ocupa fue correcto y que la atención que recibió la paciente fue la debida, por lo que no existió ni una omisión de medios, ni un error de diagnóstico. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, "No incurre en negligencia el facultativo de urgencias por resultar su actuación acorde con la denominada *lex artis ad hoc*", en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 11, 2003, pps. 1 a 3; concretamente en página 2. Debido a la semejanza que tiene este litigio con la resolución anteriormente analizada, no es conveniente elaborar un nuevo examen individualizado, dado que sería repetitivo y su aportación sería limitada, por lo que vamos a relegar a nota a pie el siguiente proceso: la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2006 (Sala Tercera, recurso 291/2002, ponente Lecumberri Marti). Un paciente fue atendido a domicilio por un fuerte dolor en el pecho, siéndole suministrada una pastilla sublingual y siendo remitido a urgencias, donde tras la práctica de las pruebas necesarias, se le diagnosticó ansiedad y pirosis. Sin embargo, al día siguiente el paciente sufrió un infarto agudo de miocardio, siendo trasladado urgentemente al hospital, donde tras ser tratado, se recuperó, pese a que le quedaron importantes lesiones. Este caso no fue estimado, porque las pruebas que se le realizaron al paciente arrojaron resultados poco concluyentes y al haber mejorado su estado por la medicación recibida, no se pudo obtener un diagnóstico correcto.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2009, Sala Tercera, recurso 668/2008, ponente Martínez – Vares García.

volviesen a avisarle, de presentar éste sangre en las heces o si la fiebre persistía. Dos horas más tarde los padres vuelven a llamar al médico, quien en esta ocasión les indica que se acerquen al centro sanitario para una mejor atención, donde el niño arroja los primeros síntomas meníngeos (desviación en la mirada y convulsiones), por lo que es remitido en una UVI móvil al hospital más cercano. Una vez allí, fue atendido con celeridad y se le practicaron las pruebas necesarias a fin de confirmar que efectivamente se trataba de una meningitis, comenzándose de manera inmediata el tratamiento necesario. Pasados unos días el menor comenzó a mostrar síntomas de mejoría, recibiendo el alta un mes más tarde, aunque con graves consecuencias derivadas de la meningitis.

Los padres de D. Gaspar consideraron que su hijo fue víctima de un error de diagnóstico reprochable. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque en menor medida, este caso vuelve a parecer el escenario ideal para un error de diagnóstico. Decimos en menor medida, porque de la lectura de los hechos se desprende el amplio despliegue de medios, así como las múltiples atenciones médicas que recibió el paciente, todas ellas correctas. Dado que el recién nacido fue atendido diligentemente en dos ocasiones y se le practicó una amplia batería de pruebas, es difícil justificar cómo es posible que no le fuese localizada la meningitis, salvo por un error de diagnóstico. Ahora bien, no hubo ninguna negligencia, pues la meningitis que padecía el paciente no arrojó ningún síntoma, tal y como se desprendió de la atención médica que recibió a las cuatro de la mañana, en la que se señaló expresamente que el menor no mostraba cuadro de meningitis alguno. Se trataba de una meningitis de rápido efecto, que no se manifestó hasta el momento en el que comenzó a causar estragos en el organismo del neonato. Esta misma conclusión se colige de las palabras del juzgador “Y en apoyo de lo que expresamos conviene recordar el último párrafo del informe médico forense anterior a la conclusión del mismo en el que se lee lo que sigue "En resumen se trata pues de un caso extremadamente desgraciado, en el que a pesar de los grandes avances de la medicina, no resultó posible establecer el diagnóstico de Meningitis y por tanto evitar las Secuelas de la misma, con la antelación que hubiera sido deseable, y ello debido a la sintomatología inespecífica que inicialmente presentaba el niño, puesto que incluso los Médicos que le atienden en su localidad de residencia, tampoco sospecharon el cuadro meníngeo hasta la aparición de las convulsiones, siendo la impresión diagnóstica inicial de un proceso intestinal, pero que sin embargo y en opinión de la

informante no es achacable a una mala praxis médica, puesto que en todo momento se actuó de forma correcta y ajustada a la sintomatología presentada, y que por supuesto ahora, conociendo el tratamiento antibiótico efectivo desde el primer momento probablemente se hubieran podido evitar las Secuelas neurológicas, pero hay que tener en cuenta que la sintomatología inicial presentada por el niño, totalmente inespecífica, y los datos obtenidos en la exploración realizada, no tenían entidad suficiente para poder hacer pensar el diagnóstico posterior”⁶⁷.

El niño fue correctamente atendido en todas las visitas, partiendo de la primera, que fue completa (dado el amplio número de pruebas que le fueron practicadas), así como las subsiguientes. En todas ellas se buscaban siempre evidencias meníngeas, precisamente porque toda la sintomatología del paciente apuntaba a eso. Sin embargo, y a pesar del cuidado y de las actuaciones desplegadas, la meningitis se acabó desarrollando⁶⁸.

7. Un caso prácticamente idéntico es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005⁶⁹, en este asunto D^a. Mari Jose, una mujer de 34 años de edad, acudió a la consulta de su médico de cabecera con un cuadro de cefalea y fiebre de una semana de evolución. Su médico la examinó, y aunque no encontró nada significativo, la remitió para su ingreso al hospital más cercano, a fin de que fuese sometida a una serie de pruebas. Ese mismo día se le practicó una analítica completa, una radiografía de tórax, así como una revisión general, arrojando todas las actividades diagnósticas resultados de normalidad; por lo que fue dada de alta, con control de su médico de cabecera. Cuatro días más tarde D^a. Mari Jose tuvo que volver a su centro de atención primaria, por presentar trastornos de comportamiento, amnesia y desorientación, siendo trasladada de manera urgente al hospital en el que había estado con anterioridad. Una vez en éste, y tras un nuevo y completo análisis, al no encontrarse nada relevante, fue diagnosticada de síndrome confusional e ingresada en medicina interna. Al día siguiente, al no mostrar mejoría, le fue repetido un TAC, que arrojó el resultado de

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2009 ... *op. cit.*

⁶⁸ La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007 (Sala Primera, recurso 2013/2008, ponente Romero Lorenzo) comparte tantos puntos en común con esta resolución, que no parece conveniente un nuevo análisis individualizado de la misma, dado que su aportación sería mínima. Un paciente acudió a urgencias por presentar dolor abdominal, y tras practicársele todo tipo de pruebas y permanecer en observación, fue diagnosticado de un cólico y fue remitido a su casa. Sin embargo, horas más tarde el enfermo falleció a causa de una hemorragia abdominal intraperitoneal. Se trataba de una afección que se desarrolló rápidamente, escasas horas después del amplio reconocimiento que se le practicó al paciente, de la que no se halló pista alguna.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005, Sala Tercera, recurso 6792/2001, ponente González Navarro.

meningitis con endometritis, iniciándose acto seguido los tratamientos necesarios. No obstante estos últimos, la paciente falleció escasos días después.

El marido de D^a. Mari Jose consideró que su mujer murió a consecuencia de un error de diagnóstico. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La relación de hechos de este caso es idéntica a la del anterior, se trata de una paciente aquejada de síntomas que apuntaban en una dirección, cuyas pruebas no arrojaron resultados determinantes, en la medida en que éstos no se concretaban de manera clara, por lo que no se le pudo llegar a diagnosticar de forma concluyente. Escasas horas después de las primeras pruebas se le repite una de las mismas y se le halla una meningitis, que en poco tiempo evoluciona con tal rapidez, que le provoca un coma irreversible, feneciendo la paciente días después.

La actuación médica no sólo fue correcta, sino que además fue cuidadosa, ya que se le repitieron en varias ocasiones las pruebas y en ninguna se encontró rastro alguno de meningitis. Esa afirmación evidencia que se trató de una meningitis ilocalizable hasta los últimos estadios de la misma, en los que ya era mortal. El error de diagnóstico es excusable, porque dada la situación de la paciente, nada podía hacerse.

Aunque hubiese resultado de sumo interés conocer la opinión del juzgador a este respecto, ello no es posible porque esta cuestión no llegó a enjuiciarse en casación⁷⁰.

8. En la misma línea de las anteriores resoluciones, pero con una relación fáctica distinta, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2008⁷¹. En este litigio D^a. Julia, encontrándose embarazada, fue diagnosticada de anemia durante la gestación, por lo que fue ingresada por riesgo de parto prematuro; sin embargo, al estabilizarse su estado, se le dio alta. La paciente no tuvo que volver al centro sanitario hasta un mes más tarde por síntomas de parto, dando a luz con normalidad, quedándose al cuidado de la matrona. Tres horas después del alumbramiento D^a. Julia comenzó a

⁷⁰ La relación de hechos de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2005 (Sala Tercera, recurso 7986/2000, ponente Robles Fernández), es prácticamente idéntica a la del caso ahora comentado, por lo que no procede su estudio individualizado. D. Esteban, un niño de corta edad, fue diagnosticado de otitis bilateral tras mostrar malestar y dolor de oídos de varios días de evolución. El antibiótico que se le prescribió no mejoró su estado, por lo que le fue practicada una nueva batería de pruebas, que volvió a arrojar el mismo resultado, de forma que se incrementó la dosis a suministrar al menor. Cuatro días más tarde el estado de éste se agravó súbitamente, y al repetírsele todas pruebas de nuevo, éstas mostraron signos de meningitis tuberculosa, de la que le restaron importantes lesiones. No obstante, el error de diagnóstico no es reprochable por la diligencia de la actuación médica, el amplio número de pruebas practicadas y el carácter súbito de la meningitis.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2008, Sala Primera, recurso 980/2001, ponente Auger Liñán. Resolución también mencionada en el capítulo conceptual.

mostrar cierto malestar y palidez, todo ello fruto de un *shock* hipovolémico que le provocó una intensa anemia. Dada la urgencia de la situación, las pruebas se vieron limitadas y se optó por la práctica habitual, es decir, la histerectomía, a los efectos de evitar que la paciente falleciese. Una vez efectuada la misma, la enferma comenzó a mejorar ligeramente, pero súbitamente volvió a sufrir otro *shock*, que la llevó a un estado crítico. Fue trasladada a otro centro sanitario donde pudo ser mejor atendida y fue diagnosticada de una hernia diafragmática. Se le intervino de ésta, cesando el sangrado y mejorando su estado. D^a. Julia tenía cierta predisposición a sufrir un episodio como el apuntado, pero esto se desconocía. Dada la naturaleza de la dolencia, la histerectomía resultó inútil, causándosele a la paciente una esterilización innecesaria.

D^a. Julia pretendió ser resarcida por la esterilización no deseada que se le había provocado, fruto de un error de diagnóstico, viendo sus pretensiones admitidas en primera instancia pero revocadas en apelación, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El supuesto que se nos presenta es el de la urgencia misma materializada, una paciente padece un sangrado importante tras un parto, llegando al *shock* hipovolémico, lo que hace que el médico que la atendía acudiese directamente a la técnica más habitual para paliar este tipo de sangrados: la histerectomía. Sin embargo, se trató de un diagnóstico erróneo, sobre todo porque no se practicaron mayores pruebas, dado que la enferma padecía otra afección que le provocó ese sangrado y que evidentemente no se solucionó con la histerectomía. D^a. Julia considera que fue víctima de un error de diagnóstico, ya que se estimó que lo que estaba teniendo era una hemorragia propia del parto, cuando realmente le aquejaba de una hernia diafragmática.

De los hechos se desprende que efectivamente concurre un error de diagnóstico, porque no se practicaron pruebas y además se causó la esterilidad de la paciente. Es complicado comprender cómo es posible que el Tribunal Supremo no haya reprochado un litigio como el que nos ocupa, pero esto viene justificado por una sencilla razón: la situación de la enferma requería de una rápida actuación y no era posible detenerse a realizar pruebas. La vida de D^a. Julia corría peligro, por lo que no pudo acudir a actividades diagnósticas que confirmasen lo correcto o lo erróneo del tratamiento, en virtud de lo cual el Tribunal Supremo estima que dada la situación, únicamente se podía actuar de esa manera.

Aunque sería de sumo interés conocer qué señaló a este respecto el juzgador, lo cierto es que la cuestión del error de diagnóstico no se dilucidó en casación, por lo que no será posible⁷².

9. La sexta de las controversias cuenta con una relación de hechos similar, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2006⁷³, en la que D^a. Ariadna, que ya había dado a luz con anterioridad por cesárea (dos veces), ingresó en un centro sanitario con síntomas evidentes de parto, al estar ya cumplido el embarazo. En el curso del alumbramiento la paciente comenzó a acusar fuertes dolores, que fueron achacados a un cólico nefrítico, pero al observarse que éste no progresaba, se comprobó que se había producido una rotura de útero (por la cicatriz de la cesárea) y que la cabeza del feto se encontraba dentro de la cavidad abdominal de la paciente. Aunque se practicó una cesárea de manera urgente, al no detectarse de inmediato la rotura del útero, el niño sufrió una grave anoxia cerebral, de la que falleció escasas horas después de su nacimiento.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, por considerar que habían sido víctimas de un error de diagnóstico, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Las circunstancias de este caso son especialmente llamativas, ya que una rotura de útero es confundida con un cólico nefrítico en el curso de un parto. Lo cierto es que se trata de un ejemplo de error de diagnóstico casi paradigmático, aunque no ha sido objeto de reproche. La especialidad del asunto nos obliga a plantearnos la razón de ser por la cual este recurso fue desestimado. En primer lugar, aunque los dos alumbramientos anteriores de la paciente se produjeron por cesárea, ello no entrañaba necesariamente que el tercero también lo fuese, de forma que la opción del parto natural

⁷² En esta misma línea de la urgencia en detrimento de las pruebas se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009 (Sala Tercera, recurso 9484/2004, ponente Puente Prieto; resolución también analizada desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad, en el capítulo correspondiente). En este caso un motorista sufrió un grave accidente y se tuvo que discernir en el mismo lugar del percance dónde llevar al paciente, pues el hospital más cercano carecía de servicio de neurología, y el otro estaba a más de 86 kilómetros. Se practicó un diagnóstico preliminar y se decidió que el daño cerebral no era grave y que un traslado a un centro alejado empeoraría sus lesiones. Sin embargo, cuando llegó al sanatorio más cercano, y tras las primeras pruebas, se comprobó que el daño neurológico era importante, por lo que debía ser remitido a otro centro médico; ingresando el paciente en estado de coma y falleciendo escasas horas después. El caso no fue indemnizado porque se estimó que se actuó con la debida diligencia en la toma de decisiones, dadas las circunstancias, los medios y la urgencia.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2006, Sala Tercera, recurso 222/2005, ponente Herrero Pina. Resolución también analizada desde el punto de vista del daño desproporcionado, en el capítulo correspondiente.

no fue desacertada. Si bien existía un mayor riesgo de rotura de útero, ello no implica necesariamente la existencia de una relación directa. Más si cabe si tenemos en cuenta un tercer elemento en la relación causal, como lo fue que para cuando el *nasciturus* mostró los primeros síntomas de desaceleración, éste ya había sufrido una grave anoxia, y fue entonces cuando se barajó la hipótesis de lo que realmente estaba ocurriendo. Es precisamente en este último punto en el que se encuentra la justificación para que el error de diagnóstico no sea indemnizado: no hubo indicios de sufrimiento fetal hasta que fue muy tarde.

Aunque sería de sumo interés conocer las afirmaciones del Alto Tribunal a este respecto, lo cierto es que esto no es posible, al ser este supuesto un recurso para la unificación de doctrina y no coincidir los extremos necesarios con los litigios objeto de comparativa, en virtud de lo cual el Tribunal Supremo no llegó a conocer el fondo del asunto⁷⁴.

10. En la penúltima controversia de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2006⁷⁵, D. Juan Pedro, de 39 años de edad, fue atendido en el servicio de urgencias por fuertes dolores lumbares, tras haberse precipitado desde cuatro metros de altura (el tejado de su casa). Se le practicaron una serie de radiografías y fue diagnosticado de fractura rama isquiopúbica derecha y fractura de sacro (fractura de pelvis), por lo que se pautó reposo, analgésicos y control por el especialista de cupo. Su estado fue mejorando paulatinamente, hasta que casi un mes después del accidente D. Juan Pedro volvió al servicio de urgencias por sufrir un súbito agravamiento y presentar dolor torácico derecho y ligera disnea, con sensación de pérdida de conciencia. Fue atendido en el servicio de neurología y diagnosticado de una embolia pulmonar, provocada por una trombosis de venas iliofemorales, de la que falleció escasas horas después de su ingreso.

⁷⁴ LÓPEZ – MUÑOZ y LARRAZ califica, como ya hemos señalado con anterioridad, los litigios ginecológicos y obstétricos, como los más proclives a verse envueltos en errores de diagnóstico, y respecto de este tipo de casuística apunta “Este caso de <<error sanitario>> no es nuevo, ni mucho menos, en la doctrina jurisprudencial. De hecho, en nuestro ya citado primer libro, <<Negligencias Médicas >> (1976), se citan varios ejemplos en los que la dejadez, las desgana (sic), la falta de criterio, quiebra la obligación de prestar asistencia sanitaria urgente en casos de, <<embarazo ectópico>>, <<placenta previa>>, <<parto de nalgas>>, <<hemorragias intrauterinas>>, etc., con gravísimas secuelas o muerte para madre y/o feto”. LÓPEZ – MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *El error sanitario ... op. cit.*, página 73.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2006, Sala Tercera, recurso 2969/2002, ponente Puente Prieto.

La familia de D. Juan Pablo consideró que éste fue víctima de un error de diagnóstico inexcusable. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este caso puede parecer especialmente confuso, dado que el enfermo padece un trombo mortal tras sufrir un accidente, del cual no es correctamente diagnosticado y fallece. La decisión del Alto Tribunal se justifica por algo tan sencillo, como lo es el nexo causal. D. Juan Pablo fue correctamente atendido de las lesiones que padecía, motivadas por la caída. El trombo que se le produjo no tiene origen en el accidente, sino en la inmovilización posterior que requirió para su sanación, para la cual, dada su edad y antecedentes (así como el escaso tiempo que sería), no se le suministró ningún tipo de medicación que previniese este tipo de contingencias. Afirmación a la que debe añadirse, que se pautaron una serie de controles con el especialista en cuestión, a pesar de lo cual, D. Juan Pablo no acudió a ninguna de las citas programadas.

La inexistencia de una relación directa entre el diagnóstico y el trombo, quiebra cualquier posibilidad de reproche. No hubo error de diagnóstico, porque el trombo no podía ser hallado, por el simple hecho de que éste no se había producido aún, en virtud de lo cual el reproche del supuesto se hace cuanto menos, complicado. El juzgador parece decantarse por esta misma opción al afirmar “En consecuencia, habiéndose aplicado el tratamiento normalmente indicado en función de las circunstancias para el paciente, siendo correcto, como apreció el médico privado días después, que no le recomendó su alteración, y habiendo omitido el fallecido la recomendación hecha en el Servicio de Urgencias de La Fe acerca del control por su especialista de zona ulterior, es evidente que no cabe apreciar la existencia del nexo causal entre la actuación de la Administración sanitaria, que, en base a lo anterior, se estima correcta y el desenlace producido por la aparición de la enfermedad tromboembólica a consecuencia de la inmovilización del paciente, por lo que no resultaba conforme a derecho el reconocimiento de la responsabilidad de los servicios sanitarios y procedía, en consecuencia, la desestimación del recurso jurisdiccional”⁷⁶.

A pesar de las primeras dificultades del litigio, lo cierto es que un análisis calmado de los hechos evidencia la inexistencia de un ingrediente esencial para la responsabilidad civil, como lo es el nexo causal.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2006 ... *op. cit.*

11. Hemos dejado para el final una resolución que debería calificarse, como poco de anecdótica, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007⁷⁷. En este asunto D. Luis Enrique ingresó en el servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia con síntomas de apendicitis, que tras una batería probatoria fue confirmada, siendo el paciente preparado para someterse a una intervención. Sin embargo, su estado fue mejorando lentamente, por lo que éste rechazó la cirugía, aunque se le indicó que era probable que el cuadro volviese a repetirse. Así ocurrió casi diez años después, cuando D. Luis Enrique volvió a sufrir la misma sintomatología, sólo que en esta ocasión la situación era más grave, al tratarse de una peritonitis, que le provocó una perforación del colon.

En base a estos hechos, el paciente pretendió ser resarcido por el daño sufrido, pero su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

No es necesario un profundo análisis para entender por qué el Tribunal Supremo no estimó la concurrencia de un error de diagnóstico en el litigio. D. Luis Enrique considera que no fue correctamente diagnosticado, que no padecía apendicitis, sino que se trataba de una enfermedad de largo desarrollo que le provocó una perforación de colon. Esta afirmación no sólo parece atentar contra el sentido común, sino también contra la ciencia médica en general, pues es innegable que el enfermo padeció una peritonitis, tal y como fue vaticinado diez años antes.

b) El error de diagnóstico en relación a las enfermedades de largo desarrollo.

A continuación se analizarán una serie de litigios caracterizados por la existencia de un error de diagnóstico en torno a enfermedades que hemos definido, como de “largo desarrollo”. A diferencia de lo que ocurría en el bloque anterior, que se trataba de sucesos breves (desarrollo de padecimientos de un promedio de 2 a 10 días, o en horas), en este bloque nos referimos a dolencias, que desde que son diagnosticadas, hasta que se observa el error en esta primera actividad, existe un lapso de tiempo más largo. Las afirmaciones que pueden desprenderse del estudio de este apartado, arrojarán resultados

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 5538/2003, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad y las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en los capítulos correspondientes.

muy distintos a los del bloque anterior, ya que en esta ocasión la premura y la celeridad no son circunstancias que puedan justificar un error de diagnóstico.

(i) Asuntos en los que el daño es reprochado.

1. Comenzamos con el primero de los litigios, uno de las más llamativos que encontraremos en este bloque, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007⁷⁸. En este caso D. Ángel fue diagnosticado de VIH en un análisis de sangre, resultado que fue confirmado por el “Test Elisa” y posteriormente por el “Envocer”, aunque no se practicó el “Wester Blot”, que era de mayor fiabilidad. Se inició entonces un tratamiento con retrovirales que el paciente siguió durante cuatro años, sin que se le efectuasen posteriores análisis confirmatorios, hasta que pasado casi un lustro, en una analítica rutinaria, se comprobó que D. Ángel no padecía de Sida y que había estado tomando una medicación muy agresiva de manera innecesaria; lo que le provocó serios trastornos, tanto físicos como psíquicos.

D. Ángel pretendió el resarcimiento por el daño sufrido en base a un error de diagnóstico. Su demanda fue desestimada en primera instancia, pero su recurso de apelación fue estimado ante la Audiencia Provincial competente, lo que hizo que la parte demandada recurriese en casación ante el Tribunal Supremo.

El caso es paradigmático en relación a los asuntos de error de diagnóstico estudiados, ya que en este litigio se produjo un equívoco eminentemente objetivo. En este supuesto no se requirió de un “ojo clínico” que interpretase las pruebas médicas, sino que el resultado positivo no admitía lugar a dudas. Nos consta además que las analíticas fueron verificadas, por lo que salvo la ausencia de controles periódicos, no diríamos que nos encontramos ante una omisión de medios.

Huelga señalar, que existe una relación directa entre el daño sufrido por el paciente (físico y psíquico) y el error de diagnóstico, no en vano éste provocó que el enfermo fuese tratado durante cuatro años con retrovirales, fármacos muy agresivos para el organismo. El Tribunal Supremo parece decantarse por esta misma hipótesis al apuntar “Al servicio de medicina interna del Hospital san Juan de Dios, así como del facultativo demandado integrado en el mismo, se les responsabiliza “por cuanto a la vista de la evolución favorable del enfermo no acordaron que le fuera reproducido

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007, Sala Primera, recurso 1733/2000, ponente Seijas Quintana. Resolución mencionada en el capítulo conceptual.

alguno de los test de confirmación durante los años que duró el tratamiento con el retroviral AZT. En tal sentido también resultan conformes los informes periciales practicados que aluden a la necesidad de repetir la prueba ante la normalizada clínica que presentaba el paciente, y poder sospechar la posibilidad de un error en la muestra de sangre o en la técnica analítica”, y como complemento de todo ello “el riesgo que supuesto el suministro gratuito durante varios años del medicamento retroviral con efectos secundarios tan importantes para una enfermedad inexistente aunque no se derivara de ello alguna secuela”⁷⁹. El error de diagnóstico es casi palmario en la controversia que nos ocupa, un paciente que no padece ningún tipo de patología, es diagnosticado de VIH, no sólo en la primera analítica, sino también en la de confirmación. A este elemento cabe añadir el hecho de que durante los cuatro años que estuvo el enfermo bajo tratamiento, no se hicieron nuevos controles.

La claridad del asunto no da pie a mayores explicaciones, dado que tanto la relación causal como el daño son evidentes, algo que también ocurre con el error de diagnóstico⁸⁰.

2. La segunda de las resoluciones de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2006⁸¹, en la que D. Ángel, un hombre joven de 26 años, soldador de oficio, acudió al servicio de oftalmología por presentar síntomas de irritación en ambos ojos, de varios días de evolución. Fue diagnosticado en un primer

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007 ... *op. cit.*

⁸⁰ De esta misma opinión se muestra GALÁN CORTÉS, al considerar que la actuación por parte del facultativo en cuestión fue negligente “En el caso del Hospital San Juan de Dios y del facultativo demandado, se concreta su responsabilidad en el hecho de que a la vista de la evolución las pruebas de confirmación durante los años que duró el tratamiento con el retroviral AZT. En tal sentido también resultan conformes los informes periciales practicados que aluden a la necesidad de repetir la prueba ante la normalizada clínica que presentaba el paciente, y poder sospechar la posibilidad de un error de en la muestra de sangre o en la técnica analítica, y como complemento de todo ello <<el riesgo que supuso el suministro gratuito durante varios años del medicamento retroviral con efectos secundarios tan importantes para una enfermedad inexistente, aunque no se derivara de ello alguna secuela>>”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica* ... *op. cit.*, página 181. Un supuesto semejante nos viene de la mano BOTANA GARCÍA, que comenta brevemente el caso de una mujer a quien se le diagnosticó un tumor que fue calificado como maligno, pero que una prueba posterior evidenció, doce años después, que era benigno. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “Condena a la Administración por daños morales y patrimoniales que causó a una paciente la creencia durante 12 años de padecer un tumor maligno”, en *Práctica de Derecho de daños*, n° 11, 2003, pps. 1 a 2. Idéntica es la resolución del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2006 (Sala Tercera, recurso 4753/2001, ponente Herrero Pina), por lo que no vamos a realizar un comentario individualizado de la misma, ya que sería repetitivo. En este asunto D. Tomás, en el curso de unas pruebas diagnósticas a los efectos de encontrar el origen de unos síntomas que padecía, fue diagnosticado de VIH, resultado que se le mantuvo durante cinco años, pero que por mostrarse asintomático no fue tratado. Finalmente, en un reconocimiento posterior, el resultado de VIH fue negativo. Este supuesto de hecho también fue objeto de indemnización, aun no habiendo sido medicado el paciente, por el daño moral provocado al mismo, al ser diagnosticado erróneamente de una enfermedad con tal carga emocional y social, como lo es el SIDA.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2006, Sala Tercera, recurso 2367/2002, ponente Herrero Pina.

momento de derrame ocular y conjuntivitis, estableciéndose una segunda visita, veinte días más tarde. En la segunda revisión se observó, que a pesar del tratamiento, el estado de D. Ángel prácticamente no había mejorado, por lo que tras una nueva diagnosis, se sospechó de una posible queratitis en ambos ojos. Se le pauta una nueva terapia y se acuerda una visita pasados quince días. Tras este plazo su estado fue mejorando paulatinamente, hasta el punto de que incluso volvió al trabajo, pero fue precisamente al retomar sus funciones, cuando el paciente acusó una pérdida de visión gradual y un elemento añadido, al aparecer en su campo visual una nebulosa, que se convirtió en algo permanente. Acudió nuevamente al servicio de oftalmología, siendo diagnosticado de glaucoma y catarata cortisónica en ambos ojos, por lo que fue intervenido días después de la consulta, a fin de frenar el desarrollo degenerativo. No obstante, como consecuencia le quedaron la ceguera total de uno de los ojos y prácticamente la misma situación en el otro glóbulo ocular, con la excepción de que puede distinguir luces y sombras.

Dadas las circunstancias del caso, D. Ángel pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda estimada en instancias inferiores, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

D. Ángel era soldador de profesión, una actividad potencialmente peligrosa para los ojos, algo que pudo poner sobre una pista falsa al primer facultativo que le atendió y que le llevó a considerar que se trataba de una simple conjuntivitis. El error que supuso este primer diagnóstico, y los subsiguientes derivados del mismo, fueron fatales para los glóbulos oculares del paciente, ya que una intervención necesaria se fue retrasando durante meses; hasta que la lesión era de tal gravedad, que nada podía hacerse por la vista de D. Ángel.

La concurrencia de un equívoco en la diagnosis es indiscutible, al paciente se le practicó un diagnóstico parcial, que en poco se varió en la segunda visita, sin tomarse en consideración el largo tiempo de evolución que estaba teniendo la afección en cuestión. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al apuntar “En todo caso, la valoración que efectúa la parte recurrente se limita a tomar en consideración concretos aspectos de la prueba practicada que entiende favorables a su posición y desconoce aspectos sustanciales de los hechos que se consideran probados en la instancia y que eran de las pruebas practicadas. Así, entiende correcto el diagnóstico y tratamiento efectuados por Doña. Marí Jose en cuanto se recoge en la documentación remitida por la Clínica Barraquer, sin embargo no toma en consideración que el informe pericial

emitido en autos y reflejado en la sentencia de instancia, pone de manifiesto que el diagnóstico fue incompleto, que existían medios para ello con los que se hubiera podido detectar la hipertensión ocular y diagnosticar el glaucoma y la catarata cortisónica. Por otra parte, la recurrente, siendo que las lesiones oculares padecidas por el paciente se relacionan con el uso de colirios de base cortisónica durante meses, por tanto antes de la visita efectuada a Doña. Marí Jose, alega que se desconoce quien los prescribió y entiende que no existe relación de causa a efecto entre la asistencia sanitaria prestada y el resultado lesivo, pero frente a ello, la sentencia de instancia recoge entre los hechos, que los colirios le habían sido recetados por los servicios de la sanidad pública, hecho cuya fijación no ha sido atacada en forma en este recurso de casación, sin que tengan ninguna virtualidad al efecto las referidas manifestaciones de la recurrente, que suponen desconocer que el paciente venía acudiendo a la sanidad pública por padecimientos oculares de los que fue tratado mediante la aplicación de colirios, como consta reiteradamente en las actuaciones, ya desde su reclamación inicial, por lo que no cabe reducir la asistencia sanitaria a la atención prestada por Doña. Marí Jose el 22 de mayo de 1992, como parece desprenderse de las alegaciones de la parte recurrente”⁸².

Este caso conforma un claro ejemplo de error de diagnóstico en una enfermedad de largo desarrollo. El enfermo tenía una profesión especialmente dañina para los ojos, y aunque su estado no mejoraba con los tratamientos que recibía (largos en el tiempo), el diagnóstico apenas se modificaba y tampoco se practicaban nuevas pruebas.

3. La tercera de las controversias sigue una línea prácticamente idéntica a las anteriormente comentadas, con una singularidad que la hace más clara y evidente: el error de diagnóstico no sólo se da respecto de la dolencia, sino también en lo que a la zona se refiere. Este es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2009⁸³, litigio en el que D. Gumersindo, enfermo de diabetes no insulino dependiente, se vio en la necesidad de acudir al servicio de urgencias del hospital más cercano a su residencia en varias ocasiones, desde el 1 de diciembre de 2000 hasta el 22 de febrero de 2001. Fue precisamente en esta última fecha en la que, con un cuadro de dolor lumbar y fiebre, fue diagnosticado de un cólico biliar. Sin embargo, al persistir los síntomas, se le practicó un TAC, que reveló un aumento de tamaño de la próstata, así como la presencia de una masa de partes blandas paravertebral izquierda a la altura de

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2006 ... *op. cit.*

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2009, Sala Tercera, recurso 5094/2006, ponente Herrero Pina.

D9, que probablemente se tratase de una metástasis. Tras un análisis más pormenorizado de las masas halladas, éstas arrojaron resultados de malignidad, por lo que se le sometió a una intervención con urgencia, que se desarrolló con plena normalidad, salvo porque al eliminar la masa de metástasis, situada en la columna del paciente, se le provocó una parálisis de las extremidades inferiores.

D. Gumersindo consideró que fue víctima de un error de diagnóstico inexcusable. Sus pretensiones indemnizatorias fueron admitidas en instancias inferiores, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El error de diagnóstico del caso que nos ocupa es bastante llamativo, ya que un cáncer con metástasis se confunde con un cólico biliar. La cuestión se torna más complicada aun, cuando se tiene presente que entre los primeros síntomas de la dolencia y la intervención a la que se le sometió al paciente, habían pasado más de cinco meses, creándose el escenario ideal para un error de diagnóstico.

Es necesario centrar nuestra atención en lo llamativo del hecho de que una dolencia, como lo es un carcinoma (en estado de metástasis), no fuese diagnosticada en las pruebas que le fueron practicadas al paciente, entre las que se encontraban radiografías de su columna vertebral. Esta premisa nos lleva a una conclusión: la equivocada interpretación de las actividades diagnósticas. De la propia naturaleza de la afección se desprende que ésta no pudo aparecer en escasos días, por lo que se trata de un proceso largo, que no fue correctamente detectado.

La relación entre el error de diagnóstico (considerar un cáncer un cólico biliar) y el daño final que sufrió el paciente (parálisis), se encuentra perfectamente probada, por lo que el reproche del litigio parece apropiado.

Aunque sería de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, al limitarse la casación a aspectos procesales del procedimiento, que nada tienen que ver con el error de diagnóstico, esto no es posible.

4. El cuarto y antepenúltimo de los asuntos es igualmente interesante, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000⁸⁴. En este supuesto de hecho D. Luis, tras un largo peregrinar médico con motivo de diversas dolencias, fue diagnosticado de cáncer en la cabeza del páncreas, por lo que se le intervino de urgencias, observándose tras la cirugía que lo que verdaderamente tenía el paciente era

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000, Sala Tercera, recurso 5078/1997, ponente Xiol Ríos. Resolución también analizada desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad, en el capítulo correspondiente.

una pancreatitis. Finalizada ésta, el enfermo sufrió severas hemorragias, fruto de la pancreatitis incorrectamente tratada (como consecuencia de una operación innecesaria), que no pudieron ser detectadas a tiempo, al ser confundidas con dolores propios de la operación; lo que motivó que falleciese por un edema agudo de pulmón no tratado.

Los familiares de D. Luis consideraron que éste feneció como consecuencia de un error de diagnóstico. Sus pretensiones indemnizatorias fueron admitidas en instancias inferiores, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La concurrencia, no sólo de un único error de diagnóstico, sino de dos, es la tónica del asunto que nos ocupa. D. Luis, tras un largo desarrollo sintomático, fue diagnosticado de cáncer en la cabeza del páncreas, resultado que se mantuvo hasta la intervención misma, ya que una vez practicada ésta se observó que lo realmente sufría el paciente era una pancreatitis. El enfermo se sometió a una operación agresiva que fue innecesaria, con los riesgos que ello acarreaba (de los que precisamente falleció). Sin embargo, la cuestión se complicó más cuando éste comenzó a sufrir hemorragias provocadas por el efecto que la cirugía había tenido en su pancreatitis, existiendo en este punto un nuevo error de diagnóstico, ya que fueron confundidas con molestias propias de la actividad quirúrgica.

Los dos errores de diagnóstico son inexcusables, al haberse dado éstos en el seno de una actividad médica contraria a todos los principios básicos de la *lex artis*, en la que destaca la ausencia de pruebas necesaria, así como la penuria de las actividades médicas desplegadas.

La relación causal entre los dos errores de diagnóstico y el daño final sufrido por el paciente (su fallecimiento), es innegable. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo “La Sala de instancia, sin embargo, considera de modo inequívoco como «evidente» un grave error de diagnóstico que dio lugar a la innecesaria extirpación de órganos vitales y una tardía detección de las hemorragias por falta de vigilancia adecuada, que llevó a la aparición de un edema pulmonar, causante de la muerte del paciente. Estas afirmaciones constituyen el resultado de la valoración de la prueba efectuada, que sólo a ella compete. Cualquiera que sea el acierto que haya presidido sus conclusiones, el cual no es fiscalizable en casación, no se advierte que dicha apreciación incurra en arbitrariedad, sea irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles o que infrinja las normas sobre prueba tasada. En efecto, las conclusiones probatorias obtenidas se fundan explícitamente en los dictámenes periciales, informes

médicos y, respecto a la necesidad de internamiento en la Unidad de Cuidados Intensivos y la consiguiente falta de vigilancia por no haberse producido ésta, en el informe del Jefe de Servicio de Cirugía. La existencia de otros elementos probatorios de sentido contrario, a los que la parte recurrente pretende atribuir valor decisivo, no lo tienen para demostrar el carácter arbitrario de la valoración realizada, pues de sus afirmaciones se deduce que la Sala de instancia los toma en cuenta, pero los considera de menor valor convincente⁸⁵.

De las palabras del juzgador se desprende la influencia que tuvieron sendos errores de diagnóstico, que fueron equívocos fatales para la vida de D. Luis.

5. El quinto de los litigios, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007⁸⁶, vuelve a girar sobre un caso de cáncer de páncreas. En este supuesto D. Luis Manuel, un hombre de 76 años de edad que padecía de ceguera, hipoacusia, cólicos biliares con ictericia, epigastralgias y ardores frecuentes, fue encontrado inconsciente en su domicilio por uno de sus hijos. Fue remitido a urgencias, donde se le practicaron todo tipo de pruebas médicas, que arrojaron el diagnóstico de anemia macrocítica, gastritis antral, hernia de hiato y anemia. A pesar de que se le instauró el necesario tratamiento, su estado no mejoraba, por lo que le fue realizada una segunda gastroscopia, que detectó un adenocarcinoma ulcerado de mediano grado de madurez. Dadas las circunstancias, el paciente fue intervenido de urgencia. En el curso de la operación el cirujano se percató de que el estado del enfermo no era tal, que su estómago estaba perfectamente. No obstante, lo que sí encontró (probablemente fruto de la actividad quirúrgica), fue un sangrado esplénico que hacía necesaria la extirpación del bazo, algo que se practicó en el momento, dado que una segunda cirugía sería especialmente peligrosa. A las 48 horas de la operación el paciente sufrió una pancreatitis post quirúrgica e insuficiencia renal, siendo reintervenido de urgencia, a pesar de lo cual falleció a causa de un *shock* séptico.

El hijo del D. Luis Manuel consideró que su padre fue víctima de un error de diagnóstico inexcusable. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Las circunstancias de la controversia que nos ocupa son bastante llamativas, más incluso que las del asunto anterior, dado que no sólo se diagnostica un cáncer

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000 ... *op. cit.*

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007, Sala Tercera, recurso 8368/2003, ponente Puente Prieto.

inexistente, sino que incluso se yerra en la localización del problema. Lo que era un adenocarcinoma en el estómago, se convirtió en un sangrado esplénico, de cuyo tratamiento derivaron una serie de eventualidades, que causaron la muerte del paciente. El error de diagnóstico es evidente y el daño derivado del mismo más aun, no en vano, al enfermo se le sometió a una terapia agresiva innecesaria, que además acarreó un menoscabo importante para su salud, ya de por sí frágil. El Alto Tribunal parece tener esta misma opinión cuando afirma “En el presente caso, es evidente que existió una anómala actuación por parte de la Administración, que, con independencia de cualquier criterio culpabilístico, dio lugar a una intervención quirúrgica no justificada dado que el diagnóstico que había motivado la práctica de la intervención quirúrgica, y que derivó en una lesión del bazo y posterior extirpación de dicho órgano vital, no obedecía a la existencia de un adenocarcinoma, que no apareció cuando se produjo la intervención, circunstancia ésta que, pudiendo obedecer a múltiples causas, pudo ser fácilmente justificada por parte de la Administración y que, desde luego, no permite, en función del principio de responsabilidad objetiva hacer cargar al prestatario de los servicios sanitarios con la carga de probar un hecho que escapa a sus posibilidades probatorias y que, por el contrario, a la Administración le resulta necesario justificar al objeto de acreditar que esa, en principio, anormalidad resultaba producto de una actuación que encajaba dentro de lo que racionalmente y conforme a la *lex artis* resultaba lógico y adecuado. Junto con lo anterior es lo cierto que en el presente caso, además, existió una extirpación de una porción o segmento del páncreas, sin que tal aparición del segmento pancreático que obra al folio 214 del expediente administrativo de 4x2x1,3 cm. tenga justificación alguna, y siendo, por otro lado, relevante la circunstancia de que el paciente falleció como consecuencia de una pancreatitis postquirúrgica, junto con shock séptico e insuficiencia renal aguda, sin que se haya ofrecido por parte de la Administración, a quien conforme a lo antes dicho correspondía la prueba en función del principio de facilidad probatoria, explicación alguna de que por qué se produjo dicho corte de un trozo del páncreas, el cual, conforme a lo declarado por el perito procesal en el acta de ratificación de 27 de noviembre de 2.002 que aparece en las actuaciones, puede tener relación con la existencia de la pancreatitis. De todo lo anterior se deriva que el padre del recurrente falleció después de ser objeto de una intervención quirúrgica innecesaria y a consecuencia de una pancreatitis postquirúrgica cuya causa puede estar relacionada con el seccionamiento de un segmento del páncreas y respecto a cuya existencia en las actuaciones ninguna explicación se ha ofrecido con carácter

razonable por la Administración, por lo que evidentemente la valoración de los elementos probatorios efectuada por el Tribunal de instancia, como el recurrente denuncia en el primer motivo casacional, no resulta adecuada a la lógica, y, en conclusión, el paciente no estaba obligado a soportar el daño derivado de una no justificada intervención quirúrgica en que se produjeron lesiones al paciente que determinaron su fallecimiento sin que por la Administración sanitaria se haya ofrecido justificación ni de la primera intervención ni del seccionamiento de un trozo del páncreas”⁸⁷.

6. En la última de las resoluciones de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2004⁸⁸, D^a. Encarna, de 34 años de edad, acudió a su ginecólogo al encontrarse un bulto en la axila derecha. Tras el examen correspondiente, del que no consta resultado alguno de ninguna punción, se determinó que el nódulo era benigno, por lo que simplemente se le pautaron revisiones periódicas. Siete meses más tarde D^a. Encarna volvió a acudir a la consulta de su ginecólogo (fuera de los controles habituales), al observar que el tumor había crecido y que el pecho en cuestión se encontraba inflamado y duro. Se le practicaron nuevas pruebas, que de nuevo arrojaron un diagnóstico de normalidad, salvo porque en la mamografía se evidenciaron pequeñas calcificaciones, que de acuerdo con el criterio del médico de D^a. Encarna, no tenían aspecto de malignidad; prescribiéndole a la paciente un tratamiento de tres meses con antiinflamatorios y posterior revisión. Sin embargo, y a pesar de la terapia, el estado de la enferma no mejoró, por lo que tras nuevas actividades diagnósticas, se comprobó que las pequeñas calcificaciones no eran sino una metástasis del cáncer que se había localizado en el bulto que la paciente tenía en el pecho. Se programó una intervención de urgencia, junto con un tratamiento muy agresivo, pero D^a. Encarna falleció escasos meses después de que le fuese diagnosticado el cáncer de pecho.

Los familiares de D^a. Encarna consideraron que el fenecimiento de ésta fue como consecuencia de un error de diagnóstico reprochable. Su demanda fue estimada en primera instancia, pero revocada en apelación, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este supuesto de hecho y el anterior, presentan dos escenarios muy semejantes, en la medida en que versan sobre una enfermedad de largo desarrollo, como lo es el

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 ... *op. cit.*

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2004, Sala Primera, recurso 2650/1998, ponente González Poveda.

cáncer, que además arrojaba síntomas inequívocos, casi un año antes de que la paciente falleciese. Si bien es cierto que cabe la posibilidad de que en un primer momento el bulto que se encontró la enferma no fuese maligno, también lo es que cuando acudió nuevamente a su médico, porque éste había aumentado de tamaño y se le hallaron calcificaciones, el hecho de que éstas “aparentemente” no fuesen malignas, evidencia un claro error de diagnóstico; sobre todo porque se atentó contra la *lex artis*, al no comprobarse esa apreciación.

El error de diagnóstico y el nexo causal que lo conecta con el daño sufrido por la paciente (el fallecimiento), son más que evidentes, ya que no se adoptaron las medidas necesarias a fin de evitar el avance del carcinoma de la enferma, lo que provocó que éste fuese causando estragos en la salud de la misma de manera paulatina, sin que existiese ningún tipo de control. El Tribunal Supremo aboga por esta misma idea cuando afirma “En el presente caso, cabe calificar la conducta profesional del ginecólogo demandado como negligente, al no haber realizado todas las pruebas médicamente recomendadas para llegar a un diagnóstico correcto del padecimiento que presentaba su paciente. En primer lugar ha de señalarse que, ante la falta de traída a los autos por el demandado de la historia clínica de la enferma, para lo que fue requerido en fase probatoria, no puede tenerse por acreditada la realización por el propio demandado de ecografías al reconocer a aquélla. Si bien consta que el Dr. Carlos Ramón, en la primera consulta, realizó una punción-aspiración en la adenopatía axilar derecha, que dio como diagnóstico "negativo para células neoplásicas", tal punción fue realizada antes de conocer el resultado de la mamografía; a lo que debe añadirse que, de acuerdo con el informe pericial del Dr. Ramón, la prueba de punción de adenosis con aguja fina (PAAP) no ofrece el cien por cien de especificad (sic) y siempre debe predominar la sospecha clínica. (...) Ante la irregularidad de las microcalcificaciones detectadas en la primera mamografía realizada y la existencia de adenopatías en la axila derecha, el ginecólogo demandado debió de llevar un control más inmediato de la evolución del bulto axilar reiterando las pruebas citológicas o practicar la exéresis recomendada por la radiólogo, pues como señala el citado perito en su informe "la biopsia axilar no tiene porque relacionarse con un informe mamográfico (la mamografía no se utiliza para estudiar la axila), debe realizarse ante la sospecha clínica de un proceso maligno por persistencia de la adenopatía, cambio de textura o crecimiento de la misma sin causa que lo justifique" y si bien el grado de sospecha de la existencia de enfermedad maligna subyacente ante la apreciación de microcalcificaciones irregulares, debe ser el radiólogo

quien lo especifique, es evidente que en este caso existía tal sospecha en la Dra. María Cristina cuando, desde su primer informe, recomienda control y/o exéresis. En el caso, una conducta adecuada a la "lex artis ad hoc" exigía la realización de todas las pruebas necesarias para emitir un diagnóstico que hubiese descartado sin duda la existencia de un carcinoma o, detectado éste, lo hubiera sido en un estadio precoz que hubiera permitido un tratamiento que llevase a la curación de la enferma o a un periodo mayor de supervivencia. En conclusión ha de calificarse la conducta del demandado de negligente y determinante de que no se dispensase a la enferma un tratamiento de su dolencia en un estadio más precoz de su evolución de aquél en que lo fue.”⁸⁹ Volvemos a encontrarnos ante un caso similar al de la sentencia de 12 de septiembre de 2006 (paciente soldador con afección oftalmológica), en el que el primer diagnóstico no se modificó, a pesar de los cambios obrados en la paciente; algo que atenta contra la esencia misma de la actividad médica, que debe caracterizarse por su dinamismo⁹⁰.

(ii) Litigios en los que el daño no es reprochado.

7. La primera de las controversias de este bloque de litigios desestimados, es prácticamente idéntica al asunto que acabamos de estudiar, por lo que comprender qué motivó el cambio de opinión del juzgador, será de sumo interés. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007⁹¹, en la que a D^a. Luisa, en el año 1986, le fue detectada en una mamografía, una displasia fibroquística generalizada bilateral, que no mostraba síntomas de malignidad. No obstante, el médico le recomendó controles periódicos, por lo que fue sometida a un sinfín de mamografías, ecografías, palpaciones e incluso punciones. Todas las pruebas que le practicaban arrojaban resultados de normalidad, aunque nueve años más tarde de la primera consulta se detectaron una serie de calcificaciones alrededor del tumor, que una vez analizadas se supo que se trataba de un carcinoma ductal infiltrante. Tras este diagnóstico se actuó con rapidez y la paciente fue intervenida, para ser posteriormente tratada con radioterapia y quimioterapia, hasta que pudo ser dada de alta.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2004 ... *op. cit.*

⁹⁰ GALÁN CORTÉS se decanta por esta misma idea de la falta de dinamismo del diagnóstico, al comentar este mismo litigio. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica* ... *op. cit.*, página 179.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007, Sala Primera, recurso 1368/2000, ponente Xiol Ríos.

D^a. Luisa estima que no fue correctamente diagnosticada desde el primer momento y que ello obligó a que tuviese que someterse a una terapia agresiva, que podría haber sido más leve si se le hubiese detectado el cáncer desde un primer momento. La paciente vio sus pretensiones indemnizatorias admitidas en primera instancia, pero revocadas en apelación, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El asunto que nos ocupa es prácticamente igual al anterior, ya que en ambas resoluciones se trata de una paciente que tras varios años con un tumor, en principio benigno, éste se torna súbitamente maligno. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha adoptado distintas actitudes en una y otra controversia, por lo que es necesario hallar el punto divergente que lo justifique, que en este caso se traduce en una actuación concreta. Llegó un momento en la relación de hechos de ambos casos, en el que las dos pacientes presentaron calcificaciones, y aunque al diagnóstico de ambas se llegó por la misma vía, la actitud del médico hacia las mismas fue distinta. Mientras que en el caso reprochado las calcificaciones no fueron analizadas, en el supuesto que nos ocupa sí que lo fueron, y fue precisamente al estudiarse las mismas cuando se detectó su malignidad. Por ello precisamente, puede decirse que no existió ningún error de diagnóstico. La paciente fue correctamente diagnosticada cuando acudió a la primera visita, por haberse encontrado un bulto en un pecho. Éste fue examinado y no arrojó resultados de malignidad, como tampoco lo hizo en los nueve años siguientes, en los que los plazos de revisión no llegaron a relajarse. Fue precisamente por ello (a diferencia de lo que ocurrió en el litigio anterior), que cuando apareció un carcinoma, éste pudo ser hallado y tratado.

De las palabras del Alto Tribunal se desprende una idea prácticamente idéntica a la que se ha señalado, aunque éste se centre únicamente en el concepto de la *lex artis*, como elemento reinante en toda la actividad médica, y no tanto en la noción del error de diagnóstico. Concretamente apunta el juzgador "... aunque el fin perseguido por la actuación del médico es la curación del paciente, tal fin permanece fuera de la obligación del facultativo, por no poder garantizarlo, y el objeto de la obligación del médico es una actividad diligente y acomodada a la *lex artis*, en este caso en relación con la obligación de practicar las pruebas diagnósticas procedentes con arreglo a la ciencia médica (...) y administrar el correspondiente tratamiento. La actividad diagnóstica comporta riesgos de error que pueden mantenerse en ciertos casos dentro de los límites de lo tolerable. Existe, sin embargo, responsabilidad si para la emisión del

diagnóstico el médico no se ha servido en el momento oportuno, siendo posible, de todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica profesional, teniendo en cuenta las pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico con las que se facilita la concreción de la *lex artis* y la evolución y perfeccionamiento de los protocolos asistenciales (...) y valorando las circunstancias de cada caso para decidir la prestación de asistencia. Por ello, cuando se investiga un posible cáncer de mama, esta Sala ha apreciado responsabilidad cuando se omitió la realización de algunas pruebas exigidas por una conducta adecuada a la *lex artis ad hoc* que hubieran permitido descartar la existencia de un carcinoma o detectarlo en un estadio precoz con aumento de las posibilidades de curación o supervivencia (STS de 23 de septiembre de 2004). En el caso examinado no se advierte que la Sala de instancia infrinja esta doctrina cuando, en un examen de la prueba practicada, llega a la conclusión ... de que las pruebas diagnósticas fueron las correctas y se practicaron tempestivamente, dando lugar a la práctica del tratamiento posterior adecuado. El hecho de que la prueba anatomopatológica confirmase en definitiva el diagnóstico de malignidad respecto de un tumor ya avanzado no es suficiente para entender, conociendo a posteriori el curso completo de la enfermedad, que dicha prueba debió practicarse con anterioridad, en la etapa en que cabían diagnósticos diferenciales y las pruebas mamográficas en relación con una mama conflictiva no revelaban signos de malignidad”⁹².

Poco más puede añadirse a las afirmaciones del Tribunal Supremo, que se centran en la *lex artis* y la adecuación de la diagnosis en general, tal y como veníamos señalando líneas atrás⁹³.

8. La segunda resolución tiene de nuevo muchos puntos en común con la anterior, por lo que la comentaremos de forma breve. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2000⁹⁴, en la que D^a. Rocío, tras sufrir una serie de hemorragias, acudió a su ginecólogo, quien no halló nada llamativo; pero que por precaución, le pautó una serie de controles. Entre éstos se encontraba la práctica de

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007 ... *op. cit.*

⁹³ Línea doctrinal seguida por las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal de Supremo de 28 de septiembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 6234/2008, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010 (Sala Tercera, recurso 1282/2006, ponente Trillo Alonso), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 1637/2009, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2011 (Sala Tercera, recurso 3009/2006, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2012 (Sala Tercera, recurso 3585/2010, ponente Lecumberri Marti) y sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 676/2011, ponente Lecumberri Marti).

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2000, Sala Primera, recurso 2644/1995, ponente Villagómez Rodil.

una mamografía y una citología por punción, que por no tener carácter urgente, no le fueron realizadas hasta pasados tres meses desde la consulta. Fue precisamente cuando se recibieron los resultados de ambas pruebas, cuando se verificó que D^a. Rocío padecía una tumoración maligna en la mama izquierda, afección de la que fue intervenida con urgencia y tratada, siendo dada de alta de la misma.

D^a. Rocío estimó que fue incorrectamente diagnosticada en la primera ocasión en la que acudió a su ginecólogo y que éste no le localizó el cáncer que la aquejaba, algo que retrasó tres meses el tratamiento que debía recibir, por lo que requirió más sesiones de quimioterapia. A pesar de los esfuerzos de la paciente, su demanda fue desestimada en primera instancia y apelación, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Tal y como de los hechos se desprende, este caso tiene muchos puntos en común con el anterior, aunque la evolución de esta enfermedad fue más breve. Conviene comenzar el análisis con la afirmación de que efectivamente existió un error de diagnóstico, no en vano la paciente ya padecía cáncer en la primera visita, y a pesar de ello, éste no fue diagnosticado. Se trata de una dolencia que requiere exámenes minuciosos y que por lo tanto no puede detectarse en un simple reconocimiento médico. En sus primeros estadios, los síntomas que arrojaba D^a. Rocío no iban más allá de los de una simple hemorragia, por lo que aunque el médico decidió practicar pruebas concluyentes, éstas no eran urgentes, dado que se hacían más por precaución, que por necesidad. Aunque se erró en el diagnóstico preliminar, esta actuación no es objeto de indemnización, porque los síntomas no indicaban nada extraordinario en la paciente y aun así se decidió realizar las pruebas en cuestión. A este respecto es necesario añadir, que el daño supuestamente irrogado por el error de diagnóstico es inexistente, ya que el carcinoma se encontraba en un estado inicial cuando fue hallado, de lo que se desprende que esos tres meses de retraso no comprendieron graves secuelas para la paciente, ni dieron lugar a una modificación del tratamiento; prueba inequívoca de ello es que ésta consiguió recuperarse del cáncer. En esta misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo “La impugnación carece de elemental contenido razonador y se limita a sostener que el médico demandado no emitió diagnóstico acertado y conforme al conocimiento de los medios a emplear, por confundir la enfermedad cancerígena que afectaba a la paciente con una simple hemorragia, lo que careció de la correspondiente corroboración probatoria que era carga de la parte, pues los hechos probados, al no haber sido combatidos en forma, se imponen, han de ser respetados en casación, y

ponen de manifiesto que el facultativo observó una conducta profesional correcta, al haber diagnosticado y aconsejado a la enferma según lo que la misma le manifestó en cuanto antecedentes e incluso resultó actuación profesional previsoras al prescribirle la realización de una mamografía y citología por punción, practicada en el Hospital Gregorio Marañón que informó aconsejando una reevaluación del proceso después del tratamiento que se estimase conveniente, en un plazo no superior de dos a tres meses, por no descartarse correlación con patología neoplásica enmascarada en el área (sic). El doctor Rosendo demandado, conforme a lo probado, atendió a la interesada debidamente en el corto espacio de tiempo que aquella acudió a su consulta, la que simultaneó con la del doctor que posteriormente la intervino de un proceso tumoral maligno en la mama izquierda y que también la venía asistiendo con anterioridad”⁹⁵.

9. El último de los asuntos de este apartado es muy similar al anterior, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2008⁹⁶. En este caso D^a. María Pilar, con antecedentes de otitis derecha con episodios de dolor y pérdida de audición, fue examinada por el servicio de otorrinolaringología del hospital más cercano a su lugar de residencia, donde se le diagnosticó de parotiditis endémica, por lo que se le pautó un tratamiento con antibióticos y revisiones periódicas. Sin embargo, el estado de la paciente no mejoró como debía, por lo que se le sometió a nuevas pruebas (más concluyentes), en las que se detectó una adenopatía en región retroarticular. Al no remitir los síntomas, se le derivó a un cirujano, quien halló una tumoración a nivel de la glándula parótida derecha, que tras los obligados análisis, no arrojó síntomas de malignidad. A pesar de la modificación, no sólo del diagnóstico, sino también del tratamiento, el estado de la enferma seguía igual, hasta que en una nueva revisión del tumor, éste mostró los primeros signos de malignidad. Aunque D^a. María Pilar fue

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2000 ... *op. cit.* Por ser prácticamente idéntica a la controversia ahora estudiada, hemos relegado la siguiente resolución a una nota a pie, a fin de evitar un examen reiterativo, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2006 (Sala Primera, recurso 2626/1999, ponente Seijas Quintana; resolución mencionada en el capítulo conceptual). En este litigio un paciente que padecía diabetes, fue diagnosticado de cáncer de próstata tras un seguimiento de cuatro meses, que arrojaba resultados negativos. A pesar de que tras el diagnóstico definitivo se actuó con rapidez, el paciente acabó falleciendo, ya que se trataba de una persona de avanzada edad. No obstante, se consideró que el error de diagnóstico era excusable porque todas las actuaciones desplegadas fueron correctas y porque los síntomas iniciales no evidenciaban un posible carcinoma, a lo que conviene añadir, que el tiempo de demora en nada tuvo que ver con la evolución de la enfermedad. Sigue esta misma línea la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005 (Sala Tercera, recurso 6009/2001, ponente Puente Prieto) por la cual un paciente con cáncer gástrico fue diagnosticado de úlcera, dado que los síntomas que arrojaba no eran propios de un cáncer. No obstante, para cuando éste fue detectable, se encontraba muy avanzado, falleciendo el enfermo a causa del mismo.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2008, Sala Tercera, recurso 4107/2004, ponente Robles Fernández. Resolución mencionada en el capítulo conceptual.

intervenida de manera urgente, ésta falleció tras sufrir un episodio de metástasis, un año después.

Los familiares de D^a. María Pilar consideraron que ésta fue víctima de un error de diagnóstico inexcusable. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Las circunstancias de este supuesto son claras, una paciente con una enfermedad de largo desarrollo, ya que llevaba años con molestias y dolor en los oídos, es diagnosticada de cáncer tardíamente, por confundirse éste con otras dolencias. De nuevo se trataría del escenario perfecto para el error de diagnóstico, a pesar de lo cual el caso no es reprochado, basándose esta resolución en una cuestión muy sencilla: la falta de evidencias cancerígenas en la enferma. D^a María Pilar fue sometida a múltiples pruebas de forma periódica, así como a diferentes tratamientos. Si bien éstos no arrojaban resultados positivos, lo cierto es que las actividades diagnósticas que le fueron practicadas (que fueron muchas y de gran precisión), en ningún momento detectaron el cáncer que acabó con su vida. Se trató de un cáncer de imposible localización con los medios existentes en el momento de los hechos, en virtud de lo cual no pudo ser tratado, por lo que el error de diagnóstico sería excusable. El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma idea cuando afirma “Los diagnósticos emitidos se establecieron en función de la sintomatología presentada por la paciente en relación con sus antecedentes -otitis derecha con episodios de dolor y pérdida de audición-. Así, en un primer momento (mayo de 1.998) se diagnosticó "otitis" y se pautó tratamiento antibiótico y antiinflamatorio, y después (junio 1.998) se diagnosticó "diagnóstico de sospecha- "parotiditis", pautándose también tratamiento antibiótico. A partir de este momento, y ante la ausencia de mejoría efectiva, se derivó a la Sra. María del Pilar al Servicio de Otorrinolaringología para estudio hospitalario, con la impresión diagnóstica de “quiste retroarticular y ganglio submaxilar" que no cedían al tratamiento. Es entonces, en el mes de agosto, cuando se realizan pruebas complementarias -ECO de parótida- que orientan el diagnóstico. Por tanto, el hecho de que en un primer momento se instaurase un tratamiento conservador, en función de los síntomas y antecedentes presentados, y no se sospechase la verdadera etiología del mal que aquejaba a la paciente, adoptándose secuencialmente medidas terapéuticas correctoras, no puede considerarse que constituya incorrecta praxis médica”⁹⁷.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2008 ... *op. cit.*

La claridad del litigio que nos ocupa, así como su semejanza con asuntos anteriores, parecen hacer innecesaria una explicación añadida⁹⁸.

c) El error de diagnóstico y la incidencia de los síntomas confusos.

En este apartado se estudiarán asuntos en los que la sintomatología que arroja el paciente, como principal elemento de diagnóstico, es contradictoria o confusa; hasta el punto de desviar la atención del equipo médico hacia otra enfermedad, que realmente no padece.

(i) Supuestos en los que el daño es reprochado.

1. La primera de las resoluciones de este grupo es la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2005⁹⁹, en la que D^a. Luz sufrió un traumatismo en el tobillo derecho a fecha de 28 de julio y el día 8 de agosto, ante las molestias que aparecieron (parestesias y frialdad en los dedos), acudió a su médico de cabecera, que la trasladó al servicio de urgencias más cercano, por sospecha de una posible isquemia. Allí se le diagnosticó de un simple esguince, manteniéndose esta diagnosis hasta el 16 de agosto, fecha en la que la paciente volvió a acudir al servicio de urgencias, por persistencia de los síntomas. Días más tarde de esta última asistencia, el 25 de agosto, es visitada de nuevo por su médico de cabecera, quien no ceja en su diagnóstico de posible isquemia, por lo que la vuelve a remitir a urgencias, donde es atendida por el cirujano de guardia, que al observar la ausencia de pulsos distales e isquemia subaguda del pie derecho, la remite a otro hospital cercano, para ser diagnosticada de manera correcta. Tras confirmarse la valoración de este último médico (y el presentimiento del médico de cabecera), a D^a. Luz se le practicaron tres intervenciones a fin de evitar una amputación, a la que finalmente tuvo que acudir, por no mejorar el estado de su pie.

La paciente consideró que fue víctima de un error de diagnóstico indemnizable, ya que de haberse actuado de manera correcta desde un principio, atendiéndose a la

⁹⁸ Idéntica dinámica es la que sigue la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005 (Sala Tercera, recurso 435/2004, ponente Puente Prieto). En este asunto una paciente que acusaba severos dolores abdominales, sufrió un corto peregrinar médico, por la imposibilidad de encontrar un diagnóstico acertado. El tumor cancerígeno que le aquejaba no arrojó resultados de malignidad desde un primer momento, sino que lo hizo cuando ya se encontraba en un estadio más avanzado, requiriéndose un tratamiento más agresivo.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2005, Sala Tercera, recurso 5139/2001, ponente Martínez – Vares García.

sospecha de su médico, probablemente se podría haber evitado la amputación. Su demanda fue parcialmente estimada en instancias inferiores, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La controversia que nos ocupa no tiene mucha complejidad, dado que el error de diagnóstico es prácticamente indiscutible, a pesar de que los síntomas podían provocar cierta confusión. Una paciente que sufrió un traumatismo importante en un pie, acudió a su médico, no tanto por el dolor que éste le provocaba, sino alarmada por las posibles consecuencias que la contusión podía entrañar. Fue correctamente diagnosticada desde un primer momento por su médico de cabecera, que por sospecha de una posible isquemia, la remitió al hospital más cercano. El problema con el diagnóstico comenzó en el servicio de urgencias, donde su dolencia fue tratada como un esguince (en dos visitas), algo que provocó un daño irreparable a la paciente, ya que para cuando fue hallada la isquemia, había pasado casi un mes.

La relación de hechos de este litigio conforma la definición misma del error de diagnóstico inexcusable, tal y como de las palabras del Tribunal Supremo parece poder deducirse “Si por el contrario se hubiera producido el diagnóstico correcto en el momento oportuno es imposible predecir cuál hubiera sido el resultado final y si las consecuencias hubieran sido las mismas u otras bien distintas, pero lo que, sin duda, es seguro, es que la recurrente hubiera tenido más oportunidades de salvar su pierna que en el momento en que se produjo el diagnóstico, transcurrido un tiempo excesivo desde que se conocieron los síntomas que por dos veces hicieron sospechar al médico de cabecera que estaba ante un proceso de isquemia que debía ser confirmado o descartado, y, sí como sospechaba existía, tratado de modo eficaz”¹⁰⁰.

Conviene diferenciar las dos actuaciones médicas. Por un lado está la del médico de cabecera de la paciente, quien sospechó desde un primer momento que lo que presentaba la enferma era una posible isquemia, de forma que su actividad fue intachable, no concurriendo error de diagnóstico alguno. Esto no ocurre en la atención que recibió D^a. Luz en urgencias, donde sí que existe un error de diagnóstico inexcusable, porque el acto médico desplegado atentó contra los principios básicos de la *lex artis*, al no realizarse ninguna comprobación para descartar la hipótesis de su compañero de profesión¹⁰¹.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2005 ... *op. cit.*

¹⁰¹ Sobre un asunto muy similar se pronuncia LÓPEZ – MUÑÓN y LARRAZ, en el que destaca la incidencia de la penuria de las actuaciones, afirmando que un mayor despliegue de medios hubiese evitado, muy

2. La segunda de las controversias sigue una línea parecida a la del caso anterior, con la excepción de que tuvo un desarrollo más corto, por la naturaleza de la lesión que se trataba, hablamos de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002¹⁰². En este asunto D^a. Cecilia fue diagnosticada de “tercer y cuarto dedo de la mano derecha en resorte”, lesión por la que tuvo que someterse a una operación, ya que los tratamientos conservadores no conseguían evolución positiva alguna. A pesar de ésta, la paciente no mejoró y siguió acusando dolores que motivaron una segunda cirugía, en la que se halló el verdadero motivo de las molestias que padecía: un quiste sinovial flexor en el tercer dedo de la mano derecha. A pesar de esta segunda intervención, D^a. Celia seguía padeciendo dolores, por lo que se sometió a una nueva actividad diagnóstica, que detectó una alteración en la conducción sensitiva distal del cubital derecho. Dicha afección comenzó a ser tratada con fármacos, pero la falta de mejoría hizo necesaria una terapia quirúrgica, en la que se apreció un neuroma por sección del colateral cubital del tercer dedo de la falange próxima y una neurolisis integral del colateral radial atrapado en palma, de las cuales probablemente la primera lesión tuviese origen quirúrgico.

posiblemente, daños como los sufridos por esta paciente “Se trata de una sentencia ejemplar, que analiza cuidadosamente toda la copiosa y compleja documentación médica contenida en la causa y, a la vista de la misma, asumiendo plenamente la instancia revisora, desecha la declaración de <<Hechos Probados>> de la sentencia de instancia y produce una nueva relación histórica mucho más plena, ilustrativa y rica en datos, que sirve de premisa mayor para extraer unas consideraciones jurídicas que obligan a la revocación de la sentencia absolutoria y a apreciar una evidente y grave falta de <<prestación de medios exploratorios>> por parte de traumatólogo y jefe de UVI del Hospital de San Juan en Alicante, aparte de una muy tardía e ineficaz respuesta ante la evidencia <<isquemia y subsiguiente necrosis irreversible>> que sufrió el joven paciente en su extremidad inferior derecha>>. El <<error sanitario>> en este caso es patente gracias a la apelación articulada contra la sentencia absolutoria, exquisitamente estudiada y razonada por la Sección Primera de la Audiencia provincial de Alicante, la Justicia fue alcanzada”. LÓPEZ – MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *El error sanitario ... op. cit.*, página 76. En esta misma línea, y respecto de una relación fáctica similar, se pronuncia RETUERTO BUADES al afirmar “El Tribunal considera que *existió por parte del traumatólogo una infracción del deber objetivo de cuidado*, como consecuencia de no ordenar el tratamiento adecuado ante los signos visibles de empeoramiento del paciente no obstante los requerimientos que le fueron hechos al traumatólogo por las enfermeras y los médicos pediatras del mismo hospital. Tampoco se aparta aquí el Tribunal de su clásica doctrina, que castiga la imprudencia como manifestación del desinterés, el descuido y la falta de atención”. RETUERTO BUADES, Margarita, “Responsabilidad”, en DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo (Coordinador), *Responsabilidad legal del profesional sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2000, pps. 169 a 283, página 227. Siguen esta misma idea las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2010 (Sala Tercera, recurso 2302/2008, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 863/2008, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo 14 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 4475/2007, Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011 (Sala Tercera, recurso 1935/2009, ponente Lecumberri Marti) y sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2012 (Sala Tercera, recurso 2755/2010, ponente Menéndez Pérez).

¹⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002, Sala Tercera, recurso 3865/2001, ponente González Navarro.

Como consecuencia de las múltiples operaciones a las que fue sometida D^a. Celia, la paciente vio incrementada su lesión inicial y disminuida la movilidad de la mano intervenida. La demanda de D^a. Celia fue estimada en primera instancia, pero revocada en apelación, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El asunto que nos ocupa tiene ciertas semejanzas con el supuesto anterior. Una paciente había sido diagnosticada de una primera lesión, que compartía ciertos síntomas con la que se descubrió que realmente padecía, lo que provocó que D^a. Cecilia fuese sometida a un peregrinar médico, que se traduce en tres intervenciones y múltiples terapias conservadoras. Sin embargo, el daño no se limita a este desgaste que sufrió la enferma, sino que en el curso de una de las cirugías se le causó una lesión mayor, de la que nuevamente tuvo que ser operada.

El error de diagnóstico que nos ocupa se produce por la semejanza de síntomas entre la enfermedad que en un principio se le diagnosticó a D^a. Celia y la que realmente padecía. Este conjunto de “síntomas confusos” provocaron el equívoco, que de acuerdo con las palabras del Tribunal Supremo es inexcusable, probablemente porque a la paciente se le practicaron varias cirugías, en las que se tenía que haber detectado el verdadero problema, y en lugar de ello se mantuvo el desacertado diagnóstico inicial. A este hecho conviene sumar el elemento añadido, de que en el curso de tantas operaciones, no sólo no se mejoró el estado inicial de la mano de la paciente, sino que éste empeoró, al provocarse una segunda lesión. Son precisamente ambos ingredientes, la naturaleza inexcusable del error de diagnóstico y el daño añadido, los que hacen reprochable este supuesto.

Aunque sería de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo a este respecto, lo cierto es que esto no es posible, al centrarse la argumentación de la casación únicamente en materia procesal.

3. El tercero de los casos a analizar, y la última de las resoluciones estimadas, es la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2004¹⁰³, un litigio en el que D^a. Mariana, que había padecido cáncer de colon años atrás, se palpó un bulto en la ingle, por lo que acudió a la consulta de su médico, a fin de comprobar a qué se debía. Dado que carecía de otros síntomas que hiciesen pensar que se trataba de algo más grave, fue diagnosticada de una hernia inguinal, pautándose su extirpación. Sin embargo, cuando ésta se practicó, se observó que se no trataba de una hernia, sino de una masa cancerosa;

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2004, Sala Tercera, recurso 7286/2000, ponente Martínez – Vares García.

probablemente una metástasis del cáncer de colon que había padecido con anterioridad. Dado que se habían perdido varios meses de tratamiento, la paciente requirió una práctica quirúrgica rápida y un tratamiento más agresivo.

En virtud de lo antedicho, D^a. Mariana pretendió el resarcimiento del daño sufrido, viendo sus pretensiones inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque esta resolución es bastante similar a las anteriores, cuenta con un elemento añadido que hace inexcusable el error de diagnóstico: la enfermedad que la paciente había padecido con carácter previo. La enferma había sufrido un cáncer de colon, que a pesar de que estaba superado, debería haber hecho al médico tomar en consideración cualquier síntoma o bulto que pudiese presentársele, ya que podría estar relacionado con el cáncer. A pesar de todo ello, éste se guió por la errónea idea de que podía tratarse de una hernia inguinal, probablemente porque era la razón de ser más habitual para este tipo de evidencias (un bulto en la ingle). En cualquier otro supuesto quizás el error no sería objeto de indemnización, pero en éste, dadas las circunstancias de la paciente, es inexcusable.

Como consecuencia del error de diagnóstico, D^a. Mariana se vio en la necesidad de sufrir una intervención inútil, ya que fue necesaria una cirugía a los efectos de extirpar la supuesta hernia, la cual no se extrajo, dado que se encontraron con un tumor; siendo indispensable una segunda operación. Sin ser esto suficiente, ésta tuvo que ser sometida a un tratamiento mucho más agresivo de lo habitual, por el tiempo perdido. De una opinión similar se muestra el Tribunal Supremo al afirmar “La conclusión que obtiene la Sala es que, efectivamente, así ocurrió; que ello es así resulta del examen de la amplia documentación que existe en el expediente, y, en particular, de la que la demandante señaló en sus escritos de demanda, haciendo referencia a los números de los folios en los que aquélla se hallaba. Y no es suficiente para desvirtuar esta conclusión decir, como hizo la Sentencia, que algunos de esos documentos eran simples recetas que nada acreditaban ni sobre la enfermedad padecida, ni sobre el defectuoso tratamiento médico supuestamente recibido, o, que eran informes de servicios de urgencias. Comparando esos informes con las fechas en las que las visitas tanto a los servicios de urgencia como a los centros de salud tenían lugar, resulta patente que las dolencias a las que se refería la paciente, como dolores a la ingesta que habían aparecido hacia tiempo y acerca de los que se había quejado, y se habían intensificado progresivamente, hubieran aconsejado otra actividad por parte del servicio público de

salud distinta de la dispensación de analgésicos o análisis clínicos que nada podían aportar más allá de estados de normalidad propios del nivel básico en que se producían”¹⁰⁴.

(ii) Supuestos en los que el daño no es reprochado.

4. El primero de los litigios desestimados es probablemente uno de los más llamativos de este subapartado de errores diagnósticos provocados por síntomas indeterminados, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2001¹⁰⁵. En este asunto un menor de escasos dos meses de edad fue llevado por sus padres al centro de asistencia primaria de su localidad, por presentar éste cierto malestar. Fueron atendidos por una médico que sustituía a la pediatra habitual y que carecía de dicha especialidad, no obstante ésta examinó al menor con ahínco, diagnosticándole un simple resfriado y recomendándole tratamientos muy livianos, dada su edad. Tres días después de la consulta el niño fallecía de una neumonía bilateral, que fue confundida con un resfriado, que podía haber sido detectada con una radiografía, que no se practicó porque se encontraba desaconsejada para el paciente, ya que era lactante.

Los padres del menor consideraron que éste falleció por un error de diagnóstico indemnizable, al no haber sido su hijo atendido por un médico especializado en pediatría, así como porque el despliegue de medios no fue el suficiente, al no practicársele una radiografía. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas tanto en primera instancia como en apelación, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este caso es similar a los anteriores, dado que cuenta con elementos comunes, como la dificultad propia de los síntomas que dieron lugar a un diagnóstico erróneo. Sin embargo, el Tribunal Supremo rompe la doctrina que seguía y considera que en este asunto el daño no es indemnizable. Justifica esta cuestión en un razón muy sencilla: la actividad desplegada por la médico que atendió al lactante fue correcta hasta su último extremo, incluso cuando decidió no practicar una radiografía de tórax. El menor no presentaba, además del malestar, ningún síntoma que fuese más propio de una

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2004 ... *op. cit.*

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2001, Sala Primera, recurso 35/1996, ponente Marín Castán. Resolución también analizada desde la perspectiva de las deficiencias asistenciales, en el capítulo correspondiente.

neumonía que de un simple resfriado, por lo que someterlo a una radiación innecesaria, dada su edad, era contraproducente. A esta premisa conviene añadir el hecho de que la neumonía bilateral que aquejaba al neonato era de tal agresividad, que aun habiéndose diagnosticado el mismo día que fue llevado al pediatra, difícilmente hubiese podido hacerse algo por su vida.

El factor clave del asunto que nos ocupa se encuentra en la dificultad propia de los síntomas que presentaba el enfermo, que en absoluto indicaban que lo que éste padecía pudiese ser algo más que un simple resfriado, y mucho menos una neumonía bilateral. El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma idea al apuntar “Pues bien, de lo antedicho se desprende que el motivo ha de ser desestimado porque, aun cuando la demandada que atendió al niño no fuera pediatra, de los hechos declarados probados se desprende que tanto el diagnóstico como el tratamiento prescrito fueron los adecuados en función de los síntomas que el paciente presentaba, síntomas que la propia demandante se limita a explicar como un "cierto malestar", que se correspondían con los propios de un resfriado común, que desaconsejaban la radiografía de tórax al tratarse de un lactante y, sobre todo, que no empeoraron durante los días transcurridos entre la consulta y el fallecimiento del niño, hasta el punto de quedar falto de prueba el propio nexo causal entre servicio sanitario y resultado dañoso, ya que tampoco se ha determinado con certeza el origen de la insuficiencia respiratoria causante de la muerte”¹⁰⁶.

Las palabras del juzgador son claras, cualquier actividad diagnóstica con rayos X era contraria a la *lex artis*, por encontrarse desaconsejaba para lactantes, salvo casos necesarios. Si este supuesto no fue considerado uno de éstos, fue porque realmente los síntomas no lo indicaban¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2001 ... *op. cit.*

¹⁰⁷ Al hilo de esta cuestión de los síntomas confusos o que provocan conclusiones erróneas, se pronuncia notablemente RETUERTO BUADES, al recordarnos que el error de diagnóstico, no es por sí mismo reprochable, salvo en supuestos excepcionales, que no son otros que los anteriormente observados, esto es, casos en los que la equivocación es inexplicable o fruto de una negligencia evidente. Respecto de un supuesto especialmente complicado, en el que los síntomas eran muy confusos, llegando a provocar hasta seis diagnósticos distintos, esta autora afirma “Con ello el Tribunal absuelve por su convencimiento de encontrarse ante un caso de extraordinaria dificultad en el diagnóstico en el que la sintomatología de la enferma fue variando en los sucesivos ingresos hospitalarios y en el que, en último término, se produjeron determinadas secuelas por un comprensible error del diagnóstico inicial. Se habían emitido en el procedimiento al menos seis informes médicos en los que no hubo acuerdo sobre la verdadera causa de la situación de la enferma pero sí en cambio se expresó unánimemente la extrema rareza del padecimiento y la suma dificultad del diagnóstico, únicamente detectable mediante una arteriografía medular a cuya prueba en ningún momento fue sometida la paciente, prueba, además, que por su complicación, riesgos y lejana vinculación con la sintomatología presentada en el ingreso puede afirmarse que ningún médico había prescrito en la ocasión de referencia”. RETUERTO BUADES, Margarita, “ Responsabilidad”, en DE

5. La segunda de las controversias sigue una línea similar a la del asunto anteriormente analizado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007¹⁰⁸, en la que D^a. Margarita, una mujer joven, acudió al servicio de urgencia más cercano a su localidad de residencia, por haber sufrido un traumatismo en un tobillo practicando fútbol. Una vez examinada, no se encontró nada más que el dolor derivado del golpe y un hematoma, es decir, no había ninguna lesión. Diez días después de su primer ingreso, la paciente falleció a consecuencia de una trombosis, que probablemente tuvo su origen en el hematoma que sufrió en el tobillo.

La familia de D^a. Margarita aduce, que al observarse el hematoma en la pierna de la paciente, no se indagó más y no se le practicaron pruebas concluyentes, como por ejemplo un doppler; por lo que se produjo un error de diagnóstico que acabó con la vida de la paciente. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en primera instancia y en apelación, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Las circunstancias del supuesto son bastante sencillas, una paciente joven acude a un servicio de urgencias con dolor por un traumatismo y fallece días después de dicha atención, a causa de un trombo. La falta de reproche de este litigio es más clara que en

LORENZO Y MONTERO, Ricardo (Coordinador), *Responsabilidad legal del profesional sanitario ... op. cit.*, página 228. De igual manera, y en una línea prácticamente idéntica sobre la punibilidad de los errores de diagnóstico, se pronuncia RODRÍGUEZ LÓPEZ cuando señala “Que, por regla general, el error en el diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable”. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Bosch, Barcelona, 2004, página 187. Por esta misma línea aboga el Tribunal Supremo en las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2010 (Sala Tercera, recurso 3595/2005, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2010 (Sala Tercera, recurso 6574/2005, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2010 (Sala Tercera, recurso 1285/2008, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2010 (Sala Primera, recurso 2318/2005, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010 (Sala Tercera, recurso 1760/2008, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 (Sala Tercera, recurso 6611/2005, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2010 (Sala Primera, recurso 428/2006, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 440/2009, Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2011 (Sala Tercera, recurso 4634/2006, ponente Trillo Alonso), sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2011 (Sala Tercera, recurso 1882/2009, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2011 (Sala Tercera, recurso 3258/2009, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2011 (Sala Tercera, recurso 5391/2006, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 5626/2006, ponente Marti García), sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 6372/2009, ponente Marti García), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011 (Sala Tercera, recurso 3903/2007, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2011 (Sala Tercera, recurso 5528/2009, ponente Marti García) y sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 6801/2010, ponente Lecumberri Marti).

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007, Sala Primera, recurso 4278/1999, ponente Sierra Gil de la Cuesta.

el anterior, no en vano no es habitual practicar una prueba vascular a una mujer joven que acude al servicio de urgencias por un golpe en una pierna, y que presenta un hematoma precisamente por eso. Es más, no es extraño señalar, que podría ser habitual una confusión así, un dolor en una zona que ha sufrido una contusión, sobre todo tras una serie de pruebas exhaustivas, que en absoluto apuntaban a un posible accidente vascular y mucho menos en una mujer joven y sin antecedentes.

La *lex artis* se observa en todas las actividades diagnósticas desarrolladas, siendo los síntomas cuanto menos equívocos y susceptibles de generar una confusión. Esta controversia suscita además un debate, si la petición de la familia es consecuente, esto es, que por precaución la paciente fuese sometida a una prueba vascular, a pesar de que acudiese al centro sanitario por un golpe. La respuesta a esta cuestión debe ser negativa. La atención que recibió la paciente fue correcta, pues todo apuntaba a que las molestias que padecía tuviesen como causa directa el traumatismo que acababa de recibir. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo "... en el momento del reconocimiento médico por ella efectuado, el 21 de febrero de 1995, existiera la mencionada trombosis, y por otro, que había una gran dificultad en su diagnóstico, al poder enmascararse sus síntomas con otros de origen traumático, como ocurre en este caso, en que había recibido una patada en el tobillo, jugando al fútbol, a lo que añade la sentencia de segunda instancia que el paciente era una persona joven, sana y deportista, que ni se encontraba en los grupos de riesgo, ni presentaba signo alguno de "Trombosis Venosa Profunda", cuales son la alteración de la temperatura del miembro, el cambio de coloración del mismo o la cianosis, como resulta del informe pericial, significando que la "lex artis" no exigía la petición de informes a especialistas vasculares, ni mayores pruebas, puesto que el "doppler", "no es de utilidad por su escasa fiabilidad, por el elevado porcentaje de resultados negativos que presenta"¹⁰⁹.

Tan sólo queda destacar lo desmedido de la petición de los familiares de la paciente, al solicitar pruebas vasculares ante un cuadro traumático. Esta opción sanitaria es inviable, ya que consiste en extremar la actividad médica de forma exagerada, algo que es contraproducente, incluso para el propio paciente¹¹⁰.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007 ... *op. cit.*

¹¹⁰ Prácticamente idéntica es la siguiente de las resoluciones, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005 (Sala Tercera, recurso 4298/2011, ponente Lecumberri Marti) que por las características en común que presenta con el litigio ahora estudiado, no parece conveniente un examen individualizado del mismo. En este asunto una paciente que acudió a su médico por dolor de garganta y que fue diagnosticada de amigdalitis, falleció escasos días después de iniciarse el tratamiento

6. El siguiente asunto que estudiaremos sigue una tónica distinta, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009¹¹¹, en la que D^a. Clemencia tuvo que ser sometida a una cesárea de urgencia, porque el parto no evolucionaba como debía y se empezaba a temer por la vida del feto. Al practicarse la misma se permitió que tanto la madre como el recién nacido sobreviviesen al alumbramiento. Sin embargo, tras ésta la paciente no mejoraba como era habitual, sufría de fiebre, así como de molestias continuas; lo que hizo que los médicos sospechasen de algún tipo de infección en la sutura, por lo que se comenzó un tratamiento con antibióticos. A pesar de ello, no se consiguió mejorar el estado de la enferma, hasta que se encontró el origen del malestar de ésta, seis días después de la práctica de la cesárea: endometritis puerperal post-cesárea, para cuyo tratamiento fue necesaria una histerectomía radical.

Considera D^a. Clemencia, que fue víctima de un error de diagnóstico inexcusable cuando comenzó a sufrir los primeros síntomas de infección, lo que llevó a que ésta tuviese que ser tratada de manera radical. No obstante lo señalado, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

De las circunstancias del caso que nos ocupa se desprende que este litigio no es igual que los anteriormente analizados, sino que tiene ciertos matices que lo diferencian. Tras la práctica de la cesárea el estado de la enferma evolucionaba de manera negativa, por lo que se barajó una muy posible infección menor, dado que no tenía fiebre muy alta y su malestar era moderado. Precisamente por esta circunstancia, se optó por una actitud expectante, y al comprobarse que pasada una semana desde la cesárea el estado de la mujer no mejoraba a pesar de la medicación, se comenzó a barajar que se tratase de una infección mas grave.

Ningún síntoma apuntaba hacia la dirección de la patología que aquejaba a la paciente, por lo que su tratamiento se ralentizó en el tiempo. Es lógico pensar que la primera opción a adoptar no fuese la histerectomía, ya que dada su gravedad, era preferible un tratamiento conservador, por lo que no puede observarse un error de diagnóstico inexcusable. En esta misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo “Por el contrario la Sala examinó la pericia existente que, además, coincidía con los informes

conservador, por una sepsis de origen amigdalár. Ningún síntoma de la enferma apuntaba a una posible dolencia como la que realmente padecía. Se trata de otro error de diagnóstico excusable.

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009, Sala Tercera, recurso 349/2008, ponente Martínez – Vares García.

emitidos en el expediente, y llegó a la conclusión de que se detectó la infección que se generó a consecuencia de la intervención quirúrgica necesaria y que se produjo por el ascenso de gérmenes a través de la vagina y por el útero, que se trató adecuadamente la endometritis sin que el resultado fuese el esperado, que se efectuó un legrado evacuador y que, finalmente, hubo de practicarse la histerectomía con las consecuencias de ella derivadas. En definitiva la asistencia sanitaria se prestó conforme a la *lex artis* por lo que el motivo y con el recurso deben desestimarse”¹¹².

De las palabras del juzgador se desprende la naturaleza del error de diagnóstico sufrido, así como también la improcedencia de su indemnización, dadas las circunstancias del caso¹¹³.

7. El penúltimo de los litigios tiene una relación de hechos casi idéntica al anterior, al caracterizarse la afección que aquejó al paciente por ser una complicación poco frecuente, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2005¹¹⁴. En este litigio D. Jose Augusto se sometió a una extracción de la pieza molar número 47, surgiendo algunas complicaciones en esta pequeña cirugía, al romperse la muela en varios fragmentos, algo que se materializó en que tres días después de la intervención, el paciente seguía acusando dolores pulsátiles en la zona, que irradiaban hacia la cabeza. Ante estos síntomas se inició un tratamiento farmacológico, a pesar del cual el estado de D. Jose Augusto no mejoró, hasta el punto de llegar a perder el conocimiento en su domicilio. Tras ese hecho fue trasladado a un hospital, donde fue diagnosticado de absceso de suelo de la boca, iniciándose una terapia paliativa. Ahora bien, su estado siguió empeorando, hasta el punto de sufrir una crisis respiratoria que requirió de la práctica de una traqueotomía. A pesar de que el paciente pudo superar esta situación de urgencia, su estado era grave y algunos de los cultivos virales que le fueron practicados arrojaron resultados positivos, por lo que le fue nuevamente

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009 ... *op. cit.*

¹¹³ Sigue una dinámica similar la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2006 (Sala Tercera, recurso 2777/2001, ponente Lecumberri Marti), por lo que no procede un análisis exhaustivo, ya que sería repetitivo. Se trata de un paciente que presentaba una tumoración en la zona renal, que sin embargo no era maligno. No obstante, se decidió su extracción a fin de evitar una evolución negativa, preparándose una cirugía sencilla, que se complicó, al estar la masa quística adherida a planos suprarrenales, por lo que fue necesaria una esplenectomía de urgencia, que no logró mejorar el estado del paciente, falleciendo éste de un fallo multiorgánico provocado por una sepsis. La razón de ser de su muerte se encuentra en que el tumor era aparentemente sencillo de extirpar, pero se encontraba enraizado a niveles que se desconocían, por lo que en el curso de la intervención se provocaron graves lesiones al paciente. No se trataría de un error de diagnóstico objeto de reproche, porque realmente no existía forma de conocer la gravedad de la situación del enfermo hasta que se intentase la extracción del quiste renal en cuestión.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2005, Sala Primera, recurso 1557/1999, ponente Seijas Quintana. Resolución también analizada desde la perspectiva del daño desproporcionado, en el capítulo correspondiente.

modificado el tratamiento, hasta el punto de tener que someterlo a una nueva operación, dado el grado de infección que padecía D. Jose Augusto; ya que se había llegado a presentar un *shock* séptico. Finalmente, consiguió diagnosticársele de una angina de Ludwig e iniciarse el tratamiento correspondiente, a pesar de lo cual, le restó una importante parálisis en la lengua.

D. Jose Augusto consideró que en su diagnóstico y tratamiento se cometieron una serie de errores imperdonables, que le llevaron a requerir incluso dos intervenciones, derivando de las mismas graves daños. Las pretensiones indemnizatorias del paciente fueron parcialmente admitidas en primera instancia, siendo inadmitidas en apelación, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El presente asunto es más complejo que los anteriores, no en vano se trata de un daño derivado de una actividad quirúrgica menor, como lo es la extracción de una muela. Un paciente se encuentra aquejado de una extraña dolencia, propia del acto médico al que fue sometido, que no sólo no es diagnosticada a la luz de los primeros síntomas, sino que el enfermo llega incluso a necesitar dos operaciones, debido a que la angina de Ludwig que padecía no fue detectada desde un primer momento. En este punto concreto parece conveniente que nos preguntemos por qué el Tribunal Supremo adopta la decisión de no reprobador un supuesto tan llamativo como éste. La explicación es sencilla: la improbabilidad de la angina de Ludwig. Realmente no se trató de un error de diagnóstico indemnizable por una razón muy sencilla, y es que lo habitual no era precisamente que D. Jose Augusto sufriese una patología semejante, dado su carácter remoto. Se consideró que se trataba de una simple infección, ya que los síntomas que arrojaba el paciente, incluso encontrándose en los estadios más graves de la enfermedad, llevaban a esa conclusión. Si sumamos a esta premisa el hecho de que el enfermo fue correctamente atendido y que le fueron practicadas todas las pruebas necesarias, no cabe reproche alguno. El Tribunal Supremo se pronuncia de una manera prácticamente idéntica “Como señala la sentencia de 23 de septiembre 2004, atribuido al médico demandado un error de diagnóstico, éste viene constituido por el conjunto de actos médicos que tiene por finalidad constatar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad que sufre el enfermo; de ahí que se considere ésta la primera actuación del médico y la más importante fue su tratamiento ulterior dependerán del diagnóstico previo, de tal forma que a fin de exigir responsabilidad por un diagnóstico erróneo o equivocado, ha de partirse de si el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitirlo; razón

por la cual, realizadas todas las comprobaciones necesarias, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad a unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que nos hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. Y es la controversia que la valoración probatoria de la resolución recurrida no permite sentar el Dr. Luis Andrés equivocara un diagnóstico que sólo se conoce a partir de la conclusión del proceso evolutivo del paciente. Lo cierto es que se trata de un proceso infrecuente, como dice el médico forense y que la angina de Ludwig es posterior al momento de su ingreso en el centro hospitalario, momento este en el que fue diagnosticado un "absceso de suelo de lengua", diferencian a del anterior por rasgos clínicos al constituir la fase inicial de un proceso infeccioso que más tarde puede evolucionar a su forma más agresiva, y en el que las diferencias anatómicas y por tanto su repercusión clínica pueden no ser claras, según el informe del perito judicial, que confirma el resto de la prueba, que la sentencia también valora, expresiva de que "en el momento de la primera operación el paciente no presentaba síntomas de angina de Ludwig, sino infección en el suelo de la boca", y así se hace constar en el informe de urgencias. Y es lo cierto que en base a los signos clínicos que presentaba el paciente y tras la práctica de las pertinentes pruebas (extracción de sangre para analítica y nemocultivo, electrocardiograma y radiografía de tórax), se inicia tratamiento. Por otro lado es necesario recordar que la carrera de la prueba del nexo causal corresponde en todo caso demandante, y que esta relación no se puede establecer de una forma meramente especulativa, sin combatir los datos de prueba que la sentencia valora, pues no hay en el caso argumento alguno a su favor que digan cuál de esa "batería mayor de pruebas", que señala en el recurso, era determinante para haber procurado un diagnóstico y unas consecuencias (sic) diferentes"¹¹⁵.

Cualquier batería mayor de pruebas no hubiese sido un medio suficiente para mejorar la capacidad diagnóstica, sino que para que la angina de Ludwig se hallase era necesario que sus síntomas evolucionasen y que se diferenciases de los de una infección postquirúrgica¹¹⁶.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2005 ... *op. cit.*

¹¹⁶ La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre 2002 (Sala Primera, recurso 1121/1997, ponente Martínez – Pereda Rodríguez) sigue una dinámica prácticamente idéntica, por lo que no procede un análisis individualizado de la misma, ya que resultaría repetitivo. D. Luis Enrique se sometió a cuatro endodoncias y posteriores empastes, sufriendo escasos días después de los mismos episodios de fiebre y dolor en la zona, por lo que se le sometió a una terapia de antibióticos que no mejoró su estado. No obstante, se consideró que ello venía provocado porque D. Luis Enrique padecía enfermedades previas

8. Igualmente llamativos son los síntomas engañosos que observaremos en la última de las controversias, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2003¹¹⁷. En este litigio D. Benedicto, siendo menor de edad, fue tratado por el servicio de otorrinolaringología de una otitis supurativa de larga evolución, cuando lo que realmente le ocurría era que estaba perdiendo su capacidad auditiva de forma paulatina, hasta que se quedó sordo.

Los padres del menor estimaron, que de haberse diagnosticado qué le ocurría a su hijo realmente, éste no se habría quedado sordo. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este asunto es sencillo en comparación con el anterior, ya que lo acontecido es un error por el cual los síntomas de una sordera progresiva, por motivos desconocidos, provocan que ésta sea confundida con una otitis de largo desarrollo, quedando como secuela final al paciente una sordera bilateral. La equivocación es más que obvia y del error deriva un daño grave, como lo es la pérdida del sentido de la audición, algo que nos obliga a dar una respuesta a la actitud del Tribunal Supremo. El juzgador se basa en aspectos muy sencillos: por un lado, los síntomas que padecía D. Benedicto eran, no sólo habituales, sino definitorios de una otitis, hasta el punto de que el paciente mostraba cierta mejoría cuando se le medicaba. Por lo que fue necesario un desarrollo muy largo para que las divergencias sintomáticas evidenciasen que no se trataba de una otitis. Por otro lado, debemos añadir una característica de la sordera de D. Benedicto, y es que ésta era inevitable, ya que dadas sus características, ningún tratamiento hubiese llegado a prevenir, o incluso retrasar el resultado final.

No cabe reproche alguno de este litigio, ya que a pesar de que existía un error de diagnóstico, éste estaba justificado por las circunstancias del asunto, a lo que cabe añadir, que tampoco había ninguna forma de evitar el resultado final que sufrió el paciente. Aunque hubiese sido de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo a este respecto, la casación se limitó al examen de aspectos procesales.

(como alcoholismo crónico en etapa de superación, alergia a los derivados de la penicilina y resistencia a los antibióticos), algo que hacía muy difícil la efectividad de los fármacos. Fue prácticamente imposible hallar la infección del suelo de boca que padecía, hasta que ésta no evidenció síntomas propios, al confundirse en sus estadios anteriores con infecciones inferiores, todo ello en comunión con las circunstancias propias del paciente.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2003, Sala Tercera, recurso 3804/1999, ponente González Navarro.

- d) El error de diagnóstico y su incidencia en las lesiones o patologías enmascaradas.

Aunque las semejanzas entre este bloque y el anterior puedan resultar confusas, se trata de dos temáticas diferentes. Mientras que el apartado precedente se centraba en la relevancia de la sintomatología dudosa, en éste los síntomas son claros y apuntan hacia una enfermedad. La problemática gira en torno a una lesión menor que enmascara una similar, pero de mayor gravedad, siendo únicamente tratada la primera; con las consecuencias que pueden derivar de dicha actuación. La principal distinción con el bloque anterior es que, mientras que en los supuestos previos la patología que se diagnosticaba no existía, en este caso ambas son reales.

(i) Controversias en las que el daño es reprochado.

1. La primera de las resoluciones de este apartado es muy representativa, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009¹¹⁸, un caso en el que D^a. Vicenta, tras sufrir un accidente laboral, fue atendida por la mutua que aseguraba a la empresa en la que ella prestaba sus servicios; donde se le diagnosticó un esguince en la muñeca derecha, para cuyo tratamiento se pautó la inmovilización de la mano durante una semana. Sin embargo, pasado el plazo prudencial las molestias no cesaban, por lo que la paciente volvió a acudir a la mutua, donde se reiteró el diagnóstico inicial, pautándosele infiltraciones y una férula. Dos meses más tarde, después de haber causado alta, los dolores continuaban, por lo que se le practicó una nueva prueba, a los efectos de evaluar el estado de su muñeca. En ésta se observó una diástasis escafolunar derecha, de la que tuvo que ser intervenida, procediéndose a la extirpación del carpo y la fijación de algunos de sus huesos, algo que desembocó en la declaración de incapacidad laboral de la paciente, dada la limitación funcional que le restó.

D^a. Vicenta consideró que de haber sido diagnosticada en un primer momento de la lesión que padecía, ésta no hubiese empeorado, ya que podría haberse tratado con mayor celeridad. No obstante, sus pretensiones indemnizatorias no fueron admitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009, Sala Tercera, recurso 1885/2008, ponente Pico Lorenzo.

La controversia que ahora nos ocupa es un claro ejemplo de una lesión enmascarada, ya que de la lectura de la resolución y de las declaraciones de algunos de los peritos se desprende, que diagnosticar la diástasis que padecía la paciente tras el accidente de trabajo, era extremadamente dificultoso, ya que la hinchazón de la muñeca disfrazaría la lesión con un simple esguince (que también sufría). No obstante, por tratarse esta resolución de un litigio cuyo error de diagnóstico fue indemnizado, debemos entender que la perpetuación en el equívoco fue el elemento problemático. En la primera atención que recibió la paciente, la lesión que realmente padecía se encontraba oculta por las circunstancias del momento (hinchazón de la muñeca, etc.), aunque esto no ocurrió en la segunda, tercera y cuarta, donde la posibilidad de lograr un diagnóstico correcto se había incrementado considerablemente, dado que la dolencia se iba agravando de forma exponencial, por lo que la sintomatología era más evidente. Es precisamente en estos actos médicos posteriores donde se halla el error indemnizable, ya que en lugar de actuarse correctamente, se iniciaron tratamientos paliativos, que en absoluto eran recomendables para la afección que realmente padecía la enferma.

La relación existente entre el error de diagnóstico (el cual encontraríamos tras la primera consulta) y el daño sufrido por la paciente es evidente, por el simple hecho de que la gravedad de la lesión se fue incrementando con el paso del tiempo, dado que ésta requería de una cirugía que no se practicaba. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al afirmar “Tal hecho ha de incardinarse con el informe pericial emitido a instancia de la recurrente (Don. Luciano) que pone de relieve que, ante las reiteradas quejas de dolor de la actora en el período inmediato posterior a la producción del accidente de trabajo debía habersele practicado alguna otra prueba para perfilar el diagnóstico. Considera este Tribunal prevalente dicho informe respecto al emitido por el Dr. Juan Carlos al considerar que afirma debió haber un suceso entre el accidente inicial y la segunda baja. La propia actividad laboral ordinaria sin una atención médica constituye razonablemente un desencadenante respecto una lesión inicialmente calificada como esguince. Por otro lado, la propia resolución del INSS que declara la incapacidad a raíz del accidente de trabajo de 1997 acepta dicha calificación de diastasis escafolunar. Mas relevante aun son las conclusiones a que hemos hecho mención de la Inspección Médica de la Consejería de Sanidad poniendo de relieve la necesidad de nueva exploración física y radiológica a la vista de las continuas quejas de dolor de la recurrente. Entendemos, pues, se da la necesaria relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva, entre el resultado dañoso de la accionante que derivó en

la declaración de incapacidad permanente para su trabajo habitual y la deficiente asistencia sanitaria prestada por la Mutua Patronal en el momento inmediato posterior al acaecimiento del accidente de trabajo que generó aquella asistencia sanitaria. Resulta razonable que, ante las reiteradas manifestaciones de dolor en las fechas posteriores al accidente que no respondían al tratamiento facilitado se hubiera practicado algún otro estudio radiológico o se hubiera procedido a la reexploración física de la paciente”¹¹⁹.

2. Con el examen de la segunda de las controversias comprobaremos de nuevo los elementos necesarios para que concurra un error de diagnóstico indemnizable dentro de la relación de hechos que gira en torno a las lesiones enmascaradas, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007¹²⁰. En este asunto D^a. Carina, portadora de una derivación ventrículo-peritoneal, afección de la que ya había sido intervenida, acudió al servicio de urgencias por presentar cefalea intensa, desorientación espacio-temporal e inestabilidad para la marcha de 24 horas de evolución. En una de las pruebas que le fue practicada, concretamente un TAC, se observó una posible causa para el malestar de D^a. Carina: hidrocefalia triventricular por obstrucción valvular. Dado que escasos días después de su ingreso en urgencias iba a ser operada, a fin de cambiar la válvula que tenía, la paciente quedó ingresada hasta el día de la actividad quirúrgica, siendo ésta y el postoperatorio normales, por lo que fue dada de alta pasados unos días. Sin embargo, poco después volvió a acudir al servicio de urgencias, aquejada de cefalea intensa, vómitos y malestar general. Tras sometersele a un TAC, que evidenció una posible y discreta hidrocefalia triventricular, tuvo que ser intervenida de urgencia. Tras la cirugía se le practicaron dos TACs más, porque el estado de la paciente no mejoraba, es más, el hematoma que presentaba aumentaba de tamaño; algo que hizo pensar que probablemente se tratase de un problema relacionado con la válvula, confirmándose esta sospecha en una operación posterior. A consecuencia del retraso en el acto médico, a la paciente le restaron importantes secuelas, lo que hizo que sus capacidades motoras y cognitivas quedasen muy limitadas.

La familia de D^a. Carina consideró que ésta no fue correctamente diagnosticada desde un primer momento, con lo que ello supuso para su salud. Su demanda fue

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009 ... *op. cit.* Línea doctrinal seguida por las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 5540/2008, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 1975/2006, ponente Puente Prieto) y sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 2294/2011, ponente Lecumberri Marti).

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007, Sala Tercera, recurso 2242/2003, ponente Herrero Pina.

desestimada en instancias inferiores, de forma recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este litigio quizás no es tan evidente como el anterior, porque la esencia del caso es diametralmente distinta. No obstante, las posibilidades de confusión diagnóstica eran bastante altas en los primeros instantes después de la intervención, no en vano, los síntomas de uno y otro padecimiento eran prácticamente idénticos en sus estados iniciales. Pero esta justificación se desluce cuando tras dos TACs se mantenía la diagnosis inicial, a pesar de que se observaba que la sintomatología que seguía la enfermedad no era la habitual y que se había separado de los síntomas propios de la misma. A pesar de ello, el diagnóstico se mantuvo sin modificaciones, hasta el punto de que se intentó una nueva intervención, y fue precisamente en el quirófano donde se comprobó el error; aunque para entonces el hematoma que había sufrido la paciente ya había ocasionado estragos en su cerebro.

La relación entre el error de diagnóstico y el daño sufrido por la paciente es innegable, no en vano, si bien este equívoco en sus primeros momentos probablemente no provocó graves perjuicios en la enferma, su perpetuación sí que lo hizo. El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma idea al afirmar “De dicho informe se desprende con claridad que no se valoró adecuadamente el TAC practicado a la interesada el 18 de abril de 1999 por Don. Lorenzo, que descartó la existencia de hidrocefalia y consideró correcto el funcionamiento valvular, en contra de lo informado por el radiólogo de guardia y de los demás síntomas que presentaba la paciente y que según dicho informe reforzaban tal posibilidad de hidrocefalia. En esta situación tampoco se observó que según el TAC el catéter ventricular solo alcanzaba el asta occipital del ventrículo derecho y no su cavidad. Como consecuencia de todo ello y a pesar de realizar un trépano y drenaje de la colección subdural, no se modificó ni revisó la derivación VP que se había implantado. Y finalmente, tal actuación que no se llevó a cabo, podría haber evitado las complicaciones surgidas por la intervención posterior de otro neurocirujano, a las que se atribuyen las graves consecuencias lesivas para la paciente. En estas circunstancias ha de concluirse que una valoración lógica y razonable de dicho informe pone de manifiesto, en contra de lo afirmado por la Sala de instancia, que no se analizó adecuadamente la situación de la paciente y como consecuencia no se adoptaron las medidas que tal situación aconsejaba y que podían contribuir a un resultado satisfactorio de la prestación sanitaria demandada, por lo que no puede considerarse lógica ni conforme a las reglas de la sana crítica la valoración de la prueba efectuada en

la instancia que llega a un resultado contrario al que razonablemente y según se ha expuesto se desprende de tales elementos probatorios”¹²¹.

3. El tercero y último de los casos estimados sigue un camino casi idéntico al de las dos resoluciones anteriores, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2006¹²². En este supuesto D. Valentín, que había sufrido un accidente de tráfico que le provocó un traumatismo en la columna en el año 1992, acudió al servicio de urgencias dos años después del incidente, por una reagudización brusca de su dolor dorsal crónico, cifosis a nivel de la vértebra dorsal D 8, sensación de disminución de fuerza y parestesias de ambos miembros inferiores y dificultad de movilización por dolor. Ante la sospecha de una posible agravación del traumatismo, se le sometió a una laminectomía de urgencia, que no mejoró su estado, ya que lo que realmente requería era una descompresión. La práctica quirúrgica, así como la demora con la compresión, provocaron severas lesiones al paciente (paraplejía), de las que no pudo recuperarse.

D. Valentín considera que, de haber sido correctamente diagnosticado desde un primer momento, no habría sufrido una parálisis en los miembros inferiores. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un supuesto que es prácticamente idéntico a los dos litigios anteriores, por lo que no procede un análisis especialmente exhaustivo. Los síntomas que presentaba el paciente, así como su historial, apuntaban precisamente a una agravación del traumatismo sufrido, pero su evolución y los resultados de las pruebas, mostraban una dirección opuesta: la necesidad de una descompresión y no tanto de una laminectomía, la cual podía provocar un empeoramiento de la situación de D. Valentín. El primer error es excusable, no así los subsiguientes, consistentes en mantener el diagnóstico inicial, siendo precisamente en este punto en el que el equívoco en la diagnosis se torna inexcusable. Las dos lesiones eran reales, pero una ocultaba la otra, por lo que el primer tratamiento fue correcto, pero no su mantenimiento.

Cabe apuntar además, que la relación existente entre la tetraplejía del paciente (entendida como el daño) y el error de diagnóstico es indiscutible, ya que de haberse actuado conforme a las necesidades de D. Valentín, la lesión hubiese sido menor o incluso se podría haber evitado. Ahora bien, a pesar de que sería de sumo interés

¹²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007 ... *op. cit.*

¹²² Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2006, Sala Tercera, recurso 3404/2002, ponente Herrero Pina. Resolución también analizada desde la perspectiva del derecho de información, en el capítulo correspondiente y mencionada en el capítulo conceptual.

conocer las afirmaciones del Tribunal Supremo a este respecto, esto no es posible, porque en casación únicamente se trataron cuestiones procesales.

(ii) Supuestos en los que el daño no es reprochado.

4. La primera de las resoluciones de este apartado de controversias desestimadas es la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001¹²³, en la que D. Carlos Francisco sufrió una lesión en la pierna izquierda mientras practicaba deporte, diagnosticándosele en el servicio de urgencias más cercano, una rotura tendinomuscular gemelar de la pierna izquierda; prescribiéndose como tratamiento la inmovilización con una escayola. Pasado un mes, cuando le fue retirado el yeso, se apreció que el paciente no había mejorado, por lo que se le sometió a nuevas pruebas, en las que se detectó una rotura del tendón de Aquiles, que requería una rápida intervención. A pesar de dicha cirugía, el estado de la pierna de D. Carlos Francisco no mejoró, restándole importantes limitaciones funcionales, que llegaron a influirle incluso en su ámbito laboral, ya que tuvo que cambiar de empleo.

D. Carlos Francisco considera que fue víctima de un error de diagnóstico inexcusable, porque la rotura del tendón de Aquiles no le fue detectada en la primera asistencia que recibió. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas tanto en primera instancia como en apelación, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El presente litigio es bastante sencillo, dado que el error de diagnóstico y el daño final se encuentran encadenados por una sucesión lógica de hechos. Sin embargo, el Tribunal Supremo le ha conferido una suerte desestimatoria, algo que en principio atentaría contra los pilares básicos de este entramado fáctico, que encaja dentro del concepto del error de diagnóstico provocado por el enmascaramiento de una lesión por otra. La justificación para ello es robusta y muy sencilla, el primer traumatismo del que fue valorado el paciente realmente existía, no se confundió con una rotura del tendón de Aquiles, por lo que la segunda dolencia no era sino un complemento. A esta premisa conviene añadir un factor más, como lo es que la rotura del tendón de Aquiles no puede diagnosticarse por las vías habituales (que fueron precisamente aquellas a las que fue sometido D. Carlos Francisco), sino que se caracteriza porque el pie queda casi fijado

¹²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001, Sala Primera, recurso 1859/1996, ponente Corbal Fernández.

en una postura concreta, la cual no presentaba el paciente en la primera atención recibida. Ello ha llevado al juzgador a barajar la hipótesis de que la rotura viniese provocada por una debilidad del tendón como consecuencia del traumatismo, y que tras la retirada de la escayola el paciente sufriese una mala pisada. Es decir, no existe certeza plena de que la fractura se pudiese producir por la inmovilización y aun habiéndola, la otra lesión que se presentaba requería de dicho tratamiento. En este supuesto las dos lesiones eran reales y ambas necesitaban ser tratadas, sólo que cada una de una forma diferente. De una opinión similar se muestra el Tribunal Supremo al apuntar “La Sentencia recurrida claramente establece la base fáctica y adecuada diagnosis jurídica que permite apreciar que la atención médica dispensada en el Servicio de Urgencias del Hospital de Galdácano fue totalmente correcta. La exploración médica necesaria para establecer un diagnóstico de rotura de talón de aquiles (al menos de la total) no exige radiografías, placas u otro tipo de pruebas o contrastes objetivos, pues es perfectamente apreciable por el "signo de hachazo" mediante la prueba de la "maniobra de Thompson". No hay soporte alguno que permita sostener que el 8 de abril de 1990 existía ya una rotura total de tendón de aquiles, por lo que el diagnóstico efectuado ("el tendón funciona") y el tratamiento seguido respecto de la lesión de rotura de fibras diagnosticada; que consistió en inmovilización mediante escayola, fueron totalmente correctos, tal y como se deduce de la prueba pericial acertadamente valorada por la resolución recurrida, que no resulta desvirtuada por otros medios de prueba, y menos por unos informes acompañados a la demanda carentes de base objetiva”¹²⁴.

De las palabras del juzgador se desprende que las posibilidades que tenía el paciente de ser diagnosticado correctamente de la rotura del tendón de Aquiles eran muy remotas, hasta el punto de que se pone en tela de juicio que realmente sufriese dicha lesión en la primera atención recibida¹²⁵.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001 ... *op. cit.*

¹²⁵ Idéntica línea es la seguida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de diciembre de 2007 (Sala Primera, recurso 4252/2000, ponente Ferrándiz Gabriel). Se trata de una paciente que sufrió un traumatismo en un tobillo y fue tratada de un esguince, pero no de una lesión encubierta por el mismo, como lo fue una rotura de ligamentos externos, que se evidenció tras el mes de inmovilización. Nuevamente la lesión “enmascaradora” fue real y requería de un tratamiento, y la lesión “enmascarada” no podía ser diagnosticada en una atención inicial. La actividad médica desplegada fue correcta, en virtud de lo cual el error de diagnóstico no fue reprochado. Doctrina igualmente seguida por las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2010 (Sala Primera, recurso 956/2006, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2011 (Sala Tercera, recurso 3460/2007, ponente Martí García), sentencia del Supremo de 20 de julio de 2011 (Sala Tercera, recurso 4037/2006, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2011 (Sala Tercera, recurso 4613/2007, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 3879/2009, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal

5. El segundo de los litigios también gira en torno a esta misma temática de lesiones traumáticas. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2000¹²⁶, un caso en el que D^a. Carina sufrió un golpe en la muñeca izquierda, como consecuencia de una caída, siendo diagnosticada en un primer momento de un simple esguince, procediéndose a su inmovilización con una férula. Sin embargo, tras la retirada de la misma y con el comienzo de la rehabilitación, la paciente no presentó mejoría alguna, es más, sentía mayores molestias con el paso del tiempo. Ante esta situación su médico la sometió a un estudio radiológico más exhaustivo, en el que se detectó la rotura del cartílago triangular de la muñeca izquierda, una lesión que requirió de una operación, a pesar de la cual le quedaron importantes secuelas a la paciente, destacando entre ellas la limitación funcional de la muñeca.

D^a. Carina considera que no fue correctamente diagnosticada en la primera atención que recibió, por lo que fue víctima de un error de diagnóstico inexcusable. Su demanda fue desestimada en primera instancia, sufriendo la misma suerte el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial competente, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque la lesión que padecía D^a. Carina estaba oculta por un esguince en la muñeca, esta afección era real y por lo tanto, requería de un tratamiento para sanar. A este hecho indiscutible conviene añadir, que de acuerdo con las circunstancias del golpe que recibió la paciente (tal y como se dedujo de la descripción de los hechos y de las evidencias físicas del traumatismo), éste no parecía suficiente a los efectos de provocar una lesión como la padecida por ésta. La actividad médica desplegada fue adecuada, ya que la primera dolencia existía y ante los primeros síntomas de empeoramiento se actuó en consecuencia, diagnosticándose correctamente a D^a. Carina. El juzgador parece abogar por esta misma idea “Desde la óptica apuntada en el párrafo precedente, es indudable la presencia de un error de diagnóstico en la dolencia sufrida por doña Carina, y, si bien en principio el tratamiento prescrito para el esguince, a base de antiinflamatorios y de la inmovilización de la articulación afectada mediante una férula de yeso, no era inadecuado para la dolencia real que aquejaba a la actora, procede

Supremo de 10 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 3919/2009, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 3049/2010, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 6613/2009, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 2705/2011, ponente Martí García) y sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 5148/2010, ponente Lecumberri Martí).

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2000, Sala Primera, recurso 2077/1995, ponente García Varela.

reprochar al doctor don Jose Carlos la persistencia del tratamiento con antiinflamatorios pues es científicamente conocido y divulgado que después de una fase aguda de inflamación, que de ordinario permanece de una a cuatro semanas, se produce una fibrosis en los tejidos y dichos medicamentos carecen ya de utilidad curatoria, como también corresponde reprobar a ambos facultativos demandados la omisión de diligencia por no haber practicado con prontitud las verificaciones oportunas para comprobar la verdadera afección de la actora ...”¹²⁷. Tal y como podemos colegir de las palabras del Tribunal Supremo, realmente no existía un error de diagnóstico, porque la lesión tratada era real y la falta de localización de la más grave se justifica porque nada apuntaba a la misma¹²⁸.

6. La siguiente resolución que analizaremos es algo más complicada que las hasta ahora estudiadas, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2001¹²⁹, en la que D^a. María Ángeles acudió a la consulta de su médico habitual, al sufrir una ligera disminución de la agudeza visual. Tras las comprobaciones básicas, su médico llegó a la conclusión de que probablemente fuese un problema de origen ocular, por lo que entre otros tratamientos le recetó cortisona, ya que los ojos de la paciente presentaban cierta tensión y ésta podía ayudar a aliviarla. No obstante, su situación no mejoró, sino que se fue agravando paulatinamente, de forma que se comenzó a sospechar, que lo aquejaba a la paciente era algo más que tensión en la vista. Tras una amplia batería de pruebas, se comprobó que lo que realmente afectaba a la visión de la enferma era una presión intracraneal provocada por la obstrucción de una válvula cerebral, que también estaba limitando su audición. A pesar de que fue sometida a una intervención urgente, los resultados de la misma fueron escasos, ya que había sufrido

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2000 ... *op. cit.*

¹²⁸ Idéntico panorama es el que nos ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2007 (Sala Primera, recurso 4351/2000, ponente Ferrándiz Gabriel), en la que D. José Manuel sufrió un accidente laboral (traumatismo en un pie) que fue diagnosticado como esguince, pero que realmente enmascaraba una lesión de mayor gravedad: una fractura del cuerpo del astrágalo. Esta confusión provocó que el paciente no fuese sometido a un tratamiento del todo adecuado, por lo que la segunda lesión fue agravada. Sin embargo, el esguince no fue un diagnóstico erróneo, porque éste realmente existía y aunque escondía la otra lesión, también tenía que ser tratado. Las posibilidades de hallar la segunda de las dolencias eran muy remotas, ya que no arrojaba síntomas específicos y era necesario analizar su evolución. Sigue la misma línea la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2009 (Sala Tercera, recurso 263/2008, ponente Martínez – Vares García; resolución también analizada desde la perspectiva del derecho de información, en el capítulo correspondiente), donde un paciente con una lesión en el hombro que fue diagnosticada como tendinitis y que fue tratada como tal, sufrió tras la terapia un derrame que le provocó severas consecuencias. No obstante, lo cierto es que tanto la tendinitis como el derrame eran reales, es decir, éstos no se confundieron.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2001, Sala Tercera, recurso 2280/1997, ponente Álvarez – Cienfuegos Suárez.

una gran presión intracraneal durante mucho tiempo, por lo que le restó un daño severo en la visión, quedándose prácticamente ciega.

D^a. María Ángeles consideró que de haber sido correctamente diagnosticada en un primer momento, la presión intracraneal que venía sufriendo no hubiese llegado a causar tales estragos en sus capacidades visuales y auditivas. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El litigio ante el que nos encontramos es llamativo, porque una presión intracraneal es confundida con una subida de tensión ocular. Esto nos hace preguntarnos cómo un error de diagnóstico tan flagrante no es objeto de responsabilidad. El Tribunal Supremo da una respuesta sencilla, D^a. María Ángeles padecía antecedentes de tensión ocular, una muy posible justificación para sus problemas de visión, y por otro lado, ninguno de los síntomas que mostraba apuntaban hacia una posible presión intracraneal, ya que aunque estaba sufriendo una disminución de la capacidad auditiva, lo cierto es que no llegó a acusarla hasta momentos posteriores a la primera consulta. Cuando se observó que la paciente no sólo no mejoraba su pérdida de visión, sino que ésta se agudizaba y venía acompañada por problemas de audición, se comenzó a barajar que se tratase de otra afección, como lo era la presión intracraneal. Aunque la espera pudo provocar daños mayores, éstos fueron escasos, porque el tratamiento con cortisona pudo mitigar la presión cerebral. El Tribunal Supremo se decanta por esta misma línea cuando asevera “En el presente supuesto, la Sentencia de instancia, con apoyo en los dictámenes periciales practicados como diligencia para mejor proveer, sienta como premisas, derivadas precisamente de dichos informes, que en atención a los síntomas que presentaba el paciente en las fases correspondientes a los primeros ingresos hospitalarios en un Centro dependiente del organismo sanitario demandado como beneficiario de la Seguridad Social, en los que se le realizaron los exámenes y pruebas neurológicas adecuados a cada momento, para determinar la causa del proceso, siendo el tratamiento correcto, sin que se manifestaran síntomas específicos tanto de la hipertensión intracraneal como de otros proceso patológico, sino que la aparición de la disfunción por esta concreta etiología se manifestó típicamente en el último momento con alteraciones visuales bruscas y edema, no pudiendo descubrirse anteriormente a efectos de adoptar las medidas necesarias, así como la urgencia de las mismas, debido a la asintonía entre la clínica y los datos objetivos en esta clase de enfermos, y en particular en este caso por la evolución un tanto anormal de la patología que sufre este

enfermo con continuas e intermitentes disfunciones en la válvula, que producen hipertensiones intracraneales ocasionales y van provocando un deterioro progresivo de la función visual, de esta manera, los síntomas que manifestó en el primer y segundo ingreso fueron comunes a otros internamientos sin que requirieran el cambio de válvula para lo cual se precisa una clínica de hipertensión intracraneal y su comprobación mediante exploraciones instrumentales. Respecto a la denunciada tardanza en la sustitución de la válvula, la Sentencia de instancia, es concluyente al afirmar que "tampoco puede derivarse responsabilidad alguna en la tardanza en la sustitución de la válvula al descartar uno de los peritos judiciales que tal dilación causara consecuencias dañosas para el paciente, ya que al estar tratado con corticoides disminuía la inflamación"¹³⁰.

7. La penúltima de las controversias es prácticamente idéntica al caso ahora estudiado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2009¹³¹, en la que D^a. Margarita acudió a su médico por problemas visuales, ya que llevaba una semana con la sensación de que estaba sufriendo una pérdida de visión gradual. Tras la actividad diagnóstica pertinente, la paciente fue diagnosticada de una infección ocular, siéndole prescritos antibióticos y antiinflamatorios. Pasados unos días la enferma no mostró mejoría alguna, por lo que fue sometida a una nueva terapia, consistente en inyecciones oculares, que tampoco consiguieron el resultado pretendido. Finalmente y tras un largo peregrinar médico, se llegó a la conclusión de que lo que realmente padecía D^a. Margarita era una uveítis anterior, para cuyo tratamiento se requería una vitrectomía, que tuvo que ser practicada de urgencia, a fin de evitar que las actuaciones se dilatasen más en el tiempo.

D^a. Margarita considera que, de haber sido diagnosticada desde un primer momento, no habría sufrido un agravamiento de la lesión. Sus pretensiones indemnizatorias no fueron admitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Las similitudes de este asunto y el anterior son claras, con la singularidad de que en este supuesto, tanto el primer diagnóstico como el definitivo versaban sobre una misma zona, los ojos de la paciente. Una afección grave es confundida con una infección, y el tratamiento que recibe la enferma no es el correcto. Se trataría de un caso

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2001 ... *op. cit.*

¹³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2009, Sala Tercera, recurso 10403/2004, ponente Herrero Pina.

claro de error de diagnóstico reprochable, que sin embargo, no recibe objeción alguna, por una cuestión muy sencilla: la uveítis era ilocalizable en sus estadios iniciales, de ahí que fuese confundida con una simple infección, ya que éstos eran precisamente los síntomas que arrojaba la paciente. Aunque en esta ocasión la infección no era real, sí que ocultaba la verdadera lesión. Tal y como ocurría en el supuesto anterior, para poder diagnosticar correctamente la dolencia, era necesario observar su desarrollo, sobre todo para descartar cualquier otra patología, siendo esto precisamente lo que se hizo. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo “Dicha complicación fue, no obstante, solventada correctamente por el Doctor cambiando de técnica quirúrgica, de modo que en lugar de realizar una Facoestimulación, como estaba previsto, realizó una Extracción Extracapsular, más adecuada a las nuevas condiciones del ojo. Así lo manifiesta la perito en la respuesta a la pregunta primera de su informe. Y en la respuesta a la pregunta segunda señala que la inflamación ocular postquirúrgica puede considerarse como consecuencia de la intervención debido a las complicaciones a que se ha hecho referencia, pero no así la infección, no habiendo motivo para ello en los pasos quirúrgicos que se llevaron a cabo”¹³².

8. La última de las resoluciones de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007¹³³, un asunto en el que D^a. María Consuelo, aquejada de fuertes dolores lumbares, fue diagnosticada de un cólico biliar. Ahora bien, cuando le fue practicada una laparoscopia se observó que no tenía cálculos en la vesícula, por lo que se le realizaron nuevas pruebas, en las que se halló lo que parecía ser un mioma uterino. Al efectuarse actividades diagnósticas más específicas, se observó que lo que realmente le causaba las molestias a la paciente era un pequeño cuerpo metálico, concretamente una grapa de una cirugía anterior.

D^a. María Consuelo pretendió el resarcimiento del daño sufrido, pero se vio en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser su demanda desestimada en instancias inferiores.

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2009 ... *op. cit.* Un caso prácticamente idéntico es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2009 (Sala Tercera, recurso 2875/2005, ponente Puente Prieto). En este litigio un paciente con una afección coronaria previa, fue erróneamente diagnosticado, por estimarse que se trataba de un brote de la misma, cuando realmente padecía otra dolencia. El error diagnóstico no era reprochable por la similitud sintomatológica de ambas patologías. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2009 (Sala Tercera, recurso 8858/2004, ponente Herrero Pina) cuenta con una relación de hechos idéntica, por la cual un melanoma fue confundido con una simple mancha cutánea, por no arrojar éste resultados de malignidad.

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007, Sala Tercera, recurso 4575/2003, ponente Puente Prieto.

Se trata de un supuesto de hecho en el que existe un error de diagnóstico evidente, hasta el punto de que se tenía tal certeza de que la paciente padecía un cólico biliar, que fue necesaria una laparoscopia para descartar esta opción. Sin embargo, el litigio no es indemnizado, por los mismos motivos que no lo fueron los procesos anteriores: llegar a la conclusión de que la paciente sufría molestias porque tenía alojado un cuerpo extraño en su cavidad abdominal, era una hipótesis poco lógica, y evidentemente, no era la primera a tener en cuenta.

Además de esta cuestión de la dificultad diagnóstica, dado lo extraño del padecimiento, este asunto cuenta con un segundo elemento que lo hace irreprochable: la paciente no sufrió daño alguno como consecuencia del error de diagnóstico. Lo único que puede reprobarse es que se le sometió a una laparoscopia innecesaria, pero realmente no lo era, dado que sirvió para el diagnóstico final. El Tribunal Supremo se decanta por esta misma línea argumental al afirmar “Y sin olvidar que en el presente caso, prácticamente, no ha existido otra secuela que las simples cicatrices producto de las intervenciones quirúrgicas que, según resulta del informe pericial, resultaban de obligada práctica y que fueron correctamente realizadas conforme a la *lex artis*”¹³⁴.

El presente caso es probablemente uno de los más sencillos, en el que si bien existe un error de diagnóstico, jugamos con el elemento añadido de que no hay daño alguno derivado del mismo.

2. El error de tratamiento.

1. Concepto.

1. Con el término de error de tratamiento, nos referimos a aquellos supuestos de hecho en los que un paciente, correctamente diagnosticado, sufre un daño como consecuencia de la terapia recibida, bien farmacológica, bien quirúrgica; no por ser ésta defectuosa, sino poco apropiada. Dado que la naturaleza de esta idea y la anterior es muy similar, no parece necesario desarrollar un análisis doctrinal extenso, ya que sería repetitivo.

2. El tratamiento en el acto médico, de acuerdo con lo apuntado por FERNÁNDEZ COSTALES, no sólo es un elemento más de la relación entre médico y paciente, sino que,

¹³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007 ... *op. cit.*

sin quitar protagonismo al diagnóstico, es la actuación que pretende la curación o mejora de aquello que afecta al enfermo. En esta fase de la actividad médica surgen dos problemas jurídicos relevantes, por un lado está la libertad del médico para elegir entre las posibles opciones que se le presentan, de las cuales no debe acudir a cualquiera, sino a la que resulte más beneficiosa para el paciente; y por otro está el paciente y su posibilidad de decidir.

En una línea similar, pero centrándose en la descripción misma del tratamiento, GONZÁLEZ MORÁN apunta “El tratamiento o la terapéutica es el conjunto de actos destinados a proteger, contra la enfermedad, la salud del paciente y aliviar a éste; el alivio del dolor es tan sólo parte menor de una misión consagrada en principio a proteger la salud”¹³⁵.

3. Explicado el concepto de “tratamiento”, es necesario volver sobre una construcción doctrinal que ya hemos apuntado en el bloque anterior: el reproche. Tal y como ocurría con los errores de diagnóstico, no toda equivocación terapéutica puede ser objeto de indemnización. Todo tratamiento aplicado, aunque erróneo, no será reprochable si de los hechos se desprende que se han utilizado todos los medios necesarios en la investigación de la patología, y que la elección se ha hecho de manera lógica y acorde a la *lex artis*. Como contraposición, aunque mediara un diagnóstico correcto, cabe la posibilidad de que la actuación terapéutica no sea la más idónea para el paciente y ésta le provoque un daño. Este error será indemnizable si la elección ha sido ilógica o arbitraria, dadas las circunstancias del enfermo. SOTO NIETO se pronuncia sobre esta misma idea de manera clarividente “Juicio parecido ha de merecer la *selección del tratamiento* aplicado; habrá de estimarse correcto aquel que en iguales circunstancias hubiese sido objeto de preferencia por un profesional por medio de su categoría. Pueden existir razones para la opción por un método nuevo. Siempre motivadas, objeto de información y con adopción de las precauciones oportunas, entre ellas la vigilancia atenta y persistente”¹³⁶.

¹³⁵ GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *La responsabilidad civil del médico ... op. cit.*, página 99.

¹³⁶ SOTO NIETO, Francisco, “Responsabilidad penal derivada de la actividad médica”, en MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luis y DE LORENZO, Ricardo (Coordinadores), *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario* (tomo I) ... *op. cit.*, página 964. Idéntica opinión tiene FERNÁNDEZ COSTALES “La indicación médica tiene su origen en que una misma enfermedad puede ser objeto de varios tratamientos con valor terapéutico y es entendida como la selección que efectúa el facultativo de una prescripción bajo los parámetros de si es o no necesaria, si es la idónea y si tiene preferencia frente a otras que se le presenten como aplicables al caso concreto, en el sentido de parecer el más eficaz, habiendo de escoger el facultativo entre varias alternativas, como poseedor de mayor entidad terapéutica, aquella que logrando un óptimo grado de salud implique a la vez menores riesgos o perjuicios posibles en el paciente”. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 120.

GONZÁLEZ MORÁN equipara el error de diagnóstico al error de tratamiento. Parte de la premisa por la cual, si una terapia causa un perjuicio, éste es excusable por regla general, salvo excepciones; tal y como ocurría en el error de diagnóstico. Un error de tratamiento únicamente podrá ser indemnizado cuando de éste se desprenda que la opción del mismo se ha efectuado de forma indebida, esto es, atentando contra los principios básicos de la *lex artis*¹³⁷.

4. Opinión compartida por FERNÁNDEZ COSTALES quien afirma que “La indicación médica tiene su origen en que una misma enfermedad puede ser objeto de varios tratamientos con valor terapéutico y es entendida como la selección que efectúa el facultativo de una prescripción bajo los parámetros de si es o no necesaria, si es la idónea y si tiene preferencia frente a otras que se le presenten como aplicables al caso concreto, en el sentido de parecer el más eficaz, habiendo de escoger el facultativo entre varias alternativas, como poseedor de mayor entidad terapéutica, aquella que logrando un óptimo grado de salud implique a la vez menores riesgos o perjuicios posibles en el paciente”¹³⁸. De las palabras de este autor se desprende que las opciones de tratamiento ante una afección pueden ser múltiples (más si cabe si el diagnóstico no es definitivo). Elegir una terapia u otra, cuando todas tienen una misma finalidad, no puede dar lugar a un error de tratamiento indemnizable. Para ello es necesario que esta elección no se encuentre justificada o que atente contra la *lex artis*. En caso contrario, si existe un diagnóstico que permita varios tratamientos y se selecciona uno de ellos, el error será inexcusable.

Aunque el número de resoluciones de este bloque es notablemente inferior en relación al anterior, ello no significa que los errores de tratamiento sean poco relevantes en nuestro país. La incidencia de este tipo de equívocos es igual de grave que cuando el daño viene provocado por un desacierto en la diagnosis, no en vano consiste en suministrar un remedio incorrecto a un paciente, que no es idóneo para su padecimiento.

La entidad de este tipo de fallos nos llega en forma de cifras, de la mano de MORENO ALEMÁN, que extrae de un examen elaborado a un total de cuatro sanatorios (entre hospitales y fundaciones), el número de errores de tratamiento que pueden llegar a darse en un periodo de cuatro meses, arrojando la arrolladora cifra de 423 equívocos. A pesar de lo llamativo de este dato, los porcentajes que esclarece *a posteriori* el autor son conciliadores, dado que en torno al 78% de los errores no llegaron a causar daño

¹³⁷ GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *La responsabilidad civil del médico ... op. cit.*, página 99.

¹³⁸ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 120.

alguno al paciente y menos del 10% produjeron un menoscabo severo o la muerte al mismo (cifra bastante alta). Conviene apuntar además, que la gran mayoría de los fallos, en torno al 34%, fueron por el tratamiento (medicamento o técnica incorrecta), mientras que el 28,3% restante, por la dosis¹³⁹.

Con las cifras anteriores hemos pretendido mostrar que este apartado tiene una razón de ser, al tratarse de una construcción doctrinal que tiene entidad propia, ya que de la lectura de los datos objetivos se desprende que únicamente en 4 meses, en tan sólo cuatro hospitales, se cometen casi 500 errores de tratamiento; algo que extrapolándolo a nivel nacional nos daría cifras muy superiores. Puede ser chocante, que calculando el gran número de fallos, no se hayan dictado muchas sentencias sobre esta cuestión. Aspecto que se justifica porque menos del 78% de los errores provocan daños reales en el paciente¹⁴⁰.

2. Fenomenología del error de tratamiento.

a) Supuestos en los que el daño es reprochado.

1. En esta primera controversia, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2002¹⁴¹, un paciente diagnosticado de un tumor cerebral fue tratado con una cirugía extirpatoria. Aunque ésta se desarrolló con normalidad, hubo una cierta complicación en

¹³⁹ MORENO ALEMÁN, Javier, “La prescripción de medicamentos y productos sanitarios por parte del personal de enfermería”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los Avances del Derecho antes los avances de la Medicina*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pps. 283 a 301, página 286.

¹⁴⁰ Justificando el limitado número de resoluciones LÓPEZ – MUÑOZ y LARRAZ señala “A pesar de que se ha comprobado estadísticamente que una gran fuente de <<errores sanitarios>> se produce como consecuencia de la dispensación equivocada o a veces mal dosificada o pautada de medicamentos, sin embargo la dificultad que su apreciación presenta a los reclamantes, generalmente profanos en Medicina, hace que no sea precisamente esta una de las reclamaciones utilizadas con más frecuencia, aunque como veremos más adelante, es fuente inagotable de <<errores sanitarios>>”. LÓPEZ – MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *El error sanitario ... op. cit.*, página 33. A esto conviene añadir, que a pesar de que únicamente un número acotado de errores de tratamiento pueden llegar a causar un daño al paciente, lo cierto es que el montante total de fallos es alarmante, algo que ha hecho que hospitales, como por ejemplo el Severo Ochoa, adopten medidas, algunas con aspiraciones a nivel nacional (Diario Médico, 19 de abril de 2006). En esta disposición se establecen una serie de nociones básicas aplicables a todas las escalas de atención sanitaria, con la única finalidad de evitar errores fatales, destacando entre las mismas eliminar la transcripción manual, a los efectos de prevenir problemas con la grafía, las órdenes medicamentosas orales (limitarlas únicamente a supuestos de urgencia vital) e impedir que los MIR firmen prescripciones sin supervisión. MORENO ALEMÁN, Javier, “La prescripción de medicamentos y productos sanitarios por parte del personal de enfermería”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los Avances del Derecho antes los avances de la Medicina ... op. cit.*, página 287.

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2002, Sala Primera, recurso 3422/1996, ponente Marín Castán.

relación a la rotura de una arteria cerebral media, que dañó varios vasos sanguíneos. Aunque este tipo de contingencias no son muy frecuentes, el cirujano la solventó con facilidad y dio por finalizada la operación. El médico comenzó con la reconstrucción del cráneo, técnica cuya corrección es innegable, salvo porque se había producido la ruptura de la arteria media antes mencionada. La actuación más adecuada, dadas las circunstancias, hubiese sido, no la de reconstruir el cráneo, sino la de descompresión; precisamente para evitar los nefastos efectos de un edema. Si éste se da y el cráneo está reconstruido, se puede provocar el fallecimiento del paciente por compresión de las estructuras cerebrales. Factor al que debemos añadir la incorrecta o insuficiente vigilancia postoperatoria que tuvo el paciente, que no fue llevado a una UCI.

Tras la intervención se produjo un edema, que como consecuencia de la reconstrucción del cráneo, desencadenó una importante compresión cerebral, que hubiese sido evitable (así como el fallecimiento del paciente), con una atención propia de una unidad de cuidados intensivos, donde se habrían detectado los síntomas.

En base a los mencionados hechos los familiares del paciente pretendieron el resarcimiento de los daños sufridos, siendo su demanda parcialmente estimada en primera instancia, pero revocada en apelación, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La relación de hechos del caso que nos ocupa es bastante clara, hasta el punto de que el Tribunal Supremo se va a mostrar parco en sus afirmaciones. En este asunto un enfermo es sometido a una cirugía para que le sea extirpado un tumor cerebral. Ésta se desarrolla con total normalidad, salvo por una circunstancia ajena a las partes intervinientes, como lo fue la rotura de la arteria cerebral media y su consiguiente efecto devastador sobre varios vasos sanguíneos. Es precisamente una vez superada esta contingencia donde se encuentra el error de tratamiento, ya que aunque cabían dos opciones para finalizar la actividad quirúrgica, el cirujano optó, no sólo por la más riesgosa, sino por la menos apropiada para el cuadro clínico del paciente (tras la rotura arterial); dado que las posibilidades de complicaciones se incrementaban de forma innecesaria, tal y como ocurrió.

La única dificultad dogmática con la que podemos hallarnos sería la de desentrañar si nos encontramos ante un error de tratamiento o una omisión de medios, cuando realmente concurre una conjunción de ambas figuras. La omisión de medios se halla en el simple hecho de que un paciente, que había sido operado de un tumor cerebral, con el factor añadido de la complicación sufrida en quirófano y la muy

discutible opción adoptada por el cirujano de reconstruir el cráneo, no fue ingresado en la unidad de cuidados intensivos, sino que fue llevado a una habitación normal, donde la vigilancia era escasa. Ello motivó que no se llegasen a observar los síntomas inequívocos del edema que estaba sufriendo, por lo que tampoco se pudo actuar en consecuencia, falleciendo así el paciente. El Tribunal Supremo se pronuncia en esta misma línea “En suma, esta Sala no puede, como órgano de casación, valorar de nuevo la totalidad de la prueba practicada como en el motivo se pretende y, a tenor de los hechos probados, no se ha infringido el art. 1902 CC, porque el demandado-recurrente no cumplió con diligencia su obligación de medios en cuanto no aplicó la técnica adecuada a la complicación surgida durante la intervención y no prescribió tras ésta las medidas de control adecuadas, sin que la corta esperanza de vida del paciente justificase tal comportamiento ya que, si se decide practicar una intervención quirúrgica arriesgada a un paciente de salud quebrantada, por mucho que lo esté, su corta esperanza de vida no exime al cirujano ni al centro hospitalario de practicar la intervención con la atención máxima ni de prestar al paciente tras la intervención toda la atención debida”¹⁴².

Quizás este error de tratamiento no es muy llamativo, dado que la terapia no fue incorrecta, pero sí inadecuada. Sin embargo, la conjunción de este hecho con la decisión de no someter al paciente a una vigilancia intensiva, prácticamente condenaron al enfermo¹⁴³.

2. La última de las resoluciones estimadas que analizaremos es la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004¹⁴⁴, que junto con la anterior, conforma un magnífico ejemplo de la figura objeto de análisis. En este litigio D^a. Melisa sufrió un

¹⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2002 ... *op. cit.*

¹⁴³ Puede sernos de ayuda la teoría que sigue SARRATO MARTÍNEZ a este respecto. Este autor afirma que el médico es quien toma la decisión de elegir una terapia u otra, tal y como ocurrió en este asunto, pero después debe actuar en consecuencia y controlar la evolución del paciente. En este caso el cirujano se decantó por la reconstrucción craneal, que aunque no era la más adecuada, tampoco era incorrecta; siendo únicamente errónea la forma en la que se trató después al paciente, sin ningún tipo de control. Así lo asegura este autor “En general, el Tribunal Supremo aborda el tema de la prescripción corroborando la libertad del médico para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente. Para ello, puede hacer uso de los recursos que le parezcan más eficaces, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la ciencia médica o susceptibles de discusión científica de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico. Parece claro lo atinado de este razonamiento, pues el médico es libre para escoger el tratamiento que considere mejor para el paciente, pero tiene la obligación de hacer un seguimiento de los posibles efectos secundarios que se pueden derivar de ese tratamiento determinado”. SARRATO MARTÍNEZ, Luis, “En torno a la responsabilidad médica en materia de medicamentos”, en *Actualidad Administrativa*, tomo 2, n° 22, 2006, pps. 2692 a 2704; concretamente en página 2701. Línea doctrinal seguida por las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2010 (Sala Tercera, recurso 5836/2008, ponente Martínez – Vares García) y sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2010 (Sala Primera, recurso 1644/2006, ponente Xiol Ríos).

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004, Sala Primera, recurso 2522/1998, ponente Romero Lorenzo.

corte con cristales en su mano derecha, del que fue atendida en un servicio de urgencias, donde se procedió a la extracción de los vidrios y posterior sutura de la herida. Pasados diez días, y tras retirársele los puntos, la paciente seguía acusando un fuerte dolor en la palma de la mano y parestesia en algunos dedos, por lo que su médico le indicó que necesitaba rehabilitación. Días después de comenzar ésta, a D^a. Melisa se le rompió un tendón de la mano, que había sido lesionado por los cristales, lo que le provocó la invalidez para el ejercicio de su profesión (matrona).

D^a. Melisa consideró que fue víctima de un error de tratamiento, por lo que pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda desestimada en primera instancias y apelación, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nos encontramos ante un nuevo litigio que podríamos calificar como “bicéfalo”, en la medida en que se producen tanto un error de diagnóstico, como de tratamiento. El error de diagnóstico se da en la primera parte de la atención médica, en la que el facultativo considera que los cristales se encuentran alejados del tendón que había resultado afectado, por lo que estima suficiente la simple extracción de éstos y su posterior sutura. Es precisamente en este punto en el que hallamos también el error de tratamiento, dado que la actuación médica se ciñe únicamente a extraer los pedazos de cristal y coser, sin solicitar ningún tipo de control alternativo ante el insistente dolor que presentaba la paciente, incluso diez días después (fecha en la que le fueron retirados los puntos).

El verdadero problema es el equívoco en la terapia, ya que en principio nada evidenciaba una lesión mayor, por lo que el error de diagnóstico es limitado, mientras que acotar el tratamiento a la mera extracción y posterior sutura y vendaje, no es incorrecto, pero sí poco adecuado. La relación existente entre la escasa efectividad del tratamiento elegido por el médico y el daño final es evidente, tal y como de las palabras del juzgador se desprende “Se afirma que en el caso que es objeto de controversia ha existido tanto error de diagnóstico como un tratamiento inadecuado de la lesión de la actora y que la gravedad de las secuelas obedece al hecho de que el médico demandado no había detectado a tiempo los daños causados al tendón flexor, ni la presencia de cristales en la palma de la mano, existiendo relación causal entre la sección total de dicho tendón que finalmente se produjo, y la omisión previa de adecuadas medidas reparadoras, por la desatención y el descuido en que se había incurrido en los momentos

decisivos para el correcto tratamiento de la lesión, llegándose al extremo de no haber sido inmovilizada la mano afectada”¹⁴⁵.

b) Litigios en los que el daño no es reprochado.

3. El primero de los litigios desestimados es la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2005¹⁴⁶, un caso en el que D. Ángel Jesús, diabético e insulino dependiente, que entre otras dolencias padecía de hipertensión arterial, hepatomegalía, retinopatía diabética, ceguera total y vasculopatía severa, estaba siendo atendido en su domicilio por un ATS, que le practicaba curas diarias en una grieta que le había salido en su pie izquierdo, hasta que la herida sanó. A pesar de la mejoría, los controles rutinarios no cesaron, a fin de evitar su reapertura. En uno de dichos exámenes se observó que su vida sedentaria (pasaba sentado prácticamente todo el día) podía provocar nuevas heridas, que dada su condición de diabético serían severas, por lo que tras una consulta en el servicio de dermatología del centro sanitario más cercano a su localidad de residencia, fue sometido a asistencias periódicas a domicilio. No obstante dicha atención, las heridas se produjeron, por lo que las visitas se dirigieron más a evitar su extensión e infección.

A pesar de los esfuerzos antedichos, D. Ángel Jesús comenzó a sentirse indispuesto, sufriendo fuertes convulsiones y una bajada de azúcar, todo ello enmarcado por un estado febril. Fue diagnosticado de lesiones isquémicas sobreinfectadas, que tras un intento de tratamiento conservador infructuoso, llevaron a la necesidad de amputar la pierna del paciente.

D. Ángel Jesús consideró que la terapia de vigilancia y control no fue correcta, por lo que quiso ser resarcido por el daño sufrido, siendo su demanda desestimada en primera instancia y apelación, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un supuesto muy similar a los anteriores, en el que sin embargo el Tribunal Supremo adopta una decisión contraria. Un paciente seguía un tratamiento,

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 ... *op. cit.* GALÁN CORTÉS se muestra de una opinión contraria, al considerar que la actuación médica desplegada en este asunto fue correcta, porque dada la movilidad de la mano de la paciente, nada indicaba que el tendón estuviese roto y la única forma de comprobarlo habría sido una intervención exploratoria; muy agresiva para ésta. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 7 de octubre de 2004”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 68, 2005, pps. 831 a 846; concretamente en página 839.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2005, Sala Primera, recurso 3577/1999, ponente Ruiz de la Cuesta Cascajares.

supuestamente preventivo, que evidentemente no logró los objetivos pretendidos. Pero lo que motivó la decisión del Alto Tribunal fue la corrección de la terapia, la atención que se encontraba recibiendo el enfermo fue adecuada y diligente. Éste padecía de diabetes, lo que junto a sus otras enfermedades, lo convertía en una persona sedentaria y propensa a ulceraciones y heridas como las que se presentaron, a pesar de los cuidados. En la infección que sufrió el enfermo tampoco medió ni error de diagnóstico, ni de tratamiento, por el simple hecho de que para que ésta pudiese ser detectada era necesario que se mostrase; y no fue así hasta sus últimos estadios, en los que nada podía hacerse.

Son estas dos premisas las que hacen imposible que un asunto como éste sea reprochado, precisamente por lo correcto de las actuaciones médicas.

Aunque hubiese sido de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo a este respecto, ello no es posible, en la medida en que entre los temas que llegaron a ser enjuiciados en casación, no estaba el error de tratamiento¹⁴⁷.

4. La última de las controversias a analizar en el presente apartado, es la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004¹⁴⁸. En este caso D. Daniel fue diagnosticado un carcinoma transicional G-II-Estudio A en vejiga urinaria, siendo necesaria una intervención para preservar su salud. Ahora bien, por la naturaleza de la técnica seguida, el paciente se vio en la necesidad de acudir a una segunda práctica quirúrgica, y cuando comenzó el enjuiciamiento, estaba esperando la tercera. El enfermo estima que el método fue erróneo, ya que abocó a que fuesen necesarias dos cirugías más, por lo que hubiese resultado más correcto acudir a una operación que permitiese una única intervención y no tres.

Las pretensiones indemnizatorias de D. Daniel fueron inadmitidas en primera instancia y apelación, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Un enfermo que ha sido diagnosticado de cáncer considera que se le ha sometido a un tratamiento erróneo, por ser excesivamente agresivo, en la medida en que ha requerido, no sólo de una cirugía, sino de tres; y es precisamente en este punto en el que se encuentra el daño. Aunque es cierto que la última de las actuaciones quirúrgicas fue radical y que podría haberse acudido a la misma con carácter previo, para prevenir al

¹⁴⁷ Línea doctrinal seguida por la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (Sala Tercera, recurso 4409/2008, ponente Martínez – Vares García).

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004, Sala Primera, recurso 1572/1998, ponente Villagómez Rodil. Resolución también analizada desde la perspectiva del derecho de información, en el capítulo correspondiente.

paciente de un peregrinar médico, es lógica la asunción de una actitud precavida frente a una actividad médica agresiva. La necesidad de tres operaciones y no una, se justifica precisamente por esta idea: la tercera de las éstas era radical y más riesgosa, por lo que era la última opción a la que acudir, mientras que las dos primeras eran conservadoras. No hubo un error de tratamiento, sino una terapia expectante, cuya intención era evitar un acto médico agresivo, al que finalmente hubo que acudir. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al afirmar “De este modo lo que el recurrente plantea es que si se hubiera cambiado a la realización de la cirugía radical ésta hubiera solucionado más satisfactoriamente sus problemas de salud, lo que no deja de ser hipótesis y probabilidad, pero sin prueba científica que la avale, pues los hechos declarados probados ponen de manifiesto que la enfermedad que padecía el recurrente aconsejaba practicar en principio medicina conservadora, para evitar en lo posible la extirpación de órganos, y así se llevó a cabo, consistente en resección transuretral y esto no se presenta como una aventura u osadía médica, sino como lo que en su momento era lo más aconsejable en espera de la evolución del cáncer y así lo pone de manifiesto el propio protocolo de tratamiento del cáncer vesical, ya que la técnica empleada trataba de precisar el potencial grado de agresividad del tumor maligno, y su estado de infiltración, y, al conocerse por los análisis, que se trataba de cáncer medio moderadamente diferenciado se mantuvo la praxis hasta entonces aplicada, que era así la correcta y procedente para tratar de conseguir la probable resección completa del tumor y que sólo posteriormente, al agravarse el estado del enfermo, cuando por su propia voluntad acudió a la práctica de cirugía radical y a la extirpación de órganos (vejiga, uretra, próstata), técnica que, en términos de corrección médica no era aconsejable en la primera fase del tratamiento, dado el estado que presentaba la enfermedad y así lo pone bien de manifiesto la prueba inicial que el Tribunal de Instancia tuvo en cuenta por su objetividad, al aportar la conclusión de que lo que estaba más indicado y era técnica más beneficiosa para el paciente, era la del empleo de resección transuretral, aunque tuviese lugar en varios tiempos, como aquí ocurrió. La responsabilidad médica y sanitaria exigida no cabe apreciarla pues se intentó en las primeras terapias el mejor resultado que no se dio, empleándose adecuadamente las técnicas y conocimientos científicos disponibles y conforme al protocolo de la propia enfermedad y sólo en última instancia hubo de practicarse cirugía radical dada la evolución desfavorable del tumor canceroso que padecía el recurrente, pues no se probó que de haberse practicado la referida terapia desde el principio el deterioro orgánico

consecuencias hubiesen sido menores, como tampoco que la grabación que sufrió no lo fuese por la evolución de la propia enfermedad y si como consecuencia directa de haberle sido realizadas varias resecciones transuretrales, quedando resumida la situación en que el estado patológico residual que aqueja al demandante fue consecuencia de la propia evolución negativa del cáncer y que impuso la práctica última de cirugía radical, como queda estudiado”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004 ... *op. cit.* GALÁN CORTÉS se sitúa en una línea idéntica a la apuntada por el Tribunal Supremo, cuando en relación a este mismo litigio señala, que no concurrió ni error de diagnóstico, ni de tratamiento. Apunta este autor, que las decisiones quirúrgicas que se tomaron en un primer momento eran las necesarias para el estadio en el que se encontraba la afección del enfermo, y que las opciones radicales que fue necesario adoptar después, fueron fruto de la evolución de la enfermedad y no de una actuación negligente por parte del primer médico. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 31 de marzo de 2004”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 37, 2005, pps. 135 a 148; concretamente en página 145.

II. EL DAÑO CAUSADO POR TRATAMIENTO.

1. Concepto.

1. En este apartado los litigios a estudiar serán distintos a los anteriormente analizados, ya que la relación fáctica se centra en el daño que sufre un paciente como consecuencia de suministrársele un tratamiento (farmacológico, quirúrgico, actividad médica...), correctamente elegido y estando éste en perfecto estado. No se trata de un producto defectuoso, sino de las consecuencias que éste tiene en el organismo del paciente.

2. Dada la relevancia que va a tener el medicamento, como producto dañino en este apartado, conviene que nos detengamos en este concepto. La palabra “fármaco” proviene del griego *φάρμακον*, que cuenta con un doble significado, por un lado remedio, y por otro veneno; connotaciones de las que se desprenden, tanto los beneficios como los efectos adversos de este tipo de terapias¹⁵⁰. Hasta tal punto llega esta doble vertiente de los medicamentos, que James Black, premio Nobel de la Medicina por descubrir los betabloqueantes y los antihistamínicos H₂, los llegó a definir como “venenos útiles”¹⁵¹.

El artículo 8.a) de la Ley 29/2006¹⁵², entiende el “medicamento”, como un producto de uso humano, poseedor de propiedades de tratamiento o prevención de

¹⁵⁰ ÁLAMO, Cecilio y LÓPEZ – MUÑOZ, Francisco, “La información farmacoterapéutica en el paciente psiquiátrico”, en AMARILLA, Manuel y ÁLAMO, Cecilio (Coordinadores), *El consentimiento informado en la utilización de fármacos*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2000, pps. 47 a 69, página 51.

¹⁵¹ DE ABAJO, Francisco J., “Los efectos adversos de los medicamentos y la información a los usuarios”, en AMARILLA, Manuel y ÁLAMO, Cecilio (Coordinadores), *El consentimiento informado en la utilización de fármacos ... op. cit.*, pps. 69 a 85, página 70. A lo que añade este autor, con una explicación muy acertada “La definición es ciertamente exagerada pero recoge perfectamente la doble cara, que como el dios Jano, tienen los medicamentos. Por un lado, los medicamentos son capaces de modificar mecanismos fisiopatológicos y de este modo mitigar el dolor y la angustia, alargar la expectativa de vida y mejorar su calidad, y, en fin, prevenir o retrasar el progreso de la enfermedad. Pero del mismo modo que el medicamento interfiere mecanismos bioquímicos aprovechables con fines terapéuticos, es capaz también de producir alteraciones que pueden ser perjudiciales para la salud humana”. RAMOS GONZÁLEZ se pronuncia sobre esta misma idea al apuntar que todo fármaco cuenta con beneficios y costes. Cuando los costes son superiores a los beneficios, entonces el producto es defectuoso; cuando es al revés, el medicamento es apto para el consumo. RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, “La responsabilidad por medicamento en el Derecho alemán”, en *InDret*, nº 113, 2003, pps. 1 a 26; concretamente en página 11. Esta misma autora justifica esta relación coste – beneficio en que muchos medicamentos, dado el padecimiento a tratar, tienen que ser agresivos, ya que de lo contrario no serían efectivos y precisamente por ello pueden ser dañinos. GONZÁLEZ RAMOS, Sonia, “Responsabilidad Civil por medicamento: el defecto de diseño”, en *InDret*, nº 287, 2006, pps. 1 a 28; concretamente en página 5.

¹⁵² Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

enfermedades a fin de restaurar, corregir o modificar las funciones físicas de éste. De esta exposición se infiere que este concepto encaja a la perfección en la construcción doctrinal de producto, recogido en el artículo 136 del Texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, por lo que puede ser considerado un bien de consumo.

El papel fundamental que los fármacos han jugado y siguen jugando en nuestro día a día, es innegable. Contribuyen no sólo a sanar la salud maltrecha o alargar la vida, sino también a otorgar una calidad de vida que sin éstos, sería imposible. No obstante, tanto de su fabricación como de su prescripción, además de sus beneficios pretendidos, pueden derivar serios daños, que pueden llegar a poner en peligro la vida de los pacientes. Cuestión por la que el sector de la farmacología debe encontrarse reglado e intervenido por los poderes públicos, a los efectos tener un control sobre la calidad y seguridad de un medicamento, y como garantía ante eventuales daños¹⁵³.

3. La única responsabilidad por un medicamento no se limita a aquella que viene provocada por su naturaleza defectuosa, sino que puede derivar de una prescripción errónea, así como de las eventualidades y efectos secundarios derivados del propio producto¹⁵⁴.

¹⁵³ Tal y como nos acerca JIMÉNEZ LIÉBANA, las inspecciones a los que se someten los fármacos son múltiples y exhaustivas. Ningún medicamento que no ha sido aprobado por la AEMPS o la Comisión Europea puede llegar a comercializarse en el territorio europeo, ya que es éste precisamente el trámite en el que se evalúa la eficacia, calidad y seguridad, tanto del fármaco, como de su prospecto. Esta autorización no se limita a una única actuación, sino que mantiene un riguroso control sobre el producto a lo largo del tiempo, evaluando así la corrección de la autorización. JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo, “Responsabilidad civil por medicamentos”, en GALLARDO CASTILLO, María Jesús (Directora) y CRUZ BLANCA, María José (Coordinadora), *La responsabilidad jurídico – sanitaria ... op. cit.*, pps. 29 a 133, página 36. Prueba inequívoca de esta actividad de vigilancia son las palabras de GILLARD LÓPEZ a este respecto “Laboratorios que han comercializado productos durante largo período deben prever como el estado de la ciencia evoluciona cualitativamente, introduciendo productos alternativos que van minimizando esa tensión entre el beneficio para la salud y los efectos adversos, dejando a los productos más antiguos fuera de los nuevos parámetros de riesgo. La existencia de un producto alternativo o sustitutivo es un elemento mayor de juicio a la hora de valorar si los riesgos asumidos compensan el beneficio terapéutico obtenido”. GILLARD LÓPEZ, Juan, “El balance beneficio riesgo del medicamento (I)”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 147, 2008, pps. 223 a 226; concretamente en página 224. Se trata de una “evaluación continua” que ha de efectuar el titular de la autorización de comercialización, respecto de cualquier modificación de la relación coste – beneficio. GILLARD LÓPEZ, Juan, “El balance beneficio /riesgo del medicamento (II)”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 149, 2008, pps. 373 a 376; concretamente en página 373.

¹⁵⁴ RUIZ GARCÍA y MARÍN GARCÍA elaboran una distinción que puede sernos sumamente interesante. Aseveran estos autores, que todo producto encierra algún tipo de peligro, sin ser necesariamente defectuoso, a lo que debemos añadir, que los fármacos peligrosos no son necesariamente imperfectos, aunque causen daños. De las palabras de estos autores se deduce la distinción que antes comentábamos “Partiendo de que todo producto encierra algún peligro, un producto defectuoso por motivo de fabricación, de diseño o de advertencia es siempre *más* peligroso de lo que debería ser, pero un producto peligroso no es necesariamente defectuoso. Ambas categorías no se autoimplican. La peligrosidad de un producto no viene dada necesariamente porque sea defectuoso, sino que se puede deber a su propia naturaleza. No obstante, la existencia de un defecto, sea del tipo que sea, incrementa la peligrosidad del

En el apartado que ahora nos ocupa no estudiaremos litigios en los que haya un producto defectuoso. En su lugar, analizaremos únicamente casos en los que la problemática gire en torno a un daño derivado del suministro o prescripción de un fármaco en perfectas condiciones y que sin embargo, por las circunstancias del paciente o de la administración misma, éste provoca un daño.

En relación a la prescripción de medicamentos, la Organización Mundial de la Salud viene insistiendo desde 1985 en una serie de pautas regladas que permitan una correcta, no tanto diagnosis, como tratamiento. Lo primero que debe hacerse es acotar el problema del paciente, es decir, diagnosticarlo correctamente, para después señalar un objetivo terapéutico. Una vez pautada la terapia, la siguiente labor del médico, y que precisamente consiste en el elemento objeto de estudio, es verificar el grado de adaptación del medicamento al paciente: si éste es adecuado al mismo y si consigue los resultados pretendidos; en caso contrario será necesario prescribir uno distinto. Finalizada esta etapa, quedan dos fases importantes del deber médico, por un lado la cuestión relativa a la información, éste debe proveer la información necesaria para que el paciente conozca los riesgos que asume; y en segundo lugar, la vigilancia del tratamiento. Esto último es también especialmente relevante en relación al daño irrogado por tratamiento, ya que un seguimiento correcto puede verificar de forma temprana una posible interacción con otro medicamento o una evolución indeseada¹⁵⁵.

4. Llegados a este punto una pregunta de obligada respuesta es, qué debe entenderse por el daño causado por tratamiento. Tal y como de las palabras de SUNN se desprende, estos daños se materializarían en lo que conocemos como “efectos secundarios del fármaco o tratamiento”. Este autor parte de la hipótesis por la cual, admitiéndose la gran labor que tienen los medicamentos, las consecuencias que los fármacos tienen para la salud de los usuarios son importantes, ya que pocos o muy pocos, están exentos de los antes mencionados “efectos secundarios”. Ahora bien, estos daños pueden llegar a ser asumibles, siempre y cuando la relación coste - beneficio sea positiva para el paciente, pero esto es distinto cuando esta concomitancia resulta inversamente proporcional y la utilidad que el fármaco reporta al paciente es inferior a las consecuencias derivadas de los efectos secundarios. Es precisamente en este punto

producto”. RUIZ GARCÍA, Carlos Alberto y MARÍN GARCÍA, Ignacio, “Producto inseguro y producto defectuoso”, en *InDret*, nº 388, 2006, pps. 1 a 20; concretamente en página 13.

¹⁵⁵ AMARILLA GUNDÍN, Manuel, “En la prescripción”, en AMARILLA GUNDÍN, Manuel y AMARILLA MATEU, Nuria, *La responsabilidad contractual terapéutica en el siglo XXI*, European Pharmaceutical Law Group, Madrid, 2002, pps. 119 a 153, páginas 128 y 129.

en el que el mencionado autor se realiza la siguiente pregunta: De conocerse los graves efectos secundarios que un concreto medicamento puede tener sobre el organismo humano, y siendo éstos perniciosos, ¿merece la pena tratar entonces la patología? SUNN no encuentra una respuesta sencilla a esta cuestión, ya que esta decisión depende de múltiples factores, tales como la asunción del riesgo por parte del paciente, la naturaleza de la enfermedad o la evolución misma de ésta¹⁵⁶.

Esta idea del coste – beneficio SOTO NIETO la califica como “ponderación de intereses”, al asegurar que “Todo tratamiento médico, en especial médico – quirúrgico, reporta un riesgo, conlleva, además, sufrimiento físicos o morales. Ello se asume ante el fin curativo alentador de la acción del facultativo. Su justificación es fruto de una adecuada <<ponderación de intereses>> en que se alzapriman los beneficios y utilidad de la intervención sobre las consecuencias negativas previsibles o de inesperada interferencia. Se opta por un procedimiento considerado objetivamente idóneo por las reglas usuales de la ciencia, un tratamiento que presenta beneficios superiores (ventajas) a los posibles daños (inconveniente) para el enfermo. Juicio de valor referido al conocimiento *ex ante* de las condiciones del paciente y de la idoneidad objetiva de la intervención. *Cualquier tratamiento médico o quirúrgico arriesgado debe ir precedido de una información completa e inteligible a paciente o familiares*, en su caso, acerca de las posibilidades de éxito que puedan acompañar la actividad médica, eventuales riesgos de ella derivados, así como de las perspectivas que ofrezca la evolución de la enfermedad o padecimiento de no acudir a la terapia o intervención sugeridas”¹⁵⁷.

No obstante, y aunque la existencia de efectos secundarios en la medicación a día de hoy (riesgos del desarrollo) es inevitable en algunos casos, ello no es sinónimo de aceptación de los daños que de éstos deriven. Aunque algunos perjuicios son casi accesorios, también es cierto que muchos pueden ser mitigados o incluso evitados. A este elemento conviene añadirle, que la posibilidad de que concurra un menoscabo no obsta para que éste no se intente soslayar (con controles periódicos, por ejemplo), como

¹⁵⁶ SUNN, Antor, *Errores Médicos*, Editorial Polémica, Barcelona, 2003, página 75. Es precisamente esta relación coste – beneficio, no sólo la que debe utilizar el paciente, sino que también a la que deben acudir los distintos países a la hora de autorizar y mantener un fármaco en el mercado, partiendo de que todos ellos pueden provocar efectos adversos. Cuando de éstos se derive una peligrosidad mínima y un provecho importante, serán admitidos. Contrariamente, si esta relación no es satisfactoria, no llegarán a comercializarse o serán retirados. RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, “Nota sobre las posibles responsabilidades civiles por los daños asociados a la vacuna Gardasil contra el virus del papiloma humano (VPH)”, en *InDret*, nº 1, 2009, pps. 1 a 7; concretamente en página 6.

¹⁵⁷ SOTO NIETO, Francisco, “Responsabilidad penal derivada de la actividad médica”, en MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luis y DE LORENZO, Ricardo (Coordinadores), *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario* (tomo I) ... *op. cit.*, página 964.

tampoco su asunción debe ser únicamente por parte del médico, sino que es necesario que el paciente conozca los pros y los contras de una medicación o tratamiento, para que adopte una decisión informada¹⁵⁸.

De una manera muy similar se pronuncia SARRATO MARTÍNEZ cuando afirma, que aun siendo innegables las aportaciones a la salud, tanto de los medicamentos como de las actividades quirúrgicas, no debemos olvidar el elemento añadido que llevan consigo, como son los efectos adversos. A lo que añade este autor, que en algunos casos los daños accesorios son inevitables, pero en otros, éstos pueden ser incrementados e incluso provocados por la actuación sanitaria¹⁵⁹.

2. Fenomenología del daño por tratamiento.

1. El daño causado por tratamiento en procesos de vacunación.

En el apartado que ahora nos ocupa se tratan los daños o efectos secundarios derivados de las vacunas, tanto de campañas oficiales, como de vacunaciones individuales.

a) Asuntos en los que el daño es reprochado.

1. La primera y única resolución de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2007¹⁶⁰, se centra en un supuesto de hecho en el que

¹⁵⁸ Aunque la incidencia de los daños causados por tratamiento es infinitamente menor que las cifras que conocemos de daños en relación a errores de diagnóstico o tratamiento, ello no es óbice para que no se le preste atención. A nivel de Derecho comparado se han sucedido una serie de iniciativas legislativas a los efectos de crear registros en los que se deje constancia de estas repercusiones, permitiendo esto observar reacciones repetitivas en algunos fármacos o terapias, que aboquen a la eliminación de los mismos, o el simple mantenimiento de un control o menciones especiales añadidas. Este proyecto evidencia, que a pesar del carácter aislado y limitado de los daños en cuestión, éstos son relevantes. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico; MORENO ALEMÁN, Javier y SANZ MARTÍN, Javier, “Sistemas de notificación y registro de sucesos adversos en el derecho comparado”, en LARIOS RISCO, David, *Error sanitario y seguridad de pacientes*, Comares, Granada, 2009, pps. 5 a 35, página 5.

¹⁵⁹ Concretamente asevera este autor “Es la cara y la cruz del medicamento: no existen medicamentos con riesgo cero, y es evidente que tampoco existen medicamentos fabricados a la medida de cada paciente. Ciertamente es también que muchos de los problemas ocasionados por los medicamentos son debidos a un mal uso de los mismos. De hecho, aproximadamente la mitad de las reacciones adversas a los medicamentos son evitables. Parece lógico pensar que una manera importante de evitarlas es que los profesionales sanitarios estén informados sobre los medicamentos que prescriben (médicos) o dispensan (farmacéuticos)”. SARRATO MARTÍNEZ, Luis, “En torno a la responsabilidad médica en materia de medicamentos” ... *op. cit.*; concretamente en página 2697.

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2007, Sala Tercera, recurso 8967/2003, ponente Herrero Pina.

D. Juan Manuel, a la edad de cuatro años, recibió la vacuna antivariólica en el colegio, siendo ingresado cinco días después de su administración en un hospital, por fiebre y convulsiones, diagnosticándosele de: encefalitis viral post – vacuna antivariólica. Una vez estabilizado el paciente, éste fue dado de alta con un tratamiento anticonvulsivo.

Al cumplir seis años, D. Juan Manuel sufrió una serie de tics motores, que no cedieron hasta que no fueron debidamente atendidos. Años después, cuando el paciente tenía trece años, sufrió nuevas crisis convulsivas tónico – clónicas, que provocaron un automatismo psicomotor, las cuales fueron paliadas con medicación y tratamiento, pero no erradicadas.

Años más tarde, cuando D. Juan Miguel ya tenía veinticuatro años de edad, sufrió una nueva crisis con sintomatología similar a la que había padecido antes. Eran reacciones breves pero que no remitían con la medicación, iniciándose entonces una nueva actividad diagnóstica, de la que se concluyó lo siguiente: Epilepsia Parcial cuya etiología se relaciona con una encefalitis vírica postvacunal.

Con el paso del tiempo las crisis que tenía el paciente se iban incrementando, tanto en intensidad como en frecuencia. A pesar de todo, el enfermo ha podido tener una vida normal, salvo con pequeñas excepciones para su trabajo, requiriendo cada cierto tiempo bajas laborales por enfermedad¹⁶¹.

Ante los mencionados hechos el actor pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda parcialmente estimada en instancias inferiores, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La relación de hechos del supuesto gira en torno a una serie de problemas de salud que sufre D. Juan Manuel, cuyo origen es una vacuna que se le suministró por una campaña de vacunación obligatoria de dudosa necesidad, ya que combatía una enfermedad (la viruela) que hacía años que había sido erradicada en España.

Este caso es especialmente representativo desde el punto de vista del “daño causado por tratamiento”, porque no cabe duda de que los múltiples problemas de salud que sufre D. Juan Manuel tienen su origen en la vacuna, de la que además ya se conocía su elevada peligrosidad. El paciente carecía de ninguna enfermedad destacable antes de las vacunas, y toda la problemática de salud que padece se presentó tan sólo cinco días

¹⁶¹ Conviene apuntar, que la vacuna que le fue suministrada al paciente lo fue por una campaña de vacunación obligatoria, a pesar de que la viruela estaba erradicada en España (el último caso fue en la India en 1975) y que prácticamente todos los países para esa fecha (1975), ya habían eliminado la vacuna de la viruela de la cartilla de vacunación obligatoria, precisamente por los efectos secundarios que provocaba; algo que se hizo en España en el año 1979.

después de que le fuese suministrada ésta. La relación causal entre la práctica médica y las lesiones sufridas por el D. Juan Miguel es innegable, más si cabe si tenemos presente que así le fue diagnosticada en la primera ocasión que tuvo una crisis.

Se trataría de un ejemplo paradigmático de cómo un fármaco, en esta controversia concreta una vacuna, incide negativamente en la salud de un paciente, hasta el punto de condenarle a una dolencia crónica. Se tenía pleno conocimiento de la peligrosidad inherente de esta práctica médica, razón por la cual había sido eliminada de las cartillas de vacunación de muchos países, algo que no se hizo en España hasta pasados unos años. A todo esto debemos añadir, que se trataba de una vacuna prácticamente innecesaria o por lo menos de efectividad limitada, al prevenir una enfermedad que se encontraba erradicada. De esto se deduce que la relación coste – beneficio estaba bastante descompensada.

La especialidad del asunto se encuentra, no tanto en el daño provocado por el tratamiento, sino en lo inadecuado e innecesario del mismo¹⁶². A todos estos aspectos parece conveniente añadir además, la naturaleza obligatoria de la campaña de vacunación, de lo que se colige que el paciente no tuvo opción de rechazar dicha práctica¹⁶³.

¹⁶² Un supuesto similar es el que nos viene de la mano de ALARCÓN PONCE, que aunque no analiza un daño irrogado directamente por una vacuna, estudia las implicaciones de una campaña de vacunación con productos, no defectuosos, pero sí de efectividad limitada posteriormente subsanada, y que sin embargo, no fue debidamente notificado. La problemática se centra en una niña que fue vacunada en la primera campaña de Meningitis C, con una vacuna de efecto limitado y que después no fue informada sobre la existencia de una segunda vacuna mejorada, enfermándose ésta de meningitis C. Afirma el Tribunal Supremo, que la responsabilidad de este caso no derivaría de la ineficacia del producto en sí, sino de la falta de notificación de la existencia de otro más efectivo. Relacionando este litigio con el que está siendo objeto de análisis, podemos extraer conclusiones muy relevantes, aplicables al supuesto en cuestión. En este proceso la vacuna de la viruela era prácticamente residual y en muchos países se había eliminado, precisamente por su escasa influencia y los severos efectos secundarios derivados de la misma. Ahora bien, al igual que en el asunto que nos sirve de comparativa, concurrió una limitación informativa importante, que provocó que ambos niños, de una manera u otra, sufriesen consecuencias derivadas de la vacunación (daño causado por tratamiento). ALARCÓN PONCE, Antonia, “Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 184, 2011, pps. 509 a 514; concretamente en página 512.

¹⁶³ ABELLÁN y SÁNCHEZ CARO nos acercan un asunto muy similar al que ahora ha sido objeto de análisis, pero con una vacuna antirrábica, de cuya peligrosidad y efectos adversos se tienen conocimiento y que sin embargo, no fueron notificados al paciente, quien sufrió una reacción relacionada con la prescripción. Señalan ambos autores a este respecto “El Tribunal entendió que, o la vacuna antirrábica no se encontraba en las debidas condiciones sanitarias, o bien no se advirtió al paciente de las contraindicaciones que podía tener dicha vacuna. Por ello estableció que constituye un deber exigible a los miembros de la profesión médica, y en general al personal sanitario (también a los farmacéuticos en el caso de la atención farmacéutica), el de que adviertan claramente a sus pacientes de las contraindicaciones de los medicamentos que receten o administren, de tal modo que si se omite el cumplimiento de este deber se incurre en responsabilidad, o por el centro sanitario (la persona jurídica pública o privada en cuya organización se encuentra el profesional), o por el facultativo individualmente si ejerce su profesión de modo libre”. ABELLÁN, Fernando y SÁNCHEZ – CARO, Javier, *La responsabilidad médica por la información del medicamento*, Comares, Granada, 2007, página 42. En esta misma línea se pronuncia

A pesar de que sería de sumo interés conocer las afirmaciones del Tribunal Supremo a este respecto, lo cierto es que esto no será posible, al haberse recurrido únicamente ante el Alto Tribunal la cuestión relativa a la jurisdicción competente.

b) Supuestos en los que el daño no es reprochado.

2. La segunda y última controversia, sigue una dirección contraria a la anteriormente analizada, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo 15 de enero de 2008¹⁶⁴, en la que D. Ramón, cuando tenía doce años, fue remitido por su médico de cabecera al alergólogo, por presentar reacciones alérgicas de carácter urticariforme de tres años de evolución; siendo diagnosticado de Polinosis o Enfermedad del Heno y sensibilización a los ácaros del polvo. Dada su mala reacción a los fármacos habituales para la alergia, se optó por acudir a la terapia hiposensibilizante, es decir, a las vacunas. La primera administración no dio problemas, pero tras la segunda dosis el paciente presentó una reacción urticariforme, que sin embargo, cedió y se pudo controlar con la correspondiente medicación. No obstante, al continuar con el tratamiento alérgico, D. Ramón volvió a presentar varios brotes de urticaria, algunos como consecuencia de la exposición a la luz solar, siendo diagnosticado de urticaria crónica y urticaria solar. Esta última supone importantes restricciones en su vida diaria, ya que el paciente no puede exponerse a la luz solar, ni siquiera con cremas de protección, porque le provoca una urticaria severa; algo que ha incidido de manera notable en su vida, provocándole severos problemas sociales, escolares y familiares.

Ante estos hechos, la familia del menor pretendió el resarcimiento del daño por éste sufrido, siendo su demanda desestimada en instancia inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

RAMOS GONZÁLEZ, cuando asegura que otra de las responsabilidades a dilucidar es precisamente la del grado de información de un medicamento con cierta peligrosidad. Concretamente apunta esta autora “Tampoco parece tratarse de un defecto en las instrucciones de uso o en las advertencias sobre los riesgos del producto. Los síntomas que presentaban las dos menores coinciden con algunos de los efectos secundarios detallados en el prospecto y en la ficha técnica del medicamento. Además, los pacientes o sus representantes legales debieron recibir asesoramiento médico sobre los beneficios y riesgos de la vacuna antes de prestar el consentimiento informado para su administración. Si no fue así, la posible responsabilidad civil del fabricante se desplazaría a los profesionales sanitarios que no actuaron conforme a la *lex artis*”. RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, “Nota sobre las posibles responsabilidades civiles por los daños asociados a la vacuna Gardasil contra el virus del papiloma humano (VPH)” ... *op. cit.*; concretamente en página 6.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008, Sala Tercera, recurso 8803/2008, ponente Robles Fernández.

Partimos de una relación de hechos prácticamente idéntica a la anterior, por la cual se desata una dolencia tras la administración de un fármaco, concretamente una vacuna. La dirección adoptada por el juzgador en este caso es manifiestamente contraria, al considerar que el grave padecimiento que afecta a D. Ramón no fue provocado por la vacuna recibida.

De acuerdo con las palabras del Tribunal Supremo, si bien es cierto que tras la segunda dosis el paciente sufrió un brote de urticaria, también lo es que con carácter previo a iniciar este tratamiento, ya había tenido episodios semejantes, que fueron precisamente los que hicieron a su médico de cabecera remitirlo a un alergólogo. A esta argumentación, el Tribunal Supremo añade que en ningún texto de literatura médico – científica consta como posible reacción adversa del método de hiposensibilización alérgica, la posibilidad de que se manifieste una urticaria solar. Conviene apuntar además, que a diferencia de lo ocurrido en el asunto anterior, no se trataba de una vacunación obligatoria, por lo que las implicaciones y exigencias de este caso son de menor calado, en relación al proceso inmediatamente estudiado. El Alto Tribunal parece decantarse por esta idea cuando asevera “Los informes emitidos en abstracto por el Centro Nacional de Farmacobiología y por el Centro de Farmacovigilancia de la Comunidad de Madrid, no excluyen que el contacto con la hidroxicina produzca determinadas reacciones de fotosensibilidad, pero como decimos lo hacen de modo abstracto, mientras que tanto la Inspección Médica como fundamentalmente la minuciosa prueba pericial practicada, examinando todas las circunstancias específicamente concurrentes en el hijo de la actora, terminan excluyendo una causalidad directa y eficaz entre el padecimiento de este y la ingesta del Atarax o de un defectuoso seguimiento médico de la evolución de su patología. Siendo ello así, atendido lo preciso y específico de la citada prueba debe concluirse que no ha quedado acreditado que las dolencias por las que se reclama, trajeran su causa en la mala praxis médica o error de diagnóstico alegados por la actora y siendo ello así y no concurriendo el necesario requisito para configurar la responsabilidad patrimonial de la Administración, ambos motivos de recurso, en cuando planteaban la misma cuestión deben ser desestimados”¹⁶⁵.

Las afirmaciones del juzgador, por las cuales considera que no existe una relación causal entre la vacuna y el menoscabo sufrido por el paciente, dejan sin

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 ... *op. cit.*

respuesta muchas preguntas. En primer lugar, debemos cuestionarnos la relación existente entre la primera urticaria que mostraba el paciente y el violento brote que presentó tras serle suministrada la segunda vacuna. Si bien es cierto que éste padecía una afección dermatológica de tres años de evolución, también lo es que su gravedad era menor y no reaccionaba con la luz solar, algo que comenzó a ocurrir casi con carácter inmediato, tras recibir el tratamiento. Esta afirmación no debe llevarnos a la hipótesis de que esta urticaria vino provocada por la medicación, porque se trataría de un pensamiento erróneo, pero sí nos permitiría plantear la duda por la cual, es posible que esta afección se viese incrementada por las vacunas o por lo menos, desatada. Algo que nos obliga a formularnos la siguiente pregunta, que aunque escapa a nuestro ámbito de análisis, resulta de interés ¿fue el paciente, o en su defecto su madre, informado sobre dicha posibilidad? Esta cuestión permite barajar un nuevo escenario, en el que la responsabilidad podría girar en torno a la idea de una posible omisión informativa, relacionada con la falta de asunción de riesgos, al ser ignorados por parte del paciente¹⁶⁶.

2. El daño por tratamiento y la administración de fármacos.

En este subapartado el análisis será más amplio que el del anterior, donde nos limitábamos a analizar las consecuencias indeseadas de las vacunas. En estos litigios el espectro a estudiar abarca los fármacos en general.

a) Conflictos en los que el daño es reprochado.

1. Esta resolución es una de las más representativas de este bloque de “daño causado por tratamiento”, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero

¹⁶⁶ Es posible que la respuesta a esta pregunta venga de la mano de RAMOS GONZÁLEZ cuando trata sobre la relación dañosa existente en torno a las vacunas. Esta autora parte de la afirmación de que no hay vacuna alguna sin efectos secundarios y que éstos se asumen en relación a la búsqueda de un bien mayor. Al tratarse de un riesgo asumido por el paciente (en este litigio no era una vacunación “obligatoria”), cabe la posibilidad de aplicar esta teoría de la antes mentada autora, cuando concretamente apunta “Sin embargo, aunque las investigaciones aportaran finalmente indicios suficientes para presumir razonablemente que la vacuna ha tenido algo que ver con las reacciones adversas notificadas, en el derecho español de daños la prueba de la relación de causalidad no es un requisito suficiente para imponer al fabricante y, en su caso, a las autoridades sanitarias la obligación de indemnizar a las víctimas. Las vacunas, como la mayor parte de los medicamentos, son inevitablemente inseguras para sujetos determinados, pero altamente beneficiosas para la mayor parte de los pacientes a los que se destina”. RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, “Nota sobre las posibles responsabilidades civiles por los daños asociados a la vacuna Gardasil contra el virus del papiloma humano (VPH)” ... *op. cit.*; concretamente en página 5.

de 2004¹⁶⁷, en la que D. Héctor acudió al servicio de dermatología del centro sanitario más cercano a su localidad de residencia, a fin de ser tratado de acné, para lo cual se le suministró un fármaco que recibe el nombre de “Roacután”. Se trata de un medicamento expresamente indicado para tratar esta afección cutánea, pero que comporta importantes riesgos, dada la incidencia que tiene sobre la glucosa, motivo por el cual al paciente se le practicaron controles mensuales de su nivel de azúcar en sangre. En el caso de D. Héctor, se observó que su nivel de glucosa se incrementaba mes a mes, de manera exponencial. Sin embargo, y a pesar de que los últimos meses de tratamiento el paciente mostraba unos niveles de azúcar elevados y peligrosos para su salud, no se tomó ninguna determinación, hasta el punto de no llegar a suspenderse la terapia, entre cuyas contraindicaciones se encontraba precisamente esa: el aumento de glucosa. Esta ausencia de control (ya que ni siquiera se llegó a modificar la dosis de Roacután que recibía el paciente) le provocó una diabetes en grado de insulinodependencia.

D. Héctor consideró que fue víctima de un daño por tratamiento, pero sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en primera instancia, no así en grado de apelación, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este asunto es especialmente llamativo, ya que a diferencia de lo que ocurría con el anterior, se tenía plena constancia de que una contraindicación directa del Roacután era precisamente la repercusión que tiene sobre la glucosa, en virtud de lo cual se establecían exámenes mensuales. Éstos eran superfluos, dado que no se actuaba en consecuencia, con lo que ello entrañó para el paciente.

El litigio es representativo y bastante evidente, ya que no cabe duda de la relación directa entre la hiperglucemia y el Roacután, no tratándose de una omisión de medios propiamente dicha, porque los controles se efectuaban periódicamente, con la excepción de que no se actuaba en consecuencia, quizás basándose en la dudosa posibilidad de que los niveles de glucosa del paciente se autorregulasen. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo “En el caso que nos ocupa el mencionado Tribunal ha prestado atención a los documentos aportados por las partes y, como resultado, ha procedido a exponer en su resolución los particulares que considera relevantes para la decisión a adoptar, como son: a) La propia advertencia obrante en el prospecto que acompaña al medicamento administrado al demandante, acerca de los

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2004, Sala Primera, recurso 789/1999, ponente Romero Lorenzo.

riesgos del mismo. - b) La falta de precisión de Don Ángel Jesús, Arregui y Aristondo, al afirmar que un nivel de glucemia superior a los parámetros normales (70-115 gr./dl.) no exige la suspensión del tratamiento con Roacutan, sin haber llegado a concretar cuales serían esos niveles superiores admisibles, ni a explicar que determinaciones han de adoptarse si los mismos presentan curva ascendente pronunciada.- c) El dato acreditado de que el actor carecía de antecedentes familiares, siendo óptimo su nivel de glucemia anterior al tratamiento, el cual cambió radicalmente durante la administración del fármaco mencionado.- d) La omisión de una atención rigurosa al resultado de los controles mensuales realizados al Sr. Héctor, los cuales ponían de manifiesto hasta para el más profano una curva ascendente muy pronunciada y cada vez más peligrosa que debió haber aconsejado proceder a una seria reflexión antes de que las cifras de los análisis llegaran a ser claramente patológicas.- e) La evidencia de que o no ha habido tal reflexión o no se ha sabido frenar el tratamiento con Roacutan ante la grave progresión de las cifras, para averiguar la causa de la misma.- f) Como consecuencia de todo ello, el hecho de que un joven que comenzó sano el tratamiento de su acné acabó enfermo crónico, padeciendo una diabetes irreversible”¹⁶⁸.

Este caso es la materialización misma del concepto de “daño por tratamiento”. El Roacután tenía una clara relación coste / beneficio (eliminación de acné / aumento de glucosa), pero un correcto control médico podía incrementar el provecho en detrimento del sacrificio. No obstante, y tal y como adelantaba SARRATO MARTÍNEZ, muchos de los daños por tratamiento son evitables y éste es una de ellos.

Este caso es tan evidente, que no son necesarias mayores precisiones. La relación entre el daño sufrido por el paciente y el fármaco es directa, hasta el punto de que ésta se conocía de antemano¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2004 ... *op. cit.*

¹⁶⁹ ABELLÁN y SÁNCHEZ – CARO se muestran acordes con la decisión del Tribunal Supremo, por cuanto se trataba de un tratamiento delicado, con los conocidos efectos devastadores que podría provocar en el organismo del paciente, y que sin embargo, no se tomaron medidas a fin de paliar los posibles daños que el fármaco podía causar. ABELLÁN, Fernando y SÁNCHEZ – CARO, Javier, *La responsabilidad médica por la información del medicamento* ... *op. cit.*, página 49. LÓPEZ – MUÑOZ y LARRAZ se inclina por una idea parecida, cuando comenta un supuesto muy similar, de unas pastillas de las denominadas “adelgazantes”, de cuya administración podían derivar importantes lesiones. Éstas acabaron provocando un daño, precisamente por falta de atención a la paciente, tal y como ocurrió en el presente asunto. Asegura este autor, que el médico tenía pleno conocimiento de la peligrosidad del fármaco, no obstante lo cual, no actuó en consecuencia cuando se observaron los primeros síntomas. LÓPEZ – MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *El error sanitario* ... *op. cit.*, página 91. Siguen esta misma idea las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 1419/2006, ponente Díez – Picazo Giménez) y sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 3531/2010, ponente Pico Lorenzo).

2. El siguiente litigio es igualmente representativo, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008¹⁷⁰. En este caso D. Octavio fue diagnosticado de tuberculosis por una serie de pruebas preliminares, y aun a la espera de los resultados definitivos, comenzó a ser tratado con la medicación pertinente (Isoniacida, Rifampicina y Piracinamida). Al mejorar su estado se prosiguió con dicha terapia, pero pasados unos meses comenzó a mostrar problemas de agudeza visual por una papilitis bilateral, cuyo origen probablemente se encontrase en la toxicidad de los antituberculosos.

La cuestión central se basa en que la medicación para la tuberculosis, que aparentemente padecía el paciente (ya que los resultados de las pruebas de confirmación no llegaron a conocerse), puede tener una influencia directa sobre la disminución de la agudeza visual, ya que ésta le provocó una neuritis óptica bilateral de origen tóxico. Esta afección, aunque grave, no es inevitable, dado que existen complementos que precisamente tienen esa finalidad, prevenir las contraindicaciones de esta medicación, tal y como ocurre con la vitamina B6. Sin embargo, no se tuvieron en cuenta estas cautelas y al paciente no le fue suministrado este complemento, que previsiblemente habría eliminado, o por lo menos mitigado, las nefastas consecuencias que el fármaco causó en su vista.

D. Octavio consideró que fue víctima de un daño por tratamiento, siendo sus pretensiones indemnizatorias desestimadas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Volvemos aquí a la hipótesis que apuntaba SARRATO MARTÍNEZ, por la que aunque los efectos secundarios de los medicamentos y tratamientos muchas veces son inevitables, otros muchos se pueden precaver, y éste es un claro ejemplo. Este fármaco puede provocar limitaciones en la agudeza visual, pero esta circunstancia no es inevitable, ya que existen complementos que pueden erradicar ese problema, a los que no se acudió en el caso que nos ocupa. Se trata de un ejemplo claro de daño por tratamiento, que al igual que ocurría en el anterior, hubiese podido ser perfectamente evitable con una sencilla actuación preventiva. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando asevera “En efecto, de dicho informe resulta que aun cuando no es frecuente, era médicamente conocido que como efecto adverso de la pauta de Rifinah 300 podía producir neuritis óptica, efecto este que podía paliarse con la

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008, Sala Tercera, recurso 4429/2004, ponente Robles Fernández.

administración de piridoxina o vitamina B 6. El perito, no dice como pretende deducir la Sala, que la prescripción de la vitamina B 6 fuese únicamente procedente cuando se tratase de pacientes de edad avanzada o desnutridos, sino que hace una consideración general sobre pacientes de tales características, pero también señala que no hay ningún dato objetivo previo al tratamiento que permita pronosticar, quien puede predecir con mayor probabilidad la neuritis óptica, por lo que admite que en cualquier paciente puede producirse tal efecto adverso”¹⁷¹.

La semejanza de este asunto con el anterior es evidente, así como la relación entre el fármaco y el daño sufrido por el paciente, en virtud de lo cual no parece conveniente ahondar en mayor medida sobre la controversia.

3. El tercero de los supuestos, junto con el siguiente, son magníficos ejemplos en los que se materializa un daño directo por el suministro de un medicamento, con el factor añadido de una cierta omisión de medios. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2001¹⁷², en la que una niña, que aún no había cumplido los tres años de edad, fue diagnosticada de una broncopatía obstructiva, para lo cual se le recetó un tratamiento consistente en cuatro inyectables de Combitorax, es decir, broncodilatadores antitensivos. A pesar de que la cantidad máxima recomendada era de cuatro inyecciones en total, al no mejorar el estado de la menor, se le suministraron un total de ocho dosis. Conviene señalar que este fármaco estaba contraindicado para niños menores de dos años y medios, y que la paciente apenas había superado esa barrera de edad.

Tras la última de las ocho inyecciones, la paciente comenzó a notar una pérdida inmediata de fuerza en la pierna derecha, que afectaba de forma grave al nervio ciático poplíteo externo y con menos intensidad, al interior. Ésta fue tratada con una pomada pero no fue suficiente, por lo que fue necesaria una intervención, al observarse que padecía una lesión completa en el músculo pedio, muy severa en tibial interior y leve para la región corta del bíceps. A pesar de la cirugía, la mejoría de la menor fue leve, quedándole importantes secuelas, que le dificultan la deambulación.

En base a las mencionadas circunstancias, la familia de la paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda desestimada en primera instancia, no

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008 ... *op. cit.*

¹⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2001, Sala Primera, recurso 913/1996, ponente Martínez – Pereda Rodríguez. Resolución también analizada desde la perspectiva de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en el capítulo correspondiente.

así el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial competente, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La relación entre el tratamiento que recibió la menor y el daño final sufrido por la misma es indiscutible, con carácter previo a la administración de las inyecciones la enferma carecía de lesión alguna en ninguna de sus piernas y fue precisamente la interacción de las mismas, la que provocó el perjuicio que actualmente padece. Además, parece conveniente apuntar, que a pesar de que la paciente había traspasado el umbral mínimo de edad, para que le pudiese ser administrada la medicación en cuestión (dos años y medio), lo hacía a duras penas, pues aún no tenía tres años. Hecho al que debemos añadir, que no sólo le fueron suministradas cuatro dosis, que era lo habitual, sino ocho; tan sólo porque el estado de la menor no mejoraba. Esto es, en lugar de modificarse la medicación, se duplicó el número de inyecciones a recibir por la paciente.

Nos encontramos ante un litigio obvio de daño por tratamiento, por el cual a una paciente se le prescribe un fármaco, que aunque no era incorrecto, sí que era un tanto inadecuado; no en vano, ésta apenas superaba la barrera de edad mínima que exigía el prospecto del medicamento. No obstante, en esta actuación no hallamos ningún tipo de reproche, ya que si bien esta decisión puede ser criticada, no es contraria a la *lex artis*. Lo que sí fue incorrecto fue suministrar el doble de lo habitual a una niña de tan corta edad. El daño por tratamiento de este asunto es reprochable, porque fue ocasionado por no tomarse medidas de control sobre un producto potencialmente dañoso¹⁷³. El Alto

¹⁷³ Sobre esta misma controversia se pronuncian ABELLÁN y SÁNCHEZ – CARO y se inclina por una línea muy similar a la que hemos mantenido, acorde con las apreciaciones del Tribunal Supremo, al considerar que la alusión que efectúa el médico a la información del prospecto del medicamento y que la menor ya había superado la edad mínima, no es suficiente a los efectos de eximirle de responsabilidad. ABELLÁN, Fernando y SÁNCHEZ – CARO, Javier, *La responsabilidad médica por la información del medicamento ... op. cit.*, página 47. Puede ser especialmente clarificadora la opinión de ÁLAMO y LÓPEZ – MUÑOZ, que aun no versando sobre este caso concreto, afirman con claridad los límites reales de la capacidad informativa del prospecto, tanto para el médico, como para el paciente (cuestión en la que precisamente se escudaba el médico del asunto que nos ocupa). Señalan estos autores, que la función del prospecto no es otra que la de complementar la información, tanto al paciente como al médico, y que por lo tanto no puede ser la única fuente de información, y mucho menos la principal. Tal y como estos autores lo califican, se trata de “un elemento auxiliar”. ÁLAMO, Cecilio y LÓPEZ – MUÑOZ, Francisco, “La información farmacoterapéutica en el paciente psiquiátrico”, en AMARILLA, Manuel y ÁLAMO, Cecilio (Coordinadores), *El consentimiento informado en la utilización de fármacos ... op. cit.*, página 54. Respecto de un asunto muy similar ABELLÁN y SÁNCHEZ – CARO afirman, que la exoneración de responsabilidad por la limitada o errónea información que ofrece un medicamento, no es justificación suficiente, ya que el médico debe contar con otras fuentes añadidas de conocimiento “En otras palabras, el Juzgado determinó que el hecho de que la información del prospecto de un medicamento sea escasa no exime al profesional sanitario de obtener mediante el estudio y la investigación en las fuentes bibliográficas científicas la suficiente y correcta información sobre cada producto. Estas manifestaciones dentro de los fundamentos jurídicos de la Sentencia que estamos comentando, sugieren en cierto reproche

Tribunal parece decantarse por esta misma idea cuando afirma “Se trataba de una paciente que no llegaba a los tres años de edad, a la que prescribir un tratamiento de Combitorax, de ampicilina con balsámico de cuatro inyectables, que repite, medicamento que en su prospecto, a más de las contraindicaciones hace advertencia de que no debe inyectarse en niños menores de dos años y medio, tratándose de una menor que no había alcanzado los tres años. La conducta del médico debe reputarse de poco diligente al mandar ocho inyecciones a una menor de tres años, cuando una sola estaba contraindicada por el prospecto -y por la ficha técnica- a un menor de dos años y medio y no sólo se prescriben cuatro inyecciones en días sucesivos, sino que repite la dosificación. Por el contrario, el motivo debe ser acogido respecto a los recurrentes A.T.S., pues no consta que las lesiones causadas a la niña lo fueran por haberse inyectado de forma incorrecta, antes al contrario, de toda la prueba practicada parece

a la actuación de los profesionales en el campo de la información sobre el fármaco, que aunque no fueron demandados en el proceso (y por eso no se entró a dilucidar su responsabilidad o no), podía haber evitado los problemas de salud aducidos por las reclamantes”. ABELLÁN, Fernando y SÁNCHEZ – CARO, Javier, *La responsabilidad médica por la información del medicamento ... op. cit.*, página 58. Supuesto distinto sería aquel en el que la información con la que cuenta el médico es insuficiente, pero no por su falta de diligencia, sino porque el laboratorio fabricante del producto no la ha hecho pública. Así nos lo hace llegar BARRIOS FLORES con el famoso caso *Tobin v. Smithkline beecham*, por el que un hombre que sufría episodios de ansiedad y depresión acudió a su médico, quien le recetó un fármaco, Paxil, que en principio parecía ser idóneo para el cuadro que presentaba. No obstante, 12 días más tarde de comenzar este tratamiento, el paciente asesina a su mujer, a su hija y a su nieta (una menor de 9 meses), suicidándose él acto seguido. Las disquisiciones que se realizaron con carácter posterior, evidenciaron que el fármaco Paxil podía generar tendencias suicidas y homicidas. Este litigio es diferente a los estudiados en este bloque, porque en este caso el error se encuentra en la entidad farmacéutica, que en la ficha técnica del medicamento no había hecho constar el efecto secundario que se produjo, algo que provocó que el médico lo desconociese y optase por recetárselo al paciente, con fatales consecuencias. BARRIOS FLORES, Luis Fernández, “Responsabilidad por suicidio como consecuencia del tratamiento antidepresivo”, en *Diario La Ley*, nº 7, 2001, pps. 1 a 29. En esta misma línea de información deficiente de un medicamento, entendiéndose como la ausencia de una referencia a este respecto en la ficha técnica del mismo, se pronuncia GALÁN CORTÉS, cuando respecto de un supuesto en el que del suministro de un medicamento derivó un daño que no constaba en la ficha técnica del mismo, es decir, existía un error en las instrucciones, afirma “En el mismo sentido, la sentencia comentada declara respecto de este extremo, en su fundamento de derecho tercero, que los facultativos cumplimentaron la información en los términos en que era conocido el riesgo, en el que no estaba el ictus. De la declaración efectuada por la Audiencia se da por probada la existencia de un defecto en las instrucciones o advertencias del medicamento en cuestión, pues el mismo no recogía el riesgo o efecto adverso materializado tras su administración ni en el prospecto ni en la ficha técnica facilitada en España, a diferencia de lo acontecido en EEUU. Se entiende que un producto contiene un defecto por instrucciones o advertencias inadecuadas cuando sus riesgos previsibles de daño se podrían haber reducido o evitado mediante instrucciones o advertencias razonables, de tal forma que esta omisión hace que el producto no sea razonablemente seguro”. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 20 de noviembre de 2009”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 83, 2010, pps. 1223 a 1235; concretamente en página 1233. Opinión compartida por SOLÉ FELIU, al comentar una resolución que trata sobre los efectos secundarios del Agreal. La problemática que giraba en torno a este producto es que las indicaciones de la farmacéutica eran escasas y no incluían determinadas dolencias inherentes al fármaco. Las demandas de los afectados sin embargo, no se dirigían contra los médicos que lo habían prescrito, sino contra la empresa que lo fabricaba, no porque tuviese un fallo de diseño, sino porque la información o las instrucciones eran defectuosas. SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la sentencia de 28 de mayo de 2012”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 91, 2013, pps. 265 a 286.

deducirse que se colocaron las inyecciones en "el punto de Barthelemy", o sea, en el correcto, en el de las inyecciones intramusculares e incluso en el Informe del Hospital General de Alicante se señala que la lesión parece ser tóxica y otro tanto repite el Médico forense en el juicio de faltas. No consta que exista por parte de tales A.T.S. actuación negligente alguna”¹⁷⁴.

4. Igualmente llamativo es el último de los litigios, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2006¹⁷⁵, una controversia en el que D^a. María Purificación, que padecía una hipertensión severa, comenzó a medicarse con Retinec 20 mg (medio comprimido al día) y Seguril, por orden de su médico. Aunque este fármaco era correcto a los efectos de tratar la hipertensión que tenía D^a. María Purificación, afectaba a sus niveles de potasio, por lo que debía mantenerse un control muy estricto y evitar interacciones con otras terapias que pudiesen provocar efectos indeseables en la paciente.

En una de las revisiones programadas a la que acudió la enferma, se encontró con que su médico habitual no estaba pasando consulta y fue recibida por un sustituto de éste. Este segundo médico, al observar las analíticas de la paciente, decidió cambiar la medicación que venía tomando, a pesar de que en los resultados que arrojó la sangre de ésta no se había estudiado el nivel de potasio.

La problemática surgió cuando el primer tratamiento interactuó con el segundo, provocando un daño en la enferma, que obligó a su médico habitual a atenderla en su propio domicilio, al presentar ésta un estado físico y anímico alarmante; absteniéndose de suministrarle nuevos fármacos, al observar la terapia que estaba siguiendo. Pasadas unas horas la paciente sufrió un desvanecimiento en su domicilio y al recobrar el conocimiento, tenía dificultades en el habla, por lo que fue remitida de manera urgente al hospital más cercano. Cuando llegó a éste, se observó que D^a. María Purificación tenía un nivel de potasio muy bajo, siendo diagnosticada de hiponatremia envolumica y tratada de manera satisfactoria, alcanzando una mejoría metabólica positiva. No

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2001 ... *op. cit.* Parece conveniente añadir una interesante puntualización que efectúa AMARILLA GUNDÍN, cuando señala que entre las obligaciones del médico, además de diagnosticar y prescribir correctamente, también se encuentra la de eliminar tratamientos que se evidencien ineficaces, porque pueden ser una clara muestra de un error de diagnóstico. En relación al caso que nos ocupa, observamos cómo estas medidas tampoco fueron adoptadas, porque ante la falta de resultados tras las primeras inyecciones de Combitorax, el médico, en lugar de barajar una nueva terapia, lo que hizo fue doblar la dosis, algo que además estaba desaconsejado. AMARILLA GUNDÍN, Manuel, “En la prescripción”, en AMARILLA GUNDÍN, Manuel y AMARILLA MATEU, Nuria, *La responsabilidad contractual terapéutica en el siglo XXI... op. cit.*, página 126.

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2006, Sala Primera, recurso 2297/1999, ponente Seijas Quintana.

obstante, le quedó una tetraplejia espástica en postura de descerebración en prono flexión de los miembros, lo hace que requiera de ayuda para el día a día.

En base a los mencionados hechos, la familia de la paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda desestimada en primera instancia, no así en apelación, en virtud de lo cual la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La semejanza entre este caso y los anteriores es más que evidente, con la excepción de que en este asunto no fue tanto la administración de un producto lo que provocó el daño, como la interacción de dos medicamentos. Una paciente se encuentra bajo un tratamiento, que podría calificarse como riesgoso, por los efectos que la relación entre los fármacos puede provocar en los niveles de potasio, por lo que cualquier cambio brusco de medicación está contraindicado, y de acudir a éste, debe realizarse con estrictos controles. Aunque esta modificación no fue decidida por el médico titular de la paciente, éste no dejó ninguna mención en la historia clínica de D^a. María Purificación sobre lo inadecuado de cualquier alteración medicamentosa, lo que llevó al médico que le sustituyó a cambiar su terapia, por considerar que ésta no estaba mejorando la salud de la paciente. Como ya hemos comentado con anterioridad, el médico titular se percató del cambio de medicación cuando D^a. María Purificación mostró graves síntomas de interacción farmacológica, lo que evidencia que este facultativo, al regresar a su puesto de trabajo, no realizó ningún tipo de control sobre las actuaciones de su compañero. De nuevo nos encontramos ante un fármaco “delicado”, que no recibe un control lo suficientemente riguroso. El Tribunal Supremo sigue una línea argumentativa similar al pronunciarse sobre este litigio “Pues bien, el error de derecho que se denuncia en el motivo supone que la sentencia ha quebrantado el *artículo 1.902 CC* como efecto de una equivocada calificación y aplicación jurídica que a éste debe darse al ser la culpa o negligencia en el agente que causa el daño una cuestión jurídica que puede revisarse en casación. Y es el caso que la sentencia acepta que la conducta del demandado se ajustó inicialmente a la “lex artis ad hoc” y esto es lo que provoca realmente el desenfoque del problema puesto que lo que se le imputa nada tiene que ver con un diagnóstico equivocado o con una selección inadecuada del medicamento. Lo que le imputa es que en el curso curativo de la paciente no fuera lo diligente que cabía esperar a la vista de la evolución y de los síntomas inequívocos manifestados, y es lo cierto que la impugnación se hace en el motivo cayendo en una crítica al desconocimiento de las conclusiones de la prueba pericial, de modo aislado y

por tanto sin consideración al contexto en el que fue apreciada, señalando incorrectamente aspectos materiales del conjunto probatorio de aplicación que serían propios de la comisión de un error de hecho. Sin duda, la calificación que se concede en la instancia representa una labor cumplida en el ámbito de la valoración de la prueba, relativa a la negligencia, pues contraria a la diligencia propia del acto médico es conocer los efectos negativos para la salud de la paciente vinculados al tratamiento aplicado y no adoptar las medidas oportunas (control analítico que hubiera podido corregir la excesiva pérdida de sodio e ingreso hospitalario en su caso), siendo así que, como profesional de la medicina, conoce a la enferma y la enfermedad, y sabe las indicaciones contenidas en la ficha técnica del medicamento, y los males que podía generar en el curso de su evolución, derivados de un posible desequilibrio del balance electrolítico en sangre”¹⁷⁶.

b) Controversias en las que el daño no es reprochado.

5. Comenzamos el análisis de las controversias en las que la dirección argumentativa del Tribunal Supremo fue manifiestamente contraria, es decir, desestimatoria. La primera de las sentencias es la de 4 de diciembre de 2007¹⁷⁷, en la que una paciente se encontraba sometida a un tratamiento de litio, a fin de paliar una dolencia de la que no tenemos conocimiento, que además intercalaba con medicamentos psiquiátricos, cuya finalidad era aliviar una grave depresión que sufría. La fluoxetina (antidepresivo) podía, no sólo incrementar el efecto del litio en el organismo de la enferma, sino también potenciar su toxicidad. Dados los peligros de una interacción, la

¹⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2006 ... *op. cit.* De una opinión similar se muestran ABELLÁN y SÁNCHEZ – CARO al comentar este mismo asunto, considerando incorrecta la actividad médica desplegada, al no practicarse análisis añadidos o relacionar los síntomas con la medicación que estaba tomando la paciente, más si cabe conociéndose los efectos que ésta podía tener en el organismo de la misma. Concretamente señalan estos autores “El reproche del Tribunal al médico consistió en asociar indebidamente el estado de la paciente con un cuadro depresivo, sin acordar la práctica de analítica, ni relacionar aquél con el tratamiento diurético que se le administraba; así como la incidencia que produjo en la salud de la paciente la administración del medicamento Diondel, <<unido a la omisión de determinadas exigencias contenidas en el prospecto>>, que recomendaba una analítica para verificar los niveles de potasio”. ABELLÁN, Fernando y SÁNCHEZ – CARO, Javier, *La responsabilidad médica por la información del medicamento* ... *op. cit.*, página 51. Comentando este mismo litigio SARRATO MARTÍNEZ afirma que realmente la actuación médica no fue inadecuada, sino que la verdadera incorrección se encuentra en la actividad posterior del facultativo, que no fue diligente en lo que a la vigilancia se refiere “Parece claro lo atinado de este razonamiento, pues el médico es libre para escoger el tratamiento que considere mejor para el paciente, pero tiene la obligación de hacer un seguimiento de los posibles efectos secundarios que se pueden derivar de ese tratamiento determinado”. SARRATO MARTÍNEZ, Luis, “En torno a la responsabilidad médica en materia de medicamentos” ... *op. cit.*; concretamente en página 2699.

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007, Sala Tercera, recurso 9761/2003, ponente Robles Fernández.

paciente estaba sometida a rigurosos controles, que de acuerdo con los protocolos médicos, debían efectuarse en un plazo de 3 a 6 meses; y por ello a ésta se le practicaban exámenes cada cuatro meses. Sin embargo, la regularidad y constancia de sus resultados tras varios años de tratamiento (el máximo que había sido medido era de 0,96), llevaron a su médico a espaciar más los análisis, todavía dentro del plazo de los seis meses. Ahora bien, meses después de adoptar esta decisión la paciente tuvo que ingresar en el servicio de urgencias del hospital más cercano a su localidad de residencia en estado de coma (del que no salió), por haber alcanzado el litio un grado de toxicidad alarmante en su organismo.

En base a lo anteriormente señalado, la familia de la paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

De los hechos se desprende con total claridad, que a pesar de los controles que se le realizaban a la paciente, la toxicidad del litio se vio incrementada por su interacción con los antidepresivos que tomaba. Se trataría de un supuesto claro de daño causado por tratamiento, al no existir ningún factor exógeno, a pesar de lo cual el Tribunal Supremo ha adoptado una decisión desestimatoria. Esta opción se justifica, porque de acuerdo con los análisis que le fueron practicados a la paciente tras su ingreso en estado comatoso, sus niveles de litio en sangre fueron incrementándose de manera exponencial, hasta alcanzar la alarmante cifra de 2,58, todo ello teniendo en cuenta que los máximos niveles de litio se presentan entre la hora y las tres horas después de su ingesta. Esto apunta a la posibilidad de que la enferma tomase, bien de manera accidental o voluntaria, una cantidad de litio varias veces superior a la dosis que le había sido prescrita, de forma que la relación entre la interacción medicamentosa y el daño sufrido por la paciente pierde sustancia, tomando sentido la decisión adoptada por el Tribunal Supremo “Del contenido de ambos informes médicos minuciosos y detallados resulta claro que la valoración que de los mismos ha realizado la Sala de instancia, que por lo demás no ha sido cuestionada por la actora, es absolutamente lógica y razonable. En ellos se contienen unas conclusiones que resultan absolutamente relevantes para descartar una infracción de la "lex artis" en el seguimiento y control que se realizaba a la paciente sobre los efectos de la medicación (en concreto el litio) que se le pautó, y que son las siguientes: A) que las concentraciones de litio en sangre encontradas a las 2 y a las 4,5 horas del ingreso hospitalario obedecen probablemente a una sobredosis de litio en las horas previas a la intoxicación. B) que no se objetivan

manifestaciones sugerentes de interacción medicamentosa entre el litio y los otros fármacos prescritos, conclusión esta que descarta la aseveración de la recurrente en el sentido de que la prescripción del Prozac podía potenciar los efectos tóxicos del litio. C) que no se han objetivado manifestaciones clínicas sugerentes de intoxicación crónica por litio. Descartada una intoxicación crónica por litio, así como una interacción medicamentosa entre el litio y los otros fármacos recetados a la paciente, no cabe apreciar como pretende la recurrente un control defectuoso en los efectos que aquel podía producir sobre la Sra. Erica, pues los que venían haciéndose eran los propios y ordinarios de la vista de la medicación pautada según los informes médicos ponen de manifiesto. Si a ello se añade que dichos informes ponen de relieve que la intoxicación se produjo en las horas anteriores al ingreso hospitalario, el día 21 de Agosto de 1.999, es obvio que aquella por su carácter inmediato no puede imputarse a una mala praxis médica, y por tanto no cabe apreciar una vulneración de los preceptos que se citan en el motivo de recurso que consiguientemente debe ser desestimado”¹⁷⁸.

No existió una interacción dañosa entre los medicamentos que le suministraban a la paciente, sino un error de suministro, voluntario o involuntario; de forma que el concepto de daño por tratamiento no tiene cabida en este caso¹⁷⁹.

6. La segunda y última de las resoluciones de este apartado, aunque sigue la misma línea que la anteriormente analizada, no es tan explícita. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2001¹⁸⁰, un caso en el que D^a. Amelia, debido a los trastornos psiquiátricos que padecía, era tratada con una fuerte medicación, concretamente con Valium, Lexatin e Idalprem (benzodiacepinas). No obstante, su estado no mejoró, sino que la administración de estos fármacos le provocó una seria adicción, que aún a día de hoy no ha conseguido superar. Estima la paciente que la mezcla de los tranquilizantes fue precisamente la que provocó su dependencia a éstos.

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007 ... *op. cit.*

¹⁷⁹ Sobre esta misma idea versan las más recientes sentencias: sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2011 (Sala Tercera, recurso 4201/2006, ponente Díez – Picazo Giménez), sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 4149/2007, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 715/2011, ponente Enríquez Sancho), sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2012 (Sala Tercera, recurso 1576/2011, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012 (Sala Primera, recurso 2002/2009, ponente Seijas Quintana) y sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 2838/2010, ponente Marti García).

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2001, Sala Tercera, recurso 7513/1996, ponente Lecumberri Marti.

D^a. Amelia consideró que fue víctima de un daño por tratamiento, de manera que pretendió ser indemnizada por ello. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nuevamente una actividad farmacológica genera un daño a un paciente, en este caso la relación entre distintos fármacos antidepresivos provocó una seria adicción a D^a. Amelia, que aún no ha podido superar. Sin embargo, el Tribunal Supremo opina que no existe nada objeto de reproche, por la misma idea por la que este Alto Tribunal estimó que no había una relación causal entre unas vacunas para la alergia y una urticaria (sentencia de 15 de enero de 2008); por la inexistencia, de acuerdo con la literatura científica, de evidencias que avalen una interacción semejante entre los mencionados medicamentos. De lo que se desprende, que sería la propia actuación de la paciente, o su predisposición a la adicción, lo que le abocó al mencionado daño. En esta línea se pronuncia el Tribunal “En atención a los hechos que hemos transcrito y a los argumentos utilizados por el recurrente al discutir cuestiones de hecho que son de la competencia del Tribunal a quo, procede desestimar los motivos de casación invocados, pues en el caso que enjuiciamos falta el elemento de la antijuridicidad como presupuesto o requisito de la imputación del daño y del deber del resarcimiento que éste genera para la Administración, ya que ni los medicamentos -que, según manifiesta la representación procesal del recurrente, le fueron prescritos por médicos, tanto de la Seguridad Social, como por médicos de la medicina privada- pueden producir, en principio, los efectos nocivos o perjudiciales que infundadamente se les achacan, por haber sido recetados precisamente por facultativos de la medicina, según su *lex artis*, ni la comercialización o venta de los referidos medicamentos pudo efectuarse libremente por los centros de asistencia sanitaria dependientes de la Administración demandada, a favor de cualquier usuario, sin el previo control médico”¹⁸¹.

No hay mucho que añadir a la decisión adoptada por el juzgador que no hayamos comentado con anterioridad, la ausencia de un nexo claro entre los fármacos suministrados y el daño final sufrido por la paciente, hace que no existan los ingredientes necesarios para estimar un daño ocasionado por tratamiento.

¹⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2001 ... *op. cit.*

3. El daño por tratamiento y las pruebas médicas.

En este apartado vamos a alejarnos de las ideas que barajábamos en los bloques anteriores, centrándonos en la capacidad dañosa de otro tipo de actos médicos, como son las pruebas diagnósticas.

a) Supuestos en los que el daño es reprochado.

1. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004¹⁸², es el primer caso de este bloque y el único estimado. En este asunto D. Enrique, que padecía molestias en la región lumbar, fue sometido a una mielografía a efectos diagnósticos, en la que se halló el origen de su dolencia, una hernia discal a nivel L4 – L5. Cinco días más tarde de que se le practicase la prueba en cuestión, el paciente ingresó en el servicio de urgencias del mismo centro donde se le había practicado la mielografía, con un cuadro de cefalea, vómitos sin náuseas previas y fiebre; siendo diagnosticado de meningitis, cuyo origen era precisamente la prueba. Fue atendido de manera urgente, a fin de paliar los posibles efectos que esta afección podía provocar en su organismo, sufriendo a consecuencia de la misma una paraplejia en los miembros inferiores, para la que requirió una intervención, que no mejoró mucho su estado.

Ante los mencionados hechos, el actor pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación.

El litigio es bastante claro, un paciente aquejado de dolores lumbares sufre una meningitis como consecuencia de la práctica de una mielografía, que pretendía diagnosticar el origen de sus molestias. El enfermo carecía de síntomas previos a la prueba, más allá del malestar que presentaba y que no era propio de la meningitis que padeció después, por lo que la relación entre el medio de diagnosis y la enfermedad posterior es innegable; más si cabe si tenemos en cuenta que existe una vinculación más o menos estrecha entre la punción lumbar (mielografía) y el *estafilococo aureus*, una infección bacteriana muy común en los hospitales, que puede desencadenar en una meningitis. A esto conviene añadir, que de haberse acudido a otra prueba, como un TAC (que era menos riesgoso para el paciente), la infección y posterior meningitis se

¹⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004, Sala Tercera, recurso 2117/2001, ponente González Navarro.

habrían evitado, ya que no habría necesidad de practicar la mielografía; esto es, se optó por la vía más peligrosa y se materializó un daño derivado de la misma, evitable y reprochable. De la frase anterior se desprende que la relación causal existente entre la punción y el daño sufrido por el paciente es innegable, dando forma al concepto de daño causado por tratamiento, tal y como se deduce de las afirmaciones del Tribunal Supremo “Pues bien, estando, como está claramente probado que los daños irreversibles que padece el recurrente, y concretamente la meningitis que sufre tiene su causa eficiente en la Mielografía que se le practicó; y estando probado que el estado de la ciencia y de la técnica en ese tiempo permitía y hacía aconsejable haber realizado un TAC, y que si éste se hubiere llevado a cabo en vez de la Mielografía no se hubiera producido la Meningitis; probado también que ha habido -y había en el momento de ejecutarse la acción- secuelas que son progresivas; probado todo esto, no puede eximirse de responsabilidad a la Administración por el hecho de que el hospital en que fue operado carecía de este medio, pues en tal caso pudo y debió remitirse al paciente a otro hospital del Sistema de la Salud, pues un sistema es un conjunto de elementos interdependientes, la unidad de una pluralidad, en suma una totalidad; y este Tribunal ha tenido ocasión de conocer no pocos casos de responsabilidad extracontractual por acto sanitario en que ha tenido lugar esa cooperación de un centro sanitario del sistema con otro insuficientemente dotado”¹⁸³.

b) Casos en los que el daño no es reprochado.

2. La primera de las resoluciones desestimadas es la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2003¹⁸⁴, en la que una paciente que se sometió a una arteriografía renal para diagnosticar una dolencia que le aquejaba, sufrió una parálisis de los miembros inferiores en el curso de la misma, de la que no ha podido recuperarse; estimando ésta que la paraplejia que le afecta es consecuencia directa de la prueba en cuestión.

La enferma consideró que fue víctima de un daño por tratamiento. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que ésta recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

¹⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004 ... *op. cit.*

¹⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2003, Sala Tercera, recurso 4135/1999, ponente Lecumberri Marti

Este asunto sigue una línea similar al anteriormente analizado, en el que una prueba provoca un daño. En este supuesto, durante la arteriografía, la paciente detectó una parálisis de los miembros inferiores de la que todavía no se ha recuperado, y a pesar de los mencionados hechos, el Tribunal Supremo no ha llegado a admitir la concurrencia de una relación causal entre la actividad diagnóstica y el daño sufrido por la paciente. La razón de ser es bastante sencilla, de la literatura médica no se desprende relación alguna entre este medio de diagnosis y el perjuicio final sufrido por la enferma, de ahí que ésta tampoco estuviese informada sobre este extremo. Ello nos sitúa en una tesitura, por la que sería necesario barajar la hipótesis de una cierta predisposición de la paciente a una lesión como la que se le presentó, por lo que su origen no es tanto la práctica probatoria, como la propia condición de D^a. Claudia. Aunque la arteriografía es el desencadenante, no es éste el elemento causante, tal y como ocurría en el caso de la urticaria solar (sentencia 15 de enero de 2008). De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando afirma “El Tribunal a quo, en base a los informes de la Inspectora y Psiquiatra del Centro de Salud de Avila (sic), considera que está "sobradamente probado que la paraplejia padecida por el actor no es de origen orgánico, por el contrario, puede deducirse indudables datos que su origen radica en un trastorno psíquico que precisaba y precisa tratamiento psiquiátrico y rehabilitador y que dichos tratamientos se le ofrecieron al demandante, permaneciendo éste en una actitud pasiva; deduciendo de todo lo actuado que no se ha acreditado un funcionamiento de los servicios públicos, por acción u omisión, causante del daño que se dice padece actualmente el actor, en base precisamente a esa falta de constatación, ya apreciada en su día por la Jurisdicción civil, sin que ahora se aporte algún dato o elemento nuevo que permita admitir lo contrario, y a la conducta meramente pasiva del actor reacio a soportar los tratamientos médicos y rehabilitadores que en su día se le ofrecieron por los médicos psiquiátricos y rehabilitadores que en su día se le ofrecieron por los médicos que le atendieron, según consta en las actuaciones, y sin que tales tratamientos puedan ser impuestos por la fuerza contra la voluntad del paciente, como ahora pretende insinuar el demandante”¹⁸⁵.

De las palabras del juzgador, así como de los hechos, se desprende la inexistencia de una relación causal entre la actuación médica y el resultado final.

¹⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2003 ... *op. cit.*

3. Prácticamente idéntica es la siguiente y última controversia de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005¹⁸⁶. En este supuesto D. Jose Carlos fue diagnosticado de exoftalmos con dolor al palpar, de cinco semanas de evolución. Al comprobarse en la última consulta que su agudeza visual había disminuido notablemente, el paciente quedó ingresado para ser sometido a varias pruebas, de las que se dedujo un posible pseudotumor orbitario en el ojo derecho. A los efectos de diagnosticar su eventual malignidad, se le practicó a una biopsia, ya que había sospechas de un posible linfoma. Sin embargo, tras la misma el paciente perdió la visión desde la mitad del ojo hacia arriba, para ir sufriendo una ceguera paulatina del resto del ojo. Considera D. Jose Carlos, que a fin de verificar la existencia de un tumor, podría haberse acudido a un método diagnóstico menos agresivo, ya que la ceguera se produjo tras la biopsia practicada.

No obstante lo señalado, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que D. Jose Carlos recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nos hayamos ante un supuesto de hecho por el cual una concreta práctica médica provoca un daño efectivo, o por lo menos, tras la misma se manifiesta una lesión. El Tribunal Supremo no reprocha el litigio, en virtud de lo cual, es necesario encontrar una justificación para su actitud. La respuesta a este interrogante se encuentra en el simple hecho de que entre los múltiples riesgos que pueden derivarse de una biopsia ocular, no se encuentra la pérdida de visión. De esta afirmación parece que se puede colegir, que la biopsia no fue la causa directa de la ceguera, y que consecuentemente, fue el tumor el que generó dicha lesión al paciente.

Al tratarse de un supuesto prácticamente idéntico al anterior, no conviene una explicación extensa, más allá de destacar que no había una vinculación entre la prueba y la invidencia, o por lo menos no se conocía en la literatura médica. Aunque sería de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo a este respecto, ello es imposible, al tratarse de un recurso para la unificación de la doctrina, que no versa sobre esta cuestión.

¹⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005, Sala Tercera, recurso 19/2005, ponente Robles Fernández.

4. El daño por tratamiento y actos médicos y quirúrgicos.

El último de los apartados a analizar ha recibido el nombre de daño por tratamiento médico y quirúrgico. Hemos querido diferenciar este bloque del anterior porque los medios usados son distintos. En el primero de los apartados examinábamos las vacunas, después los fármacos y posteriormente las actividades diagnósticas. En éste nos vamos a referir a los tratamientos médicos en general y a los actos quirúrgicos.

a) Supuestos en los que el daño es reprochado.

1. La primera de las dos resoluciones que analizaremos en este bloque es la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2001¹⁸⁷. En este caso un paciente que requirió dos transfusiones de sangre, concretamente los días 6 y 7 de septiembre de 1985, falleció poco después de recibirlas, sin conocerse la existencia de ningún tipo de virus en la sangre (como VIH o VHC); por lo que se baraja la hipótesis de que fuese este acto médico el causante del fenecimiento del enfermo.

En base a los mencionados hechos, los familiares del paciente pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda estimada en instancias inferiores, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

A pesar de la parquedad de los hechos, se verificó que la sangre que le fue transfundida al enfermo se encontraba en perfecto estado, de lo que se desprende que tuvo que ser la técnica la que provocó su muerte y no calidad del material transfundido. La peligrosidad inherente a la transfusión ha sido reconocida por la ciencia médica, por lo que realmente no es necesario un virus o una patología de la propia sangre (producto defectuoso) para que ésta genere daños, ya que el acto médico en sí, ya es peligroso. No se conoce ningún factor externo que pudiese provocar el perjuicio, de lo que se colige que se produjo algún tipo de interacción indeseada con la transfusión, desprendiéndose de ello que no se tomaron las cautelas debidas en la práctica de la misma (asepsia, control, etc.), además de porque el centro sanitario no encontró explicación alguna.

¹⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2001, Sala Tercera, recurso 9652/1997, ponente Lecumberri Martí.

Aunque sería de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo a este respecto, al versar el recurso de casación únicamente sobre el *quantum* indemnizatorio, esto no será posible¹⁸⁸.

2. La segunda de las controversias también estimada, es la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2009¹⁸⁹. En este asunto D. Óscar, un paciente con alto riesgo coronario por haber sufrido un infarto con carácter previo, requería de un estudio electrofisiológico, para lo cual se le introdujo un catéter por vía venosa femoral derecha y otro por vía arterial femoral izquierda. En el curso de la actividad, tanto probatoria como terapéutica, el paciente sufrió una angina pecho, que le provocó una disección aórtica ascendente y descendente de la que tuvo que ser intervenido, restándole importantes lesiones.

En base a los mencionados hechos, D. Óscar pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La relación de hechos del presente litigio no deja lugar a dudas, un paciente con alto riesgo cardíaco es sometido a una actividad médica, que si bien era necesaria, también era riesgosa, derivándole de la misma un daño que se conocía que podía ocurrir y que de hecho aconteció. La relación causal es innegable, por lo que tanto la intervención como las secuelas, son consecuencia directa de este acto médico. Prueba inequívoca de ello es precisamente, que siendo enjuiciada la cuestión relativa a la información, es decir, si ese riesgo concreto debía ser notificado al paciente, el Alto Tribunal consideró que se trataba de un peligro habitual y que por lo tanto debía ser comunicado. Por esta razón el juzgador se centra únicamente en la cuestión informativa y no tanto en la relación directa entre la actividad médica desplegada y el daño, por ser dicho nexo innegable. Así lo asegura el Tribunal Supremo cuando afirma “Se produjo el daño ya conocido debido al alto riesgo arteriosclerótico del demandante, lo que se subsanó de forma inmediata sin que posteriormente haya causado más complicaciones”¹⁹⁰.

¹⁸⁸ En esta misma línea se pronuncian las siguientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2004 (Sala Tercera, recurso 1150/1988, ponente Ruiz de la Cuesta Cascajares) y sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2006 (Sala Tercera, recurso 4907/1999, ponente Sierra Gil de la Cuesta). Idéntica dinámica seguida por la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 (Sala Primera, recurso 343/2009, ponente Seijas Quintana).

¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2009, Sala Tercera, recurso 710/2008, ponente Martínez – Vares García. Resolución también analizada desde la perspectiva del derecho de información, en el capítulo correspondiente.

¹⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2009 ... *op. cit.*

b) Litigios en los que el daño no es reprochado.

3. El primero de los litigios de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004¹⁹¹. En esta controversia D. Isidro, que padecía de largos episodios de lumbalgia, de más de diez años de duración, decidió someterse a un tratamiento quirúrgico a los efectos de poner fin a sus padecimientos. A pesar de que la cirugía se desarrolló con normalidad y de manera acorde a la *lex artis*, el paciente volvió a acusar los dolores que antes padecía, en el mismo postoperatorio, además de una impotencia funcional de la extremidad inferior izquierda. Pasado un tiempo prudencial, se le programó un tratamiento de bloqueo epidural continuo, que consistía en una punción mediante la cual se introducía un catéter con una doble función, diagnóstica y de tratamiento. No obstante, la situación del paciente no mejoró, sino que de dicha terapia le quedaron las mismas limitaciones, o incluso mayores que las que tenía con carácter previo.

Las pretensiones indemnizatorias de D. Isidro fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El asunto que ahora nos ocupa no es muy diferente a los que hemos estudiado hasta el momento, un enfermo aquejado de un padecimiento acude a la vía quirúrgica para paliar sus afecciones y no consigue prácticamente mejoría alguna. Se trata del escenario básico para la existencia de un daño causado por el tratamiento, a pesar de lo cual el Tribunal Supremo adopta una decisión que rompe la dinámica hasta ahora seguida. Ahora bien, no se trata de una decisión arbitraria, ni poco razonada, sino que es una hipótesis que elimina cualquier posibilidad de condenar el daño sufrido por el paciente en este asunto.

Comenzamos nuestro razonamiento con una premisa simple, que puede ser de ayuda a fin de explicar la dirección seguida por el Alto Tribunal: las lesiones que padece el paciente no son las habituales de la actividad médica a la que fue sometido. Es decir, si bien con carácter muy remoto podría llegar a ocurrir una eventualidad como la sucedida, lo cierto es que se trataría de una situación tan extraña, que ni el médico, ni el centro sanitario, se encuentran obligados a informarla.

¹⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004, Sala Tercera, recurso 1552/2001, ponente González Navarro.

En segundo lugar, el paciente prácticamente se vio abocado a acudir a dicha terapia, por ser la única posible de practicársele, de ahí que la posibilidad de optar por una técnica menos agresiva sea imposible. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando asevera “El señor Isidro presentó, desde la intervención quirúrgica, en 1990, un síndrome de fracaso de la cirugía de columna, o síndrome de "espalda postquirúrgica" o síndrome postlaminectomía con varias complicaciones tardías. La práctica de los tratamientos habituales en esta patología no mejoró su clínica. La aracnoiditis es un signo radiológico que puede desarrollarse a los pocos días o al cabo de años de la intervención quirúrgica, y su síntoma más importante es que produce dolor crónico lumbar acompañado de déficit neurológico de mayor o menor intensidad. Esta es una complicación postoperatoria tardía que tiene, aparte de la propia intervención y fibrosis postquirúrgica, otros numerosos factores desencadenantes, de los que el señor Isidro ha padecido la mayoría, desde la recidiva de la hernia a la administración de contrastes radiológicos, corticoides, anestésicos locales en raquis antes o después de la intervención (quiero resaltar que en el tratamiento de la aracnoiditis se utilizan, sin muy buenos resultados, los corticoides tanto por vía epidural como sistémica, en ausencia de otro tratamiento eficaz). Las imágenes radiológicas sugestivas de aracnoiditis que pueden encontrarse entre el 6 y el 16% de los pacientes con SFCC muestran una clínica de "síndrome de cola equina" con diferentes grados de deficiencias. Por tanto, atribuir la aracnoiditis y el síndrome de la cola equina incompleto que sufre el Sr. Isidro a la colocación del catéter epidural, cuando este signo radiológico tiene una incidencia tan notable en el síndrome postlaminectomía, resulta bastante atrevido, sobre todo cuando no hay constancia de la existencia de este signo, ya que no se le realizó ninguna resonancia magnética o mielo-TC antes de la colocación del catéter epidural. La discreta captación del contraste radiológico, a nivel de la cola de caballo, cuando se le realiza la resonancia postcolocación del catéter, lo avala. Si tuviera una relación causal clara con el catéter, se daría una hipercaptación del contraste. El contraste tarda mucho tiempo en desaparecer del todo después de la fijación, en la fase aguda, de las estructuras alteradas. El grado de severidad de esta complicación tardía de la intervención quirúrgica parece ser leve, pues en ningún momento los informes de radiodiagnóstico citan la existencia de defectos de replección, acortamiento u oclusión del saco tecal que estaría asociado a las formas de aracnoiditis de mayor severidad”¹⁹².

¹⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004 ... *op. cit.*

De las palabras del juzgador se desprende que la actividad quirúrgica no fue la causa del daño que padece D. Isidro, dado que no se trata de un riesgo propio de la misma, sino que muy probablemente su origen fuese la simple degeneración de la patología del paciente¹⁹³.

4. El penúltimo supuesto de este subapartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002¹⁹⁴, en la que un menor fue diagnosticado de una grave dolencia coronaria a los 56 días de vida, algo que se sospechó por las circunstancias de su nacimiento, así como sus limitaciones funcionales. Dada su patología, el paciente no llegaría a mejorar por sí sólo, es más, su enfermedad empeoraría su estado, por lo que se optó por acudir a una operación como única solución. Al tratarse una cirugía muy compleja, ésta debía efectuarse en tres pasos, esto es, se necesitaban tres intervenciones para culminar una. En la última de las actividades quirúrgicas tuvo que practicarse una hipotermia y la circulación extracorpórea, que se mantuvo durante un máximo de cincuenta minutos. A pesar de que esta técnica lo que pretende es evitar una anoxia, el paciente sufrió un grave daño cerebral durante la pendencia del acto médico.

Los padres del menor pretendieron ser indemnizados por el daño sufrido por su hijo. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este caso parece ser el escenario ideal del concepto objeto de estudio. Un neonato padece una afección coronaria, de cuyo tratamiento deriva una grave lesión, no siendo ésta consecuencia de la degeneración de la patología del menor (a diferencia de lo ocurrido en el litigio anterior). El daño cerebral tiene como único origen la actividad quirúrgica desplegada, concretamente su última fase (la tercera intervención), por el simple hecho de que en la misma era necesario utilizar un proceso de circulación extracorpórea, que cuando supera los 45 minutos, es especialmente riesgoso. En el asunto que nos ocupa, se mantuvo dicha técnica durante un máximo de 50 minutos, excediéndose en cinco minutos del tiempo máximo de riesgo. Ante tales circunstancias, puede parecer inconcebible la opción desestimatoria adoptada por el Tribunal Supremo,

¹⁹³ Siguen una línea doctrinal prácticamente idéntica las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (Sala Tercera, recurso 3621/2009, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 5067/2006, ponente Menéndez Pérez) y sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012 (Sala Tercera, recurso 5805/2010, ponente Lecumberri Marti).

¹⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, Sala Tercera, recurso 5294/1998, ponente Peces Morate. Resolución también analizada desde el punto de vista del derecho de información, en el capítulo correspondiente.

pero su justificación reside en que su decisión se fundamenta en los riesgos del desarrollo. Aunque se tenía la sospecha de que un lapso temporal de circulación extracorpórea superior a 45 minutos podía ser peligroso para el paciente, también lo era no acudir a este método, ya que de lo contrario se requeriría una parada cardíaca larga, que provocaría, con total seguridad, un menoscabo grave en el paciente.

La figura de los riesgos del desarrollo propiamente dicha, es la única justificación que puede tener este caso. Conviene tener presente que los medios utilizados fueron los correctos y que todos los actos médicos fueron acordes a la *lex artis*. Si se tuvo que asumir ese riesgo añadido de superar en cinco minutos el tiempo de seguridad de la circulación extracorpórea, fue porque en el momento de la cirugía, la ciencia médica no tenía otra solución para el cuadro del paciente. El Tribunal Supremo se pronuncia en esta misma línea “En consecuencia, en contra del parecer de la Sala sentenciadora, el daño neurológico sufrido por el menor como resultado de la correcta intervención quirúrgica a que fue sometido, no puede calificarse de antijurídico, dado que no se pudo evitar según el estado de los conocimientos de la técnica quirúrgica en el momento de producción de aquél, sin perjuicio, como ahora expresamente establece el tantas veces citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, redactado por Ley 4/1999, de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos. La antijuridicidad del daño no deriva, como declara el Tribunal "a quo" en la sentencia recurrida, de que el perjudicado no se colocase voluntariamente en la situación de riesgo por cuanto fue necesario que se sometiese a la intervención quirúrgica «para procurarse una normal condición de vida e incluso su propio desarrollo orgánico», sino que vendría determinada porque no tuviese el deber jurídico de soportarlo, deber que en este caso existe, según hemos razonado, porque su lesión neurológica, causada por la intervención quirúrgica cardiovascular a que fue sometido, no pudo evitarse según el estado de los conocimientos de la técnica médico-quirúrgica existente en el momento de producción de aquélla”¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002 ... *op. cit.* Siguen esta misma argumentación las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2010 (Sala Tercera, recurso 5763/2005, ponente Herrero Pina), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011 (Sala Tercera, recurso 1033/2007, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 68/2010, ponente Lecumberri Marti) y sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 4381/2010, ponente Lecumberri Marti).

5. El último de los litigios es más sencillo que los dos anteriores, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007¹⁹⁶. En este asunto D^a. Gloria, al intentar arrancar una moto, sufrió un traumatismo en el pie izquierdo, siéndole diagnosticado un esguince e inmovilizándose el pie con una venda. Fue necesario modificar el tratamiento, es decir, colocar una férula, por presentar la paciente una cierta intolerancia al vendaje. Dos semanas más tarde comenzó la rehabilitación, pero su lesión seguía dando muestras de dolor, además tenía el pie inflamado, frío y cianótico; con prácticamente capacidad funcional nula.

Aduce D^a. Gloria que sus limitaciones vienen provocadas porque, el vendaje o la férula no le fueron correctamente colocados, causándole esto severos daños en la articulación en cuestión. Las pretensiones indemnizatorias de ésta fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Como ya comentábamos al principio, este asunto tiene una temática más sencilla que los dos anteriormente analizados, ya que existe una sombra de duda sobre todos los hechos del litigio. En primer lugar, la enferma realmente padeció un esguince, pero no existe ningún tipo de explicación más allá de esta afirmación, dado que se desconoce qué pudo ocurrirle durante el tratamiento, para sufrir una lesión como la que se le presentó, si partimos de la realidad probada de que tanto la venda como la férula, fueron correctamente colocadas. Se siembra una duda, a la que no se le da respuesta, y es qué le pasó a la paciente en el curso de su curación. Dada la opacidad del proceso, se puede barajar un posible error de diagnóstico, pero esta opción no es válida porque D^a. Gloria sí que tenía un esguince y su tratamiento fue correcto. Del mismo modo, es complejo acudir a un caso de daño por tratamiento, ya que no pudo hallarse ningún tipo de nexo causal entre el perjuicio sufrido por la paciente y la actividad médica desplegada. No cabe condena alguna a un caso como el presente, que se encuentra plagado de dudas. De esta misma manera se pronuncia el Tribunal Supremo cuando asevera “Considera el Tribunal de instancia que en el presente caso no existe siquiera indiciariamente elemento probatorio alguno que acredite error en la asistencia médica, conforme acredita el informe emitido por el perito procesal, que aprecia que se siguieron los pasos que corresponden en cuanto al tratamiento del dolor con analgesia y rehabilitación. Por otro lado, es el propio recurrente quien ni siquiera alega infracción de la *lex artis* por parte de los médicos del servicio que trataron al paciente, basando la responsabilidad

¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007, Sala Tercera, recurso 6245/2002, ponente Puente Prieto.

cuyo reconocimiento interesa en la infracción del deber de información, de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 5 y 6 de la Ley General de Sanidad 14/86 de 25 de abril*, entonces aplicable”¹⁹⁷.

Probablemente esta última controversia sea una de las resoluciones con mayor indeterminación, dado que realmente no existe explicación alguna para lo que padeció la enferma.

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 ... *op. cit.*

III. LA OMISIÓN DE MEDIOS.

1. Concepto.

1. La omisión de medios puede definirse como la falta de práctica de la actividad sanitaria necesaria, con motivo de deficiencias, ocasionadas por el acto médico, la inexistencia de medios materiales suficientes o la demora excesiva en las actuaciones¹⁹⁸.

De esta afirmación se desprende que toda labor sanitaria, ya sea de diagnóstico, de tratamiento, cirugía e incluso de custodia, debe efectuarse en un entorno apropiado, con los recursos suficientes.

2. Ahora bien, esta aserción debe tratarse con mesura, ya que de llevarse al extremo sería inviable, porque resultaría desproporcionado exigir unas instalaciones sofisticadas y de vanguardia a un centro de asistencia primaria, algo que sin embargo es completamente lógico en un quirófano, por ejemplo. En base a esta misma idea, los medios para el diagnóstico y tratamiento de un paciente deben ser ajustados a su situación y sus necesidades, de forma que no pueden exigirse para un esguince las mismas pruebas que para un aneurisma.

La esencia de la omisión de medios se encuentra en el equilibrio y en la proporcionalidad, tal y como podremos observar en el estudio fenomenológico. FERNÁNDEZ HIERRO expone a la perfección el grado de aprovisionamiento que se puede llegar a requerir a cada médico o centro sanitario, en función de las atenciones que despliega “No se trata, por supuesto, de que un médico de cabecera tenga los aparatos de todas las especialidades ni tampoco de un especialista tenga en su consulta los aparatos más costosos y complicados que sólo pueden ser adquiridos por un hospital o centro asistencial. La obligación que examinamos consiste solamente en que cada médico tenga el material adecuado para el diagnóstico: el de medicina general los

¹⁹⁸ Para autores como SUNN este concepto recibe el nombre de “imprudencia médica” y puede explicarse de la siguiente manera “Como muestra de *imprudencia médica* podemos mencionar la concesión del alta médica a un paciente sin haber descartado absolutamente la existencia de una patología distinta de aquella que la motivara, con el consiguiente riesgo, acaso grave, para la salud de aquél – verbigracia, al suponer, sin comprobarlo, que su tumor benigno, o que el ahogo que relata no implica riesgo real de asfixia -, o la falta de adopción de medidas de precaución necesarias a fin de evitar riesgos para la salud del enfermo”. SUNN, Antor, *Errores Médicos ... op. cit.*, página 104. QUESADA SÁNCHEZ, desde una perspectiva penal, diferencia dos estadios de la omisión, aquel que se da cuando hay una posibilidad de actuar y no se hace nada, y el que se presenta como una obligación y se omite; siendo este último el punible. QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, “Apuntes sobre la responsabilidad civil del facultativo por denegación de asistencia sanitaria”, en *Diario La Ley*, nº 7, 2005, pps. 1 a 18; concretamente en página 2.

aparatos simples, pero necesarios, para una mera visión general del enfermo; y lo mismo cabe decir del especialista, al que tampoco se le pueden exigir todos los aparatos que puedan existir en la rama de su especialidad, sino los precisos para el diagnóstico, sin perjuicio de que haya que enviar posteriormente al enfermo a un centro hospitalario para unas pruebas más complicadas”¹⁹⁹.

En una línea muy similar se pronuncia JARAMILLO, cuando a este respecto de la simetría en la atención sanitaria, señala de forma muy acertada “Como no todas las especialidades de la medicina, requieren el mismo instrumental para su desenvolvimiento y práctica, es lógico suponer que el facultativo, para que pueda cumplir correctamente con el acto médico requerido, deberá contar con el adecuado material de trabajo, necesario para que pueda brindar una cabal atención. Dicho “deber”, ligado – indiscutiblemente – con la diligencia profesional del médico, no puede extremarse, hasta el punto de exigirle que en su consultorio, por vía de ejemplificación, cuente con el mismo equipo de alta tecnología y sofisticación empleado por las clínicas y centros hospitalarios. Se trata, simplemente, de que el profesional cuente con el instrumental y equipos básicos, de conformidad con la *lex artis ad hoc*, lo que implica que – ellos – se vayan ajustando, racionalmente y con medida, a las exigencias de la ciencia contemporánea, concretamente en función de los avances tecnológicos”²⁰⁰.

FERNÁNDEZ COSTALES nos aclara en qué se resumen las obligaciones del médico en cuanto a medios materiales: la tenencia de los mismos, en función de los actos médicos que practica, y su mantenimiento²⁰¹.

¹⁹⁹ FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica ... op. cit.*, página 183.

²⁰⁰ JARAMILLO J., Carlos Ignacio, *Responsabilidad Civil Médica*, Colección Ensayos, Bogotá, 2008, página 271.

²⁰¹ Concretamente apunta este autor “Otro de los deberes profesionales que se derivan de la obligación general de prestar la asistencia facultativa con la debida diligencia es el de poseer los *médicos técnicos necesarios y en correcto estado* para llevar a buen fin la prestación a la que se ha obligado. Por ello, la doctrina suele desglosar esta obligación en aspectos diferentes, según hemos señalado: a) La obligación de cada médico de tener el material adecuado para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales, y b) La obligación de mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de los aparatos que utilice, siendo responsable de los perjuicios que los defectos de los aparatos que utilice, siendo responsable de los perjuicios que los defectos de los aparatos, material o instrumental, produzcan al enfermo. Dentro de esta faceta puede incluirse el deber de profilaxis, especialmente en centros hospitalarios, en evitación de contagios, epidemias, etc., por lo que para prevenirlos deberán adoptarse las medidas de control necesarias, sobre personas y objetos, y que analizaremos al estudiar la responsabilidad hospitalaria”. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 126. Doctrina compartida por SANTOS BRIZ “Se ha hablado de que la causalidad en la actividad profesional de que se trata es tan específica que hasta podría aludirse a una <<causalidad médica>>, aunque la cuestión es compleja y de difícil solución. Debe descartarse entre los hechos causantes de los daños la finalidad o la mala suerte y pensar en otras realidades: el mal estado de los elementos empleados, la falta de mantenimiento adecuado, el descuido, cuando no la negligencia, imprudencia o impericia”.

3. Analizaremos a continuación la omisión de medios en distintos escenarios, como lo son los relacionados con los centros psiquiátricos o enfermos mentales, pasando por la omisión de medios en casos de urgencias; incluyendo un análisis de la omisión de medios en las pruebas médicas, para finalizar con una omisión de medios en materia quirúrgica.

2. Fenomenología de omisión de medios.

1. La omisión de medios y los enfermos mentales.

A continuación efectuaremos un análisis de la omisión de medios en los centros psiquiátricos, del que podremos extraer conclusiones muy interesantes, en relación a las actuaciones exigibles y no exigibles a este tipo de sanatorios, teniendo en cuenta que el paciente que lo ocupa rara vez puede dominarse a sí mismo, ni mucho menos velar por su propia seguridad; por lo que se caracteriza por su imprevisibilidad²⁰².

a) Supuestos en los que el daño es reprochado.

1. El primero de los litigios de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo 3 de abril de 2001²⁰³, que dadas sus características resulta bastante representativa. D. Valentín, que padecía de esquizofrenia paranoide crónica, había sufrido a lo largo de toda su vida varios internamientos temporales y tuvo que ser sometido a un régimen de confinamiento casi definitivo, porque sus instintos autolesivos llegaron a conatos de suicidio. Con fecha de 10 de mayo, D. Valentín volvió a sufrir una crisis suicida, por lo que tendría que haber sido sometido a un riguroso control a fin de garantizar su seguridad. No obstante, dichas medidas no se desplegaron, siendo prueba inequívoca de ello que el paciente pudo escaparse en dos ocasiones, los

SANTOS BRIZ, Jaime, “La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 68, 1984, pps. 557 a 564; concretamente en página 671.

²⁰² Sobre esta misma cuestión se pronuncia BOTANA GARCÍA “Se da en tales casos una especial relación jurídica, que origina un entramado de derechos y deberes recíprocos entre la Administración y el recluso, el detenido o el interno, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, la integridad y la salud del segundo, valores constitucionalmente declarados y reconocidos como derechos fundamentales”. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “Fuga de un enfermo de clínica psiquiátrica”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 115, 2013, pps. 1 a 5; concretamente en página 5.

²⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2001, Sala Primera, recurso 900/1996, ponente Martínez – Calcerrada Gómez. Resolución también analizada desde la perspectiva de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en el capítulo correspondiente.

días 12 y 15. La primera de las veces fue rápidamente localizado, pero no se tuvo la misma suerte en la segunda, en la que D. Valentín consiguió llegar a una gasolinera, donde adquirió gasolina y la utilizó para prenderse fuego. El paciente falleció escasas horas después del incidente, debido a la gravedad de sus quemaduras.

Los padres del finado consideraron que éste no se encontraba lo suficientemente vigilado, más si cabe teniendo presente que había sufrido una crisis reciente, ya que de haberlo estado, no hubiese llegado a escaparse y se habría podido evitar un trágico final como el acontecido. Sus pretensiones indemnizatorias fueron admitidas en primera instancia y parcialmente revocadas en apelación, de forma que todas las partes del proceso recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este asunto es paradigmático y probablemente uno de los más clarividentes de la omisión de medios en relación a enfermos mentales. D. Valentín, por la afección psiquiátrica que padecía, no sólo no podía gobernarse a sí mismo, sino que como añadidura, tenía instintos suicidas y autolesivos. Si bien es cierto que durante su largo internamiento (prácticamente permanente) dichos conatos se fueron mitigando, también lo es que sufrió una fuerte recaída escasos días antes de escapar por primera vez. Esto es una prueba inequívoca de que la vigilancia no era la debida, ya que fueron dos las ocasiones en las que el paciente pudo escapar, la última de ella con fatales consecuencias.

Aunque toda relación autolesiva puede presentar un cierto atisbo de duda en materia de causalidad, al tratarse de personas incapaces de gobernarse, el deber de custodia y de salvaguarda de su bienestar es responsabilidad de sus tutores, o en su defecto de un tercero, que en este caso tomaría la forma de una institución mental. Si por algo deben caracterizarse este tipo de centros es por ser lugares seguros para sus pacientes, de forma que éstos garanticen su integridad física cuando ellos no pueden hacerlo, función que no fue cumplida por este hospital. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo "La responsabilidad inicial del Centro demandado - Instituto Frenopático, S.A. - está perfectamente razonada en la Sentencia recurrida, según los citados "facta", y en especial, cuando la propia Sala argumenta, F.J. 1º: "Procede compartir el criterio del Juzgado en cuanto que estima inherente a la prestación de servicios hospitalarios, singularmente, en relación con enfermos psiquiátricos, la obligación de su vigilancia para evitar que lleguen a causar daño a tercero o a sí mismos. Asimismo, de referido "factum" 5º se constata que la marcha del paciente no fue detectada. Lo cual, ha de ponerse en relación con las circunstancias

sobre falta de vigilancia, que la Sala acepta y que el Juzgado explicita en su F.J. 3º, al decir: "de la prueba practicada, junto la prueba documental, cabe apreciar que el recinto físico del instituto Frenopático, S.A., adolece de medidas de seguridad para la custodia de pacientes ingresados, otrora en el recinto de pacientes de pago no se observa un sistema de seguridad, léase celadores, ni tampoco en la zona de habitaciones, especialmente en las ventanas. Dígase, también, que en cuanto al paciente no se percibe que se adoptaren medidas de custodia o control en base a su cuadro clínico, son significativas las palabras de la médico de guardia del día de autos, en su consecuencia, por las reglas de la experiencia, cabe entender la existencia de una falta de diligencia en la adopción de medidas de seguridad, máxime, como se reconoce por la legal representante del Instituto, que lo paccionado era un contrato de tipo asistencia y de custodia del enfermo, amén que un Instituto dedicado a este tipo de pacientes debe proveer del suficiente personal de seguridad como medidas de seguridad que impidan resultados luctuosos, máxime en pacientes con cuadro clínico como el de Autos"²⁰⁴.

Se trata de un ejemplo claro de una omisión de medios, ya que sólo es necesario tener presente, que de haberse actuado consecuentemente con la situación del paciente, esto es, incrementando el nivel de vigilancia ante su nuevo cuadro clínico, éste no hubiese llegado a escaparse y consecuentemente no habría atentado contra sí mismo²⁰⁵.

2. La segunda resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2007²⁰⁶, es también muy representativa de este bloque, tal y como lo era la anteriormente analizada. Dª. Elena, deficiente mental e incapacitada, fue internada en un centro para rehabilitación mental. La noche misma de su ingreso la paciente comenzó a mostrarse muy nerviosa, hasta el punto de que las enfermeras barajaron la opción de inmovilizarla en la cama. Sin embargo, el médico responsable de Dª. Elena consideró

²⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2001 ... *op. cit.*

²⁰⁵ Una doctrina prácticamente idéntica es la que sigue la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000 (Sala Tercera, recurso 9201/1995, ponente Mateos García; resolución también analizada desde la perspectiva de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en el capítulo correspondiente) por la cual una paciente, que llevaba largo tiempo internada en un centro, prácticamente de forma permanente, logró escapar del sanatorio, a pesar de que días antes había padecido una crisis especialmente grave, por la que debía encontrarse bajo una vigilancia más severa. No obstante, no sólo consiguió escapar, sino que su ausencia pasó inadvertida hasta que la policía llegó al hospital para notificar que ésta había sido arrollada por un tren al que se había arrojado. Línea doctrinal igualmente seguida por las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 6222/2005, ponente Herrero Pina; recurso que resulta inadmitido por motivos procesales) y sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2010 (Sala Primera, recurso 1308/2007, ponente Seijas Quintana).

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2007, Sala Primera, recurso 2306/2000, ponente Montes Penadés. Resolución también analizada desde la perspectiva de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil y las deficiencias asistenciales, en los capítulos correspondientes.

innecesaria esta acción, por lo que estimó suficiente un calmante. A pesar de dicho fármaco, el estado de agitación de la paciente no cesó, por lo que las enfermeras decidieron atarla con vendas. Al quedarse sola la enferma, con la única vigilancia de sus compañeros de habitación, uno de éstos le facilitó un mechero, y con la intención de liberarse de sus ataduras, D^a. Elena prendió fuego a las vendas, logrando su propósito, pero causándose graves quemaduras en las manos. Nada de esto fue advertido por ninguna de las enfermeras, al existir únicamente una para casi cincuenta internos.

Los padres de D^a. Elena consideraron, que debido a la baja vigilancia que tenía el centro donde estaba la enferma, ésta pudo provocarse estas lesiones, que le dejaron graves secuelas. Su demanda fue parcialmente estimada en primera instancia y confirmada en apelación, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

En este caso la omisión de medios es la protagonista principal de los hechos. El centro en cuestión se dedicaba íntegramente a la atención y cuidado de enfermos mentales (caracterizados por su falta de autogobierno), aunque sólo contaba con una enfermera por cada 50 pacientes, de lo que se desprende la insuficiencia de los medios. A esto debemos añadir el hecho de que la paciente tuvo que ser reducida con vendas, en lugar de con mecanismos de contención, algo que pone en evidencia las carencias del lugar.

Otra omisión destacable es, que pesar del agitado estado de D^a. Elena (no en vano, los tranquilizantes no le hicieron efecto), y de que se trataba de su primera noche en el centro, nadie se encargó de su vigilancia; ésta se quedó sola, en compañía de otras enfermas.

Finalmente, un último aspecto de la omisión de medios se encuentra en el hecho de que, antes de dejar solos a los pacientes, en ningún momento se comprobó si éstos tenían objetos o instrumentos que pudiesen ser dañinos para ellos, como por ejemplo un mechero. Es cuanto menos insólito que un interno de un centro mental pueda contar entre sus pertenencias con un artilugio tan peligroso para su integridad física.

Tal y como hemos apuntado a lo largo de los párrafos anteriores, las omisiones son la tónica general del caso, algo que también se desprende de las afirmaciones del juzgador “Para examinar la imprevisibilidad hay que partir de un dato, que destaca la propia sentencia recurrida: que la paciente ya había sido inmovilizada en otras ocasiones, luego ya había presentado signos de agitación otras veces, dando lugar a la necesidad de un control para evitar la autolesión. Está, por tanto, dentro de los riesgos a

evaluar, ya conocidos, que la enferma trate de causarse lesiones, por lo que ella misma pidió que la sujetasen. La utilización de un encendedor que le fue facilitado por otro paciente generó el efecto dañoso ante la falta de diligencia y de atención: el médico de guardia no llegó a ser avisado, y enfermera y auxiliares tuvieron que atender a otros pacientes. No puede decirse pues, que se trate de un evento imprevisible dentro de la normal y razonable previsión que sobre el comportamiento de este tipo de enfermos puede establecerse. No puede, pues, decirse que sea inexistente la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el comportamiento de la entidad codemandada. Esta sala ha dicho, además que la apreciación del caso fortuito requiere ausencia de culpa, y en cambio en el caso se estima la omisión de medidas y el incumplimiento de los deberes relativos a la organización y dotación del servicio que son equivalentes a la idea de culpa en sentido lato²⁰⁷.

El Alto Tribunal se muestra contundente en lo que a la omisión de medios respecta, figura que se encuentra presente en prácticamente todos los aspectos del caso²⁰⁸.

3. El tercero de los asuntos es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2001²⁰⁹, un caso en el que una paciente mental aquejada de psicosis delirante crónica, se encontraba internada en un centro psiquiátrico de forma permanente, dado que lo contrario era peligroso para su salud e integridad física. La enferma, por la

²⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2007 ... *op. cit.*

²⁰⁸ Si bien lo que señalaremos a continuación sería aplicable a la práctica totalidad de controversias a analizar en el bloque que nos ocupa, hemos elegido este litigio, por ser la materialización misma de la teoría que propugna RODRÍGUEZ LÓPEZ, sobre la responsabilidad derivada de la ausencia de materiales, medios de control y vigilancia en centros sanitarios específicos para personas con problemas de salud mental. Concretamente afirma este autor “Así, la defectuosa organización de botiquines, el escaso control de fugas, la falta de vigilancia o seguridad en casos de suicidios o el defectuoso estado de conservación o funcionamiento de las instalaciones pueden ser faltas achacables a la institución”. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria* ... *op. cit.*, página 30. Una resolución que evidencia de la misma manera las limitaciones funcionales de un centro sanitario es la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007 (Sala Tercera, recurso 276/2003, ponente Robles Fernández; también analizada desde la perspectiva de las deficiencias asistenciales, en el capítulo correspondiente). En este asunto, un paciente aquejado de esquizofrenia paranoide, es internado tras un largo lapso temporal con los brotes psicóticos controlados. Dos días después de su ingreso, y mostrando constantemente una falta de colaboración y de dominio sobre sí mismo, además de malas reacciones a la medicación; encontrándose en compañía de un familiar, aprovechó que había salido al pasillo, para arrojarle por una ventana que no tenía ningún tipo de protección especial. Esta omisión de medios evidencia que el lugar no era seguro para pacientes propensos a la autólisis. Idéntica es la controversia de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003 (Sala Tercera, recurso 751/1999, ponente Martínez – Vares García), en la que una paciente que había intentado suicidarse con una sobredosis, aprovecha un paseo para arrojarle por una ventana (que de nuevo no contaba con las medidas de seguridad necesarias para un ala psiquiátrica), sufriendo serias lesiones a causa de la caída.

²⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2001, Sala Tercera, recurso 6360/1996, ponente Peces Morate. Resolución también estudiada desde la perspectiva de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en el capítulo correspondiente.

afección que padecía, requería de una atención y vigilancia continua, más si cabe si tenemos en cuenta que ésta estaba medicada con fármacos muy fuertes, que la dejaban aletargada. No obstante el cuadro que presentaba la paciente, aprovechando un cambio de enfermas sobre las dos de la tarde, ésta fue al baño, a pesar de que los turnos de acceso al baño se encontraban reglados a concretas horas y que cualquier visita fuera de horario debía estar autorizada. Allí, dado el grado de aturdimiento de la interna, ésta sufrió un traspie y cayó en una bañera, donde falleció por asfixia. Horas más tarde del incidente, la compañera de habitación de la paciente alertó a las enfermeras de que ésta había ido al baño y que se retrasaba mucho, siendo precisamente ese momento en el que fue hallado su cuerpo sin vida.

Los padres de la fallecida consideraron que la atención que recibió ésta era deficiente y escasa, por lo que no cubría las necesidades de la misma, ya que de habérsele prestado más atención, no habría fallecido. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La omisión de medios es el concepto protagonista de este litigio, una paciente con un cuadro como el que tenía la de este caso, no podía encontrarse a solas en ningún momento y fue precisamente eso lo que ocurrió. En el tiempo del cambio de personal, esta enferma se quedó sin vigilancia durante un lapso de tiempo muy largo, y no sólo eso, sino que aparentemente gran parte del centro sanitario lo hizo, porque ésta pudo llegar al baño de esa planta, que se encontraba precisamente frente del control de enfermeras, pasando completamente desapercibida. Conviene añadir además, que la falta de supervisión no fue de escasos minutos, ya que para cuando ésta fue encontrada, habían pasado varias horas desde el accidente. La omisión de medios es la tónica general en toda la relación fáctica, desde que la interna se quedó sola y pudo escaparse, hasta que el cadáver fue encontrado horas después del percance. El Tribunal Supremo parece pronunciarse en esta misma línea “...en el caso enjuiciado la psicosis delirante de la fallecida, unida a la medicación que se le suministraba para su tratamiento, no hacía imprevisible ni inevitable lo ocurrido de haber existido el control y vigilancia adecuados con el fin de impedir que la enferma pudiera tomar un baño sin la atención y el cuidado del personal de enfermería, que, de haber existido, hubiera podido evitar que se produjese la asfixia de la paciente por sumersión en la bañera, hecho acaecido, además, a escasos metros de donde se situaba el puesto de enfermería. La conducta de la fallecida, al decidir introducirse en la bañera evitando los controles de servicio sanitario,

no constituye una ruptura del nexo causal porque, debido a su enfermedad y al tratamiento farmacológico que se le suministraba, era previsible que se comportase creando riesgos que en condiciones de normalidad cualquier persona eludiría, mientras que el conocimiento de su personalidad y antecedentes en el servicio sanitario le imponía a éste el deber de vigilar cuidadosamente el comportamiento de la enferma privada de la capacidad de juicio y discernimiento de una persona en condiciones o circunstancias normales, razón por la que, en contra del parecer de la Administración sanitaria recurrente, concurren todos los requisitos previstos por los preceptos citados como infringidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración y el consiguiente deber de reparar los perjuicios causados, como acertadamente lo declara la Sala de instancia en la sentencia recurrida, aplicando correctamente dichos preceptos y la doctrina jurisprudencial que los interpreta, y, por tanto, el motivo de casación debe ser desestimado”²¹⁰.

De las palabras del juzgador se desprende que la fenecida se encontró sin vigilancia alguna durante un plazo de tiempo incompatible con las necesidades de una paciente psiquiátrica, y mucho menos con el deber de cuidado que debe esperarse de un sanatorio de estas características.

4. Esta línea de limitaciones en la supervisión la seguiremos encontrando en el siguiente litigio, sólo que el protagonista de este supuesto no es un enfermo mental, sino un politoxicómano con tendencias suicidas; se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007²¹¹. En esta controversia D. Narciso, un paciente con una drogadicción de 21 años, ingresó en la UCI del hospital más cercano a su lugar de residencia, por intento de suicidio con sobreingesta de fármacos. Una vez estabilizado y encontrándose éste consciente, se le practicó un análisis psicopatológico, en el que se evidenció que sus intenciones de autolisis no habían cesado, además de encontrarse en un estado de agresividad elevado. Dadas sus circunstancias, se decidió su ingreso en la unidad de psiquiatría del hospital, pero mientras éste se tramitaba (un día) fue llevado a una habitación normal, donde fue sedado e inmovilizado. A la mañana siguiente su situación era parecida, hasta el punto de tener que ser aislado, pero aún en una habitación al uso. A media mañana el paciente solicitó ir al baño, siendo acompañado por una enfermera que le dejó en el servicio. Volvió pasado un tiempo, que aunque se

²¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2001 ... *op. cit.*

²¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 6806/2002, ponente Puente Prieto.

desconoce cuánto fue, debió ser considerable, ya que el paciente tuvo la oportunidad de deambular por la habitación a su antojo y sacar las sábanas de la cama para ahorcarse, colgándose de las rejillas del ventilador del baño. Aunque fue encontrado vivo, la hipoxia sufrida le provocó severos daños.

Los padres del paciente estiman que su hijo fue víctima de una omisión de medios, al no ser urgentemente ingresado en la unidad de psiquiatría, quedando recluido en una habitación normal, que no estaba lo suficientemente preparada para atender su cuadro clínico. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

D. Narciso, un politoxicómano que había intentado acabar con su vida, fue internado en una habitación corriente de hospital, mientras se tramitaba su ingreso en psiquiatría. Dicho procedimiento requirió de más de un día, algo que es alarmante, dado que tal y como de los hechos se desprende, la agresividad y las intenciones de autolisis del paciente no cesaban. El ingreso debería haberse previsto con urgencia, y en lugar de ello se retrasó más de 24 horas. Si bien es cierto que el enfermo fue inmovilizado, también lo es que el tipo de habitación en la que fue ingresado, no contaba con instalaciones adaptadas a las necesidades de estos pacientes. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al afirmar “Es, precisamente, esta circunstancia la fundamental para deducir partiendo de los hechos que el Tribunal de instancia considera acreditados, que en el intervalo que media entre esa prestación de papel higiénico y el momento en que aparece colgado por el cuello transcurrió un período de tiempo en que el paciente deambuló a su antojo por la habitación en que estaba aislado desde el cuarto de baño, precisamente para hacerse con la ropa de cama, supuestamente una sábana, con tiempo suficiente para deslizarla por la abertura o respiradero de ventilación. Y es esa circunstancia la que permite apreciar una falta de atención y vigilancia de un enfermo de las características del perjudicado, que había sido ingresado con un intento de suicidio y necesitó un especial tratamiento con su internamiento en una habitación de aislamiento con sujeción total inicial, y posteriormente abdominal, puesto que tal situación sanitaria no se compadece con la absoluta libertad de que el enfermo disfrutó para trasladarse del WC a la habitación, hacerse con la ropa e introducirla por una abertura o respiradero de ventilación para así facilitar su posterior ahorcamiento”²¹².

²¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007 ... *op. cit.*

Este supuesto de hecho es similar a los anteriores, en el que un cúmulo de circunstancias que limitan las funciones del centro sanitario, o las deficiencias del mismo, provocan una omisión de medios, que incide directamente sobre una persona que requiere de atención constante para no autolesionarse²¹³.

5. El último de los casos estimados es probablemente uno de lo más llamativos, ya que se trata de una completa y absoluta falta de actuación. En la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007²¹⁴, un joven de 20 años fue llevado por sus padres a urgencias, por haber intentado suicidarse cortándose las venas, resultando dichas incisiones bastante superficiales. En el servicio de urgencias en cuestión, el paciente fue atendido por un médico que se limitó a suturarle las heridas y aconsejar a los progenitores de éste que lo remitiesen al psiquiatra al día siguiente, tramitando a continuación el alta del enfermo. Sin embargo, éste, de camino a su casa, aprovechó un descuido de sus padres para arrojarle a un tren, falleciendo en el acto.

Los familiares del finado consideraron, que de haber sido ingresado su hijo, así como correctamente tratado, su muerte habría podido evitarse. No obstante, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Nos encontramos ante el que probablemente sea el supuesto de omisión de medios por excelencia, un paciente que ha intentado acabar con su vida únicamente es atendido de las lesiones físicas que se ha autoprovocado. Aunque se aconsejó a sus padres que lo llevasen a un psiquiatra, el médico omitió un deber básico: remitirlo él

²¹³ Igualmente estrictos se muestran HERNÁNDEZ GIL Y HERNÁNDEZ MORENO cuando señalan, que si bien es cierto que la responsabilidad por falta de medios en un centro sanitario revierte precisamente en éste, también puede dirigirse contra el médico, ya que éste puede negarse a una intervención o tratamiento si tiene constancia de la limitación de recursos a este efecto. Esta última afirmación se afianza en el hecho de que el médico debe ser el responsable de asegurar el buen estado del material o maquinaria médica a utilizar en el supuesto de pruebas o intervenciones, ya que será precisamente éste quien responderá en caso de causarse cualquier daño derivado de una imperfección o mala calidad, siempre y cuando hubiese sido visible a su ojo clínico. HERNÁNDEZ GIL, Ángel y HERNÁNDEZ MORENO, José, “Causas y consecuencias de las reclamaciones judiciales por mala praxis médica”, en GALLARDO CASTILLO, María Jesús (Directora) y CRUZ BLANCA, María José (Coordinadora), *La responsabilidad jurídico – sanitaria ... op. cit.*, página 398. Un supuesto prácticamente idéntico al ahora estudiado es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2007 (Sala Tercera, recurso 4067/2003, ponente Robles Fernández). Se trata de una paciente que ingresa en urgencias de un hospital por sobredosis voluntaria y que es tratada a fin de salvar su vida, pero que cuando se intenta su evaluación, por si era necesario su ingreso en psiquiatría, esto fue imposible. En los primeros estadios la enferma permanecía adormilada y después el psiquiatra no se encontraba en el centro, por lo que una vez abandonó la UCI, fue remitida a una habitación de planta normal. Ésta no se encontraba adaptada a las necesidades de la paciente, por lo que aprovechando un descuido del personal sanitario, se arrojó desde la ventana, sufriendo graves lesiones; con la añadidura de que se encontraba embarazada, viéndose obligada a interrumpir su embarazo tras este nuevo intento de suicidio, por los daños que le había provocado al feto.

²¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 6151/2002, ponente Robles Fernández.

mismo al servicio en cuestión, no en vano las enfermedades mentales deben tener un tratamiento, tal y como lo han tener las físicas. Cualquier conducta contraria a esta actitud es un atentado contra la *lex artis* y una evidente omisión de medios, con fatales consecuencias. De haber sido ingresado el paciente, quizás éste hubiese vuelto a atentar contra su vida, pero en esta ocasión se habrían desplegado medios para que no consiguiese ese objetivo.

Dada la evidencia del litigio, no parece necesario extenderse en mayor medida en las explicaciones, tal y como de las afirmaciones del juzgador se desprende "... el hijo de la actora fue atendido por el servicio de urgencias del Hospital de Santa María del Rosell de Cartagena, precisamente por un intento de suicidio cortándose las muñecas, habiendo sido conducido a dicho servicio de urgencias ante el estado de alteración que presentaba y que había concluido en el citado intento de autolisis. Como sigue teniendo por probado el Tribunal "a quo" el médico de urgencia se limitó a aconsejar a sus padres que le llevaran a revisión por su psiquiatra de zona, y a pesar de que el intento de suicidio acababa de producirse, lo que sin ninguna duda era un exponente de una ausencia de normalidad evidenciadora de una alteración mental, el servicio médico ni prescribió ningún tipo de medicación o tratamiento, ni derivó al Sr. Pedro Antonio a ninguno de los servicios especializados de ese centro médico u otro, que evaluaran esa alteración que había determinado la conducta del hijo de la fallecida, sino que únicamente se limitaron a dar un consejo a los padres, sobre la conveniencia de que visitase a un psiquiatra. De esos hechos que la Sala de instancia tiene por probado es evidente que por los servicios médicos de urgencia, que se limitaron a curar las heridas de la muñeca, se omitió el deber de dar una determinada respuesta medica a quien se encontraba privado de capacidad normal de discernimiento, circunscribiéndose a dar unos consejos a sus padres, lo que sin ninguna duda pone de relieve la omisión por parte de aquellos servicios, de los medios adecuados a fin de seguir o controlar la alteración mental del paciente y de esa omisión se derivó en una relación de causalidad directa y eficaz que el Sr. Pedro Antonio, que persistía condicionado por la alteración mental que padecía y sobre la que los médicos no pautaron medida de control alguno, se arrojase unas pocas horas más tarde a la vía del tren con ánimo de quitase la vida, lo que efectivamente sucedió al ser atropellado por un convoy. De lo hasta aquí expuesto debe concluirse que concurren los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial de la Administración y por tanto ha de apreciarse la vulneración por la sentencia de instancia de la jurisprudencia de esta Sala que la actora cita, en relación a la

concurrencia de los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial, y por tanto surge para aquella la obligación de indemnizar, ello sin perjuicio de que como hemos dicho, entre otras en las sentencias de esta Sala que antes hemos citado, la conducta del fallecido haya de ser tenida en cuenta para atemperar la indemnización procedente”²¹⁵.

b) Asuntos en los que el daño no es reprochado.

6. Comenzamos con el análisis de los asuntos desestimados, que son dos, en los que aunque aparentemente la doctrina que emana el juzgador puede resultar contradictoria en una lectura preliminar, un examen sosegado nos permitirá arrojar luz al respecto. El primero de los casos es la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005²¹⁶, en la que D^a. Erica, que padecía un trastorno esquizofrénico y dada su afección había tenido que ser internada con anterioridad, volvió a sufrir un brote, por el cual fue ingresada en la unidad mental de un hospital cercano a su localidad de residencia. Allí fue diagnosticada de trastornos del sueño, hostilidad, agresividad con probable ánimo hipertímico y con ideación delirante de grandiosidad; no obstante, el día que llegó pasó casi toda la tarde muy tranquila, hasta la noche, en la que tuvo varios episodios de llanto, por lo que solicitó medicación para poder conciliar el sueño. Se le adelantó la terapia, se intentó tranquilizarla e incluso se le permitió fumar un cigarrillo. Sin embargo, cuando por fin se quedó sola para dormir, ésta se arrojó desde la ventana de su habitación, tras forzarla y romper las medidas de seguridad con las que contaba.

La familia de la fallecida consideró que el despliegue de medios no fue suficiente para contener las intenciones suicidas de D^a. Erica. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

El escenario que se presenta es prácticamente idéntico a los hasta ahora estudiados, siendo por lo tanto necesario hallar algún aspecto con la suficiente entidad como para justificar este cambio de dirección del Tribunal Supremo. Existen tres puntos que conforman el eje central sobre el que se fundamenta la desestimación del recurso

²¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007 ... *op. cit.*

²¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005, Sala Tercera, recurso 8385/2002, ponente Lecumberri Marti. Resolución también analizada desde la perspectiva de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en el capítulo correspondiente.

que ahora nos ocupa: la paciente no tenía antecedentes de autolisis, la firme intención de la enferma de acabar con su vida y las medidas de seguridad del centro.

Lo primero a destacar es que D^a. Erica no había tenido ningún intento de autoagresión previo, por lo que aunque se encontraba sufriendo una crisis, nada indicaba que ésta fuese diferente a las anteriores; de forma que no requería especial atención en este sentido. No obstante, ello no implica que no fuese controlada, ya que tal y como de los hechos se desprende, ésta estuvo atendida en todo momento, salvo cuando dormía, porque estaba sedada. Esto quiebra la primera premisa de omisión de medios, ya que el centro utilizó cuantos recursos tenía a su alcance, que además eran los adecuados.

En segundo lugar, los dos últimos aspectos se pueden resumir en una cuestión clave: la paciente tenía la firme intención de acabar con su vida. Esta conclusión se deduce de la actuación de la misma, ya que encontrándose sedada, intentó suicidarse de todas las formas posibles. Por supuesto, esto no es una excepción en relación a los litigios anteriores, salvo por el elemento añadido de la seguridad de la habitación. Lo que ha caracterizado los asuntos hasta ahora estudiados, no ha sido otra cosa que la falta de medidas de vigilancia, algo que no ocurre en esta controversia. No en vano, la paciente tuvo que actuar con constancia y ahínco, dado que hubo de forzar la ventana de la habitación que ocupaba, la cual evidentemente no se podía abrir de manera simple, sino por medio de un mecanismo que sólo tenía cierto personal del centro; a lo que es necesario añadir, que además rompió las medidas de seguridad de la misma, lo que requirió de tiempo y esfuerzo. Independientemente de cuántas medidas más tuviese esa habitación, D^a. Erica se habría acabado suicidando, pues ésta era su firme intención. No se guió por un impulso y saltó por una ventana desprovista de todo tipo de control, sino que estuvo trabajando en la idea de acabar con su vida todo el tiempo que requirió para neutralizar las medidas de seguridad existentes. El Tribunal Supremo se muestra de esta misma opinión cuando asevera “Del relato fáctico narrado de la sentencia impugnada se evidencia la inexistencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y la muerte de doña Erica, y resulta acertada la conclusión jurídica de la sentencia impugnada, pues es un hecho incontestable en litis que en la producción del letal evento dañoso intervino exclusivamente la voluntad suicida de la enferma que fue ingresada en el hospital Virgen de la Luz de Cuenca, con un trastorno de sueño, hostilidad, agresividad con probable ánimo hipertímico y con idea delirante de grandiosidad, sin que pueda imputarse o atribuirse a la Administración sanitaria, a

efectos de una previsible compensación de culpas, una falta in vigilando, pues la habitación en la que fue hospitalizada, a pesar de que no disponía de rejas en la ventana, estaba dotada del sistema adecuado según las Normas de Actuación de la Unidad de Salud Mental del Centro en que se produjo el suicidio, sin que se haya acreditado parcialmente que el sistema de seguridad tuviese defecto de conservación o deterioro o que fuese insuficiente o que la señora Erica presentara antes de su internamiento hospitalario antecedentes suicidas; por cuya razón procede desestimar el aludido motivo casacional²¹⁷.

Se trata de un supuesto que una vez analizado en profundidad, permite no sólo que comprendamos por qué el Tribunal Supremo lo desestimó, sino también dónde se encuentra el límite de exigibilidad a un centro de salud mental, o lo que es lo mismo, donde acaba la omisión de medios y comienza el caso fortuito²¹⁸.

7. La segunda de las resoluciones no es tan llamativa como la anterior, sobre todo porque la desestimación probablemente vino motivada por tratarse de un recurso de casación para la unificación de doctrina, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2009²¹⁹. En este litigio D. Luis fue ingresado en el servicio de urgencias del hospital más cercano a su lugar de residencia, por las lesiones que se había autoinfligido, recibiendo los tratamientos pertinentes para la sanación de las mismas. La médico que le atendió en ningún momento tuvo conocimiento de que D. Luis padecía esquizofrenia, por lo que se limitó a darle el alta. Cuando el paciente llegó a su domicilio, en un descuido de sus padres, saltó por el balcón de su ventana, feneciendo a consecuencia de las heridas sufridas.

Los padres del fallecido consideran que, de haber sido éste internado, dado que se encontraba en plena crisis, se habría podido evitar su muerte; no obstante, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

²¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2002 ... *op. cit.*

²¹⁸ Mantiene una línea muy similar la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008 (Sala Primera, recurso 2897/2002, ponente Xiol Ríos; resolución también analizada desde la perspectiva del derecho de información y la Medicina satisfactiva, en los capítulos correspondientes). Doctrina seguida por las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 (Sala Tercera, recurso 1932/2008, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 271/2010, ponente Martí García) y sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 3344/2010, ponente Martí García).

²¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2009, Sala Tercera, recurso 283/2007, ponente Trillo Alonso.

Se trata de un ejemplo claro, en el que la omisión de medios parece la protagonista absoluta del asunto y sin embargo, el caso resulta desestimado por cuestiones ajenas al mismo. El proceso fue inadmitido en instancias inferiores por una cuestión de forma y no tanto de fondo, que fue precisamente lo enjuiciado en casación, en forma de recurso para la unificación de doctrina.

Ahora bien, aunque no se ha llegado a tratar esta cuestión, lo cierto es que el hecho de que la médico que atendió a D. Luis no fuese informada sobre su estado de salud mental, así como sobre que las heridas que éste presentaba se las había provocado él mismo, complica la posibilidad de que exista una omisión de medios. No en vano, conviene tener presente que el acto médico desplegado por la médico fue acorde a las necesidades físicas del paciente, pues ésta desconocía las dolencias psíquicas del mismo.

2. La omisión de medios en los servicios de urgencias.

En este apartado los casos a analizar serán omisiones de medios en relación a situaciones de emergencia. Huelga señalar que las conclusiones que de aquí se extraerán, serán muy diferentes a las del bloque anterior, porque se trata de la confrontación de dos figuras casi opuestas, como son las exigencias del despliegue de medios y la necesidad de una actuación rápida y urgente.

a) Litigios en los que el daño es reprochado.

1. La primera de las resoluciones probablemente sea una de las más representativas de este bloque de análisis, dadas las circunstancias del caso. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2003²²⁰, en la que D. Luis Miguel acudió a su centro de asistencia primaria, donde su médico habitual tuvo la sospecha de que estaba sufriendo una aneurisma de aorta – subrenal asintomática, por lo que lo remitió de manera urgente al hospital más cercano, para que lo estudiaran. Ahora bien, cuando llegó al mismo, la médico que lo atendió desoyó la petición de su colega, no practicando ninguno de los análisis solicitados por éste, dictaminando que lo que D.

²²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2003, Sala Primera, recurso 2837/1997, ponente Villagómez Rodil. Resolución también analizada desde el punto de vista de la pérdida de oportunidad, en el capítulo correspondiente.

Luis Miguel padecía era un cólico nefrítico y posible pielonefritis derecha; siendo dado de alta. D. Luis Miguel murió escasas horas después de la atención médica recibida. Las posibilidades de supervivencia en los supuestos de aneurisma de aorta en un caso como el que presentaba D. Luis Miguel, rondan el 50%.

La familia del fallecido consideró, que de haberse practicado las pruebas que solicitó el médico de familia de D. Luis Miguel, éste no habría fenecido. Su demanda fue desestimada en primera instancia, siendo parcialmente estimada en grado de apelación. De forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La omisión de medios es la protagonista indiscutible del supuesto. Un paciente es remitido a urgencias por su médico con una serie de instrucciones, ante la sospecha de una afección seria, pero éstas son desoídas sin ningún tipo de fundamento. De haberse actuado conforme las circunstancias lo requerían, es decir, si se hubiesen practicado las pruebas necesarias, aunque éstas hubiesen arrojado falsos negativos, el litigio no sería objeto de responsabilidad.

La relación entre la omisión de medios y el daño sufrido por el paciente es innegable, tal y como de la literatura médica se desprende: el margen de sanación o mejora gira en torno al 50% en este tipo de casos, algo que evidencia que D. Luis Miguel no fue indemnizado por el perjuicio que le fue irrogado, sino por la actuación médica no desplegada. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al apuntar “Relegar un enfermo de estas características a un práctico olvido por haberse pospuesto la operación que necesitaba e incluirle en el trámite burocrático de lista de espera, equivale prácticamente a un abandono muy grave y con carga de riesgo relevante de que el desenlace fatal pueda producirse en cualquier momento, como por desgracia sucedió. Esta responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud encuentra apoyo legal en el artículo 1902, al tratarse de mal cumplimiento de la prestación médico - sanitaria que requería el enfermo de referencia y esta responsabilidad directa ha sido reconocida reiteradamente para casos similares al presente por jurisprudencia constante y reiterada (Sentencias de 22-4-1997, 27-6-1997, 21-7- 1997, 13-12-1997, 16-12-1998 y 23-4-2001). Lo expuesto pone bien de manifiesto que la recurrente incurrió tanto en la responsabilidad que decreta el apartado cuarto del artículo 1903, como en la prevista en

el 1902 (Sentencias de 21 -9- 1993 y 20-7-2000), por lo que el motivo necesariamente ha de ser rechazado”²²¹.

De las palabras del juzgador se desprende lo que prácticamente podríamos calificar como un “abandono” al paciente, ya que a éste ni siquiera se le practicaron controles básicos²²².

2. El segundo litigio a analizar, si bien es igual de representativo que el anterior, no es tan evidente. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007²²³, en la que D^a. Mónica, una mujer de 34 años, obesa y que tomaba anticonceptivos orales, acudió a un hospital al notar un tirón muscular en la pierna derecha que no remitía. Realizándosele las ineludibles pruebas (radiografías), fue diagnosticada de una contractura. Pasados unos días (ocho concretamente) la paciente se vio en la necesidad de volver al centro sanitario por persistir las molestias, así como por presentar un edema sin dolor. Se le observó dolor en la palpación de la zona gemelar, espina tibial anterior, dolor en la flexión del pie, sin calor, enrojecimiento, empastamiento, ni cordones venosos; por lo que se mantuvo la diagnosis inicial. Tres días después D^a. Mónica ingresó en urgencias con parada cardiorrespiratoria provocada por un trombo, muriendo escasas horas después.

Los familiares de la fallecida consideraron, que de haberse acudido a un mayor despliegue de medios, el trombo hubiese sido localizado y muy probablemente se habría podido salvar la vida de D^a. Mónica. No obstante, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque en este asunto también existe una omisión de medios, ésta es más tímida que la anteriormente analizada. Podríamos calificar como correcta la primera asistencia médica recibida por D^a. Mónica, por la cual ésta fue diagnosticada de una contractura. No en vano, detectar un trombo en una primera atención sanitaria puede ser algo complicado. En la segunda, al existir un edema, el equipo médico ya debería haberse encontrado sobre la pista, más si cabe si tenemos en cuenta que la enferma padecía de obesidad y tomaba anticonceptivos hormonales; dos factores que la hacían muy propensa a sufrir trombos. Si unimos la mentada predisposición a la existencia de una

²²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2003 ... *op. cit.*

²²² Sigue esta misma dinámica la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010 (Sala Tercera, recurso 3856/2005, ponente Herrero Pina).

²²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007, Sala Tercera, recurso 2943/2003, ponente Herrero Pina.

supuesta contractura persistente acompañada de un edema, la solución es bastante sencilla.

Al persistir los síntomas y haber evolucionado la dolencia de la paciente por otro derrotero, el hecho de haberse limitado la actividad diagnóstica únicamente a la repetición de las anteriores pruebas, es una muestra inequívoca de una actitud pasiva frente a una nueva sintomatología. Es precisamente en este punto donde se encuentra la omisión de medios, en la falta de adaptación de las herramientas al nuevo cuadro que presentó la paciente, más si cabe dadas sus circunstancias.

Aunque sería de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo a este respecto, lo cierto es que la casación se limita únicamente a analizar aspectos procesales, por lo que no entra a conocer la omisión de medios²²⁴.

3. La tercera resolución es prácticamente idéntica a la anterior, aunque su estudio puede ayudarnos a asentar la doctrina del Alto Tribunal en esta materia, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005²²⁵. En este litigio D. Adolfo, con antecedentes de epilgastria y úlcera, acudió al servicio de urgencias más cercano a su domicilio, por presentar un severo dolor abdominal y fiebre de origen desconocido, siendo diagnosticado de esofagitis y confirmándose la úlcera que ya tenía. A pesar de que le fue instaurado un tratamiento para mejorar su estado, éste evolucionó negativamente, por lo que tres días más tarde tuvo que regresar al mismo hospital, donde tras una prueba de mayor envergadura, se comprobó que el paciente había sufrido una perforación de la úlcera, que le había provocado una peritonitis. A pesar de que tras este diagnóstico D. Alfonso fue intervenido de forma rápida y sin demora, no pudo evitarse una sepsis, que acabó con su vida.

Los familiares del fallecido consideraron que la atención que recibió D. Adolfo no fue correcta, porque de haberse indagado el origen de la fiebre, se habría podido

²²⁴ Un supuesto muy similar es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2008 (Sala Tercera, recurso 1824/2004, ponente Robles Fernández; resolución también analizada desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad, en el capítulo correspondiente), por el cual un paciente obeso, con hepatitis C, arterioesclerosis y un by – pass, acudió al servicio de urgencias por dolor inguinal, siendo diagnosticado de una posible hernia inguinal y dado de alta. Al no mejorar su situación se vio en la necesidad de acudir hasta un total de 5 veces más a urgencias, donde le fueron ordenadas múltiples pruebas, pero éstas no se le practicaban, hasta que en la última ocasión se le realizó un TAC abdominal (que debería haberse efectuado en la primera asistencia) y se le detectó un hematoma retroperitoneal, probablemente provocado por un pseudoaneurisma, que tuvo que ser intervenido de urgencia; restándole al paciente una parestesia severa, debido a la gravedad de la afección y la agresividad de la intervención. La omisión de medios de este asunto resulta evidente, ya que aunque la actitud en la primera consulta fue correcta, no lo fue así en la segunda.

²²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005, Sala Tercera, recurso 1112/2001, ponente Robles Fernández.

hallar lo que realmente le aquejaba. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Nos encontramos de nuevo ante una omisión de medios que requiere una lectura sosegada de los hechos. El primer diagnóstico que se le realizó al paciente fue correcto, no en vano ya se conocía que éste padecía de una úlcera, sin embargo, también fue incompleto, porque no se indagó sobre todos los síntomas que presentaba D. Adolfo (la fiebre). Es precisamente en este punto en el que se puede observar la omisión de medios: a pesar de que existían indicadores claros de que lo que aquejaba al enfermo era algo más que un conato de su úlcera, se ignoraron algunos de los síntomas y se realizó un diagnóstico diferencial poco profundo. Ello ocasionó que no se detectase la perforación que estaba sufriendo D. Adolfo, que requería de una atención rápida (plazo máximo de 48 horas), pero que se dilató en torno a tres días, lo que resultó fatal para el paciente. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo “Es evidente, por tanto, que esa ausencia de pruebas durante 48 horas a un paciente ingresado hospitalariamente por unas acreditadas úlceras gástrica y duodenal y que presenta un cuadro febril de origen desconocido, supone una omisión relevante que impide detectar la perforación gástrica en un momento en que hubiera sido susceptible del oportuno tratamiento, y comporta que cuando dicha perforación es diagnosticada sea inevitablemente tarde para evitar un fatal desenlace al que también contribuye lo que necesariamente debe reputarse como otra negligencia sanitaria, cual es no tomar las medidas de atención, vigilancia y cuidado, respecto a un paciente que está intubado y que sufre episodios de agitación, en uno de los cuales se autoextuba, lo que le produce una encefalopatía anóxica. En definitiva resulta demostrado que el funcionamiento del servicio sanitario fue incorrecto según se ha razonado, y esa inadecuada asistencia prestada por la institución sanitaria permite concluir la existencia de la necesaria relación de causalidad entre la actuación del servicio público y el fallecimiento de D. Adolfo, lo que obliga a la estimación del recurso de casación formulado y consiguientemente se impone la necesidad de determinar cuál es la indemnización procedente, una vez que se ha evidenciado la responsabilidad patrimonial de la Administración”²²⁶.

²²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005 ... *op. cit.*

4. La cuarta controversia, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2001²²⁷, es similar a la anterior. En este caso D^a. Pilar, una heroinómana en periodo de deshabituación con metadona, acudió a un servicio de urgencias aquejada de dolores abdominales, diagnosticándosele una posible apendicitis no urgente, dado que no había riesgo de peritonitis, por lo que se pautó un periodo de observación de 12 horas. No obstante, este plan original fue cancelado y la paciente fue intervenida una hora escasa después de llegar al centro sanitario, desarrollándose la cirugía con plena normalidad. Sin embargo, tras la misma D^a. Pilar quedó sumida en un coma profundo en el que aún se encuentra, en un estado vegetativo permanente. Con carácter posterior a la operación se averiguó que lo que le ocurrió a la paciente fue que al estar sometida a un tratamiento de deshabituación con metadona, le estaban contraindicados los fármacos morfínicos (precisamente el tipo de anestesia que le fue suministrada), algo que hubiese podido evitarse con una analítica preoperatoria más completa o con una lectura más sosegada del historial clínico de la enferma.

Los familiares de la fallecida consideran que no se prestó la atención debida al cuadro clínico de D^a. Pilar, y que fue eso precisamente lo que provocó el coma en el que todavía se encuentra. Sus pretensiones indemnizatorias fueron parcialmente admitidas en instancias inferiores, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Tal y como ya adelantábamos líneas atrás, la omisión de medios de este caso es evidente. Se trata de una paciente, que si bien requería una operación, más o menos urgente, ésta no tenía que practicarse de manera inmediata, sino que incluso se llegó a pautar una espera a los efectos de practicar pruebas complementarias y comprobar la evolución de la apendicitis. Ahora bien, sin previo aviso se cambiaron los planes, algo que no vino motivado por la agravación del estado de la enferma, sino por cuestiones de organización interna del hospital; lo que supuso sacrificar una analítica preoperatoria más completa.

La anestesia que se utilizó con D^a. Pilar se encontraba completamente contraindicada para ella, ya que sus propiedades morfínicas podían provocarle un coma profundo, tal y como ocurrió, al interactuar con los medicamentos que se le suministraban para la deshabituación. La omisión de medios se halla en la ausencia de

²²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2001, Sala Tercera, recurso 538/1997, ponente Álvarez – Cienfuegos Suárez. Resolución también analizada desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad y las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en los capítulos correspondientes.

un análisis preoperatorio más completo, que no tenía que ser especialmente minucioso, sino que uno genérico hubiese evidenciado los fármacos que tomaba la paciente, algo que habría permitido pautar otro tipo de anestesia compatible.

Huelga señalar, que de haber mediado una urgencia mayor, la situación hubiese sido completamente distinta. De existir riesgo de perforación del apéndice, las decisiones se hubiesen tenido que tomar con mayor rapidez y es probable, que de eludirse algún examen complementario (con fatales consecuencias), habría sido una omisión de medios no reprochable, dadas las necesidades del caso. No obstante, se trata de un asunto muy evidente de omisión de medios provocado por la celeridad de las actuaciones, que vino motivada, más por las circunstancias del centro, que por las necesidades de la paciente.

En último lugar, es de recibo hacer referencia a la obligación de información de los familiares de D^a. Pilar, o de ésta misma, respecto de sus circunstancias. Ahora bien, esto no es motivo de exoneración de responsabilidad del hospital, por la simple razón de que los parientes de la enferma no tenían por qué conocer la peligrosidad de la interacción. A este respecto apunta el juzgador “La Doctrina de esta Sala, entre otras Sentencias de 3 y 10 de octubre de 2000, precisa que: “El título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por la actividad administrativa por funcionamiento normal o anormal de los servicios puede consistir no sólo en la realización de una actividad de riesgo, como parece suponer la parte recurrente, sino que también puede radicar en otras circunstancias, como es, singularmente en el ámbito de la asistencia sanitaria, el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo. Esta inadecuación, como veremos que sucede en este proceso, puede producirse no sólo por la inexistencia de consentimiento informado, sino también por incumplimiento de la “lex artis ad hoc” o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio, de donde se desprende que, en contra de lo que parece suponer la parte recurrente, la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada”²²⁸.

El Tribunal Supremo observa una grave temeridad en lo ocurrido en este litigio, ya que no practicar un análisis preoperatorio adecuado o no realizar un estudio del historial clínico de un paciente, es un atentado contra la *lex artis*.

²²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2001 ... *op. cit.*

5. Un asunto en que la omisión de medios destaca más por la ausencia de recursos del centro y la falta de previsión, que por una actitud pasiva del personal sanitario, es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2007²²⁹. En esta controversia D. Camilo acudió al servicio de urgencias más cercano a su lugar de residencia por dolor en el pecho, siendo diagnosticado de una angina de pecho. De acuerdo con la práctica habitual, se inició un tratamiento farmacológico de vigilancia, que se debe dar entre las primeras 48 – 72 horas, y si pasado este periodo de observación el paciente no mejora su estado, es necesaria una coronariografía urgente. Este fue el caso de D. Camilo, ya que no se recuperó, pero cuando se le fue a realizar la prueba, esto fue imposible porque la máquina no estaba disponible. Esa tardanza comportó que no pudiese concretarse a tiempo qué terapia necesitaba el paciente, requiriéndose la práctica de una actividad quirúrgica urgente y muy agresiva; resultando ésta inútil, al fallecer poco después el paciente.

La familia de D. Camilo consideró que hubo una evidente omisión de medios. Su demanda fue desestimada en primera instancia y su recurso parcialmente estimado ante la Audiencia Provincial competente, de manera que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal supremo.

Se trata de un caso bastante evidente, en el que un paciente que requiere una prueba urgente se ve privado de la misma, por razones de disponibilidad. Debemos partir del hecho de que la primera actitud expectante que se adoptó fue correcta, no en vano era habitual intentar paliar los efectos de la angina de pecho con un tratamiento conservador. El problema vino después, cuando una vez trazado el plan éste no pudo ejecutarse por las limitaciones del hospital, o por lo menos no pudo actuarse a tiempo, con lo que ello supuso para el paciente. Éste no pudo seguir siendo correctamente tratado, porque tampoco podía ser diagnosticado, lo que entrañó una agravación progresiva de la lesión cardíaca que padecía, y para cuando finalmente pudo evaluársele, era necesaria una actuación especialmente agresiva, que resultó fatal para el enfermo.

De estas líneas se desprende que lo problemático no fue la actuación médica, ya que ésta fue correcta, sino la falta de disponibilidad de la máquina (mantenimiento); esto es, la omisión de medios la provocó el centro y no el equipo médico. De esta

²²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2007, Sala Primera, recurso 3360/2000, ponente Seijas Quintana. Resolución también analizada desde la perspectiva de las deficiencias asistenciales y la pérdida de oportunidad, en los capítulos correspondientes.

misma opinión se muestra el Tribunal Supremo “La sentencia no establece esta relación causal a través de simples conjeturas, sino a partir de un juicio de probabilidad basado en un hecho objetivo como es la omisión por parte del centro hospitalario de los medios que debieron ponerse al alcance del enfermo y ello constituye el núcleo esencial de la *lex artis* de dicha entidad, que a la postre fue determinante de la posterior evolución del paciente, sin que esta relación de hechos fundamentan el criterio de imputación haya sido combatida mediante la oportuna y adecuada formulación de un motivo de casación por error de derecho en la valoración de la prueba, con la ineludible cita de la regla legal de la que se considera infringida”²³⁰.

6. A partir de este momento analizaremos omisiones de medios, en las que la noción de urgencias es más visible que en los casos anteriores. Este sexto litigio, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2009²³¹, puede resultar especialmente llamativo por sus circunstancias. D^a. Sabina, que había dado a luz a dos hijos por cesárea, se quedó embarazada por tercera vez, pero en esta ocasión el parto natural era viable. Comenzó el alumbramiento, con más o menos normalidad, siendo necesario suministrársele oxitocina, dado que éste no avanzaba mucho. El parto se encontró bajo control, monitorizado en todo momento, con la excepción que la oxitocina no fue especialmente vigilada. De pronto la paciente sufrió una brusca hemorragia vaginal, a la vez que el feto mostró una caída súbita de sus constantes vitales. Lo que realmente ocurrió fue que la oxitocina facilitó la rotura del útero por donde había dos suturas y la cabeza del feto salió por ahí, quedando atrapada en la cavidad abdominal de la madre. Aunque logró finalizarse el parto con más o menos éxito, la niña nació con severos daños cerebrales, como consecuencia de la hipoxia sufrida.

Consideran los padres de la menor, que de haber habido una mayor supervisión de la oxitocina, o de haberse acudido a un cesárea al ver que el alumbramiento no avanzaba, su hija no hubiese sufrido daño alguno. No obstante, sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Lo primero a dilucidar es si en este litigio el alumbramiento natural estaba contraindicado. Lo cierto es que un útero que ha sido intervenido por una cesárea,

²³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2007 ... *op. cit.*

²³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2009, Sala Tercera, recurso 1364/2005, ponente Menéndez Pérez.

evidentemente tiene más posibilidades de sufrir una rotura por la zona por donde ha sido suturado, pero ello no implica que necesariamente tenga que ocurrir. Por ello, la opción de acudir al parto vaginal no tiene por qué ser incorrecta. La cuestión clave se encuentra en la falta de control de la actividad del útero de la paciente. A D^a. Sabina se le administró oxitocina a fin de estimular el alumbramiento, algo que incrementa notablemente las probabilidades de rotura de útero, pero con una supervisión diligente, puede llegar a fijarse la dosis idónea a los efectos de evitar esta contingencia. Sin embargo, esta vigilancia no se dio, por lo que la cantidad que recibió la paciente fue elevada, ya que al no avanzar el nacimiento, se le siguió suministrado más; sin que llegue a constar en ningún lugar la dosis que se le acabó inyectando. Ello provocó dos cosas, que el útero no estuviese vigilado, lo que supuso que se ignoró que se estaba rompiendo, y la falta total de control sobre las consecuencias de la oxitocina en la paciente. Es precisamente aquí donde encontramos esa omisión de medios: en un parto vaginal de una paciente con dos cesáreas, la utilización de oxitocina debía de ser muy cuidadosa, algo que no ocurrió en este litigio. El Alto Tribunal parece abogar por esta misma idea al afirmar “Y dice por fin, ahora en el acto en el que la Sra. Perito responde a las aclaraciones solicitadas, que no figuran en la historia clínica los datos referidos a la cantidad de oxitocina que se le prefundió a la gestante, no habiendo dispuesto de esos datos. Que suele ser que conste la cantidad de oxitocina por cantidad de suero y el número de gotas por minuto, con lo cual se calcula más o menos la cantidad de oxitocina suministrada. Y que si la cantidad de oxitocina suministrada no hubiera sido la adecuada hubiera quedado reflejado en el registro de la contractilidad uterina”²³².

7. En la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2007²³³ D^a. Mari Juana acudió al servicio de urgencias del hospital más cercano a su residencia, por encontrarse de parto, llegando al mismo sobre las cinco de la tarde y mostrando desde un principio, una evolución escasa. A las ocho de la tarde el monitor del feto detectó una ligera taquicardia, dándose aviso al ginecólogo de guardia, que llegó 35 minutos después y que a pesar de la braquicardia que sufría el *nasciturus*, descartó acudir a la cesárea y forzó un parto natural. Finalmente nació un niño aquejado de una severa hipoxia, que le causó una parálisis cerebral.

²³² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2009 ... *op. cit.* Existe un litigio muy similar al presente en la sección de error de diagnóstico. No obstante, de los hechos se desprende que las situaciones fueron distintas y que en este caso el control del parto adoleció de elementos básicos, cosa que no ocurría en la otra controversia.

²³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2007, Sala Tercera, recurso 9309/2003, ponente Herrero Pina.

Los padres del menor consideraron, que de haberse actuado con mayor celeridad, es decir, no haberse intentando un parto natural cuando se observó una braquicardia fetal; probablemente la situación de su hijo hubiese sido otra y no habría sufrido tamaño daño cerebral. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La omisión de medios vuelve a ser la clave de la controversia. Parece conveniente apuntar, que aunque la primera parte de la atención sanitaria (la espera de varias horas en las que se observaba que el parto no evolucionaba) pudo ser una actuación lenta, no fue negligente, no en vano es una práctica general a los efectos de evitar terapias agresivas, como lo es la cesárea. La verdadera omisión de medios se encuentra en que tras observarse una braquicardia no se actuó en consecuencia, y se aguardó algo más de media hora hasta que llegó el ginecólogo de guardia (35 minutos), un tiempo de espera fatal para el recién nacido, que estaba padeciendo un largo sufrimiento fetal. A esto conviene añadir el hecho de que se descartase cualquier opción de practicar una cesárea, que posiblemente hubiese acabado con rapidez un alumbramiento que evidenciaba severas dificultades. En esta decisión está la segunda omisión de medios, que al igual que la anterior, acarreó las graves lesiones que padece el menor.

La relación existente entre el daño y la omisión es clara, por lo que no cabe duda alguna sobre la causalidad. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo “En este caso la Sala de instancia, que señala la trascendencia de la prueba en cuestión, en cuanto las tiras de monitorización podrían determinar con certeza el momento de aparición de los DIPS II, viene a solventar tal ausencia con la valoración de las declaraciones de la Matrona y Ginecólogo intervinientes, pero ello lo hace presumiendo que un Especialista de un Hospital de la Sanidad Pública no puede cometer el error de no apreciar la existencia de sufrimiento fetal al ser llamado y evaluar la situación, error que considera incompatible con la suficiencia técnica que se le presume, presunción efectuada en favor de la Administración que no aportó tal importantes elementos de prueba y que no puede justificarse en la suficiencia técnica del médico interviniente, pues de seguir ese criterio se excluiría el error en sus actuaciones atribuyéndole una infalibilidad que ni siquiera depende de la formación técnica sino de la actitud personal ante un concreto supuesto. Por el contrario, ante la facilidad de la prueba por la Administración, a la que es imputable la falta de aportación, por pérdida o extravío, no puede resultar beneficiada por la valoración de la prueba excluyendo la aparición de

DIPS II antes del momento indicado, cuando consta además la llamada de la Matrona al Ginecólogo para evaluar la situación a las 7 ó 7,15 horas, en un parto eutócico en el que lo normal es que se asista hasta el final por la Matrona. Por otra parte, no resulta lógica ni acorde con las normas de la sana crítica la omisión total de las apreciaciones contenidas en los informes aportados por la parte al proceso, en cuanto contienen valoraciones técnicas documentadas sobre determinados aspectos relativos a partos en situación semejante al caso de autos. En tal sentido, admitido que a las 8 horas existían signos suficientemente indicativos de sufrimiento fetal, la propia Administración y el Ginecólogo interviniente, admiten que la actuación se limitó a la administración de oxitocina para aumentar las contracciones esperando un parto rápido, pero lo cierto es que el mismo se demoró 35 minutos, sin que se practicara ningún otro tipo de actuación tendente a la agilización del parto, de las varias existentes y que se describen en los referidos informes, desde estudios de Ph y gasometría fetal, hasta detención por la administración de tocolíticos para ulterior cesárea, o el empleo de fórceps o ventosa, ni se justifique su descarte o improcedencia; de manera que una valoración lógica de la prueba existente en el proceso lleva a considerar que no se aplicaron todos los medios disponibles para atender el parto en cuestión, sin que conste ni siquiera el momento preciso en el que se pusieron de manifiesto las alteraciones indicativas de sufrimiento fetal que aconsejaban la adopción de medidas específicas para la adecuada atención”²³⁴.

8. Idéntica línea, pero en esta ocasión más llamativa, es la que nos presenta la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2009²³⁵, un litigio en el que D^a. Bárbara acudió a un centro hospitalario a primera hora de la tarde con evidentes síntomas de parto, y en un primer reconocimiento se observó trombopenia (nivel bajo de plaquetas en sangre) y una leve taquicardia. Sin embargo, no se le dio mayor importancia y se decidió el ingreso de la paciente sin monitorización alguna, ya que no se trataba de su primer hijo. En uno de los controles habituales, sobre la una de la mañana, se observó que no había signos vitales en el feto, por lo que se provocó inmediatamente el parto, naciendo un niño muerto, con varias vueltas del cordón umbilical en torno al cuello.

Los padres del menor fallecido consideraron que no se le dio la importancia que se debía a los síntomas que padecía D^a. Bárbara, y no sólo eso, sino que además no se le

²³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2007 ... *op. cit.*

²³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2009, Sala Tercera, recurso 9733/2004, ponente Díez – Picazo Giménez.

monitorizó a fin de controlar su evolución, por lo que no se pudo detectar en qué momento comenzó a fenecer el feto. No obstante, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Huelga destacar lo llamativo del asunto, en el que la omisión de medios ostenta el protagonismo absoluto del caso. En la primera asistencia se le detectó a la paciente tanto una trombopenia como una ligera braquicardia del feto, que si bien es cierto que probablemente no fuesen objeto de alarma y menos de urgencia, sí que debían haber sido controlados. Esta vigilancia no se respetó, ya que tal y como se desprende de la lectura de los hechos, la paciente ni siquiera fue monitorizada y no fue hasta horas más tarde del ingreso (concretamente a la una de la mañana), cuando en un examen rutinario se observó que el feto no presentaba signos vitales.

La relación existente entre la omisión de medios (visible no en un acto concreto, sino en toda la relación médica) y el daño, es directa e indiscutible, ya que la falta de actuación es la tónica general, aun cuando había señales evidentes de que el feto se encontraba sufriendo algún tipo de dificultad. El Tribunal Supremo comparte esta opinión al afirmar “Por un lado, en las órdenes de tratamiento del Hospital Juan XXIII relativas a la recurrente puede leerse que el 31 de octubre a las 15,30 horas "consultado en sesión clínica, se decide que si en el momento actual y mientras la paciente no remonte, se pusiera de parto o fuera necesario finalizar la gestación, se realizará cesárea si hematología puede facilitar los medios adecuados" (folio 41 del expediente administrativo). Ello significa que, veinticuatro horas después del ingreso hospitalario de la recurrente, los médicos consideraban muy probable que fuese necesario practicar una cesárea; lo que, dadas las concretas circunstancias, invalida la afirmación del perito judicial -sin duda cierta en términos generales- según el cual es aconsejable evitar la cesárea en supuestos de trombopenia, a fin de evitar posibles hemorragias. Y ello significa también que, si no se le practicó la cesárea a la recurrente, evitando así la muerte del feto, no hay que excluir que fuera a causa de ausencia de medios adecuados de hematología. En otras palabras, consta que los médicos contemplaban la necesidad de recurrir a una cesárea, que sin embargo no efectuaron”²³⁶.

²³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2009... *op. cit.*

De las palabras del Alto Tribunal se desprende que toda la relación médica estuvo teñida por la omisión de medios, y no un único acto aislado, tal y como era habitual en las resoluciones hasta ahora estudiadas²³⁷.

b) Supuestos en los que el daño es desestimado.

9. La primera y única de las controversias desestimadas es muy llamativa y puede inducir a error, por lo que sus hechos requieren una lectura sosegada, para comprender la actitud del juzgador ante la misma, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2001²³⁸. En este litigio D. Ildelfonso sufrió una lesión en uno de sus glóbulos oculares mientras trabajaba, concretamente se le clavaron unas cuantas esquirlas de metal. En el centro de atención primaria donde fue atendido inicialmente se le sometió a la terapia habitual, es decir, aplicarle un líquido reactivo que destacase dónde se encontraban las esquirlas de metal, para proceder a su extracción. Sin embargo, le quedó una partícula a nivel retiniano, ilocalizable con el líquido reactivo, para lo cual era necesaria una radiografía orbitaria, que sólo podía realizarse en un hospital especializado. Ese fragmento le provocó un desprendimiento de retina que supuso una ceguera irreversible, ya que al no ser localizado en un principio, estuvo causando severos daños en el glóbulo ocular del paciente.

D. Ildelfonso consideró que desde un primer momento se le tenía que haber efectuado la radiografía antes mencionada, en lugar de habersele extraído las esquirlas primero y después remitirle al centro especializado. Su demanda fue estimada en

²³⁷ Un supuesto similar, y que por ello lo relegamos a nota a pie, es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002 (Sala Primera, recurso 281/1997, ponente Martínez – Pereda Rodríguez; resolución también estudiada desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad, las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil y las deficiencias asistenciales, en los capítulos correspondientes), una controversia en la que una paciente (primípara y con el cuello del útero estrecho), ingresó en un hospital con evidentes signos de parto, pero que pasadas varias horas (más de 24 en total) se observó que éste no avanzaba. A pesar de ello no fue constantemente monitorizada, sino que en total no estuvo más de dos horas bajo control, y ni siquiera el ginecólogo de guardia (no presencial) se quedó en el sanatorio, aun conociendo la situación de la gestante. Todas estas circunstancias provocaron que para cuando la paciente volvió a ser monitorizada, se observase una severa braquicardia en el feto y que para cuando llegó el ginecólogo al centro, no pudiese acudir a una vía rápida (cesárea), sino que se tuviera que forzar el parto natural, naciendo un menor con severas lesiones cerebrales. Sobre este último supuesto, y en relación a la omisión de medios, es destacable la opinión de LÓPEZ – MUÑOZ y LARRAZ, al considerar este autor, que dadas las circunstancias de la paciente (primípara y con estrechez de cuello uterino), existían razones de peso para que ésta se encontrase constantemente monitorizada, así como para que el ginecólogo no se ausentase del sanatorio. LÓPEZ – MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *El error sanitario* ... *op. cit.*, página 127.

²³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2001, Sala Primera, recurso 264/1996, ponente Sierra Gil de la Cuesta.

primera instancia, pero revocada en apelación, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque es cierto que de haberse practicado desde el principio la radiografía orbitaria al paciente, se le hubiese localizado que tenía un trozo de metal en la zona retinal, es necesario tener presente que para ello D. Ildelfonso debería haber tenido durante mucho tiempo todas las esquirlas en su glóbulo ocular; algo que le hubiese provocado severas lesiones y que habría, prácticamente garantizado, una ceguera por la espera. La acción más correcta era eliminar el mayor número de fragmentos en el menor tiempo posible, y *a posteriori* observar si había más ilocalizables. Es más, no hallar el último de los trozos resultaba natural, no en vano éste era inhallable si no se contaba con una radiografía específica. Es por ello por lo que no existe ninguna omisión de medios, ya que el paciente recibió la atención debida. La actuación médica desplegada fue correcta, tal y como de las palabras del Tribunal Supremo se desprende “Efectivamente, sobre la responsabilidad profesional médica esta Sala ha constituido una doctrina ya firme y constante que determina, que la obligación del médico en general no es de resultados sino de medios; y que en modo alguno el médico puede contraer el compromiso de curar, en todo caso, al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influible por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico , ya que éste no puede garantizar, se vuelve a repetir, la curación y si el empleo de las técnicas adecuadas. Y en este caso, el médico demandado si utilizó las técnicas adecuadas y convenientes, como se desprende del "factum" de la sentencia recurrida, extraído a través de una actuación hermenéutica normal y lógica, cuando en él se afirma que la intervención del médico demandado fue en todo caso correcta, ya que la primera asistencia efectuada estuvo dentro de los parámetros habituales para esta clase de accidentes -la introducción de cuerpos extraños metálicos en la córnea-, utilizando al efecto un líquido reactivo para examinar dicha parte ocular, extrayendo diversas partículas de óxido de hierro, sin que observara la partícula de hierro que se había insertado a nivel retiniano y que determinó el posterior desprendimiento de retina con la consiguiente pérdida de visión. Y si no se detectó la misma, fue debido a que ello no era posible sin disponer de los medios técnicos propios de un hospital con servicios ultraespecializados en el que fue asistido mas tarde, en donde y sólo a través de una radiografía orbitaria se pudo detectar el cuerpo extraño que no había sido localizado el médico demandado con la técnica que él utilizó, y que es la

única que estaba a su alcance, pero que desde sí dio la información y antecedentes para esta última actuación hospitalaria. Con todo ello se llega a la conclusión que en la intervención del médico demandado no ha habido un componente culposos, pues como ya se sabe, según doctrina de esta Sala, el médico sólo queda obligado a suministrar al paciente las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia, por lo que su responsabilidad solo se basará en una culpa incontestable, es decir patente (por todas la sentencia de 10 de diciembre de 1.996). Y en el presente caso, se vuelve a repetir, no se ha constatado la existencia de la referida actuación culposa, con lo que se ha de descartar la exigencia de responsabilidad profesional médica alguna”²³⁹.

De las palabras del juzgador se deduce que la actitud del personal sanitario no fue pasiva, sino absolutamente correcta, ya que no podía haberse actuado de otra manera, dadas las circunstancias.

3. La omisión de medios y las pruebas médicas.

En este apartado analizaremos supuestos de hecho en los que la omisión de medios se relaciona con las pruebas médicas (su tardanza o ausencia). Es conveniente remarcar el término “necesidad”, ya que la omisión de medios únicamente puede darse en aquellos casos en los que la prueba es indispensable. GALÁN CORTÉS matiza este deber médico, asegurando que la obligación consiste en efectuar actividades diagnósticas de acuerdo con las circunstancias del paciente, pero no necesariamente acudir a las correctas en primer lugar y acertar con el diagnóstico desde el principio²⁴⁰.

a) Controversias en las que el daño es reprochado.

1. El primer litigio de este apartado resulta especialmente llamativo, se trata de la sentencia Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002²⁴¹, en la que a D^a. Regina,

²³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2001 ... *op. cit.*

²⁴⁰ Concretamente afirma este autor “Por consiguiente, en el terreno de diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, en tal forma que sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente o el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica* ... *op. cit.*, página 187.

²⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002, Sala Primera, recurso 3194/2000, ponente García Varela. Resolución también analizada desde la perspectiva del daño desproporcionado, en el capítulo correspondiente.

una paciente con obesidad, hipertensión arterial y trastornos depresivos (siendo estas dos últimas patologías tratadas), en el curso de una revisión de mama, le fue localizada una anormalidad, un nódulo de tres centímetros. Se le realizó una punción, que arrojó resultados de malignidad, por lo que se decidió su intervención con biopsia intraoperatoria, y en el caso de ser el tumor canceroso, practicar una mastectomía. Durante la espera de la valoración de la biopsia, la paciente sufrió una intensa braquicardia por bloqueo aurículo – ventricular de segundo grado, que requirió de entre 10 y 15 minutos de maniobras, llegando a ser superada gracias a la actuación médica. Tras la misma se recibió el resultado que confirmaba la malignidad del tumor, por lo que se prosiguió con el plan original y se le efectuó una mastectomía. Tras la operación se observó que la paciente presentaba una grave lesión neurológica por la hipoxia sufrida, durante los casi quince minutos que duró la parada. Después de la cirugía se pudo saber el origen de la braquicardia que sufrió la enferma, una cardiopatía congénita (hemibloqueo anterior de haz de Hiss), enfermedad que podía ser localizada con una ecocardiografía, que además se podía realizar en el centro donde fue operada, porque contaban con los medios necesarios. Esto hubiese permitido pautar otro tipo de tratamiento anestésico, para evitar una crisis como la que padeció la enferma. Si bien es cierto que no es habitual en los preoperatorios, sí que debía serlo en el caso concreto de D^a. Regina, al contar ésta con antecedentes que podían causar problemas durante la pendencia de la intervención (obesidad e hipertensión).

Los familiares de D^a. Regina consideraron, que de haberse sometido a la paciente a la citada prueba, se hubiesen podido evitar las graves lesiones que padece. No obstante, su demanda fue desestimada en primera instancia y parcialmente estimada en el grado de apelación, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La cuestión que aquí se suscita reside en la pregunta de hasta qué punto es exigible una ecocardiografía en el preoperatorio, esto es, dónde está la frontera entre lo que se puede llegar a requerir y lo superfluo. En este litigio esta prueba sí que era reivindicable por las circunstancias de la paciente, ya que tanto la obesidad como la hipertensión, hacían propensa a D^a. Regina a padecer algún tipo de patología cardíaca.

La relación entre el daño y la omisión es innegable, ya que al desconocerse la dolencia que padecía D^a. Regina, no pudieron adoptarse medidas de control añadidas o precauciones, que hubiesen permitido evitar una crisis como la que la paciente sufrió; opinión compartida por el Tribunal Supremo “En consideración a los hechos fijados

como probados por la sentencia de instancia, que son los detallados en los apartados 1º a 13º, inclusive, del fundamento de derecho primero de esta resolución, corresponde declarar que, en el estudio preoperatorio de doña Regina, se acreditó la presencia de "un hemibloqueo anterior del haz de Hiss", lo que constituye una anomalía cardíaca, cuya entidad y concreción debió determinarse mediante un ecocardiograma antes de la práctica de la intervención quirúrgica; y, al no utilizar el ecocardiógrafo, con el que se ponen de manifiesto las cardiopatías morfológicas y congénitas con las salvedades referidas en el apartado 12º de dicho fundamento de derecho, pese a la disposición de este instrumento en el Servicio de Cardiología del "Hospital Virgen de la Concha" de Zamora, no se pudo conocer la importancia de la patología detectada, lo que, en su caso, era preciso para la adopción de singulares previsiones y precauciones durante el desarrollo de la operación relativa a la extirpación del tumor maligno de mama que padecía la paciente. Con seguimiento de la posición mantenida por la STS de 11 de marzo de 1996, procede manifestar que la omisión de la utilización de un instrumento tan eficaz como el ecocardiógrafo para detectar la existencia de cardiopatías morfológicas o congénitas, constituye sin duda un descuido bien precisado por la Audiencia, con el resultado dañoso seguido y la posibilidad de haberlo evitado, si se hubiera actuado con la diligencia sanitaria normal en tales casos, por lo que la culpa o negligencia surge con dotación de la suficiente causalidad, en virtud de que no se realizaron las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación más coherente de la deontología médica y del sentido común humanitario para tales supuestos (STS de 6 de julio de 1990), y hubieran podido conseguir, mediante un diagnóstico en el preoperatorio, salvar o aminorar los efectos de la dolencia sobrevenida a la paciente”²⁴².

2. El segundo asunto, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2000²⁴³, es un ejemplo tímido de omisión de medios, que requiere de una lectura detallada. En esta controversia a Dª. Francisca se le intervino para que le fuese practicada una biopsia de un ganglio intercervical. En el curso de la operación, sufrió un daño propio de la actividad quirúrgica, como lo es una lesión del nervio espinal

²⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002 ... *op. cit.* Línea jurisprudencial igualmente seguida por las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012 (Sala Tercera, recurso 3156/2010, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2012 (Sala Tercera, recurso 7014/2010, ponente Lecumberri Marti) y sentencia Tribunal de Supremo de 19 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 579/2011, ponente Pico Lorenzo).

²⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2000, Sala Primera, recurso 1883/1994, ponente Martínez – Pereda Rodríguez. Resolución mencionada en el capítulo conceptual.

derecho, por afectación distal de la rama del músculo Esternocleidomastoideo, comprometiéndose además el nervio supraescapular derecho; algo que le ocasionaba severos dolores y grandes limitaciones motoras. A pesar de los tratamientos que tuvo la paciente a lo largo de toda su vida, el estado de su dolencia no llegó a mejorar en ningún momento, ni tampoco se paliaron las limitaciones funcionales. No fue hasta casi un mes antes de su fallecimiento, cuando se decidió comprobar una posible sección del nervio espinal, encontrándose el origen del problema e instaurándose una terapia que reestableció mucho el estado de salud de D^a. Francisca, que se encontraba muy mermado, debido a toda una vida de dolor.

Los familiares de la fenecida consideraron, que de haberse practicado cualquier actividad diagnóstica susceptible de hallar a tiempo una lesión tan habitual en este tipo de intervenciones (95% de las secuelas), la calidad de vida de la paciente hubiese sido mucho mayor y probablemente no habría muerto tan prematuramente, víctima de tamaños sufrimientos. Su demanda fue desestimada en primera instancia, pero el recurso de apelación fue parcialmente estimado ante la Audiencia Provincial competente, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La operación se desarrolló con plena normalidad y de manera acorde a las exigencias de la *lex artis*, la sección del nervio era un riesgo propio de la cirugía, y como no se señala nada sobre la información, entendemos que la paciente conocía dicha eventualidad. Dado que la cirugía fue correcta, es necesario fijar nuestra atención en la actuación probatoria posterior a la misma. De la lectura de los hechos se desprende que el menoscabo más típico que se produce en biopsias como la que le fue practicada a D^a. Francisca, es precisamente ese. Dicha afección supone, no sólo limitaciones funcionales, sino también fuertes dolores que requieren de tratamiento en las unidades de dolor, tal y como le ocurrió a D^a. Francisca, hasta casi el final de su vida. En lugar de actuar de la manera más lógica, esto es, acudiendo a una prueba que verificase o no la hipótesis más posible, se dejó pasar el tiempo y que la lesión de D^a. Francisca evolucionase de manera negativa. Es precisamente en este punto donde se encuentra la omisión de medios, no someter a la paciente a las actividades de diagnosis necesarias a fin de localizar una dolencia de la que se tenían serias sospechas, condenándola a toda una vida de sufrimiento.

La relación existente entre la omisión de medios y el daño es incuestionable, si bien no fue ni la causa de su muerte, ni de su lesión, sí que lo fue de los padecimientos

innecesarios que arrastró la enferma durante toda su vida. El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma idea al afirmar “Lo real y cierto, que no puede discutirse en este trámite y menos aún por este cauce casacional, es que el demandado Dr. P. practicó en el Hospital de Villajoyosa a la actora una biopsia del ganglio intercervical y afectó con ello el nervio Espinal derecho por afectación distal a la rama del músculo esternocleidomastoideo, comprometiendo asimismo el nervio supraescapular derecho, lo que ha ocasionado, a más de fuertes dolores, la imposibilidad de recuperación del trapecio. O sea que, en definitiva por parte del facultativo demandado se lesionó al menos un nervio espinal y ello produjo a la demandante una atrofia o parálisis del hombro derecho. La sentencia a quo proclama que la conducta del Dr. P. fue la causa de los daños y perjuicios sufridos por la actora, añadiendo que aunque los peritos afirman que la intervención se llevó a cabo con buena praxis, ninguno afirma que la técnica fuese la que correspondía a las condiciones de la paciente, añadiendo alguno que el mismo día se debió de indagar si se había seccionado el nervio, porque en el 95% de los casos ello puede determinarse, incluso algún perito añade que no debió haberse llevado a cabo tal intervención. En todo caso la recurrente hace supuesto de la cuestión, pues como afirman las sentencias de 4 Feb. 1993 y 10 Dic. 1997, arranca de datos fácticos diversos a los del Tribunal de instancia, sin haber obtenido previamente su modificación por este Tribunal”²⁴⁴.

3. Un tanto más evidente que la de las anteriores resoluciones, es la omisión de medios del tercero de los casos de este apartado, en el que el origen de toda la problemática fue una doble omisión, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2006²⁴⁵. En este asunto D^a. Trinidad fue atendida de urgencias tras haber tenido un accidente doméstico en la cuadra de su casa, rompiéndose el radio derecho y sufriendo una leve herida debido a la caída. Fue tratada convenientemente, salvo porque no se le suministró ningún tipo de antibiótico, que hubiese resultado aconsejable, dado que el lugar del percance era potencialmente infeccioso (una cuadra). Tras el tratamiento correspondiente, D^a. Trinidad sufrió una infección en la zona en cuestión, la cual debido al retraso diagnóstico, evolucionó a una gangrena gaseosa del antebrazo.

La paciente consideró que de habersele prescrito el antibiótico con carácter preventivo, se le hubiesen evitado graves lesiones. Sus pretensiones indemnizatorias

²⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2000 ... *op. cit.*

²⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2006, Sala Tercera, recurso 164/2002, ponente Herrero Pina.

fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

De la literatura médica se desprende que algunas lesiones, como lo son las fracturas o las heridas en lugares especialmente infecciosos (tal y como puede ser una granja con ganado), son problemáticas, porque pueden acarrear severas infecciones. Una actuación lógica en el presente asunto hubiese sido la de suministrar a la paciente un antibiótico que cubriera las contaminaciones propias de las zonas con ganado, actividad que se soslayó y que si bien puede conformar una omisión de medios, no fue tan grave como la siguiente. Una vez desatada la dolencia, no se practicó ninguna prueba básica. Ello provocó que la enferma sufriese una grave complicación, para cuya recuperación requirió varias intervenciones y que le provocó severas limitaciones funcionales en el brazo en cuestión.

La relación entre el daño sufrido por la paciente y la omisión de medios en los dos escenarios, parece ser indudable. La infección vino provocada por el lugar donde se produjo el accidente, recayendo la omisión de medios en no diagnosticar ésta en un tiempo prudencial, provocándose una espera innecesaria. De las palabras del juzgador se infiere precisamente lo que hemos señalado a lo largo de estas líneas "Se deduce de tales apreciaciones que la actuación sanitaria omitió el tratamiento preventivo que no podía descartarse atendidas las circunstancias en que se produjo la caída causante de la fractura y, una vez producida la intervención y ante la clínica que presentaba la paciente, no se produjo el control adecuado e inmediato de la herida quirúrgica, que sólo se abrió al cuarto día y cuando la paciente ya presentaba fiebre y se habían producido importantes lesiones "(zona necrótica de unos 4x2cm que afecta subcutáneo y músculos (vainas tendinosas) llega a plano óseo (se ve placa de osteosíntesis) cura con H₂O₂ más suero más alcohol iodado, edema importante de mano, se pide Rx para valorar gas". Por otra parte y según se desprende de tales informes técnicos, la observancia de dichas previsiones en el tratamiento médico hubieran contribuido a evitar la infección o los efectos de la misma. Con ello se pone de manifiesto que no se adoptaron todas las medidas y no se utilizaron todos los medios que las circunstancias del caso aconsejaban y podían contribuir a un resultado satisfactorio de la prestación sanitaria demandada, y en consecuencia, no puede considerarse lógica ni conforme a las reglas de la sana crítica la valoración de la prueba efectuada en la instancia que llega a un resultado contrario al que razonablemente y según se ha expuesto se desprende de tales elementos probatorios ... La adopción de los medios al alcance del servicio, en

cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determina que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico. Pero, como se alega por la recurrente, este no es el caso, dado que, como se ha indicado, no se adoptaron todas las medidas de prevención y control postoperatorio adecuadas a las circunstancias del caso y que podrían haber evitado la infección o al menos paliado el alcance y consecuencias de la misma, poniendo de manifiesto la relación de causa a efecto entre tales deficiencias en la prestación sanitaria y el resultado lesivo cuya reparación se pretende, daño que por las razones expuestas resulta antijurídico al no existir un deber de soportarlo por parte de la recurrente, dado que la actuación médica no se ajustó a las condiciones y empleo de medios de los que podía disponerse y que las circunstancias del caso requerían”²⁴⁶.

La omisión de medios de esta controversia se encuentra, tanto en la falta de administración de los antibióticos como en no someter a la paciente a una prueba, que por la naturaleza de la infección que sufría era necesaria.

4. En la siguiente controversia la omisión de medios es la tónica general del caso, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2004²⁴⁷. En este asunto D. Fermín nació como un feto prematuro de 26 semanas de gestación, por lo que debido a su inmadurez tuvo que ser tratado en una incubadora, en la que permaneció durante tres meses y 25 días. Tras el mentado periodo, el neonato fue dado de alta. Sin embargo, semanas más tarde, los padres del recién nacido observaron que éste padecía de una cierta afección visual, siendo diagnosticado de un desprendimiento de retina por fibroplasia retrolental. El origen de esta dolencia fue su estancia en la incubadora, ya que al ser la concentración de oxígeno superior a lo habitual, hay más posibilidades de que se produzcan este tipo de eventualidades.

Consideran los progenitores del menor, que de haberse mantenido un control mínimo de la incubadora, el niño no hubiese perdido la visión. Sus pretensiones indemnizatorias fueron admitidas en instancias inferiores, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La omisión de medios en este litigio parece más evidente que en los anteriores, aunque cuenta con un importante escollo y es que si bien es cierto que una mayor

²⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2006 ... *op. cit.*

²⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2004, Sala Tercera, recurso 3560/1999, ponente González Navarro. Resolución mencionada en el capítulo conceptual.

concentración de oxígeno (propia de las incubadoras) puede provocar desprendimientos de retina, también lo es que se trata de una técnica necesaria. No obstante, y dado que la ceguera es un riesgo de este acto médico, los controles son habituales, precisamente para evitar estas contingencias, sobre todo en casos como el presente, en el que el paciente se ve en la necesidad de permanecer en la incubadora durante más de tres meses. Hubiese sido indispensable una supervisión más exhaustiva de los posibles efectos nocivos que el incremento de la concentración del oxígeno de la incubadora podía estar causando en el recién nacido, y actuar en consecuencia con tratamientos existentes a este efecto. Pero no se tomó ninguna medida, es más, cuando el menor fue dado de alta, ya había sufrido el desprendimiento de retina y esto ni siquiera fue detectado. De este hecho se puede colegir que el menor no había sido vigilado, ni durante el tratamiento, ni con carácter posterior al mismo. De las palabras del juzgador se desprende esta misma idea, cuando afirma “Valoración final-conclusión final: Como resumen de todo lo anteriormente expuesto podemos concluir diciendo que se trató de un recién nacido prematuro de 26 semanas (baja-muy baja edad gestacional) y 1000 gramos de peso (bajo-muy bajo peso al nacer) lo que supone "per se" una elevada morbi-mortalidad pues se trata de productos de la gestación "incompletos" o lo que es lo mismo, con severos déficits funcionales en su organismo, con gran probabilidad de sufrir complicaciones y/o fallecer. En el litigio que nos ocupa es difícil discernir con claridad meridiana cuales de todas las deficiencias observadas en el menor son imputables a una inadecuada atención y cuales son fruto de su propia prematuridad. De todas las patologías la que con mayor claridad se podría imputar a esta primera posibilidad (inadecuada atención) sería la ceguera por fibroplasia retrolental por cuanto que en algunos momentos se tomaron decisiones y se utilizaron dosis elevadas de oxígeno sin contar con un especialista en neonatología, pero siempre sin olvidar que aún con una adecuada terapia existe la posibilidad de que se produzca la fibroplasia retrolental. De forma secundaria y no directamente, también se podría vincular la ceguera con la imposibilidad de utilizar el lenguaje de los sordomudos (al no ver es incapaz de aprenderlo y de utilizarlo). El resultado de su ceguera, sordera y mudez determina que el contacto físico sea la única manera de comunicarse con los demás situación que se ve muy agravada por su retraso madurativo (sobre todo psíquico) cuyo origen estaría relacionado en parte con su prematuridad y en parte con sus defectos sensoriales (un niño para desarrollarse adecuadamente debe poder recibir información del exterior a través de sus sentidos). El resultado de todo ello es un niño con unas

severas deficiencias que le impiden tener una adecuada integración familiar, social, cultural y laboral, necesitando ayuda de tercera persona para cualquier actividad de su vida diaria”²⁴⁸.

En este caso la omisión de medios tiene un protagonismo indiscutible, ya que se encuentra presente en toda la terapia que recibió el paciente, es decir, en los tres meses y 25 días que el neonato permaneció en la incubadora.

5. Aunque dentro del concepto de *wrongful birth*, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007²⁴⁹ permite analizar un asunto llamativo de omisión de medios en una prueba, ya que es un caso muy claro. D^a. Amanda era portadora del heterocigoto con alteración genética para la Adreno – leucodistrofia /Adrenomielopatía ligada al cromosoma X, enfermedad por la cual el 50% de los varones son afectados y el 50% de las mujeres son portadoras. Cuando supo que se encontraba embarazada, acudió a una unidad de reproducción humana, para que le fuesen practicadas las pruebas necesarias, concretamente una biopsia de corión. La muestra extraída se dividió en dos, por un lado, una parte fue para un estudio cromosómico en Barcelona y la otra, para un análisis metabólico en Ámsterdam. El primero de los exámenes se practicó correctamente, arrojando resultado negativo, tal y como ocurrió con el segundo, con la diferencia de que éste requería de una confirmación (dado que el número de falsos negativos resultaba muy alto), que no llegó a hacerse por falta de material genético, ya que había llegado poca cantidad de muestra. Ahora bien, no se le notificó nada a este respecto a la paciente y se le hizo llegar el resultado de normalidad. A pesar de ello, nació un niño afectado de Adrenoleucodistrofia ligada a X, en principio en fase asintomática, con insuficiencia suprarrenal no sintomática.

Los padres del menor aducen que la omisión de medios en lo que a las pruebas se refiere, limitó su capacidad decisoria en cuanto a la información recibida, lo que dio forma a un caso *de wrongful birth*. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Si bien es cierto que la controversia que nos ocupa da forma a la figura de *wrongful birth* y como tal es analizada en el apartado correspondiente, también lo es que las irregularidades existentes en la actividad diagnóstica parecen conformar un litigio claro de omisión de medios. Nos referimos por supuesto, a las pruebas metabólicas que

²⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2004 ... *op. cit.*

²⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007, Sala Tercera, recurso 4779/2003, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde la perspectiva de *wrongful birth*, en el capítulo correspondiente.

fueron analizadas en el laboratorio de Ámsterdam. De acuerdo con los protocolos existentes, éstas no son seguras en su primera aproximación, dado que el margen de falsos negativos suele ser muy alto. Sin embargo, y a pesar que se conocía perfectamente este riesgo, la ausencia de material genético hizo que sólo se practicara un único análisis, con la asunción de riesgos que ello comportó, ya que éste arrojó un falso negativo, que no se comprobó. Esto podría haberse evitado con una simple solicitud de más cantidad de material genético al otro laboratorio, o realizándose una nueva extracción a la madre. Pero se optó por limitar las actuaciones a un único examen, provocándose una omisión de medios en una prueba, con fatales consecuencias.

Huelga señalar que la relación entre la omisión de medios y el daño es innegable. La madre del menor tenía pleno conocimiento del padecimiento que le afectaba y de que su descendencia de sexo masculino podía verse aquejada por el mismo, por lo que cuando se quedó embarazada se sometió a una prueba para conocer este dato. El Tribunal Supremo aboga por esta misma idea al afirmar “De todo lo hasta aquí expuesto, se impone la estimación del tercer motivo de recurso, al haberse vulnerado por la Sala de instancia los preceptos que se recogen en el mismo, concurriendo los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial, pues como hemos dicho, la Administración sanitaria no aplicó todas las técnicas necesarias en función de los conocimientos de la práctica médica en 1.996 para realizar un correcto diagnóstico prenatal del hijo de los actores, pese a todas las circunstancias que concurrían tanto de antecedentes hereditarios, como de las incidencias surgidas en el análisis efectuado por el laboratorio holandés, y pese a que también era conocida la necesidad de realizar dos pruebas de diagnóstico ante la existencia constatada de falsos negativos y el hecho de que la gestante fuera portadora de esa alteración vinculada con el cromosoma X. Siendo ello así, ha de concluirse que no se procedió con arreglo a la "lex artis" y no se dio a los actores todos los datos que debían tener para que pudieran optar por la interrupción voluntaria del embarazo, remitiéndonos a cuanto antes hemos dicho con cita de la Jurisprudencia de esta Sala en la Sentencia de 30 de Junio de 2.006 en relación a la deficiente detección de malformación en nasciturus. La estimación del tercer motivo de recurso nos exime de entrar en el estudio del cuarto de estos”²⁵⁰.

²⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007 ... *op. cit.*

Es probable que este asunto sea uno de los más claros de omisión de medios en actividades diagnósticas, ya que el análisis fue incompleto, al no practicarse uno de los pasos obligatorios²⁵¹.

6. La siguiente y última resolución de este apartado, gira sobre una idea similar a la anterior, un nuevo asunto, que aunque no conforma un caso de *wrongful birth*, también está relacionado con una omisión de medios en un embarazo. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2006²⁵², un litigio en el que D^a. Rita,

²⁵¹ Un supuesto similar es el que nos presenta la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2007 (Sala Tercera, recurso 6676/2003, ponente Herrero Pina; resolución también analizada desde el punto de *wrongful birth*), un litigio en el que en una prueba previa a la semana 22 de embarazo se detectó que el feto carecía de un riñón, pero al tratarse de una ecografía y no resultar del todo claro, se eludió ese detalle y se decidió no investigar más. Al nacer la criatura, una serie de problemas de salud evidenciaron esta deformidad, provocando que éste requiriese un trasplante a una edad muy temprana. Si bien no trataríamos el problema como un caso de *wrongful birth*, la falta de un diagnóstico precoz provocó severos daños en la salud del menor. La omisión de medios la hallamos en el hecho de que en una ecografía se evidenció que había la posibilidad de que el feto careciese de un riñón, a pesar de lo cual no le fueron practicados posteriores exámenes. Un litigio muy similar al presente, en el que la omisión de medios es el elemento protagonista, es el de la sentencia de 18 de mayo de 2006, cuya temática también gira en torno a la figura de *wrongful birth*. En éste una amniocentesis arrojó resultado negativo, debiendo entenderse que no se extrajo cantidad suficiente de muestra para efectuar las pruebas, algo que sin embargo, no se comunicó a la paciente. En este caso, aunque no se mencionó de forma expresa la omisión de medios, podemos observar esta noción en la práctica totalidad de la controversia, tal y como se desprende de las palabras de MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU “Ese negligente retraso por parte del Centro en la comunicación de la información constituye un incumplimiento contractual de <<Medicentos SL>> ex arts. 1101 y ss. CC, determinante de su responsabilidad. Más, también el ginecólogo demandado que hacía el seguimiento del embarazo, que fue quien solicitó la amniocentesis, actuó de forma negligente al no <<controlar la información facilitada a la embarazada, la fecha y características de la misma sobre posibilidades de plazo de tiempo útil para repetirla, así como los riesgos clínicos derivados en caso de hacerla o de no hacerla, dadas, las consecuencias que pudieran derivarse de su falta>>”. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la sentencia de 18 de mayo de 2006”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 73, 2007, pps. 517 a 544; concretamente en página 530. Ni qué decir del supuesto que nos acerca LÓPEZ – MUÑOZ y LARRAZ, por el cual una paciente joven, a quien en una revisión habitual se le observó lo que podía ser un tumor en una mama, se le recomendó acudir a una biopsia intraoperatoria y en el caso de arrojar ésta resultados de malignidad, proceder a practicar una mastectomía. En el curso de la misma y con un resultado provisional (sin comprobar), se decidió proceder a la extirpación de la mama, verificándose *a posteriori* la falta de necesidad de tan agresiva actividad quirúrgica, dado que en un examen de confirmación, obligatorio por otra parte, la muestra extraída arrojó resultados de normalidad. Señala a este respecto el mencionado autor “En este caso se trata, como en casi todos, de una actuación clínica <<omisiva>> de gravísimas consecuencias, por cuanto que, por falta de las comprobaciones analíticas e histológicas disponibles, se informa <<erróneamente>> a la paciente de una malignidad tumoral de la que carecía, obteniendo de ella un Consentimiento radicalmente nulo por esta viciado por el engaño, y, consiguientemente, se le inflige un daño completamente antijurídico, irreparable, que no tenía razón alguna que soportar. De ahí que la indemnización concedida nos parezca claramente corta e insuficiente para lograr la <<restitución íntegra>> que constitucionalmente la paciente afectada tenía derecho a percibir. Esto es lo que casi siempre sucede en el tema de <<indemnizaciones>> en nuestro país y no tendrá remedio hasta que se ponga en línea – sin preconizar, claro está, que lleguemos a los niveles americanos – con los superiores niveles indemnizatorios actualmente aplicables en los países de nuestro entorno socio – cultural y termine redactándose, según correspondería por la propia permeabilidad geográfica de los pacientes, un Baremo indemnizatorio orientativo, específico para <<errores sanitarios>>, y de ámbito europeo”. LÓPEZ – MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *El error sanitario ... op. cit.*, página 111.

²⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2006, Sala Tercera, recurso 4230/2002, ponente Puente Prieto.

al quedarse embarazada, fue atendida por su ginecólogo habitual durante toda la gestación, siendo ésta completamente normal. No obstante, y a pesar de que se encontraban en el año 1999, a la paciente no le fue practicada ninguna ecografía, algo que provocó que las complicaciones llegasen en el parto, ya que no se supo hasta ese mismo momento, que el embarazo que presentaba D^a. Rita era gemelar; algo que supuso severas lesiones al feto que nació en segundo lugar, ya que no se esperaba su llegada.

D^a. Rita estimó que de habérsele efectuado cualquier prueba mínima, se habría detectado que estaba embarazada de gemelos. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La omisión de medios es la protagonista indiscutible del caso, no en vano las pruebas prenatales en el embarazado no sólo son aconsejables, sino necesarias; más si cabe cuando son actividades inocuas para el feto, como las ecografías. Se trata de un acto médico que no entraña riesgo alguno para el *nasciturus*, algo que no ocurre en otras actividades diagnósticas de carácter invasivo, como por ejemplo la amniocentesis.

La relación causal entre la omisión de medios y el daño es clara. De haberse practicado una simple ecografía, se hubiese observado un segundo latido, algo que habría puesto al médico sobre la pista de que se trataba de un embarazo gemelar; no por la necesidad de tener que mantenerse cautelas añadidas, sino simplemente a fin de que se supiese en el momento del parto. El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma idea “En definitiva, y si bien es cierto que la prueba de los hechos determinantes del nexo causal en la reclamación administrativa, y como hemos declarado en sentencia de 18 de octubre de 2.005, constituye una carga de quien reclama la indemnización consecuencia de responsabilidad de la Administración. La simple posibilidad que se deduce de la declaración prestada ante el propio Insalud por el Director del Departamento que atendió en el parto a la recurrente y que, cuando menos, recoge con dudas la vinculación entre la defectuosa asistencia sanitaria producida en el embarazo y la dolorosas consecuencias que para la hija de la recurrente viva tuvo el mismo, impone que en el presente caso haya de tenerse por acreditado ese nexo causal, pues, expresada tal posibilidad, correspondía evidentemente a la Administración acreditar que en el caso considerado esas deficiencias no estaban vinculadas, en contra de lo que afirma dicho profesional, con las secuelas producidas en la enferma y que, a pesar de un mejor seguimiento del embarazo, de la práctica de diversas ecografías que hubieran demostrado la existencia de un parto gemelar y la existencia del fallecimiento de uno de

los fetos, se habrían producido inevitablemente los mismos daños sufridos por la niña viva”²⁵³.

De las palabras del juzgador se colige la necesidad de que a la paciente se le sometiese a una prueba tan esencial, como lo es una ecografía, que evidenciase algo tan simple, como un embarazo gemelar²⁵⁴.

b) Supuestos en los que el daño no es reprochado.

7. La primera de las controversias desestimadas es bastante clarificadora, pero requiere de una lectura pausada de los hechos, a los efectos de comprender la decisión adoptada por el Tribunal Supremo, se trata de la sentencia de 20 de julio de 2000²⁵⁵. En este asunto D. Marco Antonio se sometió a una litiasis del riñón izquierdo, para lo cual le fue suministrada anestesia epidural, pero en el curso del acto médico sufrió una compresión medular, cuyo origen fueron los gérmenes que se alojaron en la punción de la anestesia (absceso epidural). Aunque le fueron practicadas múltiples pruebas, lo cierto es que hasta que no pasó un tiempo no se le detectó que se trataba de una infección provocada por un catéter, comportando dicha tardanza severos daños para el enfermo.

D. Marco Antonio consideró, que de haberse efectuado las pruebas de gérmenes con mayor prontitud, los daños habrían sido de menor calibre. Su demanda fue parcialmente estimada en primera instancia, pero revocada en apelación, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La actividad diagnóstica en esta controversia se ralentizó mucho, dada la complejidad del cuadro sintomatológico que presentaba el paciente, y ello entrañó que se errase constantemente en el tratamiento; no llegándose al diagnóstico correcto hasta que las consecuencias fueron fatales. Puede resultar complicado comprender por qué el Tribunal Supremo ha adoptado una decisión desestimatoria, pero ésta se basa en el

²⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2006 ... *op. cit.*

²⁵⁴ Es muy similar la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 (Sala Tercera, recurso 1117/2002, ponente Herrero Pina), aunque en este asunto sí que le fueron practicadas ecografías a la paciente, con la singularidad de que éstas se realizaron pasadas las 22 primeras semanas. La omisión de medios en este litigio radica en que las actividades diagnósticas prenatales no se hicieron cuando era debido, algo que provocó que la dolencia que el feto padecía no fuese detectada a tiempo y que los padres no pudiesen decidir sobre la continuación del embarazo.

²⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000, Sala Primera, recurso 2479/1995, ponente Alfonso Villagómez. Resolución también analizada desde la perspectiva de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en el capítulo correspondiente.

simple hecho de que las pruebas, así como los medios que fueron desplegados ante la compresión medular, fueron los correctos. Una infección por gérmenes derivados de la anestesia es un caso muy aislado, por lo que en primer lugar era necesario descartar todas las demás patologías posibles, a fin de llegar a la definitiva (no en vano, éstas eran más probables). Es precisamente por ello por lo que no hay una omisión de medios, ya que el retraso no sólo estaba justificado, sino que era necesario.

Aunque sería de sumo interés conocer la opinión del Alto Tribunal a este respecto, ello no posible, dado que no llegó a pronunciarse sobre este extremo²⁵⁶.

8. Un litigio con un criterio prácticamente igual, es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2004²⁵⁷, en este supuesto D. David iba a ser intervenido del codo derecho (nervio cubital), y cuando estaba aguardando al preoperatorio sufrió una crisis convulsiva, cayendo al suelo y golpeándose en la cabeza. Poco después recuperó la conciencia, pero fue ingresado en el servicio de neurología para practicársele pruebas, siendo todos los resultados normales. Sin embargo, pasadas dos horas del incidente, se observó una leve disminución del nivel de conciencia pero sin apreciarse focalidad neurológica, por lo que se solicitó un scanner, que le fue efectuado cuatro horas más tarde, porque no se consideraba urgente; encontrándose en el mismo un hematoma temporal asintomático. Se programó con urgencia una intervención, a pesar de la cual el paciente falleció tres días más tarde.

Los familiares del fenecido consideraron que de haberse realizado a tiempo el scanner, se hubiese detectado el hematoma que sufría el paciente y habría podido actuarse con más celeridad. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, de manera que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

²⁵⁶ Línea jurisprudencial mantenida por las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2010 (Sala Tercera, recurso 9654/2004, ponente Trillo Alonso), sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010 (Sala Tercera, recurso 3875/2005, ponente Trillo Alonso), sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2010, Sala Tercera (recurso 2985/2006, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 1301/2006, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2011 (Sala Tercera, recurso 4998/2006, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2011 (Sala Tercera, recurso 4709/2007, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2011 (Sala Tercera, recurso 3664/2007, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012 (Sala Tercera, recurso 4795/2010, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2012 (Sala Tercera, recurso 7025/2009, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 3584/2010, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 1388/2010, ponente Lecumberri Marti) y sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 4279/2011, ponente Enríquez Sancho).

²⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2004, Sala Tercera, recurso 8782/1999, ponente González Herrero. Resolución mencionada en el capítulo conceptual.

Un paciente que había sufrido un traumatismo craneal requería de la práctica de un scanner, retrasándose dicha prueba cuatro horas. Para cuando se obtuvo un diagnóstico, la intervención de urgencia no fue suficiente, falleciendo el paciente. La opción desestimatoria del Tribunal Supremo se justifica por el simple hecho de que el enfermo no había arrojado ningún tipo de resultado adverso en las pruebas anteriores y tampoco mostraba síntomas del hematoma que estaba sufriendo, salvo una ligera disminución del nivel de conciencia, que también podía venir motivada por los fármacos que le habían sido suministrado. El scanner se solicitó más por precaución que por necesidad, y fue precisamente por ello por lo que no era urgente, de forma que cuatro horas de espera no eran algo extraordinario.

Dadas las circunstancias del caso, parece posible afirmar que no existe omisión de medios alguna en el litigio que nos ocupa, ya que el enfermo fue sometido a cuantas pruebas fueron necesarias, e incluso algunas más, dado que en ningún momento mostró síntomas de la lesión sufrida, por lo que la actitud médica fue correcta. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo “Así pues, nuestra Sala, actuando ahora como Tribunal de instancia, no cuenta con otra prueba técnica que la resultante de la historia clínica del fallecido y de la valoración de la misma hecha por el Médico Inspector don Luis. Y de esos antecedentes que nuestra Sala ha examinado con detenimiento en modo alguno cabe deducir que la actuación sanitaria del INSALUD haya sido contraria a la *lex artis*. Antes al contrario, si algo queda claro es que el fallecido fue atendido con la rapidez que el caso requería, y que se fue actuando conforme la evolución del caso lo fue demandando”²⁵⁸.

²⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2004 ... *op. cit.* Un supuesto muy similar es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007 (Sala Primera, recurso 1871/2000, ponente Xiol Ríos) en esta controversia un paciente que tenía una valvulopatía aórtica, comenzó a acusar cierto malestar, que en nada apuntaba a un empeoramiento de su situación inicial, por lo que las actividades diagnósticas fueron por otros derroteros, a los efectos de descartar cualquier otra eventualidad; hasta que finalmente se comprobó que se trataba de una valvulopatía, que resultó fatal para el enfermo. Nuevamente nos encontramos ante un supuesto en el que es necesario descartar toda una serie de indisposiciones, y aunque en este caso existía conocimiento previo de qué le podía ocurrir, ningún síntoma apuntaba en esa dirección, por lo que nos hallamos ante un supuesto de pleno despliegue de medios. Idéntico es el asunto de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007 (Sala Tercera, recurso 7050/2002, ponente Puente Prieto; resolución también analizada desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad, en el capítulo correspondiente) en la que una paciente que padecía un cáncer gástrico no tuvo la suerte de una detección temprana, por no habérsele practicado un TAC. Ciertamente no mostraba signos de requerirlo, por lo que con carácter previo hubo de someterse a otra prueba, hasta llegar a la que le halló el cáncer del que no arrojaba síntomas. Respecto de esta última resolución se pronuncia GALÁN CORTÉS “Por consiguiente, la calificación de una praxis asistencial como ajustada o desviada de la *lex artis* no debe realizarse por un juicio *ex post*, sino *ex ante*, es decir, con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento, a fin de poder considerarla como adecuada o no a la clínica que presenta el paciente”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 187.

4. La omisión de medios en las actividades quirúrgicas.

El último de los subapartados a analizar es el que estudia la relación entre la omisión de medios y las intervenciones, traducéndose como la falta de recursos en cirugías. Las conclusiones que podremos extraer de este apartado serán de sumo interés en relación a los anteriores, al referirnos a una actuación médica especialmente riesgosa, en la que el despliegue de medios debe ser de gran envergadura.

a) Casos en los que el daño es reprochado.

1. El primero de los asuntos de este apartado de resoluciones es especialmente claro en lo relativo a la omisión de medios en operaciones, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2007²⁵⁹. En este asunto D. Braulio fue diagnosticado de econdromatosis múltiple, habiendo requerido ya de cuatro intervenciones desde la localización de su afección. En una revisión rutinaria se le practicó una exostosis del tercio superior de la pierna izquierda, detectándose un estreocondroma de gran tamaño, situado en el poplíteo izquierdo y que afectaba de forma considerable al paquete vasculonervioso. El paciente requirió una cirugía, que se desarrolló con plena normalidad, pero en el postoperatorio surgieron los problemas, pues éste sufrió una hemorragia intensa que no pudo ser drenada, por estar la máquina en cuestión averiada; siendo necesario aguardar hasta el día siguiente, extrayéndosele 680CC. Ello le provocó un síndrome compartimental, que a pesar de los esfuerzos desplegados, acabó en una amputación.

D. Braulio consideró que fue víctima de una omisión medios, como consecuencia de una avería de la máquina del centro, así como porque no se tomó la decisión trasladarlo a otro sanatorio. El paciente vio sus pretensiones indemnizatorias parcialmente admitidas en instancias inferiores, pero recurrió en casación, junto con la parte demandada.

En este litigio tanto la relación médica, como las intervenciones previas a los hechos, fueron correctas. La única excepción que existió, y que además fue fatal para el

²⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2007, Sala Tercera, recurso 1298/2003, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde la perspectiva de las deficiencias asistenciales, en el capítulo correspondiente.

enfermo, es que la máquina de drenaje se encontraba averiada, lo que provocó que la hemorragia que padecía en la zona operada no pudiese ser tratada. Existe una omisión de medios cuyo origen puede ser doble: por un lado la falta de mantenimiento del material del centro, y por otro no barajar la opción de un traslado, a fin de paliar las posibles consecuencias de la hemorragia que padecía D. Braulio.

La relación entre la omisión de medios y el daño es clara, la falta de drenaje ante una necesidad evidente (ya que el paciente tenía casi 700 CC en la pierna) provocó en el miembro en cuestión un síndrome compartimental, que con nada pudo mejorar, abocando necesariamente a una amputación. Aunque de manera indirecta, sin señalar la omisión de medios (no en vano lo que se recurrió en casación fue la cuantía), se observa cuál es la dirección argumentativa del Tribunal Supremo “A mi entender, no actuar sobre esa pierna desde el día 8 hasta el día 16, a la vista de la clínica descrita, puede achacarse a tener el puente del Pilar por el medio, a un problema de coordinación entre el Servicio de Traumatología y el de Cirugía Vascular y/o entre los mismos facultativos de un único servicio, pero no se actuó con la celeridad y diligencia que el caso requería. PROPUESTA. A la vista de lo expuesto, considero que D. Braulio tiene derecho a una reparación por los daños y perjuicios ocasionados.”. De dicho Informe la Sala de instancia deduce racional y lógicamente una mala praxis médica al no haber actuado como hubiera debido hacerse durante siete días sobre la pierna del paciente, lo que determinó causalmente los resultados lesivos traducidos en la amputación de la pierna, por lo que concurriendo los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el motivo de recurso debe ser desestimado”²⁶⁰.

²⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2007 ... *op. cit.* Un litigio muy similar es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2004 (Sala Primera, recurso 1424/1998, ponente Zabalegui Muñoz), en la que una paciente se sometió a una ligadura de trompas, desarrollándose la actividad quirúrgica de manera correcta, pero tras la misma la enferma sufrió una severa crisis que no podía ser atendida en el centro sanitario en cuestión por falta de medios, por lo que tuvo que ser remitida a otro hospital, sufriendo severas consecuencias a causa del tiempo perdido en el traslado. La omisión de medios es patente, el hospital practicó una intervención que implicaba una peligrosidad que no podía tratar por carencia de medios, algo de lo que derivaron importantes secuelas para la paciente. Respecto de la obligación de los sanatorios de contar con todo el instrumental y material necesario para el tratamiento de los pacientes se pronuncia FERNÁNDEZ HIERRO, cuando a este respecto, aunque no concretamente sobre este supuesto, afirma que un hospital es responsable del material y de los medios existentes en el mismo, tanto de su tenencia, como de su mantenimiento; así como de los daños que puedan derivar de la falta de cumplimiento de esta obligación. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, Sistema de *responsabilidad médica* ... *op. cit.*, página 183. Línea jurisprudencial seguida por las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2010 (Sala Tercera, recurso 5836/2008, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 505/2007, ponente Martí García) y sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2012 (Sala Tercera, recurso 6241/2010, ponente Lecumberri Martí).

2. El segundo caso es tan representativo como el anterior, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2004²⁶¹. En este proceso D. Fidel fue intervenido de una hernia inguinal izquierda pegada a la vena femoral, cuya disección fue muy laboriosa. A pesar de ello, la actividad quirúrgica se desarrolló con plena normalidad, por lo que el paciente fue directamente subido a su habitación, no siendo llevado a la UCI, tal y como debería haber sido. Cuando durante esa misma noche sufrió un desgarro de la vena femoral y empezó a mostrar síntomas de *shock* hipovolémico, no pudo ser atendido a tiempo, dado que en la habitación estaba únicamente en compañía de su hija. Finalmente, para cuando la situación del enfermo fue evidente, poco pudo hacerse, falleciendo éste a consecuencia de la hemorragia sufrida.

Los familiares del finado consideraron, que a pesar de que la cirugía fue correcta, D. Fidel fue víctima de una omisión de medios al no ser remitido a una UCI. Su demanda fue estimada en primera instancia, pero revocada en apelación, por lo que recurrieron en casación al Tribunal Supremo.

Aunque es cierto que no resulta necesario que un paciente que ha sido operado de una hernia inguinal tenga que ser atendido en la UCI, también lo es que en esta cirugía surgió una complicación. De los hechos se desprende que en este caso la hernia se encontraba fuertemente adherida a la vena femoral y que su extirpación fue especialmente laboriosa. Aunque fuere simplemente a efectos de control, el enfermo debería haber estado en la UCI, para poder llegar a observarse a tiempo algún tipo de contingencia como la acontecida, algo que en una habitación corriente no podría hacerse. Cuando el paciente sufrió un desgarro de la vena femoral, éste no pudo ser detectado, con fatales consecuencias para el mismo. La omisión de medios vuelve a encontrarse relacionada con una actividad realizada con carácter posterior a la cirugía, tal y como ocurría en la controversia anterior, hallándose ésta en la penuria de los recursos utilizados en el postoperatorio.

No parece necesario incidir en mayor medida en la relación causal entre la omisión de medios y el daño sufrido, ya que de haber sido el paciente sometido a una vigilancia propia de una unidad intensiva, no hubiese estado prácticamente condenado a fallecer por un *shock* hipovolémico, al presentarse una hemorragia. Por su parte, y aunque el Tribunal Supremo se centre únicamente en el caso fortuito, lo cierto es que de

²⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2004, Sala Primera, recurso 1260/1998, ponente García Varela. Resolución también analizada desde la perspectiva de circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en el capítulo correspondiente.

sus palabras se deduce la omisión de medios, como la otra cara de la moneda de estas circunstancias modificativas de la responsabilidad civil “... el caso fortuito supone un hecho realizado sin culpa alguna de la gente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposo de la gente, por lo que para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable, y que cuando el acaecimiento fue debido al incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no pudo darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotan una conducta inter sigiente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, excluyente de la situación de excepción que el artículo 1105 establece (por todas, STS de 16 de febrero de 1998)”²⁶².

3. Un origen prácticamente idéntico, pero con una evolución distinta, es el que nos presenta la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2000²⁶³, un supuesto en el que D^a. Rosario se sometió a una intervención para que le fuese removida una hernia de disco que le limitaba mucho en su vida diaria y su trabajo (era pianista). La cirugía se desarrolló correctamente y sin mayores complicaciones, salvo porque tras la misma la paciente acusaba severos dolores en la zona operada, a los que no se les dio mayor importancia y fue dada de alta, aun encontrándose limitada por su malestar. Su situación no mejoraba y las molestias no remitían, pero no se varió el diagnóstico, por lo que D^a. Rosario acudió por su propia cuenta a otro médico. Éste, tras un primer diagnóstico fallido, comprobó que la enferma había sufrido una infección en la herida quirúrgica, concretamente una discitis bacteriana, que era localizable con un simple análisis. Debido al tiempo que la bacteria había estado provocando daños en el organismo de la paciente, le causó importantes secuelas, hasta el punto de imposibilitarla para su trabajo.

D^a. Rosario opina, que de haberse actuado con una mayor cautela, es decir, si no se le hubiese dado de alta precipitadamente y se le hubiese sometido a un simple

²⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2004 ... *op. cit.* Aunque no se refiera a este litigio en concreto, ni a ningún caso en especial, FERNÁNDEZ COSTALES considera que las obligaciones del médico no finalizan con la operación, sino que sus funciones abarcan estadios posteriores, como puede ser la hospitalización o el seguimiento del tratamiento. La falta de realización de estas actividades supone una omisión de medios y cualquier daño derivado de ello es reprochable, tal y como ocurrió en la controversia que ahora nos ocupa, al privársele al paciente de una atención adecuada. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria* ... *op. cit.*, página 124.

²⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2000, Sala Primera, recurso 3314/1995, ponente Marín Castán. Resolución mencionada en el capítulo conceptual.

análisis, los daños se podrían haber paliado, e incluso evitado. Su demanda fue desestimada en primera instancia, pero su recurso de apelación fue parcialmente estimado, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La operación se desarrolló correctamente, siendo la lesión sufrida un riesgo inherente a todo acto médico, por lo que la buena praxis de la actividad quirúrgica no es objeto de crítica en la controversia que nos ocupa. Tras la misma, la omisión de medios es la que toma protagonismo, porque ante los persistentes dolores y constantes quejas de la paciente, el médico se limitó a darle el alta sin indagar qué podía ser la causa de sus molestias. Es precisamente en este punto en el que la omisión de medios se presenta como un atentado contra la *lex artis*, no siendo un hecho puntual, ya que incluso en consultas posteriores no se actuó consecuentemente con la situación de la enferma. No sólo el alta fue precipitada, sino que la omisión de medios se perpetuó durante algunos meses, hasta que D^a. Rosario, por iniciativa propia, intentó hallar una solución. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo “Con más concreción aún, el segundo recurso destaca que tras acudir la actora a la medicina privada y diagnosticársele entonces la discitis, el tratamiento prescrito fue en definitiva el mismo que el prescrito por el neurocirujano demandado, con el cual la discitis acabó desapareciendo. También estos dos motivos tienen que ser desestimados, porque si ya de por sí ambos recurrentes están admitiendo implícitamente que la discitis no se diagnosticó y la propia fecha del alta postquirúrgica demuestra que ésta fue de todo punto prematura dados los fuertes dolores de que se quejaba la demandante, los hechos que como probados declara la sentencia impugnada son terminantes al señalar que "fueron otros médicos dos meses después de la intervención quirúrgica los que diagnosticaron tal enfermedad infecciosa, que ya, desde entonces, comenzó a ser tratada adecuadamente", declaración que, por ende, no se discute en los recursos más que en orden al tratamiento. De todo ello se desprende que esta Sala haya de respetar los juicios de valor de la sentencia recurrida tanto sobre la omisión del diagnóstico y tratamiento de la discitis como constitutiva de culpa o negligencia, ya que lo sucedido posteriormente demuestra inequívocamente que la discitis bacteriana era diagnosticable y tratable, cuanto sobre la relación de causalidad entre aquella omisión y las consecuencias sobre la salud de la demandante, porque responde plenamente a la lógica que el padecimiento de una infección en la zona

intervenida, durante dos meses y sin diagnóstico ni tratamiento adecuado, agrave considerablemente el estado de quien fue sometida a la intervención”²⁶⁴.

4. La penúltima controversia se centra en una infección no diagnosticada por una omisión de medios, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007²⁶⁵, en la que D. Vicente sufrió una caída de la que derivó una fractura de tibia, peroné y cápsula de la pierna izquierda. Dada la gravedad de su situación, requirió una intervención a los efectos de proceder a la reducción y osteosíntesis de la lesión, por abordaje de ambos maleolos y colocación de placa en la fractura del peroné y tornillos en el maleolo tibial, consiguiéndose una adecuada estabilización. Diez días después de la cirugía fue dado de alta bajo control ambulatorio, dada la evolución positiva que estaba teniendo. Sin embargo, un mes más tarde de la operación el paciente detectó que la herida quirúrgica comenzaba a supurar, algo a lo que no se le dio mayor importancia y tan sólo le fue limpiada la zona. No obstante, su estado no mejoró, hasta el punto de observarse la necesidad de que los controles mensuales fueran semanales. Tras varios meses se constató, que lo que padecía era una infección en los implantes, la cual debido al largo tiempo que había permanecido en la pierna del enfermo, había irrogado severos daños en la misma.

D. Vicente es de la opinión de que, de habersele practicado los indispensables análisis, se hubiese podido diagnosticar la infección que le aquejaba y paliar los efectos de la misma sobre su pierna. Su demanda fue estimada en primera instancia y confirmada en apelación, recurriendo la parte demandada en casación ante el Tribunal Supremo.

La situación que aquí se nos presenta es similar a la anterior, un paciente que tras una cirugía sufre evidentes síntomas de infección y aun así no se le practica ningún tipo de análisis a fin de verificar esta hipótesis. La actividad quirúrgica fue correcta y la infección inevitable, el problema lo encontramos en la constante omisión de medios de la que fue víctima D. Vicente durante meses, en los que con cierta periodicidad era atendido en consultas médicas que hacían un seguimiento de su pierna. Desde la primera de estas visitas, el paciente evidenció la secreción que sufría, para cuya

²⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2000 ... *op. cit.* Un supuesto similar, aunque con una relación fáctica diferente, al tratarse de un parto, es el que nos presenta la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007 (Sala Tercera, recurso 2052/2003, ponente Robles Fernández). En este asunto una paciente sufrió una complicación en un alumbramiento, pero la matrona no llamó a ningún especialista, a pesar de que las necesidades eran evidentes; dando finalmente aviso, cuando la cesárea era extremadamente urgente, lo que comportó severas lesiones al feto.

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007, Sala Primera, recurso 3107/2000, ponente Seijas Quintana.

solución no le fue dado nada, salvo procurar unas atenciones menos dilatadas en el tiempo. Son precisamente, tanto la falta de prescripción de un antibiótico, como la ausencia de una analítica, la definición misma de la omisión de medios. Esta noción se encuentra en la penuria de medios desplegados tras la operación, a pesar de los alarmantes síntomas que presentaba el paciente.

La relación entre la omisión de medios y el daño sufrido es evidente, la infección permaneció en el enfermo durante un largo tiempo, provocando severas secuelas en su pierna. Las afirmaciones del Tribunal Supremo son de especial interés en este litigio, dado que sientan las bases del concepto de la omisión de medios “En primer lugar, no se indaga el alcance de la infección del hueso a partir de las principales pruebas que para la confirmación del diagnóstico eran aconsejables, ni se insta un tratamiento antibiótico parental, más agresivo e intenso, cuando la herida comienza a supurar en el mes de julio, siendo así que la osteomielitis no es una complicación extraña, por infrecuente, sino una complicación asociada a la problemática traumatológica, que no se elimina por el hecho de que el paciente decidiera marcharse, por cuanto los siete días transcurridos no pueden reputarse significativos para que se evidenciara síntomas que no fueran los ya aparecidos con anterioridad. En segundo lugar, se produjo en el curso de la intervención quirúrgica y no el momento de sufrir la fractura, sin que por parte del centro se hiciera “todo lo posible para erradicar los factores y agentes que, desencadenan aquel proceso infeccioso”, teniendo en cuenta que cuando se intervino al actor no padecía déficit inmunológico o enfermedades graves, lo que pone en evidencia que con la adopción de estas medidas se hubiera evitado objetivamente el daño. Concurren 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 comprende la evitación de infecciones hospitalarias o nosocomiales subsiguientes a la intervención”²⁶⁶.

La argumentación del juzgador resulta muy gráfica y simplifica la distinción que debe hacerse, a fin de separar los supuestos reprochables de los no indemnizables²⁶⁷.

²⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007 ... *op. cit.*

²⁶⁷ RETUERTO BUADES apunta respecto de este tipo de casos (al comentar un asunto de tétanos que no fue diagnosticado por la penuria de los medios desplegados y la falta de atención del médico hacia el paciente), que lo que realmente es objeto de indemnización en estas controversias, no es tanto no acertar con el diagnóstico, como lo que ella califica como “desinterés” y actitud “despreocupada” para con el paciente, ante unos síntomas alarmantes. RETUERTO BUADES, Margarita, “Responsabilidad”, en DE

5. La última controversia es similar a las anteriores, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre 2007²⁶⁸. En este asunto D^a. Filomena, que padecía de cataratas, se sometió a una intervención a fin de paliar su defecto visual, en cuyo curso sufrió de un riesgo habitual de dicha actividad quirúrgica, como lo es la rotura de una cápsula posterior y un fragmento del núcleo del cristalino, que pasó por el segmento posterior. Ello le provocó una lesión de la que tuvo que ser nuevamente operada con una vitrectomía, pero no se consiguió lo que se pretendía, por lo que se le sometió a un tratamiento farmacológico que tampoco mejoró su situación. Tras un tiempo prudencial, fue citada para la práctica de una segunda vitrectomía, que no pudo realizarse en el hospital en el que había sido citada, por no existir los medios adecuados a tal fin, algo que acarreó un retraso importante para la cirugía; provocando una evolución desestructurada del glóbulo ocular de la paciente. Para cuando D^a. Filomena pudo volver a someterse a una vitrectomía, ya requería una evisceración del ojo, con las graves consecuencias que de ello derivaron.

D^a. Filomena consideró que sufrió un retraso innecesario y excesivo en la práctica de un acto quirúrgico que requería con cierta urgencia y que tras ser remitida a un centro donde no había medios, no fue derivada a otro que sí los tuviese. Sin embargo, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que tuvo que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Debemos partir de la afirmación de que la lesión de D^a. Filomena era un riesgo propio de cualquier actividad médica relacionada con las cataratas oculares y que ésta se encontraba perfectamente informada sobre esta posibilidad. El problema reside en que la paciente tenía una necesidad real de que se le practicase una vitrectomía, porque lo contrario podía provocar importantes lesiones en su glóbulo ocular, algo que finalmente ocurrió. Es precisamente en este punto en el que la omisión de medios toma forma: la paciente acudió a un hospital donde esta cirugía no podría practicársele por falta de medios y en lugar de ser derivada a otro de manera más o menos urgente, se dejó pasar el tiempo (más de un mes), algo que fue una práctica condena para su ojo, que requería una intervención urgente.

LORENZO Y MONTERO, Ricardo (Coordinador), *Responsabilidad legal del profesional sanitario ... op. cit.*, página 225.

²⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007, Sala Tercera, recurso 1106/2003, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde el punto de vista del derecho de información, en el capítulo correspondiente.

La relación entre el daño sufrido por la paciente, la evisceración del ojo y la omisión de medios es innegable. La dilación excesiva en la práctica de la operación debida provocó una evolución desestructurada del ojo de la paciente, agravando la lesión inicial y tornándola irreparable. De una manera similar se pronuncia el juzgador “La Sala de instancia como hemos expuesto rechaza que las secuelas de la paciente sean consecuencia de una mala praxis médica y aun cuando tiene por probado que fue durante la intervención de cataratas cuando se produjo la rotura de la cápsula posterior y que por tal razón un fragmento del núcleo del cristalino pasó al segmento anterior, sin que se solventase el problema mediante una vitrectomía anterior que se le practicó en el mismo Hospital Nuestra Señora del Pilar de Almendralejo, sin embargo impone erróneamente a la actora la prueba de que la actuación quirúrgica no se realizó conforme a la "lex artis". Del mismo modo tiene por probado que la paciente precisaba después de lo ocurrido en la intervención quirúrgica, que se le realizase una vitrectomía posterior, y pese a considerar que tal intervención era necesaria, considera probado que se remite a la actora a dos centros hospitalarios que carecen de medios para realizar la operación que finalmente se lleva a cabo en la Fundación Jiménez Díaz, produciéndose una evolución desestructuradora del globo ocular que determinó que se hiciera necesaria la evisceración del ojo derecho con implante de esfera de metacrilato. Partiendo del hecho que la misma Sala de instancia tiene por probado de que en el curso de una intervención de cataratas del ojo derecho realizada en el Hospital Nuestra Sra. del Pilar de Almendralejo, se produjo la rotura de la cápsula posterior y un fragmento del núcleo del cristalino pasó al segmento posterior, practicándosele una vitrectomía anterior, es a la Administración, frente a lo que sostiene el Tribunal "a quo", a quien incumbe probar que tal intervención se realizó con arreglo a la "lex artis", de tal forma que la rotura de la cápsula posterior fue inevitable en la paciente, así como que la medida adoptada de práctica de vitrectomía anterior, era la adecuada una vez que aquella rotura de cápsula se produjo. El propio Informe emitido por el INSALUD pone de relieve que una de las complicaciones más graves en una intervención de cataratas, es la caída de fragmentos de núcleo por rotura de cápsula posterior, precisando el Informe emitido por el Dr. Andrés que la paciente tuvo una insuficiente respuesta al tratamiento que se le había pautado, lo que determinó la necesidad de que doce días después se le tuviese que realizar una vitrectomía posterior. Siendo perfectamente conocido el riesgo de que la complicación, que efectivamente se le produjo a la paciente, tuviese lugar y sin perjuicio de cuanto luego se dirá al hablar del consentimiento informado, es lo cierto

que la Administración no ha probado en ningún momento que la intervención quirúrgica se hubiera realizado conforme a la "lex artis" y que pese a ello fuese inevitable la rotura de cápsula posterior que se produjo"²⁶⁹.

En esta controversia la omisión de medios tuvo su origen en un error interno de la organización sanitaria, por el cual la paciente fue citada en un hospital no adaptado a sus necesidades.

b) Supuestos en los que el daño es reprochado.

6. El primero de los litigios desestimados puede resultar interesante por la perspectiva del mismo, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2004²⁷⁰, un supuesto en el que D^a. Aurora comenzó a mostrar síntomas de una anomalía de la válvula tricúspide, cuyo origen era una malformación grave llamada miocardiopatía hipertrófica restrictiva. Esta enfermedad le fue diagnosticada meses después de su nacimiento, ya que era ilocalizable en pruebas prenatales. Ante la situación en la que se encontraba, era necesario practicársele un trasplante de corazón y pulmones, pero en aquella época no se efectuaban en España, porque era una técnica experimental, sobre todo con niños de esa edad; realizándose sólo en el Reino Unido. La paciente fue trasladada al país vecino, donde fue incluida en una lista de espera de trasplante de órganos, muriendo antes de que le llegase uno compatible.

Los padres de la fallecida estimaron, que de haber sido intervenida en España, la menor no hubiese tenido que esperar dos listas de espera de órganos, por lo que habría tenido más posibilidades de sobrevivir. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

En este asunto la omisión de medios puede ser compleja de vislumbrar, una niña nace con severas anomalías (ilocalizables durante la gestación) y requiere de un tratamiento que en España era experimental, por lo que se le recomendó ser atendida en otro país, donde fuese una práctica más habitual. Los padres de la menor consideran que aquí es precisamente donde se encuentra la omisión de medios, en que a pesar de que se tratase de una terapia prácticamente desconocida, su hija no tenía ninguna otra opción,

²⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007 ... *op. cit.*

²⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2004, Sala Tercera, recurso 156/2003, ponente Puente Prieto.

ni tiempo suficiente; por lo que debería haberse acudido a la misma, aun a riesgo de ser peligrosa. No obstante, el Tribunal Supremo se muestra tajante a este respecto: no acudir a un tratamiento, no solo novedoso, sino experimental, no puede conformar a una omisión de medios. ¿Era exigible al centro sanitario conocer este tipo de cirugías y además practicarlas, aun tratándose de algo que sólo se realizaba en algunos países? La respuesta debe ser negativa, tal y como apunta el juzgador “Se analiza igualmente por la sentencia de instancia la alegación del recurrente acerca de que la asistencia recibida en el extranjero debiera haber sido prestada en España recogiendo la doctrina de esta Sala contenida en las Sentencia de 28 de mayo de 1.980 en relación con que solo cabe exigir aquella asistencia sanitaria que no desmerezca de la mejor que pueda obtenerse dentro de nuestras fronteras, así como en la Sentencia de 26 de abril de 1.996 conforme a la cual la Seguridad Social española, habiendo prestado al paciente la atención de que dispone, no está obligada a sufragar los gastos ocasionados por el uso de técnicas avanzadas, solo disponibles en determinados centros médicos extranjeros. Afirma, igualmente la Sala de instancia que la técnica aplicada en el Reino Unido no está consolidada científicamente y es una técnica que en palabras de la sentencia casi podíamos calificar como en experimentación, concluyendo en que la técnica empleada es correcta y tampoco se ha acreditado que existiera ningún centro en España, aun de carácter privado, que utilice la técnica empleada en el Reino Unido, por lo que la existencia de una técnica muy novedosa en un país extranjero no obliga a su empleo por los centros públicos españoles ni puede justificar una declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración”²⁷¹.

7. En esta misma línea se pronuncia la siguiente resolución que estudiaremos a continuación, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2007²⁷². D^a. María Inés, a los pocos días de nacer y fruto de los síntomas que presentaba, fue diagnosticada de una gran masa quística, de aproximadamente 8 centímetros de diámetro, que le ocupaba prácticamente todo el abdomen. Se sospechó que pudiera tratarse de un quiste ovárico, por lo que con cuatro días de vida fue sometida a una intervención quirúrgica de lo que era un quiste folicular de ovario congénito de origen benigno. Aunque la

²⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2004 ... *op. cit.* Doctrina jurisprudencial seguida por las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2010 (Sala Primera, recurso, 1523/2006, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 3246/2007, Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012 (Sala Tercera, recurso 6794/2009, ponente Pico Lorenzo) y sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 6122/2010, ponente Lecumberri Marti).

²⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2007, Sala Tercera, recurso 7150/2002, ponente Robles Fernández. Resolución mencionada en el capítulo conceptual.

operación fue acorde a la *lex artis* y ésta se desarrolló con normalidad, la niña padeció un absceso de pared abdominal, por lo que tuvo tratársele con un antibiótico muy agresivo. Si bien no le quedaron importantes lesiones, lo cierto es que la menor sufrió graves padecimientos, dado que tenía escasos cuatro días de vida.

Los padres de la niña estimaron, que al no haber sospechas de malignidad en el quiste que se le halló a su hija, dada su corta edad, un tratamiento farmacológico hubiese resultado más apropiado. Sin embargo, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, de manera que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Consideran los padres de la menor que la omisión de medios se encuentra en no evitar sufrimientos innecesarios a su hija, o no aplazarlos a una etapa de crecimiento, en la que una cirugía no resultase tan agresiva. Opinan, que existiendo terapias alternativas, podrían haberse realizado más pruebas, a fin de comprobar que no se trataba de un tumor maligno y acudir a una técnica más conservadora. Ahora bien, no hubo tal omisión de medios por una sencilla razón, si bien es cierto que había un tratamiento antibiótico, éste estaba totalmente desaconsejado para un recién nacido de tan pocos días, siendo la operación mucho más adecuada

Aunque hubiese resultado de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo, lo cierto es que la casación se limitó al examen de la prescripción, sin entrar a conocer el fondo del asunto²⁷³.

8. El último de los asuntos es la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2007²⁷⁴, un litigio en el que a D^a. María Rosario, que sufría un proceso degenerativo a nivel de columna vertebral, así como hernia de hiato; se le sometió a una cirugía de ambas dolencias a los efectos de mejorar su estado, para lo cual se le practicó una colecistectomía y una esfinterotomía. No se le operó de la hernia de hiato por no estimarse necesario, dado que se encontraba en un estadio de normalidad. Tras la cirugía tuvo varios episodios de malestar, derivados todos ellos de la hernia de hiato, por lo que tuvo que volver a ser intervenida de la misma.

²⁷³ Una controversia similar es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2003 (Sala Tercera, recurso 7765/1999, ponente Lucas Murillo de la Cueva), por la cual una paciente, tras una intervención requería seguir con un tratamiento a los efectos de asegurar el buen curso de su curación, sin embargo, debido a una complicación sufrida durante la misma, éste se suspendió; por lo que la enferma tuvo una evolución más lenta. Ésta consideró que al no dársele la medicación desde un primer momento, fue víctima de una omisión de medios, aunque la realidad era distinta, no en vano fue una decisión adecuada para su cuadro clínico.

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2007, Sala Tercera, recurso 4562/2002, ponente Robles Fernández.

Estimó D^a. María Rosario, que de habersele realizado la actividad quirúrgica completa en un primer momento, se hubiese evitado una segunda, así como los meses intermedios de malestar. No obstante, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, recurriendo en casación ante el Tribunal Supremo.

Ciertamente, podría observarse una omisión de medios por parte del primer equipo médico, que teniendo programada una intervención “doble”, tan sólo practicó una. Esta opción no sólo puede parecernos llamativa, sino que realmente lo es, aunque también es razonable. Todo ello porque, si bien es cierto que las pruebas arrojaban un estadio grave de hernia de hiato que padecía D^a. María Rosario, también lo es que no hay nada más concluyente que un examen visual en quirófano, y fue precisamente allí donde los cirujanos se percataron de que el estado de la misma no era tan grave. Esta afirmación no es contraria al hecho de que meses después la sintomatología de la hernia se recrudeciese, quizás fruto de la medicación que debía tomar la paciente por la operación que había sufrido en la espalda o por la simple evolución de la misma. Desde esta perspectiva, sólo nos queda preguntarnos si realmente existe una omisión de medios. La respuesta debe ser negativa, la decisión que se adoptó en quirófano, aunque contraria a la planificación inicial, fue correcta y acorde a las necesidades de la paciente, que es precisamente lo que busca la Medicina. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al aseverar “Pero en todo caso concluye señalando que recibió el tratamiento adecuado a las complicaciones que surgieron, lo que se evidenciaría por la constatación de la superación de aquellas sin resultados lesivos para la paciente. A la vista de lo expuesto es obvio que la valoración que la Sala de instancia realiza de la prueba practicada, en particular del Informe pericial emitido, que tiene en cuenta todos los informes médicos que se remitieron sobre la paciente no puede reputarse irracional, ni arbitraria, ni ilógica ni vulneradora de las reglas de la sana crítica, y de ella se concluye que no se ha acreditado la causación a la actora de ningún resultado dañoso derivado de una mala praxis médica y por tanto no se aprecia la concurrencia de los requisitos necesarios para la apreciación de la responsabilidad sanitaria de la Administración sanitaria, por lo que los motivos de recurso segundo, tercero y cuarto deben ser desestimados”²⁷⁵.

²⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2007 ... *op. cit.* Una dinámica muy similar es la seguida por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2007 (Sala Primera, recurso 2372/2000, ponente Xiol Ríos). En este supuesto un paciente, aquejado de un cáncer de laringe en estado terminal, acudió a un centro sanitario por una severa hemorragia nasal y bucal. A pesar de que el sangrado era abundante, las actividades médicas a las que fue sometido el paciente fueron únicamente transfusiones, ya

que el estado de sus vasos sanguíneos no permitía una intervención, falleciendo el enfermo de un shock hipovolémico. La omisión de medios del presente caso es inexistente, ya que aunque el paciente necesitaba una cirugía, ésta no podía practicarse.

IV. CONCLUSIONES.

1. Tal y como señalábamos al comienzo de este capítulo, el análisis conjunto de estas cuatro figuras puede resultar chocante en un primer momento, al tratarse de conceptos dispares entre sí. Sin embargo, tras el análisis fenomenológico elaborado, hemos podido observar que realmente las diferencias no son tantas y que existe una relación más o menos estrecha entre estas nociones. Aunque entre las tres primeras ideas pudiésemos encontrar similitudes más o menos obvias, el problema estaba en la omisión de medios. A pesar de que entroncarla con las otras construcciones doctrinales parecía una tarea hercúlea, lo cierto es que podía efectuarse de forma muy sencilla, tal y como hemos observado a lo largo del examen casuístico desarrollado.

2. En lo que a los equívocos de diagnóstico y tratamiento se refiere, existe una máxima a tener en cuenta. Por regla general ninguno de éstos, aun causando daño, es objeto de responsabilidad; de lo que se colige que el reproche conforma una excepción. Para que se dé esta singularidad, es necesario que en el curso del desacierto se haya vulnerado la *lex artis*.

¿Por qué esta limitación de responsabilidad por defecto? Conviene tener presente que un médico, primeramente, debe guiarse por las “pistas” que su paciente le facilita, las cuales pueden ser fiables o no. Estos síntomas encaminarán al profesional sanitario en la prueba a practicar, así como en el diagnóstico y posterior tratamiento. En muchas ocasiones el cuadro sintomatológico de un enfermo puede ser confuso y las pruebas poco concluyentes, por lo que es lógico que el médico alcance deducciones poco acertadas de todo ello. Estos errores únicamente pueden ser inexcusables cuando existe una actitud temeraria por parte del profesional de la Medicina o simplemente, contraria a la *lex artis*.

3. Algo similar ocurre con los daños por tratamiento. Ya señalábamos en su momento que toda terapia (farmacológica, médica o quirúrgica) supone beneficios, pero también entraña riesgos. La clave se encuentra en hallar el equilibrio entre éstos, de forma que la relación coste – utilidad sea adecuada para el caso concreto.

De lo afirmado podríamos colegir, que dado que cualquier actividad médica comprende un sacrificio, un perjuicio irrogado por un medicamento sería irreprochable. Ahora bien, aunque es cierto que muchos daños son inevitables, otros son prevenibles con actuaciones simples, como una complementación medicamentosa o un control.

4. La última de las figuras que hemos analizado, la omisión de medios, puede ser un complemento de las tres anteriores, ya que en ocasiones es el motivo para que éstas concurran, rigiéndose también por el mismo principio de la excepción del reproche.

No toda omisión de medios es indemnizable, por lo que es necesario hallar la línea donde se encuentra el umbral de la responsabilidad. La omisión de medios existe en aquellos actos médicos que son exigibles y necesarios, de acuerdo con la situación del paciente, tanto en el ámbito de las pruebas, de la actividad quirúrgica, de la farmacología, etc.

5. Finalmente, sólo nos queda reafirmarnos en la estrecha relación que comparten estos cuatro conceptos que hemos analizado, cuyo análisis conjunto ha sido fruto de una meditada actividad y no tanto de la casualidad, tal y como hemos podido inferir del análisis elaborado.

CAPÍTULO II
CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

Para comenzar esta materia:

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil son construcciones doctrinales de obligado análisis en una tesis cuya temática es la responsabilidad sanitaria, a pesar de que estos conceptos no sean propios de la disciplina en cuestión.

Esta necesidad deriva de la naturaleza riesgosa de la Medicina, que hace que muchos de los actos médicos entrañen irremediablemente un daño, creándose así el escenario ideal para el caso fortuito y la fuerza mayor.

Es precisamente por ello por lo que es ineludible hallar un equilibrio entre los daños reprochables y aquellos que han de ser exonerados por las circunstancias modificativas de la responsabilidad. De lo contrario se obligaría, bien al paciente a soportar daños indebidos, bien al centro sanitario o médico concreto, a responsabilizarse de eventualidades que no dependen de su actuación. Éste es el objetivo concreto que persigue este capítulo, determinar qué perjuicios pueden ser eximidos de responsabilidad en base al caso fortuito o la fuerza mayor, y cuáles deben ser resarcidos.

Para tal fin elaboraremos un breve examen doctrinal de las circunstancias exoneradoras de la responsabilidad civil, ya que un estudio en profundidad no sería apropiado, al tratarse de un concepto ajeno a la responsabilidad sanitaria. En segundo lugar se abordará el aspecto tópico del capítulo, donde se analizarán temáticas muy dispares, comenzándose por la relación entre el caso fortuito y la fuerza mayor con las lesiones al feto en los alumbramientos, los enfermos mentales, la práctica anestésica, la omisión de medios y los riesgos remotos, pero conocidos.

1. Naturaleza de las construcciones doctrinales.

1. Las figuras exoneratorias de la responsabilidad civil, esto es, el caso fortuito y la fuerza mayor, se encuentran reguladas en el artículo 1.105 del Código Civil²⁷⁶, de cuya lectura se desprende el cumplimiento ineludible de las obligaciones y la posibilidad que tienen las partes de un contrato, de compelerse mutuamente a tal fin. A renglón seguido, este artículo apunta excepciones a ese deber: aquellos sucesos que inciden en el desempeño del compromiso (impidiéndolo), y que, o no pudieron precedirse, o aun siendo éstos previstos, no pudieron evitarse. Ambas singularidades se refieren a las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, fuerza mayor y caso fortuito, respectivamente.

REGLERO CAMPOS tiene una opinión distinta, al considerar que del artículo 1105 del Código Civil sólo se deduce una circunstancia modificativa de la responsabilidad civil. Apunta este autor que la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor carece de aplicación práctica, dada la naturaleza subjetiva de nuestro sistema de responsabilidad civil. De ahí que asegure, que el único concepto existente es el de la fuerza mayor²⁷⁷.

Contrariamente, BADOSA COLL estima que precisamente el propio artículo 1105 da pie a esta diferenciación, al apuntar dos escenarios dispares, basados en la estadística. Ambos vienen conformados por eventos ajenos a la esfera de actuación del obligado, pero mientras que el caso fortuito no excluye la culpa, salvo prueba en contrario, en la fuerza mayor se presume la ausencia de ésta²⁷⁸.

²⁷⁶ Junto al mencionado artículo, DEL OLMO GUARIDO menciona además el precepto 1.784 del Código Civil como complemento del mismo, al recogerse en éste la noción de la fuerza mayor. DEL OLMO GUARIDO, Natalia, *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2004, página 183.

²⁷⁷ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pps. 285 a 394, página 342.

²⁷⁸ BADOSA COLL, Ferrán, “Comentario a la sentencia de 30 de septiembre de 1983”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 3, 1983, pps. 969 a 975; concretamente en página 973.

El debate doctrinal que se suscita en torno a estos dos conceptos tiene un origen histórico, y es que las nociones del caso fortuito y la fuerza mayor se trataban como sinónimos. No obstante, esta tesis no se encuentra libre de toda crítica²⁷⁹.

2. Posteriormente se han sucedido corrientes doctrinales de autores, cuya pretensión ha sido la de diferenciar ambas categorías como dos nociones independientes²⁸⁰. Existen dos líneas principales: aquella cuyo objetivo es distinguir las dos ideas únicamente en el plano dogmático, es decir, efectuar una separación conceptual sin una aplicación práctica; y en segundo lugar, el movimiento doctrinal que aboga por una división, con efectos propios.

A caballo entre ambas líneas mayoritarias se encuentra una tercera, que recibe el nombre de “tesis monista”, y que considera que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor son una misma idea, y por tanto sus efectos deben ser idénticos²⁸¹.

En el primero de los grupos doctrinales se barajan teorías distintivas pero sin aplicación práctica, tales como la de MARGADÉ, que define la fuerza mayor como aquel suceso exonerador que tiene su origen en elementos naturales de carácter extraordinario (que denomina “fuerzas ininteligentes”), mientras que el motivo del caso fortuito radicaría en el actuar humano²⁸².

²⁷⁹ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil ... op. cit.*, página 335. FRANCO LEGUÍZAMO señala que la división entre caso fortuito y fuerza mayor ya existía desde el Derecho romano. Sin embargo, este autor admite que el origen de esta confusión puede encontrarse en que la fuerza mayor se estudió con mayor ahínco que el caso fortuito, motivo por el que tuvo un protagonismo casi absoluto. FRANCO LEGUÍZAMO, Camilo Armando, “Caleidoscopio de la fuerza mayor (Derecho comparado e internacional)”, en *Revist@ e – mercatoria*, vol. 8, nº 1, 2009, pps. 1 a 51; concretamente en página 3. MARTÍN IGLESIAS va un paso más allá al diferenciar, no sólo las dos nociones desde épocas romanistas, sino también las circunstancias en las que se daban una y otra. Así, mientras ambas eran imprevisibles, la fuerza mayor se consideraba inevitable y se relacionaba con las fuerzas de la naturaleza (incendios y naufragios), mientras que el caso fortuito era evitable. MARTÍN IGLESIAS, M^a. Francisca, “Caso fortuito, fuerza mayor y consumidores”, en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, vol. 10, 2000, pps. 101 a 136; concretamente en página 101.

²⁸⁰ FRANCO LEGUÍZAMO sitúa el origen de la distinción en Francia. FRANCO LEGUÍZAMO, Camilo Armando, “Caleidoscopio de la fuerza mayor (Derecho comparado e internacional)” ... *op. cit.*; concretamente en página 6.

²⁸¹ FRANCO LEGUÍZAMO, Camilo Armando, “Caleidoscopio de la fuerza mayor (Derecho comparado e internacional)” ... *op. cit.*; concretamente en página 8. Doctrina compartida por JIMÉNEZ BOLAÑOS, quien también aboga por un empleo indistinto de ambos términos. JIMÉNEZ BOLAÑOS, Jorge, “Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 123, 2010, pps. 69 a 98; concretamente en página 85.

²⁸² REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil ... op. cit.*, página 336. Puede parecer curioso que SÁNCHEZ ROMÁN siga esta misma dirección doctrinal, pero con papeles invertidos. Este autor señala que circunstancias como un terremoto, una tempestad o una inundación entre otras, conformarían un caso fortuito; sin embargo, la fuerza mayor vendría constituida por disposiciones del poder público, guerra o el secuestro violento de personas. SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Ediciones Nauta S.A, Barcelona, 1965, página 21.

Para los otros autores defensores de esta hipótesis, la clave se encuentra en que el caso fortuito se caracteriza por su naturaleza imprevisible, mientras que la singularidad de la fuerza mayor reside en la inevitabilidad. Del mismo modo, hay voces que abogan por la idea de que ambas construcciones doctrinales, caso fortuito y fuerza mayor, son un mismo concepto pero en grados distintos. Los dos tienen un origen ajeno al de la voluntad del deudor, por lo que el único elemento diferenciador es la violencia del evento.

El segundo de los grupos se inclina, como ya se comentaba líneas atrás, no sólo por una distinción dogmática entre la fuerza mayor y el caso fortuito, sino también por una práctica. El punto de partida, y máximo exponente de esta corriente doctrinal, es el austríaco EXNER; ya que a partir de su teoría de diferenciación, los adeptos a este modelo se han limitado a añadir matices al mismo. Estos autores describen el caso fortuito como todo evento indemnizable que se encuentra dentro de la órbita de riesgo de una actividad, mientras que la fuerza mayor se caracteriza por ser un suceso externo.

Esta última teoría fue minoritaria durante muchos años, pero en la actualidad se encuentra secundada por un amplio número de autores, gozando de una gran aceptación, hasta el punto de que podría ser considerada la de carácter preponderante.

Partiendo de la premisa de que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor son conceptos diferentes, y consecuentemente producen efectos distintos, conviene distinguir las circunstancias que dan lugar a una y otra noción. Las principales y más importantes de todas ellas, son la inevitabilidad y la imprevisibilidad²⁸³.

2. El caso fortuito.

1. El caso fortuito hunde sus raíces en la tradición romanista clásica. Los griegos ya barajaban el concepto del caso fortuito, considerándolo una contingencia fatal, que provenía de las divinidades. Esta idea fue heredada por el Derecho romano, que la concibió como una idea objetiva de corte casuístico, noción de la que sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no ha sido sucesor²⁸⁴.

²⁸³ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “El nexa causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil ... op. cit.*, página 341.

²⁸⁴ REGLERO CAMPOS señala a este respecto “El <<casus fortuitus>> (expresión a la que se asimilaban otras denominaciones como <<casus>>, <<casus maior>>, <<damnum fatale>>, <<vis maior>>, <<vis cui resisti non potest>>, etc) se utilizaba en aquellos supuestos en los que la responsabilidad del deudor no estaba limitada al hecho propio o al dolo, sino que le era imputable objetivamente en la relación nacida

SOTO NIETO expone de forma acertada el caso fortuito, al señalar que su origen comienza allí donde la culpa termina. Apunta además este autor, que la dificultad intrínseca de esta construcción doctrinal hace imposible una generalización, siendo necesario un examen *ad hoc* de los hechos a los efectos de comprobar factores como la imprevisibilidad e inevitabilidad, que son de naturaleza marcadamente subjetiva²⁸⁵.

De lo hasta aquí afirmado parece poder deducirse como características principales, que el caso fortuito tiene como singularidad primordial la concurrencia de una eventualidad inevitable, pudiendo calificarse ésta como previsible. Es decir, se trata de una contingencia lejana pero posible, que una vez materializada no puede impedirse. Como último factor a destacar, está la interioridad del daño. Esta última condición distorsionadora consiste en que la circunstancia dañosa se encuentra dentro del radio de acción del deudor, esto es, no tiene un origen externo.

2. Una vez descrito el concepto de caso fortuito, parece adecuado acomodarlo al campo objeto de examen: la responsabilidad sanitaria. El caso fortuito es un suceso que quiebra el nexo causal entre el acto médico y el daño final, de forma que es independiente a la actuación desplegada. No obstante, es necesario tener factores añadidos en cuenta, como por ejemplo la *lex artis*. Es indispensable que el personal sanitario, o el centro, no hayan propiciado el menoscabo final con acciones u omisiones contrarias a la *lex artis*. Otro aspecto a destacar es que el caso fortuito debe encontrarse dentro del ámbito de control de la actividad sanitaria (no debe ser externo), para que se ajuste a esta idea de riesgo conocido e inherente. Finalmente, sólo nos queda por mencionar una última característica obvia: la imprevisibilidad²⁸⁶.

No conviene que ahondemos más en la exposición de la idea del caso fortuito, ya que tendremos la oportunidad de desarrollar un examen profuso a lo largo del análisis jurisprudencial²⁸⁷.

de determinados contratos, singularmente los que generaban una obligación de custodia". REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, "El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas", en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil ... op. cit.*, página 325.

²⁸⁵ SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación ... op. cit.*, página 13.

²⁸⁶ BONILLA SÁNCHEZ, Juan J., *La responsabilidad médica extracontractual*, Ediciones Laborum, Murcia, 2004, página 201.

²⁸⁷ Aunque no procede que nos extendamos más en el concepto del caso fortuito, sí que parece adecuado efectuar una sucinta mención a la asunción del pacto de caso fortuito. Esta construcción doctrinal consiste en un acuerdo de voluntades, por el cual la parte deudora se compele a satisfacer la obligación, aun mediando caso fortuito en el *iter* de su cumplimiento. "El artículo 1.105 del Código Civil expresamente establece que <<fuera de los casos ... que así lo declare la obligación>>, nadie responderá del hecho

3. La fuerza mayor.

1. La “*damna fatalia*” o fuerza mayor, puede definirse como un impulso avasallador que desafía toda resistencia humana posible. La fuerza mayor se caracteriza por ser un evento violento, irresistible e imprevisible²⁸⁸.

SOTO NIETO se pronuncia de forma concisa cuando explica la fuerza mayor. Este autor asegura que es imposible presentar esta noción de forma positiva, dadas sus características, afirmando “Su esencia, viene diciéndose, estriba en la *imprevisibilidad* que le es propia, o en la *inevitabilidad* de su irrupción. Son sucesos imprevistos, con los que de ningún modo se contaba como probables – quizá sí como de posible y rara eventualidad – a la hora de la contracción del compromiso; o que, aún previéndose o paralizar sus efectos; el hombre se encuentra inerte frente a ellos, incapaz para resistirles física o jurídicamente, o habiendo de hacerlo a costa de tan grave y heroico comportamiento, que el Derecho no puede exigir semejante temeridad o proeza”²⁸⁹.

De estas dos primeras exposiciones se pueden inferir tres características básicas de esta figura: inevitabilidad, imprevisibilidad y desconocimiento. A estos tres elementos, tanto la doctrina como la jurisprudencia, añaden un cuarto aspecto: la exterioridad del daño. Esta última idea se traduce en que la contingencia provocadora del perjuicio es ajena a la esfera de actuación del obligado, es decir, escapa a su ámbito de control, por ser un elemento externo. LÓPEZ MENUDO considera que este último principio es un criterio esencial de distinción, ya que no es extraño que este aspecto de si el evento es irresistible o no, sea objeto de discordia; de forma que será precisamente la externalidad la que diferencie el caso fortuito de la fuerza mayor²⁹⁰.

2. La relevancia de este último factor tiene tal entidad, que puede llegar a considerarse un elemento diferenciador entre el caso fortuito y la fuerza mayor. En

fortuito”. SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación ... op. cit.*, página 116.

²⁸⁸ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil ... op. cit.*, página 330.

²⁸⁹ SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación ... op. cit.*, página 15.

²⁹⁰ Este autor pone como ejemplo la sangre contaminada, que aunque en su momento era algo irresistible, se calificó como caso fortuito porque provenía de la esfera interna de actuación de los profesionales sanitarios. LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”, en *Derecho y Salud*, vol. 8, nº 1, 2000, pps. 89 a 106; concretamente en página 86.

ambos conceptos la materialización de la contingencia es inevitable, por lo que el evento distintivo se fundamenta en la probabilidad de prever el riesgo. Si éste es remoto pero posible, se trataría de un caso fortuito; pero si no sólo resulta remoto, sino que es tan sumamente incierto como para tenerlo en consideración, nos encontraríamos ante un caso de fuerza mayor. El lugar que ocupan la exterioridad e interioridad en esta distinción, parece ser el origen del concepto previsibilidad. Cuando la circunstancia hunda sus raíces en la esfera interna de actuación del deudor, ésta será remota, pero posible. No ocurre lo mismo cuando el daño proviene de un radio de acción que queda fuera de la esfera de control del obligado, ya que en este supuesto la adversidad no sólo es improbable, sino también imprevisible.

Esta misma idea diferenciadora comparte SOTO NIETO, que sin perder de vista la probabilidad, se centra en lo que denomina “el curso normal de la vida”. De tal forma que, los eventos “connaturales” serían propios del caso fortuito, aunque sean esporádicos, mientras que la fuerza mayor sería inesperada, violenta y sobre todo externa²⁹¹.

PLAZA PENADES destaca la exterioridad desde el punto de vista de la órbita de actuación, de forma que si la contingencia se encuentra dentro del campo de actividad interna del obligado, sería un supuesto de caso fortuito; y si no está bajo su dominio, será fuerza mayor²⁹².

4. El caso fortuito y la fuerza mayor en la jurisprudencia.

1. La práctica totalidad de la doctrina considera que ambas ideas se encuentran, no sólo diferenciadas desde un punto de vista conceptual, sino que también la aplicación de una y otra figura supone necesariamente resultados distintos.

Sin embargo, y a pesar de lo señalado, lo cierto es que la jurisprudencia no se hizo eco de esta división hasta la segunda mitad del siglo pasado, lo que se infiere por el escaso número de resoluciones que apuntaban una separación precisa entre ambas nociones, y sobre todo, porque en muchas ocasiones estas dos construcciones

²⁹¹ SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación...* op. cit., página 24.

²⁹² PLAZA PENADES, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, página 157. Opinión compartida por BADOSA COLL, Ferrán, “Comentario a la sentencia de 30 de septiembre de 1983” ... op. cit.; concretamente en página 973.

doctrinales se utilizaban indistintamente; de lo que parece poder colegirse que la aplicación práctica de las mismas carecía de efectos distintivos.

Las primeras disparidades jurisprudenciales entre ambos conceptos comenzaron a observarse en las resoluciones que resolvían litigios sobre conflictos armados o bloqueos navales, consecuencia ambos de eventos bélicos, siendo estos supuestos calificados como casos de fuerza mayor por parte de los Tribunales. Por otro lado, el caso fortuito en sus primeros estadios se limitó a hechos de carácter interno, tales como el descarrilamiento de un tren como consecuencia de la rotura de un eje, etc.

2. La jurisprudencia civilista no fue pionera en esta materia, ya que no tuvo esta necesidad hasta que se dictaron las primeras leyes especiales en responsabilidad civil. Fue la doctrina de la Sala Tercera, junto con la de la Sala de lo Social, la precursora de esta distinción²⁹³.

²⁹³ La relevancia de la división conceptual es innegable en la Sala Tercera, donde la única vía de la Administración para exonerarse de responsabilidad, es la fuerza mayor y no el caso fortuito. La cuestión es distinta en materia civil, donde la diferenciación no tiene mayor importancia, salvo por conceptos como “el pacto de caso fortuito”. LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”... *op. cit.*; concretamente en página 86.

II. ANÁLISIS FENOMENOLÓGICO.

Dado que el caso fortuito y la fuerza mayor no son categorías jurídicas propias de la responsabilidad sanitaria, las divisiones fenomenológicas serán de sumo interés. Comenzaremos con el caso fortuito y la fuerza mayor en relación a los daños al feto en el alumbramiento, pasando por el cuidado de los enfermos mentales, la actividad anestésica y la omisión de medios; para acabar con la relación entre el caso fortuito, la fuerza mayor y los riesgos remotos y conocidos.

1. El caso fortuito, la fuerza mayor y las lesiones al feto en el alumbramiento.

En este subapartado los supuestos a analizar entremezcla el caso fortuito con las lesiones que sufre el *nasciturus* en el parto.

1. Supuestos en los que la figura del caso fortuito es estimada.

1. En la primera resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007²⁹⁴, D^a. Amparo, de 42 años de edad y con un historial de embarazos complicados, ingresó en el servicio de tocoginecología del hospital de su localidad, con una gestación de 37 semanas, rotura espontánea de la membrana amniótica y contracciones uterinas. D^a. Amparo había tenido seis embarazos previos, de los cuales sólo cuatro habían finalizado en parto (uno de ellos eutócico), con el resultado de tres únicos hijos vivos, naciendo uno premuerto.

A pesar de las mencionadas dificultades, en el embarazo del que nos ocupamos no se dieron mayores problemas, salvo porque la paciente presentó diabetes gestacional, que fue debidamente controlada. Ahora bien, conviene destacar algunas circunstancias propias de la paciente, tales como su escasa talla (1,46 metros) y su obesidad (72 kilogramos).

Tras el ingreso de D^a. Amparo, se palpó la salida de líquido amniótico, encontrándose éste teñido de meconio, por lo que se procedió a su monitorización a las 14:30 y a las 16:40, arrojando ambas mediciones parámetros de normalidad. La

²⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007, Sala Tercera, recurso 4576/2003, ponente Herrero Pina.

dilatación era normal, rápida y en aumento, con posición cefálica. Tras la segunda monitorización (a las 16:40), se practicó una microtoma de sangre de calota fetal, a los efectos de descartar sufrimiento fetal, siendo el análisis también normal.

Sin embargo, y a pesar de que todos los indicios del alumbramiento apuntaban hacia una plena normalidad, motivo por el que la paciente se encontraba asistida por una matrona, al comenzar el periodo expulsivo se produjo una distocia de hombros. Ello requirió de la presencia de facultativos para la realización de una serie de maniobras rápidas, a fin de extraer el feto. El niño nació a las 17:50, con un peso de 3.085 y una parada cardiorrespiratoria, de la que se recuperó tras las atenciones pertinentes. A pesar de ello, le quedaron importantes secuelas derivadas de la misma.

La distocia de hombros es un fenómeno usual en alumbramientos de fetos macrosomáticos (de cuatro kilogramos o más). Conviene destacar que en este caso el *nasciturus* pesaba poco más de 3 kilos, por lo que la mencionada complicación no era previsible. La obesidad y la diabetes que padecía la gestante, sí podían ser factores de alarma, en la medida en que suelen ser la antesala de un feto de gran tamaño; algo que se había comprobado expresamente en esta controversia y se había descartado²⁹⁵.

La paciente consideró que había sido víctima de un daño indemnizable, que sin embargo fue inadmitido en instancias inferiores, por lo que se vio en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

En este asunto todos los indicios que podían repercutir en una distocia de hombros se habían analizado, estudiado y desechado. Esto es, hubo un completo despliegue de medios acorde a la *lex artis* para prevenir cualquier contingencia. Nada apuntaba a una distocia de hombros como la que se produjo, aunque ésta conforma una eventualidad conocida de los alumbramientos, por lo que no es un factor extraño. Esta

²⁹⁵ JEFFREY L. ECKER trata expresamente esta cuestión de la distocia de hombros y señala de manera clara “La distocia de hombros se hace notar por la dificultad del nacimiento de la cintura escapular fetal después de la aparición de la cabeza en el perineo materno. El diagnóstico de distocia de hombros se ha vinculado durante mucho tiempo con la macrosomía fetal. En 1985, Acker y colaboradores describieron por primera vez los detalles de tal vínculo. Encontraron que la incidencia de distocia de hombros en su grupo de estudio era de 0.2% en lactantes con peso de 2 500 a 2 999 g, 0.6% en los de 3000 a 3499g, 2.2% en los de 3500 a 3999g, 10% para los de 4000 a 4499 g y 22.6% para aquellos con más de 4 500 g de peso. A pesar del claro vínculo entre el peso fetal creciente y la distocia de hombros en ese grupo, es importante reconocer que casi la mitad de las distocias de hombros ocurrió en niños con pesos menores de 4 000 g (140 de 294). Si bien la repercusión de distocia de hombros en recién nacidos con peso menor de 4 000 g es inferior a la de aquellos con peso mayor de 4 000 g, la cifra absoluta mucho mayor de niños con peso menor de 4 000 g explica esa diferencia”. Aunque este autor se muestra reticente a admitir la absoluta vinculación de la distocia de hombros con la macrosomía, lo cierto es que nos permite entrever la importante influencia de ésta. JEFFREY L. ECKER, MD, “Cesárea por sospecha de macrosomía: ineficaz cuando mucho”, en *Clinicas Obstétricas y Ginecológicas*, nº 2, 2004, pps. 337 a 348; concretamente en páginas 338 y 339.

circunstancia fue imprevista e inevitable, rompió el nexo causal, y con ello dio forma al caso fortuito. Opinión compartida por el Tribunal Supremo cuando señala “A la vista de las circunstancias concurrentes y del desarrollo del parto consideramos, en la línea del Médico forense que la cesárea no estaba indicada y que la distocia se produjo por un hecho lamentable, fortuito e imprevisto, como señala Don. Plácido, cuyo informe la Sala toma en especial consideración frente al aportado por la actora no solo por la especialidad del facultativo, ginecólogo, en relación con la materia objeto del procedimiento, sino también por ser coincidente en lo esencial con el emitido por el Médico Forense, de cuya imparcialidad no existe sospecha alguna. Además la propia Inspección Médica, también alude a lo imprevisto de la distocia, recalando que su diagnóstico es casi imposible cuando el peso del feto se aproxima a la normalidad, como es el caso, coincidiendo en este extremo como en lo relativo a la asistencia médica prestada para resolver dicha complicación con lo informado tanto por el Médico Forense Y Don. Plácido”²⁹⁶.

La mencionada imprevisión no es nuevamente retomada por el juzgador, que se limita a justificar la corrección de las actuaciones médicas desplegadas, razonando la desestimación de las pretensiones de la actora por la ausencia de antijuricidad en el daño que alega “Finalmente, como ya hemos indicado, la Sala de instancia no deniega la existencia de responsabilidad patrimonial por la concurrencia de un caso fortuito que rompe el nexo causal, sino por falta de antijuridicidad del daño, al haberse prestado la asistencia sanitaria conforme a la *lex artis*, a pesar de lo cual se produjo el resultado de manera casual y excepcional, que el perjudicado ha de soportar, pues, como señala la jurisprudencia antes referida, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la actuación médica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico...”²⁹⁷.

No podemos cerrar este comentario sin hacer mención a una circunstancia que podría suponer un atentado contra la *lex artis* en el presente caso: la escasa estatura de la gestante. Este factor puede ser determinante en una distocia de hombros y sin embargo, no se ha reparado en el mismo. La paciente contaba con un complejo historial

²⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007 ... *op. cit.*

²⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007 ... *op. cit.*

de embarazos, algo que complicaba no sólo su gestación, sino también su parto; factor al que debe añadirse su diabetes²⁹⁸.

A pesar de que todos estos vestigios de riesgo aconsejarían un control y atención exhaustivos, tanto del parto como del embarazo, éste no se dio. No en vano, el alumbramiento fue asistido desde el principio por una matrona y no por un médico, lo que deja en entredicho la diligencia de las actuaciones, por muy raudas que éstas fueran una vez presentada la distocia de hombros. Aunque es probable que la cesárea no estuviese aconsejada y que la distocia efectivamente fuese un caso fortuito, las consecuencias de la misma muy probablemente se vieron incrementadas por la ausencia de medidas preventivas, como por ejemplo, la presencia de un médico en el alumbramiento.

2. Controversias en las que la figura del caso fortuito no es observada.

2. En la primera de las controversias de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002²⁹⁹, D^a. Eva acudió al centro hospitalario de su localidad de residencia por encontrarse con evidentes síntomas de parto, habiendo salido de cuentas diez días atrás. La paciente quedó ingresada, pues si bien el alumbramiento no era inminente, sí podía acontecer sin previo aviso; además la gestante era primípara y con el cuello del útero estrecho. D^a. Eva fue monitorizada desde las 9:40 hasta las 8 de la tarde, siendo explorada al día siguiente a las 10 de la mañana por la matrona, quien estimó que el nacimiento comenzaría a las 11. A pesar de ello, no fue nuevamente monitorizada hasta las cuatro de la tarde, porque el centro sólo tenía un monitor y lo estaba utilizando otra paciente. A las 6 de la tarde la matrona observó que el feto mostraba un sufrimiento fetal agudo, por lo que decidió concluir rápidamente el parto, llamando al tocólogo de guardia, que se encontraba en su casa, dado que su contrato no

²⁹⁸ De esta misma opinión se muestra JEFFREY L. ECKER, cuando respecto de la repercusiones de la diabetes gestacional en el parto, señala “La presencia de diabetes pregestacional o gestacional se relacionó con un mayor riesgo de lesión del plexo braquial”. Asegura este autor, que la peligrosidad de lesionar al feto en el nacimiento (como es el caso), se ve incrementada si la gestante ha padecido diabetes gestacional. Con esta aseveración afianzamos la afirmación realizada en el último párrafo, de que la diligencia debida no se extremó tanto como se debía, dado que no se adoptaron las cautelas necesarias; y si bien es cierto que la distocia de hombros pudo calificarse como inesperada, también lo es que se incrementaron los riesgos innecesariamente. JEFFREY L. ECKER, MD, “Cesárea por sospecha de macrosomía: ineficaz cuando mucho” ... *op. cit.*; concretamente en página 340.

²⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002, Sala Primera, recurso 281/1997, ponente Martínez – Pereda Rodríguez. Resolución también estudiada desde la perspectiva de la omisión de medios, las deficiencias asistenciales y la pérdida de oportunidad, en los capítulos correspondientes.

incluía las guardias físicas. A pesar de que éste pudo presentarse en cinco minutos, se encontró con el alumbramiento en fase de expulsión, naciendo el *nasciturus* minutos después de las ocho de la tarde, con una vuelta de cordón umbilical en el cuello y una braquicardia severa; requiriendo de reanimación por parte del anestesista y del pediatra. El niño fue diagnosticado de una severa acidosis metabólica, neumotórax derecho y edema cerebral, falleciendo el 13 de mayo de 1989.

Los padres del menor fenecido pretendieron la indemnización del daño sufrido, siendo su demanda desestimada en primera instancia, pero no así su recurso, que fue estimado ante la Audiencia Provincial competente. La parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El conjunto de deficiencias concurrentes en el supuesto que nos ocupa (la ausencia de un tocólogo de guardia en el hospital y el limitado uso del monitor) hacen que nos cuestionemos la posibilidad de acudir al caso fortuito, dado que la imprevisibilidad aducida por el demandado se encuentra desdibujada por las circunstancias propias del asunto. Un sufrimiento fetal no es extraño, más si cabe cuando se trata de pacientes primíparas, con el cuello del útero estrecho y que son atendidas de forma negligente.

Las mencionadas eventualidades no pasan desapercibidas al Tribunal Supremo, cuando a este respecto señala “El correlativo alega infracción del art. 1105 del Código civil y añade que el acontecimiento fue imprevisible. Pero ello no es así. El día del parto no había sido monitorizada la gestante y, pese a ello, el Dr. demandado abandonó la Clínica. Una cosa es que su guardia sea "localizable" y otra muy distinta que abandone el Centro en que en tal fecha se produzca un parto de primípara y de notoria estrechez de cuello uterino y que no se le había monitorizado dicho día y que pudiera ser previsible la posibilidad de presentarse complicaciones. Además, el sufrimiento fetal era claramente previsible y más en una primípara y de tales características fisiológicas y tratándose de un especialista no pueden ocultársele, ni desconocer tales riesgos”³⁰⁰. El juzgador rechaza cualquier posibilidad de aceptar la imprevisión como forma de justificar la falta de antijuridicidad del daño.

En el litigio que nos ocupa la impredecibilidad es difícilmente aceptable, todo ello tomando como base los hechos del caso. Que surjan complicaciones en un parto como el que se nos presenta, que además es atendido por una matrona y no por un

³⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002 ... *op. cit.*

médico, no es llamativo. No ocurría lo mismo en el litigio anteriormente estudiado, en el que si bien es cierto que podríamos encontrarnos con algunas deficiencias asistenciales (todas ellas en base a la escasa atención prestada a las circunstancias personales de la paciente), la imprevisión es el elemento clave del caso en cuestión. No en vano, la probabilidad de que se presente una distocia de hombros en un alumbramiento de un feto no macrosomático es remota, incluso con las circunstancias que envuelven el asunto concreto. Sin embargo, este factor imprevisibilidad está desdibujado en la controversia que nos ocupa, ya que la posibilidad de que surgiese una complicación como la materializada, dadas las circunstancias, no era extraña ni imprevista; sino que podría calificarse como probable o presumible. La escasa calidad de la atención prestada a la gestante, a pesar del riesgo propio del alumbramiento, atenta contra la *lex artis* y elimina cualquier posibilidad de admitir la concurrencia de la construcción doctrinal del caso fortuito.

3. Finalizamos con la sentencia Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2000³⁰¹, un asunto muy similar al anterior, en el que en el curso de un alumbramiento surgieron una serie de complicaciones que apremiaron la práctica de una cesárea. No obstante, como consecuencia de una sucesión de problemas internos del hospital (el anestesista no fue requerido para acudir a la intervención), se provocó un importante retraso en la cirugía (una hora y siete minutos), que acarrió la muerte del feto.

Las pretensiones indemnizatorias de los padres del menor fallecido fueron admitidas en primera instancia y confirmadas en apelación, recurriendo la parte demandada en casación ante el Tribunal Supremo.

En este litigio cualquier posibilidad de observar un caso fortuito es complicado. Aunque la necesidad de acudir a una cesárea podría calificarse como improbable, la causa por la que ésta no se pudo realizar a tiempo no lo es. El mencionado retraso, así como la negligente comunicación que se mantuvo con el anestesista, no vinieron motivados por circunstancias imprevisibles que limitaron toda posibilidad de actuación; sino que ambas coyunturas son consecuencia de un defectuoso funcionamiento del hospital.

De las palabras del Tribunal Supremo parece poder deducirse esta idea, que imposibilita cualquier opción de acudir a un caso fortuito “Pues bien, tanto en los supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor, entendidos como sucesos imprevisibles e

³⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2000, Sala Primera, recurso 1437/1995, ponente Sierra Gil de la Cuesta.

inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad; pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los proponentes. Probativa que según los hechos estimados probados de la sentencia recurrida que, como se ha dicho ya, deben ser asumidos, no se da en la presente situación, ya que si se hubiese practicado la operación de cesárea en su debido tiempo -se tardó una hora y siete minutos- no se hubiera determinado la muerte del feto. Sin que dicho retraso se debiera a causa distinta a un desorden ilógico en la transmisión de las ordenes oportunas, concretada en el retraso de la intervención del anestesista”³⁰².

Aunque la cesárea se encontrase envuelta por un cierto grado de imprevisión, la práctica totalidad de actuaciones fueron contrarias a la *lex artis*. De haberse producido una necesidad espontánea y urgente de una cesárea, y aun practicándose ésta con la debida celeridad hubiese fallecido el feto, el caso fortuito habría quebrado el nexo causal, al tener el daño el origen en el mismo. Algo que no ocurre en la controversia que nos ocupa, donde el caso fortuito pudo ser la necesidad de una cesárea, pero el daño tuvo su causa en un importante retraso en la práctica de la misma (más de un hora)³⁰³.

2. El caso fortuito, la fuerza mayor y los enfermos mentales en centros psiquiátricos.

Los supuestos de hecho de este apartado se centran en el tratamiento y cuidado de enfermos mentales, y la posibilidad de que concurra un caso fortuito en casos de autolisis. Dada la naturaleza de los protagonistas de este bloque, la imprevisión de los escenarios que se nos presenten se verá incrementada, pero también las cautelas

³⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2000 ... *op. cit.*

³⁰³ Sobre este asunto concreto se pronuncia BONILLA SÁNCHEZ de forma muy semejante “Argumenta la Alta Sala que los supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor, entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad; pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los proponentes. Probativa que según los hechos estimados probados de la sentencia recurrida que, como se ha dicho ya, deben ser asumidos, no se da en la presente situación, ya que si se hubiere practicado la operación de cesárea en su debido tiempo – se tardó una hora y siete minutos – no se hubiera determinado la muerte del feto. Sin que dicho retraso se debiera a causa distinta a un desorden ilógico en la transmisión de las ordenes (sic) oportunas, concretada en el retraso de la intervención del anestesista”. Manifiesta este autor la imposibilidad de acudir a cualquier eximente de la responsabilidad civil, en base a que el daño de este litigio vino motivado por una evidente falta de organización o de comunicación, ya que la muerte del feto fue consecuencia de una cesárea tardía, cuya única causa radica en que el anestesista no había sido avisado. BONILLA SÁNCHEZ, Juan J., *La responsabilidad médica extracontractual* ... *op. cit.*, página 203. LUNA YERGA va un paso más allá, y califica el caso que nos ocupa como una pérdida de oportunidad. LUNA YERGA, Álvaro, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico – sanitaria”, en *InDret*, nº 2, 2005, pps. 1 a 19; concretamente en página 4.

exigibles al centro y al personal sanitario, por lo que la posibilidad de que concurra un caso fortuito es muy remota.

1. Litigios en los que la figura del caso fortuito es admitida.

1. Comenzamos este subapartado con el único de los litigios en los que se estimó el caso fortuito, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000³⁰⁴, un supuesto en el que un paciente se encontraba en la unidad de agudos de un hospital, por varios intentos de suicidio y un largo historial de inestabilidad mental. Con el tiempo sus tentativas de autolisis se fueron mitigando, hasta el punto de desaparecer. Ello llevó aparejada una relajación de las medidas de control, y el consiguiente traslado del paciente a la unidad ocupacional, bajo vigilancia visual. Precisamente aprovechando la laxitud de los controles, el enfermo se escapó (algo que ya había hecho en dos ocasiones para ir a su casa), pero en lugar de dirigirse a su domicilio, se tiró a una ría cercana al centro psiquiátrico, donde se ahogó.

Los padres del fallecido pretendieron ser indemnizados por el daño sufrido, para lo que tuvieron que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Una posible justificación para la decisión adoptada por el juzgador puede ser que el caso conforme un supuesto de imprevisibilidad no asumible, en la medida en que el nivel de vigilancia que requería el paciente era inferior al que necesitó en un primer momento, y que nada apuntaba a que éste pretendiese acabar con su vida. Aunque había tenido varios intentos de suicidio, había pasado un tiempo bajo un severo control psiquiátrico, y tras observarse que sus intenciones de autolisis habían cesado, fue remitido a otra unidad, en la que las medidas de seguridad se limitaban a la vigilancia visual³⁰⁵. El arrebató autodestructivo que mostró el paciente podría llegar a considerarse impredecible, y por tanto conformar un caso fortuito, ya que a pesar de que la característica básica de los enfermos mentales es precisamente la impredecibilidad, en

³⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000, Sala Primera, recurso 1289/1995, ponente Martínez Calcerrada.

³⁰⁵ El cambio de la política de vigilancia a la que había sido sometido el paciente parecía correcta, en la medida en que en principio el riesgo de suicidio era inexistente, al no manifestarse intentos de autolesión. De esta misma opinión se muestra CARRASCO GÓMEZ al afirmar “Si el paciente que presenta riesgo serio de suicidio está en tratamiento ambulatorio, lo indicado será el internamiento con carácter de urgencia. Esta medida de internar a un posible suicida con riesgo, aparte de ser una indicación clínica clara, tiene en muchos casos una finalidad preventiva y defensiva de responsabilidad, al poner los medios para evitar una posible consumación. De no actuar así, el psiquiatra podría ver cuestionada su actitud de inhibición e incluso derivarse algún tipo de responsabilidad si actuó negligentemente”. CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *Responsabilidad médica y psiquiátrica*, Colex, Madrid, 1990, páginas 107 y 108.

este litigio se acentúa; pudiendo llegar a barajarse la mentada circunstancia exoneratoria.

Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo señala “Finalmente, la Sala no tiene sino que subrayar que el seguimiento de la postura del Motivo y del Recurso, abocaría en una peligrosa adopción del condenable apotegma del "causa causae", que, rechazado secularmente en el Derecho Punitivo, también en nuestro Derecho sustantivo, en el campo de la responsabilidad, ha de marginarse, no sólo porque cercena la savia informadora de su esencia voluntarista compulsadora de la dinámica humana de su causa originaria, sino porque una causalidad así apreciada, en exclusiva, por su efecto final o dañoso, difícilmente, evitaría que si en un verosímil proceso posterior a ese origen, el interesado hubiera incurrido en un acervo de ilícitos, con producción de daños, lesiones o hasta muertes, acaecibles, tal vez, en la hipótesis juzgada de sujetos tan alterados en su normalidad psíquica, o con un desequilibrio total de impulso suicida inevitable, también habría de atribuirse o imputarse una responsabilidad a quien como, la parte recurrida, actuó dentro de esos parámetros de normalidad en su deber de vigilancia, y sin la más remota incidencia en ese mecanismo desorbitado de una causalidad mal entendida, y por supuesto, no eficiente. Por todo ello, y sin que sea vinculante la llamada jurisprudencia menor que se cita sobre esta cuestión, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la Sentencia recurrida, con los demás efectos derivados”³⁰⁶.

El juzgador considera desmesurado responsabilizar al centro sanitario por un hecho totalmente aislado de un enfermo mental, pudiendo equipararse esta decisión a la construcción doctrinal del caso fortuito³⁰⁷.

³⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000 ... *op. cit.*

³⁰⁷ De forma contraria opina LLOVERAS I FERRER, cuando afirma que el criterio a seguir con la peligrosidad de autolesión de estos enfermos se basa en la manifestaciones de éstos, traducidas en los intentos de suicidio. Para este autor cualquier enfermo mental que haya tenido más de dos tentativa de autolesión de esta naturaleza, debe ser objeto de especial protección, ya que sus intenciones son claras. Cualquier actuación contraria significaría una actitud negligente por parte del centro. La premisa barajada por este autor, a fin de destacar la peligrosidad de un paciente, se fundamenta en el grado de posibilidad de suicidio. Trasladando esta idea a la controversia que nos ocupa, la responsabilidad del hospital sería innegable, en la medida en que si bien es cierto que la actitud del paciente había cambiado, también lo es que éste fue ingresado precisamente porque protagonizó varios intentos de suicidio. LLOVERAS I FERRER, Marc – Roger, “Suicidio y derecho de daños ¿Responsabilidad de la administración a partir del segundo intento?”, en *InDret*, nº 1, 2000, pps. 1 a 15; concretamente en página 6. Este autor se reafirma en un trabajo posterior “La constancia de antecedentes suicidas es, junto con el ingreso por una afección de la que se pueda derivar la previsibilidad de la conducta suicida del paciente, el principal elemento para determinar la corrección del tratamiento y las medidas de seguridad adoptadas tanto desde el punto de vista de la vigilancia y custodia del paciente, incluyendo medidas de seguridad sobre la misma persona – vigilancia permanente, sedación, uso de fijación mecánica, etc.- como de la habitación que le es asignada y las medidas de seguridad concretas de las que dispone”. Con la referencia al término “antecedentes”, el

Ahora bien, esta afirmación del juzgador se puede matizar por la concurrencia de un hecho destacable: previamente al suicidio, el paciente se escapó en dos ocasiones. Aunque se desconocen las circunstancias de ambas huidas, probablemente fuesen consecuencia de una actitud laxa en lo que a la seguridad se refiere. De esta afirmación se desprende que la posibilidad de que un paciente se ausentase del centro no era tan sumamente remota como para considerarla imprevisible, ya que ya había ocurrido. Aunque el riesgo de que éste se suicidase o autolesionase podía considerarse poco probable (de ahí el nivel de vigilancia al que estaba sometido), lo cierto es que la probabilidad de que se fugase era muy alta, con el consiguiente riesgo para su persona³⁰⁸.

Si bien responsabilizar al centro del suicidio del paciente puede ser complejo, precisamente porque el enfermo no mostraba signos de ser un peligro para sí mismo, sí que existe una clara negligencia (y consiguiente alejamiento del caso fortuito) en el

autor incide en que no es imprescindible de que el enfermo mental tenga necesariamente que mostrar de manera constante instintos autolesivos, siendo más que suficiente, una actitud autodestructiva en un pasado previo al tratamiento o internamiento. LLOVERAS I FERRER, Marc – R., “De nuevo sobre el análisis del suicidio desde el derecho de daños”, en *InDret*, nº 3, 2006, pps. 1 a 13; concretamente en página 9. TAUB SHEILA por su parte, se muestra contrario a esta opinión cuando señala “Even with no history of prior suicide attempts, if the patient shows other behavior patterns that are statistically correlated with suicide, that may be enough to impose a duty on the therapist either to restrain the patient or to issue a warning to the patient’s family, if the patient is not in custody. The psychiatrist’s potential liability for patient suicides may increase as more becomes known about behavior factors associated with suicide”. Evidencia este autor, que un historial de suicidios no conforma un requisito *sine qua non* a los efectos de determinar la responsabilidad de un centro por la autodestrucción de un paciente, con la consiguiente exoneración de responsabilidad, como consecuencia de la ausencia de los mencionados antecedentes. Es más, aboga este autor por considerar que son los indicios autolesivos o potencialmente peligrosos los que deben alertar al personal de una institución mental, y no únicamente la existencia de intentos frustrados de suicidio en el pasado. TAUB SHEILA, JD, “The limits of liability for psychiatric malpractice”, en *Legal Medicine*, 1985, pps. 258 a 270; concretamente en páginas 260 y 261. Puede llamarnos la atención lo que Díez – PICAZO GIMÉNEZ considera a este respecto de la previsibilidad de autolesión de los enfermos mentales, al afirmar “En el supuesto que ahora se trata hay que analizar si el servicio público de urgencia de un centro sanitario es o no custodio del paciente, o su labor es únicamente asistencial y que, no está obligado a prestar una atención de vigilancia psiquiátrica continuada. Además debería haberse tenido en cuenta que la paciente ingresó por el servicio de urgencias, a causa de una intoxicación de barbitúricos y alcohol, con intentos de autolesión, procedimiento que ya había utilizado en ocasiones anteriores para causarse la muerte y no por defenestración o cualquier otro modo se suicidio, lo que lleva inevitablemente a preguntarse hasta qué punto era previsible que la paciente usara en su próximo intento de suicidio un método tan agresivo y distinto a los hasta entonces utilizados”. La perspectiva que nos muestra esta autora es distinta, en la medida en que llega a considerar impredecible el fallecimiento de una mujer que se encontraba ingresada en un centro sanitario por intento de suicidio con ingesta de barbitúricos, precisamente porque ésta acudió a un método más agresivo, como lo es arrojar desde una ventana. Díez – PICAZO GIMÉNEZ, Gema, “La responsabilidad civil por los daños derivados del suicidio (A propósito de la STS de 11 de marzo de 1995)”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 49, nº1, 1996, pps. 161 a 186; concretamente en página 117.

³⁰⁸ Sobre la cuestión de las fugas CARRASCO GÓMEZ es concluyente “Estará condicionada a si dispuso o no de los medios necesarios y acordes al tipo de asistencia que ofrece y presta, y en concreto para evitar las fugas, al menos las patológicas y de si existió o no vigilancia suficiente, y los perjudicados intentaran el resarcimiento de las lesiones o daños al venir originados por ocupantes del establecimiento”. CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *Responsabilidad médica y psiquiátrica ... op. cit.*, página 154.

control que se ejercía sobre este paciente; ya que éste se escapó en dos ocasiones antes de la última, en la que falleció. Con esta afirmación pretendemos remarcar que la seguridad del paciente no estaba garantizada y que parece imposible acudir a una vía de exoneración de responsabilidad como el caso fortuito, precisamente porque la probabilidad de fuga era un peligro potencial y en absoluto remoto³⁰⁹. Cuestión distinta es que pueda hallarse una relación causal entre la huida de un paciente sin intenciones de autolisis y su suicidio, motivo por el que probablemente la controversia no haya sido reprochada. Es precisamente en la ausencia de garantías de la seguridad del paciente, donde puede encontrarse el principal escollo a los efectos de exonerar de responsabilidad al centro, a pesar de que el Alto Tribunal tenga una opinión divergente³¹⁰.

³⁰⁹ DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ muestra una opinión semejante a la ahora manifestada cuando comenta una resolución con una relación fáctica muy similar. Se trata de un enfermo mental que se encontraba recluido en un centro psiquiátrico, y que como consecuencia de no mostrar con carácter reciente intenciones suicidas, fue sometido a un nivel de vigilancia inferior. Aprovechando esta situación, el paciente se arrojó al vacío desde una ventana, falleciendo a causa de las heridas sufridas por el impacto. La semejanza de este caso con el ahora estudiado es evidente, más si cabe si tenemos presente que el fallo del Tribunal Supremo fue muy parecido en ambos litigios, al considerar la concurrencia de un supuesto de caso fortuito, por la imposibilidad de encontrar un nexo causal en la relación fáctica. Ante esta cuestión señala este autor “Se podría imputar objetivamente el daño al Centro Psiquiátrico por las condiciones de vigilancia y control demostradas en la prestación del servicio sanitario. El enfermo se precipita por una ventana en la que no existe ningún tipo de enrejado. Esta circunstancia ha tenido una trascendencia evidente en el desarrollo del suceso, circunstancia que, por otro lado, algo tiene que ver con la voluntad del Centro encaminada a la adopción de unas u otras medidas de seguridad”. Si bien es cierto que las actuaciones del personal sanitario del centro no provocaron el fallecimiento del paciente, ya que éste se suicidó, también lo es que la ausencia de un mínimo de seguridad ayudó a ese fatal desenlace. Apunta este autor que la falta de una predisposición al suicidio, no es óbice para un mínimo de seguridad en un centro psiquiátrico, donde la tónica general es la imprevisibilidad y la incapacidad de los pacientes. DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA - ALCALÁ, Calixto, “Comentario a la sentencia de 1 de junio de 1996” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 42, 1996, pp. 1093 a 1106; concretamente en página 1098. De la misma idea se muestra CARRASCO GÓMEZ al señalar “El hospital tiene asumida por tanto, en virtud del contrato de servicios, la obligación de asegurar protección al enfermo y de prevenirle de todo tipo de accidentes, mediante la vigilancia o la adopción de las medidas oportunas”. Podemos entender que entre las medidas de protección también deberían encontrarse aquellas que evitasen posibles fugas, sin embargo, nada señala el juzgador respecto de las reiteradas huidas del paciente. CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *Responsabilidad médica y psiquiátrica ... op. cit.*, página 143.

³¹⁰ Opinión compartida por LLOVERAS I FERRER, al comentar esta misma resolución “El paciente se fugó del centro y se arrojó a una ría en la que ahogó. La sentencia considera roto el nexo causal y que una vigilancia más intensa no era propia de ese tipo de terapia y centro –algo que nos recuerda a la cita de las normas internas-. Sorprende, no obstante, cómo, pese a la existencia de antecedentes suicidas y pese a que como reiteradamente nos narra la sentencia el paciente ya se había fugado en dos ocasiones anteriores, no se considere de ningún modo la conducta del personal como negligente. Tiene aquí en cuenta el TS que las fugas anteriores acabaron con el paciente en su propio domicilio para considerar que una nueva fuga debería haber terminado del mismo modo, pero podría pensarse que no es más que una conducta laxa reiterada que debería calificarse como negligente, más si tenemos en cuenta que no se rompe la relación de tutela especial o la obligación de custodia por tratarse de una terapia ocupacional”. El mencionado autor no incide tanto en la evolución positiva del paciente en su tratamiento, como en los intentos consumados de fuga, que eran habituales. Ahí se encuentra, de acuerdo con las ideas de este autor, el reproche que debería realizársele al centro sanitario. LLOVERAS I FERRER, Marc – R., “De nuevo sobre el análisis del suicidio desde el derecho de daños”... *op. cit.*; concretamente en página 10.

2. Supuestos en los que la figura del caso fortuito no es admitida.

2. La primera de las resoluciones de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2007³¹¹, un supuesto en el que D^a. Elena, deficiente mental e incapacitada, se encontraba ingresada en un centro hospitalario, recibiendo un tratamiento de rehabilitación mental. Una noche, a las doce menos cuarto, comenzó a mostrarse intranquila, por lo que la enfermera que se encontraba a su cargo sugirió al médico que la trataba la posibilidad de atarla a la cama, algo que ya se había hecho con anterioridad, dado que no era el primer episodio de agitación que mostraba la paciente; sin embargo, éste se negó y limitó el tratamiento a la administración de un tranquilizante. No obstante, el fármaco no fue suficiente, por lo que la enfermera optó por inmovilizarla, sujetándola a la cama. Acto seguido se dirigió al lugar donde estaba el facultativo en cuestión, a fin de notificarle la nueva situación en la que se encontraba D^a. Elena, algo que no pudo llegar a hacer porque fue requerida por una urgencia, y dado que era la única enfermera que había en esa planta, no pudo delegar su función en otro miembro del personal. Había una enfermera por cada 50 pacientes.

Durante la pendencia de la urgencia que ocupaba a la enfermera, uno de los enfermos que compartía habitación con D^a. Elena le facilitó un mechero para que ésta pudiese liberarse de sus ataduras, quemándolas. La paciente consiguió soltarse, haciendo arder las vendas que la ataban a la cama, pero al prender éstas, también se infligió quemaduras severas a sí misma.

Los padres de D^a. Elena pretendieron ser resarcidos por las lesiones por ésta sufridas, viendo sus pretensiones parcialmente admitidas en primera instancia y confirmadas en apelación. Circunstancia que motivó a la parte demandada a recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Una cuestión clave de este asunto, y sobre la que gira el reproche, es la siguiente: el limitado número de trabajadores del centro. Existía una única enfermera para cincuenta pacientes, lo que es desmesurado, más si cabe si tenemos presente que se trata de enfermos mentales. Este hecho concreto es lo suficientemente llamativo como para que el juzgador desestime cualquier posibilidad de acudir a la imprevisión, al señalar “Para examinar la imprevisibilidad hay que partir de un dato, que destaca la

³¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2007, Sala Primera, recurso 2306/2000, ponente Montes Penadés. Controversia también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios y las deficiencias asistenciales, en los capítulos correspondientes.

propia sentencia recurrida: que la paciente ya había sido inmovilizada en otras ocasiones, luego ya había presentado signos de agitación otras veces, dando lugar a la necesidad de un control para evitar la autolesión. Está, por tanto, dentro de los riesgos a evaluar, ya conocidos, que la enferma trate de causarse lesiones, por lo que ella misma pidió que la sujetasen. La utilización de un encendedor que le fue facilitado por otro paciente generó el efecto dañoso ante la falta de diligencia y de atención: el médico de guardia no llegó a ser avisado, y enfermera y auxiliares tuvieron que atender a otros pacientes. No puede decirse pues, que se trate de un evento imprevisible dentro la normal y razonable previsión que sobre el comportamiento de este tipo de enfermos puede establecerse. No puede, pues, decirse que sea inexistente la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el comportamiento de la entidad codemandada. Esta sala ha dicho, además que la apreciación del caso fortuito requiere ausencia de culpa, y en cambio en el proceso se estima la omisión de medidas y el incumplimiento de los deberes relativos a la organización y dotación del servicio que son equivalentes a la idea de culpa en sentido lato”³¹².

La paciente requirió de un tratamiento que no era extraño para su cuadro mental: la inmovilización. En esta actuación se observan las muchas deficiencias del centro, como por ejemplo, que esta cuestión no pudiese notificarse por falta de personal, que la enferma no estuviese vigilada a pesar de las complicaciones de su situación clínica, que tuviese que ser inmovilizada con vendas, y finalmente, que un interno tuviese un mechero en su poder. Todas estas circunstancias hacen imposible acudir al caso fortuito³¹³.

³¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2007... *op. cit.*

³¹³ La relevancia de las comunicaciones internas en el tratamiento de enfermos mentales es crucial, tal y como CARRASCO GÓMEZ destaca “Se debe comunicar la existencia de ese peligro, al resto del equipo asistencial, de manera especial al personal auxiliar encargado más directo de la observación, vigilancia y cuidados cotidianos del enfermo. Comunicación que puede ser verbal, pero que debe quedar igualmente reflejada por escrito en la historia clínica. Por otra parte, el psiquiatra debe recibir, a su vez, información proveniente del personal auxiliar acerca del conocimiento que tengan de ideas, actos previos o conductas sospechosas”. La falta de comunicación en este asunto, no tuvo su origen en una negligente actuación de la enfermera, sino que vino motivada porque a ésta le fue imposible cumplir con su cometido, debido a la escasez de personal y el gran número de pacientes que se encontraban a su cargo. CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *Responsabilidad médica y psiquiátrica ... op. cit.*, página 142. Por su parte, y en lo que a los controles en enfermos mentales se refiere, TAUB SHEILA señala que éstos deben ser muy exhaustivos, para evitar que tengan objetos peligrosos en su poder “If the psychiatrist knows, or should know, that the patient is not in a condition to protect himself from common hazards he may be under a duty to take additional precautions to prevent the patient from injuring himself. Thus in *Gunnarson v. State*, a New York appellate court said that the state was properly held liable in damages to a paranoid schizophrenic who burned herself while lighting a cigarette in a coatroom at the state psychiatric hospital to which she had been involuntarily committed. The hospital employees were held negligent because she had been heavily sedated, she had not been searched on admission, and she had been allowed to retain possession of

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2001³¹⁴, tiene como protagonista a D^a. Eugenia, que se encontraba ingresada en la unidad de agudos de un hospital psiquiátrico, debido a una serie de problemas mentales. Llegó al centro en un severo estado de agitación, y al no ser suficiente la medicación que se le suministró, se procedió a su contención mecánica en la cama, dejándola después sola en la habitación. A los pocos minutos comenzaron a oírse gritos que provenían de dónde se encontraba D^a. Eugenia, y para cuando el personal médico llegó al lugar, su cama estaba en llamas que ella misma había provocado con un mechero. A pesar de que el fuego se extinguió con rapidez, no se pudo evitar que la paciente resultase gravemente herida, restándole importantes consecuencias físicas.

La familia de D^a. Eugenia pretendió ser resarcida por el daño sufrido, siendo su demanda estimada en primera instancia y confirmada en apelación, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La semejanza existente entre los dos primeros litigios es indiscutible, dado que en los dos supuestos las lesiones de las pacientes fueron ocasionadas por un fuego que ellas mismas habían provocado al intentar librarse de sus ataduras, siendo el medio utilizado un mechero.

La protagonista incuestionable de esta resolución es la falta de diligencia en las actuaciones. La paciente estaba internada en la unidad de agudos, por lo que debía estar sometida a una atenta vigilancia. Sin embargo, esto es sólo una suposición, porque a pesar del estricto control bajo el que debía encontrarse D^a. Eugenia, ésta fue capaz de esconder un mechero, con el que luego prendió fuego a la cama a la que se encontraba atada, en el afán de liberarse³¹⁵.

Precisamente por lo complicado que puede llegar a ser que un mechero sea pasado por alto en la unidad de agudos de un hospital psiquiátrico, el Tribunal Supremo en ningún momento menciona la posibilidad de que pudiesen darse los elementos

cigarettes and a lighter, in violation of hospital rules". TAUB SHEILA, JD, "The limits of liability for psychiatric malpractice" ... *op. cit.*; concretamente en página 261.

³¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2001, Sala Primera, recurso 1459/1996, ponente Martínez – Pereda Rodríguez.

³¹⁵ CARRASCO GÓMEZ destaca el grado de cautela que debe adoptarse en el caso del tratamiento de enfermos mentales, más concretamente, en su internamiento "El hospital debe disponer de habitaciones de aislamiento donde pueda permanecer el presunto suicida, sin peligro y sin medios para conseguir sus fines. Se tendrá (sic) en cuenta los muebles, los sanitarios, los huecos de ventanas, cristales, etc... El enfermo con riesgo evaluado de suicidio no debe disponer de cinturones, batas, etc .. (sic) y a veces de ropa alguna. No debe disponer de cerillas o mecheros y si se le permite fumar, siempre será en presencia del personal auxiliar. Tampoco debe usar sin control vasos de cristal o cubiertos. No debe asistir a terapia ocupacional si puede conseguir herramientas". CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *Responsabilidad médica y psiquiátrica ... op. cit.*, página 143.

necesarios para el caso fortuito, centrándose únicamente en la negligencia sanitaria “En el caso traído ahora a la censura casacional, no ofrece duda que "existió una manifiesta asistencia defectuosa", en expresión de la sentencia de 27 de mayo de 1997, porque tratándose de una enferma con graves trastornos psiquiátricos, a los que añadía una agitación grave e importante de tipo psicomotriz que no cesó, pese a la de tranquilizante ordenada por el doctor asistente a la paciente y ordenar la contención mecánica, sin registrar si portaba algún objeto peligroso para la enferma o terceros, tal contención se realizó sin impedimento de que pudiera la asistida sacar un mechero de sus ropas e incendiarlas y la cama en que quedó sujeta, habiéndola dejado sola y apercibiéndose de lo acaecido por los gritos de la quemada...”³¹⁶.

Aunque en este litigio no concurre ninguna circunstancia que pueda justificar la falta de medidas de seguridad, el Tribunal Supremo no admite lugar a réplica en lo que a la imprevisión se refiere, probablemente porque tratamos de enfermos mentales, volubles por naturaleza. La propia esencia del caso fortuito es contraria a este tipo de supuestos, salvo excepciones³¹⁷. Se trata de personas inestables, que en muchos casos tienden a la autolesión. Por ello las precauciones deben extremarse, a fin de evitar sucesos como los aquí estudiados. No comprobar si el paciente cuenta entre sus posesiones con algún instrumento peligroso, es una clara muestra de negligencia, que impide cualquier posibilidad de acudir al caso fortuito³¹⁸.

³¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2001 ... *op. cit.*

³¹⁷ Así lo afirma RAYMONDIS cuando describe a los enfermos mentales como individuos peligrosos, comparables a la fuerza mayor “L’individu dangereux n’est pas un homme, c’est un événement comme la force majeure, c’est – à – dire un objet qui obéit à une force irrésistible”. RAYMONDIS, Louis – Marie, “Psychiatrie et droit”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 72, 1974, pps 74 a 100; concretamente en páginas 78 y 79. Precisamente en esta idea no se puede acudir a la calificación de GIANFELICI sobre la autolesión. Consideramos esta opción poco apropiada por la naturaleza de los pacientes mentales, cuyas facultades están mermadas, hasta el punto de que otras personas, o instituciones, deben velar por su seguridad. GIANFELICI, Mario César, “Caso fortuito e impedimento ajeno a la voluntad del deudor”, en BUERES, Alberto José y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (directores), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1997, pps. 175 a 182, página 179. Puede ser interesante citar a BONILLA SÁNCHEZ, cuando éste comenta la cuestión de la culpa exclusiva de la víctima desde el punto de vista de los menores y la responsabilidad de los padres. A pesar de que no se trata del mismo campo, esto puede equipararse, ya que la función *in vigilando* de los padres sería semejante a la obligación del centro hospitalario donde está internado el enfermo. Este autor considera factible que unos padres indemnicen a otros por el daño que el hijo de los primeros haya provocado en el segundo menor, pero siempre con una matización: el grado de diligencia en la vigilancia de los progenitores del segundo menor perjudicado. BONILLA SÁNCHEZ, Juan J., *La responsabilidad médica extracontractual...* *op. cit.*, páginas 212 y 213. REGLERO CAMPOS se pronuncia en esta misma línea, al considerar que para que la víctima sea responsable, son necesarias la culpa y la imputabilidad, no cumpliéndose estas exigencias legales en los casos de este apartado. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil ... op. cit.*, página 375.

³¹⁸ Siguen esta misma línea doctrinal las siguientes resoluciones que analizan supuestos fácticos muy similares con enfermos mentales: sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2001 (Sala Primera,

4. La tercera y penúltima resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2001³¹⁹, sitúa los hechos del litigio en el año 1993, cuando una mujer, que se encontraba internada en un hospital psiquiátrico, por padecer psicosis delirante crónica; fue encontrada (entre las tres y las tres y media del mediodía) ahogada en una bañera de la planta en la que estaba ingresada. La hora habitual de baño estaba programada por la mañana y no al mediodía, de forma que, de querer hacerse uso de la bañera a deshoras, era necesario solicitar un permiso para ello. La paciente no lo pidió, sino que acudió a la zona de la bañera por *motu proprio* y en solitario.

El momento en el que la enferma acudió a la bañera, probablemente coincidió con el cambio de turno de enfermeras, justo después de la comida, hora en la que ésta tomaba una importante dosis de medicamentos, que afectaban a sus capacidades.

Todos estos factores llevaron a una enferma mental, ofuscada por la medicación ingerida y sin compañía, a fallecer por asfixia al resbalar en la bañera, sin que esto fuera advertido por ningún trabajador del centro, hasta que su compañera de habitación alertó de su ausencia; siendo hallada varias horas después de su fenecimiento.

Los familiares de la paciente fallecida pretendieron ser resarcidos por el daño sufrido, siendo sus pretensiones indemnizatorias admitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La relación de hechos de este supuesto es semejante a las de los asuntos anteriores, en la medida en que una persona, con sus capacidad psíquicas reducidas e incluso con tendencia a la autolesión, se ve privada de la atención necesaria para garantizar su seguridad. La intención de la paciente no era quitarse la vida, sino darse un baño, algo parecido a lo que ocurría en las dos resoluciones anteriormente examinadas, en las que las enfermas no perseguían autolesionarse (a pesar de que ese fue el resultado final), sino que su propósito era liberarse.

La negligencia es la única protagonista de la controversia, ya que se trataba de una interna que estaba ingresada en un sanatorio mental, sometida a una fuerte

recurso 900/1996, ponente Martínez – Calcerrada Gómez; resolución también analizada desde el punto de vista de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005 (Sala Tercera, recurso 8385/2002, ponente Lecumberri Martí; resolución también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente) y sentencia del Tribunal Supremo 4 de diciembre de 2007 (Sala Tercera, recurso 332/2006, ponente Robles Fernández; resolución también analizada desde el punto de vista de las deficiencias asistenciales, en el capítulo correspondiente).

³¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2001, Sala Tercera, recurso 6360/1996, ponente Peces Morate. Controversia también estudiada desde la perspectiva de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente.

medicación, y que llegó a desaparecer durante una hora u hora y media, sin que nadie se percatase de su ausencia. Este hecho no parece ser fruto de la imprevisión, sino de una falta de diligencia grave. Comparte esta misma opinión el Tribunal Supremo al señalar “Este único motivo de casación no puede prosperar porque, partiendo de los hechos acaecidos según se relatan en la sentencia recurrida y no discute la Administración institucional recurrente, ni fue imprevisible lo ocurrido, dada la situación de la paciente perfectamente diagnosticada en el propio servicio sanitario, ni la conducta de la fallecida supone una ruptura del nexo causal entre la actuación del personal sanitario del Centro hospitalario y su fallecimiento por sumersión en la bañera de los aseos de la planta”. A lo que añade “La conducta de la fallecida, al decidir introducirse en la bañera evitando los controles de servicio sanitario, no constituye una ruptura del nexo causal porque, debido a su enfermedad y al tratamiento farmacológico que se le suministraba, era previsible que se comportase creando riesgos que en condiciones de normalidad cualquier persona eludiría, mientras que el conocimiento de su personalidad y antecedentes en el servicio sanitario le imponía a éste el deber de vigilar cuidadosamente el comportamiento de la enferma privada de la capacidad de juicio y discernimiento de una persona en condiciones o circunstancias normales, razón por la que, en contra del parecer de la Administración sanitaria recurrente, concurren todos los requisitos previstos por los preceptos citados como infringidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración y el consiguiente deber de reparar los perjuicios causados, como acertadamente lo declara la Sala de instancia en la sentencia recurrida, aplicando correctamente dichos preceptos y la doctrina jurisprudencial que los interpreta, y el motivo de casación debe ser desestimado”³²⁰.

El juzgador opta nuevamente por considerar que, independientemente de cuál fuese la intención de la víctima, su actuación no comporta una ruptura del nexo causal, por lo que no concurre ninguna circunstancia exoneratoria de la responsabilidad, al tratarse de una persona con graves alteraciones mentales, que requiere de una atención constante³²¹.

³²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2001 ... *op. cit.*

³²¹ LLOVERAS I FERRER comenta una resolución con una relación de hechos muy semejante a la que está siendo examinada, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1997 (Sala Primera, recurso 2467/1993, ponente Morales Morales). En este litigio un hombre que se encontraba ingresado en la unidad psiquiátrica de un hospital por un intento de suicidio por intoxicación (habiendo presentado episodios repetidos de autolisis), consiguió escapar de la planta de psiquiatría, y tras deambular por el hospital, llegó a una sala de espera donde había una ventana, desde la que se arrojó al vacío, falleciendo a consecuencia del golpe recibido. Sobre este supuesto señala este autor “La responsabilidad de la administración sanitaria se fundamenta también aquí en la falta de vigilancia y control. El TS afirma que

5. En la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000³²², una paciente se encontraba internada en un centro de salud mental, habiendo sufrido repetidos ingresos desde 1980, fecha en la que se le diagnosticó esquizofrenia desorganizada con periodos de gran inestabilidad emocional. A pesar de que la enferma estaba hospitalizada por imperativo judicial, ésta gozaba de ciertos permisos para salir con su familia del centro, quedando su tutela a cargo de la misma. No obstante, el día 9 de julio presentó un estado de gran nerviosismo, por lo que su terapeuta ordenó expresamente que no abandonase el hospital bajo ninguna circunstancia, es decir, eliminó los ya mencionados “permisos”. Sin embargo, la paciente salió con su familia en tres ocasiones (los días 10, 14 y 15), siendo necesaria la contención mecánica de la enferma el último día al volver al sanatorio, tal era su estado de agitación. Al día siguiente, 16 de julio, se dio la alerta de que la paciente había desaparecido, algo que no se descubrió hasta después de las ocho de la tarde. Ésta había salido del centro con un grupo de enfermos que tenía permiso para abandonarlo. Pasadas las once de la noche de ese mismo día, se tuvo conocimiento de que la enferma había fallecido tras ser arrollada por un tren.

Ante los mencionados hechos, la familia de la paciente demandó al centro psiquiátrico, siendo la acción judicial parcialmente estimada en instancias inferiores, lo que llevó a la parte demandada a recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Las circunstancias del caso pueden sugerir una contingencia dispar a la acontecida en los supuestos anteriores, en la medida en que el daño de este litigio ocurre fuera de los límites de las instalaciones del hospital, con el factor añadido de que la paciente estaba autorizada para abandonarlo. Sin embargo, es necesario destacar

la más elemental prudencia profesional de los encargados del servicio exige que la salida de la unidad de psiquiatría de un enfermo que esté allí internado no sea decidida por él mismo: la salida debe estar controlada por un servicio de vigilancia. Esta carencia es imputable no sólo a los trabajadores concretos que no cumplieron con su misión, que no son demandados en el pleito, sino también a los encargados de la organización de estos servicios, que sí lo son, y a la administración sanitaria responsable del funcionamiento del servicio. La alegación de caso fortuito no es estimada porque, tal y como afirma el TS, el suicidio era plenamente previsible teniendo en cuenta las muy numerosas ocasiones, constatadas en el historial médico, en que el paciente había intentado suicidarse”. A pesar de existir una diferencia fundamental en la conducta del paciente, ya que éste sí pretendía atentar contra su vida, este autor evidencia en este litigio lo mismo que el Tribunal Supremo señala respecto del asunto objeto de análisis: la inverosimilitud de que un enfermo mental, sujeto a medidas de control y vigilancia, pueda deambular sin control por un edificio, y que no se tenga constancia de ello hasta que concurra un hecho fatal. LLOVERAS I FERRER, Marc – Roger, “Suicidio y derecho de daños ¿Responsabilidad de la administración a partir del segundo intento?” ... *op. cit.*; concretamente en página 4.

³²² Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000, Sala Tercera, recurso 9201/1995, ponente Mateos García. Resolución también analizada desde el punto de vista de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente.

algunos puntos importantes, y es que si bien es cierto que la enferma podía salir del sanatorio bajo la vigilancia de sus familiares, también lo es que estaba diagnosticada de un trastorno mental importante y que llevaba en torno a siete años sufriendo constantes ingresos en centros, hasta que fue internada judicialmente. Como añadidura, el día 9 de julio la enferma sufrió tal grado de agitación que su médico ordenó que se suspendiesen los permisos de los que gozaba, en aras de su seguridad. Ahora bien, se hizo caso omiso a esa, no recomendación, sino imposición, y la paciente salió del centro en tres ocasiones con sus parientes (lo que nos permite entender que serían situaciones controladas). Aunque el último de estos tres días su estado de agitación llegó hasta tal punto que requirió ser inmovilizada, al día siguiente consiguió escapar del centro con un grupo de pacientes, con un fatal desenlace.

En este asunto la actitud negligente, tanto del centro como del personal sanitario, es flagrante. Existían órdenes expresas que prohibían a la paciente abandonar el sanatorio, justamente porque se encontraba aquejada de una crisis especialmente violenta, que podía dar lugar a un resultado como el acontecido. No obstante, la enferma pudo salir al exterior, no una vez, sino hasta en cuatro ocasiones. Precisamente por ello, la posibilidad de acudir a cualquier vía modificativa de la responsabilidad es imposible, porque todo el supuesto de hecho se encuentra atemperado por una clara negligencia y una omisión de vigilancia.

Por otro lado, el sanatorio mental aduce un traspaso de responsabilidad a la propia enferma, por causar ésta un alta voluntaria. Esto último carece de sentido, dadas las condiciones en las que se encontraba la paciente, que había sido internada por mediación judicial. Es por ello por lo que, aun habiendo ocurrido el accidente fuera de los límites del centro, observada la falta de adaptación de las medidas de seguridad a las necesidades de la enferma, se produjo su desprotección y consiguiente atentado contra la *lex artis*; ya que el hospital no salvaguardó la integridad física de la paciente³²³.

En esta misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo cuando asevera “La aducida inexistencia del inexcusable nexo causal entre el funcionamiento del centro hospitalario y el fallecimiento de la enferma, por la propia regulación legal de la asistencia sanitaria que debe prestar la Administración, aunque aquel tuviera lugar como

³²³ LLOVERAS I FERRER considera que la responsabilidad del asunto encuentra su fundamento en la falta de control sobre los pacientes. Conviene tener presente que la enferma carecía de antecedentes de autolisis, por lo que nada predecía un suicidio. No obstante, no es este aspecto sobre el que pesa la responsabilidad, sino sobre las cuatro salidas no autorizadas, la última sin control alguno. LLOVERAS I FERRER, Marc – R., “De nuevo sobre el análisis del suicidio desde el derecho de daños”... *op. cit.*; concretamente en página 4.

consecuencia de ser la misma arrollada por el tren, carece de todo fundamento por cuanto los hechos más arriba relatados en el fundamento tercero, extraídos de los consignados en la sentencia recurrida y ni tan siquiera puestos en duda, acreditan la concurrencia íntegra de los requisitos que enunciábamos y desde luego la relación de causalidad, habida cuenta que la esquizofrenia desorganizada con períodos de gran inestabilidad emocional, determinante de su ingreso "sine die" en el hospital psiquiátrico e incluso de la necesidad de la "sujeción mecánica con correas a una columna" y el propio tratamiento psiquiátrico impediendo de permisos de salida, son todas ellas circunstancias ciertamente reveladoras de que la Administración sanitaria tenía pleno conocimiento de la enfermedad concreta de la paciente y consecuentemente debió adoptar cuantas determinaciones y cuidados eran necesarios, para prevenir las posibles consecuencias funestas que efectivamente tuvieron lugar, sin que alcance trascendencia el hecho de que el accidente se produjo lejos del centro, por haber abandonado el internamiento, ya que la falta de la debida diligencia tuvo lugar con anterioridad, derivada de las particulares relaciones existentes entre el Centro psiquiátrico y la internada y de las medidas concretas que ésta exigía, en razón de la enfermedad que padecía”³²⁴.

La cuestión hubiese resultado distinta de haber acontecido esta fatal contingencia estando la enferma en uno de sus permisos (no restringidos), bajo el cuidado de sus familiares. En este caso, de ocurrir algo semejante y en circunstancias normales, el centro sanitario sería exonerado de toda responsabilidad, al darse una traslación de la responsabilidad de éste, a los familiares de la paciente.

La tónica general de estas resoluciones se puede resumir en la imprevisión que envuelve a la propia víctima. Cualquier actitud con finalidad autolesiva en un enfermo mental, aunque pueda ser sorpresiva e incluso imprevisible, no es remota, en la medida en que es un riesgo a tener presente. Por ello, la posibilidad de que los conceptos, bien del caso fortuito, bien de la fuerza mayor, concurren en un supuesto de autoagresión de un enfermo mental es difícil, dada la propia naturaleza de estos pacientes³²⁵. Huelga

³²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000 ... *op. cit.*

³²⁵ LLOVERAS I FERRER sintetiza esta cuestión “Ambas sentencias nos ofrecen tres puntos clave para poder discutir la existencia o no de responsabilidad en los suicidios de pacientes producidos en el interior del recinto en el que están ingresados y sometidos a control: el carácter voluntario de la acción, la suficiencia y buen estado de las medidas de seguridad – tanto personales como en lo relativo a la infraestructura- y desde un punto de vista general de la instalación como en el sentido particular de adecuación al paciente y finalmente, la existencia de antecedentes y la posible previsibilidad de la acción derivada tanto de los mismos como de la afectación concreta padecida por la persona que comete el suicidio, lo que determina, para el TS, la corrección o no de las medidas concretas adoptadas sobre un

señalar, que acudir a la idea de la culpa de la víctima es prácticamente imposible, por la falta de juicio de la misma. Tanto la familia como los centros sanitarios, junto con los trabajadores de los mismos, son los garantes de la seguridad de estos enfermos. De materializarse un daño en el paciente, aunque éste tenga al mismo como único protagonista, los responsables serán los ya mencionados garantes³²⁶.

paciente concreto”. LLOVERAS I FERRER, Marc – R., “De nuevo sobre el análisis del suicidio desde el derecho de daños” ... *op. cit.*; concretamente en página 5.

³²⁶ LLOVERAS I FERRER se muestra tajante, al asegurar que cualquier acto de autolesión tiene como único responsable a la víctima de éste, puesto que ésta asume el riesgo y sus consecuencias, por lo que no cabe responsabilidad de terceras personas. Ahora bien, esta regla general sólo es aplicable a personas adultas en pleno uso de sus facultades. De no ser así, esa función de “autoprotección” es suplida por un tercero que se erige como garante de la integridad de esta persona, y cualquier atentado contra su vida no será responsabilidad del incapaz, sino del garante. LLOVERAS I FERRER, Marc – R., “De nuevo sobre el análisis del suicidio desde el derecho de daños” ... *op. cit.*; concretamente en página 5. Añade este autor que el suicidio, como ejemplo paradigmático de atentado contra uno mismo, no siempre puede exonerar de responsabilidad a terceros. Comenta una controversia concreta en la que una menor se arrojó al vacío desde una ventana de su colegio, siendo el centro escolar imputado como consecuencia del incumplimiento de medidas de seguridad que garantizasen la integridad física de sus alumnos. En este supuesto no existían indicios de autolesión, y es más, el centro escolar tiene una finalidad educativa y no preventiva, como la puede tener un sanatorio mental; aun así, la víctima por ser menor, es inimputable y la responsabilidad de sus actos fue asumida por el garante directo de la misma en ese momento: el centro escolar. LLOVERAS FERRER, Marc – R., “STS, 1ª 14.02.2000. La responsabilidad de un centro escolar por un intento de suicidio”, en *InDret*, nº 3, 2000, pps. 1 a 4; concretamente en página 1. SEUBA TORREBLANCA, FARNÓS AMORÓS y FERNÁNDEZ CRENDE destacan esta misma cuestión al apuntar “En primer lugar, se puede dar el caso de que un paciente con algún trastorno psiquiátrico cometa daños a terceros como consecuencia de la negligencia de uno de los trabajadores del hospital o del propio hospital: cuando el dependiente falla en el control o vigilancia del sujeto afectado por la alteración, o bien, cuando el centro hospitalario concede una alta prematura. Esta responsabilidad se fundamenta en la posición de guardador legal –p.e., un centro psiquiátrico que tiene la guarda del demente atribuida por sentencia- o de hecho –p.e., un hospital que atiende por urgencia a un esquizofrénico- (véase apartado 3.2.1). Sin perjuicio de la acción de repetición contra el empleado que hubiese sido negligente (art. 1904 CC) el hospital responderá también por culpa in eligendo o in vigilando”. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, FARNÓS AMORÓS, Esther y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “Daños causados por personas con trastornos mentales”, en *InDret*, nº 205, 2004, pps. 1 a 28; concretamente en página 20. Culmina esta teoría TAUB SHEILA cuando señala la obligada responsabilidad del médico psiquiatra respecto de un paciente con tendencias suicidas, que alcanza su objetivo “A therapist’s liability for a patient’s suicide or attempted suicide can only be predicated on negligence, as opposed to strict liability. That is, to succeed with a claim the plaintiff must establish in court that the therapist either knew or should have known that there was a likelihood that the patient would attempt to commit suicide, and that the psychiatrist should have taken all reasonable precautions to prevent it. Generally speaking, the therapist’s conduct will be measured against the standard of the reasonable prudent person practicing the same specialty under comparable circumstances (the precise standard of care may vary somewhat in different jurisdictions). Thus, in *Breese v. Indiana*, where the father of a patient who committed suicide brought a wrongful death action against the hospital in which he hung himself, the trial court dismissed a claim based on *res ipsa loquitur* (a legal doctrine which holds, in essence, that the act itself is evidence of negligence), despite the fact that the son had a history of prior suicide attempts establishes liability on the part of the custodian. The father had also pleaded negligence in failing to properly guard and restrain the son, as well as breach of contract, and the court of appeals remanded for a new trial based on those counts”. TAUB SHEILA, JD, “The limits of liability for psychiatric malpractice”... *op. cit.*; concretamente en página 260.

3. El caso fortuito, la fuerza mayor y la práctica anestésica.

En este apartado de resoluciones el caso fortuito y la fuerza mayor se analizarán en relación a la actividad anestésica. Prácticamente se trata de una categoría estrella para las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, ya que la imprevisión es el elemento clave de las controversias que estudiaremos a continuación.

1. El caso fortuito.

a) Asuntos en los que la figura del caso fortuito es admitida.

1. La primera resolución de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2003³²⁷, tiene como protagonista a D. José Luis, que con 21 años de edad fue ingresado en un centro hospitalario para una intervención quirúrgica programada, cuya finalidad era corregir una desviación del tabique nasal que el paciente padecía.

Para la cirugía se utilizó anestesia general, sin que hubiese ningún tipo de complicación con la misma. Sin embargo, cuando se practicó la infiltración de rutina de la mucosa nasal con lidocaína y adrenalina tópica, D. José Luis presentó una extrasistolia ventricular y taquicardia inusual. Fue trasladado a la UCI, donde tuvo un nuevo episodio de disociación electromecánica, que requirió de diversas maniobras de recuperación. Al día siguiente, encontrándose aún en la unidad de cuidados intensivos, sufrió una brusca fibrilación ventricular, de la que falleció.

En la autopsia que le fue practicada, el forense dictaminó que la causa de la muerte fue una reacción anormal a la administración de adrenalina tópica, siendo ésta ilocalizable en las pruebas preoperatorios, por su naturaleza remota e imprevisible.

Los familiares del fenecido consideraron que la muerte de D. José Luis pudo haberse evitado con una batería de pruebas mayor, por lo que pretendieron el resarcimiento del daño sufrido. No obstante, sus pretensiones no fueron admitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

El litigio que se nos presenta es complejo, en la medida en que se trata de una persona joven que se somete a una operación aparentemente simple, y que fallece sin

³²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2003, Sala Tercera, recurso 292/1999, ponente Lecumberri Marti.

una causa clara, a consecuencia de la administración de la anestesia; de acuerdo con lo señalado por el dictamen forense. La imprevisión es un aspecto indiscutible del caso y además un factor clave del concepto de caso fortuito. No en vano, la reacción que mostró el paciente fue inesperada, ya que ésta es indetectable en las pruebas preoperatorias, por muy celosas que éstas sean. No existía indicio alguno en el enfermo que señalase la necesidad de acudir a una actividad diagnóstica extraordinaria, y aun habiéndose practicado, es posible que no se llegara a diagnosticar lo que provocó la reacción que acabó con su vida³²⁸.

De manera acorde a lo señalado se muestra el Tribunal Supremo “Sostiene, en síntesis, la parte recurrente que a pesar de que la Sala de instancia considera que el fallecimiento producido fue consecuencia de un supuesto de caso fortuito, pues si se hubieran llevado al extremo las garantías previas a la operación habría podido evitarse la reacción anormal a la adrenalina tópica, que según el dictamen del médico-forense fue el causante más probable del fallecimiento, entiende que esta supuesta probabilidad no afirmada rotundamente por la Sala de instancia es la que permite aducir que en el supuesto enjuiciado no existió el caso fortuito sino la fuerza mayor, dado lo excepcional de la reacción que hacía, en contra de lo que se afirma en la sentencia impugnada, imposible de prever el acaecimiento”³²⁹.

Observamos que el Alto Tribunal otorga tal entidad a la imprevisión de la reacción adversa, que no se limita a calificarla como un caso fortuito, sino que la caracteriza como fuerza mayor; precisamente porque aun extremándose las precauciones y practicándose una batería probatoria inusual, la posibilidad de detectar lo que provocó la reacción adversa a la anestesia, sería muy remota. Sobre esta misma

³²⁸ Conviene que citemos en este punto a GONZÁLEZ MORÁN, que es tajante cuando señala “Dicho con palabras que responden a cuestiones agitadas ante los tribunales de justicia: al anestesista no puede reprochársele que el paciente haya sufrido una parada cardio-respiratoria, sino que no estuviera a su lado para ayudarlo en tal trance”. La obligación del anestesista es de medios y no de resultados, y como consecuencia de ello, que se materialice una contingencia posible no debe ser sinónimo de actuación culpable. GONZÁLEZ MORÁN, Luis, “Evolución de la responsabilidad civil del médico anestesista”, en *Diario La Ley*, tomo 2, 1989, pps. 1178 a 1193; concretamente en página 1184. En esta misma línea se pronuncia DE ÁNGEL YÁGÜEZ “No faltan alusiones a “reacciones o anomalías de origen humano en el paciente, no previsibles”, que exculpan al médico. A quien, dice otra sentencia, “no le es exigible la infalibilidad”. Por ello, no responde el profesional cuando los criterios de la *lex artis* del médico no permiten deducir que en el curso de su actuación surja “un evento de inesperada realidad, imprevisto o inevitable””. El mentado autor aboga por la existencia de riesgos ilocalizables en pruebas preoperatorias. De manifestarse éstos, no cabe reproche alguno a la actividad del anestesista, en la medida en que dichos peligros, o bien no podían hallarse, o bien de poder encontrarse sería acudiendo a pruebas exageradas, algo en principio contraproducente. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preoperatorias”, en *Derecho y Salud*, vol. 3, nº 1, 1995, pps. 45 a 86; concretamente en página 62.

³²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2003 ... *op. cit.*

idea gira la argumentación del juzgador “Caracterizada la fuerza mayor por su irresistibilidad, cui humana infirmitas resistere non potest, en el caso que analizamos el recurrente, partiendo de unas apreciaciones fácticas distintas a las contempladas por la sentencia impugnada, pretende combatir la valoración y consiguiente eficacia de unas pruebas periciales determinadas que por el Tribunal sentenciador se apreciaron en combinación de otras, sin aducirse, por el contrario, infracción de normas de valoración, como hubiese resultado procedente, por cuya razón procede desestimar este único motivo de casación”³³⁰.

Aunque el Tribunal Supremo califique este supuesto como fuerza mayor, parece probable que esta opción denominativa sea más por una cuestión descriptiva, que conceptual. El juzgador, en su afán de justificar su toma de decisión, ha pretendido magnificar la naturaleza del supuesto, aunque lo cierto es que esta contingencia carece de un elemento básico para la fuerza mayor: la externalidad del daño. Un problema en la actividad anestésica, por muy remoto que sea, sigue encontrándose dentro de la esfera de actuación del personal médico y del centro sanitario³³¹.

2. En la segunda controversia el caso fortuito no se observa con la misma claridad, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004³³². En el año 1984 D. Gabriel, de 10 años de edad, acudió a un hospital, derivado de su centro de salud habitual, por sospecha de apendicitis. Este primer diagnóstico fue corroborado en el segundo centro sanitario, donde se programó la intervención para ese mismo día, una vez practicadas las necesarias pruebas del preoperatorio.

La cirugía se desarrolló con normalidad, incluido el proceso anestésico, pero en el momento de la sutura, encontrándose el osciloscopio con el volumen de la señal

³³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2003 ... *op. cit.*

³³¹ Comparte esta misma tesis SOTO NIETO “Para Von Turh, siguiendo las huellas de la teoría objetiva y aceptando la jurisprudencia del Tribunal Supremo suizo, la *fuerza mayor* ha de describirse como un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior sobre la industria, acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aun aplicando la mayor diligencia sin poner en peligro toda la industria y la marcha económica de la empresa. No anda lejos de este punto de vista Puig Brutau, para el cual hay que atender al distinto grado de fuerza con que deba imponerse y mantenerse la responsabilidad del obligado según criterios de política jurídica, afirmando que el *caso fortuito* señala los hechos que son ciertamente imprevisibles e inevitables, pero solamente considero el momento en que concretamente ocurran, pero que no son imprevisibles en términos generales, en cuanto son inherentes al riesgo de la situación de la empresa; en cambio, la *fuerza mayor* sería el concepto resultante, no del exámen (sic) de una realidad objetiva diferente, sino del criterio de política jurídica que aconsejara excluir la responsabilidad sólo cuando se produjeran hechos o accidentes que no tuviesen ninguna relación necesaria con la situación en que se hallase el obligado”. SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación* ... *op. cit.*, página 25

³³² Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004, Sala Tercera, recurso 8382/1999, ponente González Navarro. Resolución también estudiada desde la perspectiva de las deficiencias asistenciales, en el capítulo correspondiente.

acústica desconectada (no así la alarma), el paciente sufrió una parada cardiorrespiratoria. Gracias a las rápidas actuaciones del personal sanitario, el menor pudo recuperarse en menos de tres minutos. No obstante, el paciente ingresó en la Unidad de Cuidados Intensivos en estado de coma medicamentoso, ya que había sospechas fundadas de una posible anoxia cerebral. A pesar de que D. Gabriel, en el momento en el que se dictó la sentencia, se encontraba en un estado de práctica normalidad neurológica, padece una serie de secuelas tales como el déficit de memoria o atención; que entre otras, dieron lugar a que le fuese reconocida una minusvalía del 48%, por deficiencia mental ligera y trastorno de la memoria.

Los padres del menor consideraron que su hijo fue víctima de una negligencia médica, siendo su demanda estimada en instancias inferiores, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este asunto guarda relación con el anterior, en la medida en que en ambos supuestos acontece una eventualidad inexplicable, remota e inesperada. No en vano, se trata de dos actividades quirúrgicas, que pueden calificarse como sencillas, dentro de los márgenes de riesgo siempre existentes, en las que ocurre un hecho fatal con graves consecuencias, aunque en este litigio sean de menor entidad.

De la lectura de los hechos de este caso no se desprende la misma claridad que del primero, ya que aunque no existía indicio alguno que apuntase la posibilidad de que se presentase una parada cardíaca como la que sufrió el paciente, y tampoco hubo ningún acto médico que pudiese provocarla; existe un elemento desconcertante en el proceso: la señal acústica del osciloscopio se encontraba apagada o con el volumen muy bajo, lo suficiente como para no advertirla. Este dato es perturbador por la aparente temeridad intrínseca del mismo, pero la gravedad del hecho se mitiga al puntualizar, que si bien es cierto que la señal acústica del osciloscopio se encontraba inoperativa (a fin de evitar interferencias con el bisturí eléctrico), también lo es que la alarma no lo estaba, por lo que ésta cumplió su función de aviso.

Aunque la gravedad de este hecho se encuentre desdibujada, lo cierto es que su entidad no ha sido soslayada por el Tribunal Supremo, hasta el punto de que no llega a mencionar el caso fortuito, aunque éste parece entreverse en sus palabras “En la sentencia de 14 de julio de 2001 (recurso de casación 2280/97) se rechaza la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria porque, de acuerdo con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, las lesiones no tenían su origen en la forma en que se prestó la asistencia sanitaria, la cual fue correcta y conforme a las

reglas de la *lex artis*, sino inherentes o derivadas de la propia patología del enfermo. Con idéntica orientación en las sentencias de 3 y 10 de octubre de 2000 y 7 de junio de 2001 (recurso de casación 538/97) se considera que concurren relación de causalidad por la inadecuada actuación médica con incumplimiento de las pautas de la *lex artis*, de modo que los defectos en el uso de la técnica son considerados determinantes de la responsabilidad”. (...) “Y como en el caso que nos ocupa, no puede decirse que el daño sea imputable a un funcionamiento normal o anormal del servicio público, y tampoco cabe sostener su antijuridicidad, este Tribunal tiene que desestimar la demanda y así lo declaramos”³³³.

La incertidumbre generada como consecuencia de un elemento concreto (la señal acústica), provoca una actitud cautelosa en el juzgador, que centra su argumentación en la ausencia de hechos que evidencien una actuación negligente o culposa de los facultativos, así como del centro hospitalario; exonerando a éstos de toda responsabilidad. Ahora bien, antes de finalizar el examen del presente caso, parece necesario apuntar que la incidencia de esta actuación de bajar el sonido de la señal acústica, no sólo fue escasa, sino prácticamente nula. La finalidad del instrumento no fue anulada, ya que la alarma siguió cumpliendo su función y de hecho dio aviso de la parada que sufrió el paciente. La señal acústica carecía de cometidos añadidos, y dado que se acoplaba al bisturí eléctrico, desactivarla no fue una temeridad. Esto es, aunque dicha señal hubiese estado funcionando, no habría podido preavisar de la parada cardíaca que se vaticinaba³³⁴.

³³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004... *op. cit.*

³³⁴ En este punto procede citar una controversia con finalidad comparativa, ya que tiene una relación fáctica muy similar a la del litigio ahora estudiado, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2001 (Sala Primera, recurso 136/1996, ponente García Varela; resolución también estudiada desde la perspectiva de las deficiencias asistenciales, en el capítulo correspondiente.). En este caso ocurrió algo similar con una mujer joven a la que se le intervino para reparar una lesión de diáfisis del fémur. La paciente se encontraba monitorizada, sin embargo, uno de los monitores no funcionaba de manera correcta, ni tampoco su alarma. La situación se complicó cuando ésta entró en parada sin que este hecho pudiese llegar a ser detectado por el equipo médico, dado que el aparato no estaba cumpliendo su función, y no dio aviso. No se comprobó que se encontraba en ese estado hasta que el anestesista observó que no manaba sangre de la herida quirúrgica, habiéndose provocado como mínimo una parada de dos minutos y medio. En este litigio la parada en cuestión podría haber tenido un carácter fortuito, pero el mal estado del instrumental provocó que las consecuencias de la misma fuesen más graves, incrementándose así el alcance de las secuelas. En esta misma línea se pronuncia una sentencia penal, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1989 (Sala Segunda, número sentencia 3044, ponente Moner Muñoz), en la que una intervención quirúrgica se desarrolló con un material de trabajo que se encontraba en dudosas condiciones, en la medida en que el aparato de anestesia carecía de alarma, a lo que es necesario añadir, que el anestesista además silenció la del monitor, hasta el punto de que era inaudible, y se ausentó en tres ocasiones del quirófano. Cuando éste regresó, comprobó que el monitor estaba plano, pero al haberse silenciado la alarma, nadie se percató de ello. El resultado fue que el paciente quedó en estado vegetativo hasta su fallecimiento, que ocurrió poco tiempo después. En este caso la actividad del anestesista fue

3. La última controversia de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2004³³⁵, es un caso que aconteció en 1990, cuando D. Gabino acudió a un centro hospitalario a los efectos de que le fuese extirpada una hernia inguinal.

La intervención, en la que se utilizó raquianestesia, se desarrolló con plena normalidad, pero en el postoperatorio el paciente presentó una radiculopatía de predominio motor, complicación que se encuentra dentro de los posibles riesgos de este tipo de anestesia. Como consecuencia de la mencionada radiculopatía, la situación de invalidez permanente de D. Gabino se tornó en gran invalidez.

D. Gabino quiso ser resarcido por el daño sufrido, no siendo sus pretensiones admitidas en instancias inferiores, por lo que se vio en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

La situación que se nos presenta es la materialización de un riesgo grave y conocido, como consecuencia de la utilización de una técnica anestésica. El peligro en cuestión se encuentra entre los posibles efectos adversos de la raquianestesia, algo que hace que la posibilidad de acudir al caso fortuito se encuentre en entredicho, pues la imprevisión está desdibujada. La situación sufre un giro de 180 grados cuando se destaca el segundo elemento característico de la radiculopatía: la inevitabilidad. Es decir, se conoce la posibilidad de que ésta se produzca, pero no la forma de prevenirlo³³⁶.

objeto de reproche, por lo temerario de su actitud. La diferencia que existe entre uno y otro supuesto es abismal, en la medida en que el litigio examinado la alarma seguía encendida, concurriendo una circunstancia fortuita, ajena a las modificaciones efectuadas en el instrumental quirúrgico. Se reafirma en esta idea MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, cuando asegura que la verdadera imprudencia se encuentra en no comprobar el estado del material de un quirófano, algo que sí se hizo en el litigio que nos ocupa, ya que se verificó el buen funcionamiento de la alarma, y tan sólo se redujo el volumen de la constante señal acústica. MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, “La imprudencia punible del anestesista según la doctrina del Tribunal Supremo”, en *Actualidad Penal*, nº 15, 1994, pps. 283 a 291; concretamente en página 286.

³³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2004, Sala Tercera, recurso 606/2000, ponente Martínez – Vares García. Resolución también analizada desde el punto de vista del daño desproporcionado, en el capítulo correspondiente.

³³⁶ Se trata de algo similar a lo que ocurría con las transfusiones sanguíneas antes de la generalización de los sistemas de detección de enfermedades, tales como el Sida o la Hepatitis C. Se tenía conocimiento de su existencia, de sus vías de transmisión, del riesgo de las transfusiones, y sin embargo, no había posibilidad de detectar las mencionadas afecciones. SILVA SÁNCHEZ opta por una idea salomónica: para que un daño en la práctica anestésica sea reprochable, debe venir acompañado por una negligencia. De lo contrario, de desplegarse todas las medidas necesarias y de la manera correcta, el daño será inevitable, aunque no imprevisible, y no podrá ser reprochado. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia del médico anestesista: la perspectiva del Tribunal Supremo”, en *Derecho y Salud*, vol. 2, 1994, pps. 39 a 58; concretamente en página 44.

Aunque la decisión del Tribunal Supremo a este respecto sería de sumo interés, la dirección argumentativa del recurso hace imposible que el juzgador se pronuncie sobre este extremo.

b) Conflictos en los que la figura del caso fortuito no es observada.

4. La primera resolución de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001³³⁷, es muy similar a la anterior, por lo que será necesario justificar la decisión del juzgador. El padre de la recurrente se sometió a una intervención quirúrgica para que le fuese colocada una prótesis en la cadera izquierda, administrándosele para ello una anestesia combinada con raquianestesia y catéter epidural, a fin de controlar el dolor. Cuando el efecto de la anestesia pasó, el paciente notó una parálisis en la pierna derecha (nótese que la cadera operada fue la izquierda), así como una paralización de los esfínteres; fruto de una lesión medular que se había producido como consecuencia de la administración de la anestesia. El enfermo falleció seis meses después de la cirugía, de una tromboembolia pulmonar causada por la inmovilidad.

Los familiares del fenecido pretendieron ser resarcido por el daño sufrido, pero su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Existe un relación innegable entre la intervención o la anestesia, y la lesión que sufrió el paciente. No se trata de una parálisis en la pierna intervenida (que bien podría ser justificada por un deterioro de la misma), sino en la otra, fruto de una lesión medular. Se trata de una contingencia que se presenta en el 0,5% de los casos en los que se utiliza esta técnica anestésica, por lo que es conocida e inevitable.

A pesar de estas circunstancias, el Tribunal Supremo se muestra contrario a lo que apuntaba en el litigio anterior y asegura “Pues bien, de lo dicho se desprende, en primer lugar, que las dudas del tribunal de apelación sobre la relación causal entre anestesia y lesión carecen en verdad de justificación: de un lado, porque la aplicación de criterios de exclusión en casos como el enjuiciado no tiene por qué poner en cuestión las conclusiones alcanzadas; y de otro, por la evidencia de que antes de la intervención el paciente tenía sana su pierna derecha, ya que la prótesis de cadera se iba a implantar en la izquierda, y sin embargo la parálisis de aquélla se manifestó de forma inmediata a la

³³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001, Sala Primera, recurso 1071/1996, ponente Marín Castán.

intervención, siendo precisamente una de las complicaciones posibles de la técnica anestésica aplicada. En consecuencia, la revisión del juicio de valor sobre el nexo causal ofrece como resultado en casación el que dicha relación entre anestesia y lesión se afirme sin ningún género de dudas”³³⁸.

El juzgador rechaza cualquier idea contraria a que la anestesia no fuese la causa directa del daño, algo que se asemeja a lo ocurrido en el supuesto inmediatamente anterior. Sin embargo, las similitudes con la controversia previa se agotan cuando señala el Alto Tribunal “...en segundo lugar, porque el mero índice estadístico de complicaciones derivadas de la raquianestesia no permite concluir que cualquier lesión o parálisis subsiguiente a la aplicación de esa técnica sea jurídicamente exonerable por encontrarse dentro del porcentaje racional de riesgo, ya que la estadística no discrimina la proporción que, dentro de ese porcentaje, es en realidad imputable a una deficiente aplicación de la técnica...”³³⁹.

El juzgador afirma que la materialización de un riesgo conocido en una intervención, no obsta para que se indemnice el daño. Esta argumentación choca con la del asunto anterior, donde se señalaba que si un peligro era previsible, pero a su vez inevitable, se podría aplicar el caso fortuito.

A pesar de la aparente contradicción en las palabras del Tribunal Supremo, sus afirmaciones no son arbitrarias, sino que tienen una clara justificación “...en tercer lugar, porque la resonancia magnética practicada al paciente después de la intervención detectó "un discreto rechazamiento" sobre el espacio epidural a nivel L-II/L-III que el perito interpretó en su informe como signo de reabsorción de un hematoma epidural, la zona normalmente elegida para la punción es entre L2 y L4 y, sin embargo, el demandado, en su contestación a la demanda, afirmó que "la punción para introducir los fármacos anestésicos se hizo a nivel de las vértebras L-IV y L-V, donde ya no se encuentra la médula espinal", todo lo cual denota un grado de inseguridad difícilmente compatible con la diligencia exigible en la intervención, precisamente por el riesgo que conllevaba...”³⁴⁰.

El Alto Tribunal revela que en una prueba posterior se detectaron restos anestésicos en una región lumbar donde no debería haberlos, dado que la punción había que practicarla a la altura de las vértebras L2 y L4, precisamente porque entre las

³³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001 ... *op. cit.*

³³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001 ... *op. cit.*

³⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001 ... *op. cit.*

mismas no existe médula espinal. Sin embargo, el suministro de los fármacos se realizó a nivel L4 y L5, una zona especialmente riesgosa. Si bien es cierto que existe un peligro (bastante remoto, del 0,5%) de que se materialice la lesión que efectivamente aconteció efectuándose la punción anestésica en el lugar debido (L2 y L4), también lo es que éste se incrementa de forma alarmante si se inyecta el medicamento en un área no indicada para ello, por ser susceptible de tener restos de médula espinal; tal y como ocurrió en el presente litigio.

Con este riesgo añadido, cualquier posibilidad de acudir al caso fortuito es imposible, ya que la controversia es una clara muestra de mala *praxis*. Estos aspectos no tendrían mayor entidad si no hubiesen tenido relación con la lesión, pero fueron precisamente la causa de la misma³⁴¹.

5. Finalizamos este apartado con la última resolución a estudiar, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000³⁴². La relación fáctica del litigio es sorprendentemente similar a la de los dos supuestos anteriormente estudiados. Se trata de un paciente, que como consecuencia de sufrir litiasis coraliforme en el riñón izquierdo, tuvo que ser intervenido de la misma, utilizándose en la operación anestesia epidural. A pesar de que la cirugía transcurrió con plena normalidad, la punción le provocó una compresión medular, de la que murió.

Los familiares del fallecido pretendieron el resarcimiento por el daño sufrido, siendo su demanda parcialmente estimada en primera instancia, suerte que sin embargo no corrió su recurso de apelación ante la Audiencia Provincial competente. En virtud de este escenario, las dos partes del proceso recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

El fantasma de la arbitrariedad vuelve a estar presente en esta resolución, por no admitirse el caso fortuito, ya que de nuevo se trata de un riesgo propio de una técnica anestésica. No obstante, y a pesar de lo remoto e inevitable del mismo, el Tribunal Supremo se hace eco del escaso y negligente despliegue de medios, algo que conforma

³⁴¹ MARTÍN IGLESIAS se reafirma en esta misma idea. Cualquier posibilidad de acudir al caso fortuito o la fuerza mayor, cuando se atenta contra las reglas básicas de la *lex artis* incrementando las posibilidades de lesión, es imposible. Distinto sería si esa mala *praxis* no incidiese en el daño, por ser éste inevitable. MARTÍN IGLESIAS, M^a. Francisca, “Caso fortuito, fuerza mayor y consumidores” ... *op. cit.*; concretamente en página 109. Línea doctrinal seguida por la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 5067/2010, ponente Lecumberri Marti).

³⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000, Sala Primera, recurso 2479/1995, ponente Alfonso Villagómez. Controversia también analizada desde el punto de vista de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente.

un atentado contra la *lex artis* "...El Tribunal de Instancia alcanzó su fallo condenatorio de la valoración de las pruebas médico-periciales practicadas, para sentar que concurrió efectiva omisión sanitaria en el tratamiento anestesiológico, ya que se produjo acceso epidural, generador de las graves secuelas que afectaron al enfermo, por consecuencia de falta de diligencia y previsión en cuanto a que no se practicó en ningún momento cultivos ni análisis para descartar la presencia de gérmenes en la sangre al tiempo de someter al paciente a las anestесias que se le practicaron, así como que, en su caso, tampoco se adoptaron las medidas de asepsia convenientes, pues tenía implantado un cateter (sic) tipo permeable y ambas omisiones, no acomodados a la "*lex artis ad hoc*", bien por sí, o concurriendo juntas, son determinativas en la practica médica de la causación del acceso epidural que se deja dicho. La resultancia fáctica declarada probada es base suficiente para decretar negligencia en el funcionamiento de los servicios médicos del Insalud que atendieron a don Juan Antonio y autoriza el reproche culpabilístico, por darse evidente falta de diligencia intensa y, a su vez, ausencia de agotamiento de medios, que deben actuar ante circunstancias evidentes plenas, por lo que se justifica y resulta suficiente para decretar la responsabilidad que se atribuye a la recurrente, ya que, de haber observado una actuación médica normal, el resultado de salud negativo no se presenta lógicamente compatible y, al contrario, cuando surge la anormalidad es bien indicativa de que el tratamiento adoleció de fallos..."³⁴³.

Cualquier posibilidad de acudir a la construcción doctrinal del caso fortuito es imposible, dado que la imprevisión se encuentra atemperada por la mala *praxis*, tal y como lo remarca el Alto Tribunal "Lo que se deja dicho descarta por completo las situaciones de caso fortuito y fuerza mayor que se alegan en el motivo tercero, al amparo de denunciar violación del artículo 1105 del Código Civil. El motivo perece. Para apreciar concurrencia de caso fortuito ha de tratarse de un evento imprevisible dentro de la normal y razonable previsión que se exija adoptar en cada supuesto concreto, y no procede ante un comportamiento negligente con dotación suficiente de causalidad, en cuanto a no haber aportado los medios y previsiones que la ciencia médica facilitaba para evitar el empeoramiento del paciente en este caso (S.s. de 4 de Julio de 1983, 3 de Marzo de 1985 y 11 de Marzo de 1986). La impugnación parte de un dato que expresamente se declara no probado y es que el tratamiento sanitario resultó el adecuado y correcto. Tampoco se puede considerar y, menos aún, estado de fuerza

³⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000 ... *op. cit.*

mayor, la que actúa imponiendo inevitablemente el resultado ocasionado, es decir, ha de tratarse de una fuerza superior a todo control y previsión y que excluya toda intervención de culpa alguna por los recurrentes (Sentencias de 2 de Abril y 15 de Diciembre de 1996)”³⁴⁴.

De nuevo, aunque aparentemente concurren las características necesarias para el caso fortuito, su observancia no está asegurada, ya que para que así sea es necesario que el acto médico se haya desarrollado con un absoluto respeto a la *lex artis*.

2. Fuerza mayor.

6. En único litigio en el que se menciona la idea de la fuerza mayor en este apartado, es la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2001³⁴⁵, un supuesto de hecho que ocurre en 1996, cuando una paciente acudió a un centro hospitalario con un cuadro de dolor abdominal, siéndole diagnosticada apendicitis aguda, de la que fue intervenida de urgencia bajo anestesia general. La operación transcurrió con plena normalidad, aunque la enferma nunca llegó a despertarse, permaneciendo en estado de coma profundo con tendencia a estado vegetativo persistente, hasta el día mismo de su fallecimiento.

La paciente era una antigua toxicómana, consumidora de droga por vía intravenosa, que se encontraba en fase de deshabituación con metadona. Existe la elevada posibilidad, de un 84%, de alta incompatibilidad entre la adicción a fármacos y la anestesia, al tener ambos derivados morfínicos; ya que el riesgo de sobredosis se incrementa.

Cualquier analítica indagatoria de naturaleza escasamente más minuciosa de lo habitual, hubiese detectado la potencial interacción de la drogodependencia de la paciente con la anestesia, más si cabe teniendo en cuenta el historial clínico de la misma. Sin embargo, esta precaución no se adoptó, porque no se desplegaron los medios necesarios, a pesar de que se trataba de una urgencia media³⁴⁶.

³⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000 ... *op. cit.*

³⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2001, Sala Tercera, recurso 538/1997, ponente Álvarez – Cienfuegos Suárez. Resolución también analizada desde la perspectiva del error de diagnóstico y la pérdida de oportunidad, en los capítulos correspondientes.

³⁴⁶ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ incide en el inestimable valor médico que tiene el estudio preoperatorio. Se trata de un examen fundamental que evalúa los riesgos propios de cada paciente, por lo que cualquier imprecisión u omisión es inexcusable, salvo urgencia. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “La responsabilidad civil del anestesta”, en BUERES, Alberto José y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Directores), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio ... op. cit.*, pps 721 a 739,

Las pretensiones indemnizatorias de los familiares de la paciente fueron parcialmente admitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Las dificultades de acudir a cualquier vía exoneratoria invocando circunstancias modificativas de la responsabilidad son insalvables. Se eludió cualquier tipo de cautela en relación a las características propias de la paciente, que podían llevar, y de hecho llevaron, a un fatal desenlace³⁴⁷.

De manera muy similar se pronuncia el Tribunal Supremo cuando apunta “Por lo que se refiere al segundo motivo, en el que se invoca la concurrencia de fuerza mayor como causa exonerante de la responsabilidad de la Administración, tampoco puede ser estimado, pues, como acertadamente razona la Sentencia de instancia, ésta ni siquiera ha sido objeto de prueba. De todo ello debe inferirse la correcta apreciación de la responsabilidad objetiva de la Administración demandada, no habiéndose, tampoco, aportado argumentos que impugnen la valoración de los daños efectuada por la Sentencia, cuyos razonamientos, en atención a las circunstancias personales de los afectados, aparecen atemperados a las reglas de la sana crítica”³⁴⁸.

El razonamiento del Alto Tribunal, por el que la fuerza mayor no tiene cabida, es sencillo: el daño no se produjo por algo inevitable e irresistible, sino como consecuencia de una falta de atención a elementos clave, como lo eran los antecedentes de drogodependencia de la paciente³⁴⁹.

Puede surgirnos la duda de qué ha llevado al recurrente y al juzgador a barajar la figura de la fuerza mayor, en lugar de la del caso fortuito. La clave puede encontrarse, a nuestro parecer, en el desconocimiento. Desconocimiento en el sentido de que no se sabía que la paciente se encontraba en un proceso de deshabituación de drogadicción y

página 727. DE ÁNGEL YÁGÜEZ apunta que la finalidad primordial del estudio preoperatorio es reducir los riesgos de la actividad médica al mínimo, sobre todo en actuaciones potencialmente dañosas, como la cirugía. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preoperatorias”... *op. cit.*; concretamente en página 46.

³⁴⁷ MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ equipara esta actuación a la de un caso en el que no se comprobó el grupo sanguíneo de un paciente que tenía que ser transfundido, en el que además no mediaba tal urgencia como para soslayar esta actuación. MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, “La imprudencia punible del anestesista según la doctrina del Tribunal Supremo” ... *op. cit.*; concretamente en página 291.

³⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2001 ... *op. cit.*

³⁴⁹ Con igual contundencia se pronuncia MARTÍN IGLESIAS a este respecto “Por lo que respecta al elemento subjetivo, supone la adopción de todas las medidas de diligencia que sean posibles. Hemos hablado de circunstancias anormales, habrá que preguntarse que es lo que se entiende por ellas. Estas son las que pueden considerarse imprevisibles o al menos improbables, fuera del control del operador. Por lo que respecta al elemento subjetivo, éste incluye la obligación de protegerse previamente contra las consecuencias del acontecimiento anormal, adoptando, salvo sacrificios excesivos, todas las medidas apropiadas”. MARTÍN IGLESIAS, M^a. Francisca, “Caso fortuito, fuerza mayor y consumidores”... *op. cit.*; concretamente en página 124.

no se pudo prever la contraindicación que se presentó. Una visión superficial podría llevarnos a concluir, que efectivamente se podría dar un supuesto de fuerza mayor. De hecho, dicha opción hubiese resultado viable de haberse ocultado la drogadicción y deshabitación de la paciente, o de ser la detección de ambos factores imposible. Sin embargo, la relación de hechos del asunto fue distinta, dado que si bien es cierto que la enferma no comunicó nada sobre la metadona que le estaba siendo suministrada, también lo es que la actividad preoperatoria adolecía de una importante falta de indagación, al no consultarse su historial de drogadicción y no efectuarse un análisis exhaustivo, que habría evidenciado la metadona con la que era tratada³⁵⁰.

Parece conveniente tener presente que la anestesiología es una actividad de riesgo por definición, ya que su finalidad es privar de sensibilidad o sentido al paciente, a los efectos de que éste no sufra dolor y pueda ser sometido a una técnica médica agresiva, como lo es la cirugía. De esta premisa se desprende que la posibilidad de que la noción del caso fortuito sea observada en eventos dañosos derivados de la práctica anestésica, es posible. Ahora bien, para que esta construcción doctrinal sea efectivamente admitida, la actuación debe encontrarse libre de toda falta de diligencia.

Los litigios en los que esta figura fue estimada, lo fueron precisamente porque no se pudo hallar explicación alguna para el daño materializado, a pesar de que se conocían los riesgos de la anestesia. La ausencia total y absoluta de una causa imputable al equipo médico, implica la imposibilidad de reproche de las actuaciones y la consiguiente aceptación del concepto del caso fortuito³⁵¹.

³⁵⁰ De la misma opinión se muestra SAVATIER al aseverar “C’est l’anesthésiste qui répondrait alors de l’omission ou de l’insuffisance des analyses et des examens préliminaires. Seul aussi, il répond des actes mettant le patient sous anesthésie, avant qu’il ne soit conduit dans la salle d’opération”. Entiende el mencionado autor que es el anestesista el responsable último de la omisión o insuficiencia de los análisis preoperatorios practicados, tal y como ocurre en este litigio, así como de las consecuencias que de ello se deriven. SAVATIER R., “L’évolution de la responsabilité du médecin anesthésiste”, en *Cahiers Laënnec*, vol. 2, 1969, pps. 52 a 62; concretamente en página 60.

³⁵¹ Opinión compartida por MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ “El caso fortuito eximirá al especialista siempre que reúna los requisitos que le son indispensables para ser tal: externo, positivo, concreto y determinado, de lo cual se sigue que la *causa desconocida* no es invocable como tal, exigiéndose el cumplimiento de otros requisitos de tono mayor: el hecho configurativo ha de ser imprevisible, inevitable, ajeno al deudor, actual, sobreveniente y constituir impedimento absoluto para el cumplimiento”. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “La responsabilidad civil del anestesista”, en BUERES, Alberto José y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Directores), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio ... op. cit.*, página 734.

4. El caso fortuito, la fuerza mayor y la omisión de medios.

En este apartado se tratarán asuntos de caso fortuito entremezclados con la idea de la omisión de medios, es decir, controversias en las que no se han adoptado las medidas necesarias en un acto médico.

A pesar de que la omisión de medios es una categoría doctrinal con entidad propia, el estudio conjunto con las circunstancias modificativas de la responsabilidad es prácticamente una necesidad, por el gran número de resoluciones existentes en la jurisprudencia.

La dificultad inherente a este análisis es importante, en la medida en que la barrera entre los medios necesarios a aplicar y los superfluos se encuentra muy desdibujada.

1. Caso fortuito.

a) Supuestos en los que la figura del caso fortuito es admitida.

1. La primera de las controversias, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006³⁵², parte con el nacimiento de Víctor (hijo de los actores). En un reconocimiento rutinario del menor se comprobó que tenía un índice de bilirrubina de 19 mgr/dl, por lo que se le sometió a un tratamiento de fototerapia y a un control de la bilirrubina cada cuatro a seis horas. A las cinco de la tarde se le practicó un nuevo examen, arrojando el análisis un resultado similar. Al no remitir el cuadro que presentaba, a pesar del tratamiento médico, el pediatra decidió su traslado a otro hospital, a fin de que éste fuese tratado. Sin embargo, cuando ingresó en este segundo centro, Víctor tenía un índice de 38 mgr/dl. Este nivel de bilirrubina en sangre le provocó al neonato una ictericia nuclear, que tuvo como consecuencia directa un daño cerebral irreversible en su tercer día de vida. No llegó a recuperarse del mismo, el cual le mantuvo postrado hasta el día de su muerte, dos años después.

³⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006, Sala Primera, recurso 3785/1999, ponente Seijas Quintana. Resolución también analizada desde la perspectiva de las deficiencias asistenciales, en el capítulo correspondiente.

En primera instancia la demanda de los padres del menor fue parcialmente estimada y confirmada en apelación, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El pediatra que trataba al niño había comprobado que los niveles de bilirrubina en su paciente eran altos, por lo que le impuso una vigilancia especial e instauró un tratamiento para que éstos descendiesen. No obstante, con motivo de su falta de mejoría, ordenó su traslado a otro centro hospitalario donde le pudiesen tratar con mejores medios, y fue precisamente en el *iter*, cuando la salud del menor empeoró. De los hechos se desprende que el estado del enfermo no se agravaba, sino que simplemente no mejoraba. Quizás fue el traslado del neonato lo que provocó el incremento del índice de bilirrubina, que tuvo las fatales consecuencias que ya conocemos, pero probablemente una actitud pasiva hubiese tenido un efecto similar o peor.

Dada la evolución constante y sin altibajos del recién nacido, es posible sentar la hipótesis de que el brutal incremento que sufrió en su nivel de bilirrubina, fue cuanto menos sorpresivo. Sus resultados se habían mantenido estancados durante los procesos de control, elevándose éstos sin motivo aparente. Se dan todos los ingredientes para un caso fortuito, y así parece dejarlo entrever el Tribunal Supremo cuando señala “Esos datos, sin alteración del elemento fáctico, imponen una calificación jurídica distinta en el sentido de que no es posible determinar si de haberse reconocido al niño unas horas antes no se hubiera producido el aumento de la bilirrubina, pues no se deduce de los mismos la causa por la cual se produjo ese aumento repentino, más allá de las simples conjeturas, deducciones o presunciones, como tampoco las medidas que pudieran adoptarse por la clínica pues ninguna le reprocha la sentencia, salvo la de haber prescindido de la asistencia inmediata por parte del personal médico de guardia, lo que resulta insuficiente para advertir qué comportamiento concreto era exigible, fuera de las medidas ordenadas por el pediatra, cuya puesta en práctica hubiera evitado el gravísimo resultado producido, y que opera en cualquiera de los ámbitos normativos aplicados, al afectar al nexo causal”³⁵³.

La clave del caso parece hallarse en la calificación de los hechos del Alto Tribunal, cuando éste utiliza la palabra “repentino”, dejando entrever un fenómeno imprevisible. Todo esto, con el añadido de la actitud diligente del pediatra, hacen que el

³⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006 ... *op. cit.*

caso fortuito sea una posible respuesta a este caso, aunque no se apunte de manera expresa.

Cualquier mención a la omisión de medios es prácticamente inconcebible. No en vano, ante la detección del nivel anormal de bilirrubina que sufrió el paciente, se ordenó todo un despliegue de medios, cuya finalidad no era otra que pretender la normalización del estado del mismo.

b) Asuntos en los que la figura del caso fortuito no es admitida.

2. La primera de las tres resoluciones en las que la noción de caso fortuito no es admitida, es la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2004³⁵⁴. En 1990 D. Fidel fue sometido a una intervención quirúrgica a fin de que le fuera extirpada una hernia inguinal que tenía en la pierna derecha. En el curso de la operación surgieron una serie de complicaciones, porque la hernia en cuestión se encontraba cercana a la vena femoral, con fuertes adherencias, por lo que la disección fue laboriosa; de hecho se provocó un desgarró en el cayado de la vena safena derecha, que fue solucionado sin mayores complicaciones.

Tras la intervención, D. Fidel fue llevado a una habitación en planta, en lugar de a la unidad de cuidados intensivos, quedando en la única compañía de su hija. Tres horas después de la cirugía el paciente sufrió un cuadro de hipotensión con sudoración, quedando en estado de shock. En virtud de la situación en la que se encontraba, fue trasladado inmediatamente a quirófano, a los efectos de ser operado, hallándosele un desgarró prácticamente completo en la vena femoral. Éste le había provocado un shock hipovolémico, que se tradujo en una encefalopatía isquémica, de la que fue tratado, a pesar de lo cual nunca llegó a recobrar la conciencia, falleciendo doce días después de la intervención.

Los familiares de D. Fidel consideraron que éste fue víctima de una omisión de medios, por lo que pretendieron el resarcimiento del daño sufrido. Su demanda fue desestimada en primera instancia, pero parcialmente estimada en apelación, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

³⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2004, Sala Primera, recurso 1260/1998, ponente García Varela. Controversia también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente.

Las diferencias entre este asunto y el anterior son manifiestas, ya que en este segundo supuesto existe una deficiencia asistencial indiscutible: el ingreso del paciente en planta y no en la unidad de cuidados intensivos.

Es probable que el tipo de cirugía que se le practicó a D. Fidel no requiriese una estancia en la unidad de cuidados intensivos, bien por su naturaleza simple, bien porque así estuviese protocolizado. Sin embargo, en este caso concreto existió una complicación importante en la cirugía, que probablemente hubiese comprendido, o por lo menos aconsejado, el ingreso del paciente en una unidad de cuidados intensivos, donde podría encontrarse bajo una vigilancia más adecuada que la que se le pudo ofrecer en planta.

Podría discutirse que el desgarro en la vena femoral que sufrió el paciente después de la operación, pudiese llegar a ser inesperado. No obstante, la imprevisión se encuentra en entredicho cuando los medios de cuidado y atención fueron tan escasos. Al concurrir una complicación como la que se produjo en la intervención, no se extremaron las medidas de cuidado. La mencionada limitación de medios supuso un aumento del riesgo, ya que de presentarse algún tipo de contingencia, ésta no podría ser tratada a tiempo, precisamente porque el escaso control provocaría que ésta fuese difícilmente detectable.

Comparte esta misma opinión el juzgador cuando señala “... el caso fortuito supone un hecho realizado sin culpa alguna de la gente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposo del agente, por lo que para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable, y que cuando el acaecimiento fue debido al incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no pudo darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotan una conducta inter siguiente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, excluyente de la situación de excepción que el artículo 1105 establece (por todas, STS de 16 de febrero de 1998)”³⁵⁵.

Las diferencias entre este asunto y el anterior son destacadas, dado que en el primer caso las precauciones adoptadas fueron las debidas, mientras que en el supuesto

³⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2004 ... *op. cit.*

que ahora nos ha ocupado, las cautelas obligadas se omitieron, incrementándose la posibilidad de que un riesgo como el acontecido se materializase³⁵⁶.

3. La siguiente resolución es la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2001³⁵⁷, una controversia en la que D^a. Estefanía, cuando tenía tres años de edad recién cumplidos, fue tratada con inyectables de Combitorax por padecer una broncopatía obstructiva. Al no recuperarse del todo de su afección, su pediatra decidió volver a repetir el proceso, por lo que finalmente le fueron suministradas ocho inyecciones de Combitorax, las cuales le fueron administradas por una ATS, siempre en la misma pierna.

A pesar de que en el prospecto de Combitorax se señalaba que este fármaco estaba contraindicado para menores de dos años y medio, y la niña apenas superaba los tres, recibió ocho dosis inyectables (cuatro más de lo habitual), causándole la última un daño de manera inmediata a la administración de la misma, ya que D^a. Estefanía comenzó a notar pérdida de fuerza en la pierna derecha. Su madre la llevó al pediatra que había prescrito el tratamiento con Combitorax, quien le recetó una pomada antiinflamatoria a fin de tratar la afección de la pierna. Sin embargo, al no lograrse mejoría alguna, se ordenó su hospitalización para practicársele un ENG, que mostró una lesión completa en el músculo pedio, muy severa en tibial interior y leve para la región corta del bíceps, con pérdida de asones.

³⁵⁶ A efectos comparativos conviene citar una resolución de ámbito penal, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1992 (Sala Segunda, sentencia número 2.784, ponente Soto Nieto). En esta controversia un hombre de 68 años que fue intervenido de una hernia inguinal, no pudo ser intubado en ningún momento de la cirugía porque tuvo un anestesiado complicado, todo ello hasta el punto de que requirió, además de la anestesia general, la administración de otra de carácter local. Sin embargo, y a pesar de las ya mencionadas circunstancias que dificultaron el transcurso de la operación, tras la misma el paciente quedó solo en la “sala de despertar”, sin vigilancia alguna, y no fue hasta que regresó el anestesista de la intervención, cuando se percataron de la existencia de una línea isoelectrica plana en su monitor. Se logró su reanimación, pero el paciente quedó en un estado de coma vigil por la hipoxia sufrida, falleciendo poco después. Por estos hechos la conducta del anestesista fue reprochada penalmente. Este supuesto es muy similar al del asunto ahora estudiado, en la medida en que en ambas resoluciones concurre una actividad quirúrgica, que en principio no entrañaría necesariamente un riesgo importante para la salud (dentro de los peligros que toda intervención entraña), pero en las que existen sendas eventualidades, que implican una pequeña complicación, que si bien no tiene por qué suponer que tengan que materializarse en un riesgo, sí que son susceptible de ser tenidas en cuenta. Dejar a un paciente solo en una sala de despertar o privarlo de una vigilancia intensiva, son actos de negligencia semejantes. GONZÁLEZ MORÁN, Luis, “Evolución de la responsabilidad civil del médico anestesista” ... *op. cit.*; concretamente en página 1186. En esta misma línea de desestimación del caso fortuito se encuentra la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 4400/2010, ponente Lecumberri Martí).

³⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2001, Sala Primera, recurso 913/1999, ponente Martínez – Pereda Rodríguez. Litigio también analizado desde la perspectiva del daño causado por tratamiento, en el capítulo correspondiente.

A los efectos de tratar la lesión que padecía la menor, tuvo que ser intervenida, ya que debía liberársele el nervio ciático. Ahora bien, el resultado no fue el esperado, restándole la siguiente secuela: lesión del nervio ciático derecho con predominancia en el ciático poplíteo externo postinyección.

Estos hechos fueron objeto de un enjuiciamiento penal, en el que los demandados fueron absueltos, por lo que los actores acudieron a la vía civil, donde sus pretensiones no fueron estimadas hasta el grado de apelación en la Audiencia Provincial correspondiente. La parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Puede parecer complicado hallar en este asunto el elemento clave que justifique que lo hayamos calificado como un supuesto de interrelación entre la omisión de medios y el caso fortuito. La vinculación con el caso fortuito radica en la alegación del demandado de estimar la lesión que padece la menor, un reacción adversa al Combitorax. En la omisión de medios es necesario hilar más fino. Se trataría de este concepto, en primer lugar, porque estimamos que el facultativo que prescribió el mencionado tratamiento a la menor, no sopesó los pros y los contras de su administración, y centró su deducción en que la paciente ya había superado la barrera de edad en la que el Combitorax estaba desaconsejado. En segundo lugar, esta cuestión se agrava porque no sólo se limitó a prescribir las cuatro primeras inyecciones, sino que cuando se comprobó que el fármaco no conseguía mejorar la salud de la enferma, duplicó la cantidad, inyectándosele 8 unidades de Combitorax. Si una única dosis del mencionado medicamento se encuentra contraindicada para niños menores de dos años y medios, no es exagerado llegar a la conclusión de que ocho pueden ser excesivas para una infante que supera escasamente esa edad.

La omisión de medios se encuentra en tres vertientes del acto médico: en primer lugar, en la falta de ponderación de los pros y los contras al prescribir un medicamento de esa categoría en las mencionadas proporciones, a una niña de tan corta edad; en segundo lugar, en la falta de seguimiento del tratamiento, y en tercer lugar, en la omisión que concurre por la falta de reflexión sobre un posible método alternativo³⁵⁸.

³⁵⁸ ABELLÁN y SÁNCHEZ – CARO se pronuncian de una manera similar sobre las obligaciones del médico al recetar un fármaco concreto. De acuerdo con lo señalado por estos dos autores, el deber de conocimiento del facultativo debe traspasar la barrera de la información del propio medicamento, dirigida al paciente. Entienden estos autores, que la información que ha de manejar el médico, no debe limitarse a la existente en el prospecto del fármaco, sino que es necesario contrastar ésta con sus propios conocimientos y fuentes avaladas. ABELLÁN, Fernando y SÁNCHEZ – CARO, Javier, *La responsabilidad médica por la información del medicamento ... op. cit.*, página 11. Ahora bien, ello no es óbice para que la información que debe tener el facultativo sobre el tratamiento sea ilimitada, tal y como nos evidencia GALÁN CORTÉS cuando comenta un litigio en el que una mujer que se estaba sometiendo a una terapia de

El Tribunal Supremo muestra una opinión semejante a la que ahora hemos apuntado cuando señala “Así, cuando el médico prescribe un tratamiento consistente en el uso o consumo de un fármaco, incumbe a dicho facultativo la información sobre su utilización y dosificación y ello sin olvidar que también el medicamento está acompañado de una información. La selección del medicamento adecuado para el tratamiento de una enfermedad supone un juicio clínico que ha de sopesar y valorar riesgos y beneficios en su operatividad. Conocer la enfermedad y los males que puede generar al paciente en el curso de su evolución, pero ello requiere un acertado diagnóstico, no limitado a un etiquetado o su denominación, sino con relación a los niveles de riesgo”³⁵⁹.

Ante la limitación de los medios empleados para el tratamiento de la menor (déficit de atención), cualquier alusión al caso fortuito parece complicada. En esta ocasión no se ha incrementado únicamente el riesgo, tal y como ocurría en el supuesto anterior, sino que éste prácticamente ha sido creado de forma expresa, como consecuencia de suministrar un fármaco inadecuado y muy agresivo, a una paciente tan joven³⁶⁰.

En esta misma línea se pronuncia el Alto Tribunal “Se trataba de una paciente que no llegaba a los tres años de edad, a la que prescribir un tratamiento de Combitorax, de ampicilina con balsámico de cuatro inyectables, que repite, medicamento que en su prospecto, a más de las contraindicaciones hace advertencia de que no debe inyectarse en niños menores de dos años y medio, tratándose de una menor que no había alcanzado los tres años. La conducta del médico debe reputarse de poco diligente al mandar ocho

fertilidad, sufrió uno de los efectos adversos de la medicación, del que no fue informada. El médico del supuesto de hecho no vio su actividad reprochada por una cuestión sencilla, la farmacéutica había omitido información relevante sobre el medicamento (concretamente la contraindicación que afectó a la enferma), por lo que el facultativo no llegó a conocer este aspecto del tratamiento. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 20 de noviembre de 2009” ... *op. cit.*; concretamente en página 1233.

³⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2001 ... *op. cit.*

³⁶⁰ A este respecto apuntan ABELLÁN y SÁNCHEZ – CARO “Por último, cabe decir que la importancia en materia de responsabilidad médica del hecho de que la ficha técnica sea un documento aprobado por la Administración sanitaria, ha sido valorada por el Tribunal Supremo, en el sentido de que la citada circunstancia no es suficiente por si misma para exculpar la actuación médica por la prescripción de un medicamento sin llevar a cabo la información terapéutica adecuada, o sin realizar el seguimiento oportuno al paciente, lo que habla muy a las claras de la necesaria supervisión del médico respecto del tratamiento farmacológico de forma continua”. Aplicando la mencionada afirmación a la controversia que nos ocupa, el mero hecho de que el Combitorax fuese un medicamento aprobado y cuyo uso estaba permitido para niños mayores de dos años y medio, no era óbice para que concurriese una responsabilidad como consecuencia de los daños causados por el mismo a la menor. La verdadera responsabilidad se encuentra en “su uso temerario”, al suministrarse el doble de la dosis habitual y además, siempre en la misma pierna. ABELLÁN, Fernando y SÁNCHEZ – CARO, Javier, *La responsabilidad médica por la información del medicamento* ... *op. cit.*, página 30.

inyecciones a una menor de tres años, cuando una sola estaba contraindicada por el prospecto -y por la ficha técnica- a un menor de dos años y medio y no sólo se prescriben cuatro inyecciones en días sucesivos, sino que repite la dosificación”³⁶¹.

Con esta afirmación el juzgador elimina cualquier posibilidad de acudir al concepto del caso fortuito, al reprochar la conducta pasiva del pediatra que atendió a la menor, por suministrar un fármaco inadecuado y en una cantidad exagerada.

4. La última de las resoluciones de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2008³⁶², es un supuesto en el que D. Joaquín, por presentar una tumoración en la laringe, se encontraba bajo tratamiento del servicio otorrinolaringología y de medicina interna. Se le practicaron todas las pruebas preoperatorias necesarias a fin de ser intervenido, sin embargo, la cirugía se dilató en el tiempo porque la importancia de la lesión fue mitigada por causas naturales. No obstante, un año después la afección reapareció, por lo que se le operó a los efectos de extirpársela. La actividad quirúrgica transcurrió con total normalidad y tras la misma el paciente quedó al cuidado del personal de guardia, con la única eventualidad de que cuando la enfermera le llevó la medicación, éste indicó que no podía tragar, por lo que le tuvo que ser administrada por vía intravenosa; cuestión de la que no fue informado el personal de guardia.

Al día siguiente a la intervención comenzó a sentir sensación de ahogo, por lo que se dio aviso a la enfermera de planta, llegando primero una auxiliar y después ésta; que se percató de que había aparecido un hematoma, algo un tanto excepcional en este tipo de actividades quirúrgicas, aunque no imprevisible.

Debido al estado en el que se encontraba el paciente, llamaron al médico responsable, que tardó entre 6 y 8 minutos en personarse en el lugar, dado que se encontraba en la planta doce y el paciente en la tercera. El facultativo intentó una intubación, pero no fue posible, por lo que dio aviso al personal de traqueotomía, que tampoco pudo hacer nada por la vida de D. Joaquín, que falleció de asfixia.

La familia del fenecido consideró que éste fue víctima de una omisión de medios. Sus pretensiones fueron inadmitidas en primera instancia, pero admitidas en apelación, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

³⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2001 ... *op. cit.*

³⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2008, Sala Primera, recurso 567/2001, ponente García Varela.

La aparición de un hematoma como el que se materializó en el litigio que nos ocupa, es extraño en una cirugía como la practicada a D. Joaquín. Ahora bien, esto no implica necesariamente que sea imprevisible, sobre todo si se tiene presente que tras la operación el paciente manifestó a una enfermera que no podía tragar; por lo que la medicación le tuvo que ser suministrada por vía intravenosa. Esto era un claro aviso de que el enfermo no se encontraba en el estado de salud que debería hallarse tras la actividad quirúrgica, y que aunque ésta había transcurrido con plena normalidad, podía existir algún tipo de contratiempo destacable. El indicio era claro y el riesgo se encontraba latente, pero no se tomaron medidas de control adicionales, tales como una vigilancia de mayor intensidad. Por lo que cuando el hematoma se produjo, provocó una asfixia en el paciente, que no se le pudo tratar, y que ocasionó su fallecimiento.

De manera semejante se pronuncia el Tribunal Supremo cuando señala “Con cobertura en el *artículo 1105 del Código Civil*, el motivo plantea que la lesión del derecho de la parte actora proviene de un acontecimiento ubicado más allá del ámbito de lo previsible o evitable por el deudor, por lo que ninguna responsabilidad será exigible a éste, no obstante, en este caso, constituye un hecho considerado probado en la instancia que, en situaciones como la del debate, “la posible aparición de un hematoma, que pese a que resulta su aparición anormal, e incluso excepcional, puede tener lugar”, lo cual significa que la incidencia post-operatoria surgida al paciente se situaba dentro del ámbito de la previsibilidad. Aparte de ello, esta Sala tiene declarado que se entiende por caso fortuito todo suceso imposible de prever, o que previsto sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, por lo que, para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible o inevitable, y que, cuando el acaecimiento dañoso fue debido a incumplimiento del deber relevante de imprevisibilidad no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidados requeridos con arreglo a las circunstancias del caso, lo que hace inaplicable la excepción del *artículo 1105* , al no darse la situación de imprevisibilidad o irresistibilidad requeridas por el precepto ...”³⁶³.

De las afirmaciones del Alto Tribunal parece poder inferirse que éste considera clave que el hematoma fuese algo previsible, a pesar de su excepcionalidad. Lo que hizo

³⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2008 ... *op. cit.*

que estas circunstancias no dieran lugar a la exoneración de la responsabilidad del caso, fue que tras los primeros indicios de que la contingencia que se produjo podía materializarse, no se actuó en consecuencia tomando medidas de control adicionales, propiciando que ésta ocurriese.

2. Fuerza mayor.

5. Este subapartado cuenta con una única resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2001³⁶⁴. D^a. Alicia, tras ser intervenida de una dolencia que no es de relevancia para nuestro análisis, estaba siendo trasladada a su habitación, cuando se cayó al suelo desde la camilla, como consecuencia del mal estado en el que estaba la misma. De la caída le derivaron una serie de lesiones de gravedad, ya que la enferma se encontraba en un estado delicado de salud, no en vano acababa de ser operada.

D^a. Alicia consideró que fue víctima de una omisión de medios, por lo que interpuso una demanda que no fue estimada hasta el grado de apelación en la Audiencia Provincial competente, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La opción de acudir a la fuerza mayor a fin de justificar una posible exoneración se torna complicada, ya que no se da ninguno de los elementos necesarios para que efectivamente concurra este concepto. Si bien es cierto que es improbable que la camilla de traslado de un hospital falle, hasta el punto de que una paciente pueda precipitarse desde la misma, no se trata de algo imprevisible, ya que una atención deficiente de las instalaciones de un ente sanitario puede dar lugar a sucesos como éste; por otro lado, no se trata de una contingencia irresistible. Conviene apuntar además, que tampoco encontramos el tercer elemento necesario para que la noción de la fuerza mayor tenga cabida: la externalidad del daño³⁶⁵. Dado que se trata de una cuestión de las propias

³⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2001, Sala Primera, recurso 1581/1996, ponente Vázquez Sandes.

³⁶⁵ El contrato de clínica envuelve un amplio abanico de servicios entre los que no se encuentran únicamente los sanitarios, sino que hay que añadir también la estancia en el hospital, entre otros. LLAMAS POMBO, Eugenio, “Comentario a la sentencia de 4 de noviembre de 1992”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 30, 1992, pps. 995 a 1008; concretamente en página 1000.

instalaciones, el origen del perjuicio se encuentra intrínsecamente relacionado con la actividad del centro hospitalario, no proviniendo de un elemento externo³⁶⁶.

En base a todo lo señalado, la pretensión de utilizar la fuerza mayor para exonerar de responsabilidad civil el daño de este caso es difícil, tal y como asegura el Tribunal Supremo “Insiste el motivo en la negativa sostenida en el anterior para atribuir a “la concurrencia de una fuerza mayor” el resultado lesivo que, al final de la operación quirúrgica a que fue sometida, padece la demandante, aunque se haya dado por existente la relación de causalidad desde el hacer médico del recurrente, y para llegar a tal conclusión se establece como premisa indiscutible, sin explicar los integrantes que a ella pudieran llevar, que si el recurrente “controla debidamente al paciente y toma las medidas adecuadas, es de todo punto correcto aplicar en el caso que nos ocupa, este caso de fuerza mayor” pretendiendo con tan simple afirmación desentenderse de cuanto la sentencia recurrida estudia minuciosamente, respetando aquellos preceptos que se dicen infringidos, y por lo mismo el motivo de recurso ha de ser desestimado”³⁶⁷.

De los asuntos analizados en este apartado se desprende que la esencia del concepto de las figuras exoneradoras de responsabilidad, se basa en lo inesperado. En el primero de los litigios estudiados, al ser la imprevisibilidad el elemento central del mismo, el caso fortuito fue posible. Esto no ocurre en los demás asuntos analizados, en los que la tónica general de las resoluciones que no vieron admitidas las circunstancias exoneratorias, es la existencia de algún tipo de negligencia.

A fin de responder a la pregunta que formulamos en el encabezamiento de este bloque, esto es, dónde se halla la línea entre la omisión de medios y el caso fortuito o fuerza mayor, es necesario señalar que para una contestación correcta se requiere un examen individualizado y profuso de cada supuesto de hecho.

³⁶⁶ Existen dos asuntos muy similares en los que la deficiencia de las instalaciones sanitarias fue objeto de reproche, son la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 (Sala Tercera, recurso 4109/2005, ponente Díez – Picazo Giménez; controversia también analizada desde la perspectiva de las deficiencias asistenciales, en el capítulo correspondiente) y la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2003 (Sala Primera, recurso 2846/1997, ponente Auger Liñán; resolución también analizada desde el punto de vista de las deficiencias asistenciales, en el capítulo correspondiente). En ambos recursos, aunque en circunstancias distintas, un paciente sufre algún tipo de lesión como consecuencia de una caída desde una cama de hospital o camilla, bien por una deficiente manipulación de la misma, bien por la ausencia de medidas de seguridad mínimas. En los dos litigios los menoscabos sufridos por los pacientes son objeto de reproche, sin llegar a admitirse en ninguno de los casos la posibilidad de acudir a una circunstancia exoneratoria de la responsabilidad civil.

³⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2001 ... *op. cit.*

5. El caso fortuito, la fuerza mayor y los riesgos remotos pero conocidos y asumidos.

En este apartado, el último del capítulo, los supuestos a analizar se caracterizan por la materialización de un riesgo que es conocido, o que entra dentro del margen de contraindicaciones o peligros de una actividad médica, y que por lo tanto es asumido. El caso fortuito interactúa con estos supuestos fácticos, en la medida en que en ocasiones el daño tiene un carácter marcadamente remoto y es prácticamente inevitable.

1. Casos en los que la figura del caso fortuito es admitida.

1. La primera de las resoluciones es la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2004³⁶⁸, que se sitúa en el año 1994, cuando la hija de los recurrentes, siendo menor, tuvo que ser intervenida de una afección coronaria que padecía. El tratamiento prescrito para la enfermedad que sufría la paciente consistía en dos operaciones. La primera de ellas fue practicada en febrero de 1991, necesitándose después una segunda, no porque la anterior no tuvo el resultado pretendido, sino porque la terapia en cuestión requería de las dos cirugías.

Habiéndose efectuado las pruebas preoperatorias obligatorias, las cuales arrojaron resultados de plena normalidad, se fijó la fecha para la segunda actividad quirúrgica, que se realizó el 8 de noviembre de 1994 (tres años después de la primera).

Sin embargo, al iniciarse la apertura del esternón, y más concretamente cuando se procedió a la separación del hueso, se produjo un desgarro del homoinjerto anteriormente suturado, que era de la primera intervención. Se trataba de una sutura que se había adherido totalmente a la pala exterior del esternón y que al desgarrarse ocasionó una hemorragia muy intensa, produciendo una parada cardíaca en la menor, de la que no llegó a recuperarse, a pesar de los trabajos de reanimación.

Las adherencias que provocaron la hemorragia en la paciente son habituales cuando ha habido una cirugía previa en la zona, y también ilocalizables, ya que éstas se forman en la cicatrización misma. En función del área intervenida o del órgano afectado, el sangrado puede ser mayor o menor. Obviamente en el área coronaria el caudal sanguíneo es de gran entidad, debido al tamaño de los vasos.

³⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2004, Sala Primera, recurso 2812/1998, ponente Villagómez Rodil.

Respecto del *iter* procesal, las pretensiones indemnizatorias de los padres de la fenecida fueron admitidas en primera instancia, pero revocadas en apelación; en virtud de lo cual recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La hemorragia que causó la muerte de la menor se produjo como consecuencia del desgarro de unas adherencias que se habían formado en la cicatrización de la primera operación. Éstas son habituales, es más, se conoce de su existencia, pero también son imposibles de localizar, ya que ni siquiera extremando la actividad preoperatoria se llegaría a tener conocimiento de donde se encuentran. La ruptura o desgarro de las mismas es un riesgo conocido y asumido, que no tiene por qué entrañar necesariamente el fallecimiento del paciente a causa de la hemorragia.

La clave del litigio se centra en el conocimiento que se tenía de la posibilidad de que hubiese adherencias en la zona intervenida, así como en su carácter ilocalizable e inevitable. A pesar de que el riesgo podía haberse visto incrementado por tratarse de una segunda cirugía tres años después de la práctica de la anterior, ésta era la única terapia posible a fin de tratar la afección coronaria de la menor.

De la lectura del último párrafo parece poder inferirse prácticamente la descripción misma de la noción del caso fortuito, al tratarse de un supuesto remoto, pero cuya materialización es previsible, y a la vez inevitable. En esta misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo cuando señala “No apreciaron los juzgadores de instancia culpa médica, pues si bien es previsible la existencia de adherencias, en múltiples ocasiones no existe método exacto que indique donde están y cuánto ocupan, por lo que la ausencia de pruebas tendentes a averiguar estos extremos no permiten la calificación de actuar profesional negligente, no habiéndose acreditado la causalidad necesaria que exige la reiterada doctrina jurisprudencial”³⁶⁹.

El juzgador es contundente, las adherencias eran de difícil e incluso imposible localización, de forma que tanto éstas como sus consecuencias, debían de ser asumidas por la ineludible necesidad de una segunda operación³⁷⁰.

³⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2004 ... *op. cit.*

³⁷⁰ SOTO NIETO es esclarecedor cuando trata la cuestión de la imprevisibilidad “La <<imprevisibilidad>> predicable del caso fortuito no ha de entenderse en un sentido riguroso, absoluto, ya que, teóricamente, conforme a la experiencia popular y a la divulgación científica, cualquier ocurrencia, aun inesperada, es susceptible de ser conocida y eventualmente pensada por los convenientes; *basta que se escape el hecho a la habitual y prudente previsibilidad que suele concurrir en ocasiones semejantes*, o sea, que estemos ante sucesos que, como dice el artículo 1575 del Código Civil, los contratantes no hayan podido *racionalmente* prever. No cabe, en general, formular reglas de amplia indiscriminación aplicabilidad, sino que *habrán de tenerse en cuenta en cada hipótesis concreta las circunstancias de las personas, de la obligación, del medio ambiente geográfico, histórico, legislativo*”. Ejemplifica este autor su concepto de la predictibilidad, contraponiéndolo en dos situaciones distintas, por un lado la de un agricultor, y por otro

2. En la siguiente de las controversias, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007³⁷¹, Carlos María, de 6 años de edad, fue intervenido de amigdalitis con adenoidectomía. La semana anterior a la misma le fueron practicadas todas las pruebas preoperatorias necesarias, arrojando éstas resultados de plena normalidad, por lo que la cirugía se efectuó en la fecha programada, transcurriendo ésta sin complicaciones aparentes.

Sin embargo, cinco minutos después de la operación, y cuando el menor comenzaba a despertarse, sufrió una parada cardiorespiratoria de la que se recuperó satisfactoriamente, gracias a las maniobras del equipo médico. No obstante, tras la misma se presentó una nueva parada que requirió un tiempo mayor de recuperación, con las consecuencias físicas que ello le ocasionó. Las dos paradas las causó un reflejo vagal que sufrió el paciente. Éste es un contratiempo que puede aparecer en cualquier actividad quirúrgica, de forma que es un riesgo conocido, y además inevitable.

El menor fue trasladado a la UCI de otro centro hospitalario en un estado de coma II, ingresando en un coma IV, feneciendo días después.

Los padres del niño pretendieron ser indemnizados por el fallecimiento de su hijo, pero sus pretensiones no fueron admitidas ni en primera instancia, ni en apelación; por lo que se vieron obligados a recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

De la lectura de los hechos parecen poder observarse los ingredientes necesarios para la concurrencia de un caso fortuito, es decir, el conocimiento de un riesgo, como lo es el reflejo vagal, y la imposibilidad de evitarlo. Así lo deja entrever el Tribunal Supremo cuando señala “Pero es que, además, la primera vez que se producen

la de un comerciante. SOTO NIETO señala que los riesgos de la actividad de un Labrador tienen una envergadura superior a la de un comerciante, ya que cualquier fenómeno meteorológico es susceptible de destruir toda la labor desarrollada por el mismo. Sin embargo, ello no obsta para que una tormenta que destroza una cosecha pueda llegar a estimarse como fortuita, y por lo tanto exoneradora; a pesar de que son inevitables. La justificación es sencilla, las citadas eventualidades no son imprevisibles, ya que entran dentro del margen de aceptación de la actividad. La similitud de esta hipótesis con el asunto que ahora hemos estudiado es patente, ya que antes de la intervención se conocía la muy probable existencia de adherencias, así como sus posibles consecuencias. SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación...* op. cit., página 31. LUZÓN PEÑA considera que la materialización de un daño inherente a una actividad quirúrgica necesaria, en la que se adoptan todas las cautelas, no puede ser reprochada. LUZÓN PEÑA, Diego - Manuel, “Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 9, 2008, pps. 1 a 32; concretamente en página 12. En esta misma línea de observancia del caso fortuito se sitúan las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2011 (Sala Tercera, recurso 4037/2006, ponente Martínez – Vares García) y sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2012 (Sala Tercera, recurso 4397/2010, ponente Lecumberri Marti).

³⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007, Sala Primera, recurso 3933/2000, ponente Seijas Quintana.

manifestaciones clínicas estas eran imprevisibles e inevitables, como también lo son los reflejos vagales, y ello en ningún caso implica que haya acción u omisión que pueda ponerse a cargo de los profesionales que le intervinieron, cuya actuación se desarrolló conforme *lex artis ad hoc*, tanto durante el proceso preoperatorio y operatorio, propiamente dicho, como durante el periodo postoperatorio, según el estado actual de la ciencia. Tampoco la hubo de los centros demandados como resultado de lo que esta sala califica de carencias o defectos asistenciales, de coordinación, de organización o de dotación, porque no hubo insuficiencia acreditada de medios vinculados al desarrollo y complicaciones previsibles”³⁷².

El Alto Tribunal presenta un escenario en el que el reflejo vagal es un riesgo inherente a toda operación, para lo cual acude con mucho acierto al concepto del “estado de la ciencia”, al considerar que el reflejo vagal conforma un escollo aún insalvable para la Medicina actual; por lo que se trata de un peligro a asumir, siempre y cuando el paciente se encuentre debidamente informado³⁷³.

³⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007 ... *op. cit.*

³⁷³ SÁNCHEZ JORDÁN define esta idea como “Esta expresión fue acuñada en la doctrina civil a propósito del análisis de la protección de los consumidores y de la responsabilidad civil de fabricantes y productores, y se emplea para aludir a los daños causados por un defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización del producto de que se trate. En realidad, es el potencial dañoso del producto, que lo convierte en defectuoso y cuya existencia era imposible de conocer en el momento de su puesta en circulación, lo que constituye en sentido estricto un “riesgo del desarrollo””. SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, “Los riesgos del desarrollo, causa de exoneración en algunos supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *Derecho y Salud*, vol. 7, nº 2, 1999, pps. 49 a 58; concretamente en página 51. La opinión de LÓPEZ MENUDO parece de sumo interés cuando apunta “Y se puede dar cierre al razonamiento, invirtiéndolo, y decir que si los ciudadanos resultan generalmente beneficiados de la acción prestadora pública, a la que exigen los niveles de calidad propios del moderno estado de la ciencia o de la técnica, asumiendo así sus riesgos, no es disparatado afirmar que aquéllos vengan obligados a soportar, en el plano jurídico, los eventuales daños generados por hechos producidos en un momento histórico en el que era invencible la ignorancia sobre sus posibles efectos lesivos”. LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”... *op. cit.*; concretamente en página 80. Por su parte VEGA TEJEDOR diferencia dos estadios de este concepto: aquel que se produce cuando el producto es defectuoso desde un principio, y el que se da cuando dicha imperfección no se conoce hasta pasados unos años, por las limitaciones de la ciencia. Mientras que el primero de los escenarios es reprochable, no ocurre lo mismo con el segundo, ya que de su propia naturaleza se desprende que sería un freno para la investigación y para la puesta en circulación de cualquier bien. VEGA TEJEDOR, Rafael, “Riesgos del desarrollo o caso fortuito intrínseco”, en *Acciones en Investigaciones Sociales*, número 9, 1999, pps. 125 a 136; concretamente en página 129. BONILLA SÁNCHEZ matiza esta afirmación al aseverar, que la exoneración de responsabilidad se basa, no tanto en la imprevisibilidad del daño como en los medios desplegados con el fin de evitarlo. BONILLA SÁNCHEZ, Juan J., *La responsabilidad médica extracontractual...* *op. cit.*, página 204. Conviene citar con finalidad explicatoria a SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIÚ, entre otros, por su claridad al tratar esta cuestión “También, se ha planteado la cuestión de si los riesgos de desarrollo constituyen un supuesto de fuerza mayor o si ambas figuras son distintas. Legalmente, el art. 1105 del CC. habla de “sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”, pero no habla de fuerza mayor. Doctrinalmente, nos parece preferible la segunda opinión: la fuerza mayor consiste, según la doctrina dominante, en un acontecimiento que tiene lugar *ex post facto*, que es de naturaleza externa y que, por lo tanto, ocurre más allá de la esfera de control del afectado. Se trata de “acontecimientos ajenos al

Del examen de estas dos primeras resoluciones se puede concluir que el elemento central a fin de estimar el caso fortuito en ambas relaciones fácticas ha sido, además de la imprevisión, la inevitabilidad del daño. A pesar de que en los dos litigios se extremaron al máximo las medidas preventivas, concurrió un elemento que escapaba a las mismas³⁷⁴.

3. El litigio que será objeto de estudio a continuación es la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2004³⁷⁵, un caso en el que D^a. Marta, ante un cuadro de latidos en la región retroarticular izquierda, acompañados de cefalea nuchalgias, con hipoacusia en el oído izquierdo y caídas, a lo que debemos añadir su diabetes; ingresó en un centro hospitalario cercano a su lugar de residencia, a los efectos de someterse a una arteriografía.

responsable”, en el sentido de que quedan fuera de su ámbito de control. En cambio, los riesgos de desarrollo se refieren a un producto originariamente defectuoso, es decir, a uno que ya lo era en el momento de su comercialización. Aquí, el acontecimiento es histórico e interno, tiene lugar dentro de la esfera de influencia del fabricante”. Evidencian estos autores que la opción de equiparar la fuerza mayor a los riesgos del desarrollo no es la más correcta, dado que consideran como elemento identificativo de la fuerza mayor, la exterioridad de la misma, y en el caso de los riesgos del desarrollo éstos se hallarían dentro de la esfera de actuación del imputado, por lo que dicha equivalencia se tornaría imposible. AAVV., “Los riesgos del desarrollo”, en *InDret*, nº 1, 2001, pps. 1 a 30; concretamente en página 8. SÁNCHEZ JORDÁN va un paso más allá, al apuntar que los riesgos del desarrollo encajan en mayor medida en el concepto de caso fortuito, que en el de fuerza mayor. SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, “Los riesgos del desarrollo, causa de exoneración en algunos supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración” ... *op. cit.*; concretamente en página 53. Opinión contraria mantiene LÓPEZ MENUDO, quien tomando como base la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997 (Sala Cuarta, recurso 737/1998, ponente González Peña), califica los riesgos del desarrollo como fuerza mayor. LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”... *op. cit.*; concretamente en página 81.

³⁷⁴ Contamos con una resolución semejante de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que utilizaremos únicamente a efectos comparativos. Se trata de la sentencia de 18 de marzo de 1993 (Sala Segunda, recurso 6711/1989, ponente Cotta Márquez de Prado). El supuesto de hecho que se da en esta controversia es similar al del asunto estudiado, ya que ante una intervención que se le practica a una mujer joven, a la que se le pregunta sobre posibles alergias a medicamentos antes de la misma, en el curso de la cirugía sufre una parada cardio – respiratoria, como consecuencia de la cual padece un daño cerebral traducido en un 46,50% de invalidez. Se desconoce cuál fue la causa que provocó la parada, pero se barajó la opción de una especial sensibilidad de la paciente a un fármaco suministrado durante el proceso de anestesiado. A pesar de que la Audiencia Provincial, como instancia inferior al Tribunal Supremo, absolvió al anestesista, el Tribunal Supremo procedió a su efectiva condena por considerar “... tanto si la medicina administrada no fue la correcta, como si lo fue pero se produjeron las consecuencias dañinas por no haberse efectuado las previas y oportunas pruebas alérgicas, cuya omisión señala el fallo combatido, el comportamiento en uno y otro caso, al no existir ningún otro, fue negligente en extremo...”. Sin embargo, este fallo fue de lo más desafortunado, en la medida en que ponía a los anestesistas ante la tesitura de prever posibles reacciones adversas, imposibles de vaticinar hasta el momento mismo de su manifestación. Hasta tal punto fue polémica la actuación del Alto Tribunal, que la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo solicitó una petición de indulto al Gobierno para el anestesista condenado. GALÁN CORTÉS, Julio César, “La responsabilidad civil y penal del médico anestesista”, en *Diario La Ley*, tomo 1, 1995, pps. 1055 a 1075; concretamente en página 1072.

³⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2004, Sala Tercera, recurso 280/2001, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde el punto de vista del derecho de información, en el capítulo correspondiente.

El cateterismo selectivo se le insertó por la vena femoral, hallándose fístula dural en seno lateral izquierdo, por lo que se inició un tratamiento mediante embolización endovascular. En el curso del procedimiento la paciente sufrió un accidente cerebrovascular, es decir, un infarto isquémico. Como consecuencia del mismo le quedaron las siguientes secuelas: disfasia, hemiplejía en las extremidades derechas, laterocervical izquierda, pérdida de visión en el ojo izquierdo y pérdida del habla; todo ello traducido en una minusvalía del 94%.

La actora pretendió ser resarcida por el daño sufrido, pero sus pretensiones no fueron estimadas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Es conveniente destacar tres elementos de la controversia que nos ocupa: en primer lugar, no se observa mala praxis en el acto médico de la arteriografía, es decir, se utilizaron los medios debidos, de una manera correcta y acorde a la *lex artis*; en segundo lugar, que en el curso de una arteriografía se produzca un accidente cerebrovascular es un riesgo remoto, pero no extraordinario. En tercer y último lugar, la paciente había sido expresamente informada sobre la posibilidad de sufrir un infarto isquémico cerebral, al ser éste uno de los riesgos “típicos” de esta prueba invasiva³⁷⁶.

Este litigio tiene los ingredientes necesarios para que el caso fortuito sea observado. A pesar de ello, y aunque el Tribunal Supremo no lo mencione expresamente, porque la cuestión que se dilucidó en casación fue la información, parece poder entreverse que el juzgador acude a esta construcción doctrinal de forma tímida “Sin embargo (fol. 122 a 124) se recogen las declaraciones del doctor Juan Pedro -Jefe del Área (sic) de Neurocirugía-, de una enfermera y un enfermero que declaran que la actora fue informada de las complicaciones de la embolización y que firmó el consentimiento, si bien no apareció y que en todo caso, ese tipo de intervenciones no comienzan sin antes recabarlos”³⁷⁷.

Aunque el único asunto estudiado por el Tribunal Supremo fue la cuestión informativa, el juzgador estima que la actora fue debidamente informada, a pesar de que el documento en el que constaba su firma se extravió. No indemnizar unas lesiones de

³⁷⁶ PLAZA PENADÉS da especial importancia a los riesgos informados, cuando señala “Evidentemente y si acontece el riesgo informado y asumido por el propio paciente no existirá responsabilidad por este concreto motivo (consentimiento informado), aunque su carácter autónomo y singular no impide apreciar responsabilidad si se causan otros daños por una actuación negligente del facultativo con ocasión de su intervención”. El riesgo conocido se torna en asumido cuando éste forma parte de la información facilitada en el consentimiento informado, y con ello, el daño no es indemnizable. PLAZA PENADÉS, Javier, El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria ... *op. cit.*, página 72.

³⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2004 ... *op. cit.*

tal entidad debe tener una justificación de mayor solidez que la mera información. Esta base es precisamente el caso fortuito, más si cabe si se tiene presente que concurría un elemento de riesgo a tener en cuenta en la paciente, como es la diabetes que ésta padecía.

El Alto Tribunal evidencia que ya que el infarto isquémico es un riesgo inherente a la prueba, así como al tratamiento en cuestión, la materialización de un peligro asumido debe ser exonerado, en base a las limitaciones de la ciencia. Es precisamente en el azar de la imprevisión donde podemos encontrar la esencia del caso fortuito³⁷⁸.

4. La penúltima de las controversias, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002³⁷⁹, es muy similar a la anterior, por lo que no procede un análisis muy profuso. D^a. Maribel fue intervenida de cataratas para mejorar su visión, cirugía que transcurrió con plena normalidad. Sin embargo, en el postoperatorio sufrió un infarto del nervio óptico, algo que en principio es remoto, y que le ocasionó la pérdida de visión del glóbulo ocular operado. El infarto del nervio óptico que afectó a la paciente, no muestra síntoma alguno antes de presentarse, por lo que se trata de algo inevitable.

El *iter* procesal de este asunto fue iniciado por la paciente, cuyas pretensiones no fueron admitidas hasta el grado de apelación. Tras ver su recurso parcialmente estimado, la casación quedó en manos del Insalud y de la aseguradora del médico que practicó la actividad quirúrgica.

La cuestión de fondo gira en torno a si, habida cuenta de las circunstancias personales de la paciente (su avanzada edad y la arterioesclerosis que sufría), el infarto sufrido por D^a. Maribel en el nervio óptico tras la intervención de cataratas que le fue practicada, era predecible, y consecuentemente, su falta de previsión indemnizable. La

³⁷⁸ Esta misma idea de asunción de riesgos y aplicación de los medios necesarios se puede observar en un litigio paradigmático, en el que un paciente se sometió a una tomografía axial y en el curso de la misma sufrió un riesgo propio de ésta, que resultó fatal. Dado que dicha reacción tenía una posibilidad de una entre un millón y que se tomaron todas las medidas necesarias a fin de evitarla, de acuerdo con las circunstancias del enfermo, se consideró que se trató de un caso fortuito no reprochable. AA. VV., “Muerte de un paciente mientras se realizaba una tomografía computada. Inexistencia de mala praxis médica. Caso fortuito”, en *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, nº 2, 2012, pps. 245 a 260. Parece conveniente recordar brevemente la semejanza de este último litigio estudiado con los contagios de VIH y Hepatitis C por transfusiones. Una vez se tuvo conocimiento de ambas patologías, así como de sus vías de transmisión, pero no existía forma de localizarlas, el reproche de la conducta dependía del nivel de información recibido por el paciente. Si el transfundido había sido informado de los riesgos inherentes a la técnica médica, ésta era vital y se producía la contaminación, concurría un caso fortuito intrínseco o de evolución; mientras que si la información recibida no contenía la posibilidad de contaminación, el asunto era reprochado, pero en base a la cuestión informativa.

³⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002, Sala Primera, recurso 3808/1996, ponente O’Callaghan Muñoz.

negativa por parte del Tribunal Supremo es tajante. El infarto del nervio óptico es inesperado, hasta el punto de no poder observarse síntomas previos al mismo. A pesar de ello, no se trata de un evento desconocido; por lo que no es posible acudir a la fuerza mayor. Esta contingencia tiene la entidad suficiente como para dejar sin reproche el perjuicio, teniendo presentes incluso los antecedentes de salud de la paciente, a los cuales evidentemente el Tribunal Supremo no les da la relevancia suficiente como para desacreditar el caso fortuito.

El Alto Tribunal es claro cuando al pronunciarse asevera “En el presente caso, se ha probado en autos y se ha recogido en las sentencias de instancia que no hay nexo causal entre la actuación del médico y el daño consistente en la pérdida de visión del ojo izquierdo. Dicha actuación fue correcta y el daño sobrevino por la naturaleza, según se ha acreditado pericialmente, que en términos jurídicos no es otra cosa que fuerza mayor, que elimina aquel nexo causal. Por lo cual, debe ser desestimada la demanda”³⁸⁰.

El juzgador de nuevo acude a la figura de la fuerza mayor a fin de justificar un supuesto exonerador de responsabilidad civil. A pesar de la mentada afirmación, estimamos que en realidad se trata de un caso fortuito y que el Tribunal Supremo ha acudido a esta fórmula, únicamente para dar más contundencia a sus afirmaciones.

5. La resolución que estudiaremos a continuación es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2006³⁸¹, en la que D^a. Marí Juana, tras ser diagnosticada en 1998 de un queratocono bilateral, se sometió a un trasplante de córnea, que transcurrió con plena normalidad.

Sin embargo, dos meses después de la intervención sufrió un traumatismo corneal en la zona del injerto, que tuvo que ser suturado y sometido a controles semanales, para observar su evolución. No se aconsejaba un nuevo trasplante, por presentar la misma queratitis intersticial, de forma que se aguardó a que pasasen dos meses para practicársele la nueva cirugía, que también evolucionó favorablemente. No obstante, se presentó una endofalmitis postoperatoria, una complicación conocida que se manifiesta en el 0,11% de los casos. La mencionada infección provocó un resultado final de ptosis bulbi, ocasionándole a la paciente la pérdida del ojo afectado.

D^a. Maria Juana consideró que el daño que sufrió pudo ser evitado y por tanto debía ser reprochado. Ninguna de las instancias previas al Tribunal Supremo admitió las

³⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002 ... *op. cit.*

³⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2006, Sala Tercera, recurso 3374/2002, ponente Robles Fernández.

pretensiones de la parte actora, en virtud de lo cual la paciente recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

De la relación fáctica del litigio únicamente debemos centrarnos en la segunda parte de los hechos, ya que la lesión que sufrió la paciente por un traumatismo, carece de entidad dentro de la idea del caso fortuito. El elemento clave se encuentra en la endoftalmitis que sufrió D^a. Marí Juana tras el segundo trasplante de cornea, que provocó la pérdida del ojo izquierdo.

De acuerdo con los hechos del asunto, la endoftalmitis que apareció en la paciente tiene un carácter remoto, pues sólo se presenta en el 0,11% de los trasplantes de cornea. Ahora bien, se trata de un riesgo conocido, y por lo tanto asumido, cuyas causas son ignoradas. Aun extremándose las medidas de control e higiene, ésta puede presentarse, por lo que es inevitable.

Esta controversia tiene todos los elementos necesarios para el caso fortuito: el conocimiento de la probabilidad de que se manifieste un peligro y la imposibilidad de soslayarlo.

A pesar de la evidencia del supuesto, el Tribunal Supremo no llega a pronunciarse sobre este punto concreto (aunque sí lo deja entrever), porque el recurso de la actora tiene una dirección diferente: el plazo de tiempo entre las dos intervenciones. La recurrente estima que el lapso temporal entre las dos actividades quirúrgicas era excesivo, y que fue precisamente éste el elemento que motivó que se presentase dicha complicación.

Con motivo de la argumentación de la recurrente el Alto Tribunal no tiene oportunidad de pronunciarse sobre el caso fortuito. No obstante, estimamos suficiente justificación, el hecho de que el juzgador haya desestimado las pretensiones de la actora, al considerar que todas las actuaciones médicas fueron acordes a la *lex artis*; lo que comporta necesariamente la admisión de la noción del caso fortuito en la infección que sufrió la paciente tras el segundo trasplante³⁸².

³⁸² De esta misma opinión se muestra BONILLA SÁNCHEZ al aseverar “Si el paciente, convenientemente informado, presta su consentimiento libre y sin vicio al acto médico, quedaría obligado a soportar los daños que acaezcan, si son consecuencia de los riesgos ordinarios de la intervención o del tratamiento emprendidos. Por riesgo extraordinario ha de entenderse el llamado “riesgo terapéutico”, que es el peligro que aparece excepcionalmente, teniendo en cuenta lo habitual del tratamiento, sin relación con el estado anterior de la víctima y con una gravedad fuera de lo común. Entiendo que se trata de un tipo de riesgo de desarrollo, inevitable supuesto de fuerza mayor, cuyo conocimiento excusa al facultativo de responder. El resto de los peligros derivados de una actuación médica incorrecta los garantiza el doctor”. BONILLA SÁNCHEZ, Juan J., *La responsabilidad médica extracontractual... op. cit.*, páginas 217 y 218.

2. Supuestos en los que la figura del caso fortuito no es observada.

6. La primera resolución de este bloque es la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2007³⁸³, en la que D^a. Flora, de 69 años de edad, diabética y con la consiguiente dificultad de cicatrización, fue tratada con quimioterapia. Todo transcurría con normalidad hasta que diez minutos después de haber comenzado, se produjo una extravasación de la sustancia profundida, por lo que la terapia tuvo que suspenderse de manera inmediata, para atender las lesiones que le había causado el accidente.

Los daños que padeció la paciente fueron esencialmente estéticos, requiriendo dos intervenciones, a pesar de las cuales le restaron las siguientes secuelas: mano derecha en aleta, injerto en el dorso, edema en el dorso y dedos, movilidad en muñeca en flexión dorsal, flexión palmar indolora con limitación en los últimos grados, articulación metacarpofalángica e interfalángica en flexión de 15-20 grados sin ninguna movilidad, activa ni pasiva y con dolor al intento de movilizar pasivamente.

La extravasación es un proceso de carácter fortuito, que aparece en el 0,5 al 1% de los casos en los que se administra un tratamiento de quimioterapia. Sin embargo, el porcentaje puede variar, tanto por las circunstancias propias del paciente, como por el procedimiento utilizado para la perfusión.

D^a. Flora pretendió ser resarcida por el daño sufrido, pero su demanda no fue estimada en instancias inferiores al Tribunal Supremo, por lo que ésta recurrió en casación ante el Alto Tribunal.

La semejanza de este asunto con los anteriormente estudiados es palmaria, lo que nos lleva a cuestionarnos si la inadmisión del concepto del caso fortuito tiene más un carácter arbitrario, que una fundamentación jurídica seria.

Esta duda se disipa cuando observamos con más atención todas las circunstancias del litigio. Si bien es cierto que la extravasación es una contingencia conocida, asumida y a la vez inevitable, igualmente cierto es que las condiciones del paciente o del método utilizado para el tratamiento, inciden de manera relevante en el acrecentamiento del porcentaje habitual de extravasación. D^a. Flora presentaba una edad avanzada para la terapia que se le iba a suministrar (quimioterapia) y como añadido era diabética. Las mencionadas particularidades incrementaban el riesgo potencial de la

³⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2007, Sala Tercera, recurso 1817/2003, ponente Robles Fernández.

extravasación, por lo que las precauciones habituales podrían llegar a ser escasas, y consiguientemente vulnerarse la *lex artis*³⁸⁴.

En esta misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo cuando señala “Es evidente, pues, que la Administración sanitaria no ha probado que se tomasen las medidas necesarias para evitar la extravasación o para poner de relieve el carácter inevitable de la misma, limitándose a decir que ignora las causas de su producción. Del mismo modo no cabe aceptar las consideraciones de la codemandada Mapfre Industrial, S.A., cuando en su escrito de oposición al recurso, hace mención a dos opciones alternativas como causa de la extravasación, calificando como “más que sugerente” la opción de una rotura espontánea de la vena, lo que obviamente carece de cualquier rigor. De lo hasta aquí expuesto ha de concluirse que no habiendo probado la Administración Sanitaria que se hubiesen tomado las medidas a que nos hemos referido y teniendo por probado el Tribunal “a quo” que las lesiones de la recurrente trajeron su causa en la extravasación, hecho del que ha de partir esta Sala, debe concluirse que concurren los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que ambos motivos de recurso deben ser estimados”³⁸⁵.

El juzgador es claro, la Administración sanitaria es incapaz de demostrar que no sólo tomaron las cautelas usuales, sino que éstas fueron adaptadas para adecuarlas a las circunstancias de la paciente. Todo ello supone que, a pesar de que la extravasación es un hecho fortuito, la posibilidad de que se produzca se ha visto incrementada, eliminándose cualquier posibilidad de acudir al caso fortuito.

Llegados a este punto nos surge una duda relacionada con las circunstancias propias de la paciente, y es que si en la controversia anterior éstas no tenían mayor importancia, en este supuesto son vitales para justificar el reproche del acto médico. Esta razón radica en la relevancia de la situación de la paciente sobre el daño sufrido. En el primero de los casos, la diabetes y la edad de ésta en nada afectaban a los efectos

³⁸⁴ En este punto puede ser esclarecedora la teoría de SOTO NIETO cuando apunta el principio del “cálculo de probabilidades”. Señala este autor que la imprevisibilidad que conforman las circunstancias modificativas de la responsabilidad, debe baremarse en función de la frecuencia con la que acontece una contingencia, a los efectos de calcular si efectivamente puede ser un caso fortuito o no. SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación ... op. cit.*, página 33. Aplicando esta teoría al litigio que ahora nos ocupa, deberíamos partir de una cifra, el porcentaje de extravasaciones que se presentan como consecuencia de administrarse la quimioterapia. A este dato es necesario añadir las circunstancias propias de la controversia (edad de la paciente y diabetes), que incrementan la posibilidad real de que se dé la mencionada contingencia. Del cálculo de ambos conceptos obtendríamos la probabilidad de que concurra el daño, y en función del resultado obtenido, se barajaría la opción de acudir a figuras exoneratorias de la responsabilidad civil.

³⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2007 ... *op. cit.*

de incrementar o reducir las posibilidades de un infarto óptico. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el litigio que nos ocupa, en el que las mismas circunstancias tienen una importante incidencia en la posibilidad de extravasación de un tratamiento de quimioterapia.

Tal y como señalábamos páginas atrás, el caso fortuito quiebra el nexo causal y elimina cualquier probabilidad de reproche, pero cuando una actividad negligente ha incrementado las posibilidades de que se presente una contingencia inevitable, el caso fortuito pasa a un segundo plano y la negligencia toma el protagonismo.

7. La penúltima resolución de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de febrero de 2005³⁸⁶, se centra en un asunto en el que D^a. Julieta, a la que le habían practicado años atrás una colostomía por una enfermedad inflamatoria diverticular no tumoral, ingresó en urgencias como consecuencia de un absceso en la colostomía; presentando dolor abdominal y ausencia de heces en la bolsa receptora. Se optó por un tratamiento conservador antes de acudir a la cirugía, pero éste no dio resultados satisfactorios, por lo que se le aconsejó someterse a una laparotomía que reinstaurase la continuidad intestinal. En el documento informativo que firmó la paciente se le advirtió, entre otros riesgos, de un posible fallecimiento por sepsis.

Durante la laparotomía surgieron complicaciones cuando se intentaron liberar las asas, ya que esta parte de la operación fue especialmente laboriosa. El resto de la intervención transcurrió sin complicaciones aparentes. Éstas surgieron en el postoperatorio, cuando la paciente presentó dolor en el flanco derecho, que se trató como si fuese un cólico nefrítico, dado que no se apreció ningún otro síntoma que apuntase a otra posible afección. En un enema opaco practicado posteriormente, se advirtió una fuga asintomática en anastomosis, sin señal séptica, por lo que se instauró una terapia conservadora. Un mes después de la cirugía, D^a. Julieta sufrió un súbito empeoramiento, hasta el punto de requerir ser ingresada en la unidad de cuidados intensivos, por aparecer un cuadro séptico con leucocitosis. Se le diagnosticó sepsis secundaria a absceso retroperitoneal por dehiscencia de sutura y fistula anastomosis colorrectal por actividad quirúrgica, por lo que se le practicó una nueva laparotomía, a pesar de la cual la paciente falleció por progresión séptica y coagulopatía de consumo.

³⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de febrero de 2005, Sala Tercera, recurso 3184/2001, ponente Puente Prieto.

Las pretensiones indemnizatorias de la familia de la fenecida no fueron admitidas en las instancias inferiores, lo que motivó que recurriesen en casación ante el Tribunal Supremo.

Este relato fáctico comparte una gran semejanza con los anteriormente estudiados, especialmente con la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2004, al tratarse de un riesgo conocido e informado. La sepsis que provocó la muerte de la enferma se encontraba recogida en el documento informativo que ésta firmó, por lo que se trata de un riesgo remoto, que al materializarse fue imprevisible. Sin embargo, el juzgador no estima la concurrencia del caso fortuito, por un elemento externo al mismo: un error de diagnóstico.

A pesar de que se tenía conocimiento de que la sepsis podía presentarse después de la intervención que se le practicó a la paciente, lo cierto es que cuando ésta mostró los primeros signos de malestar, en lugar de comprobarse si efectivamente se trataba de una sepsis, se optó por considerar que era un cólico nefrítico; instaurándosele un tratamiento que no mejoró su estado.

El error de diagnóstico de esta controversia motiva al Tribunal Supremo a reprochar el daño y no observar un posible caso fortuito, al existir un elemento externo al mismo. Prueba inequívoca de ello es la siguiente argumentación que utiliza, a fin de fundamentar la condena “De todo lo anterior resulta que el único informe atribuido a la Inspección médica pone de relieve la existencia de una defectuosa actuación de los servicios sanitarios que no diagnosticaron la dolencia que sufría la paciente, como se pone de relieve en el informe de la Inspección, hasta que ésta alcanzó un estadio difícilmente reversible. Por ello y tal como propuso dicha Inspección, debió de haber sido estimada la reclamación de indemnización formulada por el recurrente, máxime si se tiene en cuenta que los propios servicios médicos del Hospital al informar de los riesgos para obtener el consentimiento informado ya fueron conscientes -y así lo expresaron- del riesgo de infección intraabdominal por dehiscencia de sutura y la posibilidad de un riesgo mortal de fallecimiento por septicemia, riesgos que, en el presente caso, no fueron correctamente detectados hasta que resultaron irreversibles falleciendo la esposa del recurrente a consecuencia de la producción de dicha septicemia resultante de un error diagnóstico que, en cualquier caso, el paciente no estaba obligado a soportar”³⁸⁷.

³⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de febrero de 2005 ... *op. cit.*

El juzgador advierte que, conocido el riesgo de una sepsis, el error de diagnóstico es inexcusable, ya que debieron extremarse las precauciones al presentarse los primeros síntomas, y no acotar la práctica diagnóstica a una enfermedad concreta. Es precisamente este error de diagnóstico el que impide cualquier opción de acudir al caso fortuito, ya que las posibilidades de daño se incrementaron³⁸⁸.

8. La última resolución de este bloque es la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2001³⁸⁹, un caso en el que D^a. Marí Luz ingresó en un centro hospitalario aquejada de un cuadro de lumbociática derecha e intenso dolor. Se le diagnosticaron dos hernias discales a niveles L3 – L4 y L4 – L5, y se le sugirió una intervención quirúrgica, como tratamiento reparador de su dolencia.

Aunque la cirugía se desarrolló sin complicaciones, en el postoperatorio se presentó una paresia del tronco ciático, que le impide caminar. Con rehabilitación consiguió mejorar un poco su estado de salud, llegando a poder deambular con un bastón inglés y un aparato ortopédico antiequino.

La afección del nervio que presenta D^a. María Luz probablemente tuvo su origen en la operación, en la que pudo darse una elongación o una compresión del nervio.

Las pretensiones indemnizatorias de la actora fueron parcialmente admitidas en primera instancia y confirmadas en apelación, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un supuesto de hecho en el que se materializa un riesgo conocido, pues la elongación o compresión del nervio ciático puede considerarse una eventualidad extraña, pero propia de este tipo de cirugías. Esta premisa llevaría a aceptar el caso fortuito como elemento eximente de responsabilidad civil, no obstante, el Tribunal Supremo opta por mantener el reproche de las instancias inferiores. Esta decisión no es en absoluto infundada, dado que si bien es cierta la existencia de un riesgo potencial de elongación o compresión del nervio ciático en este tipo de

³⁸⁸ SOTO NIETO es tajante sobre este extremo, el caso fortuito no es admisible cuando se conocía la posibilidad del daño final y, o no se utilizaron los medios necesarios, o una vez presentado éste no se actuó en consecuencia. Por ello, en el presente supuesto no se puede acudir al caso fortuito, porque aunque la contingencia era conocida, ante las primeras evidencias no se actuó en consecuencia. SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación ... op. cit.*, página 32. GALÁN CORTÉS se pronuncia en una línea muy similar al apuntar, que aunque la causa de fallecimiento de la paciente fue un evento que ésta conocía porque había sido informada, ello no obsta para que el daño no sea indemnizado, ya que para ello el médico debe acreditar la diligencia en sus actuaciones. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 82, 2010, pps. 549 a 563; concretamente en página 559.

³⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2001, Sala Primera, recurso 2245/1996, ponente Marín Castán.

actividades quirúrgicas, también lo es que ni el centro sanitario, ni el médico en concreto, pudieron probar que su actuación respetó los parámetros de la *lex artis*. Así parece pronunciarse el juzgador cuando asevera “En cuanto al motivo primero de ese mismo recurso, fundado en infracción de los arts. 1104 y 1105 CC, y al motivo primero del recurso interpuesto por el Instituto Nacional de la Salud, fundado en infracción del art. 1902 CC, comparten un planteamiento común consistente en que las secuelas de la demandante subsiguientes a la intervención quirúrgica entrarían dentro del porcentaje de complicaciones de este tipo de intervenciones estadísticamente comprobado (cinco o seis por ciento según el recurso del cirujano y tres por ciento según el otro recurso). Pero tal planteamiento no puede conducir a la estimación de los motivos porque el riesgo estadístico de complicaciones de una determinada intervención quirúrgica no es por sí solo excluyente de la responsabilidad del cirujano fundada en la culpa o negligencia apreciada en su actividad como aquí sucede, según ha declarado esta Sala en sentencias de 28 de julio de 1997 (recurso no 2327/93), 24 de mayo de 1999 (recurso no 1060/96), ambas sobre casos de sección de un uréter en intervenciones que estadísticamente conllevaban ese riesgo, y 4 de junio de 2001 (recurso no 1071/96), esta última referida a una parálisis producida por la administración de anestesia epidural y a cuyo tenor “el mero índice estadístico de complicaciones derivadas de la raquianestesia no permite concluir que cualquier lesión o parálisis subsiguiente a la aplicación de esa técnica sea jurídicamente exonerable por encontrarse dentro del porcentaje racional de riesgo, ya que la estadística no discrimina la proporción que, dentro de ese porcentaje, es en realidad imputable a una deficiente aplicación de la técnica”, sin que, finalmente, tampoco sean ajenas al caso examinado sentencias que, como las de 8 de septiembre de 1998 (recurso no 1326/94) y 28 de noviembre de 2000 (recurso no 1883/94), apreciaron responsabilidad en lesiones nerviosas a consecuencia de intervenciones quirúrgicas”³⁹⁰.

Puede parecer llamativa la afirmación del Tribunal Supremo sobre el índice de afectación de una contingencia en la actividad médica. Señala el Alto Tribunal, que la mera existencia de un porcentaje de riesgo, no supone necesariamente que éste deba ser asumido, sino que para que ello ocurra será necesario además que el centro sanitario, o facultativo concreto, acrediten que actuaron respetando la *lex artis*.

La tónica general en este último bloque temático es muy similar a la de los anteriores, ya que vuelve a incidir sobre la idea de que para admitir la efectiva

³⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2001 ... *op. cit.*

conurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, no sólo es necesaria una imprevisión, sino también una actuación diligente. Cualquier duda sobre este aspecto comportaría la imposibilidad de acudir a esta vía exoneratoria, tal y como se desprende de los litigios en los que el caso fortuito o la fuerza mayor no fueron admitidos por parte del Tribunal Supremo.

III. CONCLUSIONES.

1. El caso fortuito y la fuerza mayor no son conceptos propios de la responsabilidad sanitaria, sino circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, esto es, son construcciones doctrinales aplicables de forma transversal al Derecho. No obstante, lo cierto es que existe una relación muy estrecha entre estas nociones y la responsabilidad sanitaria, por la naturaleza misma de la práctica médica. No es extraño, y a lo largo de este capítulo ha podido observarse, que existen controversias en las que un daño es inevitable y debe asumirse, o se trata de una contingencia desconocida para la ciencia. Tanto un escenario como el otro, son la base para la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil.

Una aplicación indiscriminada del caso fortuito o la fuerza mayor en el ámbito sanitario, sería una práctica condena al paciente a soportar todo tipo de daños, bien por ser conocidos e inevitables, o por ignorarse; independientemente de las circunstancias. Sin embargo, las páginas precedentes han evidenciado de forma objetiva, que no todo litigio en el que se pretende aplicar un caso fortuito o fuerza mayor, resulta exonerado. Precisamente ésta es la finalidad aclaratoria de este capítulo: hallar la línea que separa el caso fortuito y la fuerza mayor del daño indemnizable, sin caer en arbitrariedades.

2. De la naturaleza de la actividad médica se desprende que son muy pocos los riesgos graves e inevitables, a pesar de lo cual, ello no es óbice para que éstos existan, y que en algunos supuestos sean impredecibles. Este escenario es prácticamente la definición misma del caso fortuito, ya que la fuerza mayor requiere una externalidad difícilmente observable en Medicina. El quebranto del nexo causal al que dan lugar estas contingencias, provoca una ruptura entre el hecho y el daño, lo que comprende que este último no pueda ser indemnizado.

No obstante, conviene matizar esta cuestión. Estas eventualidades dañosas no serán reprochadas si tanto el médico en concreto como el centro sanitario han desplegado todos los medios necesarios, atendiendo a los criterios de la *lex artis*, siempre de acuerdo con las necesidades del paciente. Cualquier vulneración de esta obligación incrementaría innecesariamente el riesgo asumido, lo que llevaría irremediablemente al reproche del caso.

CAPÍTULO III
DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

Breves notas introductorias sobre esta temática:

El derecho de información probablemente sea uno de los conceptos más novedosos y llamativos de la responsabilidad sanitaria. Esta característica, fruto de su especial naturaleza, provocó una importante inversión de los roles en la relación médico - paciente, donde éste último pasó de ser un objeto a un sujeto.

Aunque en sus primeros estadios fue duramente criticado, ya que resultó un tanto adelantado a su tiempo y se adoptaron múltiples vías para burlarlo, a día de hoy el derecho de información es una realidad ampliamente extendida. Ahora bien, esta última afirmación no debe llevarnos a la errónea idea de que todas las incógnitas en torno a esta noción han sido respondidas. No es extraño que surjan dudas sobre el titular del derecho de información, el personal sanitario obligado a la misma, e incluso su carácter limitado e ilimitado; cuestiones que aún a día de hoy, siguen siendo debatidas.

Con la intención de arrojar luz sobre estos aspectos, a lo largo del presente trabajo se procederá a elaborar un amplio análisis sobre el derecho de información, en el que éste será definido, se situará su origen (doctrinal, jurisprudencial y legislativo); la naturaleza de la idea, su contenido, así como sus especialidades objetivas y subjetivas. Todo ello a fin de abordar un amplio examen fenomenológico de la última década de jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia.

1. Concepto.

1. El derecho a la información y su compañero, el consentimiento informado, son instrumentos creados por el Derecho para la Medicina, de manera ajena a la práctica médica, pero que en la actualidad se encuentran tan embebidos en el día a día, que son un elemento esencial de cualquier relación médico – paciente³⁹¹.

Sin embargo, la historia ha sido testigo de que esta situación no siempre fue así, sino que el cambio es reciente, hasta el punto de haber provocado un giro de 180 grados en la actividad sanitaria³⁹². Es precisamente este principio de respeto entre ambas partes del proceso médico, la que ha permitido alejar la situación actual de la “autoridad de Esculapio”, por la cual el médico decidía por el paciente, pero sin contar con su voluntad, por considerarse que la actividad terapéutica era “para el enfermo, pero sin el enfermo”. Esta afirmación se fundamentaba en la idea de que la enfermedad no sólo afectaba al cuerpo, sino también al alma y la mente. Se partía de la hipótesis de que la intención del paciente se encontraba anulada y que necesitaba ser suplida por la del médico, en quien el enfermo depositaba toda su confianza³⁹³.

³⁹¹ MARTÍNEZ – PEREDA se hace eco de esta situación al calificarla como “lamentable”, ya que instauró un régimen legal sin “educar” previamente al personal sanitario. Ello hizo que la clase médica viese esta nueva idea como una simple formalidad burocrática, y no como un modo de información y comunicación. MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, “Algunos efectos producidos por la implantación del consentimiento informado en España”, en *Diario La Ley*, nº 6524, 2006, pps. 1 a 14; concretamente en página 9. DE LORENZO Y MONTERO se muestra divergente sobre este extremo, al señalar que el derecho de información no es una imposición del Derecho a la Medicina, sino una evolución de esta última. DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo, *Derechos y obligaciones de los pacientes*, Colex, Madrid, 2003, página 54. Por su parte autores como CHUAIRE y SÁNCHEZ apuntan, que el origen del derecho a la información y del consentimiento informado no se encuentra en el Derecho, sino en la Bioética. CHUAIRE, Lilian y SÁNCHEZ, Magda Carolina, “Platón y el consentimiento informado contemporáneo”, en *Colombia Médica*, vol. 38, nº 3, 2007, pps. 297 a 300; concretamente en página 300.

³⁹² Para GRACIA GUILLÉN el derecho a la información conformaría una de las mayores aportaciones del Derecho a la Medicina, al ser un “derecho humano primario y fundamental”. GRACIA GUILLÉN, D., “Ocho tesis sobre consentimiento informado”, en *Actas del II Congreso Derecho y Salud*, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, 1994, pps. 115 a 119; concretamente en página 117.

³⁹³ BELTRÁN AGUIRRE resume a la perfección la situación de la Medicina antes de la aparición de la autonomía del individuo “Algo similar ha ocurrido en la relación médico – enfermo. El médico, educado en la tradición hipocrática, ha sido poco proclive a informar al paciente; ha primado en él una actitud paternalista en el sentido de perseguir siempre el beneficio físico del enfermo, pero sin que para ello sea necesario ni aconsejable que el paciente conozca y decida sobre su enfermedad. El enfermo debía adoptar una actitud pasiva de plena confianza en el médico. El secreto o reserva médica, incluso respecto del propio paciente, imperaba sobre la información”. BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “La información en la ley general de sanidad y en la jurisprudencia”, en *Derecho y Salud*, vol. 3, nº 2, 1995, pps. 157 a 174; concretamente en página 158.

2. El protagonismo del paciente era limitado, tanto en la relación médica como en la función terapéutica, es decir, era un objeto de terapia, de acuerdo con los postulados de la ciencia clínica; de tal forma, que cuando se tenía que optar por un tratamiento u otro, quien decidía era el médico. Fue necesario el paso del tiempo, a los efectos de que la ciencia médica se percatase de que la forma más apropiada de tratar a un paciente, pasaba necesariamente por conocerlo, ya que aspectos precisos de sus hábitos de vida o personalidad, podían llevar a detectar el origen de su dolencia, y por supuesto, la adecuación de su tratamiento³⁹⁴.

Partimos de una ancestral relación entre médico y paciente, caracterizada por su verticalidad, donde el primero asumía una actitud de tutela sobre el *infirmus*, que en latín significa “débil”, tanto física como mentalmente³⁹⁵. Dadas las acepciones de este término, es lógico comprender la trayectoria histórica de las relaciones médico - paciente, en las que el papel de este último no trascendía al de cualquier incapaz en la actualidad³⁹⁶.

³⁹⁴ Esta técnica recibió el nombre de “personalización de la enfermedad”, un concepto nacido en el seno del psicoanálisis. Su esencia radica en la necesidad de hallar una conexión entre la vida anímica y la actividad orgánica, porque un tratamiento individualizado, basado en la personalidad del paciente, es más eficiente que uno ajeno a la misma. PELAYO GONZÁLEZ – TORRE, Ángel, *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 1997, página 80

³⁹⁵ Con el concepto *infirmus* PELAYO GONZÁLEZ – TORRE nos acerca la siguiente realidad “Es decir, que en esta relación el enfermo, que como se ha recordado con frecuencia es un *in – firmus*, es decir un sujeto falto de fuerza, se encuentra en situación de desigualdad. Su posición se caracteriza a menudo por la vulnerabilidad derivada del padecimiento de la enfermedad, creando una situación en la que al médico le es fácil imponerse su voluntad sobre la del paciente, confundiendo técnica con una autoridad moral”. PELAYO GONZÁLEZ – TORRE, Ángel, *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado ... op. cit.*, página 93. No es osado comparar esta idea del enfermo con la de un incapaz en la actualidad, algo que revela la naturaleza de las relaciones médico – paciente. Sobre esta idea de la verticalidad inciden DEL CAÑIZO FERNÁNDEZ – ROLDÁN y DEL CAÑIZO LÓPEZ, al equiparar la relación médica a la existente entre padre e hijo: el médico manda y el paciente obedece. Resumen esta cuestión en la siguiente frase “El *ethos* de la Medicina es procurar el mayor bien del paciente, pero es el médico quien establece cuál es este beneficio. Esto es así porque el sistema naturalista consideraba que el hombre enfermo era no sólo un disminuido físico, sino también un disminuido psíquico, e incluso un disminuido moral”. DEL CAÑIZO FERNÁNDEZ – ROLDÁN, Agustín y DEL CAÑIZO LÓPEZ, Agustín, “El consentimiento informado en asistencia pediátrica”, en GÓMEZ – HERAS, José María y VELAYOS CASTELO, Carmen (Editores), *Bioética, perspectivas emergentes y nuevos problemas*, Tecnos, Madrid, 2005, pps. 273 a 286, página 274.

³⁹⁶ MARTÍNEZ – PEREDA es bastante elocuente cuando apunta que la Medicina se trataba de una “medicina de esclavos”, equiparable al despotismo ilustrado, por el cual se actuaba para el pueblo pero sin el pueblo. La situación social y política del país había cambiado, así como la concepción de la persona, pero no la del paciente. MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, “Algunos efectos producidos por la implantación del consentimiento informado en España”... *op. cit.*; concretamente en página 1. A lo que añade este autor, que probablemente el origen de esta situación se encuentre en los textos de Hipócrates, concretamente en uno en el que se señala “«Haz todo esto con calma y orden, ocultando al enfermo, durante tu actuación, la mayoría de las cosas. Dale las órdenes oportunas con amabilidad y dulzura, y distrae su atención; repréndele a veces estricta y severamente, pero otras, animale con solicitud y amabilidad, sin mostrarle nada de lo que le va a pasar, ni de su estado actual; pues muchos acuden a otros médicos por causa de esa declaración, antes mencionada, del pronóstico sobre su presente y futuro»”. La carga ética de estas palabras es suficiente para comprender la naturaleza de la anterior relación existente

El escenario actual tiene un guión completamente distinto, en el que el paciente pasa a ser usuario de un servicio, y como tal, no sólo cuenta con obligaciones, sino también con derechos³⁹⁷.

3. Existen múltiples teorías que apuntan a qué pudo motivar este cambio, pero la más destacable de todas ellas es la que sostiene GALÁN CORTÉS, al considerar que el motor principal que ha promovido esta transformación está compuesto por dos factores: el primero de ellos es lo que el autor denomina “la pérdida de esa atmósfera de confianza” que existía entre el paciente y el médico, lo que hace que ambas partes se muestren cautelosas; y en segundo lugar, la complejidad y creciente especialización de la Medicina, que provoca, en palabras de este autor, “una sensible deshumanización de su práctica”³⁹⁸.

entre el médico y el paciente, no en vano se evidencia un modelo paternalista casi llevado al extremo. ROMERO COLOMA se muestra especialmente gráfico, cuando equipara la figura del médico al tutor del paciente, al ser éste lego en la materia y encontrarse en una situación de desamparo. Precisamente por ello, las decisiones debían de ser tomadas por el propio médico y no por el enfermo, que carecía de criterio alguno. ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La medicina ante los derechos del paciente*, Montecorvo, Madrid, 2002, página 64.

³⁹⁷ GITRAMA GONZÁLEZ señala que el motivo de este cambio de prisma encuentra su justificación en que “quién mejor puede decidir para una persona es uno mismo”, y en el caso de la salud, es el propio paciente el que tiene esta prerrogativa. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 30, 1977, pps. 274 a 333; concretamente en página 268. Hasta tal punto llega la revolución generada por el derecho de información, que algunos autores como VIGURI PEREA, han llegado a calificar como insólita la relevancia que la construcción doctrinal del consentimiento informado tiene en la realidad jurídica. Concretamente asevera este autor “Es difícil encontrar doctrinas que hayan logrado un alcance similar al obtenido por el consentimiento informado, en estos últimos tiempos, y que afecten tanto a la autonomía de la voluntad de las personas. Su existencia ha revolucionado la práctica de la medicina y de los aspectos legales que la rodean. Al fin y al cabo, se trata de que exista un control en la toma de decisiones que competen a la salud del individuo”. VIGURI PEREA, Agustín, “El consentimiento informado desde una perspectiva comparada”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez – Picazo* (tomo I), Thomson – Civitas, Madrid, 2003, pps. 1106 a 1126, página 1106.

³⁹⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, página 23. Para otros autores como SÁNCHEZ – CALERO, la verdadera razón de esta transformación se encuentra más en la conciencia que la persona ha adquirido de sí misma y de su integridad física. La persona tiene la capacidad de decidir por sí misma, por lo que también sobre su cuerpo. Por ello, debe prestar su consentimiento para cualquier acto médico, para lo cual necesita estar informada previamente. SÁNCHEZ – CALERO ARRIBAS, Blanca, “El consentimiento informado en el acto médico”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 49, 2007, pps. 43 a 68; concretamente en página 45. REQUERO IBAÑEZ nos acerca su propia teoría, cuando señala que el origen de este cambio se basa en el ideal de la autonomía individual del paciente como persona, que se traduce en que es el propio paciente quien tiene la facultad de decidir por sí mismo, como consecuencia de lo cual, el médico no debe optar por el enfermo. REQUERO IBAÑEZ, José Luis, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones”, en *Actualidad Administrativa*, nº 31, 2002, pps. 889 a 937; concretamente en página 892. De esta misma opinión se muestra BLAS ORBÁN, cuando apunta que fueron precisamente los pacientes, con sus pretensiones e innovaciones, los verdaderos precursores de los cambios. No fue algo repentino, sino un proceso lento, en el que los ciudadanos fueron tomando un mayor protagonismo en la vida social, y por supuesto, también en la Medicina. BLAS ORBÁN, Carmen, “La voluntad del paciente en la asistencia sanitaria (a propósito de un artículo de prensa)”, en *Derecho y Salud*, vol. 14, nº 2, 2006, pps. 241 a 266; concretamente en página 241. Por su parte, LÓPEZ – CHAPA estima que el verdadero fundamento de esta innovación que hemos vivido, se encuentra en múltiples factores (sociales, éticos y culturales),

El derecho a la información y su acompañante, el consentimiento informado, tienen su origen en dos vertientes de la persona constitucionalmente reconocidas, nos referimos al derecho a la salud y la dignidad de la persona (artículos 43 y 10.1, respectivamente)³⁹⁹. Ninguno de estos dos preceptos son novedosos, ya que como hemos podido comprobar, ya venían recogidos en la Constitución. Sin embargo, su aplicación práctica requería, no sólo de su reconocimiento, sino también de una toma de conciencia social.

El escenario base en el que nos encontramos, no permitía movilizar ninguno de estos dos conceptos constitucionales, al caracterizarse la relación médico – paciente por una situación de dependencia⁴⁰⁰. Han sido necesarios muchos cambios y años de evolución, para que el paciente tome conciencia y posesión de su rol en la relación, que no es otro que el de usuario / cliente.

4. Para un primer acercamiento, es conveniente definir y situar la aceptación genérica del consentimiento. Este principio básico ya se encontraba recogido en nuestro Código Civil, en los artículos 1.254 y 1.258⁴⁰¹. Probablemente estos preceptos en

destacando sobre todos ellos el respeto al principio de la autonomía de las personas, y concretamente, de los pacientes. LÓPEZ – CHAPA, Sara, *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, Bosch, Barcelona, 2007, página 28. Hay autores que sin embargo consideran que el motor de este cambio se encuentra en la propia evolución sufrida por la Medicina en la segunda mitad del siglo XX, ya que ésta varió completamente el escenario que hasta entonces se tenía, hasta el punto de permitir la curación de enfermedades supuestamente incurables y de prolongar la vida por medios mecánicos. Son precisamente estos aspectos sobre los que el médico se ve desbordado y requiere que el paciente decida por sí mismo, surgiendo así el concepto de la bioética, cuya finalidad es la búsqueda de soluciones racionales a los problemas éticos que presenta este nuevo escenario de la Medicina. AA.VV., “El consentimiento informado en la práctica quirúrgica”, en *Centro Nacional de Cirugía de Mínimo Acceso*, nº 215, 2009, pps. 1 a 9; concretamente en página 3.

³⁹⁹ Para REQUERO IBÁÑEZ ambos conceptos han sido de una ayuda inestimable para equiparar, lo que él ha denominado “equilibrio o juego de poderes”. Estas ideas permitieron compensar la balanza y dotar a los pacientes de una capacidad mínima en la relación sanitaria. REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones” ... *op. cit.*; concretamente en página 893.

⁴⁰⁰ VIANA CONDE y DE SAS FOJÓN explican de forma muy gráfica esta situación “Antes los médicos examinaban a los enfermos, hablaban con ellos y con sus parientes, porque ninguna otra cosa había que hacer. A partir de 1950 la revolución terapéutica y la irresistible entrada de la técnica en Medicina obligan a los médicos a prescribir exploraciones o tratamientos a los pacientes, mucho más que a hablarles. Un cuarto de siglo más tarde, se enuncia el divorcio. El principal reproche que se hace a un médico es éste: no me ha dicho nada. Así es en Norteamérica y en Francia. Al finalizar la década de 1970 la comisión presidida por Hugues Mac Aleese concluye que la primera causa de procesos judiciales contra un médico es la falta de información a los enfermos y a su familia. Poco después las compañías de seguros comprueban que los médicos encausados tienen igual competencia profesional que los otros, pero carecen de calor humano, son poco o nada comunicativos y tienen un contacto con el enfermo de pésima calidad”. VIANA CONDE, Antonio y DE SAS FOJÓN, Antón, “El consentimiento informado del enfermo”, en *Diario La Ley*, tomo 2, 1996, pps. 1 a 18; concretamente en página 1.

⁴⁰¹ Esta idea por la cual el consentimiento informado tiene su origen en el consentimiento del Código Civil, no se encuentra libre de toda crítica, hasta el punto de que autores como SÁNCHEZ GÓMEZ consideran que no se trata de un consentimiento contractual, como el que viene recogido en el Código Civil, sino que contrariamente conformaría un consentimiento – legitimación; fruto no tanto de una

materia de contratos sean el origen de esta noción, actualmente recogida en el artículo 3 de la Ley 41/2002⁴⁰², que es referida por LIZARRAGA BONELLI, como una bipartición entre “conocer” y “consentir”. Afirma este autor, que el derecho de información está compuesto por la información por un lado, y el consentimiento informado por el otro, sin ser estos conceptos sinónimos, al englobarse el consentimiento en el conocimiento de la información⁴⁰³.

5. La relevancia de estas dos nociones es indiscutible, ambas construcciones doctrinales se han intercalado en las relaciones médico – paciente, hasta el punto de formar parte de la esencia de la *lex artis*, debiéndose entender de esta afirmación, que su vulneración conformaría un atentado contra la misma⁴⁰⁴. El derecho de información engloba al consentimiento informado, siendo éste la materialización última de la autonomía de la voluntad, al ser un documento en el que el paciente autoriza a un médico a actuar, de forma consentida.

GALÁN CORTÉS por su parte, nos acerca una descripción muy acertada del derecho de información, que sigue una línea similar a la que ahora hemos apuntando “Es unánime, en la doctrina y la jurisprudencia actual, la consideración de que la información del paciente integra una de las obligaciones asumidas por el equipo médico, y es requisito previo a todo consentimiento, al objeto de que el paciente pueda emitir su conformidad al plan terapéutico de forma efectiva, y no viciada por una información sesgada e inexacta, puesto que el tenor de la obligación médica comprende no sólo la aplicación de las técnicas o intervenciones apropiadas en el estado actual de la ciencia médica (núcleo principal de su deber prestacional), sino también el deber de

relación contractual entre médico y paciente, sino de la materialización del derecho a la autonomía de éste último. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, “Comentario a la sentencia de 12 de julio de 1994”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 38, 1995, pps. 471 a 488; concretamente en página 476.

⁴⁰² Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁴⁰³ LIZARRAGA BONELLI, Emilio, “La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, en GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Thomson – Civitas, Madrid, 2004, pps. 225 a 295, página 232.

⁴⁰⁴ LIZARRAGA BONELLI aboga por esta idea al afirmar “La información previa y el consentimiento, también previo, son hoy sin duda alguna por incorporación a nuestro derecho positivo presupuestos y elementos integrantes de la *lex Artis ad Hoc* de la actuación sanitaria. Constituyen, por consiguiente, una exigencia de la *lex Artis* para llevar a efecto la actividad médico – quirúrgica curativa, cuando se trata de la denominada obligación de medios, que adquiere mayor alcance y trascendencia, cuando estamos en presencia de la denominada <<medicina satisfactiva>>”. LIZARRAGA BONELLI, Emilio, “La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, en GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica ... op. cit.*, página 229.

dar al paciente la información adecuada en cada caso, muy a pesar de que no haya sido expresamente pactada (art. 1258 del Código Civil)”⁴⁰⁵.

De manera muy parecida se pronuncia SANCHO GALLARDO “En sí, el derecho consiste en la autonomía de la persona para decidir por sí misma acerca de su vida e integridad física, afectada por una enfermedad, con relación al sometimiento a un tratamiento o actuación médica”⁴⁰⁶.

El derecho de información puede resumirse en una comunicación entre personas adultas (verbal y escrita), no para la formación de un contrato, sino para la elección y aceptación de una terapia médica; para tal fin la información debe ser detallada, veraz y comprensible⁴⁰⁷.

CASAS define de forma muy clara y simple lo que debe entenderse por derecho de información “El consentimiento informado se define en la Ley como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. El presupuesto de hecho del consentimiento informado es el sometimiento a una actuación menores (análisis de sangre, pruebas diagnósticas inocuas), como a casos en los que se compromete realmente la salud de las personas en el caso de las intervenciones quirúrgica de diversos alcance y complejidad o pruebas invasivas para la (sic) personas destinadas a realizar diagnósticos”⁴⁰⁸.

Cuando DE LA MAZA explica el derecho a la información, lo hace contraponiéndolo al derecho de autodeterminación del paciente “La autodeterminación de los pacientes es el interés protegido, el consentimiento informado constituye el dispositivo a través del cual se procura esa protección, finalmente, la técnica a través de la cual se busca garantizar el consentimiento informado es la imposición de dos deberes

⁴⁰⁵ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 488.

⁴⁰⁶ SANCHO GALLARDO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, en *InDret*, nº 209, 2004, pps. 1 a 25; concretamente en página 5.

⁴⁰⁷ AA.VV., “El consentimiento informado en la práctica quirúrgica” ... *op. cit.*; concretamente en página 4.

⁴⁰⁸ CASAS, Verónica Ester, “Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la administración por asistencia sanitaria” en DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín, GANCER MINCHOT, Pilar y ZABALA GUADALUPE, Juan José (Directores), *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*, Thomson — Reuters, Cizur Menor, 2009, pps. 119 a 344, página 239. En esta misma línea se pronuncia DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, cuando señala “El consentimiento informado ha sido definido como la autorización autónoma para la práctica de determinada intervención que implica que el individuo no sólo debe aceptar y cumplir una propuesta, sino que debe dar su autorización mediante un consentimiento voluntario, que existe si y sólo cuando un paciente con suficiente capacidad de comprensión y control externo, autoriza intencionadamente a un profesional a hacer algo”. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Consentimiento informado y prueba de la *lex artis*. La relevancia de la prueba de presunciones”, en *Derecho y Salud*, vol. 21, nº 1, 2011, pps. 75 a 85; concretamente en página 76.

a los médicos. El primero de ellos consiste en solicitar la autorización del paciente, el segundo deber exige al profesional sanitario suministrar suficiente información al paciente”⁴⁰⁹.

Siguiendo la idea de la autodeterminación, BOTANA GARCÍA se pronuncia de manera muy similar al autor anterior, cuando asevera “El denominado consentimiento informado encuentra su fundamento en los principios de autodeterminación de la persona y de respeto a su libertad personal y de conciencia, de forma tal que su base constitucional enlazaría con el propio reconocimiento de la dignidad de la persona contemplado en el art. 10.1 de la Constitución. De esta manera la información proporcionada a través del conocimiento de los riesgos y alternativas terapéuticas permite al enfermo optar entre las diversas posibilidades que se presentan de acuerdo con sus propios intereses”⁴¹⁰.

SÁNCHEZ VALERO por su parte, le da una especial relevancia a la información, al considerarla la primera obligación del médico “El deber de información del paciente integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, es requisito previo a todo consentimiento y, en consecuencia, permite al paciente participar en la toma de decisiones que afectan a su salud pues, a través de la información que el médico le proporciona, puede ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, o un determinado tratamiento médico, de contrastar el pronóstico con otros

⁴⁰⁹ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “Consentimiento informado, una visión panorámica”, en *Revista Ius et Praxis*, nº 2, 2010, pps. 89 a 120; concretamente en página 97. De manera prácticamente idéntica opina HIGUERA CANCINO “En la primera acepción se propone un cambio en la interacción entre el terapeuta y el paciente, propiciando el diálogo que permita a la persona que es atendida informarse y comprender su condición actual, conocer los alcances y pronóstico de su estado particular, conocer y comprender de manera aunque sea general los objetivos y acciones de la terapia propuesta y, de manera importante, comprender los riesgos, beneficios y condicionantes que implica tal o cual intervención, a objeto de asegurar el cumplimiento de los principios fundamentales prescritos por la Bioética”. HIGUERA CANCINO, Miguel, “Consentimiento informado e intervención fonoaudiológica. Del consentimiento informado al compromiso”, en *Límite. Revista de Filosofía y Psicología*, vol. 4, nº 20, 2009, pps. 153 a 177; concretamente en página 156. Línea doctrinal también seguida por GARCÍA RUBIO, quien considera que son precisamente la dignidad y la autodeterminación del paciente, los aspectos protegidos por el derecho de información. GARCÍA RUBIO, María Paz, “Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica”, en LLAMAS POMBO, Eugenio; ALONSO PÉREZ, Mariano y GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel (Coordinadores), *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (volumen I), La Ley, Madrid, 2006, pps. 801 a 828, página 803.

⁴¹⁰ BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra, “Responsabilidad de la Administración Pública por falta de consentimiento informado”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 14, 2004, pps. 1 a 4; concretamente en página 3.

facultativos y de ponerla, en su caso, a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma”⁴¹¹.

2. Origen.

Aunque aplicado a la Medicina, la información y el consentimiento informado son dos nociones relativamente recientes, lo cierto es que la relación existente entre las partes (médico – paciente) es propia de un contrato de servicios, figura de gran tradición jurídica. El Código Civil, como señalábamos líneas atrás, ya recoge la idea del consentimiento (e implícitamente de la información), como uno de los elementos esenciales del contrato.

La pregunta que debemos formular en este punto, es cómo se ha logrado extrapolar un principio tan básico, como el consentimiento contractual, a la estructura sanitaria. Todo este camino ha sido fruto de una conjunción entre doctrina, legislación y jurisprudencia, que han permitido un cambio como el vivido. Autores como RUIZ VADILLO aseguran que el origen de dicha extrapolación tiene su razón de ser y su necesidad, en el hecho de que el consentimiento informado es la definición misma de un principio esencial del ser humano, que no es otro que ser dueño de su destino y de su dignidad. Entiende el mencionado autor, que en nada se observa con tanta claridad, como en la información sanitaria, la dignidad de la persona; por ser precisamente donde se adoptan decisiones sobre la vida, la integridad física y psíquica de una persona⁴¹².

1. Los modelos sanitarios.

Con carácter previo a cualquier mención legislativa que nos permitiese analizar la evolución sufrida por el derecho de información, consideramos necesario retrotraernos a estadios anteriores que nos permitan comprender cuáles han sido los derroteros seguidos por este concepto, hasta llegar a nuestros días. El fundamento de esta idea tiene un origen ético que ha hecho evolucionar los distintos modelos que regían la relación médico – paciente. Aunque en la actualidad la información y el

⁴¹¹ SÁNCHEZ – CALERO ARRIBAS, Blanca, “El consentimiento informado en el acto médico” ... *op. cit.*; concretamente en página 47.

⁴¹² RUIZ VADILLO, E., *La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales*, Instituto de Fomento Sanitario, Madrid, 1996.

consentimiento se encuentran embebidos en la actuación sanitaria con una base legal, no ocurría lo mismo en escenarios anteriores, en los que era la ética la protagonista⁴¹³.

El origen primordialmente ético de la información, ha sufrido una evolución que podemos seguir por vía de los diferentes modelos de relaciones médico – paciente: modelo de beneficencia, modelo de autonomía, modelo paternalista y modelo de justicia.

a) Modelo de beneficencia.

El germen de este modelo puede encontrarse en los textos Hipocráticos, cuya base era la actitud que adoptaban los médicos ante un enfermo incapaz, por la cual se buscaba la protección de los intereses del paciente, pero sin contar con su opinión⁴¹⁴. En este modelo se nos presentan dos escenarios diferentes: uno en el que el paciente es incapaz o no está en condiciones de decidir, y otro en la que el enfermo es plenamente consciente y capaz.

Si en el primero de los supuestos el paciente no podía responder por sí mismo u optar por el mejor tratamiento, no ocurre lo mismo en el segundo. No obstante este cambio de situación, el médico decide aquella terapia que objetivamente resulte más “beneficiosa” para el enfermo, sin tomar en cuenta su voluntad o cuestiones como sus creencias, su proyecto de vida o sus preferencias. Puede darse la tesitura por la cual aplicando este modelo, un médico utilice una técnica, que objetivamente resulte más adecuada para mejorar la salud del paciente, pero que sería la última que éste hubiese elegido, por ser contraria a sus intereses, planes de vida, etc⁴¹⁵.

b) Modelo de autonomía.

La trayectoria este modelo, al que nos ceñimos en la actualidad, lo convierte en la antítesis del anteriormente estudiado, ya que el protagonista indiscutible del mismo es el paciente. Este sistema tiene como elemento primordial los intereses del enfermo, y no

⁴¹³ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 43.

⁴¹⁴ Frases como la siguiente son prueba inequívoca de ello “Utilizaré el régimen dietético para bien de los enfermos, de acuerdo con mi capacidad y juicio: alejaré de ellos el mal y la injusticia”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.* página 44.

⁴¹⁵ Un ejemplo clásico es el de los testigos de Jehová y las transfusiones sanguíneas. Aplicando este modelo, el médico debería utilizar esta terapia porque objetivamente es la más adecuada para el cuadro clínico del paciente.

tanto la objetividad de su estado. En virtud del contexto que se nos presenta, las hipótesis que tenemos son varias, existiendo dos extremos lógicos: que la decisión del paciente coincida plenamente con la del médico, o justamente lo opuesto, que ésta resulte manifiestamente contraria.

Tanto en una situación como en la otra, el protagonismo lo tiene el paciente, ya que la decisión que éste adopte se hará en base a su propia autodeterminación, que tendrá como origen sus valores, ideales y creencias; más allá de lo que para la Medicina sea adecuado⁴¹⁶.

c) Modelo paternalista.

Este tercer modelo, que también recibe el nombre de “sacerdotal”, es una suerte de mezcla entre los dos anteriores, al contar con características propias de ambos, algo que hizo que fuese el más utilizado hasta la llegada del sistema actual. Al paciente se le hace partícipe de la situación, de cuál es su dolencia y las posibles consecuencias de la técnica médica o quirúrgica a aplicar. Pero como se puede colegir, no se le da ninguna posibilidad de conocer qué alternativas tiene. La información y el protagonismo del paciente se limitan a conocer qué afección le aqueja y la naturaleza del tratamiento a seguir, así como algunos de sus posibles resultados⁴¹⁷.

En relación a los otros dos modelos, la beneficencia se encuentra en la parte final del entramado, en la que al paciente se le somete a la actividad médica – quirúrgica que el médico considere de mayor idoneidad para él, sin que éste puede decidir. Por otra parte, el modelo de autonomía lo encontramos en que el enfermo es informado sobre las pruebas que le están practicando, la enfermedad que padece y la terapia a desarrollar.

A pesar de se trata de un estadio intermedio entre los dos modelos anteriores, tal y como hemos señalado al principio, es uno de los sistemas con mayor protagonismo en materia de información⁴¹⁸.

⁴¹⁶ ÁLVAREZ – LÓPEZ resume este modelo en una suerte de filosofía de “decisiones compartidas”, por la cual el médico y el paciente son los artífices de la resolución, en base a las opciones y alternativas con las que cuentan. ÁLVAREZ – LÓPEZ, R, “La información y el consentimiento: la nueva dimensión de la medicina actual”, en *Angiología*, nº 58, 2006, pps. 179 a 191; concretamente en páginas 181 y 182.

⁴¹⁷ CHUAIRE y SÁNCHEZ sitúan el origen de este modelo en la filosofía de Platón, que señalaba que el médico podía hacer partícipe al enfermo de su situación, pero con unos límites, y que jamás podía llegar a contradecir la voluntad de éste. CHUAIRE, Lilian y SÁNCHEZ, Magda Carolina, “Platón y el consentimiento informado contemporáneo” ... *op. cit.*; concretamente en página 298.

⁴¹⁸ La crítica que realiza ROMERO COLOMA a este modelo es una de las más destacables, al señalar que nadie sino el propio sujeto es dueño de sí mismo, y como tal conoce su proyecto de vida. En virtud de ello, es precisamente el paciente quien debe tomar las decisiones. ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La*

d) Modelo de justicia.

1. El modelo de justicia es el último que estudiaremos y el más opuesto a la voluntad individual del paciente, por encontrarse su protagonismo en el público en general, es decir, en la salud pública.

Se trata de un modelo que fue recogido en la Ley Orgánica 3/1986⁴¹⁹, por la cual se violenta la voluntad del paciente; esto es, se quiebra su autodeterminación, hasta el punto de anularla, por el interés de terceros. Podríamos entenderlo como la justificación de lesiones, daños o menoscabos de cualquier tipo; y sobre todo de la libertad de la persona, siempre en aras de proteger la salud pública.

Un ejemplo claro de este modelo lo son las actuaciones que derivan de vacunaciones obligatorias, internamientos de personas mentalmente inestables o de pacientes con alta potencialidad de contagio; situaciones de las que se desprende que prevalece el bien general sobre el particular.

Con su nueva regulación en el artículo 9.2.a) de la actual Ley 41/2002 se prevé, respecto de la hospitalización forzosa, un control judicial posterior, cuya finalidad no es otra que la de revisar la procedencia o no del internamiento⁴²⁰.

2. La conjunción y evolución de los modelos ahora estudiados ha permitido alcanzar el sistema actual, no sin antes requerir de un amplio desarrollo jurisprudencial y legislativo⁴²¹. DE ÁNGEL YÁGÜEZ se muestra tajante, al considerar que fue este último

medicina ante los derechos del paciente ... op. cit., páginas 76 y 77. También es de especial interés la reprobación de PELAYO GONZÁLEZ – TORRE, cuando afirma que el médico no es la persona más adecuada para decidir por el paciente, ya que éste únicamente conoce su dolencia, pero nada más, y la biología no es el único elemento que conforma una persona. Es más, este autor afirma, que el papel que ejercían los médicos estando vigente este modelo era el de protagonistas indiscutible, cuya voluntad era la razón suprema, algo que dado el grado de aleatoriedad de la Medicina, era un tanto ridículo. PELAYO GONZÁLEZ – TORRE, Ángel, *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado ... op. cit.*, página 83. Igualmente descriptivo es GITRAMA GONZÁLEZ, cuando critica este modelo de relaciones médico – paciente, apuntando que ese “Juez Supremo” no puede ser otro que el paciente, precisamente porque vela por un derecho absoluto: su propia integridad física. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho” ... *op. cit.*; concretamente en página 289.

⁴¹⁹ Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

⁴²⁰ Este modelo tiene además una materialización entre las excepciones al deber de informar (salud pública), y como veremos en el apartado que analiza dicho supuesto excepcional, supone una limitación del nivel informativo que recibe un paciente.

⁴²¹ A pesar de que se trata del resumen de los cuatro sistemas mayoritariamente admitidos, existen otras corrientes doctrinales que los ordenan de manera distinta. Conviene destacar lo que señala EMANUEL a este respecto, cuando califica los grupos anteriormente analizados en los siguientes cuatro: paternalista, informativo, interpretativo y deliberativo. EMANUEL, E. J. y EMANUEL, L. L., “Cuatro modelos de la relación médico – paciente”, en COUCEIRO, Azucena (Coordinadora), *Bioética para clínicos*, Triacastela, Madrid, 1999, pps. 109 a 126.

el motor de la evolución, al producirse “una convulsión” con la entrada en vigor de Ley General de Sanidad del año 1986⁴²² (artículo 10.6) y la Ley de Consumidores y Usuarios del año 1984⁴²³. Con estas medidas legislativas se pretendió una modificación súbita y rápida de la situación sanitaria, sin acercarla a ninguna de las partes protagonistas, es decir, los médicos y los pacientes⁴²⁴.

Sin embargo, uno de los principales escollos con los que se encontró la autonomía del paciente fue el concepto “consentimiento”. Todo ello por una interpretación restrictiva del mismo, por un lado, y una construcción doctrinal denominada “consentimiento implícito”, por el otro. La conjunción de estas circunstancias creaba una suerte de hipótesis, que se basaba en la idea de que el paciente, al acudir a la consulta de su médico, estaba otorgando su consentimiento. No sólo pretendía conocer qué le ocurría, sino que además autorizaba al médico a decidir sobre su salud, sin tener en cuenta su opinión; algo que PELAYO GONZÁLEZ – TORRE denominó “carta blanca”⁴²⁵.

2. Antecedentes legislativos.

1. La primera aparición legalmente plasmada sobre el derecho de información, se remonta a una etapa muy temprana, concretamente al año 1774, en la Declaración de Filadelfia, en cuyo artículo primero se dibujada de manera poco nítida “el derecho de las personas a la vida, la libertad y la propiedad”; destacando además, que ningún poder

⁴²² Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

⁴²³ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios.

⁴²⁴ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 17 (prólogo). No obstante lo señalado, autores como CHUAIRE y SÁNCHEZ consideran que el origen de esta noción es mucho más remoto y que debemos remontarnos hasta la etapa griega de Platón. Basan dicho razonamiento en la existencia de dos tipos de médicos, aquellos que podían tratar a los hombres libres y aquellos que ejercían con los esclavos. Mientras que los pacientes libres debían ser partícipes de la relación médico – paciente, los esclavos no contaban con esta oportunidad. CHUAIRE, Lilian y SÁNCHEZ, Magda Carolina, “Platón y el consentimiento informado contemporáneo” ... *op. cit.*; concretamente en página 297. Sin embargo, para autores como TORADO SORIA, el origen más real y cercano de esta idea es la segunda mitad del siglo XX, más concretamente la II Guerra Mundial, fecha en la que se evidenció la necesidad de impedir que pudieran cometerse abusos con la experimentación humana, como los que se habían dado a lo largo de la Gran Guerra. TORADO SORIA, Salvador, “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”, en *Derecho y Salud*, vol. 14, nº 1, 2006, pps. 127 a 148; concretamente en página 127.

⁴²⁵ PELAYO GONZÁLEZ – TORRE, Ángel, *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado ... op. cit.*, página 85. CANTERO MARTÍNEZ nos presenta otra perspectiva igualmente interesante del “consentimiento implícito”, por el cual, en el hipotético supuesto de que un paciente haya consentido una intervención, puede llevar al médico a excederse de la misma, sin el necesario consentimiento, ni urgencia que lo justifique; tomando como único estandarte esa suposición, es decir, ese consentimiento implícito. CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, Albacete, 2005, página 42.

soberano podría hacer uso de las mismas, sin el previo consentimiento de la persona en cuestión⁴²⁶.

Es necesario esperar a los años 1969 y 1970, para tener la primera Carta de Derechos de los pacientes, cuando el *Beth Israel Hospital of Boston* y el *Martin Luther King Health Center* de Nueva York, formaron una Comisión Conjunta Hospitalaria y publicaron el “*Bill of Rights*”, que puede traducirse como una carta de Derechos de los pacientes de los Hospitales de Estados Unidos⁴²⁷.

Con esta primera declaración comenzó una carrera legislativa que ha llegado hasta nuestros días. En el año 1973 una Comisión del Departamento de Sanidad de los Estados Unidos recomendó a los hospitales y centros sanitarios en general, que este “*Bill of Rights*” fuese ampliamente distribuido entre los pacientes, documento que escasos meses más tarde fue sustituido por un amplio trabajo, que comenzó a finales del año 1972, y que fue aprobado el 6 de febrero de 1973, la carta de “*A patient’s bill of Rights*”. Se trataba de la evolución misma de la primera Carta, con el elemento añadido de que conformaba un nuevo planteamiento de las relaciones médico – paciente.

2. Por supuesto, este reconocimiento de los derechos de los pacientes no se limitó al continente americano y también llegó a Europa, casi de manera contemporánea. En 1974, en Francia, se redactó por vía del Decreto 27/1974, la Carta de los Derechos y Deberes de los pacientes. Algo que sirvió como ejemplo y comienzo, para que en 1977 se tomase la iniciativa, por parte del Comité Hospitalario de la entonces Comunidad Económica Europea, de elaborar una declaración similar, que recibió el nombre de “Carta del enfermo usuario del hospital”, que fue aprobada en 1979.

A partir de este momento, el Consejo de Europa sigue trabajando en esta línea, pudiendo encontrarse múltiples puntos en común entre los textos que emana este órgano y los que en su día se recogieron en el “*Bill of Rights*” de Estados Unidos; añadiéndose sin embargo, algunos aspectos no recogidos en las anteriores declaraciones. En primer lugar, el paciente no sólo tiene derechos, sino también obligaciones, y en segundo lugar,

⁴²⁶ Aunque en 1947 el Código de Nuremberg ya se hacía eco de esta idea, lo cierto es que este texto se acotaba únicamente a la dignidad y autodeterminación de la persona en la investigación, por lo que no parece oportuno considerarlo un antecedente de esta noción como tal. No debemos olvidar, obviamente, el peso que también tuvo la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. Sin embargo, y aunque este texto reconoce el valor de la persona y su dignidad inherente, al no centrarse expresamente en el aspecto sanitario, hemos decidido relegarlo a un segundo plano.

⁴²⁷ Esta Comisión recibió un total de 26 peticiones, que provenían de una organización de consumidores, y en ellas se solicitaba el reconocimiento de una serie de derechos de los pacientes, es por ello por lo que el trabajo de esta Comisión puede considerarse el primer listado de derechos de los pacientes.

si se estima que el enfermo no debe ser informado, tampoco lo deben ser sus familiares. Por último, el paciente deberá ser tratado a fin de mejorar su salud, pero con pleno respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas.

Podríamos concluir que toda esta evolución legislativa culmina en el texto legal que recibió el nombre del “Convenio de Oviedo”. Aunque este documento no es especialmente novedoso en relación a los otros instrumentos, lo cierto es que su valor resulta inestimable, al ser el primero de todos ellos jurídicamente vinculante para los países que lo suscriben, cuya finalidad no es otra que la de crear un marco común de protección de los Derechos Humanos y la dignidad humana, desde el punto de vista de la biología y la salud⁴²⁸.

3. Herederos de toda la tradición internacional y europea, España también ha tenido una larga evolución que ha culminado en la Ley General de Sanidad de 1986, cuyos inicios tuvieron lugar en el año 1972. Un ejemplo clásico es el artículo 148.4 de la Orden de 7 de julio de 1972, por la que se aprobó el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. En el mentado precepto el paciente debía autorizar, no todo tipo de actuación médica, pero sí aquellas que fuesen especialmente riesgosas. Una línea prácticamente idéntica es la que sigue el Real Decreto de Decreto 2082/1978, de 25 de agosto, sobre Garantías de los Usuarios de Hospitales Públicos, al considerar necesario el consentimiento autorizante del paciente, a fin de practicar actividades médicas y quirúrgicas que entrañen riesgo para su vida o integridad física. De nuevo la obligación se muestra parcial, en el sentido de que únicamente las actuaciones que entrañen una cierta gravedad deben ser autorizadas, no así los demás⁴²⁹.

En 1984 hay un salto evolutivo, tanto cualitativa como cuantitativamente, con la Carta de derechos y deberes del paciente del INSALUD. En ésta se indicaba que todo paciente, o en su defecto sus familiares o representante legal, debían encontrarse informados en todo momento, de forma verbal y escrita, en lo que a su estado de salud se refiere (diagnóstico, tratamiento y alternativas, riesgos, etc.). Existe una gran diferencia entre la situación que crea la presente Carta y lo que había con anterioridad:

⁴²⁸ Consejo de Europa, Convenio de Asturias de Bioética, Oviedo, 4 de abril de 1997. Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

⁴²⁹ Conviene señalar asimismo que este Real Decreto fue declarado nulo en dos resoluciones del Tribunal Supremo, concretamente de 29 de abril y 10 de diciembre de 1982 (Sala Cuarta).

la información no se limita a los supuestos de gravedad, sino a cualquier tipo de acto médico.

No debemos olvidar la labor desarrollada por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuyo desarrollo del artículo 51 de la Constitución, reconoce en el capítulo cuarto de la Ley (artículo 13.2), el derecho de los consumidores y usuarios (entre los que se pueden encontrar los pacientes), a recibir una información “cierta, eficaz, veraz y objetiva”⁴³⁰.

Antes de llegar a la última normativa vigente, resulta de obligada cita la Ley 12/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (de la que existieron trece versiones antes de llegar a la definitiva). En su artículo 10.5 y 6 se apunta la necesidad de que el paciente, o sus allegados, se encuentren informados (de forma verbal y escrita) sobre el proceso médico en su totalidad⁴³¹.

Hemos dejado para el final la normativa sobre la que vamos a trabajar a lo largo de este capítulo, que no es otra que la 41/2002.

3. Evolución jurisprudencial.

1. Dada la naturaleza del trabajo a desarrollar, tras la necesaria mención a la evolución legislativa, no podemos dejar de hacer alusión al camino jurisprudencial seguido por este concepto, es decir, qué desarrollo sufrió desde la primera ocasión en la que fue invocado ante un Tribunal.

La primera vez en la que un Tribunal se pronunció sobre el derecho a la información, fue en el año 1767 en el Reino Unido, en el asunto *Slater versus Baker & Stapleton*, un supuesto de hecho complejo en el que una paciente que había sufrido una rotura en una pierna, fue tratada por los citados médicos (*Baker y Stapleton*), y una vez hubo finalizado el plazo prudencial a fin de retirar el vendaje (habiendo sido esto solicitado por la propia paciente); éstos optaron por volver a romper la pierna de ésta, a los efectos de probar un aparato ortopédico que ellos mismos habían diseñado, para tratar ese tipo de fracturas. Si bien el supuesto fue reprochado, lo cierto es que se hizo

⁴³⁰ Dado el número de reformas y actualizaciones sufridas por esta Ley, conviene que citemos únicamente la última de ellas, que viene recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

⁴³¹ Para GALÁN CORTÉS, a pesar de la relevancia indiscutible que tienen los antecedentes legales a esta normativa de sanidad, esta última resultó clave para que el enfermo pasase de ser un paciente a un usuario de los servicios sanitarios, algo que motivó los cambios que hemos vivido hasta llegar a la actualidad. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 35.

en base, no tanto a la omisión informativa, como a la mala praxis. Esta controversia es un testigo mudo que evidencia el nulo papel que tenían los pacientes históricamente⁴³².

A pesar de tratarse de la primera sentencia que se dictó en la materia, lo cierto es que su repercusión fue limitada, hasta el punto de quedar ensombrecida por otra resolución posterior, como lo fue el litigio *Schloendorff versus Society of New York Hospital*, de 1914. En este asunto una paciente afectada por un tumor fibroide en el abdomen, se sometió a una intervención diagnóstica, concretamente una laparotomía exploratoria, y a pesar de que había especificado que no quería ser operada, el cirujano procedió a ello. Como consecuencia de la cirugía, la paciente sufrió una complicación gangrenosa, que obligó a que le fuesen amputados varios dedos de la mano izquierda. Tras la actividad quirúrgica inició una acción legal contra el centro sanitario por el daño sufrido, admitiéndose en la resolución, que “todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene el Derecho a decidir lo que se debe hacer con su propio cuerpo; por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión, por la que se pueden reclamar legalmente daños”; todo ello a pesar de que el asunto resultó desestimado por una cuestión procesal: el procedimiento se había iniciado contra hospital y no contra el cirujano⁴³³.

Fue necesario esperar hasta el año 1957 para que el concepto del consentimiento informado (“*informed consent*”) fuese reconocido como derecho autónomo, en la sentencia *Salgo v. Leland Standford, Jr. University Board of Trustees*. En este litigio, a un paciente que padecía de arterioesclerosis, se le practicó una aortografía diagnóstica a fin de conocer el grado de lesión que sufría. Sin embargo, tras la misma se le presentó una parálisis irreversible de los miembros inferiores, algo que podía ocurrir por el uso de contrastes y el cuadro clínico del paciente. *Salgo* demandó al médico que le atendió, por no haber sido informado de esta contraindicación, siendo su pretensión estimada por el Tribunal, al considerar que el médico tiene la obligación de poner en conocimiento del paciente los riesgos propios de cualquier tipo de actividad médica de cierta gravedad, tal y como era la del caso concreto. La relevancia de esta resolución, no

⁴³² Nótese nuevamente cómo la realidad se adelanta a la capacidad de actuación del legislador, ya que el presente asunto se dio con exactamente siete años de antelación, respecto de la primera normativa que exigiese, de forma directa o indirecta, la obligación informativa para con el paciente.

⁴³³ TORADO SORIA considera que la relevancia de esta resolución radica en que es la primera ocasión en la que un Tribunal trata y reconoce la autodeterminación del paciente. TORADO SORIA, Salvador, “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano” ... *op. cit.*; concretamente en página 131.

radica tanto en la declaración del Tribunal, como en el hecho de que se trata de la primera sentencia en la que se acude al concepto de consentimiento informado⁴³⁴.

Si bien ésta no fue la primera controversia estimada en esta materia, que se dictó en Estados Unidos, sí que es la más destacada. Para encontrar el primer litigio admitido es necesario que nos retrotraigamos al año 1905, cuando se dictó una sentencia sobre el asunto *Mohr versus Williams*, supuesto en el que un cirujano fue condenado por intervenir el oído contralateral, en lugar del que tenía que operar, para el que evidentemente, no contaba con el consentimiento del paciente. Parejo a este litigio fue el que se enjuició un año más tarde, en 1906, en el Tribunal Supremo de Illinois, el *Pratt versus Davis*, asunto en el que no se condenó una actividad médica desarrollada sin el obligado consentimiento, por tratarse de una cuestión de urgencia⁴³⁵.

2. En el caso español fue necesario aguardar hasta la segunda mitad del siglo XX a los efectos de ver cómo se enjuiciaba en nuestros Tribunales una controversia de responsabilidad sanitaria por información. Ésta se dio el 10 de marzo de 1959, en una Sala Penal. Se trataba de un supuesto en el que un cirujano, en el curso de una intervención, observó fuera de la zona de trabajo, que el paciente muy probablemente se encontraba afectado de un sarcoma en el pene. Aunque la sospecha no denotaba urgencia, el médico, sin mandar a analizar el supuesto sarcoma, decidió cercenar el miembro del paciente, obviamente sin su consentimiento.

⁴³⁴ TORADO SORIA, Salvador, “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano” ... *op. cit.*; concretamente en página 132.

⁴³⁵ La evolución que sufrió Estados Unidos en la materia, y que dada su relevancia en el ámbito internacional y jurisprudencial es de obligada mención, se divide en cuatro etapas: la primera es la llamada del “consentimiento voluntario” y data del año 1947. Surge como consecuencia de los crímenes de Frankfurt en relación a la higiene racial, y erige como su máxima, la necesidad del consentimiento informado del ser humano, a los efectos de someterse a cualquier tipo de actividad médica. El segundo tramo recibe el nombre de “consentimiento informado” y lo situamos en el año 1957, fecha en la que se enjuició el caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*. La tercera fase es conocida con el nombre de “consentimiento válido” y podemos situarla en torno al año 1982. Se basa en el asunto *Culver*, en el cual se extrae la máxima de que un consentimiento formalmente emitido, puede llegar a no ser válido, porque en la decisión del paciente hayan interferido diversos mecanismos psíquicos. El cuarto periodo recibe el nombre de “consentimiento auténtico”, entendido como el consentimiento real del paciente, de acuerdo con el sistema de valores del propio ser humano.

II. EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

1. Los conceptos del derecho de información y del consentimiento informado.

1. El derecho a la información.

1. El derecho a la información va más allá del cumplimiento de la ley y de sus formalismos, se trata de un derecho constitucionalmente reconocido, consagrado como parte inequívoca de la dignidad de la persona (artículo 10.1). Se trata de una interacción real que lleva a la relación médico – paciente a un plano, que va más allá de cualquiera de los modelos históricos, el de la confianza mutua.

La responsabilidad del tratamiento no se encuentra únicamente sobre los hombros del médico, sino que se trata de una carga compartida. El facultativo acerca la ciencia médica al paciente, comparte con éste su estado de salud, los posibles tratamientos, la adecuación de los mismos, así como sus alternativas. El enfermo entonces entra en el juego del acto médico, toma conciencia de su rol y actúa en consecuencia, velando por su propia salud; administrando el caudal de información recibido, pudiendo optar por un tratamiento u otro, o en su defecto no sometiéndose a ninguno⁴³⁶.

2. Se trata de un Derecho fundamental (Derecho Humano) y aunque es un aporte reciente a este elenco, forma parte del fuero interno de las personas, de su integridad física, de su autodeterminación y desde luego, de su libertad de conciencia⁴³⁷.

⁴³⁶ Prueba inequívoca de la relevancia de este deber / derecho es que se encuentra recogido, no sólo en la normativa interna de nuestro país, sino también en varios textos legales internacionales de gran relevancia. Podemos citar como ejemplos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio para la protección de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales, de Roma, y el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos de Nueva York. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 3.

⁴³⁷ De esta misma opinión se muestra RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, al considerar que el derecho a la información conforma “un Derecho Humano” cuando señala “Se trata, en suma, de un derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida; en definitiva, a la autarquía personal y a la toma de decisiones personales. Pero se ha expresado quizás mejor, cuando se ha afirmado que estamos ante un derecho humano, porque constituye una consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo. Y es aplicable tanto en la medicina hospitalaria y asistencial pública como en la medicina privada y en la propia relación personal e intersubjetiva entre médico y enfermo”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, “El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial”, en *Diario La Ley*, nº 7358, 2010, pps. 1 a 17; concretamente en página 3. Aplica esta misma calificación a este derecho a la información CANTERO MARTÍNEZ al afirmar, al igual que el autor anterior, que conforma un verdadero Derecho Humano. CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital ... op. cit.*, página 7. Línea doctrinal

2. El consentimiento informado.

1. Es en esta línea de comunicación entre médico y paciente donde surge el consentimiento informado. El derecho de información y el consentimiento informado, no son sinónimos, sino que son las dos caras de una misma moneda. El derecho de información envuelve al consentimiento informado, pero este último sólo es una parte del primero⁴³⁸.

compartida por YEBRA – PIMENTEL VILAR, quien estima que el origen de esta idea se encuentra en la dignidad y libertad de la persona, razón de ser por la cual considera que el sustento del derecho de información reside en la Constitución, de lo que se desprende su carácter de “Derecho fundamental”. YEBRA – PIMENTEL VILAR, Paula – Carolina, *El consentimiento informado: criterios legales y jurisprudenciales*, Difusión Jurídica, Madrid, 2012, página 33. Opción doctrinal por la que también se inclina MACIÀ GÓMEZ, quien apunta que el principio de libertad, consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 16, reconoce el derecho del paciente a decidir entre las distintas opciones vitales que se le presentan, en relación a sus preferencias e intereses. MACIÀ GÓMEZ, Ramón I., “El consentimiento informado”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 158, 2009, pps. 187 a 194; concretamente en página 189. Por esta misma idea, pero con una cierta matización, se inclina DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN respecto de esta conceptualización del derecho de información como un Derecho Humano. Asevera este autor que el derecho a la información tiene una doble vertiente, por un lado el derecho subjetivo en sí mismo y por otro lado, la garantía de éste, que no sería otra cosa que la autorización. Es decir, el paciente tiene derecho a ser informado (derecho subjetivo) y precisamente a los efectos de garantizar el caudal informativo, contamos con la otra cara de la moneda de este concepto, que no es otra cosa que una forma de asegurarlo. AA. VV. “Relaciones médico – paciente: un estudio empírico”, en *Medicina y Ética*, nº 18, 2007, pps. 315 a 336; concretamente en página 318. DE LA VALGOMA tiene una opinión distinta, al considerar que el derecho a la información, si bien deriva de Derechos Humanos y Fundamentales reconocidos constitucionalmente, no tiene la entidad suficiente como para ser considerado un Derecho humano *per se*, al afirmar “Personalmente no creo que, en sí mismo considerado, el consentimiento informado sea un derecho humano, por más que éstos quieran ampliarse. El consentimiento informado es una de las manifestaciones del derecho a la libertad y también del derecho a la vida o a la integridad física, o del derecho a la salud, estos sí consagrados como derechos fundamentales en el texto constitucional”. DE LA VALGOMA, María, “El consentimiento informado y la responsabilidad de los médicos”, en GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (Coordinador), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (tomo II), Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2008, pps. 1735 a 1760, página 1745.

⁴³⁸ CANTERO MARTÍNEZ califica esta relación como un derecho de carácter “bifásico”, porque el consentimiento requiere la previa información “Esta definición tan explícita recalca la dependencia de este derecho respecto del derecho de información, lo que, a mi juicio, nos permitirá calificar el derecho al consentimiento informado como un derecho de carácter bifásico, en la medida en que sólo puede ser eficazmente ejercitado si previamente ha habido la correspondiente información. Sólo a partir de una información veraz y adecuada acerca de su proceso el paciente está en condiciones de emitir válidamente su consentimiento”. CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital ... op. cit.*, página 11. Sobre esta misma idea del binomio derecho de información y consentimiento informado se pronuncia XIOL RÍOS, cuando señala “La información al paciente es, normalmente previa al consentimiento de éste, en relación con el cual tiene relevancia. Por ello, constituye uno de los elementos esenciales para el consentimiento del paciente en el tratamiento o la intervención y se habla de un binomio consentimiento – información que da lugar al llamado consentimiento informado, dado que la validez de este consentimiento exige que haya sido precedido de la adecuada información”. XIOL RÍOS, Juan Antonio, “El consentimiento informado”, en *Revista española de la función consultiva*, nº 14, 2010, pps. 21 a 84; concretamente en página 28. Comparte una opinión similar JUNQUERA DE ESTÉFANI, cuando asegura que existe un binomio entre la información y el consentimiento informado, siendo el primero la expresión misma de la autonomía de la voluntad de la persona, mientras que el segundo es una manifestación de esta autodeterminación “En un sentido muy

El documento de consentimiento informado es la materialización del derecho de información, pero con carácter limitado. Tal es éste, que el Tribunal Supremo tiene una doctrina asentada, que podremos comprobar a lo largo del análisis fenomenológico, por la cual, de limitarse el caudal informativo a este documento, la información recibida se considerará insuficiente (independientemente del grado de detalle). Algo similar ocurre a la inversa, la ausencia del documento escrito no es sinónimo de omisión informativa, si ésta se ha comunicado por otra vía, como lo es la verbal.

2. De las líneas anteriores puede llegar a extraerse que la existencia del consentimiento informado carece de fundamento, sin embargo su necesario uso se justifica por una sola razón: la protección de los médicos. En un mundo en el que el paciente / usuario pretende incluso conminar resultados en el ámbito de la Medicina

restringido e impropio, por autonomía se entiende exclusivamente el ***derecho a dar o no dar el consentimiento a la aplicación de determinadas terapias o técnicas biomédicas, tras ser informado adecuadamente acerca de su estado y de las posibles alternativas***. Aquí tendrá su ubicación el llamado *consentimiento informado*. Un error habitual en el campo biomédico es el de identificar *autonomía* y *consentimiento*, cuando éste es una simple concreción y ejercicio de aquélla. *Autonomía* hace referencia a la condición del sujeto moral, abarca el vasto campo de la capacidad de elección entre diversas posibilidades, la capacidad de autorregulación, de autoconducción de la propia persona y de su personalidad e implica adueñarse de sí mismo. Mientras que el *consentimiento informado* es una manifestación concreta de la autonomía del sujeto, consistente en dar o negar la autorización personal para que se realice alguna actividad o actuación que le afecta directamente. Este término es mucho más restringido y limitado que el anterior. Sin embargo, en nuestra legislación no existe una definición de autonomía y sí de consentimiento informado ...". JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael, "Minoría de edad, paternalismo y capacidad de decisión: ¿hacia una mayoría de edad sanitaria?", en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pps. 475 a 490, página 477. Contrario a esta idea se pronuncia O' CALLAGHAN MUÑOZ, cuando asegura que realmente no se trata de dos ámbitos distintos de un mismo derecho, sino que nos encontramos ante una única noción "Hay que observar que aunque la ley parece distinguir la información y el consentimiento, no hay tal distinción. El consentimiento presupone una información adecuada y ésta va destinada a la obtención o no del consentimiento; si no fuera así, no tendría sentido ni la una ni el otro ¿acaso se puede pensar en informar a un paciente si luego no va seguida de un consentimiento?, a la inversa ¿acaso puede darse el consentimiento si no ha ido precedido de una información?". O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, "Responsabilidad civil y consentimiento informado", en GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (Coordinador), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (tomo II) ... *op. cit.*, pps. 1761 a 1774, página 1767. Aunque es loable la afirmación del anterior autor, observaremos cómo a lo largo del estudio jurisprudencial se evidenciarán multiplicidad de litigios indemnizados porque se ha otorgado un "consentimiento informado" sin que el paciente se encuentre realmente informado. Convendría señalar además, que es de una lógica natural que la información otorgue al paciente la capacidad de decidir, pero no necesariamente la de consentir, ya que entre otras opciones tiene la de negarse a un tratamiento médico o solicitar uno distinto, y no necesariamente acudir al mismo, una vez haya sido informado. Prueba inequívoca de ello es lo afirmado por ABEL LLUCH, cuando al tratar la capacidad informativa de los menores, asegura que existe la obligación de diferenciar la capacidad que tiene el menor de recibir información (derecho de información) y de tomar decisiones (consentimiento informado). ABEL LLUCH, Xavier, "El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado: su régimen jurídico en la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 10, 2004, pps. 14 a 125; concretamente en página 48.

(algo que evidentemente es imposible), la exigencia de un documento escrito con una mera finalidad probatoria, conforma un salvoconducto para el médico⁴³⁹.

En este punto conviene mencionar a PELAYO GONZÁLEZ – TORRE, cuando trata la cuestión del derecho de información y del consentimiento informado. Este autor considera que son dos elementos distintos pero obligados a recorrer el mismo camino, que no es otro que el de forjar la voluntad del paciente. El enfermo, para poder consentir, debe encontrarse previamente informado, por lo que ha debido recibir un caudal informativo adecuado para tomar una decisión⁴⁴⁰.

3. El consentimiento informado y las cláusulas abusivas.

Hasta el momento hemos tratado sobre qué es o qué tiene que ser, tanto el derecho de información, como el documento de consentimiento informado. Sin embargo, no se ha señalado nada sobre lo que no debe ser, y es precisamente en este punto en el que incide GALÁN CORTÉS, afirmando que el consentimiento informado, como documento, no es una “patente de corso”. Asegura este autor, que el criterio para el cumplimiento de la *lex artis* no la fija el documento en cuestión, sino la pericia del médico en el desarrollo de sus actuaciones⁴⁴¹.

⁴³⁹ De esta misma opinión se muestra GALÁN CORTÉS cuando a este respecto afirma “De esta forma, surgieron los documentos de consentimiento informado, cuyo móvil principal era la <<protección de los facultativos>> ante esta avalancha de reclamaciones que les venían encima, por lo que tampoco cumplieron el espíritu y la finalidad de la norma, pue (sic) si bien recogían por escrito la firma del enfermo o, en su caso, de sus familiares o representantes legales, no garantizaban, en lo más mínimo, el fiel cumplimiento de la información y, posteriormente, de la obtención del necesario consentimiento del paciente para toda intervención médica”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 18. Se decanta por esta misma idea DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Consentimiento informado y prueba de la *lex artis*. La relevancia de la prueba de presunciones” ... *op. cit.*; concretamente en página 76.

⁴⁴⁰ PELAYO GONZÁLEZ – TORRE, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada, 2009, página 79.

⁴⁴¹ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 146. Se reitera este autor en estas afirmaciones, cuando apunta en otra de sus creaciones “Deben evitarse las cláusulas abusivas, en el sentido de no introducir cláusulas exoneradoras de la responsabilidad, teniendo bien presente que los protocolos de consentimiento informado en modo alguno constituyen una patente de corso para el médico, por cuanto será la actuación médica, con arreglo a la pericia exigible en cada caso (*lex artis ad hoc*), la que ha de servir de base para juzgar su actuación”. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Consentimiento informado y reproducción asistida humana”, en *Diario La Ley*, tomo 6, 1998, pps. 1 a 5; concretamente en página 5. Opinión compartida por ROGEL VIDE, quien asegura que la antijuridicidad, con la debida información, sólo desaparece cuando el daño es precisamente la libre disposición. ROGEL VIDE, Carlos, “Daños determinantes de responsabilidad médica”, en BELLO JANEIRO, Domingo (Coordinador), *Régimen Jurídico de la responsabilidad sanitaria*, Reus, Madrid, 2013, pps. 33 a 51, página 41. BARREDA por su parte, afirma que un consentimiento informado no exime necesariamente de responsabilidad, si ha mediado una infracción de la *lex artis*. BARREDA, Iñigo, “La nueva orientación jurídica del daño desproporcionado en anestesia (II)”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 191, 2012, pps. 142 a 145; concretamente en página 145.

Algo que jamás debe existir en un consentimiento informado son cláusulas abusivas, que conformen vías de exoneración de responsabilidad civil, así como cualquier otra condición que pueda coartar los derechos del paciente.

2. Contenido del derecho de información y del consentimiento informado.

1. Contenido del derecho de información.

1. Para una primera aproximación al contenido, tanto del documento de consentimiento informado, como del derecho de información, conviene apuntar que el flujo informativo que debe recibir el paciente (por la vía verbal, escrita o ambas), comprenderá la naturaleza de la actividad médico - quirúrgica a desarrollar, el posible resultado que se pueda obtener, las alternativas al tratamiento, la premura o no de las actuaciones; y por supuesto, los riesgos que le son inherentes⁴⁴². Dado que la actividad médica se ve englobada por el sistema de culpa de la responsabilidad civil, conforma una obligación de medios y no de resultados, de lo que se desprende que todo aquel factor exógeno de carácter aleatorio que pueda influir en el acto médico, no es susceptible de información, porque es imprevisible y porque es un elemento desconocido⁴⁴³.

SÁNCHEZ – CALERO apunta de forma clara cuáles son los elementos básicos del contenido del derecho de información “...con carácter general, que la jurisprudencia

⁴⁴² MACIÀ GÓMEZ señala que esta obligación médica debe ser voluntaria (el paciente debe decidir libremente), informada (sobre los objetivos del tratamiento, su procedimiento, los beneficios y riesgos, la posibilidad de rechazarlo, etc.) y comprensible (la información debe transmitirse de forma que el paciente, en función de sus circunstancias, pueda entenderla). MACIÀ GÓMEZ, Ramón I., “El consentimiento informado” ...*op. cit.*; concretamente en página 188.

⁴⁴³ SANZ ACOSTA afirma en esta misma línea, que los factores extraños a la atención médica son civilmente intrascendentes. SANZ ACOSTA, Luis, “Consecuencia de la omisión de riesgos personalizados en el consentimiento informado”, en *Diario La Ley*, nº 4468, 2013, pps. 1 a 3; concretamente en página 3. Aunque el factor “tiempo” pueda parecernos un aspecto secundario de la información, lo cierto es que tiene su importancia, en la medida en que es necesario informar al enfermo de la urgencia o no de la cirugía o tratamiento, para que tome conciencia de su situación. Prueba inequívoca de ello es una resolución que nos acerca GALÁN CORTÉS, por la cual, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires se pronunció el 15 de diciembre de 1992, sobre un asunto en el que un paciente que había sufrido una fractura abierta de pierna, fue trasladado al centro sanitario más cercano al lugar del accidente. Sin embargo, ese hospital resultó ser uno privado, donde el paciente no podía ser atendido, salvo que se abonase la cuantía del acto médico, por lo que fue remitido a uno público, sin que se le informase sobre la necesidad de una actuación rápida, dada la gravedad de su pierna. Cuando llegó al segundo centro sanitario, la única opción de tratamiento que tuvo fue la amputación de la extremidad en cuestión. Este caso fue condenado por la omisión informativa que sufrió el paciente, al no notificársele la urgencia de su cuadro clínico. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 176.

entiende que el contenido y extensión de la información debe comprender todos los datos relacionados con el tratamiento que puedan incidir de forma razonable en la decisión a adoptar por el paciente; diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, pronóstico que de su tratamiento puede esperarse, riesgos del mismo, secuelas que puedan producirse, consecuencias en caso de omitirse el tratamiento y alternativas de tratamiento si las hubiere”⁴⁴⁴.

Por su parte, REQUERO IBAÑEZ define la obligación informativa en función de la situación terapéutica del paciente “La forma de informar depende del tipo de información pues no es lo mismo la terapéutica, clínica o asistencial que la previa al consentimiento. La primera, por enmarcarse en el contexto de una relación continuada médico- paciente, será predominantemente oral. Así en el Documento de Expertos se reconoce que esa información se desarrolla en un «proceso dialógico, hablado». Por el contrario la exigencia de escritura va ligado más bien a la información previa al consentimiento y liga esta exigencia a los procedimientos invasores; los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que suponga riesgos e inconvenientes notorios y previsibles y, en general, establece que cuanto más dudosa sea la efectividad de un procedimiento de esa naturaleza, más necesario será cuidar el modo de recabar y dejar constancia de la información”⁴⁴⁵.

Una descripción que engloba la práctica totalidad de aspectos y que merece ser expresamente citada, es la que nos viene de la mano de DE LORENZO y MONTERO y SÁNCHEZ CARO, cuando sobre qué debe conocer el paciente y qué debe facilitar el médico, afirman “Partiendo de la finalidad del consentimiento informado, se ha distinguido en cuanto a la información entre las consecuencias seguras de la intervención, los riesgos típicos y los infrecuentes, y se ha atendido además a la mayor o menor urgencia de la intervención, a su naturaleza curativa o no curativa, así como a la mayor o menor indicación de la intervención y a las circunstancias del paciente. Desde estos puntos de vista, se debe informar en todo caso de las consecuencias seguras de la intervención, de los riesgos típicos y de aquéllos que, siendo infrecuentes pero no excepcionales, tienen la consideración clínica de muy graves. Por lo demás, es evidente que la extensión de la información habrá de ser tanto mayor cuanto menor sea la urgencia y

⁴⁴⁴ SÁNCHEZ – CALERO ARRIBAS, Blanca, “El consentimiento informado en el acto médico” ... *op. cit.*; concretamente en página 48.

⁴⁴⁵ REQUERO IBAÑEZ, José Luis, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones” ... *op. cit.*; concretamente en página 903.

cuanto menor sea la necesidad de someterse a la intervención. No es posible, como regla general, ofrecer pautas porcentuales”⁴⁴⁶.

El enfermo debe ser partícipe de todos los riesgos y posibles daños que puede llegar a sufrir, al someterse a una terapia o cirugía, de modo que, pueda asumir la magnitud de la actividad en cuestión⁴⁴⁷. No es extraño que esta afirmación venga acompañada de la siguiente frase lapidaria: toda información sobre posibles daños que no se facilite al paciente supondrá su falta de asunción, por lo que la responsabilidad de éstos recaerá sobre el médico no informante. La justificación es sencilla, el enfermo ha visto limitada su capacidad de decisión por la omisión informativa sufrida, por lo que no ha llegado a tomar conciencia completa de la gravedad y los riesgos que del acto médico derivan, y consecuentemente no ha asumido su responsabilidad. Al no darse el trasvase de información de una parte de la relación hacia la otra, ésta se ha quedado en la figura del médico, que será quien asuma la plena responsabilidad de la materialización de un riesgo de obligada información⁴⁴⁸.

2. Si la ausencia de información resulta concluyente a fin de alterar la carga de la responsabilidad en las relaciones médico – paciente, otro tanto ocurre cuando ésta no es incompleta, sino incorrecta o inadecuada. En estos casos nos encontraríamos en un estadio similar, ya que la limitación del conocimiento provocaría que el consentimiento otorgado por el paciente se encontrase viciado y fuese nulo⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo y SÁNCHEZ CARO, Javier, “Consentimiento informado” en GÓMEZ DÍAZ – CASTROVERDE, José María y SANZ LARRUGA, Francisco Javier (Directores), *Lecciones de Derecho sanitario*, Universidad Da Coruña, A Coruña, 1999, pps. 209 a 274, página 223.

⁴⁴⁷ INESTAL VALERIO menciona cuáles son los riesgos que debe contener la información que se le facilita al paciente. De manera muy exhaustiva y gráfica este autor apunta, que entre éstos se encuentran, en primer lugar los frecuentes, es decir, aquellos que se producen habitualmente y que la experiencia así lo recoge. En segundo lugar, los peligros, que aunque infrecuentes, puedan considerarse “muy graves”; y finalmente los que incluso siendo remotos o muy remotos, como regla general, en el paciente no lo sean tanto por circunstancias propias de éste (propensión, afecciones que puedan complicar una cirugía o tratamiento, etc.). INESTAL VALERIO, Julio, “El consentimiento informado: derecho a saber; derecho a decidir”, en *Lex Nova*, nº 37, 2004, pps. 26 a 29; concretamente en páginas 27 y 28.

⁴⁴⁸ GALÁN CORTÉS resume todos los requisitos de la información “El médico ha de informar al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir, de manera razonable, en la decisión a adoptar por el mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma (medios) y el fin del tratamiento médico, señalándole el diagnóstico de su proceso, su pronóstico y las alternativas terapéuticas que existan, con sus riesgos y beneficios, así como la posibilidad, caso de ser conveniente, de llevar a efecto el tratamiento en otro centro sanitario más adecuado”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 175.

⁴⁴⁹ DE LORENZO Y MONTERO y SÁNCHEZ CARO equiparan la relación médica a una contractual, ostentando el consentimiento informado el mismo valor que puede tener el consentimiento en cualquier contrato. Un conocimiento de la realidad erróneo o difuso, daría lugar a una información sesgada, y por consiguiente, un consentimiento viciado o nulo. DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo y SÁNCHEZ CARO, Javier, “Consentimiento informado”, en GÓMEZ DÍAZ – CASTROVERDE, José María y SANZ LARRUGA, Francisco Javier (Directores), *Lecciones de Derecho sanitario ... op. cit.*, página 210. LLAMAS POMBO apunta en una línea muy similar, que un desconocimiento sobre todos o parte de los aspectos de la cirugía

Respecto del contenido de la información, conviene citar a LIZARRAGA BONELLI “Es decir, la información – parafraseando a SÁNCHEZ CARO, que sigue a otros autores – debe tener una *finalidad* (consecución de un consentimiento libre), debe ser de una *naturaleza específica* (explicación de la actuación sanitaria, ya sea ésta de fin preventivo, diagnóstica, terapéutica, rehabilitadora (sic) o de investigación), *debe describir los riesgos* de llevarla a cabo (no sólo los inherentes al acto sanitario, sino – como luego veremos – los inherentes a las circunstancias personales y profesionales del paciente, derivados de su edad, otras patologías, etc.). Y debe contemplar, en fin, tanto las *consecuencias* (beneficios que se esperan alcanzar con el acto sanitario) como también, en lógica armonía con el escrupuloso respeto a la libre voluntad y autodeterminación del paciente, si *existen o no tras alternativas a la actuación sanitaria posibles* (las opciones clínicas disponibles que habla la Ley) y ello, igualmente, con sus riesgos, consecuencias, etc.”⁴⁵⁰. Aunque extensa, lo cierto es que esta explicación dispone con gran rigor y detalle, cuál es el contenido mínimo a respetar en la actividad informativa, esto es, dónde se encuentra la frontera entre el paciente informado y el “desinformado”⁴⁵¹.

3. Llegados a este punto, procede señalar qué es una información completa. El artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, hoy recogido en el artículo 4 de la Ley 41/2002, establecía que entre otras características, la información debía ser “suficiente”, “razonada” o “adecuada”⁴⁵². Estas acepciones son vagas y poco detalladas, por lo que la

o tratamiento a recibir, puede llegar a viciar el consentimiento del paciente, al inducirle a error y provocar la ausencia de uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, y con ello, la nulidad del mismo. LLAMAS POMBO, Eugenio, “Validez (*contra legem*) del consentimiento informado en forma verbal”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 73, 2009, pps. 1 a 4; concretamente página 3.

⁴⁵⁰ LIZARRAGA BONELLI, Emilio, “La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, en GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica ... op. cit.*, página 257.

⁴⁵¹ Añade este autor, a modo de complementación, lo siguiente “El paciente debía ser *consciente*, *tenía que saber lo que consiente*, esto es, el motivo de la urgencia, su alcance, gravedad, riesgos, etc., lo que en modo alguno significa que el médico tuviera que desarrollar una tesis magistral del caso para lo que el enfermo no se halla preparado, sino solamente poner en su conocimiento, los extremos esenciales sobre los cuales debería consentir (tratamiento adecuado con arreglo a la *lex Artis ad Hoc* y los riesgos que le son inherentes), pero no incluyendo el resultado que es aleatorio, dada la incidencia en el mismo de múltiples factores ajenos al actuar del facultativo conforme a la *lex* y que, evidentemente pueden frustrar el fin perseguido, partiendo de la exigible obligación de medios, que no de resultado (salvo en los supuestos, aún la trascendencia vital de la actuación del facultativo, en atención al bien jurídico protegido en el que se actúa”. LIZARRAGA BONELLI, Emilio, “La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, en GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica ... op. cit.*, página 289.

⁴⁵² En la actualidad se establece que el paciente debe conocer “toda la información disponible”, un concepto discutible por su carácter excesivo.

jurisprudencia ha tenido que labrar el camino hacia el entendimiento. De estos conceptos debe extraerse que la información ha de ser “completa”, y sin ánimo de resultar repetitivos, el paciente debe tener una visión amplia sobre la intervención o tratamiento médico al que se va a someter, incluyendo dicha visión los riesgos, las alternativas, así como el posible resultado.

Esta premisa nos puede llevar a una circunstancia en la que, cumpliéndose esta labor informativa con creces, el paciente no llegue a comprender la magnitud de la misma, por resultar incomprensible para éste un lenguaje plagado de tecnicismos, inalcanzable para los profanos. En este caso, aunque el enfermo cuente con todo un elenco de descripciones de la técnica a utilizar, la farmacología, etc., la información no será adecuada, sino que estará sesgada por sus limitaciones comunicativas. Ésta no sólo debe ser completa, sino también apropiada, de acuerdo la realidad del paciente, y es precisamente en esta última acepción, en la que encontramos la clave en materia informativa. Prima la comprensión sobre la tecnificación, así como la conveniencia sobre la completitud. Lo relevante es que el receptor del mensaje, esto es, el paciente, entienda la totalidad del mismo y no que se encuentre a la deriva entre un mar de informes médicos⁴⁵³.

⁴⁵³ Tal y como en el Código de Nuremberg se señaló en su día, los tres elementos que deben existir en todo consentimiento son los siguientes: información, libertad y competencia. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 180. Conviene apuntar además, que tal y como DE LA MAZA afirma, no sólo la omisión informativa o el carácter insuficiente de la misma dan lugar a problemas en el flujo de información, sino que ocurre lo mismo con el factor incomprensión. Dado que este elemento puede ser un escollo para el caudal informativo, es necesario que la información, además de completa, se encuentre adaptada a las necesidades de comprensión del paciente, algo que deberá analizarse caso por caso, ya que de lo contrario podría estimarse que el enfermo no llega a estar correctamente informado. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “Consentimiento informado, una visión panorámica” ... *op. cit.*; concretamente en página 103. De esta misma opinión se muestra ABEL LLUCH cuando asegura “El carácter de «comprensible» debe ponerse en relación con la terminología empleada para transmitir la información. Por regla general, el destinatario de esa información será una persona que carece de conocimientos médicos, por lo que la información deberá tener el referente de ese destinatario, que es el hombre medio, carente de conocimientos científicos”. ABEL LLUCH, Xavier, “El derecho de información sanitaria”, en *Diario la Ley*, nº 5698, 2003, pps. 1 a 18; concretamente en página 6. Sigue una línea similar HIGUERA CANCINO, al afirmar este autor que la claridad en la interacción informativa es un pilar básico de la relación médico paciente “La información entregada debe ser clara y suficiente para orientar la toma de decisiones. No debe recurrirse a interpretaciones propias o subjetivas ni a creencias particulares del especialista, sino a aquello que cuenta con evidencia suficiente y puede ser comprobado por el consultante, tanto en la literatura específica, como en el hecho de recurrir a otros especialistas. Tampoco debiera usarse un lenguaje altamente técnico o académico para fundamentar por criterio de autoridad (infantilizar al paciente), sino que recurrir a un léxico común, imágenes o metáforas al alcance de las personas a las que se pretende explicar la acción terapéutica”. HIGUERA CANCINO, Miguel, “Consentimiento informado e intervención fonoaudiológica. Del consentimiento informado al compromiso” ... *op. cit.*; concretamente en página 159. SÁNCHEZ – CALERO aboga por esta misma idea, al apuntar que la información debe amoldarse a las necesidades del paciente, tales como el nivel cultural, social, capacidad cognitiva, etc. SÁNCHEZ – CALERO ARRIBAS, Blanca, “El consentimiento informado en el acto médico” ... *op. cit.*; concretamente en página 53. De esta misma opinión, por la que se pretende una simplificación del lenguaje médico cuando éste debe transmitirse al paciente, se pronuncia BELTRÁN

4. De los párrafos precedentes se desprende una incógnita a la que es necesario dar respuesta, la existencia de límites a la información. Éstos efectivamente existen, ya que tal y como analizaremos en el subapartado siguiente, la variante curativa de la Medicina debe tener restringido el caudal informativo a recibir por el paciente, sin equipararse dicha acotación a perpetuar la ignorancia. GALÁN CORTÉS apunta sobre esta idea “En cuanto a los límites del deber de información del médico, estimamos que debe informarse sobre las consecuencias y riesgos que razonablemente se pueden prever, es decir, los riesgos <<típicos>>, pero no sobre los excepcionales o <<atípicos>>, esto es, aquellos que, de acuerdo con la ciencia y experiencia médica, no son previsibles en el acto médico concreto a efectuar. No puede, por consiguiente, omitirse información sobre las consecuencias seguras y relevantes, ni sobre las posibles y previsibles, y ello con absoluta independencia de su verificación y cuantificación estadística”⁴⁵⁴.

AGUIRRE cuando señala “Información comprensible para el paciente. Ésta ha de darse en un lenguaje claro y sencillo, adoptado al nivel cultural del paciente, prescindiendo, por consiguiente, cuando sea preciso, de los tecnicismos propios de la ciencia médica. El médico debe asegurarse de que el paciente ha entendido lo que se le informa”. BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “La información en la ley general de sanidad y en la jurisprudencia” ... *op. cit.*; concretamente en página 162. No obstante CASAS puntualiza, que aun habiéndose simplificado el lenguaje, debe mantenerse un mínimo: aunque el médico debe hacer comprensible el lenguaje, éste no debe perder calidad. CASAS, Verónica Ester, “Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la administración por asistencia sanitaria”, en DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín, GANCER MINCHOT, Pilar y ZABALA GUADALUPE, Juan José (Directores), *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria* ... *op. cit.*, página 238.

⁴⁵⁴ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado* ... *op. cit.*, página 197. Sobre esta misma premisa de la necesidad de una limitación coherente de la información, se pronuncia GALLARDO SANCHO “En todo caso, para calibrar el grado de información que debe recibir el paciente, debemos atender siempre a la finalidad perseguida con ella. La información, en este caso, está en función del consentimiento: para que éste pueda ser prestado libremente y con conocimiento de causa es preciso que el enfermo conozca lo esencial y en los términos más comprensibles posibles, que le permitan hacerse una idea de su situación y de las distintas alternativas por las que puede optar —entre las que se encuentra la no intervención-, así como los riesgos asociados a cada una de ellas. Esta información se suministra en términos de probabilidad, pues no puede existir una certeza absoluta acerca de las consecuencias derivadas de cada una de las posibles opciones, y en un grado que pueda ser asumido por el paciente. De lo contrario, una información desproporcionada o en términos incomprensibles para el paciente, puede provocar su embotamiento y que, a pesar de haber leído y/o oído la información médica, haya prestado su consentimiento sin hacerse cabal idea de su conveniencia para él, saturado por la información”. SANCHO GALLARDO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en página 10. PELAYO GONZÁLEZ – TORRE se inclina por esta misma opción, cuando menciona el concepto “información excesiva”, considerando que ésta no sólo es desmedida, sino que incluso en ocasiones es infundada, ya que el hecho de que el paciente tenga conocimiento de riesgos tan remotos, cuyo porcentaje resulta superfluo, carece de fundamento alguno. PELAYO GONZÁLEZ – TORRE, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado* ... *op. cit.*, página 98. Es interesante la opinión de CANTERO MARTÍNEZ sobre los condicionamientos de la información. Esta autora opina, que más que un límite, debe existir un equilibrio entre la información que se facilita al paciente y la necesidad real que tiene éste de recibirla. CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital* ... *op. cit.*, páginas 21 y 22. En esta misma línea del “equilibrio” se pronuncia LÓPEZ ORTEGA, al estimar que la información no debe ser “ilimitada”, porque tampoco el derecho a la autodeterminación del paciente lo es. Debe encontrarse el punto de respeto a la “capacidad psicológica del paciente”, a los efectos de evitar que éste resulte abrumado. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, “Consentimiento informado y límites a la intervención médica”, en ANSUÁTEGUI ROIG,

CASAS sigue una línea prácticamente idéntica, al opinar que es necesaria una restricción lógica a la información del paciente, porque un exceso de la misma puede ser contraproducente. Concretamente señala esta autora “Como se puede comprobar, la Ley distingue entre aquellas consecuencias que se derivan de la intervención necesariamente, de aquellos riesgos probables y conocidos según el estado de la ciencia. Con ellos se trata de encontrar un equilibrio que pondere la información transmisible al paciente de modo que no provoque en él angustia innecesaria y al mismo tiempo se sientan las claves de la responsabilidad del facultativo en el caso de que la intervención no consiga sus objetivos e incluso empeore la salud del paciente. La densidad y el alcance de la información deben guardar un equilibrio prudente entre la transmisión de los datos sobre los riesgos habituales de la intervención en cuestión y sus consecuencias más frecuentes para los pacientes y el exceso de información imprescindible que puede ocasionar en las personas una preocupación adicional de tipo adicional”⁴⁵⁵.

No es necesario que destaquemos que es vital que dicha “limitación impuesta” deba encontrarse fundamentada y reglada, y que no puede tener como única base el discernimiento subjetivo del facultativo en cuestión. Un elemento clave, protagonista del elenco informativo, es la previsibilidad, esto es la frecuencia. Es decir, si un riesgo o eventual contingencia resulta propio de la actividad quirúrgica y es inherente a la misma, deberá ser informado. Factores como el número de ocasiones en las que se presenta no deben intervenir, precisamente a los efectos de evitar el desconocimiento. Con esta afirmación no nos estamos refiriendo a los riesgos muy remotos, sino a aquellos que son inherentes a la actividad médica y que deben ser comunicados⁴⁵⁶.

Francisco Javier (Coordinador), *Problemas de la eutanasia*, Dykinson, Madrid, 1999, pps. 61 a 85, página 66.

⁴⁵⁵ CASAS, Verónica Ester, “Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la administración por asistencia sanitaria”, en DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín, GANCER MINCHOT, Pilar y ZABALA GUADALUPE, Juan José (Directores), *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria ... op. cit.*, página 243.

⁴⁵⁶ GALÁN CORTÉS es especialmente clarividente a este respecto “Al referirse al riesgo típico en el precitado art. 10.1.c), la Ley 41/2002 huye, por tanto, de criterios estadísticos o porcentuales, como no podía ser de otra forma, y los califica como aquellos directamente relacionados con el tipo de intervención, esto es, con los específicos de la actuación concreta a desarrollar, aunque su cuantificación estadística sea muy poco frecuente o casi excepcional, pues como refiere FRANZKI, el hecho de que determinados sucesos se produzcan de manera típica no implica que sucedan con una frecuencia numérica”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 572. Este autor se reafirma en un documento posterior que conviene mencionar, por el hecho de que realiza una labor interpretativa de lo que deberíamos entender por “riesgo típico” y de obligada información “Los riesgos típicos de una intervención son, por tanto, los patognomónicos de la misma, esto es, los propios, inherentes y específicos de ese procedimiento médico, aunque, insistimos, su frecuencia o cuantificación estadística sea muy baja, pues la tipicidad del riesgo no es consustancial con su frecuencia, siendo conceptos diferentes y no siempre coincidentes”. Es decir, asevera este autor que un riesgo típico no viene conformado por el número de ocasiones en las que se presenta en una cirugía, sino más bien por el

2. Contenido del documento de consentimiento informado.

Todo consentimiento informado, así como la información verbal, debe ser completo y no conformar una simple licencia para el médico o el centro sanitario. El consentimiento informado ha de ser un texto que auxilie al médico en su quehacer informativo, y por ello no puede limitarse a un documento tipo, cuyo valor, en lo que a la información se refiere, sea prácticamente nulo, esto es, no debe ser una “ficción legal”⁴⁵⁷.

GALÁN CORTÉS es bastante acertado cuando afirma “Los documentos o formularios de consentimiento informado deben ser, por tanto, específicos y personalizados, por cuanto un formulario genérico de información no resulta válido a tales efectos, al no reunir los requisitos mínimos exigibles (especificidad, individualización...) para que el paciente pueda decidir, con suficiente conocimiento, si se somete o no a la intervención con otro médico o facultativo distinto”⁴⁵⁸. Añade este autor, para reforzar esta hipótesis, que los documentos genéricos tienen un valor nulo y no aseguran el cumplimiento de la obligación informativa. De estas palabras se infiere algo que podremos comprobar a lo largo de la memoria fenomenológica: todos aquellos casos en los que un documento de este tipo sea la única vía informativa, probablemente serán indemnizados por la escasa capacidad comunicativa de los mismos.

carácter inherente del mismo al acto médico en cuestión. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009” ... *op. cit.*; concretamente en página 558.

⁴⁵⁷ Los documentos tipo no sólo son escasamente informativos, sino también difícilmente legibles, tal y como se desprende de un estudio realizado a nivel nacional, por el cual se analizaban un número determinado de textos de consentimiento informado, en un conjunto designado de hospitales en España. En este estudio se alcanza la conclusión de que la relación riesgo – beneficio no se encuentra clara en prácticamente ningún texto de consentimiento informado, y que tan sólo un 11% de los mismos podrían considerarse legibles. Esta realidad evidencia que el documento informativo, aunque no sea tipo, nunca debería sustituir a la información verbal entre médico y paciente. AA. VV, “Legibilidad formal de los formularios de consentimiento informado”, en *Enfermería Clínica*, nº 15, 2005, pps. 3 a 7; concretamente en página 5.

⁴⁵⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica* ... *op. cit.*, página 548. SÁNCHEZ GONZÁLEZ es especialmente explícita al respecto, cuando aborda la cuestión de los consentimientos tipo. Señala esta autora, que este modelo de documentos no son válidos, ya que su capacidad informativa es sumamente limitada, al referirse de manera genérica a cualquier intervención o prueba. La exigencia mínima de un documento informativo sería que éste fuese *ad hoc*, es decir, que tuviese una redacción expresa para el paciente y la cirugía o tratamiento en cuestión. De lo contrario, la validez de este texto sería nula. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, “Función y desnaturalización de los protocolos de consentimiento informado”, en *Revista jurídica del notariado*, nº 65, 2008, pps. 314 a 342; concretamente en página 330.

3. Binomio Medicina curativa y satisfactiva.

Aunque esta cuestión es objeto de estudio en un capítulo dedicado a la Medicina satisfactiva, lo cierto es que ya que nos encontramos tratando el tema del derecho de información, estimamos necesario apuntar brevemente las dos caras que existen en materia de información, en esta bipartición.

Esta distinción es importante, porque trata de dos vertientes de la Medicina con finalidades, no opuestas, pero sí marcadamente desiguales; que no sólo tienen consecuencias en el acto médico en sí (tratamiento o cirugía), sino también en el grado de información que se debe hacer llegar al paciente⁴⁵⁹.

La primera distinción que debemos apuntar, y que sirve de origen al binomio, es la partición entre paciente / cliente, que se refiere a la Medicina curativa y satisfactiva, respectivamente; cuyo fundamento se encuentra en la necesidad del tratamiento⁴⁶⁰.

Es precisamente este elemento necesidad el que sirve como segunda distinción en esta doble vertiente entre Medicina satisfactiva y curativa. Frente a una necesidad acuciante, por la cual un paciente debe ser intervenido a fin de salvar su vida o mejorar su estado de salud, el apuro existente en la práctica de una vasectomía, ligadura de

⁴⁵⁹ No es tanto una distinción legal, como jurisprudencial. No en vano, ésta tiene origen más en la tradición de los Tribunales que en la labor del legislador, al no existir ninguna normativa que realice expresamente esta división. CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital ... op. cit.*, página 25.

⁴⁶⁰ SANCHEZ GALLARDO se muestra clarividente al señalar, que es precisamente ese elemento necesidad, el que dispone la frontera entre la Medicina curativa y satisfactiva, en materia de información “Todo lo cual nos permite concluir que si bien en ambos casos —medicina curativa y medicina voluntaria- se exige el consentimiento informado con carácter previo a cualquier intervención o actuación médica, el alcance de la información que debe suministrarse al paciente es mucho mayor, para que esté en mejores condiciones de calibrar si le conviene o no someterse a dicha actuación, que no es estrictamente necesaria para su salud”. SANCHEZ GALLARDO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en página 8. Aboga por lo mismo SÁNCHEZ – CALERO cuando apunta “La necesidad del tratamiento también puede influir en el contenido de la información, de forma que, cuanto menos necesario sea un tratamiento, más rigurosa ha de ser la información, debiendo ser extrema en las intervenciones estéticas y, en general, en la denominada cirugía voluntaria o de satisfacción (vasectomías, ligaduras de trompas, rinoplastias, mamoplastias, dermolipectomías...), a diferencia de la cirugía curativa o asistencial, en la que la información puede ser menos rigurosa”. SÁNCHEZ – CALERO ARRIBAS, Blanca, “El consentimiento informado en el acto médico” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 53 y 54. Conviene también comentar la perspectiva que nos acerca GALÁN CORTÉS, que es muy similar a la del autor anteriormente mencionado “De esta forma, la verdadera diferencia entre las obligaciones del médico en uno y otro tipo de intervenciones radica precisamente en el caudal informativo que debe dispensarse al paciente, que ha de ser mucho más riguroso en la medicina satisfactiva o voluntaria, dado que en este tipo de cirugía no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional, lo que acentúa la obligación del facultativo de informar sobre todos los riesgos y pormenores de la intervención (...)”. De nuevo nos remarca este autor, que es precisamente el factor “necesidad” el que se traduce en una suerte de frontera entre los dos tipos de Medicina mencionados, cuya principal diferencia práctica radica en el grado de información a recibir por el paciente. GALÁN CORTÉS, Julio Cesar, “Comentario a la sentencia de 29 de junio de 2007”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 75, 2007, pps. 1517 a 1527; concretamente en página 1523.

trompas o rinoplastia (por citar unos ejemplos), se encuentra profundamente desdibujado. La premura de la cirugía o terapia conforma un elemento clave y también justifica la división anterior entre paciente y cliente⁴⁶¹.

Ambas distinciones entre paciente /cliente y la incidencia de este binomio en el elemento necesidad, nos llevan a una consecuencia informativa de gran relevancia, por la cual precisamente hemos abordado esta parte del análisis: el grado de información en materia de riesgos. Mientras que en Medicina curativa, aunque la información es amplia, no traspasa el umbral de los riesgos remotos, la exigencia en Medicina satisfactiva es mayor, no sólo requiriéndose los muy remotos y los atípicos, sino estableciéndose como el único límite informativo, el de las eventualidades desconocidas por esta ciencia, esto es, los límites del desarrollo⁴⁶².

La base de esta distinción es la necesidad. En Medicina curativa el paciente debe someterse a un tratamiento o intervención a los efectos de mejorar su salud, o incluso de salvar su vida. De facilitársele un grado de información excesivo (es decir,

⁴⁶¹ Voces discordantes, como la de PELAYO GONZÁLEZ – TORRE, consideran que el binomio no es tal y que las diferencias informativas son innecesarias, siendo suficiente otorgar al paciente la información indispensable para que éste tenga conocimiento de los riesgos y los beneficios que le puede comportar algún tipo de tratamiento u operación en Medicina satisfactiva. PELAYO GONZÁLEZ – TORRE, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado ... op. cit.*, página 102. En una línea similar, aunque sin llegar a negar la bipartición entre Medicina curativa y satisfactiva se sitúa SÁNCHEZ GONZÁLEZ, que admitiendo esta dualidad, opina que dicha división no es justificación suficiente como para graduar el caudal informativo de un supuesto y otro. Variar el nivel de exigencia en materia de información, teniendo como única base la voluntariedad o necesidad de la intervención a practicar, provoca un retroceso al sistema paternalista, según las palabras de esta autora. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, “Función y desnaturalización de los protocolos de consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en página 328.

⁴⁶² GALÁN CORTÉS es destacable, cuando al respecto de los límites de la información en Medicina satisfactiva, asevera “La cirugía estética es el único dominio médico en el que los Tribunales exigen que el cirujano obtenga el consentimiento totalmente ilustrado de su cliente, sin fisura alguna. En otro tipo de cirugía con finalidad curativa, es admisible y razonable no informar de un riesgo atípico y excepcional, pero en cirugía estética puede no serlo, pues como señala la sentencia que comentamos, en su fundamento de derecho cuarto, <<sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención>>”. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 21 de octubre de 2005”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 72, 2006, pps. 1435 a 1450; concretamente en página 1446. Desde otra perspectiva, pero igualmente clarividente, se pronuncia GARCÍA RUBIO, cuando tratando la cuestión de este límite a la información en Medicina satisfactiva afirma “Precisamente porque forma parte de su diligencia profesional, el médico no está obligado a suministrar una información que no conoce ni debería conocer, por ejemplo, porque está fuera de su marco de actuación o porque, puede ser el caso, se trata de un riesgo desconocido según el nivel científico-técnico del momento de suministrar la información y realizar el tratamiento, aunque se descubra después (algo similar a los riesgos de desarrollo, por los que no habría de responder el facultativo)”. GARCÍA RUBIO, María Paz, “Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica” en *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (volumen I) ... *op. cit.*, página 3. Otra opción que justifica esta obligación informativa añadida, se basa en la idea de que, dada la naturaleza de la Medicina satisfactiva, el grado de exigibilidad es mayor, por lo que es necesario, no sólo informar de las posibilidades de que la actuación médica se desarrolle correctamente, sino que es obligado hacer llegar al paciente las posibilidades de que no se consiga el objetivo pretendido. AA. VV, *Información y documentación clínica. Su tratamiento jurisprudencial (1990 – 1999)*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2000, página 61.

trascendiendo a lo recomendado) la posibilidad de que el enfermo, lego en Medicina, se sienta abrumado por la misma es grande; hasta el punto de poder crearse una idea errónea de los riesgos que asume⁴⁶³.

La situación se torna distinta cuando hablamos de Medicina satisfactiva, donde no hay apremio alguno. El paciente, o más bien cliente, acude a un médico a fin de que solucione, no un padecimiento físico, sino algo que no es de su agrado. La falta de premura entraña que la única motivación que mueve al cliente sea su propia voluntad, y precisamente esa voluntad debe encontrarse correctamente fundada, para lo cual la información es un ingrediente clave. El cliente, que no paciente, debe conocer todos los riesgos que implica esa intervención que no requiere, precisamente para formarse una idea correcta; de forma que, cualquier limitación comportaría un atentado contra el derecho de información. Todo ello, porque es precisamente este método el que permitirá al usuario alcanzar una voluntad correcta, al no existir ningún factor añadido a la misma, como sí ocurre en la Medicina curativa⁴⁶⁴.

3. La forma en la información.

1. La forma del documento de consentimiento informado.

1. La información y el consentimiento no parece que deban ser entendidos como un único acto, que se desarrolla en un instante concreto y que despliega sus efectos en toda la relación médica. Existen distintos momentos en los que la información debe tomar protagonismo, debiendo mencionarse entre otros: el ingreso de un paciente al servicio de urgencias, el traslado a planta, exploraciones relevantes que se le practiquen, la administración de algún fármaco nuevo, el día anterior al alta hospitalaria, así como el día mismo, etc.

⁴⁶³ Con esta “semi limitación” informativa no se pretende mantener al paciente en la total ignorancia para que se someta a los tratamientos a ciegas. Tal y como hemos visto, éste debe ser partícipe de todos los aspectos relativos a la intervención o tratamiento, pero existen riesgos, que aunque pueden presentarse, su relevancia es tan escasa, que su mención puede resultar contraproducente.

⁴⁶⁴ De acuerdo con lo afirmado por ARENAS ALEGRÍA, hasta tal punto llega la voluntariedad en la Medicina satisfactiva, que incluso la falta de información sin daño derivado de la misma, sería susceptible de indemnización, al ser una traba para la capacidad de opción del paciente. ARENAS ALEGRÍA, Cristina, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de la administración. Especialidad en la medicina satisfactiva y su relación con la garantía de resultado” en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina ... op. cit.*, pps. 127 a 141, página 139.

En virtud de lo antedicho, al demostrarse el amplio despliegue informativo que debe efectuarse, la naturaleza y forma de la información, y su consiguiente consentimiento, serán modificados en función del momento y de las necesidades propias del mismo.

La forma que debía mantener, no tanto el derecho de información como su materialización, esto es, el consentimiento informado, ya venía recogida en la Ley General de Sanidad, en el artículo 10.6. Ya entonces se apuntaba a la necesidad de que ésta tuviese forma escrita, con la excepción de los supuestos de urgencia, en que ésta formalidad podía eludirse.

2. Sin embargo, de la experiencia se desprende, así como de las palabras de GALÁN CORTÉS, que debido a la mentada exigencia, se provocó una cierta “arritmia” entre la realidad y el deber normativo, al materializarse uno de los escasos ejemplos en los que el Derecho se adelanta a la sociedad⁴⁶⁵. La tónica habitual era la información verbal, mientras que la Ley vigente conminaba la forma escrita. No obstante, se inició un proceso de adaptación gradual en el ámbito sanitario, por el cual, tras la concurrencia de un número importante de resoluciones judiciales a este respecto, los médicos comenzaron a acudir a la forma escrita del derecho de información, a los efectos de facilitar su labor probatoria⁴⁶⁶.

Este artículo fue derogado con la entrada en vigor de la Ley 41/2002, la cual en su precepto 8.2 (en consonancia con el 8.3), en un esfuerzo de adaptación a la realidad, optó por sentar que la regla general informativa sería la verbal; limitándose la forma escrita a supuestos puntuales, como las actividades quirúrgicas, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos de carácter invasivo, así como a todo aquel acto médico que supusiese una serie de riesgos o inconvenientes graves para el paciente⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 116.

⁴⁶⁶ GARCÍA ORTEGA, CÓZAR MURILLO, ALMENARA BARRIOS consideran que el escenario que presentó la Ley General de Sanidad fue excesivo, cuando afirman “Inicialmente la Ley General de Sanidad de 1986 era extraordinariamente rigurosa al exigir que la información fuera completa y continuada, verbal y escrita. Esta filosofía fue suavizada por el Convenio de Oviedo cuando introdujo el término «información adecuada», como sinónimo de información suficiente y adaptada a la persona que la recibe. La LAP fija como regla general que la información se proporcionará de forma verbal, dejando constancia de la misma en la historia clínica”. GARCÍA ORTEGA, Cesáreo; CÓZAR MURILLO, Victoria y ALMENARA BARRIOS, José, “La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002”, en *Revista Española de Salud Pública*, nº 4, 2004, pps. 469 a 479; concretamente en página 473.

⁴⁶⁷ VIANA CONDE y DE SAS FOJÓN nos presentan un escenario en el que se evidencia la necesidad que existía de variar esta regla general de la forma escrita y pasar a la oralidad, precisamente a fin de evitar situaciones de injusticia “Los problemas que esto puede generar no son pocos, ni desdeñables. Supongamos el caso de un enfermo al que el médico le ha dado una información clara, leal, esclarecedora

De la ley actualmente vigente entendemos, que contrariamente a su antecesora, señala como regla general la forma verbal en la información, salvo para supuesto tasados⁴⁶⁸.

3. Para finalizar este apartado, y con carácter aplicable a los estadios legislativos ahora mencionados, conviene apuntar que la forma escrita siempre ha tenido efectos *ad probationem*, pero no *ad substantiam*, de ahí que se pueda llegar a considerar bien informada a una persona, que debiendo haber recibido un documento por escrito, sólo percibe información verbal⁴⁶⁹.

Este cambio de perspectiva encuentra su razón de ser en el simple hecho de que el elemento protagonista de este concepto, no es otro que la información en sí misma. Una exigencia escrita a ultranza puede llevar a los centros sanitarios a contar con multiplicidad de formatos de texto informativos, cuya finalidad realmente no sea la de

de la gravedad de su situación y de las alternativas que se presentan, entre ellas una intervención inmediata y de alto riesgo. En el apresuramiento de la situación – polarizada hacia el bien del enfermo: exploraciones, consultas, preparativos de la intervención, etc.- nadie se cuida de recoger por escrito toda la información que se ha dado de palabra. El enfermo se muere pese a todos los esfuerzos. Bastará que un familiar interesado alegue que no existe constancia de la información escrita, para que se intente el reproche con fines indemnizatorios y llegue a estimarse la existencia de responsabilidad, al considerar que se ha incurrido en un «ilícito legal» no por falta de consentimiento, sino por falta de la forma escrita. De poco valdrá que esa forma de discurrir sea resucitar la anacrónica doctrina del *versare in re ilícita*, cuyos ejemplos más chuscos y elocuentes, son los conocidos como «el asesinato de la perdiz» y «el caso de los monjes juguetones». De las palabras de estos autores se desprende cómo la obligación de información podía llevarse al extremo y crear situaciones de tal injusticia como la presentada, por lo que el esfuerzo adaptativo de la Ley 41/2002 resulta loable. VIANA CONDE, Antonio y DE SAS FOJÓN, Antón, “El consentimiento informado del enfermo” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 2 y 3.

⁴⁶⁸ GALÁN CORTÉS equipara los casos concretos de forma escrita a la firma de un “contrato de adhesión”, en el que aun señalándose todos los puntos necesarios, no se acerca al paciente y resulta prácticamente incomprensible para el mismo. Nuevamente volvemos sobre la idea de que no es tan relevante la materialización de la información, como el flujo informativo en sí, prevaleciendo siempre que el paciente se encuentre bien informado, a que la información venga recogida por escrito. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado* ... *op. cit.*, página 137. Afirmación en la que este autor se mantiene firme, y que encontramos en otro de sus trabajos, cuando señala “Aun cuando estas leyes especiales recogen, de forma expresa, la necesidad de obtener el consentimiento escrito de los usuarios de estas técnicas, en todo caso, la Ley General de Sanidad lo establece en su art. 10 apartados 5 y 6, con carácter general para toda intervención, exigiendo, asimismo, la forma escrita, si bien se estima que tal exigencia escrita lo es a efectos de prueba (*ad probationem* y no *ad solemnitatem*), siendo plenamente válido el consentimiento que se acredite por cualquier otro medio de prueba de los admitidos en Derecho”. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Consentimiento informado y reproducción asistida humana” ... *op. cit.*; concretamente en página 3.

⁴⁶⁹ De esta misma opinión sobre el valor probatorio de la forma escrita es GALLARDO SANCHO en SANCHO GALLARDO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en página 12. Igualmente, sigue esta línea doctrinal REQUERO IBÁÑEZ, cuando afirma que en el orden de prelación de la información, la forma verbal prevalece sobre la escrita. REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones” ... *op. cit.*; concretamente en página 109. Opinión también compartida por DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Consentimiento informado y prueba de la *lex artis*. La relevancia de la prueba de presunciones” ... *op. cit.*; concretamente en página 81.

informar, sino la de cumplir las exigencias legales⁴⁷⁰. Si lo realmente relevante es que el paciente pueda conocer qué padecimiento le aqueja y qué tratamiento o actividad quirúrgica puede mejorar su estado de salud, es necesario buscar una vía que garantice el cumplimiento de esta función y no que únicamente sea legal. La oralidad es un buen sistema a fin de que la comunicación médico – paciente sea fluida y para que la información pueda llegar desde el profesional de la Medicina hasta el paciente⁴⁷¹.

Puede ser precisamente por esta razón por la que la actual Ley 41/2002 haya presentado esta idea de la forma verbal como la principal, relegando el documento escrito a supuestos reglados. Prueba inequívoca de ello será la dinámica que podrá observarse sobre esta cuestión en el Tribunal Supremo, para el cual, incluso litigios en los que el texto de consentimiento sería el obligado, si el juzgador considera que el paciente se encuentra bien informado, estimará no indemnizable la falta de observancia de esta imposición legal⁴⁷².

2. La forma en ocasiones especiales.

En el apartado que nos precede hemos abordado la cuestión relativa a la forma verbal o escrita de la información, la cual ha evolucionado desde la exigencia de la materialización a la oralidad, gracias a la Ley 41/2002, que acercándose más a la realidad diaria, estableció únicamente un *numerus clausus* de supuestos en los que el documento escrito resulta obligado.

Existen excepciones a esta regla general, que derivan de la existencia de situaciones clínicas que escapan a la regulación contenida en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002. Estos casos son las donaciones, los trasplantes de órganos y los ensayos clínicos sin interés terapéutico.

⁴⁷⁰ ALONSO ÁLAMO aboga por esta misma idea, al señalar que la exigencia absoluta de la forma escrita entrañaría la utilización radical de documentos “tipo”, que serían la manifestación misma de una Medicina defensiva. ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales”, en MENDOZA BUERGO, Blanca (Editora), *Autonomía personal y decisiones médicas*, Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2010, pps. 97 a 141, página 99.

⁴⁷¹ De acuerdo con lo afirmado por RIBOT IGUALADA, la desinformación supone, tal y como apuntaremos *a posteriori*, la falta de asunción de responsabilidad por parte del paciente, quedando ésta en el médico no informante. RIBOT IGUALADA, Jordi, “Comentario a la sentencia de 2 de julio de 2002”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 60, 2002, pps. 1159 a 1184; concretamente en página 1179.

⁴⁷² En este punto conviene citar a DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, que se muestra especialmente esclarecedor, al afirmar que lo realmente relevante es la información y no tanto su forma, por lo que la falta de cumplimiento de este segundo requisito es secundario. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Consentimiento informado y prueba de la *lex artis*. La relevancia de la prueba de presunciones” ... *op. cit.*; concretamente en página 83.

En los supuestos arriba mencionados se acude a la forma escrita, aunque ninguno de ellos conforme uno de los escenarios recogidos por el artículo 8.2 de la Ley, por lo que se nos suscita la duda de qué es lo que motiva estas singularidades. La respuesta a este interrogante es sencilla, se trata de casos de especial protección por una simple cuestión, y es que el paciente pone en riesgo su salud sin pretender la obtención de ningún tipo de beneficio, algo que es extraordinario⁴⁷³. Se trata de un acto libre que efectúa el paciente, acorde a su conciencia, al no tener ningún tipo de interés (como en la Medicina satisfactiva), ni de necesidad (como en la Medicina curativa); y es precisamente por ello por lo que tanto esa libertad de la que hace uso el paciente, como esa conciencia que le llevan a desarrollar algo desinteresado, deben plasmarse por escrito, dada su especialidad⁴⁷⁴.

La finalidad de esta exigencia no es otra que la garantía, ya que se pretende asegurar la decisión del paciente. Se persigue certificar que éste ha sido concienzudamente informado, que tiene plena constancia de a qué se está sometiendo, y que aun así, se mantiene firme en su decisión. Precisamente por este requerimiento añadido, es por lo que se conmina la forma escrita (incluso para el beneficiario de la donación)⁴⁷⁵, por tratarse de un acto de autodisposición, basado en la dignidad y en la libertad de una persona⁴⁷⁶.

⁴⁷³ De esta misma opinión se muestra ROMERO PAREJA, cuando asienta como presunción básica para las donaciones de órganos, una información clara, concisa y amplia al donante, ya que el paciente va a asumir riesgos innecesarios. ROMERO PAREJA, Agustín, “Consentimiento informado ante la donación de órganos para trasplante”, en *Diario La Ley*, nº 7544, 2011, pps. 1 a 28; concretamente en páginas 9 y 10.

⁴⁷⁴ En el caso de los trasplantes de órganos, su exigencia deriva de que se trata de una cirugía.

⁴⁷⁵ El donatario también debe ser informado sobre los riesgos e inconvenientes del trasplante, y dada la naturaleza del acto médico, esta información debe constar de manera escrita y razonada. ROMERO PAREJA, Agustín, “Consentimiento informado ante la donación de órganos para trasplante” ... *op. cit.*; concretamente en página 3.

⁴⁷⁶ ROMERO PAREJA, Agustín, “Consentimiento informado ante la donación de órganos para trasplante” ... *op. cit.*; concretamente en página 1. Hasta tal punto llega el rigor exigido en este tipo de “consentimientos informados”, que además de la forma escrita, entre las formalidades a cumplir se encuentra la necesidad de que el donante se someta a un examen de salud, física y mental, debiendo presentarse dichos análisis, junto con el consentimiento expreso de donación, ante el Juez del Registro Civil correspondiente, para que la autorice. TRIGO GARCÍA, Belén; GALLAS TORREIRA, Mercedes y PUGA MARTÍNEZ, Amalia, “El consentimiento a la donación de órganos: profesionales sanitarios, pacientes y familiares”, en *Derecho y Salud*, vol. 18, nº 2, 2009, pps. 59 a 69; concretamente en página 62. Rigor que se acentúa en el simple hecho de que incluso la propia ley exige un período de tiempo mínimo entre la información y la intervención, que es de 24 horas, algo que en los demás supuestos ha venido establecido por la jurisprudencia, pero no por la legislación. NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, “Consentimiento información del paciente: algunos casos específicos”, en ECHANÓ BASALDUA, Juan I (Coordinador), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pps. 1191 a 1214, página 1209.

3. La historia clínica y el consentimiento informado.

1. La historia clínica, regulada en el capítulo quinto la Ley 41/2002, es lo más parecido a la biografía sanitaria de una persona, un documento de gran relevancia, tanto desde el punto de vista clínico como de la actividad del profesional médico⁴⁷⁷.

GALÁN CORTÉS define la historia clínica como “La historia clínica constituye el relato patográfico o biografía patológica de la persona, esto es, la transcripción de la relación médico – paciente, por lo que ostenta un valor fundamental, no sólo desde el punto de vista clínico, sino también a la hora de juzgar la actuación del profesional sanitario, en tal forma que puede afirmarse que la historia clínica puede ser el mejor aliado o el peor enemigo del médico procesado”⁴⁷⁸.

MARTÍ MONTESINOS y PIDEVALL BORREL nos acercan una exposición muy parecida a la de GALÁN CORTÉS, cuando señalan que “La historia clínica es el documento sanitario que contiene más información íntima de un paciente y su uso constituye un bien irrenunciable de cada persona en su atención como enfermo y también para el desarrollo de la lucha contra la enfermedad y en la promoción de la salud”⁴⁷⁹.

ROMERO COLOMA la caracteriza de la siguiente manera “Esta es una definición pensada para la Historia Clínica que se elabora en el marco del Hospital y en la que intervienen numerosos profesionales, destacando su finalidad de fuente de información para todas las personas que, de una u otra forma, intervienen en la asistencia al paciente

⁴⁷⁷ ALONSO LAZA sitúa el posible origen de las historias clínicas en dos posibles escenarios, los “relatos patográficos” contenidos en el papiro de Edwin Smith o las lápidas votivas del templo de Epidauro, donde aparecía no sólo el nombre del fallecido, sino también la afección que causó su muerte. ALONSO LANZA, José Luis, “La historia clínica electrónica: ideas, experiencias y reflexiones”, en *Acimed*, nº 13, 2005, pps. 1 a 20; concretamente en páginas 2 y 3.

⁴⁷⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica... op. cit.*, páginas 133 y 134.

⁴⁷⁹ MARTÍ MONTESINOS, Cristina y PIDEVALL BORREL, Ignasi, “Accesos a la historia clínica, con especial referencia a la disposición adicional tercera de la ley 41/2002 y al artículo 11.5 referente al acceso a las instrucciones previas”, en GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica ... op. cit.*, pps. 101 a 136, página 101. Por su parte, CODÓN HERRERA nos acerca un concepto más amplio de historia clínica, como lo es la “documentación clínica” o “información clínica”, que abarca tanto la historia clínica, como el concepto de “alta médica”. Este autor la define como “Por información clínica se entiende todo dato, cualquiera que sea su forma, clase, tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla”. CODÓN HERRERA, Alfonso, “La historia clínica: concepto, normativa, titularidad y jurisprudencia”, en GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica ... op. cit.*, pps. 136 a 160, página 143.

o que incluso puede intervenir en una asistencia futura en el mismo Centro o en otro diferente”⁴⁸⁰.

DE LORENZO Y MONTERO la conceptúa de una forma muy clara, al afirmar “Según la Ley Básica de Autonomía de los Pacientes, la historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos en el ámbito de cada centro”⁴⁸¹.

Se trata de un documento en el que se recopilan todos los datos, junto con las valoraciones e información añadida, cualquiera que sea su naturaleza, sobre la situación y evolución de un paciente, a lo largo de lo que podríamos denominar, el proceso asistencial⁴⁸².

La historia clínica debe contener, además de las anotaciones obligatorias sobre la salud del paciente, en el caso de que éste vaya a ser sometido a una actividad quirúrgica o a una prueba invasiva, el documento de consentimiento informado, comentarios relativos al cumplimiento del deber de información para con el paciente, así como cualquier alusión a las dudas o cuestiones que el médico dirima al mismo.

2. Hasta tal punto llega la relevancia de la historia clínica, que ésta puede llegar a sustituir al documento de consentimiento informado, en caso de no haber uno. A tal fin, es necesario que en la misma consten menciones expresas al cumplimiento del deber de información por parte del médico, las cuáles serán útiles en la actividad probatoria, siempre y cuando se encuentren debidamente efectuadas⁴⁸³.

⁴⁸⁰ ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La medicina ante los derechos del paciente ... op. cit.*, página 50.

⁴⁸¹ DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo, *Derechos y obligaciones de los pacientes ... op. cit.*, página 113.

⁴⁸² Tanto la naturaleza como el contenido de la historia clínica, vienen regulados en el artículo 3 y 14 de la Ley 41/2002, respectivamente. Por su parte el artículo 3 reza lo siguiente respecto de este concepto “El conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y evolución clínica de un paciente a lo largo de su proceso asistencial”; mientras que el artículo 14 establece “El conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y evolución clínica de un paciente a lo largo de su proceso asistencial”. A pesar de la semejanza de ambos preceptos, autores como ATELA BILBAO y GARAY ISASI, estiman poco acertada esta explicación de la actual legislación vigente sobre la historia clínica. Dicha desavenencia se centra, no tanto en el concepto en sí, sino en que consideran erróneo dividir en dos artículos (no correlativos) un concepto, cuya finalidad es definir un elemento básico de la relación médica. ATELA BILBAO, Alfonso y GARAY ISASI, Josu, “Ley 41/2002 de derechos del paciente. avances, deficiencias y problemática”, GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica ... op. cit.*, pps. 43 a 77, página 46.

⁴⁸³ REQUERO IBÁÑEZ se pronuncia al respecto de la validez de la historia clínica como prueba en materia informativa, al apuntar “Ahora bien, desde el punto de vista de la regularidad del servicio, no debe perderse de vista que la documentación en la historia clínica de esa relación constante médico – enfermo puede suplir las formalidades del consentimiento informado formalizado legal o protocolariamente. Si de

En ocasiones los Tribunales han dado por válidas (a nivel informativo), las constancias manuscritas en la historia clínica del paciente, cuando éstas se refieran a la cirugía o acto médico al que se va a someter a éste, y aluda a cuestiones tales como sus riesgos y alternativas terapéuticas. A lo largo del estudio tópico podremos comprobar el nivel de aceptabilidad que otorga el Tribunal Supremo a la historia clínica.

4. El tiempo en la información.

1. El tiempo es un elemento de especial relevancia cuando del derecho de información hablamos. Tratándose de una materia por naturaleza delicada, cuya finalidad no es otra que dar al paciente la oportunidad de ser partícipe de la relación médica, es evidente que la información debe darse en el momento oportuno, es decir, aquel que permita al enfermo tomar conciencia de la situación y barajar sus posibles alternativas. Nos hallamos ante lo que la doctrina ha denominado el “plazo de reflexión”, cuya finalidad es la de permitir al enfermo adoptar una decisión serena y consciente. Parece conveniente apuntar, que cuando se hace mención a la información, no nos referimos únicamente al documento de consentimiento informado, sino al concepto informativo en sentido amplio, llegando a permitirse por la jurisprudencia, tal y como comprobaremos en el estudio fenomenológico, que el texto en cuestión sea firmado, únicamente unas horas antes de una cirugía; siempre y cuando el traspaso del caudal informativo se hubiese producido en un tiempo en el que se permitiese esa “reflexión” al paciente.

De esta última afirmación se desprende que una información precipitada, aunque sea completa, es tan insuficiente como una inadecuada, por el simple hecho de que el paciente no ha tenido la oportunidad de comprender la información recibida, y mucho menos tomar conciencia sobre la misma, a los efectos de adoptar una decisión⁴⁸⁴.

esta historia se desprende un contacto constante, fluido, y, por tanto, se deduce que se ha transmitido información, hay base para deducir que al someterse el paciente a una intervención era consciente de su alcance, luego no es errado afirmar que se ha satisfecho su poder de autodisposición”. REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones” ... *op. cit.*; concretamente en página 915.

⁴⁸⁴ Línea doctrinal compartida por MARTÍNEZ GALLEGOS, Eva María, “Consentimiento informado”, en *Actualidad Civil*, nº 12, 2010, pps. 1446 a 1461; concretamente en página 1456. REQUERO IBÁÑEZ da forma al concepto tiempo en el derecho de información y fija un lapso temporal mínimo de 24 horas entre la recepción de la información y la práctica de la actividad médica. REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones” ... *op. cit.*; concretamente en página 111. YEBRA – PIMENTEL VILAR por su parte, considera inadecuado establecer una temporalidad mínima o máxima entre el acto médico y la información, estima esta autora que el

2. Es característico del derecho de información que éste subsista a lo largo de todo el acto médico, sobre todo en aquellos casos que por su naturaleza se dilatan en el tiempo. Se conforma como una información de tracto sucesivo, y no tanto de tracto único. Hasta tal punto llega dicha naturaleza, que es posible incluso que el caudal informativo no finalice únicamente con el tratamiento, y que el médico se encuentre obligado a seguir manteniendo al paciente informado sobre su recuperación, procesos posteriores, etc⁴⁸⁵.

Es de sumo interés mencionar a DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, que se inclina por la idea de que la información no es un acto unilateral, sino una suerte de diálogo. Señala este autor, que dado que una enfermedad puede ser un proceso largo en el que no se desarrolle únicamente una actuación, sino múltiples, pudiendo presentarse además diversos escenarios cambiantes; la única manera que tiene el paciente para poder tomar decisiones informadas en cada etapa, es precisamente esa, que la información se caracterice por ser dinámica y constante⁴⁸⁶.

De una manera muy similar, pero con un cierto matiz, DEL RÍO SÁNCHEZ aboga por una perspectiva distinta para el consentimiento informado, que supera la de simple

tiempo debe ser el suficiente, para que el paciente pueda reflexionar de forma madura y coherente su situación. YEBRA – PIMENTEL VILAR, Paula – Carolina, *El consentimiento informado: criterios legales y jurisprudenciales ...op. cit.*, página 51.

⁴⁸⁵ GALÁN CORTÉS señala a este respecto “Resulta evidente que el consentimiento del paciente debe prestarse antes del acto médico que se pretende llevar a efecto y ha de subsistir durante todo el tratamiento (principio de temporalidad), en tal forma que el consentimiento sea adaptado a lo largo de todo el proceso terapéutico en el caso de enfermedades crónicas que precisan tratamiento en distintas fases, con lo que se protege el derecho a la libertad del paciente. se trata, por consiguiente, de una información de tracto sucesivo o de ejecución continuada, y no de tracto único”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 533. Idéntica opinión tiene FERNÁNDEZ GIMENO al afirmar “Tanto la información como el consentimiento al tratamiento revelado por la información, deben prestarse de forma continuada antes, durante y a lo largo de todo el tratamiento. Se trata de un derecho de ejercicio continuado, de tracto sucesivo. El tratamiento médico no es un acto aislado sino un proceso. Por tanto, la información y el consentimiento no deben abarcar un acto aislado (el momento anterior al tratamiento) sino todo el proceso hasta su finalización o alta voluntaria siendo susceptible de revocación”. FERNÁNDEZ GIMENO, Pascual, “El consentimiento informado en el arrendamiento de servicios. Examen particular del consentimiento informado del acto médico”, en *Noticias de la Unión Europea*, nº 211/212, 2002, pps. 35 a 44; concretamente en página 43.

⁴⁸⁶ Destaca este autor que se trata de un acto gradual, que no puede completarse por un solo evento informativo y un documento. Al ser un proceso patológico, más o menos largo, la información también debe serlo, y consecuentemente convertirse en un diálogo. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Consentimiento informado y prueba de la *lex artis*. La relevancia de la prueba de presunciones” ... *op. cit.*; concretamente en página 76. De esta misma opinión se muestra GALÁN CORTÉS cuando afirma que la información no se “congela” en un momento concreto, sino que debe darse durante todo el tratamiento, y con carácter posterior al mismo. GALÁN CORTÉS, Julio César, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, Madrid, 1997, página 35. SIMÓN LORDA también aboga por esta línea de la continuidad, por considerar que el derecho de información es un proceso y no un acto puntual. SIMÓN LORDA, Pablo, “El consentimiento informado y la participación del enfermo en las relaciones sanitarias”, en COUCEIRO, Azucena (Coord.), *Bioética para clínicos ... op. cit.*, pps. 133 a 145, página 140.

obligación legal y sufre un desarrollo evolutivo, por el cual conforma un medio necesario para construir los cimientos de una relación médico – paciente. Se trataría de un proceso de diálogo prolongado en el tiempo, es decir, de una relación⁴⁸⁷.

3. A esta característica es de recibo añadir además su ductilidad, esto es, la posibilidad de adaptarse que debe tener el consentimiento a lo largo del tratamiento o enfermedad del paciente, aclimatándose tanto a las necesidades de éste, como a las de la propia enfermedad.

Como corolario final, de todas estas características deriva un punto añadido respecto del derecho de información, como lo es su revocabilidad. El consentimiento otorgado por el paciente, independientemente del momento en el que se encuentre, puede ser revocado cuando éste lo estime oportuno, algo de lo que el enfermo debe encontrarse informado desde un principio; precisamente a fin de evitar la excesiva presión psicológica que puede ejercer sobre su persona un consentimiento irrevocable⁴⁸⁸.

5. La prueba de la información y el consentimiento informado.

1. Comentábamos líneas atrás que la exigencia de la forma escrita se ha flexibilizado notablemente, y que aunque en un primer momento la Ley General de Sanidad establecía como única forma válida el consentimiento en forma escrita, la actual Ley 41/2002 se caracteriza por ser más permisiva y limitar la exigencia material a supuestos concretos.

A esta evolución más laxa debemos añadir, que incluso el Tribunal Supremo se ha mostrado más relajado, al tolerar que este requisito legal se obvie, en aras de una

⁴⁸⁷ DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen, “El consentimiento informado en menores y adolescentes: Contexto ético – legal y algunas cuestiones problemáticas”, en *Informació psicológica*, nº 100, 2010, pps. 60 a 67; concretamente en página 62.

⁴⁸⁸ Aunque la revocabilidad no se encuentre recogida de forma expresa, autores como LIZARRAGA BONELLI abogan por dicha posibilidad, en una línea similar a la de la información: por escrito y de manera razonada. Todo ello a los efectos de que el paciente tenga pleno conocimiento del valor de su decisión y las implicaciones para su salud. LIZARRAGA BONELLI, Emilio, “La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, en GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica ... op. cit.*, página 284. De la misma opinión se muestra SANCHO GALLARDO al tratar la revocación del consentimiento del paciente. No obstante, este autor exige inequívocamente que ésta se efectúe de forma escrita, independientemente del momento en el que se encuentre el acto médico. Ahora bien, apunta este autor, que este derecho a revocar el consentimiento no es absoluto, como tampoco lo es el derecho de información, ya que si media un riesgo inminente para la salud del paciente, éste no podrá acudir a este recurso. SANCHO GALLARDO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 8 y 9.

buena información. Aunque es innegable la primacía de la información sobre la formalidad, también lo es que esta línea de actuación presenta serios problemas, desde el punto de vista del factor prueba.

2. La forma escrita no es *ad substantiam*, sino *ad probationem*, con el aspecto añadido de que la carga probatoria recae sobre el médico y no sobre el paciente (ya que lo contrario sería una prueba diabólica)⁴⁸⁹.

Esta hipótesis sitúa en una incómoda posición al médico que no recoge por escrito las actuaciones a desarrollar, por lo que limitar la vía probatoria a los documentos de consentimiento informado, contradeciría la esencia de la Ley 41/2002, así como la doctrina del Tribunal Supremo. Alternativas como la de la ya mencionada historia clínica, son una vía de salida que sigue la línea marcada por la normativa vigente. Entendemos, que aun no existiendo la forma escrita, la actividad probatoria puede verse relajada gracias a algunas de estas alternativas.

3. Conviene añadir asimismo, que una relación de hechos contraria, en la que sí contemos con un documento de consentimiento informado, no es sinónimo de información suficiente si el texto es deficiente, vago o incorrecto. Es más, no se consideraría cumplido el deber informativo del médico si éste no está acompañado de algún otro elemento probatorio, como por ejemplo la antes mencionada historia clínica.

⁴⁸⁹ MARTÍNEZ GALLEGO se muestra de acuerdo con esta idea, por la cual el consentimiento informado otorgado físicamente, no conforma un requisito *sine qua non* de la obligación informativa, sino un documento probatorio, es decir, *ad probationem*. MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María, “Consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en página 1453.

III. ELEMENTOS DE LA INFORMACIÓN.

1. El deber de informar.

1. Deber general de información.

1. La información que recibe el paciente le permite tomar conciencia de su situación, del acto médico al que se va someter, y consecuentemente, le faculta para consentir la cirugía o tratamiento en cuestión. Dicha autorización se acota a lo que en ella se encuentre preestablecido, y todo lo que trascienda a la misma no se habrá consentido. La idea que subyace bajo la información, es que el paciente permite al médico informante, actuar de acuerdo con lo acordado⁴⁹⁰.

Sin embargo, en una sociedad como en la que vivimos, en la que la Medicina se ejerce no sólo por multitud de personas, sino de equipos, hace que nos tengamos que formular la obligada pregunta de quién es la persona encargada de transmitir esa información al paciente. No estimamos acertada la opción por la cual el consentimiento que un enfermo otorga a un médico resulte extensible a todos los facultativos que actuarán a lo largo del proceso, precisamente porque se desdibuja la naturaleza de esta construcción doctrinal.

A fin de solventar esta cuestión podemos acudir al artículo 10.7 de la Ley General de Sanidad, que establece que todo paciente debe tener asignado un médico, que será su principal interlocutor.

2. Esta afirmación no debe llevarnos a la errónea idea de que el mentado médico ha de ser el facultativo de Medicina general, ya que el campo de información a abarcar, de tratarse por ejemplo de una cirugía, quedaría al margen de su especialidad. Dentro de cada equipo médico y de cada disciplina, debe encontrarse la figura del “médico informador” (que para autores como DE LORENZO y MONTERO recibe el nombre de “médico responsable”)⁴⁹¹, que tendrá la labor añadida de mantener una comunicación con el paciente y recabar su autorización. Cabe matizar que este “médico con rol

⁴⁹⁰ ALONSO OLEA asegura que la obligación informativa se fundamenta en primer lugar, en un licenciado en Medicina y cirugía, es decir, en un médico. Afirmación de la que se desprende que este deber no radica en todo el servicio sanitario, sino únicamente en el personal médico. ALONSO OLEA, Manuel, “El consentimiento informado en medicina y cirugía”, en *Revista de Administración Pública*, nº 155, 2001, pps. 7 a 26; concretamente en página 9.

⁴⁹¹ DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo, *Derechos y obligaciones de los pacientes ... op. cit.*, página 25.

informador”, no tiene que ser necesariamente quien va a intervenir o practicar la prueba concreta, pero sí que debe formar parte del equipo en cuestión⁴⁹².

3. Esta aserción parece llevarnos a la necesaria hipótesis por la cual cada uno de los equipos a actuar debe contar con su propio informante y su propio caudal informativo. Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en la sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 1 de diciembre de 1999, por la cual una mujer sufrió una complicación durante la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo, de la que no fue informada por su ginecólogo, por considerar éste que dicha función ya había sido suplida por la asistente social del centro sanitario. Huelga señalar que el citado médico fue responsable por una omisión informativa⁴⁹³.

La normativa actualmente vigente, si bien no lo señala de manera expresa, sí que genera dudas sobre la idea de que todos los médicos deban informar, algo que como ya hemos sentado líneas atrás, no sólo dificultaría la actividad sanitaria, sino que incluso la transformaría en imposible.

Una conjunción de la doctrina, jurisprudencia y legislación, abogan precisamente por lo antes señalado, que exista un facultativo que tiene esa función “extra” de informar, con el consiguiente “plus de responsabilidad”⁴⁹⁴. Por su parte,

⁴⁹² Puede ser aclaratorio lo que señala CASAS a este respecto, al tratar el concepto del “médico informador” cuando apunta “Por lo que se refiere a las personas obligadas a suministrar información, este deber corresponde al <<médico responsable del paciente>>, lo que exige su previa identificación y comunicación al paciente y se hace extensible también a los <<profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto>>”. CASAS, Verónica Ester, “Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la administración por asistencia sanitaria”, en DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín, GANCER MINCHOT, Pilar y ZABALA GUADALUPE, Juan José (Directores), *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria ... op. cit.*, página 238. A todo esto debemos añadir el hecho que nos aclaran SÁNCHEZ – CARO y ABELLÁN, y es que aunque un médico adopte este rol principal, los demás facultativos intervinientes en los distintos procesos a los que se debe someter el paciente, están a su vez obligados a informar, aunque sea de forma sucinta. SÁNCHEZ – CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando, *Derechos y deberes de los pacientes*, Comares, Granada, 2003, página 20. De una opinión similar se muestra XIOL RÍOS, al señalar que debe existir esa suerte de “médico informador”, a lo que añade, que además éste posee una doble función: informar y coordinar. Apunta además este autor con gran acierto, que el hecho de que exista un médico que tenga este rol no es sinónimo de exoneración de responsabilidad informativa a los demás profesionales intervinientes en la actividad sanitaria. XIOL RÍOS, Juan Antonio, “El consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en página 48. La función del “médico informador” no es acaparar la actividad informativa, sino garantizarla. XIOL, Juan Antonio y BASTIDA, Francisco José, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, página 53. Opinión compartida por MEDINA CASTELLANO, cuando asevera que la obligación informativa pesa sobre todos los profesionales de la Medicina. MEDINA CASTELLANO, Carmen Delia, “Consentimiento informado”, en *Revista ROL de Enfermería*, vol. 32, nº 10, 2009, pps. 21 a 26; concretamente en página 22.

⁴⁹³ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 157.

⁴⁹⁴ Contrariamente, DOMÍNGUEZ LUELMO considera, que tal y como de la norma vigente se deduce, la obligación informativa la tiene todo aquel médico que actúe en la relación médico – paciente, así como el centro sanitario, en su deber de fiscalizar la labor de los facultativos que presten servicio en el mismo.

autores como LIZARRAGA BONELLI van más allá de este concepto, y señalan que ese médico concreto, no sólo está compelido a informar, sino que tiene el deber añadido de coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente, siendo su principal interlocutor a lo largo de todo el proceso⁴⁹⁵.

2. Excepciones al deber de informar.

La obligación de informar es irremplazable y exigible en todo proceso médico, con todos sus requisitos. Su ausencia puede comportar el reproche de la actuación del médico, e irremediabilmente un atentado contra la *lex artis*.

No obstante, no se trata de una obligación absoluta, porque existen excepciones, así como atemperaciones de este deber / derecho⁴⁹⁶. Nos referimos a situaciones que no permiten una plena materialización de esta idea, bien por las circunstancias del supuesto o del paciente.

Estas eventualidades se dividen entre excepciones a la información de carácter subjetivo (que tiene como origen el paciente) y objetivas (que encuentran el elemento modificador en las circunstancias del caso concreto).

a) Excepciones subjetivas.

1. Existe una única prerrogativa subjetiva mencionable, lo suficientemente relevante como para permitir una modificación sustancial del vínculo médico – paciente: la profesión del enfermo.

Parte de la doctrina afirma, que en función de las circunstancias personales del paciente, generalmente en relación al desempeño de sus funciones laborales, el caudal

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003, páginas 163 y 164.

⁴⁹⁵ LIZARRAGA BONELLI, Emilio, “La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, en GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica ... op. cit.*, páginas 234 y 235.

⁴⁹⁶ MOURE GONZÁLEZ califica de esta misma manera el derecho de información al aseverar “De entrada existen dos formas fundamentales de entender el consentimiento desde el punto de vista jurídico: como un derecho del paciente o como un deber más del médico para con el paciente. Pero realmente estamos ante las dos caras de la misma moneda”. MOURE GONZÁLEZ, Eugenio, “El consentimiento informado como derecho fundamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo”, en *Diario La Ley*, nº 7938, 2012, pps. 1 a 17; concretamente en página 1.

informativo puede incrementarse, hasta el punto de superar la barrera de los riesgos remotos, a los muy remotos (tal y como ocurriría en Medicina satisfactiva).

Este sector, debido a la mencionada excepción, critica con vehemencia la división entre riesgos típicos y atípicos que el resto de la doctrina considera la piedra de toque, a fin de fijar el grado de información necesario que debe recibir cualquier paciente.

2. Ahora bien, conviene matizar que aludir a los riesgos “muy remotos” que puedan afectar al paciente en el desempeño de sus funciones laborales, no es sinónimo de plena información, ya que los límites siguen existiendo. Todos aquellos riesgos “muy remotos”, que necesariamente no tenga correlación con la práctica habitual del enfermo, tampoco serán informados, precisamente para evitar una sobrecarga informativa. Sobre este punto incide especialmente GALÁN CORTÉS, a los efectos de demostrar la plena validez del criterio de “riesgos típicos y atípicos” como frontera del consentimiento, ya que incluso esta corriente doctrinal que ve desdibujada esa línea de diferenciación, toma en consideración la necesidad de hallar un límite⁴⁹⁷.

El ejemplo clásico que puede ilustrarnos es el de un pianista que debe ser intervenido de alguna dolencia en una de sus manos. Imaginemos que un riesgo muy remoto sea el de perder un cierto grado de movilidad en los dedos de la mano operada, algo que para la práctica totalidad de los pacientes no sería relevante (siempre y cuando fuese un porcentaje limitado), pero que para un pianista puede provocar el fin de su carrera.

b) Excepciones objetivas.

En este subapartado existe un elenco más amplio de excepciones en las que el derecho de información puede ser matizado. La distinción principal entre este bloque y el anterior se encuentra en que la cuestión diferenciadora, no se centra tanto en las

⁴⁹⁷ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 185. Señala este autor que esta regla subjetiva no es sinónimo de “ahogar” al paciente con un exceso de información, si no centrar su atención en riesgos graves y concretos relacionados con su profesión. Abogan por esta misma línea de exclusiones subjetivas SÁNCHEZ – CARO y SÁNCHEZ – CARO, cuando señalan que una de las excepciones establecidas en los límites informativos, son precisamente aspectos subjetivos del paciente que tengan la suficiente relevancia, como para traspasar el umbral de información máximo a recibir en Medicina curativa. Afirman estos autores “De aquí la necesidad de que el clínico cuando informe a su paciente, se interese por sus necesidades particulares de información y le revele unos datos lo más acorde posible con las mismas. Esto es lo que se denomina criterio <<subjetivo>> de informar”. SÁNCHEZ – CARO, Jesús y SÁNCHEZ – CARO, Javier, *Consentimiento informado en psiquiatría*, Ediciones Días de Santos, Madrid, 2002, página 28.

circunstancias propias del paciente, como en el escenario que se presenta, y precisamente por esa razón reciben el nombre de “objetivas”.

(i) La información y la urgencia.

1. La excepción informativa de la urgencia, recogida en el artículo 9.2.b de la Ley 41/2002⁴⁹⁸, encuentra su origen en el Derecho Penal, concretamente en el concepto de “estado de necesidad”; y parte de la idea de que la relación existente entre el grado de información a facilitar y la urgencia, es inversamente proporcional; esto es, a mayor urgencia, menor información⁴⁹⁹. No obstante, esta afirmación no debe llevarnos a la errónea idea que el médico se encuentra exonerado de su obligación de información, si media una situación de apremio⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ Todo esto fue acertadamente recogido en su momento en el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad, que permitía excepciones en materia informativa y de consentimiento en casos de urgencia, siempre y cuando su finalidad no fuese otra que pretender evitar lesiones irreversibles en el paciente.

⁴⁹⁹ Por supuesto es necesario que definamos, o por lo menos nos acerquemos al concepto de “urgencia”, para sentar las bases de la idea y llegar a conocer en qué tipo de casos pueden aplicarse estas medidas excepcionales, y en cuáles estaríamos excediendo del concepto. En esta labor nos es de vital ayuda MARTÍN TEJEDOR al definir la urgencia como “Es importante resaltar al respecto que la ley es este supuesto el concepto de urgencia, que sólo puede ser aquélla en la que la demora en la instauración del tratamiento conduzca a la aparición de lesiones irreversibles o al fallecimiento, de modo que sólo podrán realizarse actuaciones médicas necesarias que no puedan retrasarse, (aquéllas cuyo aplazamiento es aceptable se excluyen de este supuesto)”. MARTÍN TEJEDOR, Juan A., “La no necesidad del consentimiento informado en la práctica médica”, en GÓMEZ DÍAZ – CASTROVERDE, José María y SANZ LARRUGA, Francisco Javier (Directores), *Lecciones de Derecho sanitario ... op. cit.*, pps. 695 a 710, página 705. CANTERO MARTÍNEZ apunta en una dirección similar y señala que debemos considerar urgencia “Con esta nueva fórmula se concretan todavía más los presupuestos que en estos casos habilitan al médico a actuar aun sin haber obtenido el consentimiento del paciente, ya que con la formulación tan amplia de la LGS bastaba en ocasiones con la mera apreciación de una situación de urgencia para buscar la cobertura de este supuesto. La jurisprudencia, sin embargo, fue limitando la aplicación de esta idea al exigir que el riesgo tenía que ser grave e inmediato, descartando la posibilidad de que el médico actuara sin el consentimiento para prevenir riesgos previsibles o futuros”. CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital ... op. cit.*, página 41. SISO MARTÍN comenta un interesante aspecto sobre esta cuestión: la necesidad de diferenciar la urgencia de la gravedad, dos nociones muy distintas, pero que en muchas ocasiones la línea que las separa se encuentra desdibujada. No debe equipararse la necesidad de una asistencia por una situación, que aunque grave, no va a verse empeorada de forma inmediata, de un escenario en el que unos minutos pueden ser vitales. SISO MARTÍN, Juan, *Responsabilidad sanitaria y legalidad en la práctica clínica*, Junta de Andalucía, Granada, 2003, página 99. Opinión compartida por ACEA NEBRIL, quien además afirma que incluso en casos de urgencia, como puede ser una apendicitis, la celeridad de las actuaciones no es tal, como para no permitir una información, aunque sea mínima. ACEA NEBRIL, Benigno, “El consentimiento informado en el paciente quirúrgico. Reflexiones sobre la Ley Básica Reguladora de la Autonomía de los Pacientes”, en *Cirugía española: Órgano oficial de la Asociación Española de Cirujanos*, vol. 77, nº 6, 2005, pps. 321 a 326; concretamente en página 324.

⁵⁰⁰ Opinión compartida por SÁNCHEZ – CALERO, quien asevera que a mayor urgencia, menor es el grado de información exigido, pero siempre es necesario un mínimo, salvo supuestos muy graves. SÁNCHEZ – CALERO ARRIBAS, Blanca, “El consentimiento informado en el acto médico” ... *op. cit.*; concretamente en página 53.

La obligación informativa sigue existiendo, pero ésta se encuentra adecuada a la naturaleza de las circunstancias, prueba inequívoca de ello es que otro de los factores de la información que es alterado en este tipo de supuestos, es el elemento “tiempo”⁵⁰¹. Es decir, el consentimiento obligado puede conseguirlo el médico, incluso después de la actividad quirúrgica. Esta última afirmación es una prueba inequívoca de que el consentimiento y la información no se anulan completamente, sino que únicamente son atemperados en función de la urgencia⁵⁰².

Un buen ejemplo de estas “urgencias” modificativas de la información, lo conforma el caso *Canterbury versus Spence* (Columbia, 1972). Un litigio en el que un médico actuó sin el consentimiento del paciente, por tratarse de una situación de urgencia en la que además, el enfermo se encontraba inconsciente. Señala acertadamente esta resolución, que la actuación médica desarrollada sin consentimiento, fue correcta y acorde a los intereses del enfermo, dado que su finalidad era curativa; es decir, que pretendía evitar un daño mayor (físico), que el que se provocó al vulnerar el derecho de información del paciente. No obstante esta afirmación, señala claramente el juzgador, que es de obligado cumplimiento por parte del médico, la obtención del necesario consentimiento del paciente, si esto es posible, antes del acto médico; o en su defecto *a posteriori*.

Es precisamente en este entramado de obligación informativa mitigada, donde surge una variante del consentimiento adaptada a los casos de urgencia, el denominado “consentimiento disposicional”⁵⁰³. Esta versión de la información cuenta con requisitos propios, que son característicos y que se encuentran adaptados a la situación: la actividad médica desplegada debe tener como única finalidad, mejorar el estado del paciente o restablecer su salud. El sujeto no debe encontrarse en situación de ser informado, ni de consentir o autorizar tratamiento alguno, y por último debe existir una

⁵⁰¹ Autores como EMANUEL y EMANUEL apuntan que lo que se da en los casos de urgencia es una admisión temporal y excepcional del sistema paternalista, en la medida en que el tiempo que requiere el proceso informativo puede ser perjudicial para el paciente. EMANUEL, Ezekiel J. y EMANUEL, Linda L, “Cuatro modelos de la relación médico – paciente” en COUCEIRO, Azucena (Coord.), *Bioética para clínicos ... op. cit.*, página 119.

⁵⁰² De manera acorde a esta última afirmación se pronuncia DE LORENZO Y MONTERO, al apuntar que la “omisión informativa” que puede llegar a crearse en supuestos de urgencia y que exonera de su responsabilidad al médico actuante, perdurará únicamente durante la pendencia del apremio, cesando una vez que éste se haya superado. DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo, *Derechos y obligaciones de los pacientes ... op. cit.*, página 59.

⁵⁰³ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 187. MARTÍN BERNAL lo denomina “consentimiento presunto”, esto es, se presume, dadas las circunstancias, que el paciente hubiese consentido la actividad llevada a cabo por el médico, pero que por mediar una urgencia no pudo. MARTÍN BERNAL, José Manuel, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley, Madrid, 1998, página 370.

amplia y fuerte predisposición del paciente a autorizar la terapia en cuestión (claro ejemplo de que no puede atentar contra los intereses, creencias y valores del paciente, en resumen, que no se trate de una actuación acorde al modelo paternalista). Con estas tres condiciones, lo que se pretende es evitar acciones arbitrarias que sean contrarias a la voluntad del enfermo.

2. Otra posible situación de urgencia sería aquella en la que todo ha seguido el curso normal, incluso en materia informativa, pero que en el desarrollo de una cirugía se observa algo que no se había podido diagnosticar en las pruebas. Ante esta tesitura pueden presentarse dos escenarios, el primero, que la necesidad de tratamiento sobre esta nueva afección no resulte urgente, y que al no estar autorizado por el paciente, se obvie y se prosiga con el plan original; y el segundo, que esta nueva dolencia sea lo suficientemente apremiante, como para vulnerar el preacuerdo con el enfermo, y actuar en consecuencia, aun no encontrándose autorizada dicha conducta, ya que en caso contrario peligraría la vida de éste⁵⁰⁴.

(ii) Información y salud pública.

La esencia de esta noción, que tiene grandes similitudes con la anterior, se fundamenta en un orden de prelación, por el cual la salud pública prevalece sobre la individual. En los casos en los que pelagra esta última, se presenta una situación muy semejante a la del modelo de justicia, por la cual se puede restringir la libertad individual.

DE LORENZO y MONTERO y SÁNCHEZ CARO definen este escenario como “La primera de estas excepciones debe ponerse en relación con la facultad de las autoridades competentes para adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control de los enfermos o de personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y con el medio ambiente inmediato cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población y especialmente en los casos de riesgos de carácter transmisible. El fundamento de la limitación se encuentra por tanto en la preferencia, en casos límite, de la salud colectiva sobre la

⁵⁰⁴ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 503. De esta misma opinión se muestra MACÍAS CASTILLO, señalando que de practicarse una actividad quirúrgica no programada, y consecuentemente no consentida, sin una urgencia que la justifique, aun no causando daños, daría pie a una indemnización por daño moral. MACÍAS CASTILLO, Agustín, “Consentimiento informado para intervención distinta a la realmente practicada. Daño moral”, en *Actualidad Civil*, nº 15, 2001, pps. 1761 a 1764; concretamente en página 1763.

libertad individual y en supuestos legitimados por razones sanitarias, no de otro tipo de urgencia o necesidad”⁵⁰⁵.

Es precisamente el ámbito de la información, como principio de autonomía del paciente, el que se encuentra más condicionado, ya que se puede forzar a éste a someterse a tratamientos (vacunaciones, por ejemplo), sin facilitarle más información que la de la necesidad de realizarlo. Por supuesto, el principio de proporcionalidad es la base de esta excepción informativa, ya que ésta se incrementará en función de la peligrosidad de la situación, y contrariamente, cuanto menor sea el peligro, el detrimento informativo será inferior. En este aspecto de la proporcionalidad, es donde residen los mayores límites a esta exención informativa, ya que entre otros, destaca la imposibilidad de imponer medidas sanitarias que atenten contra la libre circulación de las personas, bienes y capitales; así como la libertad de empresa⁵⁰⁶.

(iii) Información y la necesidad del tratamiento.

Al igual que el supuesto anteriormente estudiado, la necesidad del tratamiento es una vía que permite atemperar el nivel de información que debe hacer llegar el médico al paciente. Esta variante objetiva se encuentra intrínsecamente relacionada con una subdivisión que es vital en el ámbito informativo, como lo es la de la Medicina curativa y Medicina satisfactiva, que ya hemos tratado con anterioridad. A mayor necesidad de la intervención, menor debe ser el grado de información a recibir por el paciente, y contrariamente, una necesidad menor, ha de traducirse en un incremento proporcional del nivel informativo. No es algo nuevo, que en Medicina curativa la frontera informativa se encuentra en los riesgos remotos, sin llegar a los muy remotos, y que éstos están incluidos en Medicina satisfactiva; teniendo como único límite el abismo del conocimiento científico.

⁵⁰⁵ DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo y SÁNCHEZ CARO, Javier, “Consentimiento informado”, en GÓMEZ DÍAZ – CASTROVERDE, José María y SANZ LARRUGA, Francisco Javier (Directores), *Lecciones de Derecho sanitario ... op. cit.*, página 230.

⁵⁰⁶ Por supuesto, el paciente que se ha visto “violentado” podrá acudir a los Tribunales competentes, pero nunca antes, siempre *ex post*, ya que de lo contrario la premura y las necesidades públicas de salud quedarían anuladas. FERNÁNDEZ HIERRO hace una interesante comparativa entre esta situación de excepción informativa y el ingreso en prisión, apuntando que en el segundo de los casos el preso ha podido acudir antes a los Tribunales, algo que no ocurre en la primera de las situaciones. Esta circunstancia viene justificada por lo que se comentaba líneas atrás: la premura y la urgencia. Cualquier hecho impeditivo desnaturalizaría esta situación, dejándola vacía de contenido. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica ... op. cit.*, página 137.

Esta aparente mayor laxitud en Medicina curativa no debe interpretarse como una ausencia informativa, ya que no exime al médico de su obligación, a pesar de que medie necesidad. Un ejemplo clásico que nos acerca GALÁN CORTÉS, es el de la Corte de Casación francesa, Cámara Civil, de 18 de julio de 2000. Es un caso en el que una paciente, que se encontraba afectada por una ciática paralizante, se sometió a una intervención quirúrgica. Ésta fue correcta y se desarrolló con plena normalidad, salvo porque se presentó un riesgo propio de la misma, que no fue debidamente informado. Se estimó que en este litigio se había soslayado información necesaria, ya que si bien la contingencia materializada era remota, también era de obligada información, a pesar de que no se había traspasado el umbral de la Medicina curativa⁵⁰⁷.

(iv) La información y la peligrosidad del tratamiento.

La afinidad que existe entre esta variante objetiva y la anterior es evidente, aunque el eje sobre el que gira esta última tiene una naturaleza distinta. Partimos de una afirmación sencilla: cuanto mayor sea el riesgo de la intervención, en relación a lo habitual, mayor tiene que ser el nivel informativo a recibir por el paciente; la finalidad de esta medida es evitar la atenuación de los riesgos de cualquier tipo de acto médico.

La situación en la que se baraja esta modificación informativa de carácter objetivo, sería la de un paciente que debe someterse, no a la técnica quirúrgica habitual, sino a una versión agravada de la misma, dado que la otra no sería suficiente. De recibir la información propia de la terapia común, ésta sería deficiente, hasta el punto de que el enfermo no llegaría a tomar plena conciencia de la naturaleza y los riesgos de la misma. Requeriría una información “a la medida” de la nueva situación a la que debe enfrentarse, no siendo suficiente el grado de información usual, ni tampoco los formularios propios de la misma, los cuales también deberían sufrir la misma suerte de adaptación.

(v) Información y novedad del tratamiento.

Al igual que el factor peligrosidad, la novedad también requiere un añadido de información. La justificación es muy sencilla: el paciente ve incrementado su

⁵⁰⁷ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 189.

desconocimiento al tratarse de una actuación novedosa, de la que no tiene noticia alguna.

Es comprensible que las dudas de un enfermo resulten de mayor envergadura, cuando la terapia no va a ser la usual, sino una más moderna. Consiguientemente, las obligaciones informativas del médico se ven incrementadas en función de la novedad del procedimiento a utilizar.

Un ejemplo clásico es el de la controversia *Carpenter versus Blake*, que se enjuició en Estados Unidos, en 1871; un litigio en el que un médico, para tratar una luxación en un hombro, acudió a una técnica novedosa, por ser ésta menos agresiva que la habitual. No obstante, requería de un cuidado y cautelas añadidas que el paciente debía adoptar, las cuales no fueron tomadas en cuenta por éste, por el simple hecho de que no fue informado al respecto. Como consecuencia de ello el tratamiento fracasó, causando graves lesiones en el paciente⁵⁰⁸.

(vi) Información y gravedad del tratamiento.

Una línea prácticamente idéntica es la que sigue esta excepción objetiva de la gravedad de la enfermedad. Se trata de lo que GALÁN CORTÉS denominó “proceso nosológico”, por el cual existe una relación directamente proporcional entre el alcance de la afección y el incremento del caudal informativo⁵⁰⁹.

No debemos olvidar que nos encontramos dentro del ámbito de la Medicina curativa, y hemos repetido hasta la saciedad, que un exceso de información puede ser contraproducente para el paciente, ya que puede mermar su autodeterminación.

Es de recibo señalar, que si bien es necesario incrementar el nivel de información, éste no debe equipararse al grado que se alcanza en Medicina voluntaria, precisamente por el elemento “necesidad”. La mentada información añadida debe otorgarse con criterios cognoscitivos y psicológicos, para evitar que ésta trunque la voluntad del paciente y llegue a negarse a ser tratado con una terapia, que requiere para restablecer o mejorar su salud.

⁵⁰⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 190.

⁵⁰⁹ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 191.

(vii) Información y tratamiento único.

En este subapartado analizaremos la incidencia que tiene en la información la inexistencia de alternativas terapéuticas a la práctica médica a desplegar. Lo primero a tener presente a este respecto, es que tal y como señala DE ÁNGEL YÁGÜEZ, no debemos llegar a la errónea premisa de que “da lo mismo informar que no informar”, ya que esto es contrario a cualquiera de los principios básicos del derecho de información, así como a la propia *lex artis*⁵¹⁰.

La ausencia de cualquier otra forma para tratar una dolencia, puede llevarnos a la errónea idea de que el médico se encuentra autorizado para mantener un rigor informativo más laxo, porque entre otras cosas, no hay necesidad de notificar alternativas terapéuticas, y porque probablemente se trate de la única opción del paciente. Sin embargo, no debemos perder de vista que el enfermo siempre cuenta con la posibilidad de negarse a la terapia en estos casos, algo de lo que resultaría privado, de no informársele sobre riesgos propios del acto médico.

En virtud de ello parece necesario apuntar, que aunque con un mayor grado de laxitud en la información, este derecho / obligación debe seguir ostentando un protagonismo de entidad relevante dentro de las relaciones médico – paciente, y ni siquiera en escenarios en los que no quepa alternativa alguna, no puede desaparecer; ya que de lo contrario, y de materializarse un riesgo propio de la actividad, será el médico no informante el único responsable del mismo.

(viii) Información y la excepción terapéutica.

Esta variante objetiva de limitación informativa, denominada por GALÁN CORTÉS como “derecho a la mentira”, se extendió en el Reino Unido durante el siglo pasado. Tiene su origen en el caso *Canterbury versus Spence* (Columbia, 1972), en el que se determinó la posibilidad de que la información pudiese ser mitigada en provecho

⁵¹⁰ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.* prólogo, página 12. De esta misma opinión se muestra GALÁN CORTÉS cuando a este respecto afirma “Aunque la existencia de alternativas terapéuticas constituye, en su caso, uno de los distintos factores a ponderar a la hora de establecer la suma indemnizatoria, la ausencia de ellas, insistimos, no impide otorgarla, por cuanto el derecho a decidir por uno mismo no puede alterarse por esta sola circunstancia, ya que el enfermo puede escoger, en plena libertad, el no someterse al único tratamiento existente”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 698. Doctrina a su vez compartida por PELAYO GONZÁLEZ – TORRE, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado ... op. cit.*, página 106.

del paciente, a los efectos de que éste no se viese sobrepasado por la misma⁵¹¹. Justificar una omisión informativa por ser más beneficiosa para el enfermo, puede parecer contradictorio, por encontrar su razón de ser en que la información forma parte del acto médico. No obstante, parece conveniente tener presente que premia la salud del paciente sobre su derecho de autodeterminación, por lo que cuando sea necesario elegir entre uno y otro, prevalecerá la salud del enfermo⁵¹².

La filosofía de esta excepción, también conocida como privilegio terapéutico, no es otra que la de evitar un mal mayor para un paciente que se encuentra sobrepasado por el volumen de información, pretendiéndose evitar que éste elija una terapia poco apropiada o incluso no se someta a ningún tratamiento. Esta “excepción terapéutica” sólo puede utilizarse en supuestos extraordinarios, en los que el enfermo a atender resulte inestable. Esta opción debe encontrarse rigurosamente justificada y limitada, únicamente para aquellos casos en los que la omisión informativa consciente resulte beneficiosa⁵¹³.

Huelga señalar que esta excepción roza peligrosamente el modelo paternalista, del que precisamente huye el derecho a la información y el consentimiento informado; en virtud de ello, y en aras de no caer en vicios que nos retrotraigan a épocas ya

⁵¹¹ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 194.

⁵¹² Sobre este aspecto señala SANCHO GALLARDO, que si bien esta noción es admisible, además de las cautelas que deben existir en torno a la misma, parece conveniente destacar, que la situación en la que se encuentra el paciente no debe ser de absoluta ignorancia, por lo que ha de hacérsele llegar parte del flujo informativo. Considera este autor que el enfermo debe ser partícipe de una información básica sobre el acto médico al que va a ser sometido, pero con las consabidas limitaciones, para que esta figura no se quede vacía de contenido. SANCHO GALLARDO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en página 18.

⁵¹³ Sobre la excepción terapéutica se pronuncia de manera muy notable LIZARRAGA BONELLI, aunque este autor la denomine “privilegio terapéutico”. “Este <<privilegio terapéutico>>, lo que denomina la Ley <<estado de necesidad terapéutica>>, como facultad del médico, provoca un conflicto entre el derecho de autodeterminación del paciente y el principio de asistencia, por lo que deben primar factores humanos y psicológicos por partes del facultativo a la hora de abordar la cuestión, teniendo siempre presente que es el propio paciente el que decide acerca de querer serle suministrada o no toda la información de su caso. La información debe de ser tal que no genere en el paciente un aumento desproporcionado de su angustia e inquietud, de tal forma que la *psicología de médico jugará un papel preponderante en tal caso*. El paciente debe disponer de un balance equilibrado de riesgos y beneficios de las terapias existentes, para poder tomar su decisión personal al respecto, y ello – como indica el autor antes citado – sin que en modo alguno pueda conducir a una información disuasoria, lo que se denominada <<consentimiento asustado>>”. LIZARRAGA BONELLI, Emilio, “La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, en GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica ... op. cit.*, página 261. Por su parte, DE LA TORRE OLID apunta, que además del escenario antedicho, la excepción antes mencionada también tiene cabida en los casos de interés general, de renuncia del propio enfermo y de urgencia. DE LA TORRE OLID, Francisco, “Debate en torno a la responsabilidad civil sanitaria en la mala praxis lícita”, en *Diario La Ley*, nº 8185, 2013, pps. 1 a 24; concretamente, en página 2.

pasadas, esta posibilidad se erige como un supuesto excepcional, a la que el médico sólo puede acudir en casos puntuales de obligada prueba⁵¹⁴.

Para autores como OSASUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, la excepción terapéutica es una idea peligrosa, ya que en supuestos en los que el paciente tenga capacidad de discernimiento y voluntad de conocer, pero que a los ojos del médico éste no pueda soportar la verdad, se daría una restricción de su derecho a la información, así como un atentado contra su dignidad. Debe tenerse presente que quien tiene que informar, es decir, el médico, es precisamente el que decide no hacerlo, por considerarlo inoportuno; esto es, es Juez y parte⁵¹⁵.

⁵¹⁴ GALÁN CORTÉS nos muestra con claridad este temor y este acercamiento al modelo paternalista que comporta la excepción terapéutica, no en vano, se exige que esta decisión facultativa se encuentre plenamente fundada, a los efectos de huir de posibles arbitrariedades. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 501. GITRAMA GONZÁLEZ va un paso más allá y asegura que supuestos como el de la excepción terapéutica serían susceptibles de equipararse con nociones del Derecho civil, como por ejemplo la reserva mental y el dolo. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho” ... *op. cit.*; concretamente en página 293.

⁵¹⁵ Este autor asevera, basándose en datos objetivos, que numerosos estudios realizados sobre pacientes terminales indican que éstos, aun sabiendo que van a fallecer, prefieren conocer la verdad para “poner en orden su vida”. Y que sin embargo, por otro lado, son precisamente estos enfermos los que suelen tener “vetado su acceso a la información”, porque los médicos consideran, que al tratarse de una noticia con tal grado de fatalidad, no debe de ser notificada, para no perjudicar al paciente. Conviene citar una frase lapidaria de este autor, que responde a esta idea contraria a la excepción terapéutica “Suele decirse igualmente que cuando un paciente no quiere saber su diagnóstico, no lo pregunta, y sólo si lo pregunta específicamente y tiene algún motivo razonado para conocerlo, se le expresa”. OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, Eduardo, “El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. 17, nº 59, 2006, pps. 27 a 42; concretamente en página 35. Llega a un discernimiento similar GALÁN CORTÉS, cuando sitúa como protagonista de la relación médico – paciente a un enfermo que debe recibir un diagnóstico fatal. Considera el autor que dicho pronóstico no es justificación suficiente para que el paciente vea limitado su derecho a la información, pero sí para que ésta le sea suministrada de una forma más pausada, adecuándola a las circunstancias del caso. Acudir a la excepción terapéutica, únicamente porque el diagnóstico a recibir por el paciente resulte negativo, es una atrocidad. GALÁN CORTÉS, Julio César, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios ... op. cit.*, página 52. CANTERO MARTÍNEZ se muestra especialmente crítica con este concepto al señalar, que se trata de una capacidad sin regulación expresa en la Ley, que ejerce el médico, que es quien decide, sin llegar a conocer realmente al paciente. Apunta además esta autora que el médico tampoco tiene la obligación, en caso de aplicar esta excepción, de informar a la familia, que sería realmente la guía principal a fin de ponderar mejor la posible reacción del enfermo. CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital ... op. cit.*, página 21. SÁNCHEZ – CARO y ABELLÁN nos presentan una solución conciliadora para esta idea que tanto preocupa a la doctrina y la jurisprudencia: un comité de asistencia ética en cada centro sanitario, que será precisamente el que deberá realizar el análisis y estudio correspondiente a los efectos de decidir si el médico se puede acoger a esta excepción, o por el contrario, si éste debe informar al enfermo, indistintamente del carácter de la dolencia. Ciertamente la existencia de un órgano de estas características, cuyas determinaciones resultasen vinculantes, ayudaría a generar un clima de mayor confianza en torno a esta muy discutible potestad del médico; evitando así que éste ejerza los controvertidos papeles de Juez y verdugo. SÁNCHEZ – CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando, *Derechos y deberes de los pacientes ... op. cit.*, página 22.

(ix) La información y derecho a no ser informado.

Esta excepción, basada en la teoría desarrollada por el artículo 6.2 del Código Civil sobre la renuncia de los derechos, y recogida en el artículo 9.1 de la Ley 41/2002 (reconocida por el Convenio de Oviedo), se nos presenta como la otra cara de la moneda de la excepción terapéutica, ya que en lugar del médico, es el paciente el que toma la iniciativa, al considerar que la información sería dañina para él. El enfermo decide que prefiere ignorar los riesgos de cualquier tipo de acto médico o cirugía⁵¹⁶.

Se trata de una prerrogativa reconocida, que está a la altura misma del derecho a la información, por lo que debe ser respetada, siempre y cuando se cumplan unos mínimos informativos, como lo es que el paciente conozca el núcleo esencial de la terapia médica a desarrollar, a los efectos de que pueda decidir, tanto sobre la práctica de la misma como sobre su derecho a no seguir siendo informado⁵¹⁷.

Es de recibo señalar que se trata de una excepción y que como tal debe encontrarse reglada. Ha de tratarse de una declaración real, informada (dentro de sus límites), comprometida, voluntaria y por supuesto razonada; y precisamente por su naturaleza controvertida, suele exigirse la forma escrita. A lo que cabe añadir un interesante, aunque lógico apunte que efectúa LÓPEZ – CHAPA, por el cual este “derecho al desconocimiento” no puede ser ejercido en supuestos de Medicina satisfactiva, ya que al carecer el paciente de una necesidad terapéutica, tiene el “deber” y no tanto el “derecho” de recibir información⁵¹⁸. A esta limitación al derecho a no ser informado,

⁵¹⁶ Por supuesto, existen límites a este derecho, y no sólo nos referimos al mínimo de información que debe tener el paciente para decidir “no querer ser informado”, sino a los supuestos en los que la salud pública sea la que se encuentra en peligro por esa desinformación. Se trataría de casos como el de enfermedades infectocontagiosas (imaginemos un hombre/ mujer con VIH que puede contagiar a su esposa /marido) y enfermedades de predisposición (descendencia futura). OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, Eduardo, “El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002” ... *op. cit.*; concretamente en página 36.

⁵¹⁷ ROMERO COLOMA se muestra partidaria de esta noción de la no información, por considerarla precisamente la expresión máxima de la autonomía del paciente, por la cual el enfermo, aun teniendo la plena facultad para conocer de su estado de salud, prefiere mantenerse al margen. ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La medicina ante los derechos del paciente* ... *op. cit.*, página 66.

⁵¹⁸ Concretamente esta autora apunta “En la medicina voluntaria no será admisible la renuncia a la información, ya que, contrariamente a lo que sucede cuando el paciente sufre alguna patología, lo que le obliga a asumir determinados riesgos inherentes a la intervención, el paciente no se siente en absoluto obligado a someterse a una intervención voluntaria, sobre todo si los peligros inherentes a su práctica son superiores a los que puede generar su omisión. Tampoco podrá renunciar a la información relativa a las diferentes alternativas existentes, pues dicha ignorancia le impediría valorar si la opción propuesta es la que más le conviene, ni tampoco la que atañe a los riesgos inherentes a las mismas y a las posibilidades de éxito que presenten, puesto que en tal caso no podría el paciente saber si existe un equilibrio entre los aspectos positivos y negativos de la actuación médica, ni le sería posible decidir si su realización es deseable, ni es renunciabile la información referida a la evolución prevista y a los efectos secundarios que

conviene sumar otra obligación informativa que evidencia que no se trata de un derecho absoluto: el interés de la salud del paciente, de terceros y de la colectividad. En supuestos en los que la disyuntiva se discierna entre evitar un mal mayor e informar al enfermo, éste no tendrá derecho al desconocimiento⁵¹⁹.

2. El deber / derecho de ser informado y consentir.

1. El derecho de información y consentimiento como regla general.

El derecho de información conforma un deber – derecho, por lo que el paciente, además de contar con esta facultad, también tiene la obligación de actuar conforme a lo informado.

No obstante, se trata de una imposición del paciente que debe matizarse, ya que no son extraños los casos en los que éste, por una razón u otra, no puede asumir la información recibida y mucho menos consentir ningún tipo de acto médico.

Sin embargo, la regla general es precisamente lo contrario, es decir, que el enfermo se encuentre en pleno uso de sus facultades y que como tal, sea capaz de recibir información, procesarla y autorizar una determinada actuación médica: hablamos de la figura del adulto capaz, recogida en el artículo 5.1 de la Ley 41/2002.

El adulto capaz es una persona que puede prestar su consentimiento, para lo cual debe encontrarse debidamente informado y no contaminado por ningún tipo de coacción. Partiendo de esta premisa, el paciente capaz consiente o deniega someterse a algún tipo de terapia, precisamente porque tiene la aptitud de decidir, al contar con la información suficiente para realizar ese discernimiento.

No es necesario que remarquemos en exceso que la naturaleza jurídica del bien protegido, esto es, la salud, es un bien personalísimo y la posibilidad de actuar sobre la misma, un derecho personalísimo; de forma que únicamente el paciente “capaz” es el titular de éste⁵²⁰.

de la utilización de los medicamentos se puedan derivar (información terapéutica)”. LÓPEZ – CHAPA, Sara, *Autonomía del paciente y libertad terapéutica ... op. cit.*, página 98.

⁵¹⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica ...op. cit.*, página 181.

⁵²⁰ Conviene citar en este punto a SANCHO GALLARDO cuando señala “Esta capacidad es una aptitud intelectual y emotiva necesaria para comprender la enfermedad, y, en general, hacerse cargo de su situación, y al mismo tiempo para poder valorar las distintas alternativas, y optar por la opción que aprecia más conveniente. Que duda cabe que para ello es necesario un mínimo de juicio práctico prudencial y al mismo tiempo voluntad o entereza de ánimo”. SANCHO GALLARDO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”... *op. cit.*; concretamente en página 21. Sin

La siguiente pregunta que debemos hacernos es, qué cabe entender por “paciente capaz”. Cuando hablamos del adulto capaz en materia de derecho información, no aludimos al concepto de capacidad legal recogida en el artículo 315 del Código Civil, ya que no es lo mismo capacidad legal, que capacidad para consentir en salud. Cuando hablamos del paciente capaz nos referimos a aquel enfermo que puede comprender y asimilar la información que ha recibido por parte del médico sobre su cuadro clínico y necesidades terapéuticas, que ha podido comprender sus consecuencias, alternativas y riesgos; y que en base a todo ello, está en disposición de expresar su voluntad. Es decir, está facultado de procesar la situación en la que se encuentra y emitir un juicio. Esto nos sitúa en la tesitura de que quizás no es únicamente el “adulto capaz” el que tiene esa posibilidad de ser un “paciente capaz”, sino que también podrían serlo menores con la suficiente madurez. Sin embargo, y dado que efectuaremos un análisis individualizado de esta posibilidad, no conviene que nos adelantemos.

Una explicación especialmente brillante es la de GALÁN CORTÉS, sobre cómo deberíamos entender la idea del antes citado “paciente capaz” “La capacidad de decidir por sí mismo debe entenderse, por tanto, como la aptitud cognoscitiva a fin de entender la información y para poder elegir autónoma y racionalmente lo conveniente a sus intereses (aceptar o rechazar una intervención médica con base en dicha información disponible)”⁵²¹.

Explicación a la que de manera muy acertada LIZARRAGA BONELLI añade, sobre el carácter personalísimo del derecho de información, lo siguiente “Dada la naturaleza personalísima del bien jurídico protegido, del que sólo éste es titular, es evidente que el

embargo, no debemos perder de vista que esta regulación legal de la información, por la cual el paciente es el único titular de la misma, es bastante novedosa, ya que de acuerdo con lo que se establecía en la antigua legislación en materia de sanidad, tanto los familiares como el paciente, debían estar al tanto de la situación clínica del primero. No obstante, existía una cierta desaceleración informativa en lo que al enfermo se trataba, ya que con claras muestras de paternalismo, la familia conocía más detalles de la verdadera situación de éste, que él mismo. El escenario cambia con la entrada en vigor de la Ley 41/2002, al establecer ésta que el único titular de la información es el paciente, y que los familiares sólo serán informados si éste lo autoriza. OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, Eduardo, “El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002” ... *op. cit.*, pps. 27 a 42; concretamente en página 30. No obstante, DE LORENZO y MONTERO y SÁNCHEZ CARO opinan lo contrario al afirmar, que realmente el único legitimado a fin de recibir la información es el paciente capaz, y no tanto su familia, por lo que sería éste y no el médico, el que debería hacerles participe. DE LORENZO y MONTERO, Ricardo y SÁNCHEZ CARO, Javier, “Consentimiento informado” en GÓMEZ DÍAZ – CASTROVERDE, José María y SANZ LARRUGA, Francisco Javier (Directores), *Lecciones de Derecho sanitario* ... *op. cit.*, página 222.

⁵²¹ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado* ... *op. cit.*, página 73.

propio paciente es quien ostenta el derecho y quien debe consentir a la actuación médica, máxime ahora cuando se norma el respecto a su autonomía”⁵²².

2. Excepciones al consentimiento.

a) El adulto capaz inconsciente.

La realidad acostumbra a sorprendernos, superando en muchas ocasiones a la ficción, y no debería resultarnos extraño barajar la posibilidad de que el antes mencionado “paciente / adulto capaz”, por su estado de salud, se encuentre incapacitado para recibir información, así como para consentir, por el simple hecho de no estar consciente.

Huelga señalar, que el estado de inconsciencia elimina cualquier posibilidad de que el enfermo actúe de acuerdo con el derecho personalísimo que comentábamos líneas atrás, algo que obliga a que esta decisión sea delegada en terceros. La problemática se centra en quién debe ser este “tercero” que decida en nombre del paciente, sobre algo tan delicado, como lo es su salud.

A fin de responder a esta cuestión es necesario que nos situemos en dos escenarios diferentes: una situación de urgencia vital y una coyuntura con un grado de apremio menor. En el primero de los supuestos, en el que la vida del paciente peligra y éste no se encuentra en posición de tomar conciencia de absolutamente nada, su voluntad y su capacidad de decisión son suplidas por la del facultativo o equipo médico que se encuentren atendiéndolo. En este tipo de casos, el médico actuará de manera lícita, aunque despliegue sus actividades sin el ineludible consentimiento, ya que tal y como comentábamos líneas atrás, el acto médico conforma un entramado de acciones entre las que se encuentra la información, pero la finalidad última de éste es la salud del paciente. De peligrar la vida, pueden soslayarse pasos intermedios a los efectos de la consecución del objetivo final. Se trataría de una equiparación con el concepto de “estado de necesidad” del Derecho Penal, que además viene avalado por el artículo 10.6.c de la Ley general de Sanidad, actualmente recogido en el artículo 9.3.a de la Ley 41/2002. La situación es distinta cuando la urgencia es relativa y no existe premura, ya

⁵²² LIZARRAGA BONELLI, Emilio, “La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, en GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica ... op. cit.*, página 265.

que en este caso las actuaciones médicas pueden ralentizarse. Ante estas circunstancias, la decisión no debe ser suplida por el facultativo, sino que es necesario localizar a los familiares o allegados del paciente (entendiéndose por los más próximos y no cualquier consanguíneo), para de que adopten este rol. Sólo cuando esto último no fuese posible, volveríamos al estadio inicial, en el que el médico toma las riendas del asunto.

Cuando son los parientes próximos al enfermo los que deben suplir esta necesidad, son éstos los que serán informados, de la misma manera que lo sería el paciente, y son ellos los que se encontrarán en la tesitura de, una vez procesada la información recibida, decidir qué opción sería más adecuada para el paciente; consintiendo o no los tratamientos propuestos. Por supuesto, las personas en las que se delega esta función deben cumplir los mismos requisitos que el “paciente capaz” y deben de tener la posibilidad de decidir y de prestar su consentimiento.

La cuestión se torna complicada cuando la ciencia médica evidencia un acto médico como el único o más favorable para el paciente (por ser las demás alternativas poco idóneas o altamente riesgosas), y sin embargo, no es el elegido por los parientes del enfermo, o incluso éstos llegan a rechazar cualquier tipo de actuación con finalidad curativa. En este caso el facultativo puede dirigir una solicitud al Juzgado competente, a los efectos de que le permita actuar en pro de la salud del paciente, aunque dicha actividad resulte contraria a la voluntad de sus familiares. Esta opción se limita únicamente a aquellos supuestos en los que la urgencia sea relativa, dado que requiere un tiempo extra para tramitaciones. En el caso de que el apremio sea tal, que aunque haya permitido localizar a los familiares, no sea posible acudir a la burocracia legal, el médico se encontraría facultado a fin de actuar por voluntad propia, en beneficio de la salud del paciente, volviendo al concepto de “estado de necesidad” antes mencionado⁵²³.

⁵²³ GARCÍA AMEZ, aunque haciendo alusión a este escenario de hecho con menores e incapaces, apunta a este respecto “No obstante, en el caso de que el facultativo entienda que esta decisión es contraria a los legítimos intereses del menor, es posible acudir al auxilio judicial para llevar a cabo un tratamiento en menores a pesar de la negativa, en cuyo caso se pondrá en conocimiento del juzgado de Instrucción o de guardia el rechazo para que valore sobre la aceptación o no del mismo. El Juez deberá otorgar o no la autorización para llevar a cabo el tratamiento teniendo en cuenta una serie de factores. En primer lugar, la urgencia e importancia del tratamiento para los intereses del menor, adoptando en todo momento la decisión más favorable para el mantenimiento de la vida, en segundo lugar, la intensidad y el impacto que el tratamiento pueda tener sobre la autonomía, tanto actual como futura, del menor, teniendo en cuenta los efectos irreversibles que pueda tener en el menor, y, por último, la edad y el grado de madurez que pueda tener el menor”. GARCÍA AMEZ, Javier, “Autonomía del paciente y rechazo al tratamiento. El derecho a decir no”, en *Derecho y Salud*, vol. 23, nº 1, 2013, pps. 27 a 52; concretamente en página 37.

b) Menores y el consentimiento.

Señalábamos líneas atrás que la capacidad para consentir en el ámbito sanitario no se encontraba necesariamente equiparada a la capacidad legal recogida en el Código Civil⁵²⁴. Con esta afirmación deducimos que existe una puerta abierta a la posibilidad de toma de decisión de los menores, mayores de 12 años⁵²⁵.

La primera ocasión en la que se aludió a la capacidad de discernir del menor, fue en la Ley Orgánica 1/1982, artículo 3⁵²⁶. En dicha normativa se establecía la posibilidad de que aquel menor que mostrase capacidad y madurez suficiente, de acuerdo con el criterio del Juez y del Ministerio Fiscal, pudiese prestar su consentimiento para los supuestos regulados por la mencionada Ley.

Aunque esta primera normativa data del año 1982, parece llamativo que la Ley General de Sanidad, siendo del año 1986, no estableciese absolutamente nada sobre este extremo, algo que dio lugar a múltiples interrogantes, ya que aunque se explayaba en

⁵²⁴XIOL RÍOS afirma a este respecto, que al ser la actitud del paciente pasiva, cabe realizar esta excepción “De esta regulación se desprende que también desde la perspectiva del destinatario de la información existe una quiebra en el binomio tradicional información – consentimiento informado. En efecto, la recepción de información aparece estrechamente vinculada con los derechos de la personalidad, y debe conectarse más con la capacidad natural de entender que con la capacidad civil de obrar. No tiene que coincidir necesariamente la capacidad de recibir la información asistencial con la capacidad para prestar consentimiento. La recepción de información es un acto esencialmente pasivo por parte del paciente, en el que se agota el cumplimiento de un deber legal del médico”. XIOL RÍOS, Juan Antonio, “El consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en página 51.

⁵²⁵ En el caso de los menores de 12 años se presume que éstos carecen de capacidad de decisión, por lo que si bien no pueden llegar a decidir, sí que pueden dar su opinión por la vía de la figura del “asentimiento”; concepto por el cual el menor de 12 años será escuchado, pero sus decisiones no serán vinculantes. DEL RÍO SÁNCHEZ lo define como “Surge así el concepto de “asentimiento” que alude al acuerdo positivo del niño o niña, que debe comprender en lo posible y de forma adaptada a su edad la naturaleza de la decisión”. DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen, “El consentimiento informado en menores y adolescentes: Contexto ético – legal y algunas cuestiones problemáticas” ... *op. cit.*; concretamente en página 66. Una idea muy similar es la de OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, al considerar que el menor de edad debe ser partícipe de la relación médico – paciente, por lo que ha de ser informado. Ahora bien, sus capacidades decisorias son tan absolutamente limitadas, que incluso podría decirse que son nulas. OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, Eduardo, “El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002” ... *op. cit.*; concretamente en página 33. Línea doctrinal seguida por YEBRA – PIMENTEL VILAR, por la cual el menor de 12 años, si es lo suficientemente maduro, debe ser escuchado siempre, antes de que su representante legal decida por él. YEBRA – PIMENTEL VILAR, Paula – Carolina, *El consentimiento informado: criterios legales y jurisprudenciales* ... *op. cit.*, página 38. SISO MARTÍN por su parte, aun respetando la necesidad de mantener una pauta temporal en esta materia, se inclina por dar preeminencia a la madurez. SISO MARTÍN, Juan, *Responsabilidad sanitaria y legalidad en la práctica clínica* ... *op. cit.*, página 94. A efectos meramente comparativos, conviene señalar que en el caso francés, la frontera se encuentra en los 15 años, mientras que en el Reino Unido se fija en los 16 años. DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo y SÁNCHEZ CARO, Javier, “Consentimiento informado”, en GÓMEZ DÍAZ – CASTROVERDE, José María y SANZ LARRUGA, Francisco Javier (Directores), *Lecciones de Derecho sanitario* ... *op. cit.*, página 221.

⁵²⁶ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al Honor, a la Integridad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

cuestiones de información y de consentimiento, no señalaba de manera expresa nada sobre la capacidad de los menores para consentir en la relación sanitaria⁵²⁷.

Fue necesario esperar hasta el año 1996 para que entrase en vigor la Ley Orgánica 1/1996 y arrojase luz sobre la situación⁵²⁸. Entre otras facultades, esta Ley permitía al menor, en su artículo 5.1, tener acceso al derecho de información y a recibir el mentado flujo informativo, algo que podría llegar a extrapolarse al ámbito sanitario.

En la actualidad, el protagonismo del menor y su derecho de información son una realidad, que además quedó cristalizada en la Ley 41/2002, tal y como veremos a continuación⁵²⁹.

Para que un menor pueda recibir información y autorizar un acto médico, debe mostrar ciertas condiciones de madurez suficientes *ad hoc* (artículo 5.2 de la Ley 41/2002). Estos presupuestos de madurez se miden en función de la capacidad de entendimiento con la que cuenta el menor para comprender e interiorizar la información por él recibida, y en segundo lugar, por su facultad para emitir un juicio válido, en este caso, respecto de su estado de salud⁵³⁰.

⁵²⁷ No obstante, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ insiste en la relevancia de la normativa, sobre todo por el cambio social que ocasionó al convertir al enfermo en un usuario de un servicio; así lo recalca este autor al aseverar “A partir de la promulgación de esta ley, el ciudadano cambia su condición de mero enfermo para pasar a ser considerado usuario de los servicios sanitarios, nueva situación ésta en la que consecuentemente resalta el derecho a la información sanitaria; esto es, el paciente y sus derechos se configuran como los protagonistas”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, “El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial” ... *op. cit.*; concretamente en página 2.

⁵²⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor.

⁵²⁹ A esta afirmación debemos añadir el hecho de que el Tribunal Constitucional marcó un antes y un después con su sentencia 154/2002, de 18 de julio, en la que se establecía que los menores de 16 años, independientemente de su edad, si su madurez era suficiente, podían consentir en el ámbito sanitario. Se trataba de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, iniciada por los padres de un menor, testigo de Jehová, que fueron condenados por la muerte de su hijo, al no haber permitido que a éste le fuese practicada una transfusión sanguínea, aunque el centro médico se encontrase autorizado por una orden judicial.

⁵³⁰ BENAC URROZ nos acerca una perspectiva interesante sobre esta cuestión. Dado que el criterio sobre la madurez del menor lo debe decidir el médico, es decir, que éste es el responsable de considerar si el menor es lo suficientemente maduro o no, surge el siguiente interrogante ¿qué ocurre si los padres consideran que el menor no es lo suficientemente capaz? ¿y si realmente no lo es? ¿y si resulta capaz pero el médico no lo considera así? A estos interrogantes responde este autor al señalar “Pero si es el facultativo que debe de asumir tal función, también será a quien se pueda exigir la responsabilidad por la decisión alcanzada: si el médico estima que el menor es capaz y no hay que contar con el consentimiento de sus padres o representante legal, éstos pueden reclamar contra él por la intervención efectuada sin contar con su opinión y conformidad (piénsese, por ejemplo, en los supuestos de cirugía satisfactoria o no curativa, como pueden ser vasectomía, ligadura de trompas); y la inversa, si el médico considera no capaz al menor y los padres entienden que debe someterse a, por ejemplo, una operación de cirugía estética contra la voluntad del menor, ¿cómo puede hacer valer su voluntad el menor? En su caso, también podría exigir responsabilidad al facultativo por intervenirle en contra de su voluntad”. BENAC URROZ, Mariano, “La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado”, en GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica* ... *op. cit.*, pps. 79 a 99, página 94. LIZARRAGA BONELLI ofrece una solución digna de mención, por la cual el médico que tiene que discernir sobre la capacidad del menor, debe de contar con

Puede darse una situación distinta en la que el menor muestre una de las aptitudes y no las dos, o que directamente carezca de la madurez suficiente a fin de comprender el alcance del acto médico y las cuestiones derivadas del mismo. En este caso, como ocurría con el paciente capaz en estado de inconsciencia, serán sus padres, o en su defecto sus tutores (siempre buscando la consanguinidad o afinidad más próxima), los que serán informados y tomarán la decisión oportuna sobre la salud del menor, siempre en beneficio del mismo (artículo 5.3 de la Ley 41/2002)⁵³¹.

una preparación añadida, que le permita desarrollar esta función de manera eficiente “Esta circunstancia, criterio del médico responsable de la asistencia, al basarse en aspectos netamente subjetivos de calificación de capacidad volitiva, en su aspecto psíquico, va a generar sin duda problemas. Podremos pensar que, al menos, al facultativo se le recomendará que estas circunstancias o juicios de capacidad intelectual, emocional, pero ello va a suponer, como un plus añadido, que el médico, cualquier que sea su especialidad, deba tener una serie de conocimientos en estas materias, y que en última instancia, a un a fe de practicar una medicina defensiva, nada recomendable, y hasta prohibida desde el punto de vista deontológico, exija el facultativo en casos de duda (de ver que la información o el consentimiento subsiguiente pudiera verse teñido de error) una intervención de experto con el fin de confirmar su juicio de capacidad, relegando la actuación sanitaria al paciente, en definitiva, el beneficio del enfermo. Quizá en este asunto deberá atenderse al sentido común, o si se quiere a juicios de razonabilidad en orden de capacidad – no jurídica – del sujeto de quien se pretende el consentimiento, pero no por ello podemos olvidar que precisamente es ese consentimiento el que legitima la actuación sobre el enfermo y por tanto, válida – desde el punto de vista, ahora sí jurídico – la misma”. LIZARRAGA BONELLI, Emilio, “La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, en GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica ... op. cit.*, página 269. Respecto de este método de “diagnóstico de madurez” se pronuncia DEL RÍO SÁNCHEZ. Esta autora aboga por establecer un sistema de análisis psicológico reglado, por el cual pueda analizarse la capacidad y madurez del menor de 18 años y mayor de 12, precisamente a fin de evitar que sea el médico, quien con un juicio subjetivo y sin la necesaria preparación, tome esa decisión. Ahora bien, esta autora es consciente de la realidad y señala que aunque esta intención es loable, este tipo de “peritajes” siguen siendo efectuados por médicos sin conocimientos en la materia. DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen, “El consentimiento informado en menores y adolescentes: Contexto ético – legal y algunas cuestiones problemáticas” ... *op. cit.*; concretamente en página 6.

⁵³¹ De esta misma opinión se muestra CANTERO MARTÍNEZ cuando apunta precisamente, que aunque el paciente debe ser escuchado siempre, sólo si esté es lo suficientemente maduro podrá decidir, y si no es así, lo harán sus padres o tutores legales. CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar en distintas intensidades”, en *Derecho y Salud*, vol. 18, nº 2, pps. 1 a 21; concretamente en página 3. DUPLA MARÍN y BARDAJÍ GÁLVEZ nos sitúan ante otro escenario plenamente factible, que podría darse, de encontrarse los padres del enfermo divorciados. En este caso, estas autoras abogan por la idea de que la persona que tenga la carga decisoria será aquella que ostente el ejercicio de la patria potestad, y de no poder acudir a ésta, lo será el padre que tenga en ese momento la guarda (de acuerdo con el régimen de visitas establecido). Por supuesto, esta regla es subsidiaria, ya que en el caso de mutuo acuerdo entre ambos, prevalecerá la decisión conjunta. DUPLA MARÍN, M^a Teresa y BARDAJÍ GÁLVEZ, M^a Dolores, “Decisiones y consentimientos respecto de la salud del menor”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina ... op. cit.*, pps. 457 a 474, página 469. DEL RÍO SÁNCHEZ añade un último supuesto por el cual, la discordia no exista tanto entre los padres y el menor, sino entre los propios progenitores o tutores. La autora nos muestra un escenario de especial violencia por el cual unos padres, no pudiendo solventar sus diferencias personales, las extrapolan a supuestos como los que aquí tratamos: la toma de decisiones sobre la salud del menor. Nuevamente, de darse una situación por la cual la elección de los progenitores no coincide entre sí, pudiéndose llegar a afectar de manera negativa a la salud del paciente, es el médico tratante el que ostentará la capacidad de optar, previa autorización judicial (artículo 156.2 del Código Civil). DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen, “El consentimiento informado en menores y adolescentes: Contexto ético – legal y algunas cuestiones problemáticas” ... *op. cit.*; concretamente en página 67. Igualmente violento es el

Tanto un estadio como el otro generan controversias, ya que no debería parecernos extraña la situación por la cual la voluntad del menor, en cualquiera de los supuestos, sea contraria a la de sus padres, o viceversa. El escenario que provoca este disenso resulta complejo, a pesar de lo cual se sientan una serie de reglas para evitar vacíos legales o actuaciones judiciales arbitrarias. En el supuesto de que el menor enfrentado con la voluntad de sus padres presente la capacidad suficiente que comentábamos líneas atrás, será su voluntad la que primará sobre la de sus progenitores o representantes legales⁵³². La situación se torna diametralmente distinta cuando el menor, o no cuenta con la madurez suficiente, o ésta se encuentra en entredicho. En caso de discordia, no prevalecerá ni la voluntad del menor, ni la de sus padres o tutores, sino que el médico o el centro sanitario se encontrará en la obligación legal de acudir al auxilio judicial, siempre buscando el beneficio del menor⁵³³.

Por supuesto, existen excepciones a esta última premisa tan garantista, y sobre todo si las circunstancias del menor son apremiantes. En este escenario, la responsabilidad vuelve a recaer sobre el médico, quien deberá decidir qué postura es más correcta, y actuar por cuenta propia, haciendo uso de esa adaptación del “estado de necesidad” al ámbito sanitario, siempre con el objetivo final del bienestar del paciente.

Hasta el momento se ha establecido la regla básica aplicable a los aspectos generales de la Medicina, pero existen casos en los que, aun siendo el menor capaz y todavía debiendo escuchársele, su opinión no puede ser vinculante para el médico ni para el centro sanitario: hablamos de los ensayos clínicos y los tratamientos de

escenario que nos presenta LÓPEZ ORTEGA, en el que los padres del menor abusan de la capacidad que les otorga la patria potestad y optan por no someter a éste a un tratamiento que sería beneficioso, o incluso la única solución posible para su cuadro clínico. En este caso, al igual que ocurría con el supuesto del adulto capaz inconsciente, el médico puede prescindir del consentimiento de los padres o tutores, para actuar de manera acorde a la *lex artis*, y siempre en beneficio del menor. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, “Consentimiento informado y límites a la intervención médica”, en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Coordinador), *Problemas de la eutanasia ... op. cit.*, página 66.

⁵³² DEL CAÑIZO FERNÁNDEZ – ROLDÁN y DEL CAÑIZO LÓPEZ añaden en esta cuestión, que aunque el menor tenga capacidad para decidir, en cualquier confrontación con sus padres, el papel del médico no será el de simple oyente, sino que deberá ser un mediador. DEL CAÑIZO FERNÁNDEZ – ROLDÁN, Agustín y DEL CAÑIZO LÓPEZ, Agustín, “El consentimiento informado en asistencia pediátrica”, en GÓMEZ – HERAS, José María y VELAYOS CASTELO, Carmen (Editores), *Bioética, perspectivas emergentes y nuevos problemas ... op. cit.*, página 281.

⁵³³ Afirmaciones derivadas del propio Código Civil, artículos 163 y 299. En el primero se señala que ante cualquier divergencia de opiniones entre un padre y su hijo, a este último deberá nombrársele un representante legal para defensa, tanto en ámbito litigioso, como fuera de éste; a lo que añade el artículo 299, que a aquel menor que tenga un conflicto con su representante legal, deberá nombrársele un defensor judicial.

fertilidad. En este tipo de supuestos los menores, aun emancipados, carecerán de la capacidad legal de decisión necesaria⁵³⁴.

c) Enfermos mentales y el consentimiento.

En este subapartado nos encontramos ante una tesitura parecida a la anterior. La hipótesis que aquí se presenta es prácticamente idéntica, ya que debemos sopesar hasta qué punto el raciocinio de una persona se ha visto comprometido por su enfermedad mental y qué grado de protagonismo puede llegar a tener dentro de la relación médico – paciente⁵³⁵.

Aunque la situación sea controvertida, lo cierto es que no se trata de un terreno inexplorado, ya que las Naciones Unidas se pronunciaron a este respecto en el año 1991, en su principio número once⁵³⁶.

⁵³⁴ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar en distintas intensidades” ... *op. cit.*; concretamente en página 6. Esta afirmación tiene una excepción, la de aquellos casos en los que la intervención a practicar sobre el menor emancipado (y también mayor de 16 años no emancipado) sea de extrema gravedad. Ante esta hipótesis, se instaura la obligación de informar a los padres del menor y de tomar en consideración su decisión. Sin embargo, esta afirmación queda vacía de contenido al no señalarse en la ley qué ocurriría si hay divergencia de opinión entre los padres y el menor. Ante este planteamiento CANTERO MARTÍNEZ acude a una conclusión un tanto salomónica, señalando que en estos supuestos, probablemente la decisión de mayor relevancia y peso sería la del propio médico. CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital* ... *op. cit.*, página 52. A este respecto VÁZQUEZ – PASTOR JIMÉNEZ apunta que la obligación de informar a los padres o tutores, prevalece incluso sobre la voluntad del menor de que éstos no sean informados. No obstante la claridad de esta obligación, esta autora evidencia una problemática inherente a esta “vulneración” a la autonomía del paciente, al existir la necesidad de determinar, qué es lo que puede considerarse como “grave” y quién debe decidirlo. VÁZQUEZ – PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, “La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular: la anorexia nerviosa”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 91, 2007, pps. 29 a 62; concretamente en página 33

⁵³⁵ Apunta esta hipótesis LÓPEZ – CHAPA cuando asevera “Para la determinación de la concurrencia en el enfermo psiquiátrico de las condiciones psíquicas adecuadas para consentir al tratamiento será también de aplicación el criterio de la *capacidad mental*, pues, del mismo modo que no todos los incapacitados carecen de dicho requisito para consentir, en el caso del paciente psiquiátrico será preciso examinar no sólo la clase de enfermedad que padece, sino también las condiciones en que se encuentra en el momento preciso en que deba otorgar el consentimiento. Será necesario distinguir además entre las intervenciones realizadas a un paciente psiquiátrico encaminadas a aliviar una dolencia de carácter físico y las dirigidas a tratar la disfunción mental que le afecta”. LÓPEZ – CHAPA, Sara, *Autonomía del paciente y libertad terapéutica* ... *op. cit.*, página 135. En esta misma línea de la adecuación de la información apunta GUERRERO ZAPLANA “...no se excluye radicalmente el derecho a la información, sino que exige que tanto a unos como a otros se les informe del modo que sea más adecuado a su estado psicológico o como permitan sus circunstancias o grado de comprensión entendiendo, pues, que la información debe proporcionarse de modo acomodado a sus concretas condiciones personales”. GUERRERO ZAPLANA, José, “El consentimiento informado en la Ley de Castilla y León 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 1, 2003, pps. 91 a 140; concretamente en páginas 110 y 111.

⁵³⁶ *Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental*, OMS, Ginebra, Resol. 46/119, 1991.

La sistemática a seguir en estos casos es similar a la que se utiliza con los menores. De estimarse que un enfermo mental tiene las capacidades cognitivas necesarias para comprender su cuadro clínico, la información recibida, así como para emitir un juicio válido; se considerará que éste está facultado a fin de ejercer el derecho personalísimo de decidir sobre su salud⁵³⁷.

El abanico de posibilidades que pueden presentarse tras esta primera premisa, es muy amplio. A pesar de que la regla general nos lleva a barajar que el enfermo mental tiene el autogobierno suficiente para consentir, puede darse el caso de que realmente el paciente no tenga las capacidades cognitivas lo suficientemente sanas, como para llegar a opinar sobre su salud⁵³⁸. En este asunto el peso de la decisión recaerá sobre los familiares o allegados más directos, quienes, en interés del enfermo, tomarán la decisión que les parezca más adecuada.

No obstante, puede volver a presentarse el escenario en el que, o bien el enfermo se muestre contrario a la decisión adoptada por sus parientes, o el médico considere que ésta no es la más adecuada. En este caso, el rol protagonista volverá a recaer sobre el aparato judicial, quien deberá decidir cuál de las opciones que se le presentan es de mayor idoneidad para el paciente. Huelga señalar, que si la urgencia o premura de la situación hacen peligrar la salud del enfermo, será el médico quien tenga esa capacidad decisoria.

Es interesante mencionar una resolución que sentó un antes y un después en la información a los enfermos mentales y la validez de su consentimiento, se trata de la sentencia dictada en el Estado de *New Jersey*, en 1978, en el asunto *Rennie versus Klein*⁵³⁹, en la que se reconoció el derecho de los pacientes mentales internados contra su voluntad, a rechazar medicación neuroléptica, por sus graves efectos secundarios;

⁵³⁷ FENWICK y BERAN señalan que la obligación informativa de los médicos hacia los pacientes mentales, no es equiparable a la situación que se da con una persona inconsciente, ya que aunque la capacidad cognitiva de éstos no sea suficiente para comprender la magnitud del acto sanitario a desplegar, el médico no se encuentra facultado para actuar sin su consentimiento. FENWICK, P y BERAN R.G, “Informed consent – should bolam be rejected”, en *Medicine & Law*, vol. 6, nº 1, 1998, pps. 215 a 223; concretamente en página 217.

⁵³⁸ A pesar de que la patología mental del paciente sea grave, e incluso de que éste se encuentre incapacitado, el médico sigue estando obligado a informar a su paciente, aunque la determinación del enfermo carezca de validez alguna. INESTAL VALERIO, Julio, “El consentimiento informado: derecho a saber; derecho a decidir” ... *op. cit.*; concretamente en página 27.

⁵³⁹ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado* ... *op. cit.*, página 94.

siempre y cuando dicha decisión no atentase ni contra su propia seguridad, ni la de los demás⁵⁴⁰.

d) El paciente capaz y su negativa a consentir.

Para finalizar este bloque conviene que, tomando conciencia de todo lo aquí señalado respecto de las personas capaces de consentir, sus limitaciones y la amplitud del concepto de “paciente capaz”, apuntemos un nuevo escenario: la negativa del enfermo capaz a consentir. Obviamente no nos referimos a que no admita someterse a una terapia, ya que se trata de una de las opciones con las que siempre cuenta el usuario de los servicios médicos, sino de un supuesto por el cual el enfermo ha recibido la información necesaria, ha autorizado la práctica de la intervención o acto médico en concreto, pero se niega a firmar ningún tipo de documento de consentimiento informado. Esto fue precisamente lo que ocurrió en un litigio que se presentó ante el Juzgado de Instrucción número 9 de Palma de Mallorca, de fecha 25 de enero de 1995⁵⁴¹. En este caso un paciente consideró que había sido víctima de un delito de coacción, porque al negarse a firmar el reglamentario texto de consentimiento informado, había sido dado de alta en el hospital en el que estaba siendo atendido. Lo cierto es que el juzgador no consideró la concurrencia de ningún tipo de coerción, al ser la firma del documento informativo una obligación legal, de forma que tanto el médico como el centro sanitario, lo único que hacían era cumplir con sus obligaciones.

Aunque nos encontramos en un estadio de superación del modelo paternalista, en el que el enfermo juega un rol de usuario en las relaciones médico – paciente, debe existir un mínimo de confianza. Cordialidad que se debe basar, no tanto en la destreza del médico, sino en que su intención es pretender la mejora o sanación del paciente.

Debemos volver a las líneas en las que se señalaba que el derecho a la información es también una obligación, pero no sólo para el facultativo, sino también

⁵⁴⁰ CARRASCO GÓMEZ estima necesaria la concurrencia de la opinión del enfermo mental en tratamientos e internamientos, por considerar erróneo prejuzgar que el paciente, por padecer algún tipo de afección mental, sea un incapaz. Afirma este autor, que la jurisprudencia belga se hizo eco de la posibilidad de que se produjesen abusos, bien por disputas familiares, bien por intereses económicos hereditarios, que convirtiesen al enfermo mental en un “chivo expiatorio” de las pretensiones fraudulentas de sus familiares. Por lo que de presumirse su falta de capacidad, se le podría someter a tratamientos poco beneficiosos para él, e incluso a su internamiento. CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *Responsabilidad médica y psiquiatría ... op. cit.*

⁵⁴¹ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 428.

para el paciente. Éste contrae el compromiso de que una vez recibida la información necesaria, y habiéndola procesado correctamente, debe actuar conforme a la misma y a sus principios. Si el paciente confía en que el tratamiento o cirugía en cuestión resulta el más correcto, debe autorizar la práctica del mismo, y en caso contrario, puede negarse. Lo que no es posible es crear un escenario entre planos, por el cual el enfermo considera que debe someterse a la práctica médica de la que le han informado, pero no pretende autorizarla.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR FALTA DE INFORMACIÓN.

1. De todo lo hasta ahora señalado se desprende que la ausencia de información o consentimiento informado, conforman una vulneración punible en aquellos supuestos en los que la Ley así lo exige⁵⁴².

La vulneración del derecho de información es un atentado contra la *lex artis* por sí misma, sin embargo, de no concurrir un daño efectivo en el paciente, queda vacía de contenido⁵⁴³. Esta afirmación se justifica por la ausencia de un daño físico al enfermo, más allá de su vulneración informativa. Sería insólito llegar a indemnizar a una persona porque no se le informó sobre un riesgo que finalmente no se presentó⁵⁴⁴.

⁵⁴² Así lo apunta GALÁN CORTÉS cuando se pronuncia a este respecto “La ausencia o deficiencia del consentimiento informado puede constituir un título suficiente de imputación de responsabilidad, al lesionar y restringir el poder de la persona de autodeterminación, derivado del libre desarrollo de la personalidad, siempre que tras el acto médico en cuestión se materialice un riesgo típico del mismo y se origine, por tanto, algún daño”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 575. Se reitera este mismo autor cuando afirma “Resulta condición necesaria, en el orden civil, para establecer una suma indemnizatoria por la omisión o deficiencia del consentimiento informado, que se acredite algún “daño” (en la más amplia aceptación de la palabra) a resultas de tal defecto de información o consentimiento, pues de lo contrario ninguna indemnización debería otorgarse, sin perjuicio de las responsabilidades deontológicas o administrativas que de tal situación pudieren derivarse (STS de 21 de diciembre de 2006), ya que puede haber responsabilidad civil extracontractual sin culpa, pero no sin daño”. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico – sanitaria”, en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (Director), *Derecho de daños 2013*, Thomson – Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pps. 613 a 638, página 625.

⁵⁴³ Idea desarrollada de forma brillante por DE LORENZO Y MONTERO y SÁNCHEZ CARO cuando señalan “El consentimiento es una obligación legal, pero también, y como ha puesto de manifiesto ya reiteradamente la jurisprudencia, un acto clínico más, bien se considere incluido en la “lex artis”, bien, más jurídicamente, en la obligación general de medios”. DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo y SÁNCHEZ CARO, Javier, “Consentimiento informado”, en GÓMEZ DÍAZ – CASTROVERDE, José María y SANZ LARRUGA, Francisco Javier (Directores), *Lecciones de Derecho sanitario ... op. cit.*, página 213.

⁵⁴⁴ GALÁN CORTÉS se muestra tajante sobre esta cuestión, si no se materializa un daño de obligada información, no cabe responsabilidad alguna. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 224. Todo ello porque la denuncia de una información deficiente, sin un daño concreto, es civilmente intrascendente. En el orden civil la indemnización tiene su origen en un daño, y una omisión informativa no tiene consecuencias civiles, sino éticas o deontológicas. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009” ... *op. cit.*; concretamente en página 560. MARTÍNEZ GALLEGU va más allá en esta explicación y señala además, que lo que realmente se indemniza en los supuestos de vulneración informativa, no es el daño que soporta el paciente, tanto como el atentado sufrido contra su dignidad como persona. No en vano debemos tener en cuenta que el médico ha actuado correctamente y ha aplicado una técnica adecuada, con la excepción de que no ha informado a su paciente sobre los riesgos existentes. MARTÍNEZ GALLEGU, Eva María, “El consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 3, 2003, pps. 5 a 32; concretamente en página 10. SÁNCHEZ GONZÁLEZ aboga por la concurrencia de un daño moral en los litigios en los que el paciente sufre una omisión informativa sin daño físico derivado de la misma. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, “Función y desnaturalización de los protocolos de consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en página 321. Opinión similar mantiene GARCÍA RUBIO, al considerar que en los litigios indemnizados por omisión informativa, también concurre una compensación de los daños personales que sufre el paciente. GARCÍA RUBIO, María Paz, “Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil

2. Con la información, lo que se pretende es facilitar una protección al paciente, que éste tenga pleno conocimiento de aquello a lo que se va a someter y que acepte los riesgos derivados de la actividad en cuestión. Si el enfermo no es informado, no puede asumir absolutamente nada, y de materializarse un riesgo, éste no ha tomado conciencia de ello, por lo que no debe responsabilizarse del mismo; de forma que será el no informante quien lo hará⁵⁴⁵. Algo que no ocurre en los casos en los que el daño no va más allá de la omisión informativa, donde, no habiéndose tomado conciencia de los riesgos, al no haber sufrido el paciente daño alguno, éste no debe soportar la responsabilidad, ni muchos menos traspasarla al no informante. A este respecto señala GALÁN CORTÉS, que no resulta lógica una condena basada únicamente en una omisión informativa si el acto médico no provocó daño alguno, más allá de esa vulneración a la *lex artis*. Distinto sería el supuesto de una impericia o si se presentase un daño no informado y conocido⁵⁴⁶.

La razón por la que este daño no es indemnizado, aunque se trata de un atentado contra la *lex artis*, se encuentra en la naturaleza de nuestro sistema jurídico. A fin de que exista una indemnización, es necesaria la concurrencia de un daño. Una omisión informativa atenta contra la *lex artis*, los protocolos del hospital y puede recibir algún tipo de sanción deontológica, pero no se puede exigir responsabilidad civil sin un daño; de lo contrario nos encontraríamos ante la figura de los daños punitivos⁵⁴⁷.

médica” en LLAMAS POMBO, Eugenio; ALONSO PÉREZ, Mariano y GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel (Coordinadores), *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez ... op. cit.*, página 184.

⁵⁴⁵ Esta idea de falta de traspaso de la responsabilidad del médico al paciente es bautizada por XIOL RÍOS como “la teoría del desplazamiento del riesgo”, por la cual señala, que la falta de traslado de conocimiento sobre las vicisitudes del acto a desplegar provoca una falta, también de transferencia, de responsabilidad de una parte de la relación obligatoria a la otra. XIOL RÍOS, Juan Antonio, “El consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en página 65. De esta misma opinión se muestra SÁNCHEZ – CALERO, al afirmar que la no información entraña que la ausencia de riesgos se queda en el médico. SÁNCHEZ – CALERO ARRIBAS, Blanca, “El consentimiento informado en el acto médico” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 57 y 49, respectivamente. Sigue una línea prácticamente idéntica FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, al considerar que la consecuencia directa de la falta de traspaso de información se encuentra precisamente en el hecho de que el paciente no asume las consecuencias de la actividad médica, quedando la responsabilidad en el facultativo no informante. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, “El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial” ... *op. cit.*; concretamente en página 13.

⁵⁴⁶ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 664.

⁵⁴⁷ A este respecto GALÁN CORTÉS destaca “En todo caso, resulta condición necesaria, en el orden civil, para establecer una suma indemnizatoria por la omisión o deficiencia del consentimiento informado, que se acredite algún <<daño>> (en la más amplia acepción de la palabra) a resultas de tal defecto de información o consentimiento, pues de lo contrario ninguna indemnización debería otorgarse, (...) En nuestro ordenamiento jurídico no tiene cabida una especie de <<multa civil>> (*punitive damage*), y el derecho a obtener una indemnización nace cuando, infringiéndose un deber, se causa un daño, pero no, simplemente, de la nuda infracción del referido deber, pues sin daño no hay derecho a reparación alguna”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 667. Opinión distinta muestra GARCÍA RUBIO, al aseverar, que aunque ésta es la solución más generalizada, no es la respuesta

Los componentes necesarios para la concurrencia de una indemnización son la existencia de una omisión informativa (completa o parcial) y un daño derivado de la misma (riesgo no informado)⁵⁴⁸.

3. Antes de finalizar, parece conveniente efectuar un apunte sucinto sobre una variante que conforma una excepción, por la cual un caso en el que existe una carencia informativa y un daño efectivo, no resulta indemnizado. Se trata de aquellos supuestos en los que puede llegar a demostrarse que el paciente, incluso conociendo los riesgos de la actividad médica a desarrollar, se hubiese sometido a la misma. En estos litigios en los que el enfermo, aun a sabiendas de las posibles eventualidades habría acudido igualmente a la terapia, la omisión informativa no sería objeto de responsabilidad. Sin embargo, es de recibo señalar las dificultades inherentes a esta actividad probatoria⁵⁴⁹.

más correcta, pues si la indemnización que se otorga al paciente que sufre este tipo de eventualidades es inferior a la de una mala praxis, debe deducirse que la naturaleza del daño es distinto. Esta autora observa la posibilidad de que lo que concurra en este tipo de litigios sea un daño moral (traducido en un atentado a la autonomía y dignidad del paciente), y que también debería ser objeto de indemnización, si no existe un daño físico efectivo. GARCÍA RUBIO, María Paz, “Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica”, en LLAMAS POMBO, Eugenio; ALONSO PÉREZ, Mariano y GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel (Coordinadores), *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez ... op. cit.*, página 185. MARTÍN TEJEDOR, al igual que GARCÍA RUBIO, considera que la omisión informativa, de manera autónoma, también debe ser indemnizada. No obstante, este autor afirma que la fórmula no es tanto el daño moral, como el delito de coacciones, al encontrarse el paciente “coaccionado”, dada la omisión informativa sufrida. MARTÍN TEJEDOR, Juan A., “La no necesidad del consentimiento informado en la práctica médica”, en GÓMEZ DÍAZ – CASTROVERDE, José María y SANZ LARRUGA, Francisco Javier (Directores), *Lecciones de Derecho sanitario ... op. cit.*, página 695. Sin embargo, para autores como LÓPEZ ORTEGA el delito de coacciones no es la fórmula más acertada para indemnizar este tipo de comportamientos, ya que el tipo penal requiere la concurrencia de violencia en el mismo, y resulta de difícil suposición que ésta realmente exista en una relación médico – paciente. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, “Consentimiento informado y límites a la intervención médica”, en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Coordinador), *Problemas de la eutanasia ... op. cit.*, página 67. Una perspectiva interesante es la que nos acerca REQUERO IBÁÑEZ, de acuerdo con lo que asegura este autor, una omisión informativa encontraría su censura, no tanto en la falta de traspaso de información como en la existencia de un “funcionamiento anormal” en el centro sanitario. Señala a este respecto “Obviamente, estas normas en sí no son reglas reguladoras del funcionamiento del servicio cuya infracción o no observancia integren el título de imputación de funcionamiento anormal del servicio; se trata, por el contrario, de reglas deontológicas de buen hacer profesional que tendrán valor interpretativo y de orientación”. REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones” ... *op. cit.*; concretamente en página 908.

⁵⁴⁸ Sigue esta misma línea GALÁN CORTÉS al apuntar “Sobre esta cuestión, no faltan sentencias contradictorias en los Tribunales de los distintos países, si bien la posición mayoritaria comparte nuestro criterio, en el sentido de que si el médico no informa al paciente, es el propio médico quien asume la responsabilidad de los riesgos que se generan con su actuación, aun cuando su pericia y técnica hayan sido correctas. Esta información, obvio es decirlo, se halla circunscrita, en los casos de medicina curativa, a los riesgos típicos de la misma”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado ... op. cit.*, página 220.

⁵⁴⁹ De esta misma opinión se muestra GALÁN CORTÉS “Si pudiésemos demostrar con absoluta seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza (lo que resultará, obvio es decirlo, una prueba muy difícil, si no imposible en la gran mayoría de los casos) que el paciente hubiere prestado su consentimiento y, por tanto, se hubiere intervenido igual, esto es, en idénticas condiciones, si con anterioridad al acto médico en cuestión le hubieren sido explicados con todo detalle sus riesgos y alternativas – riesgos que tras la correcta actuación técnica del médico se han materializado –, no habría lugar, en principio, a

Esta teoría, que recibe el nombre de “conducta alternativa conforme a derecho”, es una alternativa cuanto menos complicada para el médico o ente sanitario, al enraizarse el eje central de la misma en la voluntad individual del paciente, la cual por naturaleza es imprevisible. El origen de esta idea se encuentra en el concepto de “*préjudice d'impréparation*”, por el que el paciente debe tener una preparación psicológica previa y asumir las posibles eventualidades que puedan derivar del acto médico. De no ser éste informado, no estaría preparado y es precisamente en ese momento en que, en función de la necesidad o beneficio propio de la terapia, podríamos encontrar un lugar para el concepto de la “conducta alternativa conforme a derecho”, sin olvidar por supuesto, las dificultades propias de esta idea⁵⁵⁰.

Distinto sería el supuesto en el que la omisión informativa que se provoca en el paciente verse, no sólo sobre la falta de notificación de los riesgos propios de la actividad quirúrgica, sino también de las posibles alternativas, si es que las hubiere. En este caso GALÁN CORTÉS asevera que la presunción de la “conducta alternativa conforme a derecho” no podría aplicarse por una simple razón, y es que la hipótesis sería excesiva. Al existir una única opción, se presume fácilmente que la elección de una actitud expectante es remota, pero no ocurre lo mismo cuando hay más de una forma de tratamiento⁵⁵¹.

indemnización”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 680. Igualmente SANCHO GALLARDO apunta “Si la falta de información no vició el consentimiento, el incumplimiento de este deber de información no constituirá causa del daño corporal sufrido con la intervención, y no justificará la responsabilidad de indemnizarlo”. SANCHO GALLARDO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 16 y 17.

⁵⁵⁰ GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009” ... *op. cit.*; concretamente en página 561.

⁵⁵¹ DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, “Comentario a la sentencia de 7 de marzo de 2000”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 53, 2000, pps. 755 a 770; concretamente en página 764. Sobre las alternativas omitidas se pronuncia GALÁN CORTÉS “... se puede estimar que el paciente ha perdido la oportunidad de sustraerse a la intervención quirúrgica o bien de retrasarla o llevarla a efecto en otro centro sanitario o con otros especialistas diferentes, o consultar otras opiniones, como consecuencia de no haber sido informado antes de su práctica de los riesgos que entrañaba y que se materializaron tras la misma, y en estos casos – como acontece en la sentencia que ahora comentamos – la indemnización ha de moderarse o modularse en función de la existencia o no de alternativas, del resultado de la intervención practicada, de la entidad de los riesgos materializados y sus efectos, del estado clínico previo, de la previsible evolución de su proceso nosológico de no haber sido intervenido o de haber diferido su realización, de sus circunstancias personales, sociales y profesionales ...”. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 16 de enero de 2012”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 91, 2013, pps. 53 a 70; concretamente en página 63.

Dada la naturaleza de este concepto, nos hemos visto en la necesidad de efectuar un análisis distinto a lo habitual. La razón de ser es sencilla, el número de resoluciones es muy elevado y un análisis individualizado sería excesivamente extenso, así como repetitivo, al resultar las argumentaciones del Tribunal Supremo prácticamente idénticas en supuestos similares. La tesitura ante la que nos encontramos, gira en torno a la idea de que muchos de los litigios que han sido enjuiciados con motivo de la falta de información, o información insuficiente, tienen una relación fáctica prácticamente idéntica, y es por ello por lo que la solución del Alto Tribunal es semejante.

En virtud de lo señalado, la subdivisión interna del capítulo será algo distinta a lo habitual, dada la propia naturaleza de la idea. En primer lugar efectuaremos una partición interna entre controversias en las que se practique una cirugía, pruebas médicas y tratamientos; todas ellas relacionadas con el elemento información. Dada la naturaleza de la noción, la estructura interna de cada apartado seguirá una línea diferente, tomando como base la existencia o no de un documento de consentimiento informado, y en función de ello, la suficiencia o insuficiencia de la información.

1. El derecho de información y la cirugía.

1. La información y el uso del documento de consentimiento informado.

a) Caudal informativo suficiente.

1. La primera de las controversias de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2007⁵⁵², un asunto en el que la información es el elemento central, a pesar de tratarse de un recurso de casación para la unificación de doctrina. En este caso D. Miguel, que se encontraba afectado de cataratas, se sometió a una intervención quirúrgica a fin de paliar los efectos de las mismas en su visión. Sin embargo, y aunque no nos consta ninguna mala praxis, en el curso de la operación se produjo una hemorragia vítrea, que desembocó en un desprendimiento de retina. Ambas

⁵⁵² Sentencia del Tribunal Supremo 18 de diciembre de 2007, Sala Tercera, recurso 42/2007, ponente Robles Fernández.

complicaciones requerían de una segunda cirugía, que dadas las circunstancias del paciente no ofrecía mayores garantías, tal y como ocurrió. A pesar de que la situación de D. Miguel mejoró ligeramente, lo cierto es que los resultados fueron escasos, restándole un limitado grado de visión.

Asegura el paciente, no tanto que haya habido una mala praxis en el curso de la cirugía, como haber sufrido una omisión informativa, ya que éste ignoraba que tanto la hemorragia vítrea como el desprendimiento de retina, eran riesgos propios de la actividad quirúrgica que se le practicó; dado que la información se limitó a un documento tipo.

En virtud de las circunstancias antedichas, D. Miguel pretendió el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual se vio en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser sus pretensiones inadmitidas en instancias inferiores.

Nos hallamos ante un supuesto clásico de responsabilidad por omisión informativa, en la medida en que la problemática gira en torno a la materialización de riesgos propios de una intervención, de los que en principio, el paciente fue informado, pero de manera residual, con un documento tipo. Sin embargo, dicha afirmación se pone en tela de juicio por el Tribunal, en la medida en que el paciente, por la naturaleza de su afección, fue atendido en varios servicios de oftalmología, en cuyos historiales constan menciones a la información recibida por el mismo. Conviene añadir además, que el documento de consentimiento informado “tipo” al que alude el recurrente, aunque es un formulario, también es específico para el acto médico en concreto, al constar en el mismo las complicaciones que sufrió D. Miguel.

Tal y como la doctrina y la jurisprudencia han aseverado, la información material no debe sustituir a la verbal y personal, no obstante, este caso se encuentra plagado de dudas. No se puede presumir la omisión informativa, en la medida en que en el historial del paciente consta, de manera escrita, que éste recibió información en diversos centros médicos; siendo ésta facilitada por los distintos profesionales que le atendieron, desde su primera consulta hasta su operación. Cuestión a la que debemos añadir la existencia de un documento de consentimiento informado, que además no es un “texto tipo” que se utilice para todas las operaciones o pruebas invasivas.

La posibilidad de admitir una omisión informativa parece remota, al existir constancia escrita, no sólo de la información material, sino también de la verbal, la cual además fue constante y repetida. Distinto sería el supuesto, de haber mediado un documento “tipo” con lagunas y en absoluto concluyente, donde muy probablemente la

opinión del Tribunal Supremo hubiese sido distinta, al existir únicamente menciones aisladas a la información. Sobre esta idea se pronuncia el Alto Tribunal al aseverar “Pues bien, la aplicación de esta doctrina en los términos expuestos no puede tener otra consecuencia más que la de entender que en el presente supuesto se han cumplido con las exigencias de información que resultan de aquella normativa, y ello, cuando: - por más que el recurrente sostenga que tal información no existió ni en forma verbal ni escrita, y al margen de la afirmación en su informe del médico que le intervino de lo contrario, es lo cierto que en el periodo probatorio se han incorporado a los autos el documento fechado el día 10-9-2001, suscrito por el recurrente y aquel profesional en el que el primero es informado de los riesgos que comporta la cirugía de cataratas, con un contenido que es asimilable a cuantos figuran en el expediente y emitidos por los distintos hospitales de la red sanitaria pública, y en el que, además, de manera específica se hace mención del riesgo que afectó al interesado, además de cuantos otros podían afectarle igualmente. Documento que, en consecuencia, es bastante para presumir la realidad de una información adecuada a la intervención y por la cual era posible optar, con libertad de criterio, por someterse o no a la práctica quirúrgica. Del mismo modo, y pese a que la segunda de las intervenciones no es cuestionada en su corrección por el recurrente, figura el consentimiento prestado en forma documental para su práctica (f. 79). Como también figura en uno y en otro documento la información relativa a los riesgos que en ese caso comportaba el tipo de anestesia empleado, ello con referencia a la específica práctica a la que se sometía y su relación con esa actividad quirúrgica, por lo que en definitiva no puede asumirse el argumento de que no existió tampoco la información en ese particular, cuya trascendencia y relación con el resultado producido, por lo demás, tampoco puede afirmarse cuando nada hay en la prueba que permita conectar aquella hemorragia y desprendimiento con cualquier acto relacionado con el proceso de anestesia”⁵⁵³.

Parece adecuado apuntar, que probablemente el elemento de mayor entidad en el presente caso, no fuese tanto el documento de consentimiento informado, como la mención informativa en la historia clínica. Páginas atrás se ha señalado este paralelismo, aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en el cual una

⁵⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo 18 de diciembre de 2007 ... *op. cit.* Aunque se trate de la argumentación de la instancia inferior al Tribunal Supremo, lo cierto es que el Alto Tribunal acude a la misma y la cita textualmente.

alusión a la información facilitada al paciente en la historia clínica, es equiparable al documento de consentimiento informado⁵⁵⁴.

2. El segundo litigio a analizar, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009⁵⁵⁵, cuenta con un elemento añadido en relación al caso anterior: la antelación con la que fue facilitado el documento de consentimiento informado. El supuesto gira en torno a un menor que nació con una afección cardíaca (un soplo), que aunque no resultaba de gravedad, le provocaba ciertas limitaciones en su vida diaria, por lo que a fin de paliarlas, se decidió su intervención. La cirugía, que se practicó con la técnica del cateterismo, se desarrolló con plena normalidad, hasta que en el curso de la misma se provocó un desgarro en la válvula anterior mitral, que tuvo como consecuencia una estenosis aórtica de carácter permanente; es decir, un estrechamiento de la aorta. La problemática informativa no reside tanto en la información verbal recibida, como en lo precipitado de la firma del documento de consentimiento informado, formalidad que se cumplió el mismo día de la operación, escasas horas antes de la misma.

En base a los mencionados hechos, la familia del menor pretendió el resarcimiento por la omisión informativa sufrida, a pesar de lo cual se vio en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser su demanda desestimada en instancias inferiores.

Nuevamente se trata de un supuesto de hecho muy similar al anteriormente estudiado, con la diferencia de que la cuestión litigiosa no gira en torno a la información recibida, sino a la formalidad de la misma. Aducen los recurrentes, que si bien

⁵⁵⁴ Por esta misma idea se decanta VÁZQUEZ FERREYRA al afirmar “Valen mucho más unas líneas manuscritas en la historia clínica, confeccionadas por el médico tratante, en las que se deja constancia de haberse informado al paciente de los riesgos y ventajas de un tratamiento y sus alternativas, que un formulario preimpreso de varias hojas que el paciente tuvo que firmar al ingresar en el establecimiento. Se consideran de mucha mayor utilidad las anotaciones efectuadas por el médico en la historia clínica del paciente. Los Tribunales suelen atribuir gran importancia a estas anotaciones, especialmente cuando las mismas son progresivas y resulta claro que fueron efectuadas contemporáneamente respecto de los hechos que registran. Asimismo, se les da mucho crédito cuando identifican cuestiones o aspectos especiales expresados por el paciente. Estas anotaciones no necesitan ser voluminosas”. VÁZQUEZ FERREYRA, R. y TALLONE, F., *Derecho Médico y Mala Praxis*, Juris, Rosario, 2000. En esta misma línea jurisprudencial se pronuncian las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2010 (Sala Tercera, recurso 774/2008, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 7387/2005, ponente Herrero Pina), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2010 (Sala Primera, recurso 1004/2006, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 1310/2007, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 228/2010, ponente Enriquez Sancho) y sentencia del Tribunal de 22 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 2506/2011, ponente Pico Lorenzo).

⁵⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, Sala Tercera, recurso 1059/2005, ponente Díez – Picazo Giménez.

recibieron información verbal, la escrita fue tardía y además incompleta, por lo que fueron víctimas de una desinformación. Se trata de un caso en el que la información fue constante, aunque únicamente verbal, y se relegaron los formalismos de las exigencias legales de la Ley 41/2002, para el final.

Aunque este retraso pueda ser llamativo, lo cierto es que no es determinante. La función de la información es precisamente esa, informar; de lo que se colige que el documento físico es una mera formalidad, y aunque debe ser completo y detallado, no tiene que ser la base de la información al paciente. La familia del menor fue constantemente informada, a pesar del retraso en las cuestiones burocráticas. Contaron con el tiempo suficiente para deliberar sobre el acto médico y las consecuencias del mismo, porque su capacidad decisoria no se limitó a la letra del documento que se les entregó horas antes de la operación⁵⁵⁶.

El Tribunal Supremo parece tener la misma opinión a este respecto al afirmar “A la vista de ello, la información que se proporcionó al padre sobre la naturaleza, los riesgos y las posibles alternativas de la intervención quirúrgica no puede razonablemente considerarse insuficiente. Es más: se contempla expresamente la posibilidad de que la operación deje secuelas irreversibles y se dice, asimismo, que sin el cateterismo no se podría fijar el adecuado tratamiento. Hay que tener en cuenta, además, que el art. 10 de la Ley General de Sanidad, aplicable por razón del momento en que se produjeron los hechos analizados, no exigía firma del médico para la validez de la prestación del consentimiento. No exigía siquiera que el consentimiento fuera prestado por escrito. De aquí que el documento en cuestión no sólo se basó en información suficiente, sino que no adolecía de ningún defecto formal. Y en cuanto al hecho de que fuese firmado sólo unas horas antes del inicio de la operación, no es relevante, ya que la ley no establecía un período mínimo de reflexión. Por todo lo expuesto, el primer motivo de este recurso de casación no puede prosperar”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ A lo que convendría añadir, que de las páginas precedentes se desprende que la información no es una actuación puntual, sino un proceso, incluso un diálogo, tal y como establecía, entre otros, DEL RÍO SÁNCHEZ. Partimos de una realidad por la cual, los padres del paciente mantuvieron una “relación constante”, en la que el flujo informativo fue caudaloso. Debe entenderse, que al caracterizarse la información por su naturaleza de “proceso de diálogo”, el hecho anecdótico de que el documento de formalización legal del consentimiento informado fuese facilitado a los padres del menor horas antes de la cirugía, no puede equipararse a una omisión informativa.

⁵⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009 ... *op. cit.* Dado que el documento de consentimiento informado fue transcrito en la sentencia, parece conveniente que una sucinta lectura del mismo, a fin de que pueda concretarse, qué considera el Tribunal como información suficiente en materia de consentimiento informado “*El cateterismo cardíaco es un procedimiento que se realiza sólo cuando es indispensable, con el fin de conocer lo mejor posible la enfermedad cardíaca del paciente, la evolución*

En estos dos primeros casos se observa cómo el juzgador otorga especial importancia, no tanto a la forma escrita como a la información efectiva, relegando la primera a una formalidad, que aunque necesaria, no suple a la información verbal, que ha de ser constante y comprensible. Afirmación a la que se suma el elemento “tiempo”, al considerar el Tribunal Supremo, que incluso un formalismo tardío es válido, siempre y cuando el paciente haya sido informado a lo largo de todo el proceso⁵⁵⁸.

3. La tercera de las resoluciones de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo 25 de marzo de 2004⁵⁵⁹, cuenta con una línea argumentativa muy similar a la de las dos sentencias anteriores. En esta controversia D^a. Laura acudió al servicio de neurocirugía del hospital más cercano a su localidad de residencia, donde fue diagnosticada de una posible tumoración entre las vértebras L4 – L5. Una vez allí, a la

de la misma ó el resultado de una operación cardiovascular, y en algunos casos se utiliza para tratar los defectos presentes. Sin el concurso del cateterismo cardiaco, en la mayoría de los enfermos portadores de cardiopatía congénita, sería imposible precisar el diagnóstico y, en consecuencia, no se podría establecer de modo adecuado el tratamiento médico, la indicación quirúrgica o el pronóstico.

En algunas enfermedades, mediante el cateterismo se puede realizar un tratamiento para mejorar el estado del enfermo, ó sustituir una intervención quirúrgica. Se realiza bajo premedicación, con anestesia local ó general, para evitar el dolor, las molestias y algunas reacciones reflejas ó adversas del enfermo.

Se introduce un catéter (tubo muy delgado de material sintético especial) por una vena ó arteria hasta el corazón y los grandes vasos, bajo control de Rayos X. Se toman muestras de sangre para analizar su contenido de oxígeno en las distintas cavidades del corazón al tiempo que se registra la presión del interior de las cavidades mencionadas. Después se inyecta a presión un contraste radiopaco y simultáneamente se filma una película del paso de contraste por las cavidades cardiacas y grandes vasos. Posteriormente, se analizan los datos obtenidos para definir el diagnóstico de la enfermedad cardiaca y su estado funcional. Finalmente se realiza el tratamiento de los efectos cuando se considera indicado. El cateterismo cardiaco lleva aparejada la posibilidad de que se deriven complicaciones, generalmente reversibles, aunque en muy raras ocasiones pueden dejara secuelas ó (sic) incluso, más raramente, ser causa del fallecimiento del enfermo. Estas complicaciones aunque raras, son posibles, sobre todos si se realiza un procedimiento para el tratamiento de la enfermedad”.

⁵⁵⁸ GALÁN CORTÉS se muestra contrario a esta idea al afirmar respecto de esta controversia, que la información que el paciente había recibido en primera instancia era limitada y que sólo fue completada con el documento de consentimiento informado que se le facilitó en un momento muy próximo a la intervención. Este autor considera que realmente el paciente no contó con el tiempo suficiente para una reflexión sosegada de los pros y los contras de la práctica médica. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 538. Apoya este autor esta doctrina en una resolución posterior del Tribunal Supremo a este mismo respecto, concretamente la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011 (Sala Primera, recurso, 1565/2007, ponente Seijas Quintana), por la cual el consentimiento para una cirugía fue otorgado por la paciente media hora antes de la misma. Sin embargo, estimamos que es necesaria una matización, y es que si bien es cierto que este punto es coincidente, también lo es que existen elementos añadidos en este caso, que no había en el anterior, como lo es un defecto de información respecto de la actividad anestésica, así como la desinformación sobre la ausencia de una UCI en el centro de estética en cuestión. De una opinión similar se muestra REQUERO IBÁÑEZ, cuando dispone, que de acuerdo con la propuesta de Acuerdo del Consejo Interterritorial, la exigencia temporal mínima se fija en el plazo de 24 horas, por lo que toda información facilitada por debajo de ese lapso temporal (salvo supuestos de urgencia), será un atentado al derecho de información del paciente. REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones” ... *op. cit.*; concretamente en página 917.

⁵⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2004, Sala Primera, recurso 1449/1998, ponente Martínez – Pereda Rodríguez. Resolución también mencionada en el capítulo de Medicina satisfactiva.

paciente se le practicó un TAC, en el que se detectó una tumoración lateral izquierda. Siendo informada sobre este punto, D^a. Laura quedó ingresada en el hospital, para la práctica de la actividad preoperatoria y la consiguiente intervención. Al mostrarse los resultados de la actividad previa a la cirugía normales, se programó la operación al cabo de quince días, dada la gravedad de la tumoración.

La actividad quirúrgica se produjo sin mayores problemas, pero en el curso del postoperatorio, la paciente presentó una depresión respiratoria que fue solventada sin complicaciones, salvo porque escasas horas después se comprobó una tetraplejia a nivel C-3 C-4, que fue realmente lo que provocó la depresión respiratoria. Todo ello fue desencadenado por un infarto medular, que se produjo durante la intervención, que causó ambos daños. Finalmente, y en el proceso de la sanación, la paciente sufrió una infección, de la falleció.

La familia de la enferma pretendió el resarcimiento por el fenecimiento de D^a. Laura, en base a una omisión informativa, pero al ver inadmitidas sus pretensiones, tanto en primera instancia como en apelación, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Antes de comenzar el análisis, parece conveniente apuntar, que el documento de consentimiento informado que recibió la paciente podría llegar a calificarse como “semi tipo”, porque, aunque contemplaba la cirugía en cuestión y sus posibles consecuencias, no era especialmente detallado. Pese a que la información que recibió la paciente fue constante, al someterse a varias pruebas médicas, el Tribunal Supremo ha dado como válido un documento de consentimiento informado, que la familia ha calificado como “limitado”. La explicación es sencilla. En primer lugar el Alto Tribunal aboga porque la información verbal que recibió D^a. Laura, fue constante y minuciosa, algo que sitúa en un segundo plano la formalidad escrita. A esto conviene añadir un elemento circunstancial: la operación en cuestión, era el único tratamiento posible para la tumoración que presentaba la paciente.

El juzgador se muestra más relajado en cuanto a las formalidades de la información sanitaria, al ser las opciones de la enferma limitadas. La finalidad de la información no es sólo que el paciente tenga conocimiento de la práctica médica a la que se le va a someter, sino que pueda decidir entre ésta y otras, o incluso opte por no acudir a ninguna.

La decisión del Tribunal Supremo a este respecto parece clara “El motivo parece inexcusablemente, porque a más de las razones aducidas en el examen del motivo

precedente para su decaimiento, los órganos de instancia han coincidido que se ha dado al paciente la información necesaria, no sólo respecto a las posibilidades terapéuticas, pues no debe olvidarse que no existía tratamiento alternativo para la dolencia, habida cuenta y como ha proclamado la pericia en la instancia y gritan la propia autopsia y otros informes complementarios, llevaban muchos años padeciendo de unas lumbociáticas sin resultado positivo por ser debidas a un tumor intrarraquídeo y cuya extirpación era necesaria. Y, asimismo, las resoluciones de instancia, al referirse a la información implícitamente supone un que fue la ordenada en la Ley, ya que nada existe que contradiga lo afirmado. Así, fue informada la enferma de los riesgos típicos de la intervención de exéresis radical de tumor y como entre tales riesgos no se veía contradicción alguna, pues ni presentaba arritmia crónica, ni hipertensión arterial, pues presentaba tales datos completamente normales, el motivo tiene que perecer⁵⁶⁰.

El juzgador fundamenta su argumentación en la inexistencia de alternativas terapéuticas. De nuevo, la noción de la información se nos presenta como un proceso, más que como un acto puntual, que además puede verse modificado, tanto por circunstancias subjetivas como objetivas; tal y como ocurre en este caso.

Aunque ya se ha comentado líneas atrás, el derecho de información no es un derecho a ultranza y por eso se puede graduar en función de las circunstancias, y precisamente una de ellas es la ausencia de alternativas terapéuticas. Esta coyuntura permite una relajación en la obligación informativa. No obstante, esta laxitud debe ser matizada, el derecho de información sigue existiendo, tal y como se desprende del presente caso, en el que la paciente tenía pleno conocimiento de la patología que le aquejaba, su gravedad, la necesidad de una intervención, la ausencia de alternativas y los riesgos inherentes a la práctica médica⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2004 ... *op. cit.*

⁵⁶¹ Siguen esta misma línea jurisprudencial las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 6551/2006, ponente Trillo Alonso), sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011 (Sala Primera, recurso 1888/2007, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2011 (Sala Primera, recurso 791/2008, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 1120/2007, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 2550/2007, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012 (Sala Tercera, recurso 6710/2010, ponente Lecumberri Marti) y sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 1295/2010, ponente Marti García). Conviene efectuar una mención especial a este último litigio, por su naturaleza controvertida: se trata de un supuesto en el que una paciente solicitó una ligadura de trompas, al conocer que su parto requeriría una cesárea, la cual se le practicó sin mayores problemas, aunque los gemelos que esperaba no llegaron a sobrevivir al alumbramiento. La enferma consideró, que dadas las nuevas circunstancias, desconocidas por ella, no debió llevarse a cabo la esterilización; a lo que el Tribunal Supremo respondió, que la naturaleza del consentimiento informado no es condicional. No obstante, se ha repetido en varias ocasiones, que éste es

4. Igualmente interesante puede resultarnos el cuarto supuesto, el de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008⁵⁶², en el que D^a. Ariadna decidió someterse a una cirugía ocular con láser, a fin de paliar los defectos de visión que padecía. La paciente era diabética e insulín dependiente, y a pesar de que la operación se desarrolló con plena normalidad, D^a. Ariadna sufrió una complicación propia de esta técnica y acabó perdiendo la visión de ambos ojos.

La paciente consideró que había sido víctima de una omisión informativa, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, al ser su demanda inadmitida en instancias inferiores.

La problemática del caso vuelve a girar en torno al grado de detalle del documento de consentimiento informado. Aduce la paciente, que aunque este texto resume la naturaleza de la intervención, así como los posibles riesgos y resultados adversos, no se ajusta a su caso concreto. Considera D^a. Ariadna, que sus circunstancias de diabética requerían de una información diferente, más profusa, ya que las posibilidades de que se produjese una adversidad como la acontecida, se incrementaban.

A pesar de todo, de nuevo el Tribunal Supremo adopta una postura escéptica sobre el carácter restringido de la información, al considerar de mayor relevancia la comunicación no escrita. De acuerdo con las afirmaciones del centro y con su sistema protocolario, la paciente fue informada, no sólo en las primeras consultas, sino también antes de la operación, siendo la información detallada y personalizada. D^a. Ariadna pudo tener pleno conocimiento de que sus circunstancias personales incidían en la posibilidad de sufrir un efecto adverso o una complicación añadida, aunque éstas no constasen expresamente en el documento formal, por ser éste el habitual para esta actividad quirúrgica.

De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando apunta “En cuanto al consentimiento y su información, consta en el expediente la correspondiente hoja firmada por la actora, la cual implica que se le informó del tratamiento a seguir y las posibles consecuencias de ello. Ciertamente que en la hoja no se detalla particularizando todo lo que ahora dice no se le informó, pero la práctica indica que en el centro sanitario sí se le informó antes del comienzo de la aplicación de lo que se le iba a realizar y las posibilidades de éxito. Por todo ello, no puede sino concluirse que no existió tanto

un proceso, un diálogo, y evidentemente esta eventualidad modificó de manera importante las circunstancias del caso.

⁵⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008, Sala Tercera, recurso 201/2007, ponente Huelín Martínez de Velasco.

relación alguna de causa a efecto ni responsabilidad de la administración dado que las secuelas por las que se reclamó no son consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla”⁵⁶³.

5. El quinto litigio gira en torno a la idea del riesgo previsible. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005⁵⁶⁴, en la que D. Lucio acudió a su centro de salud, donde fue diagnosticado de la enfermedad de Peyronie, por presentar durante cuatro meses erecciones dolorosas con curvatura hacia la izquierda, que le impedían mantener relaciones sexuales. En primer lugar se intentó un tratamiento conservador, pero al no lograrse ninguna mejoría, se optó por la cirugía, concretamente, por la técnica de corporoplastia de nesbitt. Aunque la intervención se desarrolló con plena normalidad, tras la misma se presentó una necrosis cutánea, que requirió una nueva operación. Como resultado final D. Lucio presenta erecciones rectas, aunque con cierta tirantez, y pese a que meses más tarde vuelve a sufrir una ligera curvatura, lo cierto es que ésta es muy leve y no le impide el coito. No obstante, al de un mes escaso desde la última revisión, tuvo que ser tratado en la unidad de salud mental del mismo hospital, por padecer un cuadro de ansiedad y depresión.

El paciente asegura, no tanto que desconocía la posibilidad de no alcanzar el resultado pretendido, como que no fue informado sobre el riesgo de tener que someterse a una segunda actividad quirúrgica y de la probabilidad de padecer la tirantez que sufre desde la misma. A pesar de sus pretensiones, la demanda del recurrente fue desestimada en instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este caso presenta una controversia interesante, en la medida en que si bien es cierto que con el acto médico no se consiguió el objetivo pretendido, también lo es que el paciente estaba advertido sobre este punto en concreto, del mismo modo que conocía

⁵⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008 ... *op. cit.* Siguen una línea prácticamente idéntica las siguientes resoluciones, que en virtud de su semejanza fáctica, no conviene analizar en profundidad: sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007 (Sala Tercera, recurso 2414/2003, ponente Puente Prieto; paciente que durante una operación para extraérsele una hernia inguinal, sufre un riesgo propio de la anestesia, previamente informado), sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2007 (Sala Tercera, recurso 3000/2003, ponente Robles Fernández; paciente a la que durante una extracción de un quiste ovárico le sobreviene un riesgo propio de la cirugía, que ya conocía), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007 (Sala Tercera, recurso 4285/2003, ponente Herrero Pina; intervención de ovarios en la que se presenta una hemorragia, que ya venía contemplada, tanto en la información verbal, como escrita) y sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2008 (Sala Tercera, recurso 7856/2004, ponente Puente Prieto; paciente que en el curso de una actividad quirúrgica en el cuello, sufre uno de los riesgos habituales en la práctica en cuestión, sobre el que ya estaba advertido).

⁵⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005, Sala Tercera, recurso 27/2002, ponente Martínez – Vares García.

las posibilidades de que la curvatura volviera tras la operación, así como las probabilidades de que se presentase una necrosis. La omisión informativa a la que alude el paciente se basa en la inexistencia de prueba alguna en materia informativa, más allá de una mención en su historial clínico, algo que sin embargo el Tribunal Supremo no reconoce. Esto se fundamenta en el hecho de que esa referencia residual en su historia médica conforma el registro de la información verbal que recibió el enfermo, la cual, de acuerdo con la doctrina que sigue el Tribunal Supremo hasta el momento, es más que suficiente. A este primer aspecto es necesario añadir, que en la documentación del historial clínico constan sendos consentimientos firmados por el paciente, correspondiendo cada uno de ellos, a la cirugía por un lado, y a la anestesia, por el otro.

La pregunta que debemos formularnos, es si realmente el enfermo sufrió una omisión informativa, pero la respuesta ha de ser negativa. En primer lugar fue informado de manera verbal y constante, siendo ésta precisamente la vía más relevante de comunicación entre el paciente y el médico, de la que además se dejó constancia escrita; y en segundo lugar, el paciente recibió documentación que firmó, en la que se mencionaban las contingencias que podían concurrir y que efectivamente se presentaron. De una opinión muy similar se muestra el Tribunal Supremo cuando afirma “Previamente la Sentencia también sostiene que no es cierto que solo conste el consentimiento para la anestesia (que obra los folios 78 a 81) sino que al folio 46 aparece el consentimiento del paciente para la realización de la intervención para subsanar la necrosis... y a su vez al folio 12 resulta que el paciente fue informado por los médicos de los riesgos y beneficios de la intervención antes de la realización de la misma y después de que el tratamiento farmacológico no diera resultado positivo. Esa expresión que está tomada del informe de la inspección, aparece en la historia clínica en el documento no 2 al folio 20, en el que de puño y letra del médico responsable, y fechado el 14 de julio de 1995, se dice "informo de riesgos y beneficios del Nesbit que el paciente acepta", lo que no se niega de contrario, y que constituye el consentimiento, en este caso verbal, perfectamente válido al amparo de la *Ley 14/1986* aplicable, que el facultativo plasma por escrito en fecha anterior a la intervención y de la que no es posible dudar”⁵⁶⁵.

⁵⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005 ... *op. cit.*

El juzgador da preeminencia a la información verbal sobre la escrita, por su naturaleza y cercanía con el paciente. No en vano, es precisamente este medio el que permite que el elemento información sea más un proceso, que un acto concreto.

6. La siguiente resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2007⁵⁶⁶, cuenta con algunos aspectos que la diferencian de los supuestos anteriores. En este caso una paciente muy joven fue diagnosticada a los pocos años de nacer, de neuroblastoma torácico con componente intraespinal, afección que requería de una intervención difícil, por sus múltiples complicaciones. En primer lugar se procedió a una laminectomía y extirpación de tumoración epidural el día 21 de junio, para practicarse el 10 de julio una toracotomía derecha, a fin de eliminar la tumoración de raíz que mostraba en la costilla izquierda. Tras esta segunda cirugía se inició un tratamiento citostático que duró en torno a 18 meses, siendo sometida a posteriores controles, hasta que se consideró oportuno que fuese dada de alta.

A pesar del alta hospitalaria, la paciente presenta una cifosis muy marcada para la que requiere un tratamiento ortopédico, cuyo origen es una cifoescoliosis postquirúrgica torácica. Por deseos de la familia, la menor fue trasladada a otro centro, donde fue operada para paliar esta dolencia, pero en el curso de la actividad quirúrgica se presentó un shock medular, que le provocó una parálisis, de la que aún no se ha recuperado.

La familia de la enferma pretendió el resarcimiento del daño sufrido, ya que éstos desconocían que de la segunda operación podían restarle tan llamativas consecuencias. A pesar de todo ello, sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo. Los recurrentes consideran que, aunque fueron correctamente informados tanto en la primera como en la tercera intervención, no ocurrió lo mismo en la segunda.

De la lectura de los hechos de la controversia que nos ocupa, se desprende que no hay ningún documento informativo de la segunda operación a la que se sometió a la paciente, ni tampoco mención alguna en su historial clínico; más allá de lo recogido para la primera cirugía, algo que nos puede poner en la pista de una posible desinformación. No obstante este escenario, el Tribunal Supremo consideró que la información que tuvo la familia de la menor fue suficiente, porque realmente no hubo

⁵⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2007, Sala Tercera, recurso 5765/2003, ponente Herrero Pina.

tres actividades quirúrgicas, sino dos. Con la especialidad, de que la primera se desarrolló en dos fases, tal y como la ciencia médica lo dispone.

En el documento informativo, así como en las menciones en el historial clínico de la menor, se hace constar que la terapia a practicar, dada su naturaleza, debe desarrollarse en dos pasos; procediéndose acto seguido a facilitar toda la información relativa a la misma (naturaleza, complicaciones y posibles secuelas). Ante esta nueva perspectiva, observamos cómo no hubo desinformación sobre la segunda intervención, porque ésta no fue tal, sino que conformaba una única cirugía, de la que tanto la menor como sus padres, fueron correctamente informados. De esta misma manera se pronuncia el Tribunal Supremo cuando señala "...en primer lugar, el consentimiento suscrito por el recurrente no se puede entender referido exclusivamente a la primera intervención de 25 de noviembre de 1997 sino al plan quirúrgico de corrección del padecimiento de su hija, que se le había explicado y que comprendía dos intervenciones, la citada y la posterior de 3 de diciembre de 1997, así resulta del propio documento suscrito que se refiere a dicha "corrección quirúrgica" y del contenido del documento que figura al folio 131 del expediente relativo al plan quirúrgico, sus riesgos, las razones por las que son de asumir tales riesgos y la aceptación del recurrente. En todo caso, el hecho de que la corrección de tal padecimiento consta de dos intervenciones se pone de manifiesto en los distintos informes valorados en la instancia, así el perito procesal señala que "la operaron en dos tiempos, como es habitual", en el informe de la Dra. Asunción, especialista en Anestesia y Reanimación, señala que "no son dos intervenciones diferentes sino una que requiere dos tiempos para llevarse a cabo" y el informe de la Gerencia del Hospital Ramón y Cajal indica que la operación se programó en dos fases, la primera el 25 de noviembre de 1997 y la segunda el 3 de diciembre de 1997. Ello supone, además, que no pueda hablarse de operaciones de diferente naturaleza y distintos riesgos, supuestos a los que se refieren las sentencias invocadas por el recurrente para justificar la exigencia de un consentimiento informado y diferenciado para cada una de ellas. En segundo lugar, el recurrente cuestiona el consentimiento prestado alegando que el documento suscrito no contiene una información comprensible, al hablar, entre otros riesgos, de "lesiones vásculo-nerviosas" como referencia a una posible paraplejía y que la información no resulta personalizada respecto de la paciente, sin embargo no tiene en cuenta que la Sala valora al efecto no sólo el documento suscrito sino la información a que se refiere el documento existente al folio 131 del expediente, del que se deduce la exposición al mismo por el cirujano del

plan quirúrgico, los elevados riesgos de la cirugía y el mal pronóstico a largo plazo de la paciente, por lo que era aconsejable asumir dichos riesgos, de manera que no se justifican las alegaciones de falta de comprensión o personalización de los riesgos, que el recurrente aceptó”⁵⁶⁷.

La naturaleza del litigio, aunque sigue una línea similar a la de los anteriormente analizados, cuenta con un elemento diferenciador, como lo es la división en dos fases de un mismo acto médico, y consecuentemente de su información. Este caso es especialmente representativo, porque la familia de la menor conocía la naturaleza de la intervención a practicar y la información les fue facilitada de forma verbal, algo que permitió el mantenimiento de un óptimo nivel informativo en la segunda parte del tratamiento, sin necesidad de un nuevo documento de consentimiento informado.

7. La siguiente resolución que analizaremos, al igual que la anterior, cuenta con algunas características muy destacadas, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2007⁵⁶⁸; en la que D^a. Ángela, que padecía severos problemas de oído y sobre todo recurrentes otitis, sufrió una hipoacusia en el oído derecho. Aunque había recibido tratamiento conservador (farmacológico), su afección no cedía, por lo que se decidió acudir a la cirugía, por sospecha de una otosclerosis. Se le practicó una timpanotomía exploradora, procediéndose una estapedotomía en el oído derecho e implantación de prótesis de estribo. La operación se desarrolló con plena normalidad, así como el postoperatorio, por lo que escasos días después fue dada de alta.

Meses más tarde D^a. Ángela empezó a sufrir de hipoacusia, otalgia y vértigo, por lo que se barajó la posibilidad de que la prótesis se hubiese desplazado. Se decidió reintervenir a la paciente, comprobándose que efectivamente la prótesis no estaba en su sitio, por lo que se procedió a su extracción y colocación de una nueva. A pesar de que la actividad quirúrgica se desarrolló nuevamente sin problemas y también el postoperatorio, lo cierto es que tras la misma la paciente comenzó a mostrar un deterioro progresivo de episodios de desequilibrio, disminución de audición y vértigo, que no cedían con el tratamiento; siendo declarada en situación de invalidez.

En base a las mencionadas circunstancias la paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, con motivo de la omisión informativa de la que había sido víctima, al limitarse ésta a un documento tipo en el que no constaban las lesiones que podía sufrir y

⁵⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2007... *op. cit.*

⁵⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2007, Sala Primera, recurso 5060/2002, ponente Robles Fernández.

que finalmente se presentaron. Al ser sus pretensiones desestimadas en instancias inferiores, recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un litigio curioso, en la medida en que si bien es cierto que existe un documento de consentimiento informado, también lo es que éste no supera la barrera del “texto tipo”, (hasta el punto de llegar a utilizarse para la práctica totalidad de cirugías), por lo que su validez informativa es prácticamente nula. A pesar de ello, el Tribunal Supremo consideró que la paciente se encontraba suficientemente informada y que no cabía indemnización alguna en base a este concepto, ya que ésta tenía plena constancia de cuáles eran las afecciones que podía sufrir tras la intervención, que fueron precisamente las que se materializaron. El juzgador justifica esta hipótesis, en una mención residual que consta en su expediente médico. En dicho documento se hace referencia a que a la paciente, en el momento mismo de firmar el texto genérico de consentimiento informado, se le estaba comunicando la naturaleza de la operación, así como de sus posibles secuelas y riesgos. El Tribunal Supremo sigue otorgando un valor preeminente a la forma verbal frente a la escrita, siempre y cuando ésta sea completa, porque permite más dinamismo y una información de mayor calidad. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando señala “El Tribunal "a quo" según se recoge en el fundamento jurídico quinto de su sentencia, valora los documentos obrantes a los folios 19, 26, 49 y 74 del expediente administrativo, así como el Informe Clínico del Hospital de Hellín (folios 65 y ss.). De la valoración que hace de los documentos primeramente citados, en los que aparece recogido el consentimiento que se presta firmado por la Sra. Ángela al ingreso, tratamiento e intervenciones quirúrgicas, concluye que aun cuando efectivamente tales documentos son genéricos, pues no hacen referencia concreta a la particular intervención quirúrgica que se le iba a realizar y a los específicos riesgos de esta, al firmar tales documentos genéricos, se le informó verbalmente de las características propias de la intervención quirúrgica que se iba a practicar y en concreto se apoya en el Informe del Hospital de Hellín que claramente explicita: a) que se informó a la paciente de su proceso, riesgos y alternativas al tratamiento. b) que dicha información que verbalmente era específica, tuvo su plasmación escrita en los documentos genéricos obrantes en el expediente”⁵⁶⁹.

De esta resolución se desprende una línea doctrinal muy similar a la de las controversias anteriores, por las cuales se otorga preferencia a la forma verbal frente a la

⁵⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2007 ... *op. cit.*

escrita, al considerarse que la primera de las vías permite una mejor comprensión al paciente; llegando incluso a salvarse la imperfección de un consentimiento genérico, con una información incompleta⁵⁷⁰.

8. Una de las últimas resoluciones de este apartado, y también de las más llamativas, es la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2009⁵⁷¹. En este caso D. Rodolfo, que padecía una hernia discal entre las vértebras L4 – L5, se sometió a una cirugía a los efectos de mejorar su estado de salud. La problemática de este asunto se suscitó porque el paciente tenía una lesión muy similar entre las vértebras L3 – L4. Mediando confusión en el cirujano, éste intervino éstas últimas y no las L4 – L5, por lo que el enfermo tuvo que volver a ser operado, para sanar las vértebras que, en principio, eran las problemáticas.

D. Rodolfo pretendió la responsabilidad del médico en cuestión, porque la actividad quirúrgica se practicó sobre un grupo de vértebras para las que no tenía autorización, ya que en su consentimiento informado constaban las L4 – L5 y no las L3 – L4. No obstante, al resultar su demanda desestimada en primera instancia, así como su recurso de apelación ante la Audiencia Provincial competente, D. Rodolfo recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de una controversia especialmente llamativa en la que el paciente dio su consentimiento para una intervención, conociendo su naturaleza y posibles complicaciones, es decir, la información era completa; y sin embargo, el acto médico se practicó sobre otras vértebras. El enfermo aduce, que aunque la información fue suficiente para la cirugía, no lo fue a fin de operar unas vértebras distintas, ya que éste no prestó su consentimiento sobre las mismas, y a consecuencia de ello requirió una segunda actividad quirúrgica.

⁵⁷⁰ Una doctrina prácticamente idéntica a la del presente asunto, es la que sigue la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2008 (Sala Tercera, recurso 1787/2004, ponente Puente Prieto). En este caso, un paciente se sometió a una intervención para que se le eliminase una hernia inguinal y en el curso de la misma se produjo una lesión que puede resultar habitual en este tipo de cirugías, de la que *a posteriori* tuvo que ser nuevamente operado. El consentimiento informado que firmó era un documento “tipo”, a pesar de lo cual se dejó constancia de la información verbal, por lo que el Tribunal Supremo consideró que ésta había sido efectiva, aunque su materialización hubiese resultado pobre. Lo propio ocurre con la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2007 (Sala Tercera, recurso 6804/2002, ponente Robles Fernández; resolución también analizada desde el punto de vista de las deficiencias asistenciales, en el capítulo correspondiente), en la que un paciente que tuvo que someterse a una trasplante de corazón, se vio afectado por una infección propia de los trasplantes, que se presenta en torno al 10% de los casos. Se trataba de un riesgo inherente a esta práctica médica, que el enfermo conocía porque había sido previamente informado y porque también constaba en el documento de información en materia de trasplantes.

⁵⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2009, Sala Primera, recurso 5344/2000, ponente García Varela.

Es llamativo que el Tribunal Supremo no censure un caso como el presente, en el que se produce una confusión con la zona tratada, y consecuentemente, no autorizada. La justificación, sin embargo, es sencilla; aunque el cirujano intervino las vértebras que no eran, la localización entre éstas era muy próxima y el estado de las mismas similar, tal y como de los documentos periciales se desprende. De los mismos parece poder deducirse, que la segunda cirugía hubiese sido necesaria de todos modos, ya que aunque se hubiesen operado las vértebras correctas, el estado del paciente no habría mejorado; por lo que la confusión no implicó mayores problemas para el enfermo⁵⁷².

Aunque hubiese sido de sumo interés conocer la opinión del juzgador a este respecto, esto es imposible por motivos de formulación del recurso: esta cuestión únicamente se presentó en casación y no en instancias inferiores. No obstante, las anteriores afirmaciones no se basan en conjeturas, sino en aseveraciones que subyacen a lo largo de toda la resolución⁵⁷³.

Sin embargo, llegados a este punto debemos formularnos una pregunta, que probablemente nos haga inclinarnos por una postura contraria a la adoptada por el Tribunal Supremo. Hemos comentado con anterioridad, que cuando un cirujano se encuentra operando una zona y observa una anomalía distinta o añadida a la programada, se presentan dos escenarios, en función de la urgencia de la situación. El médico sólo tiene facultad de intervenir el área autorizada, y absolutamente nada más, por lo que debe continuarse la cirugía programada, en la medida de lo posible. Esta idea

⁵⁷² Un litigio prácticamente idéntico, pero con una dinámica distinta, es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2002 (Sala Primera, recurso 1144/1997, ponente Ortega Torres). En este supuesto la confusión resultó más llamativa, ya que un paciente que padecía de artrosis en las dos rodillas, fue intervenido de aquella que se encontraba en mejor estado, cuya cirugía se relegó, precisamente a los efectos de realizar la operación en aquella que estaba en peores condiciones en primer lugar. Ello conllevó que el enfermo sufriese severos dolores, como consecuencia de tener que deambular únicamente sobre aquella pierna, cuya rodilla se encontraba más deteriorada, lo que supuso un empeoramiento de la misma. Este caso fue indemnizado, porque el error acarreó un severo daño al paciente, a diferencia de lo que ocurría en la controversia objeto de análisis. Una resolución similar, pero con un desarrollo distinto, fue la que nos llega de la mano de la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 10 de mayo de 1995, por la cual un paciente al que debía practicársele una adenoidectomía, se le realizó una amigdalectomía, siendo dicho error en la práctica quirúrgica, sancionado. Puede parecernos contradictorio que un asunto como éste fuese condenado, mientras que el que ha sido objeto de estudio no. La justificación es sencilla, en el caso de la confusión vertebral, tanto la zona que debía intervenir, como la operada, requerían de dicha terapia; al encontrarse en un estado de deterioro similar. No ocurre lo mismo en este litigio en el que las amígdalas del paciente no debían ser extirpadas, sometiéndose así al mismo a dos operaciones en lugar de a una, con el riesgo añadido que ello implica.

⁵⁷³ Decididamente contraria es una afirmación de GALÁN CORTÉS sobre la extensibilidad de la zona a intervenir, al señalar este autor que el paciente autoriza únicamente una cirugía, que además debe practicarse por un persona determinada, por lo que cualquier exceso deberá ser censurado. GALÁN CORTÉS, Julio César, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios ... op. cit.*, página 41. Extrapolando las afirmaciones de este autor a esta resolución, nos encontraríamos con que el supuesto debería ser objeto de reproche, no en vano el médico operó una zona para la cual no tenía autorización, a pesar de que ésta se encontrase igualmente afectada.

se quiebra cuando media urgencia en el supuesto, ya que en este caso el cirujano está plenamente facultado, a fin de actuar en aras de la salud del paciente.

Lo que ocurre en esta resolución es que el médico interviene una zona no permitida, sin mediar ningún tipo de urgencia, por lo que éste excedió en sus funciones, no tanto por prepotencia profesional (como ocurrió en la primera sentencia que se dictó en materia informativa en España), como por error o falta de cuidado⁵⁷⁴.

9. Hemos dejado para el final la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2008⁵⁷⁵, no por ser la más representativa, sino por añadir al análisis que nos encontramos desarrollando un aspecto hasta el momento no examinado: quién es el obligado a informar. En este litigio D^a. Sonia se sometió a una intervención quirúrgica de extirpación de los dos ovarios, pero en el curso de la misma se produjo un atrapamiento del uréter izquierdo, algo que motivó que días después tuviese que volver a ser operada para extirpársele también el uréter, lo que le comportó importantes consecuencias, tanto física como psicológicas.

La paciente consideró que había sido víctima de una omisión informativa, dado que no conocía la posibilidad de sufrir un atrapamiento del uréter. Sus pretensiones fueron admitidas en primera instancia y confirmadas en apelación, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

D^a. Sonia fue informada con un documento de consentimiento informado correctamente redactado, en el que se contenían todos los detalles de la cirugía que iba a practicársele. Conviene añadir además, que existe una mención en su historial clínico, efectuada por su médico de Medicina general, de que éste le había dado a conocer la naturaleza y riesgos del tratamiento. Es precisamente este punto sobre el que incide la paciente, que únicamente fue informada por un médico que carecía de los conocimientos propios de la especialidad en concreto, es decir, no era ginecólogo; por lo que la información podía adolecer de importantes lagunas.

El Tribunal Supremo se muestra tajante en este punto: el paciente debe ser informado de manera constante, verbal o escrita, pero puede recibir dicha información por parte de todo el equipo médico o de un facultativo en concreto. Es lógico que cada uno de estos profesionales de la cadena sanitaria informen de manera escueta, o incluso

⁵⁷⁴ Línea jurisprudencial seguida por las más recientes sentencias: sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011 (Sala Primera, recurso 83/2008, ponente Seijas Quintana) y sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 5626/2009, ponente Lecumberri Marti).

⁵⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2008, Sala Primera, recurso 279/2001, ponente García Varela. Resolución también mencionada en el capítulo conceptual.

amplia, pero el hecho de que no lo hagan, no implica la concurrencia de una omisión informativa, siempre y cuando alguno haya tomado el papel de “médico informador”; tal y como ocurrió en el presente caso. Así lo asevera el juzgador cuando apunta “Y sobre esto hay que traer a colación el "factum" determinado en la sentencia recurrida en el que se afirma que Sonia firmó su consentimiento a un impreso informativo de las posibles consecuencias de la intervención quirúrgica emitido por el Hospital de Cabueñes, en el que se designaba al doctor interviniente como posible cirujano "ad hoc" junto a otro médico de la misma especialidad. Y aquí ya entra en juego dentro del área de los sujetos de la información, quien ha de ser el sujeto activo informador, y en este aspecto hay que decir que el *artículo 10.1* se refiere a "facultativo" como el que proporciona la información al paciente antes de recabar el consentimiento escrito, pero en el apartado 3 del mismo precepto señala: "El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información". Hay que estimar que la información previa al consentimiento puede prestarse tanto por el médico responsable (médico responsable es el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales, *artículo 3* como por el que debe practicar "la actuación en el ámbito de la salud del paciente". O sea que con un solo informador es suficiente, cuando el informe radica en la actuación de la entidad sanitaria, ya que más exigencias llevaría al absurdo como dice la parte recurrente, no cabe esperar que, a la vista de cada intervención quirúrgica que se avecina, procedan cada uno de los llamados a intervenir tanto en ella como en sus pruebas previas y posteriores, como son el ginecólogo, el cirujano, el anestesista o el analista, a redactar bajo su propia e individual iniciativa una información escrita de los riesgos que a su personal juicio le conciernen, sino, al contrario, es lo procedente y ajustado a las invocadas circunstancias, que tales informaciones sean conjuntamente ofrecidas por la entidad sanitaria responsable de la prestación con arreglo a criterios uniformes, generalmente aceptados y conformes con el dictado legal. De todo lo cual se infiere que en el presente caso la paciente en cuestión firmó su consentimiento a someterse a la operación quirúrgica -que se efectuó con

arreglo a las normas de la "lex artis" -después de haber sido informada por el centro hospitalario”⁵⁷⁶.

Asegura el Tribunal Supremo, que no es necesario que la labor informativa sea repetida por todos y cada uno de los médicos intervinientes en la cadena sanitaria, pudiendo relegarse esta obligación al ya mencionado “médico informador”, siempre y cuando la información sea clara y suficiente⁵⁷⁷.

b) Caudal informativo insuficiente.

10. La primera de las resoluciones de este subapartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006⁵⁷⁸, en la que D. Carlos Antonio se sometió a una litotricia extracorpórea por ondas de choque, para eliminar los cálculos renales que padecía, practicándosele ésta en enero del año 1992. Tres meses más tarde, en abril, el paciente tuvo que ser reintervenido con esta técnica, a fin de acabar con los restos de piedras que habían quedado de la cirugía anterior. A pesar de que la operación se desarrolló con plena normalidad, tras la misma el paciente comenzó a acusar un profundo dolor en la región lumbar izquierda, a lo que se unió una hipotensión, así como un fracaso renal; siendo trasladado a la Unidad de Cuidados Intensivos, donde con una ecografía se detectó un hematoma subcapsular izquierdo. Días después el enfermo falleció por un fracaso renal.

Los familiares del fenecido pretendieron el resarcimiento del daño sufrido en base a la escasa información recibida sobre los riesgos del acto médico. Su demanda fue desestimada en primera instancia, pero su recurso fue admitido ante la Audiencia Provincial competente. Dadas las mencionadas circunstancias, los demandados recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

En este caso existe un documento de consentimiento informado, tal y como ocurría en los supuestos del bloque anteriormente analizado, y sin embargo, en la presente resolución se considera que la información fue deficiente. La razón de ser de

⁵⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2008 ... *op. cit.*

⁵⁷⁷ Tratando esta resolución MACÍAS CASTILLO afirma, que aunque el paciente debe ser informado, no tiene por qué serlo por todos y cada uno de los médicos que van a entrar en la cadena quirúrgica, sino que es suficiente con que uno ejerza esta función informativa. MACÍAS CASTILLO, Agustín, “Contenido del consentimiento informado en los actos médicos”, en *Actualidad Civil*, nº 18, 2008, pps. 2040 a 2041; concretamente en página 2041.

⁵⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006, Sala Primera, recurso 771/2000, ponente Seijas Quintana.

esta decisión no se encuentra en que el documento en cuestión era un texto “tipo”, sino en que no hubo ninguna otra fuente de información añadida. El Tribunal Supremo basa dicha afirmación en el hecho de que, además del mencionado formato físico, no existe ninguna otra constancia escrita en la que se mencione la actividad informadora, contrariamente a lo que ocurría en los litigios anteriores.

Entiende el Tribunal Supremo que el documento de consentimiento informado, aunque fuese detallado, en absoluto puede considerarse suficientemente informativo; y mucho menos si éste puede calificarse como “tipo”, tal y como ocurre en esta controversia. A pesar de que la legislación vigente exige la forma escrita de la información, ello no es óbice para que ésta sustituya a la comunicación verbal. En esta misma línea parece pronunciarse el juzgador cuando concretamente señala “Es un acto que debe hacerse efectivo con el tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacer cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto. Es razón por la que en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información. Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es, en definitiva, una información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención”⁵⁷⁹.

De las afirmaciones del Alto Tribunal se desprende que éste sigue la misma línea que en los litigios anteriores, al dar preferencia a la información en sí, y no tanto a la forma⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006 ... *op. cit.*

⁵⁸⁰ Este asunto es un ejemplo emblemático por el cual el paciente no llega a tener conocimiento real de la naturaleza del acto médico que se le va a practicar y desconoce cuáles son los riesgos que tendría que

11. La segunda y penúltima resolución de este apartado es muy similar a la anterior, con el interés añadido de que nos consta la naturaleza del documento firmado, ya que éste fue transcrito; se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2004⁵⁸¹. En este asunto D^a. Elvira fue intervenida de un prolapso genital y aunque la cirugía se desarrolló correctamente, se presentó uno de los riesgos propios de la misma, del que la paciente no había sido informada, dado que únicamente había recibido un documento tipo⁵⁸².

En base a los mencionados hechos, D^a. Elvira pretendió el resarcimiento del daño sufrido, viéndose en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser desestimada su demanda en instancias inferiores.

De la lectura de los hechos y del consentimiento informado reproducido, se desprende la insuficiencia de la información recibida por la paciente. No existe mención alguna, ni vía de prueba (como lo puede ser una simple anotación en el historial de la paciente) de que ésta hubiese sido debidamente informada en algún momento del

asumir. Ello entraña realmente la falta de asunción de los mismos, quedándose éstos en el médico, quien debe responder de ellos. Se muestra especialmente clarificadora MÉNDEZ SERRANO, cuando a este respecto, y aunque tratándose de un supuesto de *wrongful birth*, señala “Al omitir el consentimiento se priva a los pacientes de la posibilidad de valorar la conveniencia o no de someterse a una determinada prueba o intervención, asumiendo personalmente los posibles riesgos. El derecho exige que la persona tenga la autonomía necesaria para decidir, de acuerdo, a sus propios intereses y situación personal qué es lo que más le conviene, por lo que una situación de inconsciencia provocada por la falta de información por parte de la Administración sanitaria, de las distintas posibilidades o riesgos existentes, le es directamente imputable”. MÉNDEZ SERRANO, María del Mar, “Comentario a la sentencia de 23 de noviembre de 2007”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 77, 2008, pps. 853 a 865; concretamente en página 862. Siguen esta misma línea jurisprudencial las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 3536/2007, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012 (Sala Primera, recurso 2243/2008, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012 (Sala Tercera, recurso 5185/2012, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 354/2011, ponente Lecumberri Marti) y sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 1386/2011, ponente Lecumberri Marti).

⁵⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2004, Sala Tercera, recurso 307/2003, ponente Sieira Míguez.

⁵⁸² HOJA DE CONSENTIMIENTO PREQUIRURQUICO

D^{ÑA}.: Elvira DE: _____ AÑOS DE EDAD, Y CON D.N.I. no _____ VA A SER INTERVENIDA QUIRURQUICAMENTE EN LA FUNDACIÓN JIMENEZ DIAZ, CLINICA DE LA CONCEPCION, POR EL DR.: MENDOZA-Ga GALVEZ DEL SERVICIO DE GINECOLOGIA Y OBSTETRICIA, EL DIA 10/2/97 SU DIAGNOSTICO DE PRESUNCION ES EL DE PROLAPSO GENITAL Y LA OPERACION PROPUESTA ES: MT VAGINAL DECLARA HABER SIDO INFORMADA VERBALMENTE DE LA NECESIDAD DE DICHA INTERVENCION Y DE LOS POSIBLES RIESGOS Y EFECTOS SECUNDARIOS DE LA MISMA, ASI COMO DE LOS BENEFICIOS TERAPEUTICOS QUE SE DESEAN CONSEGUIR.

POR TANTO ASUME LAS INDICACIONES DIAGNOSTICAS Y TERAPEUTICAS ASI COMO LAS POSIBLES MODIFICACIONES QUE CON TAL FIN SURJAN EN EL CURSO DE LA INTERVENCION Y POSTOPERATORIO QUE EL CIRUJANO Y SU EQUIPO CREAN NECESARIAS EFECTUAR Y LES AUTORIZA A REALIZARLAS.

EXIME DE RESPONSABILIDAD CIVIL AL CIRUJANO, AYUDANTES QUIRURGICOS, ANESTESISTAS Y PERSONAL DEL QUIROFANO ASI COMO A LA FUNDACION JIMENEZ DIAZ, CLINICA DE LA CONCEPCION.

proceso. De la misma manera, se evidencia la escasa información física recibida por la paciente, ya que del documento de consentimiento informado poco puede inferirse. En éste tan sólo se menciona el nombre de la terapia, pero no se trata ni la técnica a utilizar, ni las alternativas, ni tampoco las posibles dolencias o efectos adversos; únicamente se hace una mención genérica, en absoluto explicativa. Ello hace que el paciente no llegue a tomar conciencia del acto médico al que se somete, si ésta ha sido su única vía de información, tal y como ocurrió en el caso que nos ocupa.

De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo “De lo anterior resulta que en el caso de autos el consentimiento antes transcrito no es suficiente para tener por cumplido el requisito establecido por la Ley General de la Sanidad antes citados y así lo viene a confirmar posteriormente la *Ley 41/2002, en su artículo 10*, que aun cuando no es aplicable por razones temporales si sirve para confirmar la interpretación que ha venido haciendo este Tribunal en cuanto a la exigencia de detalles en la información”⁵⁸³.

De las palabras del juzgador se colige que un documento tipo no conforma información suficiente, aunque sea acorde a las exigencias legales⁵⁸⁴.

12. La última de las resoluciones que analizaremos en este bloque es la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007⁵⁸⁵. En este asunto D. Narciso, diagnosticado de cervicopatosis severa con sintomatología de mielopatía (dificultades para maniobrar con ambas manos y pérdida de fuerza), se sometió a una actividad diagnóstica en la que se verificó que estaba sufriendo una compresión severa del cordón medular (C3 a C7). Ante esta situación, y para evitar que la lesión se incrementase, se le practicó una laminectomía cervical, a fin de descomprimir la médula. A pesar de que la cirugía se desarrolló con plena normalidad, en el postoperatorio se evidenció la ausencia de sensibilidad en las cuatro extremidades, confirmándose horas después una tetraplejía por falta de riego durante la cirugía.

Ante los mencionados hechos el paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, ya que tan sólo fue informado con un documento tipo. Dado que su demanda fue desestimada en instancias inferiores, recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

⁵⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2004 ... *op. cit.*

⁵⁸⁴ Sobre esta misma idea tratan las más recientes sentencias de 31 de marzo de 2010 (Sala Tercera, recurso 3372/2008, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2010 (Sala Tercera, recurso 5546/2005, ponente Herrero Pina) y sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011 (Sala Tercera, recurso 1773/2009, ponente Martínez – Vares García).

⁵⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 7394/2002, ponente Puente Prieto. Controversia mencionada en el capítulo conceptual.

La esencia de esta resolución es casi idéntica a la de los dos supuestos anteriormente analizados. Se trata de una intervención de la que el paciente prácticamente no es informado, y la escasa asesoría que recibe, es por vía de un documento informativo que adolece de graves deficiencias, en el que no se señala la naturaleza de la intervención, ni las alternativas, ni tampoco los eventuales riesgos adversos.

El Tribunal Supremo centra el protagonismo de la información, no en el canal de la misma, sino en la efectiva comunicación, es decir, que el enfermo la haya recibido debidamente. Así lo expresa el Tribunal Supremo de forma extensa y detallada “En las actuaciones obra el folio en el que, en un modelo impreso, y por parte del Hospital de la Princesa y sus servicio de neurocirugía se ofreció al paciente en fecha 8 de octubre de 1.993, fecha en que se produjo en el mismo día la intervención quirúrgica, información. En el mismo se entiende que existe la necesidad de ser intervenido quirúrgicamente, así como que hay "ciertos riesgos y posibles complicaciones" inherentes al procedimiento operativo y postoperatorio, así como que se entiende que no se dan plenas garantías en cuanto al resultado de la operación o exploración. Se añade que algunas circunstancias durante la operación puedan hacer cambiar el procedimiento quirúrgico proyectado, cambios que se autorizan si se consideran convenientes, así como a que se realicen las transfusiones de sangre si son necesarias, prestando consentimiento para cualquier tipo de anestesia general o local que sea precisa. Es indudable que el documento en que se prestó el consentimiento por el paciente constituye un simple documento de consentimiento informado genérico, que no se adecua a las necesarias exigencias de concreción, en cuanto a la específica operación quirúrgica a que el paciente fue sometido que suponía la asunción de un riesgo del que, efectivamente, resultó una tetraparesia producida por la falta de riego sanguíneo en la médula durante la intervención quirúrgica. Si la exigencia del consentimiento informado no quiere convertirse en una mera rutina formularia sino que responda a la realidad de ofrecer al paciente la posibilidad de plena información que le permita adoptar decisión en orden a la prestación sanitaria a recibir, con mayor motivo en un caso del riesgo de la operación padecida por el recurrente, es evidente que ha de considerarse que la hoja de consentimiento informado suscrita por el mismo no cumple con las exigencias que la interpretación jurisprudencial determina que han de concurrir para ofrecer al paciente una posibilidad de opción entre alternativas, como es el mantenimiento con asistencia de otros medios de la situación que padece o de optar, con pleno conocimiento de los

riesgos que asume, por la práctica de la intervención quirúrgica. En el documento suscrito por el paciente el mismo se limita, en relación con tal extremo, a aceptar una intervención sin más que una información de "ciertos riesgos y posibles complicaciones" que en modo alguno se especifican y que, por lo demás, parecen referirse, no a la producción de secuelas irreversibles de la gravedad que el recurrente sufrió sino a la no obtención de una total garantía en cuanto al resultado positivo de la operación. Ello, en definitiva, no es suficiente para entender cumplido con la plenitud de información que exige la Ley y ha interpretado la doctrina de esta Sala, con la necesaria información sobre el riesgo a asumir por el paciente, sin que pueda obviarse tal circunstancia, erróneamente apreciada en otro sentido por el Tribunal de instancia, con el argumento de que, si necesitaba una mayor información y detalle en la información recibida, era el propio paciente y sus familiares quién debía de haberla solicitado, puesto que la excepcionalidad de la lesión que, en definitiva, sufrió el paciente no hacía posible trasladar al mismo la necesidad de solicitar información sobre un específico y gravísimo riesgo que de la operación se podía derivar, del que ni siquiera fue informado con carácter general. Se aprecia, en definitiva, que en el presente caso, y contrariamente a la valoración efectuada por el Tribunal de instancia, el documento aportado no cumple los requisitos exigidos para entender cumplidas las exigencias del consentimiento informado con lo cual han de entenderse vulnerados los preceptos y la jurisprudencia de esta Sala que los recurrentes invocan".⁵⁸⁶

Esta resolución es un nuevo ejemplo de la dirección que adopta el juzgador en lo que a esta figura se refiere, al otorgar un valor preeminente a la información en sí misma y no tanto a su forma⁵⁸⁷.

2. La información y la falta de un documento de consentimiento informado.

En este apartado se analizarán resoluciones en las que la actividad quirúrgica se desplegó sin mediar ningún documento físico informativo, algo que como podremos comprobar, no es impedimento para que el paciente se encuentra informado.

⁵⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007 ... *op. cit.*

⁵⁸⁷ Prácticamente idéntica es la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 (Sala Tercera, recurso 2033/2003, ponente Robles Fernández). Se trata de una intervención que se practicó en la columna vertebral de un paciente a fin de extirpar un tumor lumbar y evitar que con su crecimiento, ésta fuese dañada. A pesar de que todo se desarrolló de manera correcta, tras la cirugía se presentó una parálisis. Se trataba de uno de los posibles riesgos del que el paciente no fue informado.

a) Caudal informativo suficiente.

1. La primera de las controversias con la que comenzaremos este análisis es la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2004⁵⁸⁸, en la que D^a. María Consuelo, que padecía de miopía (7.5 dioptrías en el ojo izquierdo y 8 en el ojo derecho), se sometió a una cirugía ocular con láser, a fin de eliminar dichas limitaciones visuales. Sin embargo, el objetivo pretendido no fue logrado, al restarle a la paciente algunas de las dioptrías que padecía, que no obstante, podían volver a intervenir. Aduce la paciente que el cirujano optó por una técnica quirúrgica especialmente agresiva para la que no prestó su consentimiento, aunque se trataba de una terapia experimental y con una alta posibilidad de fracaso.

La demanda de D^a. María Consuelo fue desestimada en primera instancia, sufriendo su recurso de apelación la misma suerte desestimatoria; por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este litigio es el primero de los casos en los que se analiza una responsabilidad por información, no existiendo ningún documento de consentimiento informado. De acuerdo con lo analizado en el apartado anterior, la materialización de la información es secundaria, siempre y cuando ésta exista.

Tomando como base las afirmaciones del párrafo anterior, no debe sorprendernos, que aun no existiendo un documento informativo, el Tribunal Supremo considere que la información recibida por la paciente fue suficiente. Lo que asegura D^a. María Consuelo es que, si bien fue informada sobre la terapia, ella no consintió (físicamente) la utilización de una técnica como la que se usó en la cirugía, la que califica como experimental y especialmente riesgosa.

Sin embargo, para justificar la suficiencia de la información recibida por la paciente, el Tribunal Supremo acude a la misma idea que viene barajando desde el principio del análisis fenomenológico: la primacía de la información respecto de la forma y medio, a pesar de que admite que la materialidad se muestra como un medio probatorio de gran eficacia. De los hechos se desprende que la enferma fue informada, ya que señala que el defecto se basa en la falta de consentimiento, por lo que ésta conocía la intervención, su naturaleza y riesgos. A estos factores debemos añadir un

⁵⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2004, Sala Primera, recurso 765/1998, ponente Corbal Fernández.

elemento de gran relevancia, como lo es la actividad profesional que desarrollaba la paciente: ésta era enfermera, por lo que su desconocimiento no era total.

De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando afirma “La sentencia recurrida entiende que hay datos suficientes para presumir que la Sra. María Consuelo se hallaba perfectamente informada acerca de los riesgos del tratamiento al que, sin duda, voluntaria y conscientemente se sometió. Argumenta esta convicción en que, "aun prescindiendo de que consta en la historia clínica aportaba a los autos, en anotación practicada en fecha 14-10-92 (folio 117 vuelto), que se informó al aquí demandante de los riesgos de la intervención quirúrgica, prestando su consentimiento", "fundamentalmente [porque] no se trata de una persona profana en medicina, sino de una enfermera en activo, ya que desarrollaba su trabajo como tal en el Hospital de Manresa, y, precisamente, del Servicio de Oftalmología de dicho centro, tras ser convenientemente examinada (historia clínica única folio 19), se remitió al aquí demandado como especialista en el tipo de intervenciones de que se trata"; añadiéndose al anterior discurso otras reflexiones a los efectos de corroborar la apreciación efectuada”⁵⁸⁹.

2. La segunda de las resoluciones sigue una línea prácticamente idéntica a la anteriormente analizada, se trata de la sentencia de Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009⁵⁹⁰. D. Alonso sufrió un grave accidente laboral que le provocó quemaduras en el 22% de su cuerpo, por las que tuvo que ser intervenido en varias ocasiones, concretamente tres, acudiéndose en la última de las cirugías a una técnica drástica como lo es la amputación de los dos pulgares, dado el grave estado necrótico en el que se encontraban. Afirma el paciente, que aunque estaba informado, tanto de forma documental como verbal, en ningún momento consintió la amputación, a pesar de conocer dicha posibilidad.

⁵⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2004 ... *op. cit.* En esta misma línea de la relevancia del elemento información, independientemente de su forma, se pronuncian las siguientes resoluciones más recientes: sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010 (Sala Tercera, recurso 3944/2008, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 2192/2010, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 5067/2006, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 497/2007, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 4149/2007, ponente Pico Lorenzo) y sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 3198/2011, ponente Lecumberri Martí).

⁵⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009, Sala Tercera, recurso 6997/2004, ponente Díez – Picazo Giménez.

En base a los mencionados hechos, el paciente pretendió el resarcimiento por la omisión informativa sufrida, sin embargo, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La semejanza entre este supuesto y el anterior es clara. En esta controversia el paciente, que se encontraba gravemente afectado por las quemaduras sufridas, conocía la necesidad de someterse a múltiples operaciones (tres en total), así como su naturaleza, por lo que podemos partir de que se encontraba bien informado. A esto parece conveniente añadir, que además D. Alfonso conocía de sobra el grave estado en el que se encontraban sus dos pulgares, ya que éstos presentaban una importante necrosis, así como la potencial necesidad de una amputación. A pesar de todo ello, asegura que en el momento en el que se decidió acudir a esta vía tan radical, no se contaba con su consentimiento, vulnerándose así su derecho de información.

La dirección que adopta la argumentación del Tribunal Supremo no es sorprendente, no en vano ésta se fundamenta en la idea de la información como un fin en sí mismo, sin dar mayor protagonismo a la forma. D. Alfonso no había otorgado su consentimiento para la amputación, a pesar de la gravedad de la actividad quirúrgica en sí, pero conocía perfectamente la posibilidad de que se tuviese que acudir a la misma, por lo que el elemento “consentimiento” se transforma en algo secundario y accesorio.

No obstante, el Tribunal Supremo acude a otra argumentación igualmente válida, pero que deja sin respuesta la hipótesis que hemos apuntado: el juzgador asume la concurrencia de una omisión informativa, pero ésta no resulta indemnizada, al no haber ningún daño anexo a la misma, tal y como apunta “Pues bien, a la vista de los hechos que la sentencia impugnada tiene por probados, es claro que el consentimiento dado por el recurrente para la intervención quirúrgica del 20 de febrero de 2001 era bastante vago y, sobre todo, no hacía mención alguna a las manos. La amputación de los pulgares no puede considerarse, así, expresamente autorizada por el documento suscrito el día anterior a la intervención quirúrgica. Cabría discutir si, como sostiene la sentencia impugnada sobre la base de los informes médicos obrantes en los autos, el tratamiento de los grandes quemados presenta peculiaridades que hacen difícil solicitar y obtener siempre un consentimiento informado absolutamente pormenorizado. Pero ello no es necesario para la resolución del presente recurso de casación: incluso si se admitiera a los meros efectos de la argumentación que no es cierto que el tratamiento de los grandes quemados presente la mencionadas peculiaridades y que los profesionales del Hospital Universitario de Getafe actuaron sin el consentimiento informado del paciente, siempre

quedaría el hecho -que la sentencia impugnada considera probado y que, por tanto, no puede ahora ser revisado en casación- que la amputación de los pulgares necrosados permitió la curación del paciente. (...) Es posible, como indica el recurrente, que esa intervención hubiese podido ser demorada por algunas horas y que se hubiese podido hacer una prueba de anatomía patológica previa para confirmar la necrosis. Pero la existencia de dicha necrosis no puede ser puesta en duda, a la vista de los exhaustivos informes médicos sobre los que el tribunal a quo formó su convicción”⁵⁹¹.

En esta ocasión, aunque la decisión del Tribunal Supremo ha recorrido un derrotero distinto al de la teoría que hemos barajado, lo cierto es que lo ha hecho sin alejarse de la línea general que ha seguido hasta el momento: la preeminencia de la información como tal, independientemente de los medios. No obstante, ha apuntado una línea curiosa, al basar este proceso en un principio que ya conocemos: que la omisión informativa, por sí misma, no es susceptible de indemnización. Por lo que aun no existiendo una autorización expresa para la amputación, ésta era un medio para la curación y por lo tanto, no se ha irrogado ningún perjuicio.

3. El siguiente litigio cuenta con una relación de hechos muy similar, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007⁵⁹², en la que D^a. Claudia, una menor de corta edad, nació afectada por el síndrome polimalformativo de Marden – Walker, una afectación neurológica grave y compleja de carácter genético, de la que venía siendo tratada desde su diagnóstico, a pesar de lo cual no se lograban grandes progresos. Precisamente por ello se barajó como opción más adecuada una intervención en la zona lumbar, a los efectos de conseguir una mejoría más rápida. Aunque la cirugía se desarrolló sin mayores problemas, en el postoperatorio se presentó una tetraparesia flácida, siendo diagnosticada de infarto medular a nivel C1 – C2, por lo que tuvo que ser operada de urgencias para retirar el injerto óseo que le había sido colocado. No obstante los esfuerzos, a la paciente le restó una tetraplejía severa.

En base a los hechos mencionados, los padres de la menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, por desconocer este posible resultado de la actividad quirúrgica, a pesar de lo cual tuvieron que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser sus pretensiones inadmitidas en instancias inferiores.

⁵⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009 ... *op. cit.*

⁵⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 8389/2002, ponente Herrero Pina.

Nos encontramos ante una tesitura similar a la anteriormente analizada, en el curso de una cirugía se produce un riesgo habitual de la misma, que no venía recogido de forma escrita. La materialización de un daño de esta naturaleza debería ser indemnizado si no ha sido informado, pero tal y como venimos señalando, el hecho de que éste no se encuentre recogido de manera expresa en un texto, no supone necesariamente que el paciente, o sus familiares, lo ignoren. Eso fue precisamente lo que ocurrió en el asunto que nos ocupa, la menor sufrió una complicación propia de la cirugía que se le practicó, de la que sus padres fueron efectivamente informados, pero la transmisión de información se efectuó de manera verbal y no por escrito.

Tal y como se desprende de las palabras del Tribunal, la ausencia de una forma escrita no es sinónimo de desinformación “Desde estas consideraciones, aplicables al caso, no puede descartarse el cumplimiento de la exigencia de información adecuada para un consentimiento fundado por el hecho de que se produjera de forma verbal, siempre que se acredite que la información fue completa y satisfacía las exigencias legales que permitan a los interesados una decisión fundada en el adecuado conocimiento de la situación, los riesgos y alternativas posibles. Y es el caso que la Sala de instancia entiende acreditado el consentimiento de los padres tras una información que considera correcta y cabal sobre la intervención y sus posibles consecuencias, y que deduce no sólo del documento genérico de consentimiento para la aplicación del tratamiento médico o quirúrgico y para administrar anestesia (folio 87) sino de las anotaciones manuscritas que constan en la hoja de evolución de la paciente (folio 86), explicando a la madre el deterioro de aquella, la conveniencia de la intervención y los riesgos graves de esta, valoración de la prueba que no se entiende desvirtuada por las alegaciones de la parte en este recurso, pues la falta de circunstancias para calificar la referida hoja como documento público en los términos que establece el *art. 317 de la LEC* y la negación de credibilidad por la parte, no impide la valoración de la misma, en cuanto se integra en el expediente administrativo, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según el criterio racional y lógico expuesto por la Sala, que señala que dichas anotaciones se realizaron días antes de la intervención quirúrgica y ninguna obligación existía para hacerlas constar en la hoja de evolución de la paciente, a lo que cabe añadir que tales anotaciones fuesen congruentes con las que seguidamente se recogen en la

misma hoja días después, señalando: preoperatorio correcto, la familia acepta la intervención”⁵⁹³.

El Tribunal Supremo se mantiene fiel al camino marcado, incluso en supuestos como los que ahora están siendo objeto de debate, en los que el daño final conforma un riesgo propio de la técnica quirúrgica.

4. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2000⁵⁹⁴, cuenta con una característica que la diferencia de las demás, la ausencia de alternativas terapéuticas. Un menor de corta edad, aquejado de síndrome de *down* y de cataratas bilaterales congénitas, fue intervenido de éstas, implantándosele una lente intraocular al mes de su nacimiento. Sin embargo, sufrió una infección en un ojo que provocó la pérdida de visión del mismo.

Los padres del menor aducen, además de la inexistencia de un documento de consentimiento informado, que la técnica por la que se optó era especialmente agresiva y que no fueron informados sobre tal extremo. A pesar de ello, tanto en primera instancia como en apelación sus pretensiones fueron inadmitidas, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

El escenario que se nos presenta es complejo: un neonato de un mes escaso de vida es operado con una técnica, aparentemente demasiado agresiva, de la que además sus padres no son informados; a lo que cabe añadir, que ni siquiera existe un documento de consentimiento informado. En principio la decisión del Tribunal Supremo podría parecer contradictoria e incluso arbitraria, pero un análisis más detallado de la relación de hechos, permite entender la dirección de las argumentaciones del juzgador.

En primer lugar, tal y como venimos señalando desde el comienzo del trabajo, la ausencia de un soporte físico de la información, aunque entraña una dificultad probatoria, no es sinónimo de omisión informativa. Partiendo de la primacía de la información sobre el elemento formal, debemos sentar el segundo de los aspectos por el cual la decisión del Tribunal Supremo es acorde a la doctrina por él mismo establecida: la causalidad. Se sientan importantes dudas sobre la relación directa existente entre la ceguera y la técnica “agresiva” utilizada por el cirujano, más si cabe si tenemos en cuenta que ésta vino motivada por una infección. La incidencia que cualquier contaminación puede tener en una actividad quirúrgica es independiente de ésta.

⁵⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007 ... *op. cit.*

⁵⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2000, Sala Primera, recurso 1018/2000, ponente Corbal Fernández.

Partiendo de esta afirmación, parece posible asegurar, que la ceguera fue provocada por la infección sufrida por el recién nacido y no por la operación a la que fue sometido. La consecuencia de esta premisa, en relación a la supuesta omisión informativa, es la irreprochabilidad del litigio.

Otro aspecto igualmente destacable es la cuestión de las alternativas terapéuticas. En este caso, la única forma de tratar la afección del paciente era esta actividad quirúrgica en concreto, por lo que la información a desplegar era más limitada⁵⁹⁵.

El Tribunal Supremo se decanta por esta misma opción argumentativa “En el cuerpo del motivo se argumenta que no consta autorización específica ni acreditación de haberse informado a los actores sobre la técnica quirúrgica a la que iba a ser sometido su hijo, y que debió informarse de ella porque en el implante de lente intraocular hay evidentemente riesgo, añadiendo que no se puede manifestar que no existía alto riesgo cuando el niño ha quedado ciego por la cadena consecencial que trae causa del implante de la lente intraocular. La problemática se plantea en exclusiva en que no hay constancia escrita de que se haya informado a los padres del menor de la concreta técnica quirúrgica que se iba a utilizar.>> << Ponderadas las diversas circunstancias concurrentes en el caso debe estimarse que la omisión expresada no supone incumplimiento del deber de información del artículo 10.5 (y tampoco del 10.6, por cierto no aludido en el motivo) de la Ley de Sanidad. Al efecto debe tenerse en cuenta la absoluta necesidad de la intervención y que la técnica de implante de lente intraocular era ya técnica habitual, con claras ventajas y beneficios para el paciente respecto de alternativas operatorias anteriores, las que incluso son calificadas en uno de los informes periciales como obsoletas respecto de la efectuada. A ello debe añadirse, por un lado, vinculante para este Tribunal, no hay relación de causalidad entre la implantación de lente intraocular y la infección determinante de la pérdida de la visión, y, por otro lado, que el juicio médico acogido por el juzgador “a quo” conceptúa la complicación de “causal”, “poco frecuente”, “excepcional” e “inevitable”, cuya calificación excluya la apreciación, no ya del “alto riesgo” a que se refiere el motivo,

⁵⁹⁵ En este punto se observa que entran en conflicto dos de los aspectos objetivos que pueden modificar los elementos de la información: la peligrosidad de la terapia y la inexistencia de alternativas. En el primero de los casos se señalaba la exigencia añadida existente en materia informativa, basada en la especial gravedad de la terapia. Sin embargo, en aquellos casos en los que la técnica a aplicar es única, la situación es diferente, al relajarse la obligación informativa, por el simple hecho de que no hay necesidad de informar sobre tratamientos alternativos ¿Qué posible solución se aplicaría a este litigio? Un equilibrio entre el plus de información por la gravedad del tratamiento y las limitaciones propias de la inexistencia de terapias alternativas.

sino incluso del “riesgo real y efectivo” respecto del que es obligado informar. Por lo demás no cabe desconocer que estamos en el campo de la medicina curativa, y ante una situación de especial necesidad quirúrgica, respecto de la que no cabe exigir una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse, máxima si se tiene en cuenta que, en el orden natural de las cosas, presidido por la regla de la razonabilidad, cabe presumir, dadas las circunstancias expuestas, que los padres demandantes, en bien de su hijo, no se habrían opuesto a la técnica empleada de haber sido consultados”⁵⁹⁶.

5. Una línea similar en lo referente a la limitación de opciones, es la que sigue la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2007⁵⁹⁷. En este asunto una paciente de avanzada edad, 88 años concretamente, sufrió una caída, a consecuencia de la cual se fracturó una cadera. A pesar de que una intervención de prótesis de cadera puede ser muy agresiva para una persona de su edad, lo cierto es que la otra alternativa (no operar) era más peligrosa y conllevaba consecuencias de mayor envergadura. Tras la práctica del obligado preoperatorio, se comenzó la cirugía con la técnica de “Tallos de Ender”. La operación fue problemática desde un principio, la paciente acusó una bajada de tensión debido a la anestesia, que fue solventada sin problemas, a pesar de lo cual se observó que su estado no mejoraba y que era muy posible que no superase la actividad quirúrgica (así se lo notificaron a los parientes, estando aún la enferma en quirófano). Finalmente este vaticinio se confirmó, al fallecer la paciente en el curso de la intervención.

Ante los mencionados hechos, los familiares de la fenecida pretendieron el resarcimiento del daño sufrido en base a dos circunstancias, que no se le practicó un electrocardiograma en el preoperatorio y una omisión informativa, porque desconocían el verdadero riesgo de la terapia. Sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores (primera instancia y apelación), por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Partimos de la ausencia de un documento informativo, es decir, un consentimiento informado. Apuntan los parientes de la fallecida, que en virtud de ello no fueron debidamente informados, ya que desconocían cuáles eran los riesgos de la operación a la que se sometió la paciente. Lo primero a destacar es, que aunque es cierto

⁵⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2000 ... *op. cit.*

⁵⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2007, Sala Primera, recurso 1250/2000, ponente Corbal Fernández.

que no hubo un documento formal donde se recogiesen estos aspectos, así como el consentimiento de la enferma (o en su defecto de sus familiares); ello no es sinónimo de una omisión informativa, sino de falta de cumplimiento de formalidades. De acuerdo con los hechos narrados, se tiene plena constancia de que la información que se facilitó a la enferma y a sus allegados, si bien fue verbal, resultó constante y completa; de lo que no puede derivar una omisión informativa, si tenemos presente que prima la información sobre la formalidad.

En segundo y último lugar, conviene apuntar que la finalidad misma de la información es dar a conocer el acto médico, su naturaleza y sus riesgos, por lo que su función es clara: permitir al paciente decidir. Este propósito se encuentra desdibujado en este caso, porque como ya hemos apuntado al comienzo de su análisis, la no intervención entrañaría consecuencias de gran envergadura para la paciente. En virtud de ambas circunstancias, podría llegar a ser razonable que la información fuese algo más acotada.

De una opinión muy similar se muestra el Tribunal Supremo “... si bien es cierto que la intervención quirúrgica a practicar, y singularmente en relación con la edad de la paciente, era de riesgo, sin embargo en la sentencia recurrida se declara probado que “se produjo tal información, comprensiva de la lesión sufrida por la madre del actor (fractura de la cadera izquierda), de la intervención que se juzgaba necesario realizar a la misma (“Tallos de Ender”) y de los riesgos que podía suponer, al consignarse su estado de salud e intervenciones anteriores, determinándose incluso que se trataba de una paciente con riesgo anestésico alto” (...) Frente a ello resulta nulo bagaje la argumentación del motivo, pues no combate la apreciación probatoria expuesta por el cauce adecuado ... y la alusión al razonamiento de la resolución sobre que el cirujano D. Julian “durante el transcurso de la intervención salió cuatro veces a los pasillos para comunicar a los familiares el desarrollo de la operación, informándoles de que la misma no estaba resultando según lo esperado y que sólo había un 10 por 100 de posibilidades de que pudiera vivir”, no permite sentar, ni siquiera cabe intuir, falta de una información previa sobre los riesgos de la intervención”⁵⁹⁸.

⁵⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2007 ... *op. cit.* Prácticamente idéntica resulta la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2005 (Sala Tercera, recurso 2562/2001, ponente Puente Prieto). En este asunto una nueva materialización de un riesgo típico de una intervención fue objeto de enjuiciamiento, sin embargo el paciente y sus familiares se encontraban perfectamente informados, aunque no se hubiese adoptado la forma escrita. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004 (Sala Primera, recurso 1572/1998, ponente Villagómez Rodil; resolución también analizada desde la perspectiva del error del tratamiento, en el capítulo correspondiente) también es

6. La siguiente resolución que analizaremos sientan importantes puntos respecto de la información, tales como la cuestión de la urgencia y la protocolización, respectivamente. En este litigio, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2007⁵⁹⁹, D^a. Carmen, que presentaba un primer embarazo normal, sin complicaciones, dio a luz a un niño de 17,3 semanas, por rotura de bolsa. En un principio se optó por un parto natural, sin embargo, pasadas diez horas y observándose que el feto venía en posición podal y que comenzaba a sufrir una ligera desaceleración, se decidió acudir a una cesárea de urgencia. Ésta se practicó en la propia sala de partos y no en un quirófano, algo que permitió una actuación rápida y que el feto naciera en perfecto estado, pero que comportó en la madre una infección de origen uterino, que se agravó con una peritonitis, así como una deshidencia de la sutura practicada; todo ello con motivo de la ausencia de las medidas asepsia necesarias.

En base a los mencionados hechos, la paciente pretendió el resarcimiento por las lesiones sufridas. Su demanda fue estimada en las instancias inferiores, por lo que fue la parte demandada la que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque la estimación del caso se mantuvo, lo que lo motivó fue no llevar a la paciente a un quirófano para practicársele una cesárea, ya que ello implicó una actitud negligente, de la que derivaron las lesiones antes mencionadas, dada la falta de higiene. En lo relativo a la información, la situación que se dio fue distinta y es precisamente sobre ésta, sobre la que vamos a centrar nuestro análisis.

La paciente aseveró que en ningún momento se le informó sobre los posibles riesgos de la cesárea a la que se le sometió y que tampoco se recabó su consentimiento. Esta cuestión no ha sido rebatida por el centro sanitario, en la medida en que probablemente se produjo una vulneración de su derecho a la información, que sin embargo no debe ser reprochado, por mediar un elemento justificador: la urgencia. Ante una situación de emergencia el paciente puede verse desprovisto de este derecho, y el médico o centro sanitario de esta obligación, por razones de necesidad (no en vano, la

prácticamente idéntica a las resoluciones ahora estudiadas. Un paciente enfermo de cáncer de vejiga se sometió a una cirugía, la única posible, sufriendo daños en principio no notificados formalmente. El Tribunal Supremo consideró superflua la forma escrita y se reafirmó en la idea de que la obligación informativa en esta controversia era más laxa, por la inexistencia de terapias alternativas. Opinión contraria a esta idea del Tribunal Supremo muestra GALÁN CORTÉS, al afirmar que la obligación informativa sigue conformando un compromiso ineludible, aun cuando sólo exista una alternativa, porque el paciente siempre tiene la opción de no someterse a ninguna actividad médica. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 31 de marzo de 2004” ... *op. cit.*; concretamente en página 141.

⁵⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 23 de octubre de 2007, Sala Tercera, recurso 3071/2003, ponente Robles Fernández.

urgencia conforma una excepción al deber de información). En esta controversia las actuaciones se desarrollaron con extrema rapidez, al comprobarse que el feto estaba sufriendo una desaceleración y que cabía la posibilidad de que se le produjese algún tipo de lesión. Fue precisamente éste el motivo por el que no se le informó a la paciente, más allá de la necesidad de efectuar una cesárea, ya que es lógico pensar que con carácter previo no fue necesario hacerlo, al tratarse de un embarazo normal. Si bien esta situación justifica la ausencia de información, no ocurre lo mismo con la falta de asepsia, algo que escapa a nuestro ámbito de trabajo.

Sobre de la omisión informativa en supuestos de urgencia, afirma el Tribunal Supremo lo siguiente “El apartado del motivo de recurso ha de ser desestimado. Además de las referidas consideraciones teóricas, lo cierto es que la Sala de instancia aun cuando tiene por probado que a la actora no se le otorgó la información adecuada, no precisa si esa ausencia de información fue en relación a la cesárea y los riesgos que podían derivarse de la misma o respecto a la histerectomía que se practicó. El recurrente en el apartado tercero del motivo del recurso, a cuyo análisis hemos de circunscribirnos, viene a reconocer que no se dio la información necesaria respecto a la histerectomía, argumentando para ello razones de urgencia. Tales razones de urgencia no resultarían admisibles por cuanto el proceso infeccioso se desarrolló durante cinco días, pero en todo caso ha de tenerse en cuenta que la Sala de instancia aun cuando con la ambigüedad que se ha dicho habla de la ausencia de información, no hace derivar de esa ausencia la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que entiende que fue la falta de medidas de asepsia y tratamiento tomadas por la misma la que determinó la infección que culminó con la histerectomía realizada”⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 23 de octubre de 2007 ... *op. cit.* Sobre esta misma idea de la urgencia, y en la misma línea, se pronuncia la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011 (Sala Tercera, recurso 4972/2006, ponente Puente Prieto). Las resoluciones ahora analizadas sobre riesgos típicos, conforman los casos más representativos de este tipo de relatos fácticos, a pesar de que existen muchos ejemplos; vamos a citar las que hemos recopilado al respecto, que siguen una dinámica resolutive idéntica: sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002 (Sala Tercera, recurso 5294/1998, ponente Peces Morate; resolución también analizada desde la perspectiva del daño por tratamiento, en el capítulo correspondiente), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2003 (Sala Primera, recurso 2741/1997, ponente Asis Garrote), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2005 (Sala Primera, recurso 189/1999, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005 (Sala Tercera, recurso 91/2005, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2006 (Sala Tercera, recurso 3390/2002, ponente Robles Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2006 (Sala Primera, recurso 793/1999, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2006 (Sala Tercera, recurso 6380/2002, ponente Herrero Pina), sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2006 (Sala Tercera, recurso 4312/2002, ponente Robles Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007 (Sala Tercera, recurso 5020/2003, ponente Herrero Pino), sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007 (Sala Primera, recurso 4889/2000, ponente Xiol Ríos), sentencia

b) Caudal informativo insuficiente.

(i) Regla general.

En este apartado analizaremos casos en los que, no existiendo consentimiento informado, entendido como documento físico, el Tribunal Supremo considera que la información recibida por el paciente es insuficiente, en virtud de lo cual estima la concurrencia de una omisión informativa.

7. La primera de las resoluciones que analizaremos es la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2005⁶⁰¹, en la que D^a. Estela se encontraba afectada por una hernia discal dolorosa que irradiaba hacia el lado izquierdo de su cuerpo, llegando a paralizarle la pierna. Dado que los tratamientos conservadores no lograban que progresase, se acudió a la cirugía. En un primer momento la intervención que se le practicó no sólo no mejoró su estado, sino que lo empeoró y necesitó, casi de urgencia, acudir a una nueva. A pesar de que esta segunda operación se desarrolló también con normalidad, en el postoperatorio se detectó una complicación, que fue la comprensión de las raíces sacras, lo que provocó que fuese necesaria una tercera y urgente actividad quirúrgica, a fin de liberarlas. Aunque esta última se efectuó correctamente y mejoró la situación de la paciente, sufrió una discitis, cuyo origen probablemente fuese infeccioso. Su situación evolucionó favorablemente, hasta que pasado un tiempo se le diagnosticó de algodistrofia, para lo que requirió una cuarta cirugía, así como la implantación de un estimulador eléctrico medular, a los efectos de tratar el dolor.

Ante los mencionados hechos, la paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, al considerar que no se le informó debidamente sobre la naturaleza de la terapia y la posibilidad de sufrir un efecto adverso como el materializado. No obstante, su

del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007 (Sala Primera, recurso 4241/2000, ponente Marín Castán), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007 (Sala Tercera, recurso 5998/2003, ponente Robles Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2008 (Sala Primera, recurso 3421/2001, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 (Sala Tercera, recurso 4415/2004, ponente Robles Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2008 (Sala Primera, recurso 541/2002, ponente Xiol Ríos), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009 (Sala Primera, recurso 1746/2003, ponente Seijas Quintana) y sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2009 (Sala Tercera, recurso 263/2008, ponente Martínez – Vares García; resolución también analizada desde la perspectiva del error de diagnóstico, en el capítulo correspondiente).

⁶⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2005, Sala Tercera, recurso 4285/2001, ponente González Navarro.

demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El escenario es el siguiente: una paciente se somete a una operación para mejorar su estado de salud, y sin embargo, éste se ve deteriorado, algo que le obliga a requerir varias cirugías (un total de cuatro), a los efectos de paliar los dolores que sufría. De ninguna de las terapias (pero sobre todo de la primera) consta documento escrito alguno, en el que se plasme mínimamente la información relativa al acto médico (naturaleza, contraindicaciones, riesgos, alternativas), pero lo que es más grave aun, es que no existe prueba alguna de otra vía informativa. Es precisamente en esto en lo que se centra la paciente: que nunca recibió una información concreta sobre qué podía llegar a ocurrir de darse algún tipo de contingencia.

Dada la claridad de las argumentaciones del Tribunal Supremo, parece conveniente una amplia cita literal “Es, por tanto, a la Administración a quien correspondía demostrar que la paciente fue informada de los riesgos de la operación (hecho positivo) y no la paciente la que tenía que probar que la Administración no le facilitó esa información (hecho negativo). En el bien entendido, además, de que no basta tampoco con hacer firmar al paciente un papel en que conste esa advertencia, sino que los riesgos deben ser reales y el resultado lesivo verdaderamente previsible. Porque si se entendiera de otra manera, y dado que en toda intervención quirúrgica un riesgo mayor o menor siempre existe, bastaría con obtener la firma del enfermo consintiendo en someterse a la intervención quirúrgica sobre cuyas eventuales consecuencias negativas se le haya advertido de forma más o menos vaga o general para eximir de toda responsabilidad tanto a la organización en que se realiza como al personal sanitario que la lleva a cabo. Y esto ni lo dice ni lo podría decir la ley porque es contrario al sentido común, ya que equivaldría a hacer imposible la exigencia de una responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario>>. B. Pues bien, en el caso que nos ocupa, la Administración no ha cumplido con su deber de informar al paciente de manera completa, concisa y clara de los riesgos de la intervención quirúrgica a la que iba a ser sometida. Información escrita, desde luego no hubo; y la oral no fue lo suficientemente explícita. Y lo más llamativo del caso es que la propia Administración reconoce que aunque los formularios existían, no se aplicaban. Así, en una nota-informe firmada que lleva bajo el nombre del firmante (que omitiéramos aquí) la frase "Documentación clínica", en papel con membrete del INSALUD y bajo la rúbrica:<<Asunto: Historia clínica de doña Estela >>, se dice <<En cuanto a los consentimientos informados, el

servicio Documentación clínica lo único que hace es normalizar el documento para incluirlo en el formato de historia clínica en todos aquellos que van introduciéndose en la práctica médica. En la actualidad, si bien existen unos formularios de consentimiento informado para los procedimientos a realizar en el Servicio de Traumatología, aún no se están utilizando>>”⁶⁰².

El Alto Tribunal tiene argumentos contundentes, a pesar de que había obligación de informar, el ente sanitario y el médico atentaron contra este deber. En primer lugar, no existe ninguna forma escrita que pruebe que realmente la paciente tenía conocimiento, no sólo de la actividad quirúrgica a la que iba a ser sometida, sino también de sus riesgos y alternativas. Este hecho conforma un elemento objetivo indiscutible, no obstante, ello sería salvable, tal y como venimos viendo a lo largo de presente capítulo. Cuestión distinta es la que se presenta respecto del elemento información, como concepto en sí mismo. En este caso, la paciente no obtuvo información alguna de los posibles riesgos que podía sufrir y sus consecuencias, y como prueba inequívoca tenemos el hecho objetivo de que no existe ninguna mención, ni específica, ni residual, sobre dicha información⁶⁰³.

8. La segunda de las controversias de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006⁶⁰⁴, es prácticamente idéntica a la anterior, pero cuenta con un elemento diferenciador: la inexistencia de alternativas. En esta controversia a una paciente menor, aquejada de un osteocondroma en el peroné de la pierna izquierda (con alta probabilidad de que dicha tumoración se tornase maligna), se le extirpó el tumor por consejo médico. Dicha intervención se les presentó como la única alternativa, y aunque se desarrolló con plena normalidad, la enferma sufrió una afectación del

⁶⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2005 ... *op. cit.*

⁶⁰³ Por su parte GONZÁLEZ MORÁN, aludiendo a esta misma resolución, señala en una línea muy similar al Tribunal Supremo, que lo que realmente resulta indemnizado es el daño moral que se le provocó a la paciente, por no informársele de la posibilidad (elevada, en palabras del autor) de requerir más de una intervención, dadas las circunstancias de la misma. GONZÁLEZ MORAN, Luis, “La falta de información y consentimiento informado ¿genera indemnización?”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* ... pps. 653 a 669, página 667. Cuentan con una relación de hechos muy similar las más recientes controversias: sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2010 (Sala Tercera, recurso 5173/2005, ponente Trillo Alonso), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2010 (Sala Tercera, recurso 244/2009, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2011 (Sala Primera, recurso 1918/2007, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 3833/2009, ponente Menéndez Pérez) y sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 3531/2010, ponente Pico Lorenzo).

⁶⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006, Sala primera, recurso 3476/1999, ponente Seijas Quintana.

nervio ciático poplíteo externo, una contraindicación que era propia de esta cirugía, de la cual sin embargo los progenitores de la menor no fueron informados.

Los padres consideraron que habían sufrido una omisión informativa, en la medida en que por un lado no habían recibido documento de consentimiento informado alguno sobre la operación, y por otro lado, porque los niveles de información que se alcanzaron verbalmente fueron mínimos, hasta el punto de que desconocían los posibles resultados adversos. A pesar de ello, sus pretensiones fueron inadmitidas, en virtud de lo cual recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Lo primero sobre lo que conviene detenernos es la materialidad de la información, tratada con anterioridad, ya que aunque la legislación vigente exige la forma escrita para todo tipo de cirugías o pruebas invasivas, la doctrina del Tribunal Supremo se muestra menos rigurosa sobre este extremo, por lo que este aspecto del caso no tendría por qué ser censurado. La información verbal puede considerarse suficiente, siempre y cuando sea completa. Ésta debe ser constante, dinámica y ha de abarcar la naturaleza del acto médico, alternativas, así como posibles riesgos. De cumplir estos requisitos, esta vía informativa sería suficiente.

Aplicando ambos aspectos al presente litigio, comprobamos la insuficiencia de los mismos, ya que aunque no existe un documento físico, esta carencia no se encuentra suplida por la información verbal, que fue manifiestamente exigua.

Ahora bien, en este caso existe un factor añadido: la cirugía era la única terapia a la que podía acudir la paciente. Este aspecto es muy relevante, en la medida en que permite una mayor laxitud en la obligación informativa. Precisamente por ello es necesario matizar esta cuestión, y es que aunque no había alternativas quirúrgicas, sí que las había terapéuticas (tratamiento conservador), a lo que es conveniente añadir, que no es posible equiparar el soslayar opciones terapéuticas, con eludir riesgos de un acto médico⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ RIBOT IGUALADA mantiene una opinión contraria, cuando al comentar esta misma resolución asegura, que al ser la intervención la única forma de tratamiento posible, la omisión informativa, si bien es cierta, no debe ser indemnizable, ya que a pesar del tratamiento conservador, la paciente habría necesitado acudir a la cirugía en un momento u otro. Este autor considera únicamente rechazables aquellos daños que se hayan materializado tras la operación y que habiendo pasado el tiempo (por la opción del paciente de retrasar la cirugía), habría sido posible evitar por la simple evolución de la ciencia. RIBOT IGUALADA, Jordi, “Comentario a la sentencia de 10 de mayo de 2006”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 74, 2007, pps. 773 a 800; concretamente en página 787. Opinión contraria muestra SÁNCHEZ – CALERO, al afirmar que aun no habiendo alternativas, la información no sólo es necesaria, sino obligada. SÁNCHEZ – CALERO ARRIBAS, Blanca, “El consentimiento informado en el acto médico” ... *op. cit.*; concretamente en página 51.

Es precisamente sobre este punto sobre el que incide el Tribunal Supremo cuando afirma “Desde la idea, y aún admitiendo, de acuerdo con la sentencia de esta sala de 27-9-2001, que la falta de información no es “per se” una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido), se reconoce que se produjo el daño que fundamenta la responsabilidad de quienes debiendo informar no lo hicieron, teniendo en cuenta que el riesgo se materializó, aunque se excluya la conducta negligente por parte de quien llevó a cabo la intervención quirúrgica, que era necesaria y era la única alternativa posible para obtener la curación del paciente. Es razón por la que, a la hora de cuantificar el perjuicio, se deban ponderar todos estos factores y establecer en su vista la suma indemnizatoria, tomando en consideración no sólo el carácter de la intervención, sino el hecho de que el riesgo que se afrontaba, aún previsible y posible, no era una consecuencia necesaria de la misma y pudo concluirse de forma satisfactoria”⁶⁰⁶.

9. El tercero de los litigios a estudiar resulta de especial interés, al abordarse en el mismo la cuestión de los márgenes de información, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2009⁶⁰⁷. En este caso D^a. Adolfini se sometió a una intervención de prótesis de cadera y aunque ésta se desarrolló correctamente, su nervio ciático mayor izquierdo resultó afectado, algo que le obligó a permanecer hospitalizada en torno a seis meses. A pesar de ello, y de la dolorosa recuperación, su situación no mejoró demasiado, ya que la paciente requiere de una férula para deambular. La posibilidad de que el nervio ciático resulte dañado en una operación de prótesis de cadera, conforma un riesgo propio de la cirugía, que se presenta en el 3,4% de las ocasiones.

En base a los mencionados hechos, la paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido por omisión informativa, siendo sus pretensiones parcialmente admitidas en primera instancia, pero revocadas en apelación; de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La semejanza entre este asunto y el anterior es palpable, se trata de una intervención en la que un riesgo propio de la cirugía no es notificado a la paciente, ni por la vía del documento de consentimiento informado, ni de forma verbal. No obstante, en este supuesto la cuestión litigiosa se dilucida en torno al carácter obligatorio o no de

⁶⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 ... *op. cit.*

⁶⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, Sala Primera, recurso 137/2002, ponente Marín Castán.

informar un riesgo que se da en escasos escenarios (3,4% de los casos). Esta resolución es concluyente en esta cuestión, ya que no sólo no considera “muy remoto” un porcentaje del 3,4%, sino que sitúa el umbral de los riesgos remotos en el 0,4%⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ Sigue esta línea doctrinal SÁNCHEZ – CALERO al respecto de los porcentajes, mostrándose aun más estricto, al disponer el umbral mínimo de información en el 0,03% de posibilidades. SÁNCHEZ – CALERO ARRIBAS, Blanca, “El consentimiento informado en el acto médico” ... *op. cit.*; concretamente en página 50. PELAYO PARDOS por su parte nos sitúa en un juego de porcentajes distinto, un tanto menos exigente, como lo son las probabilidades existentes entre el 1% y 3%. PELAYO PARDOS, Santiago, “El futuro del consentimiento informado tras las últimas resoluciones judiciales”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 15, 1996, pps. 179 a 192; concretamente en página 189. Conviene apuntar además, que el porcentaje de una contraindicación no es el único sistema existente para conocer la conveniencia o no de informar sobre riesgos. Otro de los métodos, a los que acude tanto la doctrina como la jurisprudencia, es el carácter inherente del riesgo a la práctica médica. Es decir, si una actuación entraña un riesgo grave, deberá ser informado, independientemente de cuál sea el número de ocasiones en las que se materializa, esto es, el porcentaje. ¿Por qué estos porcentajes tan remotos? ¿Por qué el Tribunal Supremo lleva la exigencia informativa a cifras tales como el 0,4%, a pesar de que la hipótesis central de la información sienta sus bases en los riesgos típicos y remotos? ¿No podríamos considerar el 0,4% como un riesgo muy remoto? Ciertamente así podría ser, pero en este caso la condena no se ha basado en el elemento porcentual, es decir, no ha tomado esta cifra como referencia, sino que se ha fundamentado en la existencia de una relación directa entre la actuación médica y la contingencia. En este caso las limitaciones a la información se encuentran desdibujadas, al existir una potencialidad dañosa directa. Conviene mencionar en este punto a SEUBA TORREBLANCA, cuando a este respecto señala “En primer lugar, no nos parece correcto que el criterio relevante para identificar la información que se tiene que suministrar al paciente sea el de la probabilidad de que acontezca una determinada dolencia, como sostuvo el demandado. La información que ha de facilitarse debe estar relacionada con la concreta intervención, resultando negligente la falta de comunicación de los riesgos relacionados con ella, con independencia de su probabilidad”. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, “Comentario a la sentencia de 12 de enero de 2001”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 56, 2001, pps. 719 a 744; concretamente en página 731. Es muy clarividente RIBOT IGUALADA cuando asevera “El conocimiento técnico de la asociación entre la práctica de una intervención o tratamiento y la posible producción de cierto resultado negativo hace de ese evento, por definición, un riesgo *previsible*, por más que no deje de ser *inevitable*. Por eso en puridad sólo serían imprevisibles los riesgos que, en el estado actual de la ciencia, no se consideran siquiera inherentes o no se asocian en absoluto a un determinado procedimiento. Estos supuestos – como ya he señalado anteriormente – quedarían en todo caso al margen de la obligación de informar”. RIBOT IGUALADA, Jordi, “Comentario a la sentencia de 2 de julio de 2002” ... *op. cit.*; concretamente en página 1173. Este autor vuelve a evidenciar la problemática existente entre el concepto porcentaje y el de que éste denomina “riesgo previsible”, que sería aquel que resulta inherente a un acto médico. Se muestra partidario de esta doctrina MACÍAS CASTILLO, al considerar también que todo riesgo propio de una intervención, indistintamente del número de ocasiones en el que éste se presente, debe ser objeto de información. Prueba inequívoca de ello es el caso que nos ocupa, en el que este autor se muestra acorde a la línea seguida por el Tribunal Supremo, afirmando “Cuando se produjo la intervención, la paciente contaba con 49 años de edad y según el estado de la ciencia médica, los riesgos estadísticos de sufrir una lesión como la finalmente padecida en una operación de esas características eran del 3,5 %. Precisamente aquí radica la cuestión controvertida. El porcentaje expresado hizo que el cirujano no estimase relevante o significativo el riesgo, de modo que no informó a la paciente en este sentido. Por el contrario, el recurso de casación denuncia la confusión que se ha producido por la sentencia dictada en la alzada, ya que se mezclan dos cuestiones diversas: el riesgo típico con la probabilidad. Es cierto que la probabilidad era relativamente muy baja, pero no es menos cierto que el riesgo era un riesgo típico, sobradamente conocido e inherente a esta técnica quirúrgica, por lo que debía haber sido comunicado a la paciente. La Sala de lo Civil es partidaria de esta segunda interpretación: si la lesión del nervio ciático por elongación era una complicación conocida y descrita por la literatura científica, es decir, perfectamente conocida según el estado de la ciencia, el cirujano tendría que haber informado de ese riesgo, por remoto que fuese en términos porcentuales o estadísticos. Solo así la paciente podría haber tenido en su mano la posibilidad de tomar la decisión con pleno conocimiento y responsabilidad acerca de los riesgos realmente asumidos, lo que incluye la posibilidad de someterse o no a la intervención, consultar otras opiniones o confiar la intervención a otro especialista. Indica la sentencia que esta exigencia era ya vigente al tiempo de suceder los hechos a partir de lo preceptuado en el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad (LA LEY 1038/1986) y

Aplicando esta idea a la controversia objeto de estudio, no queda mucho que decir respecto de una contingencia con un 3,4% de posibilidades de materialización no informada, ya que se trata de un atentado contra el derecho de información; tal y como de las palabras del Tribunal Supremo se desprende “Pues bien, semejante razonamiento no puede ser compartido por esta Sala, siquiera sea por la elemental razón de que el riesgo típico no puede desempeñar una doble función exculpatoria: del mal resultado de la intervención, por ser típico, y de la omisión o insuficiencia de la información al paciente por ser poco frecuente e imprevisible, pues tipicidad e imprevisibilidad son conceptos excluyentes en un juicio sobre la responsabilidad del profesional médico. Si la lesión del nervio ciático por elongación era una complicación descrita en la literatura científica y por tanto conocida según el estado de la ciencia en la época de la intervención, entonces ninguna duda cabe de que el cirujano tenía que haber informado de ese riesgo a la demandante antes de la intervención con el fin de que ésta, valorándolo personalmente, decidiera asumirlo o no, consultar otras opiniones o, incluso, sopesar la posibilidad de confiar la intervención a un especialista. Así lo exigían al tiempo de suceder los hechos los apdos. 5 y 6 del *art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, luego sustituidos por la regulación más detallada de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La sentencia de esta Sala de 22 de junio de 2004 (rec. 2417/98) ya rechazó un argumento muy similar al de la sentencia ahora recurrida, es decir inexigibilidad de la información

que, como es por todos conocidos, con posterioridad el legislador ha incidido más detalladamente en estas obligaciones con la promulgación y entrada en vigor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (LA LEY 1580/2002), básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”. MACÍAS CASTILLO, Agustín, “Consentimiento informado en los actos médicos: distinción entre previsibilidad y frecuencia”, en *Actualidad Civil*, nº 20, 2009, pps. 2460 a 2463; concretamente en páginas 2462 y 2463. GALÁN CORTÉS aboga por esta misma idea, cuando al comentar este litigio afirma al respecto del riesgo de la elongación lo siguiente “En el supuesto de hecho de la sentencia comentada, es más que evidente que la lesión del nervio ciático es un riesgo típico y, por tanto, previsible para la cirugía de cadera, cuyo índice de frecuencia es del 3,5%, habiéndose ya manifestado la Sala 1ª sobre este mismo tipo de lesión neurológica en pacientes intervenidos de la cadera, calificándola, como no podía ser de otra forma, de riesgo típico de esta cirugía (STS de 19 de febrero de 1998)”. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009” ... *op. cit.*; concretamente en página 558. Este autor se reitera en una obra posterior, en la que califica como riesgo típico, todas aquellas contingencias que se producen entre el 0,2 y el 0,4% de los casos. No es tanto la repercusión estadística de éstos, como su naturaleza inherente al procedimiento quirúrgico, lo que supone la obligación informativa. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 16 de enero de 2012” ... *op. cit.*; concretamente en página 55. Se cumple la teoría por la cual un riesgo de una terapia, no lo es tanto por el número de veces que éste puede llegar a darse, como por su carácter inherente a la actividad médica en cuestión. Por su parte, en el ámbito penal, ese porcentaje se sitúa en torno al 2%, dada la diferente naturaleza de uno y otro orden jurisdiccional. AA. VV, *Información y documentación clínica. Su tratamiento jurisprudencial (1990 – 1999)* ... *op. cit.*, página 35.

por escasa probabilidad de la complicación o del riesgo, calificándolo de "contradicción insalvable", pues no se puede "exculpar al médico del daño causado por ser éste un riesgo típico de la intervención y, al propio tiempo, eximirle de su deber de informar a la paciente de ese mismo riesgo típico por darse en muy pocos casos", siendo el porcentaje del riesgo examinado por dicha sentencia de un 0,44%"⁶⁰⁹.

Esta resolución sienta una importante doctrina, en la que se detalla cuáles son los riesgos y los porcentajes de obligada información⁶¹⁰.

10. La siguiente resolución, la sentencia Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009⁶¹¹, vuelve sobre la idea los porcentajes. En este caso D. Celso fue diagnosticado de cáncer de próstata, por lo que requería de una rápida intervención (prostatectomía radical). A pesar de que ésta se desarrolló con plena diligencia, lo cierto es que tras la misma el paciente presentó serios problemas de micción e impotencia, para lo cual fue sometido a nuevas cirugías y tratamientos, no llegando a mejorar a pesar de los mismos.

El paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido por una omisión informativa, ya que desconocía los riesgos propios de esta actividad quirúrgica, así como la existencia de alternativas a la misma. No obstante, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

No procede que efectuemos un trabajo profuso sobre esta controversia, ya que es muy similar a las anteriormente comentadas. No obstante, parece conveniente apuntar, que ciertamente el paciente no tuvo conocimiento por ninguna vía (ni verbal, ni escrita) de la naturaleza de la intervención a la que se le iba a someter, sus riesgos y muchos menos, sus otras opciones. Aspecto sobre el que, tanto el centro sanitario como el propio médico que le intervino, adujeron que dado el escaso margen de probabilidad de que se presentase una complicación como la tristemente materializada, no era necesario informar sobre este extremo.

⁶⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 ... *op. cit.*

⁶¹⁰ La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2000 (Sala Primera, recurso 4448/1997, ponente Villagómez Rodil) es prácticamente idéntica a la resolución ahora analizada, pues se trata también de una intervención que se practicó en uno de los oídos del paciente, sin llegar a informársele de la potencialidad de pérdida de audición, que aconteció. En este asunto también se consideró que el paciente había sido deficientemente informado y que no llegó a tomar conciencia de la verdadera naturaleza de la cirugía. En la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2003 (Sala Primera, recurso 4013/1997, ponente Martínez – Calcerrada Gómez), la cuestión se dilucida en torno a los porcentajes de obligada información. Se trata de un caso en el que un paciente, tras una actividad quirúrgica auditiva, sufrió un riesgo propio de ésta, que se da entre el 1 y 3% de los casos, que no fue informada, por considerarse muy remoto.

⁶¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009, Sala Tercera, recurso 3629/2005, ponente Trillo Alonso.

Nada más lejos de la realidad, dado que nos encontramos ante una eventualidad susceptible de materializarse entre un 2 y un 2,5% de los casos, cifra que lo sitúa muy por encima del umbral del 0,4% que barajaba la resolución anterior, por lo que la información es indispensable. El Tribunal Supremo señala a este respecto “Nos encontramos en el año 1993 en el que existían dos alternativas de tratamiento, a saber, la prostatectomía radical y la radioterapia radical. La primera con una probabilidad de curación del cáncer más alta que la segunda. Así lo refiere el perito judicial sin facilitar porcentaje. Sí los facilita con respecto a las secuelas de incontinencia urinaria y de impotencia, en una horquilla que al abarcar para la incontinencia urinaria del 2'5% al 80% y para la impotencia del 38 al 100%, revela que no se trata de riesgos atípicos o imprevisibles. Siendo esos los hechos entendemos que la información sobre las alternativas posibles y sobre las probabilidades de riesgo no se manifiesta en el caso enjuiciado como indiferente. Todo lo contrario. Con independencia de que el consentimiento informado surge en defensa de la autonomía de la voluntad de la persona-paciente que tiene derecho a decidir, con el asesoramiento técnico adecuado, su sometimiento a un acto médico, es claro que en el caso de autos hay algo más que una mera trasgresión formal de ese derecho de autodeterminación, en cuanto que un debido cumplimiento del consentimiento informado permitiría al recurrente decidir libremente, valorando los pros y los contras de dos tratamientos posibles, cual era aquel que más le convenía. Llegados a este punto, cabe precisar la cifra indemnizatoria por la privación del derecho de autodeterminación. Y al respecto, en atención a las secuelas, en gran medida superadas; porcentaje de riesgo de las mismas; alternativas posibles; mayor éxito de curación con la intervención realizada y edad del recurrente (56 años), se entiende razonable al día de la fecha, esto es, actualizada, la de 30.000 euros”⁶¹².

La doctrina del Alto Tribunal, en lo relativo a la divergencia entre riesgos remotos y muy remotos es constante y coherente algo, que como apuntábamos con anterioridad, otorga una gran seguridad jurídica a la figura⁶¹³.

⁶¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009 ... *op. cit.*

⁶¹³ La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2005 (Sala Tercera, recurso 5078/2002, ponente Martínez – Vares García; resolución también analizada desde el punto de vista del daño desproporcionado, en el capítulo correspondiente) es prácticamente idéntica a la ahora estudiada, salvo porque no incide en cuestiones porcentuales. Una paciente permanece intubada un largo periodo de tiempo tras un accidente de tráfico, comenzando a sufrir después, problemas respiratorios. Ante la sospecha de que ello podía tener su origen en la intubación, se programó una intervención, a los efectos de paliar cualquier lesión que se le podía haber provocado. Sin embargo, tras la cirugía se presentó una parálisis en los miembros inferiores, que se causó durante la operación. Era un riesgo propio de la terapia y la paciente no fue informada. Siguen una dinámica prácticamente idéntica las resoluciones que mencionaremos a continuación: sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2009 (Sala Tercera,

(ii) Excepciones a esta regla.

11. La primera de las dos resoluciones es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2007⁶¹⁴. En este asunto a D. Juan Alberto se le intervino de próstata, informándosele sucintamente de forma verbal, ya que aunque existía un documento de consentimiento informado, éste versaba únicamente sobre la práctica anestésica y no sobre la cirugía en sí. La actividad quirúrgica se desarrolló con plena normalidad y el paciente no sufrió ningún tipo de daño.

No obstante, D. Juan Alberto pretendió ser resarcido por la desinformación de la que fue víctima. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El litigio es muy similar a los del bloque anterior, un paciente se somete a una intervención sobre la que no es informado debidamente, sólo que en este caso no sufre ningún daño, más allá de la omisión informativa. El Tribunal Supremo no reprocha este supuesto, porque aunque la desinformación es una vulneración de la *lex artis*, no

recurso 1822/2005, ponente Herrero Pina; resolución también analizada desde el punto de vista del daño desproporcionado, en el capítulo correspondiente. Una intervención de las cuatro muelas de juicio, tras la que se materializó una consecuencia propia de la actividad, no informada), sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2007, (Sala Primera, recurso 1919/2000, ponente Villagómez Rodil; resolución también analizada desde la perspectiva de la Medicina satisfactiva, en el capítulo correspondiente. Paciente aquejado de fimosis y una incurvación en el pene, que no sólo no se corrigió con la cirugía, sino que sufrió un riesgo habitual no notificado, empeorándose su situación), sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2006 (Sala Tercera, recurso 4425/2002, ponente Puente Prieto) y sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2005 (Sala Tercera, recurso 8125/2000, ponente Puente Prieto; en ambas resoluciones un paciente sometido a una cirugía gástrica sufre un riesgo habitual de la misma, no comunicado), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 (Sala Tercera, recurso 8065/1995, ponente Xiol Ríos; paciente que se somete a una intervención por padecer una coartación genética de la aorta y se presenta una contingencia propia del acto médico), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006 (Sala Primera, recurso 19/2000, ponente Seijas Quintana) y sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2006 (Sala Tercera, recurso 3404/2002, ponente Herrero Pina; resolución esta última, también analizada desde la perspectiva del error de diagnóstico, en el capítulo correspondiente). En ambas resoluciones un enfermo se somete a una cirugía lumbar y sufre un riesgo habitual de la actividad quirúrgica, del que no ha sido informado). Las siguientes resoluciones tienen la misma temática que la anteriormente mencionada: sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2000 (Sala Primera, recurso 1694/1995, ponente Almagro Nosete), sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001 (Sala Primera, recurso 3688/1995, ponente Martínez – Pereda Rodríguez), sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2003 (Sala Primera, recurso 3583/1999, ponente Almagro Nosete), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2005 (Sala Tercera, recurso 166/2004, ponente Robles Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (Sala Tercera, recurso 167/2002, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007 (Sala Tercera, recurso 1106/2003, ponente Robles Fernández; resolución también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente) y sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008 (Sala Tercera, recurso 400/2007, ponente Robles Fernández).

⁶¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 3551/2002, ponente Lecumberri Marti.

conforma un daño indemnizable por sí mismo, sino que necesita el elemento añadido del perjuicio, tal y como venimos señalando. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo “...las sentencias de veintiséis de noviembre de dos mil cuatro -recurso de casación 280/2001-, veintiséis de enero de dos mil seis -recurso de casación 5681/2001-, doce de diciembre de dos mil seis -recurso de casación 4317/2002- y dieciséis de enero de dos mil siete -recurso de casación 5060/2002 - ha señalado con absoluta nitidez que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario, pues como indica la sentencia de veintiséis de febrero de dos mil cuatro «aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis *ad hoc*, no es lo menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de veintiséis de marzo de dos mil dos , que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que el acto médico se deriva un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad...”⁶¹⁵.

La línea doctrinal seguida por el Alto Tribunal no ha sido quebrantada por esta resolución, en la que la mera omisión informativa no conforma un daño indemnizable.

12. La segunda resolución es la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2008⁶¹⁶, en la cual un paciente fue derivado al servicio de un neurología, desde su centro de atención primaria, al que había acudido por presentar un hormigueo en los miembros inferiores y dolor en la espalda. Fue diagnosticado de espondilolisis bilateral en pedículos de L5 y un grado I de listesis de L5 sobre S1, por lo que se optó por la vía quirúrgica como método más rápido y eficiente, a fin de mejorar la situación física del paciente. Aunque la cirugía se desarrolló correctamente, en el curso de la sanación el enfermo sufrió una infección ajena al acto médico, que le provocó severas consecuencias.

El paciente aduce que no se le informó debidamente sobre la intervención a la que se iba a someter, así como de las consecuencias derivadas de la misma, a pesar de lo cual su demanda fue desestimada en instancias inferiores; de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

⁶¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2007 ... *op. cit.*

⁶¹⁶ Sentencia del Tribunal de 19 de noviembre de 2008, Sala Tercera, recurso 7408/2004, ponente Puente Prieto.

Se trata de un nuevo caso llamativo en el que ni por forma escrita, ni verbal, el paciente conocía la naturaleza del acto médico que le fue practicado, y a pesar de ello la controversia no es indemnizada. Si bien es cierto que el enfermo sufrió un daño, éste no fue consecuencia de la actuación médica, sino de la infección que padeció, por lo que se quiebra el nexo causal.

Aunque hubiese sido sumamente interesante conocer la opinión del juzgador a este respecto, lo cierto es que esto es imposible, porque esta cuestión no fue invocada en casación.

2. El derecho a la información y las pruebas médicas.

1. La información y el uso del consentimiento informado.

En este bloque analizaremos supuestos en los que el acto médico no informado es una actividad diagnóstica, en lugar de una intervención. Se trata de una perspectiva interesante, dado que de acuerdo con lo señalado por la ley 41/2002, en las pruebas invasivas deben respetarse las mismas exigencias formales que en las cirugías.

1. Comenzamos el análisis con la primera de las resoluciones, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000⁶¹⁷, en la que a D^a. María Rosario se le practicó una arteriografía, para averiguar qué afección le aquejaba, dado que mostraba un cuadro de malestar. Aunque la prueba se realizó correctamente, en el curso de la misma, y probablemente como consecuencia del incremento de la velocidad del flujo sanguíneo, se desprendió una ateroma o placa de calcio (que se encuentran en las arterias), y su migración hacia el cerebro le causó varios infartos embolígenos, que le provocaron importantes daños.

Dadas las mencionadas circunstancias, la paciente y su familia pretendieron el resarcimiento del perjuicio sufrido, en base a que el documento de consentimiento informado era un texto tipo. No obstante, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Lo primero a destacar es que el documento de consentimiento informado que firmó la paciente tenía un formato genérico, en el que si bien se describía el acto médico

⁶¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000, Sala Tercera, recurso 8252/1996, ponente González Navarro.

en cuestión, esto se hacía de manera escueta. No obstante, como ya venimos señalando a lo largo del trabajo, la escasez de detalle en el documento, e incluso su inexistencia, no conforman necesariamente una omisión informativa, siempre y cuando haya habido una comunicación verbal. Eso es precisamente lo que ocurre en este caso, en el que tanto el médico como la paciente dejaron constancia fehaciente en el historial clínico de ésta, de que había sido informada sobre los aspectos propios de la prueba médica a la que se le iba a someter, así como de sus posibles riesgos.

El desprendimiento de las placas de calcio es un peligro propio de la prueba en cuestión, de la que la paciente tenía pleno conocimiento, aunque esto no estuviese recogido en un documento de consentimiento informado. El Tribunal Supremo parece abogar por la misma idea “Por todo ello, nuestra Sala entiende que, no puede descargarse toda la responsabilidad de una actuaciones jurídica -para el caso la explicitación de una autorización para acto médico que debe darse al paciente- sobre los servicios sanitarios. Es el paciente -o, en su caso, el familiar o allegado que lo asiste o sustituye- quien puede y debe solicitar -si lo considera necesario- que se le de una información más elocuente y que, siempre con la inexcusable concisión y claridad que sea compatible con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada por escrito (A cuyo efecto no estaría de más, e incluso podría ser una forma de ir perfeccionando el sistema, que en el impreso correspondiente se habilite un espacio para la consignación de los datos que permitan obtener esa información). Por todo ello, nuestra Sala considera que en el caso que nos ocupa, la información dada al paciente, habida cuenta de las circunstancias que aquí han concurrido -porque importa dejar claro que hay que estar siempre, y más en este tema, al caso concreto-, ha de tenerse por suficiente a efectos de entender que se ha dado a la paciente la información sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativa de tratamiento a que tiene derecho conforme al artículo 10.5 LG Sanidad”⁶¹⁸.

2. La segunda de las controversias es prácticamente idéntica a la anterior, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007⁶¹⁹. En este asunto un menor de corta edad (un recién nacido concretamente), se encontraba afectado de pseudohipoaldosteronismo, y a los cuatro meses de edad sufrió una crisis, que requirió su ingreso urgente. A los efectos de medir la magnitud del ataque, se le intentó introducir

⁶¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 ... *op. cit.*

⁶¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007, Sala Tercera, recurso 5071/2002, ponente Robles Fernández.

un catéter por las venas femorales, pero al encontrarse éstas obstruidas, se optó por una canalización por la vena yugular interna izquierda y derecha. Durante las maniobras de punción se hizo compresión a fin de paliar el sangrado, a pesar de lo cual se presentó una braquicardia, desaturación y palidez brusca, de la que el menor remontó tras las maniobras debidas. Se consiguió canalización por vena subclávica izquierda, aunque la desaceleración que sufrió el paciente le provocó una encefalopatía hipóxica isquémica.

Los padres del menor consideraron que fueron víctimas de una omisión informativa, a pesar de lo cual sus pretensiones no se admitieron en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este litigio es probablemente uno de los más sencillos. En primer lugar partimos de que el consentimiento informado que recibieron los padres del menor, y que está transcrito en la sentencia, es extenso y completo, hasta el punto de ser imposible su inclusión en este trabajo, ya que sería excesivo. En éste no sólo consta la dolencia que sufría el menor, sino las posibles técnicas diagnóstica a utilizar y la incidencia de cada una de ellas, así como sus complicaciones, riesgos y alternativas. Se trata de un documento de consentimiento informado muy completo, en el que la información es sencilla de comprender e interiorizar. A este punto conviene añadir, que además la familia fue informada de forma verbal, tal y como consta en el historial clínico del paciente.

En virtud de lo señalado en el párrafo anterior, es complicado que exista una desinformación en un supuesto como en el presente, en el que la característica principal de la relación médico – paciente, fue precisamente la información, por la amplitud de la misma. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando señala “De la documentación referida, y en particular del documento en que consta el consentimiento informado, resulta evidente y así se informó con toda claridad a los familiares de la menor, que la enfermedad padecida por esta era de riesgo vital, y que los métodos para su tratamiento, entre ellos el que se realizó, eran agresivos y generaban graves riesgos como la hemorragia en la práctica de las canalizaciones de las venas. En definitiva, como por de relieve el dictamen pericial y razona la Sala de instancia la punción de la arteria fue un accidente inevitable pese a que en la realización de la vía central realizada por dos médicos, se pusieron las necesarias medidas de prevención y cuidado dado los riesgos previsibles que eran conocidos por los padres de la menor. A la vista de lo expuesto, debe concluirse que no puede reputarse antijurídico el daño sufrido por la menor, lo que excluye que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial de la

Administración sanitaria, no pudiendo por tanto estimarse vulnerados los preceptos jurisprudenciales que se citan en el motivo de recurso, que por tanto ha de ser desestimado”⁶²⁰.

La sencillez de este caso no da pie a mayores explicaciones, dado que la información no sólo estuvo presente, sino que casi acaparó el protagonismo del caso.

2. La información y la ausencia de un documento de consentimiento informado.

a) Caudal informativo suficiente.

1. El primer litigio de este apartado es bastante gráfico, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2004⁶²¹ en la que D^a. Marta, como consecuencia de un panorama de ruidos en la región retroarticular izquierda con cefaleas y nalgias, con hipoacusia en el oído izquierdo y caídas; ingresó en un hospital para someterse a una prueba (cateterismo femoral selectivo) que ayudase a diagnosticar la afección que le aquejaba (fístula dural en seno lateral izquierdo). A pesar de que la actividad diagnóstica se desarrolló correctamente, en el curso de la misma se materializó un riesgo propio de ésta, como lo es el accidente cerebrovascular. Como consecuencia de este infarto cerebral, a la paciente le restaron las siguientes secuelas: disfasia, hemiplejía en las extremidades derecha, laterocervical izquierda, pérdida de visión en el ojo izquierdo y del habla.

Ante las mencionadas circunstancias, D^a. Marta y su familia pretendieron el resarcimiento del daño sufrido por la omisión informativa de la que fueron víctimas, al no haber recibido ningún documento de consentimiento informado previo a la práctica de la prueba. A pesar de sus pretensiones, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Una paciente, a la que va a practicársele una prueba invasiva, no recibe ningún tipo de documento informativo, por lo que considera que ha sido víctima de una desinformación, más si cabe cuando se materializa una contingencia propia de la

⁶²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007 ... *op. cit.*

⁶²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2004, Sala Tercera, recurso 280/2001, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde el punto de vista de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en el capítulo correspondiente.

actividad diagnóstica. No obstante, aunque en este caso no se entregó un documento de consentimiento informado, sino un papel en blanco que firmó la enferma, sí que existió una información constante y verbal, tal y como consta en el historial clínico de la misma; donde se alude que ésta fue informada de la naturaleza de la prueba, así como de sus riesgos.

Ya hemos sentado las bases por las cuales la ausencia de un documento de consentimiento informado no es sinónimo de una omisión informativa, siempre y cuando exista otra forma de comunicación, como lo es la verbal. El juzgador parece tener esta misma opinión, al afirmar “Que en autos la actora presenta un impreso de consentimiento en blanco para la practica de embolización (fol.6 del Expediente y Documento no 11 de la demanda); ahora bien, en el Expediente (folio 91) y con fecha de 18 de enero de 1.996, obra una hoja firmada por la actora con una autorización de diagnostico (sic) y tratamiento, si bien tiene un carácter genérico. Sin embargo (fol. 122 a 124) se recogen las declaraciones del doctor Juan Pedro -Jefe del Area (sic) de Neurocirugía-, de una enfermera y un enfermero que declaran que la actora fue informada de las complicaciones de la embolización y que firmó el consentimiento, si bien no apareció y que en todo caso, ese tipo de intervenciones no comienzan sin antes recabarlo”⁶²².

2. La segunda y última resolución que analizaremos en este bloque es la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006⁶²³, un asunto que se encuentra relacionado con un supuesto de *wrongful birth*. En este caso D^a. Regina, encontrándose embarazada de menos de 22 semanas (con la posibilidad legal de acudir a la interrupción voluntaria del embarazo), fue informada de que el feto se encontraba aquejado de varias malformaciones. A pesar de las advertencias, los padres decidieron continuar con la gestación, y cuando nació su hija, ésta se encontraba gravemente enferma.

⁶²² Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2004 ... *op. cit.* Idéntica problemática es la que encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2006 (Sala Tercera, recurso 7395/2001, ponente Lecumberri Martí), en la que una paciente que sufría una afección neurológica fue sometida a una prueba, sufriendo un riesgo típico de la misma. La ausencia de una forma escrita de comunicación no se equiparó a una desinformación, al considerarse que la enferma conocía la naturaleza y riesgos de la actividad diagnóstica.

⁶²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006, Sala Tercera, recurso 5681/2001, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde la perspectiva de la figura de *wrongful birth*, en el capítulo correspondiente.

Los padres de la menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, al considerar que fueron deficientemente informados sobre la patología que presentaba su hija, y por la ausencia de un documento que así lo recogiese. A pesar de ello, las pretensiones de ambos fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

El escenario que se nos propone en este proceso no es distinto a otros que hemos estudiado con anterioridad, con la excepción de que no se centra en la práctica de una prueba, sino en el resultado de la misma. Aducen los recurrentes, que al no informárseles de forma escrita, su derecho informativo fue vulnerado y eso les llevó a tomar una decisión incorrecta. No obstante, tal y como venimos señalando, la ausencia documental no es sinónimo de desinformación, siempre y cuando la información verbal resulte adecuada. Eso es precisamente lo que ocurre en este litigio, en el que se tiene plena constancia de que los padres de la menor habían recibido el resultado de las pruebas y que conocían la gravedad del estado de la criatura, hasta el punto que la ciencia lo permite en la práctica probatoria prenatal. Del mismo modo se pronuncia el Tribunal Supremo cuando señala “Dicho lo cual, reiterándose el carácter extraordinario del recurso de casación, es evidente que no puede combatirse la valoración de la prueba practicada por el Tribunal “a quo” y esta Sala, al no haberse articulado en forma un motivo tendente a combatir la valoración de la prueba realizada por la Sentencia de instancia, tiene que aceptar necesariamente, en esta sede casacional, los hechos que en aquella se tienen por probados, por lo que recogiendo como se recoge y se tiene por probado que la actora fue informada de las alteraciones fetales, no pudiéndose reputarse infringido ni el *art. 10.5 de la Ley de Sanidad*, ni la jurisprudencia que cita, por las razones que se han expuesto, y debe consiguientemente concluirse que no hubo infracción de la “lex artis ad hoc” reveladora de una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario que determinase una responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, debiendo procederse a la desestimación de los dos motivos de recurso”⁶²⁴.

⁶²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006 ... *op. cit.*

b) Caudal informativo insuficiente.

3. La primera de las resoluciones a analizar es especialmente ejemplificadora, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2005⁶²⁵. En este caso D^a. Estela, una mujer de 39 años que se encontraba en su tercer embarazo, se sometió a una amniocentesis en la semana número quince de gestación. Se practicó una primera punción que resultó fallida y acto seguido se efectuó una segunda, todo ello con aparente normalidad, salvo porque en la última ocasión, se extrajo una ínfima cantidad de sangre. Días después la paciente tuvo que ser atendida por un cuadro de síncope vasovagal, y al practicársele una ecografía, se observó que no había movimientos fetales cardíacos. Al día siguiente esta prueba se repitió y se confirmó la muerte fetal.

La paciente y su marido pretendieron el resarcimiento por el daño sufrido, ya que consideran que no fueron debidamente informados sobre los riesgos que entrañaba la amniocentesis. No obstante, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

En el caso que nos ocupa no existe un documento informativo, del mismo modo que tampoco tenemos conocimiento de que en ningún momento se informase a los padres sobre los peligros de la actividad diagnóstica. Se trataría de uno de los denominados riesgos remotos, por lo que no se llegaría a traspasar la frontera de los muy remotos, ya que el aborto se presenta como una contingencia que acontece en torno al 1% de los casos en los que se practica esta prueba prenatal invasiva.

Venimos señalando desde el comienzo de estas páginas, que la forma escrita, aunque se trata de una exigencia legal, en la práctica jurisprudencial es superflua, siempre y cuando exista una información suficiente por cualquier otro medio. En esta controversia se adolece de ambas formas, ya que la paciente desconocía que podía sufrir un aborto por someterse a una prueba como la amniocentesis, a pesar de que se trata de un riesgo remoto. Los progenitores del feto fallecido fueron víctimas de una desinformación sobre la prueba a practicar, algo que provocó que tomaran la libre decisión de someterse a ella, sin tomar conciencia de los riesgos existentes. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo “Resulta de lo expuesto que en el presente caso, la Sala ha infringido los preceptos antes mencionados cuando, sin

⁶²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2005, Sala tercera, recurso 3831/2001, ponente Puente Prieto.

tomarlos en consideración, alude al finalizar el fundamento de derecho cuarto a la forma en que el facultativo que practicó la amniocentesis refiere que se practica la información previa para la obtención del consentimiento informado, mas sin acreditar en modo alguno, ante la negación de la recurrente de que tal consentimiento hubiera sido efectivamente prestado como consecuencia de una previa información, pues la apreciación contraria no puede basarse exclusivamente, al carecer de eficacia, en la manifestación efectuada por el propio facultativo que realizó la prueba de amniocentesis, el cual, por otro lado, alude simplemente a la práctica que considera habitual y según la cual es en el Servicio de Urgencias del Hospital donde se le explican los riesgos, acudiendo posteriormente a la consulta en que se efectúa, sin que por tanto esté dando referencia directa de que él mismo, antes de la realización de la prueba, prestara la información necesaria para obtener el consentimiento, no constando, en cualquier caso, que pusiera de manifiesto los riesgos a la paciente derivados de la existencia de varias punciones, ante el fracaso de la primera, para la extracción del liquido amniótico”⁶²⁶.

En este asunto se da una completa omisión informativa sobre un riesgo remoto, aunque inherente a la práctica médica y de obligada información, que finalmente se materializa; por lo que nos encontramos con todos los ingredientes necesarios para que el daño sea reprochado⁶²⁷.

4. El segundo supuesto estimado es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2009⁶²⁸ y sigue una dinámica casi idéntica a la anteriormente comentada. En este litigio D. Óscar, un paciente con alto riesgo coronario (por infarto de miocardio), fue sometido a un estudio electrofisiológico, consistente en la introducción de un catéter por vía venosa femoral derecha y otro por vía arterial femoral

⁶²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2005 ... *op. cit.*

⁶²⁷ Acorde a esta línea se muestra MACÍAS CASTILLO, cuando comentando este mismo supuesto señala “La mala praxis descrita impidió a la paciente ejercer debidamente su derecho a elegir con la libre opción de los riesgos que, por lo demás, en el presente supuesto tienen relevancia, ya que el porcentaje de amniocentesis practicadas en el Hospital Severo Ochoa de Leganés en los años 1992 y 1993 alcanzaban el 2,5% por ciento de pérdidas fetales, por encima del porcentaje del Hospital Ramón y Cajal en esos mismos años (1%), tal y como pudo acreditarse en fase probatoria”. MACÍAS CASTILLO, Agustín, “Responsabilidad civil derivada de la práctica de una amniocentesis”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 33, 2005, pps. 60 a 64; concretamente en página 63. Dada la temática del caso, podríamos estar también ante un litigio de *wrongful death*, pero dada la escasa o nula incidencia de este tipo de supuestos en nuestra jurisprudencia, hemos preferido estudiarla desde la perspectiva de la información. EMALDI CIRIÓN, Aitziber, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 2001, página 258.

⁶²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2009, Sala Tercera, recurso 710/2008, ponente Martínez – Vares García. Resolución también analizada desde la perspectiva del daño por tratamiento, en el capítulo correspondiente.

izquierda. Prácticamente al mismo momento de iniciarse la actividad diagnóstica, D. Óscar sufre un episodio de angina de pecho, del que resultó una disección aórtica ascendente y descendente, que requirió de una intervención quirúrgica para la reconstrucción de la aorta ascendente. Aunque ésta se desarrolló de manera correcta y el paciente mejoró su estado, le quedaron importantes secuelas.

D. Óscar pretendió el resarcimiento del daño sufrido, no por mala praxis en las actuaciones médicas, sino porque no le informaron sobre los riesgos propios de la prueba, los cuales se veían incrementados en su caso. A pesar de ello sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este proceso no se diferencia mucho del anterior, se trata de un paciente (con riesgo añadido) que se somete a una prueba médica invasiva de la que derivan una serie de riesgos que se materializan y que además no fueron informados. El enfermo desconocía la magnitud y naturaleza de la actividad diagnóstica a la que iba a someterse, por el hecho de que no había recibido información alguna sobre los eventuales riesgos que ésta implicaba, por lo que no adoptó una decisión informada y mucho menos consecuente con su situación. De una opinión muy similar se muestra el Tribunal Supremo al señalar “A la vista de lo anterior es evidente que los motivos han de prosperar. Hay un hecho incontrovertible que la Sentencia da por probado y es la inexistencia de consentimiento informado. Y esa inexistencia carece de razón de ser. Tanto más cuanto que los hechos ocurren en un hospital de referencia en el padecimiento que presentaba el paciente como el es de Valle de Hebrón. Y no es excusa que los hechos ocurrieran en 1.997, puesto que la obligación de informar existía incluso desde bastante tiempo antes de la entrada en vigor de la *Ley 14/1.986, General de Sanidad*, y desde ese momento habían transcurrido más de diez años, y el mandato legal contenido en el *art. 10.5 de la Ley* citada era categórico, sobre todo para la realización de pruebas como las que había que efectuar a este enfermo. Sin duda ninguna, porque en otro asunto lo hubiera probado la Administración, se omitió por quien debía cumplirla, la obligación de dar al enfermo en términos comprensibles, o a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”⁶²⁹.

⁶²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2009 ... *op. cit.* Sigue una línea similar la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2005 (Sala Tercera, recurso 4295/2001, ponente Puente Prieto). En este asunto una paciente se sometió a un TAC abdominal y sufrió una insuficiencia renal

3. El derecho a la información y los tratamientos médicos.

En este último bloque analizaremos casos de omisión informativa en relación a tratamientos. La finalidad de este apartado es la de englobar la totalidad de controversias en las que el elemento información puede verse envuelto, y a su vez, observar cómo se trata la cuestión de las actuaciones médicas menores por la jurisprudencia.

1. La primera resolución que examinaremos es bastante llamativa y representativa, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007⁶³⁰. En este asunto D^a. Elvira, que se encontraba aquejada de una intensa escoliosis, comenzó a recibir un tratamiento a fin de paliar los efectos que esta afección estaba teniendo sobre su salud. La terapia consistía en la técnica de tracción vertebral nocturna de Cotral, es decir, someter a la paciente a un mecanismo de tracción con punto fijo en el mentón. A pesar de la aplicación de la técnica en cuestión, el estado de D^a. Elvira no mejoró, es más, empeoró al producirse una alteración en la alineación de la columna vertebral, que le provocó una invalidez del 34%.

D^a. Elvira consideró que había sido víctima de una omisión informativa, porque desconocía que la terapia en cuestión pudiese provocar tamañas lesiones. A pesar de ello, su demanda fue desestimada en primera instancia, corriendo su recurso de apelación la misma suerte, en la Audiencia Provincial competente; de forma que, recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este caso es bastante llamativo, porque la paciente en ningún momento tuvo conocimiento de que la utilización de la mentada terapia pudiese llegar a provocarle una lesión lumbar como la que padece. El hecho de que en un litigio como éste, dadas sus circunstancias, se estime que D^a. Elvira se encuentra informada, puede resultar alarmante. No obstante, la alteración de la alineación de la columna vertebral que sufrió ésta, no es un riesgo habitual del tratamiento en cuestión, ni remoto, sino muy remoto; y es precisamente en este punto, en el que se encuentra la frontera del deber informativo

como consecuencia de los contrastes, ya que se trataba de una mujer que padecía una serie de afecciones, que se complicaron en la práctica de la prueba. Aunque no existió documento informativo, se sienta la hipótesis de que sí que hubo información verbal, pero el historial clínico de la paciente se perdió, por lo que el Tribunal Supremo, en actitud cautelosa, consideró insuficientemente la información facilitada a la enferma.

⁶³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007, Sala Primera, recurso 1773/2000, ponente Xiol Ríos.

en la Medicina curativa. El Tribunal Supremo parece decantarse por esta misma idea cuando afirma “El consentimiento informando, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trata de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revisten una gravedad extraordinaria. El artículo 10.1 de la Ley 41/2002 incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones. La STS DE 28 de diciembre de 1998 declara que, como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites, y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos típicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos, que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia. En el proceso examinado, de los distintos elementos probatorios recogidos por la sentencia impugnada se infiere que el riesgo de disartria como consecuencia del tratamiento de rehabilitación aplicado no puede calificarse como típico ni frecuente en este tipo de tratamientos, por lo que no podía considerarse como exigible una información detallada acerca de su posible concurrencia”⁶³¹.

No cabe añadir nada más en un litigio tan claro como el presente, que sigue una trayectoria idéntica a la del siguiente que analizaremos⁶³².

2. En el segundo caso de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007⁶³³, D. Baltasar, que padecía problemas renales y se encontraba bajo

⁶³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 ... *op. cit.*

⁶³² Muestran una línea muy similar las siguientes sentencias: sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005 (Sala Tercera, recurso 7260/2001, ponente Gómez Navarro; resolución también analizada desde el punto de vista de las infecciones hospitalarias y el daño desproporcionado, en los capítulos correspondientes) sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2007 (Sala Tercera, recurso 9558/2003, ponente Puente Prieto). Con una idea parecida sobre el grado de información al que es necesario llegar en Medicina curativa, se pronuncian las más recientes controversias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2010 (Sala Tercera, recurso 2945/2005, ponente Díez – Picazo Giménez), sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2011 (Sala Tercera, recurso 4305/2007, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 2694/2010, ponente Lecumberri Marti) y sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 2154/2010, ponente Lecumberri Marti).

tratamiento en la unidad de litotricia, en la última de las sesiones sufrió una perforación del colon, que requirió una rápida intervención, de la que no le restaron secuelas.

Ante tal situación D. Baltasar pretendió el resarcimiento del daño sufrido, por considerar que no estaba informado sobre la posibilidad de que se produjese una perforación del colon con esta terapia. A pesar de los esfuerzos, sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

En este supuesto no existió ningún tipo de información, ni física ni material, tal y como ocurría en el proceso anterior, por lo que nos vuelve a surgir la misma duda: qué ha llevado al Tribunal Supremo a considerar que la comunicación médico – paciente, era lo suficientemente fluida, como para considerar que este último se encontraba bien informado. Precisamente lo mismo que ocurría en el litigio anterior, lo remoto del riesgo en cuestión. La posibilidad de que se produzca una perforación de colon en un tratamiento renal como el que estaba recibiendo el paciente, no sólo es remota, sino muy remota, por lo que se encuentra fuera del umbral de obligada información. El Tribunal Supremo parece decantarse por esta idea cuando asevera “En el motivo casacional cuarto cuestiona el recurrente la apreciación del Tribunal de instancia acerca del consentimiento informado sobre la base de una supuesta infracción, que se denuncia al amparo del *apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción*, de lo dispuesto en los *artículos 10.5 y 6 de la Ley de Sanidad de 1.985* , sin tener en cuenta que la apreciación de la existencia de suficiente información al recurrente realizada por el Tribunal de instancia, como valoración de hecho, no puede ser cuestionada al entender que el recurrente estaba suficientemente informado de las circunstancias de la sesión, puesto que era la sexta sesión de litotricia que recibía; y ello aparte de que mal pudo ser informado de los riesgos de una posible perforación de intestino ya que tal circunstancia no tiene antecedentes en la historia y bibliografía médica, como la Sala entiende que está acreditado”⁶³⁴.

⁶³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 89/2003, ponente Puente Prieto.

⁶³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 ... *op. cit.* Precisamente sobre los límites versa la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2005 (Sala Tercera, recurso 6595/2001, ponente Gómez Navarro). No la hemos incluido en el cuerpo del trabajo, por el hecho de que la información ocupó un lugar secundario en casación. No obstante, conviene destacar una pincelada que dio el Tribunal Supremo al respecto. Se trataba de un paciente, médico de profesión, que sufría de una persistente hemorragia nasal que no cesaba y que tras varios tratamientos, se decidió acudir a otra técnica, más agresiva, pero que probablemente fuese más efectiva; sin embargo, ésta le provocó una serie de consecuencias importantes, al sufrir un infarto facial. La especialidad de este litigio radica en que el Tribunal Supremo llega a barajar, que aunque el infarto facial conforma un riesgo remoto de esta terapia,

3. Un supuesto que nos muestra otra vertiente de la información es la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008⁶³⁵. En este caso, D. Aurelio, consumidor habitual de droga y alcohol, llegó al servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia en estado de coma, situación en la que se encontraba como consecuencia de una mezcla de sustancias, de las que ninguno de los médicos que le atendió pudo llegar a tener conocimiento. Ante este cuadro clínico, se le administró anoxolona, con lo que se consiguió que recuperase la conciencia y así pudiese ser trasladado a otro hospital, donde le podían atender mejor. Allí se recuperó de manera rápida y satisfactoria, siendo dado de alta. No obstante, el paciente falleció ese mismo día en su domicilio, pasadas unas horas, por dos posibles causas: la muerte súbita de los drogodependientes o por la interacción del fármaco con los estupefacientes.

Los familiares del fenecido consideraron que no se encontraban bien informados sobre el estado del paciente, así como de las precauciones a adoptar, por lo que pretendieron el resarcimiento del daño sufrido. A pesar de sus esfuerzos, su demanda fue desestimada en primera instancia, sufriendo la misma suerte el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial competente, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Nos encontramos ante una controversia en la que un enfermo, que llega en estado de coma provocado por algo que se desconoce, es tratado con un fármaco que puede ser agresivo e interaccionar con alguna de las sustancias que haya podido inyectarse, algo de lo que no se informa a su familia, impidiendo ello la adopción de cualquier tipo de precaución. A pesar de lo llamativo de los hechos, el Tribunal Supremo consideró suficiente la información recibida, por una razón: la urgencia. Las decisiones que tuvo que adoptar el equipo médico, dado el estado en la que se encontraba el paciente, tuvieron que ser rápidas y no hubo oportunidad alguna de informar y pedir opinión a los parientes. No es de extrañar que el Tribunal Supremo considere que la información fue suficiente, ya que la urgencia prácticamente invalida

y por lo tanto de obligada información, la omisión al respecto podría justificarse, al ser el paciente médico y requerir, por su formación, un nivel de información inferior al de los demás. En una línea jurisprudencial similar se pronuncian las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 728/2006, ponente Díez – Picazo Giménez), sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (Sala Tercera, recurso 4409/2008, ponente Martínez – Vares García) y sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 4298/2009, ponente Pico Lorenzo).

⁶³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008, Sala Primera, recurso 2897/2002, ponente Xiol Ríos. Resolución también analizada desde la perspectiva de la Medicina satisfactiva y la omisión de medios, en los capítulos correspondientes.

cualquier tipo de obligación informativa “...el informe del representante del Departamento de Medicina Interna, emitido a solicitud judicial, si bien califica como praxis medica correcta "el envio (sic) de la información escrita al centro donde el enfermo se traslada y reconoce que el Sr. Jose Miguel tendría, normalmente, que comunicar al enfermo o a sus acompañantes el diagnóstico presumible de cuadro clínico observado y la necesidad de evacuación", admite que existen frecuentes excepciones en donde dicho acto no se realiza por indisponibilidad del enfermo, gravedad y urgencia en la evacuación, ausencia de familiares adecuados”⁶³⁶.

4. La última resolución de este apartado y del capítulo, es la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008⁶³⁷. En este proceso a D^a. Virginia le apareció un nódulo o tumoración en el párpado inferior del ojo derecho y debido a las molestias que éste le causaba, se le trató con una inyección de 20 mg de Triancinolona y un vendaje oclusivo, para calmar el dolor. Sin embargo, cuando éste fue retirado se comprobó que la paciente había perdido la visión de ese glóbulo ocular, al haber sufrido una embolia en la arteria central de la retina.

D^a. Virginia pretendió el resarcimiento del daño sufrido, al no haber sido informada sobre las consecuencias que podía padecer con dicha práctica médica, a pesar de lo cual tuvo que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser inadmitidas sus pretensiones en instancias inferiores.

En este asunto la omisión informativa que aduce la paciente se centra en la ausencia de un documento informativo, en virtud de lo cual ésta quedó desprovista de la información necesaria. Ahora bien, el Tribunal Supremo se muestra tajante y toma una determinación a los efectos de justificar su decisión desestimatoria: se trata de una actuación médica mínima, por lo que un documento de consentimiento informado resultaba excesivo, ya que la paciente conocía de sobra el acto médico, así como sus posibles consecuencias⁶³⁸. Así lo apunta el Tribunal Supremo cuando asevera “...según

⁶³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008 ... *op. cit.*

⁶³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008, Sala Tercera, recurso 284/2005, ponente Herrero Pina.

⁶³⁸ De esta misma opinión se muestra SANCHO GALLARDO “La ley define el supuesto de hecho en términos muy amplios “en toda actuación médica”, por lo que en principio no excluye ninguna. No obstante, surgen las dudas acerca del alcance de este supuesto fáctico, pues hay muchas intervenciones que son en principio poco importantes y tan frecuentes que si respecto de ellas se impusiera esta exigencia del consentimiento informado se colapsaría la asistencia sanitaria: es el caso de las prescripciones de tratamientos farmacológicas, las primeras curas de una herida, la inyección antitetánica, los vendajes, las inmovilizaciones con yeso en caso de esguinces, una limpieza de boca..... Está claro que la exigencia del consentimiento informado debe ser general, pero su cumplimiento variará dependiendo de la importancia de la actuación médica. Si esta no encierra riesgo, se cumplirá con

los médicos informantes la inyección en el párpado no constituye una intervención quirúrgica, ni siquiera cirugía menor, "por lo que lo lógico es que al paciente se le de información puntual de los riesgos más conocidos y frecuentes, entre los cuales no se halla la oclusión o embolia de la arteria central de la retina, que es absolutamente excepcional, tratándose de una acción tan poco cruenta y con un beneficio tan claro para el paciente que tampoco se le suele alarmar en demasía. En todo caso, existe una prueba de que si se le informó, pues al contestar a la undécima pregunta la testigo doña Elisa ha puesto de manifiesto el cumplimiento de aquella obligación al decir que se le informó a la paciente de la eficacia del tratamiento y del dolor así como del riesgo de aquél, añadiendo que la administración de la inyección no constituye intervención sino tratamiento. No puede ser exigible la recogida de consentimiento escrito para ese caso dado que no se trata de intervención quirúrgica sino de tratamiento aplicado ante la ineficacia del anteriormente prescrito con el que no se consiguió éxito alguno respecto a la tumoración que molestaba a la paciente ...”⁶³⁹.

naturalidad, de forma oral, y sin especiales formalidades. Sólo si la actuación médica supone una intervención o un procedimiento invasor, que encierra un riesgo para el paciente, la información previa y el consentimiento deben prestarse de una forma completa y clara que no deje lugar a duda”. SANCHEZ GALLARDO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en página 8. Igualmente esclarecedor es REQUERO IBÁÑEZ, al afirmar que existen tres grados de actividades médicas, y por tanto, tres grados de información. En primer lugar, donde se situaría el caso que nos ocupa, estarían las actividades “sencillas” y de eficacia reconocida, cuyos efectos secundarios son mínimos, en virtud de lo cual, los niveles de exigencia informativa serían nimios. El segundo grupo lo formarían aquellas afecciones crónicas y los tratamientos adscritos a las mismas, que en relación a su beneficio – coste, requerirían de un mayor grado informativo, al ser más elevadas las posibilidades de efectos secundarios. Finalmente estarían los tratamientos “de riesgo”, como lo serían las pruebas invasivas y las intervenciones quirúrgicas, donde las posibilidades de daño son mayores y los niveles de exigencia informativa también. REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones” ... *op. cit.*; concretamente en página 918.

⁶³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 ... *op. cit.*

VI. CONCLUSIONES.

1. A pesar de las innegables diferencias que existen entre el Derecho y la Medicina, ambas disciplinas cuentan con un punto de inflexión en el que coinciden: las dos persiguen a la realidad, pero jamás llegan a alcanzarla. Estas dos ciencias adolecen de esa “lentitud”, que obliga a la sociedad a ser paciente y a aguardar sus cambios. No obstante, esta afirmación es una regla general a la que se le presentan excepciones, siendo la autonomía del paciente y el derecho a la información, prueba inequívoca de ello.

2. Quizás no tanto en el Derecho como en la Medicina, el derecho de información podría llegar a considerarse un concepto extraño. En el caso del Derecho, es evidente que la realidad había dado muestras inequívocas de requerir una regulación distinta de las relaciones médico – paciente. La sociedad había evolucionado, al igual que los ciudadanos, que deseaban ser tratados por su entorno como personas con dignidad, y no como meros ignorantes de sus propias necesidades. El grado de autonomía de los sujetos había llegado hasta tal punto, que requería expandirse hacia todas las vertientes posibles de la vida de las personas, quedando de todas ellas la Medicina.

El paciente, bien por su ignorancia, bien por la presión externa, había aceptado con sumisión su rol de objeto y no de sujeto; permitiendo que en el curso de la relación médico – paciente, el facultativo hiciese y deshiciese a su antojo. Es precisamente en su punto álgido, donde el Derecho reacciona ante las tímidas manifestaciones de pacientes insatisfechos, que deseaban escapar de un modelo paternalista.

3. Todo este caldo de cultivo dio lugar a lo que hoy conocemos como “autonomía del paciente”, que fue la consecuencia de una reacción temprana por parte del Derecho, ante pequeños conatos de rebeldía de la sociedad. Sin embargo, en el caso de la Medicina esto fue diferente, pues esta disciplina, ajena a lo que ocurría, vio cómo el Derecho introducía exigencias extrañas a la misma, y además extremadamente severas.

4. No obstante, estos aspectos hubieron de ser matizados, ya que el Derecho tuvo conciencia de que la Medicina había tomado un atajo, que no sólo incumplía el ideal que los juristas tenían en mente, sino que también entrañaba importantes atentados contra la dignidad de sus pacientes, ya que además de no ser informados, éstos se veían

coaccionados a firmar documentos de escaso valor legal y menos aun medicinal. La consecuencia de todo ello fue la actual y vigente Ley 41/2002 que respondía, tanto a las necesidades de los pacientes, como a las de los médicos.

¿Qué ha motivado este cambio cualitativo de las exigencias legales? Una actitud relajada, tanto para el médico como para el paciente, que ha permitido huir de una Medicina defensiva, así como de un exceso de información abrumador.

5. Finalmente, parece conveniente volver sobre uno de los aspectos, quizás más complicados del derecho de información: la responsabilidad derivada de la desinformación. Una omisión informativa atenta contra la autonomía del paciente y su dignidad, a pesar de lo cual carece de la entidad necesaria como para generar una responsabilidad, si no va acompañada de un daño, traducido generalmente en una lesión corporal. Esto es, si un paciente no es informado correctamente sobre una técnica y sus riesgos, pero no sufre ningún perjuicio, no cabrá indemnización alguna, más allá de un reproche ético o deontológico.

La situación se torna diametralmente distinta cuando esa ignorancia lleva aparejada una lesión física. Aun desarrollándose el acto médico de manera correcta y con un escrupuloso cumplimiento de la *lex artis*, si se manifiesta un riesgo propio del mismo, inevitable pero no informado, la actuación médica podrá ser censurada. Este cambio se fundamenta en la idea de la falta de traslación de la responsabilidad del daño, del médico al paciente. El facultativo, al no informar al enfermo sobre algo que éste debía conocer, no permite que adopte una decisión informada, por lo que autoriza una actividad sanitaria desde la ignorancia.

6. Las divergencias doctrinales en materia informativa se encuentran incluso en la base conceptual de esta figura, aspectos tales como la naturaleza del daño, los márgenes de la información, el titular y el obligado a la misma; siguen dando quebraderos de la cabeza. No obstante, desde la puesta en marcha de la idea, tanto la doctrina como la jurisprudencia han colaborado de manera muy estrecha, creando un clima de comodidad, dentro de este mar de confusiones. Prueba inequívoca de ello es la actitud coherente que ha demostrado tener el Tribunal Supremo en la última década, que ha permitido sentar unas bases jurídicas seguras, que han dado la oportunidad de crear unos cimientos firmes, a fin de sostener las dudas que ahondan en el tejado de esta construcción doctrinal.

CAPÍTULO IV
LA MEDICINA SATISFACTIVA

A modo de introducción:

La Medicina satisfactiva es un ejemplo más de la necesidad que tiene el ser humano de modificar su entorno y a sí mismo. Se trata de una evolución social que no sólo ha afectado a la ciencia médica, sino que debido a la interconexión del saber, ha trascendido también a la disciplina del Derecho.

Desde su primer enjuiciamiento, hasta prácticamente mediados de la década pasada, la naturaleza de la Medicina satisfactiva ha sido objeto de dudas, críticas y desacuerdos. Es por ello por lo que, aunque prácticamente puede asegurarse que a día de hoy existe una doctrina firme sobre los entresijos de esta relación sanitaria, lo cierto es que las discusiones siguen siendo intensas.

Lo que se pretenderá a lo largo del presente capítulo será precisamente aclarar estos aspectos, con la ayuda de la doctrina y de la jurisprudencia. Para ello iniciaremos este trabajo con un repaso a la división Medicina curativa y Medicina satisfactiva, relacionándola con aspectos como la obligación de medios y resultados, así como la información. Tras esta primera parte introductoria se analizarán las tres vertientes de la Medicina satisfactiva de manera independiente (cirugía estética, odontología y *wrongful conception*), con sus respectivos apartados conceptuales y fenomenológicos.

1. Medicina satisfactiva y Medicina curativa.

1. La Medicina satisfactiva es una noción que supera el concepto clásico de la Medicina, porque su finalidad no es curar, ya que no pretende devolver la salud al enfermo, sino que se centra en mejorar el cuerpo desde un punto de vista estético; bien buscando la belleza, bien la comodidad⁶⁴⁰.

Esta partición es fruto de una evolución social de la Medicina, en la que el paciente se torna cliente y considera insuficiente el simple restablecimiento de su salud. Es la búsqueda del bienestar, y no sólo de la sanidad, la que mueve a éste a someterse a un tratamiento, o incluso a una intervención quirúrgica, cuya única finalidad es embellecer un aspecto de su cuerpo que considera fuera de los estándares de belleza habituales. Junto con esta intención, también es posible encontrar operaciones cuyo único objetivo sea el de procurar el bienestar y la tranquilidad del paciente⁶⁴¹.

De esta breve explicación hemos podido comprender que existen dos vertientes diferenciadas de la Medicina, y que la distinción entre ambas se basa en la finalidad pretendida por cada una de ellas; se trata de una divergencia que trasciende del plano teórico al práctico. Hablamos de una separación necesaria, tal y como remarca MORENO NAVARRETE “En este sentido, la delimitación de la medicina curativa y satisfactiva viene determinada por la finalidad de la actividad médica que se persigue: si ésta se fundamenta en motivos de salud, de sanación, de mejora del paciente, hablaremos de

⁶⁴⁰ DE URBANO CASTRILLO apunta la idea de que la Medicina satisfactiva es una exigencia de la sociedad del bienestar en la que estamos inmersos, para lo cual la Medicina de mínimos (evitar daños) es insuficiente, siendo necesarias prestaciones positivas. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “La responsabilidad médica por el resultado: el caso de los odontólogos”, en *Diario La Ley*, nº 43, 2007, pps. 5 a 17; concretamente en página 7. ATAZ LÓPEZ lleva al extremo esta idea de las “prestaciones positivas”, hasta el punto de equiparar la cirugía estética a la Medicina curativa. Este autor se inclina por la idea de superar las barreras del concepto enfermedad como una degeneración orgánica o un proceso patológico, debiendo observarse también en afecciones psicológicas que pueden venir derivadas de un defecto físico. De esta manera la cirugía estética “calmaría” este padecimiento, por lo que se transformaría en curativa. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil ... op. cit.*, página 113.

⁶⁴¹ De esta misma opinión se muestra RODRÍGUEZ MARÍN cuando afirma que la Medicina satisfactiva no se limita únicamente a aquella variante de la cirugía cuya singular pretensión es el embellecimiento, sino que también abarca categorías médicas como la odontología, sobre todo en el ámbito protésico, así como aquellas intervenciones que alteran una función biológica, como puede ser la esterilización; pudiéndose incluso llegar a considerar como Medicina satisfactiva una intervención ocular con láser, a fin de paliar la miopía. RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, “Medicina satisfactiva”, en ORTI VALLEJO, Antonio (Director) y GARCÍA GARNICA, María del Carmen (Coordinadora), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pps. 281 a 341, página 283.

medicina curativa; si, dicha actividad, como dicen numerosas sentencias se funda en la esfera de la personalidad del sujeto, concretamente en el derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida, y en consecuencia, en la auto – disposición sobre el propio cuerpo, sin ningún atisbo en sus fines de mejora de la salud física (al margen de los efectos psicológicos positivos que la medicina voluntaria puede producir en el paciente), estaremos ante la medicina satisfactiva”⁶⁴².

LLAMAS POMBO añade a esta idea que la separación, no sólo es adecuada, sino que se trata de una estricta necesidad. Estima este autor que es vital diferenciar la Medicina curativa, de aquellos supuestos en los que se acomete una cirugía estética, una esterilización, un cambio de sexo, una extracción de órganos, etc⁶⁴³.

2. Esta subdivisión tiene una traducción práctica, tanto en el mundo de la Medicina como en el del Derecho, ya que las actividades médicas se reparten entre uno y otro. Tal y como hemos comentado al principio de la introducción, toda acción médica cuya finalidad sea el restablecimiento de la salud, o por lo menos la mejora de la misma, entraría dentro de la categoría de Medicina curativa; en la que, como la propia palabra lo dice, su pretensión es curar. Sin perjuicio de lo señalado, existen actuaciones que no buscan la sanación, sino una mejora desde un punto de vista estético, que son precisamente las que dan forma al concepto de “Medicina satisfactiva”. En esta categoría entran tres grupos de actos médicos: la cirugía estética en todas sus vertientes, la odontología observada desde una perspectiva estética y las esterilizaciones (ligadura de trompas y vasectomía).

2. Obligación de medios y obligación de resultados.

1. El término obligación (*obligatio*), proviene de la locución latina *obligare*, que conforma una palabra compuesta por *ob*, que podemos traducir como “alrededor”, y *ligare*, que sería “atar o sujetar”; es decir “atar alrededor”.

RUIZ SERRAMALERA define esta idea como “En sentido muy amplio, por obligación se entiende cualquier actividad que una persona ha de desarrollar en

⁶⁴² MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, “La responsabilidad civil en la medicina natural o satisfactiva”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Directores), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid 2009, pps. 523 a 545, página 525.

⁶⁴³ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Comentario a la sentencia de 25 de abril de 1994”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 36, 1994, pps. 1005 a 1019; concretamente en página 1014.

beneficio o a favor de otra, impulsado por una causa que le impone como deber concreto una prestación determinada; pero, en sentido jurídico, queda recortado este concepto en cuando deja fuera de su ámbito a la obligación moral como deber cuyo cumplimiento no es exigible”⁶⁴⁴.

2. Partimos del artículo 1.088 del Código Civil en el cual se establece que “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”. De este precepto derivan las diferentes categorías de obligaciones, y sin que proceda detenernos en las mismas, queremos destacar aquellas que podemos denominar obligaciones de medios y de resultado. Es esclarecedora la explicación de MALINVAUD sobre esta subdivisión a la que acabamos de hacer mención. De acuerdo con el criterio de este autor, que es el que seguiremos a lo largo del trabajo, los contratos de servicios, al ser exigencias de actividad, tan sólo requieren una actuación diligente por parte del obligado para que la deuda sea satisfecha, aunque no se logre el fin perseguido. Por su parte, las obligaciones de resultado suponen una plus en comparación con las anteriores, ya que además del indispensable despliegue de medios, necesitan la consecución de un objetivo, que se traduce en un resultado determinado⁶⁴⁵.

CABANILLAS SÁNCHEZ es esclarecedor al tratar la cuestión de estas dos vertientes de las obligaciones “Cuando la obligación es de actividad, el deudor está obligado a desarrollar a favor del acreedor una determinada conducta, encaminada a alcanzar el resultado esperado por el acreedor, que satisface su interés primario (v.gr., la curación, la victoria en el juicio, etcétera). Sin embargo, debido al carácter aleatorio o incierto de dicho resultado, el deudor no garantiza su obtención, y cumple si actuó con la diligencia debida para alcanzarlo. Si la obligación es de resultado, el deudor garantiza la obtención del resultado que constituye el interés primario del acreedor. La distinción entre los dos tipos de obligaciones se concreta en una diversa distribución del riesgo por la falta de realización del resultado esperado por el acreedor: si la obligación es de

⁶⁴⁴ RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones I*, Universidad Complutense, Madrid, 1981, página 11.

⁶⁴⁵ Concretamente este autor señala “Les obligations peuvent être de moyens ou de résultat. Cette distinction ne résulte pas de la loi mais de la jurisprudence, et elle a été en évidence par la doctrine. Elle repose sur le contenu de l’obligation, sur ce qui a été promis. L’obligation est de résultat lorsque le débiteur s’est engagé à obtenir un résultat détermine; elle est de moyens lorsque le débiteur a promis de mettre son activité au service du créancier, mais sans garantir que tel ou tel résultat sera obtenu. Comme toutes les classifications, celle – ci se combine avec la précédente. Ainsi, toutes les obligations de résultat parce qu’a été promis un résultat absolu, non susceptible, ne pas se servir ailleurs, etc”. MALINVAUD, Philippe, *Droit des obligations*, Litec, París, 1992, página 7.

actividad, el riesgo pesa sobre el acreedor, mientras que si la obligación es de resultado, el riesgo recae sobre el deudor”⁶⁴⁶.

De esta misma opinión se muestra JORDANO FRAGA cuando diferencia la cuestión que estamos tratando “En el primer caso – obligación de resultado – el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de este concreto resultado (*opus*: una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la constitución del vínculo obligatorio) el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste. En cambio, cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor del *facere*, se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente – diligencia que puede ser técnico – profesional o común –, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor – en lo debido por éste – el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego, teleológicamente enderezada”⁶⁴⁷.

LETE DEL RÍO y LETE ACHIRICA se decantan por esta misma corriente doctrinal cuando describen esta división “Se puede definir el *contrato de servicios* como aquel en que una de las partes se obliga a una prestación de servicios (es decir, de actividad, de esfuerzo humano o trabajo), sin consideración a su resultado, y la otra se compromete a remunerarlos”⁶⁴⁸. A lo que añaden “El *contrato de obra*, también llamado <<contrato de

⁶⁴⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, página 9.

⁶⁴⁷ JORDANO FRAGA, Francisco, “Obligaciones de medios y de resultado”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1, nº 45, 1991, pps. 5 a 96; concretamente en página 7. Este autor sigue una línea muy similar en otra publicación cuando señala “Obligación de actividad o de *facere* diligente significa, pues, que el resultado debido, cuya presencia determina el cumplimiento, es una conducta con arreglo a un modelo, técnico o no. La diferencia con las obligaciones de resultados (transporte, contrato de obra) estriba en que en éstas el contenido del resultado debido no se determina con arreglo a un modelo de conducta (art. 1.104 del C.c.), sino por la presencia o ausencia de un *opus*, de una alteración en el mundo físico (reparación, translación). De la misma manera que la ausencia del resultado, debido en las obligaciones de diligencia no es necesariamente incumplimiento (afirmación de la responsabilidad del deudor), pues la falta de actividad diligente o su inexactitud (negligencia, culpa) puede estar determinada por imposibilidad liberatoria, tampoco la ausencia de resultado (debido) en las obligaciones del mismo nombre, es por fuerza incumplimiento (responsabilidad), pues también puede estar determinado por imposibilidad liberatoria (cfr., p. ej.: art. 1.602 del C.c.). En cambio, en una y otra clase de obligaciones es la presencia del resultado debido – de diverso contenido en cada caso – la que sirve para indicar el cumplimiento y, por tanto, para excluir toda cuestión de responsabilidad”. JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, página 463. Idea compartida por LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1, nº 45, 1992, pps. 651 a 734; concretamente en página 653.

⁶⁴⁸ LETE DEL RÍO, José Manuel y LETE ACHIRICA, Javier, *Derecho de obligaciones* (volumen II), Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2006, página 504.

empresa>> (el Código civil lo denomina <<arrendamiento de obra>>), es aquel por el que una persona (empresario o contratista) se obliga a realizar una obra para otro (propietario o comitente), que se compromete a pagar por ella un precio cierto ...”⁶⁴⁹.

Por su parte PALAU BRETONES puntualiza la obligación de medios de forma muy concisa al señalar “El deudor cumple desplegando diligentemente la actividad, aunque no se consiga el resultado esperado”. La contrapone a la obligación de resultados al calificarla como “Sólo hay cumplimiento si el resultado se obtiene. Si el resultado no se produce, será el deudor quien deba demostrar el caso fortuito o de fuerza mayor. O sea, que por el hecho de no haberse alcanzado el efecto práctico debido, queda patente, sin más, el incumplimiento, y, a partir de éste, es el deudor quien ha de probar que no ha sido culpable”⁶⁵⁰.

3. Esta distinción entre obligaciones de medios y de resultado parece tener su origen en Francia, tal y como lo considera la doctrina francesa y gran parte de la española⁶⁵¹. No obstante, no faltan autores que estiman que el origen de esta división es más remota, debiéndonos retrotraer incluso al Derecho romano, a los efectos de encontrar los primeros atisbos de esta bipartición, cuando se llevaba a cabo la separación entre la obligación general de prudencia y la obligación concreta⁶⁵².

⁶⁴⁹ LETE DEL RÍO, José Manuel y LETE ACHIRICA, Javier, *Derecho de obligaciones ...op. cit.*, página 515.

⁶⁵⁰ PALAU BRETONES, Antonio, “Responsabilidad personal sanitario”, en *Diario La Ley*, nº 6, 1999, pps. 1 a 54; concretamente en páginas 4 y 5. Esta distinción, que trasciende del plano teórico, tuvo su primera aplicación jurisprudencial en materia de responsabilidad sanitaria en mayo de 1936, en la Corte de Casación Francesa (sentencia *Mercier*). En nuestro caso fue necesario aguardar hasta el año 1986 a fin de que el Tribunal Supremo aplicase esta división (sentencia de 26 de mayo de 1986), aunque ya se atisbaron tímidas alusiones en una resolución de 1950 (21 de marzo de 1950). GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad Civil Médica ... op. cit.*, página 75.

⁶⁵¹ CABANILLAS SÁNCHEZ se pronuncia a este respecto señalando, que aun a riesgo de errar, resulta más probable que el origen de esta división estuviese en Francia y no el Derecho romano, dado que los romanistas no hacían mención a esta distinción cuando analizaban las instituciones de Derecho. No obstante, no es ajeno a la diferenciación romana entre *locatio conductio operis* y *locatio conductio operarum*, aunque considera que ésta tenía carácter abstracto. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado ... op. cit.*, página 15.

⁶⁵² MAZEAUD, entre otros autores, sigue esta dirección. Este autor se basa en la consideración de que existían algunos contratos que resultaban especialmente arriesgados para el acreedor, como lo eran aquellos que implicaban la restitución de un bien. Con una finalidad garantista y protectora, los jurisconsultos romanos rozaron la superficie de las obligaciones de resultado, ya que de no reponerse el bien, la obligación no resultaría cumplida. Esto era distinto en otros contratos en los que el deber de la parte deudora se encontraba desdibujado, hasta el punto de que ésta no se comprometía a un hecho concreto, sino a realizar una labor de manera diligente. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado... op. cit.*, página 13. De una opinión similar se muestra MORENO QUESADA, que también observa un indicio primitivo de esta distinción en el Derecho romano “Se encuentra apuntada esta distinción en el Derecho romano clásico al estimar que ciertos contratos determinaban estrictamente la obligación del deudor, de tal manera que toda inexecución acarrearba su responsabilidad, resultando superflua cualquier apreciación de su conducta, pues sólo el caso fortuito – inexecución no debida a él – podía exonerarlo, mientras que en otros contratos la obligación del deudor no estaba determinada de una manera tan exacta, ya que prometía no un hecho preciso, un resultado determinado, sino un actuar de buena fe, una obligación de las que Gayo designaba como de *fides et diligentia*

Nos inclinamos por la idea de que, si bien la diferenciación histórica entre estas dos opciones obligatorias la podemos encontrar en el Derecho romano, ésta alcanzó su plenitud en Francia, donde aparece perfilada a finales del siglo XIX, probablemente por una analogía con el Derecho penal y los delitos formales y materiales⁶⁵³.

Las discusiones en torno a esta idea de tanta tradición histórica, llegan incluso a poner en tela de juicio la necesidad de la misma. En primer lugar, los partidarios de la división consideran que su utilidad radica en que ésta se encuentra en consonancia con la intención de las partes contratantes, ya que se centra en el compromiso que efectúa el deudor y que asume el acreedor. Por otro lado, los detractores a esta subdivisión estiman que ésta da lugar a una visión errónea de la realidad, ya que es imposible una partición radical y meridiana de los dos tipos de obligación⁶⁵⁴.

La discordia alcanza grados de tal magnitud, que autores como ESMEIN han llegado a considerar que existe un *tertius genus*. Esto es, una categoría híbrida que se encuentra entre las dos variantes históricas, y que constituiría una obligación de resultados atenuada, en la que la culpa del deudor no cumplidor se presumiría, teniendo éste la posibilidad de exonerarse de responsabilidad, siempre que probase la diligencia en sus actuaciones⁶⁵⁵.

4. La razón de ser que justifica los párrafos precedentes reside en que la distinción entre obligación de medios y de resultado, se encuentra estrechamente

praestare; en ellas sí que hay lugar a buscar si el deudor ha actuado, o no, de buena fe”. A pesar de lo señalado, este autor considera, que si bien la división quizás ya existía desde épocas romanas, ésta no tuvo relevancia en el mundo jurídico hasta un momento posterior en el tiempo. MORENO QUESADA, Bernardo, “Problemática de las obligaciones de hacer”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 60, 1976, pps. 467 a 502; concretamente en página 474. Más crítico se muestra DE ÁNGEL YÁGÜEZ al considerar insuficiente esta distinción, no ya para diferenciar las obligaciones de medios de las de resultado, sino también para abarcar la subdivisión existente entre la Medicina curativa y la satisfactiva. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “El <<resultado>> en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?”, en *Estudios de Deusto*, vol. 53, nº 2, 2005, pps. 49 a 101; concretamente en página 60.

⁶⁵³ Del mismo modo que el origen de esta distinción es polémico, tampoco hay consenso sobre la persona que introdujo esta teoría en Francia, de forma que autores como CABANILLAS SÁNCHEZ niegan que fuera DEMOGUE el responsable de ello, limitándose el protagonismo de este jurista a destacar esta división, así como su importancia DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, T. V, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado ... op. cit.*

⁶⁵⁴ Algunos sectores doctrinales, aunque no llegan a negar la distinción, apuntan que las pautas de la misma deben ser otras. Destacan entre otros MAZEAUD, con su criterio de obligaciones determinadas y de prudencia, TUNC con la consideración de que la diferencia entre medio y resultado tiene la finalidad distintiva en el objeto de las obligaciones y no en la naturaleza de la misma; y finalmente SAVATIER que propone su propia categorización con las obligaciones de cuidado y las de resultado. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado ... op. cit.* Por su parte, autores como MORENO QUESADA consideran que el elemento clave en el que se fundamenta la bipartición no es otro que la “alea” del resultado, de encontrarse éste bajo el arbitrio y designios del azar, la obligación sería de medios, de lo contrario, de resultado. MORENO QUESADA, Bernardo, “Problemática de las obligaciones de hacer” ... *op. cit.*; concretamente en página 475.

⁶⁵⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado ... op. cit.*, página 34.

relacionada con la división existente entre Medicina curativa y Medicina satisfactiva. La Medicina curativa se equipara a las obligaciones de medios, mientras que la Medicina satisfactiva lo hace con las de resultado. No obstante lo señalado, tal y como veremos a lo largo del presente capítulo, esta separación es polémica hasta el punto considerarse infundada. No en vano, es cuanto menos difícil llegar a barajar la posibilidad de que la Medicina, en cualquiera de sus vertientes (a excepción de supuestos tasados), pueda conformar una relación obligatoria de resultado, al concurrir en su propia naturaleza un elemento azaroso, como lo es el cuerpo humano.

A fin de fundamentar esta afirmación, es necesario acudir a la etimología del vocablo latino *medicus*, derivado del griego *medeo*, que puede traducirse como “cuidar”. El término “cuidar” no significa “curar”, lo que evidencia que el facultativo, tal y como su propio nombre indica, se encuentra obligado a utilizar todos los medios a su alcance para tratar al paciente y “cuidarlo”, pero no tiene el deber de “curarlo”. Si trasladamos esta afirmación al ámbito de las obligaciones que estamos analizando, podemos traducir los elementos “cuidar” y “curar” como una manifestación de los contratos de servicio y obra, respectivamente. De ello debe entenderse, que de acuerdo con la propia denominación del profesional médico, éste se encuentra vinculado en su actuación por una relación de medios y no de resultados⁶⁵⁶. Huelga señalar, que la cuestión relativa al despliegue de las obligaciones con la debida diligencia, también deriva del carácter culpabilístico de nuestro sistema de responsabilidad, salvo excepciones puntuales.

En primer lugar partimos de la regla general, por la que consideramos que toda actividad médica es una obligación de medios o contrato de servicios, tal y como se desprende de las palabras de SÁNCHEZ GÓMEZ “La asistencia médica conforma una obligación positiva de hacer, *ex* artículo 1.088 del Cc. En efecto, el facultativo queda obligado a un *facere*, lo que significa que ha de prestar al paciente los cuidados y atenciones médicas necesarias, a fin de lograr la satisfacción de su interés. Dentro de esa actividad de asistencia, adquieren especial trascendencia los actos de diagnóstico y

⁶⁵⁶ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho (Sobre el contrato de servicios médicos)” ... *op. cit.*; concretamente en página 280. Este autor considera que la relación obligatoria por la que se ve vinculado el médico tiene precisamente, y en base al nombre de su propia profesión, naturaleza de medios y no de resultados; con algunas singularidades. Opinión compartida por JARAMILLO J., al apuntar que aquello que hace que la obligación médica sea de medios, “el alea”, no se encuentra presente en estas especialidades concretas. JARAMILLO J., Carlos Ignacio, *Responsabilidad Civil Médica* ... *op. cit.*, página 394.

tratamiento”⁶⁵⁷. Considera esta autora que en la actividad médica concurre un elemento aleatorio que acarrea la imposibilidad de concretar un resultado. Incluso en aquellas intervenciones o tratamientos calificables como “menores”, factores como la edad, la predisposición genética del paciente o sus hábitos, conforman circunstancias alteradoras de la pretensión de la actividad médica, conocidas como “factor reaccional del paciente”.

Aunque la regla general sea considerar el acto médico como una obligación de medios, esta idea no debe llevarse al extremo, dado que existen algunas actuaciones mínimas y específicas que son perfectamente calificables como obligaciones de resultados, tales como los estudios radiológicos y los análisis de sangre⁶⁵⁸. Sin embargo, junto a estos supuestos concretos existen tres categorías médicas, que parte de la doctrina llega a considerar como contratos de obra: la cirugía estética, la odontología (en el mismo sentido estético) y la esterilización⁶⁵⁹.

5. Aunque en ocasiones la actitud del Tribunal Supremo sobre esta cuestión parece vacilar, en la actualidad se rige por la idea del contrato de servicios⁶⁶⁰. Parte el

⁶⁵⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, página 106. No obstante, esta autora se inclina por una postura ecléctica por la cual el contrato de servicios médicos no conforma ni un contrato de obra, ni de servicios, sino que da lugar a una categoría propia, a un contrato *sui generis*, debido a la naturaleza del mismo y las actividades éste engloba.

⁶⁵⁸ Así lo considera también CABANILLAS SÁNCHEZ cuando califica estas actuaciones como “obras intelectuales”, actividades con entidad propia ajena al diagnóstico, a las que añade este autor todas las relacionadas con la realización de prótesis (miembros ortopédicos, dentaduras, marcapasos, sistemas de anticoncepción, etc). CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado ... op. cit.*, páginas 71 y 72. Opinión compartida por SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios ... op. cit.*, página 137 y FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería) ... op. cit.*, páginas 56 a 60.

⁶⁵⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ es testigo de esta dicotomía al señalar “Mayores dificultades suscita la configuración de la cirugía estética y reparadora, no existiendo unanimidad en la doctrina a la hora de considerar esta especialidad como generadora de una prestación de actividad o de resultado”. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado ... op. cit.*, páginas 72 y 73.

⁶⁶⁰ Prueba inequívoca de la línea seguida son las siguientes sentencias que mencionaremos, en las que el juzgador sigue una doctrina muy marcada, fiel al principio de que la relación médica es una obligación de medios, y no de resultados. Las resoluciones son las siguientes: sentencia de 23 de marzo de 2001 (Sala Primera, recurso 954/1996, ponente González Poveda), sentencia de 11 de junio de 2002 (Sala Primera, recurso 3951/1996, ponente Almagro Nosete; resolución también analizada desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad, en el capítulo correspondiente), sentencia de 7 de abril de 2003 (Sala Primera, recurso 2688/1997, ponente Romero Lorenzo), sentencia de 25 de marzo de 2004 (Sala Primera, recurso 1449/1998, ponente Martínez – Pereda Rodríguez; resolución también analizada desde la perspectiva del derecho de información, en el capítulo correspondiente), sentencia de 23 de septiembre de 2004 (Sala Primera, recurso 2656/1998, ponente González Poveda), sentencia de 30 de diciembre de 2004 (Sala Primera, recurso 3436/1998, ponente Ferrándiz Gabriel), sentencia de 24 de marzo de 2005 (Sala Primera, recurso 4088/1998, ponente García Varela), sentencia de 23 de marzo de 2006 (Sala Primera, recurso 3189/1999, ponente García Varela), sentencia de 23 de mayo de 2006 (Sala Primera, recurso 2761/1999, ponente Xiol Ríos), sentencia de 26 de julio de 2006 (Sala Primera, recurso 3442/1999, ponente Sierra Gil de la Cuesta), sentencia de 4 de octubre de 2007 (Sala Primera, recurso 4813/2000, ponente Sierra Gil

Alto Tribunal de que toda actividad médica conforma una obligación de medios y no de resultados, y aunque en ocasiones se separa de esta idea general para los supuestos antes mencionados, lo realiza de manera desdibujada y en casos puntuales. Concretamente, lo que parece señalar el juzgador respecto de la Medicina satisfactiva, es que sigue siendo una obligación de medios, pero con mayores exigencias. Es decir, requiere un añadido de diligencia, pero no se transforma la actividad de medios en una de resultados.

MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ resumen la actitud del Tribunal Supremo ante la Medicina satisfactiva, como una obligación de medios cualificada. Ésta se encuentra dentro del contrato de servicios, pero tomando como base la falta de necesidad, se impone una mayor diligencia e información en el despliegue del acto⁶⁶¹.

DOMÍNGUEZ MARTÍN considera que estamos ante una categoría híbrida entre obligaciones de resultados y de medios. Las operaciones en cirugía estética no son imperiosas, algo que las equipara al contrato de obra, pero al tratarse de una actividad quirúrgica en la que media el azar, ésta no puede desprenderse del contrato de servicios. Estima esta autora que se trata de una esfera jurídica que se encuentra entre estas dos opciones y que comparte características propias de ambas, ya que aunque cualquier actividad desarrollada en el ámbito de la cirugía estética, esterilización y odontología, se acerca más a las obligaciones de resultado, el azar que supone tratar al ser humano, hace imposible el contrato de obra. Sin embargo, ello no obsta para que se exijan una serie de pautas y garantías añadidas, como lo pueden ser, bien un grado de diligencia mayor, bien una información más completa, que abarque todos los aspectos de la intervención o tratamiento a desarrollar⁶⁶².

de la Cuesta), sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008 (Sala Primera, recurso 4984/2000, ponente Seijas Quintana), sentencia de 10 de junio de 2008 (Sala Primera, recurso 2897/2002, ponente Xiol Ríos; resolución también analizada desde la perspectiva del derecho de información y la omisión de medios, en los capítulos correspondientes), sentencia de 29 de julio de 2008 (Sala Primera, recurso 541/2002, ponente Xiol Ríos).

⁶⁶¹ MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception)”, en *Diario La Ley*, nº 2, 2001, pps. 1640 a 1648; concretamente en página 1647.

⁶⁶² DOMÍNGUEZ MARTÍN, Almudena, “La cirugía estética como obligación de resultados”, en *Lex Nova*, nº 52, 2008, pps. 36 a 39; concretamente en página 36. RAGEL SÁNCHEZ por su parte asegura “No es lo mismo acudir a un profesional de la medicina no estando sano y contratar la realización de una intervención quirúrgica para tratar de *curar una enfermedad grave*, que acudir al profesional estando perfectamente sano, buscando en la actividad médica el remedio de un problema estético o es que el médico *altere un estado físico* del otro contratante. Mientras que en el primer supuesto se habla de *paciente o enfermo*, en cuyo caso el médico no puede prometer el resultado favorable, sino que hará todo lo posible por obtener ese buen fin, en el segundo supuesto se habla de *cliente*, en cuyo caso el profesional debe garantizar que *obtendrá un estado físico diferente*, más a gusto con las preferencias particulares del otro contratante. En esta última modalidad contractual relacionada con la *medicina satisfactiva* se promete un resultado, pues si no fuera así, sólo se arriesgarían a contratar este tipo de intervenciones, y desembolsar los varios cientos de miles de pesetas que cuestan, los jugadores más empedernidos o las personas a quienes les molesta tener mucho dinero”. RAGEL SÁNCHEZ, Luis – Felipe,

CABANILLAS SÁNCHEZ, al igual que los autores anteriores, parte de la idea de que el acto médico, salvo excepciones, es una obligación de medios; tal y como señala “No creemos que el hecho de que la operación sea o no estrictamente estética, sea un criterio útil para configurar la obligación como de resultado o de actividad”⁶⁶³. Este autor afirma que el carácter de la actividad médica o quirúrgica, carece de la entidad suficiente como para modificar la naturaleza de la relación obligatoria que la engloba. A fin de que ello se diese, sería necesaria la concurrencia de elementos añadidos en la relación médico – paciente, tal y como veremos a lo largo del análisis fenomenológico; pudiendo ser un ejemplo de ello, la garantía de la obtención de un resultado concreto.

RIBOT IGUALADA trata de manera expresa estas dos vertientes de la Medicina que estamos comentando al señalar “En relación a los supuestos de cirugía estética, la mera constatación de que no se ha alcanzado el resultado previsto no ha servido para que el Tribunal Supremo considerara incumplido el contrato e hiciera responsable al médico de los daños y perjuicios causados. Eso explicaría que la doctrina sólo aventure que existe una <<predisposición a admitir la aproximación [a la obligación de resultado], aunque sin dejar de afirmar que seguimos en presencia de obligaciones de medios>>”⁶⁶⁴.

LLAMAS POMBO acude a una teoría intermedia, al considerar que los actos de Medicina satisfactiva dan lugar a relaciones médico - paciente, que aun manteniéndose dentro de los límites de las obligaciones de medios, cuentan con muchos puntos en común con los contratos de obra. Asevera este autor “Y afirma que, en estos últimos supuestos, el contrato no pierde su carácter de arrendamiento de servicios, pero <<se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra>>, para exigir una mayor garantía en la obtención del resultado. La obligación, insiste, sigue siendo de medios, pero se intensifica, incrementado el alcance del deber de información, que ha de extenderse también a los riesgos de la intervención, las posibilidades de éxito, y los cuidados, actividades y análisis precisos para el aseguramiento de dicho objetivo. La justificación de tal afirmación, incuestionable a nuestro juicio, es que si así no

“Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 1997”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 44, 1997, pps. 663 a 674; concretamente en página 67.

⁶⁶³ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado ... op. cit.*, página 73.

⁶⁶⁴ RIBOT IGUALADA, Jordi, “Comentario a la sentencia de 22 de julio de 2003”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 64, 2004, pps. 395 a 418; concretamente en página 401.

sucediera, el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada”⁶⁶⁵.

GALÁN CORTÉS aboga por esta misma idea, al considerar que la obligación del cirujano plástico es un contrato de servicios, pero con requerimientos añadidos en materia informativa, siendo la única excepción a esta regla, la ya mencionada garantía del resultado. Concretamente afirma este autor “En nuestra opinión, la obligación del cirujano estético ha de ser calificada como una obligación de medios <<acentuada>>, salvo que se haya comprometido un <<resultado>>, pues su condición no puede ser peor que la de cualquier otro tipo de cirujano, en cuanto en esta cirugía también interviene el azar o elemento aleatorio, consustancial a toda actuación quirúrgica, dada la incidencia, en su evolución posterior, de múltiples y variados factores endógenos y exógenos que pueden truncar el fin o resultado perseguido. Y es precisamente esa especial y rigurosa obligación de informar al cliente, la que hace que maticemos como <<acentuada>> su genérica obligación de medios, por mucho que la doctrina jurisprudencial, en nuestro criterio, por un claro error de conceptos, considere su ejercicio como propio de las obligaciones de resultado”⁶⁶⁶.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ afirma con contundencia que la actividad médica siempre conforma una obligación de medios (salvo las contadas excepciones que todos conocemos), y que por lo tanto, la no consecución de un objetivo pretendido no es suficiente a fin de condenar a un profesional médico, requiriéndose que el demandante pruebe la culpa del mismo, traducida en la vulneración de la *lex artis*⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Comentario a la sentencia de 25 de abril de 1994” ... *op. cit.*; concretamente en página 1014.

⁶⁶⁶ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado* ... *op. cit.*, página 268. Línea doctrinal seguida por SEOANE SPIEGELBERG, quien también considera que la garantía del resultado es un elemento clave a los efectos de tornar un contrato de servicios en uno de obra. SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “Apuntes sobre la responsabilidad civil médica: su tratamiento ante los tribunales”, en BELLO JANEIRO, Domingo (Coordinador), *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria* ... *op. cit.*, pps. 61 a 109, página 73. Opinión similar a la de VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, página 39; y RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, “Medicina satisfactoria”, en ORTI VALLEJO, Antonio (Director) y GARCÍA GARNICA, María del Carmen (Coordinadora), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos* ... *op. cit.*, página 292.

⁶⁶⁷ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “El <<resultado>> en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?”... *op. cit.*; concretamente en páginas 51 y 52. Siguen esta misma línea doctrinal LÓPEZ MENUDO, Francisco y GUICHOT, Emilio, “Esterilización frustrada. ¿Responsabilidad administrativa?”, en *Administración de Andalucía: revista andaluza de Administración Pública*, nº 40, 2000, pps. 101 a 132; concretamente en página 114; MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio, “El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. A propósito de la sentencia de 11 de mayo de 2001”, en *Diario La Ley*, nº 6, 2001, pps. 1587 a 1602; SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios* ... *op. cit.*, página 150; GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*,

Por su parte, PLAZA PENADÉS presenta una perspectiva interesante, por la cual equipara la no consecución del objetivo pretendido en la cirugía estética, a la noción del daño desproporcionado, basándose en que media una presunción de negligencia cuando no se alcanza el resultado habitual. Considera que el fin lógico de algunas intervenciones de este tipo, sin conformar un contrato de obra, se encuentra más o menos acordado. De no lograrse, o de llegar a obtenerse algo muy alejado del objetivo principal (por ejemplo, que exista un embarazo tras una esterilización), se daría un supuesto de daño desproporcionado, susceptible de indemnización⁶⁶⁸.

6. Aunque de las anteriores páginas pueda desprenderse una cierta regularidad, así como una corriente doctrinal pacífica, lo cierto es que esta cuestión no se encuentra libre de toda polémica, dado que un amplio sector doctrinal se mantiene firme en la idea de que la Medicina curativa tiene naturaleza de medios, mientras que la satisfactiva es de resultados. De esta opinión se muestra DE URBANO CASTRILLO cuando a este respecto, aunque observado desde una perspectiva penal, señala “En cambio, la cirugía estética y la odontología exigen resultados. Y la no obtención del resultado al que se aspira, antes al contrario, la producción de otro resultado no querido, activa las posibilidades de la exigencia penal”⁶⁶⁹. Entiende este autor que el elemento clave de la Medicina no curativa se encuentra en la exigibilidad del resultado, de forma que, la no consecución de lo pretendido, comporta la vulneración del contrato que vincula a las dos partes.

Algo similar permite entrever MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, cuando señala que el patrón de corte de ambas vertientes de la Medicina es distinto “La sociedad reacciona de modo muy diferente ante uno y otro caso. Frente al profesional del arte médico que interviene en una necesidad concreta, determinada por el grave peligro de muerte, el dolor o la enfermedad, el medio social presenta tal actuación no sólo legítima y justificada, sino que incluso la proclama excelsa, al paso que la actuación quirúrgica

Lex Nova, Valladolid, 2002, página 55 y BADENAS CARPIO en BADENAS CARPIO, Juan Manuel, “La responsabilidad civil médica”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Lecciones de responsabilidad civil*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pps. 251 a 270, página 263.

⁶⁶⁸ PLAZA PENADÉS, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria ... op. cit.*, páginas 65 a 67.

⁶⁶⁹ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “La responsabilidad médica por el resultado: el caso de los odontólogos” ... *op. cit.*; concretamente en página 9. Esta divergencia doctrinal no sólo nos la encontramos a nivel interno, sino también a nivel internacional. En países como Italia, por ejemplo, la obligación se considera de medios, a diferencia de lo que ocurre en Francia, donde esta Medicina se concibe en el seno de un contrato de obra.

de pura finalidad estética se contempla y juzga bajo unos patrones muy diferentes”⁶⁷⁰. Este autor se pronuncia en la misma línea que el anteriormente comentado, señalando que lo que vincula al cirujano plástico con el paciente, no es únicamente el deber de utilizar todos los medios a su alcance y cumplir el deber de informar, sino alcanzar lo pactado para con el cliente⁶⁷¹.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, aunque se inclina por esta misma idea, lo hace de forma más matizada “No obstante, se admite que en determinados supuestos cabe tipificar el contrato en cuestión como un arrendamiento de servicios, que generan una obligación de medios, pero no de resultados. No obstante, se admite que en determinados supuestos cabe tipificar el contrato en cuestión como un arrendamiento de obra, de cuyo correcto resultado debe responder el arrendador: colocación de prótesis dentales, análisis clínicos, graduaciones ópticas, operaciones de estética. Dentro de esta categoría de prestaciones sanitarias cabe incluir las diversas intervenciones encaminadas a conseguir un control de natalidad: ligadura de trompas, vasectomía, instalación de aparatos como el DIU. En estos últimos supuestos la jurisprudencia ha venido a reconocer, en mayor o menor grado, con mayor o menor coherencia, la existencia de elementos propios del contrato de obra o una cierta cercanía al mismo, que supone, al menos, una mayor garantía del resultado programado”. Si bien este autor sigue la misma línea que mantienen los antes mencionados, lo cierto es que no llega a afirmar tajantemente que la cirugía estética conforme un contrato de obra, y en su lugar señala que esta actividad médica tiende a tener ese carácter y que requiere una mayor garantía de resultado⁶⁷².

Por su parte, BLANCO PÉREZ – RUBIO considera que en principio, la Medicina satisfactiva es una obligación de resultado, salvo que la misma no tenga como única finalidad la de embellecer el cuerpo o variar algún tipo de función biológica por mero capricho, sino que su intención sea la de paliar una afección psicológica, cuyo origen

⁶⁷⁰ MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La cirugía estética y su responsabilidad*, Comares, Granada, 1997, página 265.

⁶⁷¹ MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La cirugía estética y su responsabilidad ... op. cit.*, página 268. Sin embargo, quizás la distinción realizada por este autor, a pesar de que sigue la línea marcada por el anterior, puede encontrarse algo desdibujada, en la medida en que llega a barajar que toda actividad médica, incluida la curativa, pueda ser de un contrato de obra. Baza la mencionada afirmación en el hecho de que cuando un paciente tiene una afección, como por ejemplo una apendicitis, siempre y cuando ésta sea evidente por la sintomatología (partiendo así del diagnóstico correcto), el médico tiene el deber de practicarle una extirpación, lo que para este autor conformaría un contrato de obra, y por tanto, un resultado obligado (la extirpación). Ahora bien, nada señala al respecto del buen desarrollo de las actuaciones.

⁶⁷² BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo, “Comentario a la sentencia de 24 de septiembre de 1999”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 52, 2000, pps. 195 a 206; concretamente en página 203.

radique en una deformidad física. Concretamente señala esta autora “En relación con esta cuestión de la naturaleza de la obligación del médico en la medicina voluntaria, no existe una postura unánime en la doctrina. Así, algunos autores consideran que, sin ninguna duda, las intervenciones que se practican en el campo de la medicina voluntaria se encuadran dentro de las obligaciones de resultado, a excepción de determinados supuestos de intervenciones que traten de corregir deformidades físicas que afectan psíquica y funcionalmente a la persona del paciente, en cuyo caso el médico está determinado solamente por una obligación de diligencia, no configurándose, en consecuencia, un contrato de obra, sino un contrato de servicios”⁶⁷³. Entendemos que esta autora considera que existen dos variantes dentro de la Medicina voluntaria, aquella cuya finalidad es embellecer el cuerpo o variar alguna función física por motivos de comodidad, y la que tiene una función terapéutica. En el segundo de los supuestos se pretende paliar un defecto físico que tiene la suficiente entidad como para provocar un daño psicológico en el paciente. Aunque esta subdivisión tenga un fin equitativo y protector, subyace en ella un elemento caprichoso que la hace especialmente sensible a abusos. La intención de la intervención, de acuerdo con lo establecido por la actora, sería la búsqueda de la salud mental perturbada por un defecto físico importante, algo que nos hace entrever una mayor voluntad curativa que satisfactiva. Precisamente por esta cuestión serían necesarios unos parámetros de medición muy estrictos. No en vano, la baremación no podría hacerse de acuerdo con la afectación psicológica del paciente, ya que lo que para un sujeto sería un simple defecto, para otro podría ser algo de extrema gravedad.

7. Esta división, en cuanto obligaciones de medios y de resultado en la Medicina, puede tener un origen evolutivo más que dogmático. Tanto el Tribunal Supremo como la doctrina, han ido matizando sus opiniones con el paso del tiempo, prueba de ello es que son precisamente las primeras resoluciones las que mantienen posturas más llamativas⁶⁷⁴.

⁶⁷³ BLANCO PÉREZ – RUBIO, Lourdes “El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva”, en LLAMAS POMBO, Eugenio (Coordinador), *Estudio de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (volumen I), La Ley, Madrid, 2006, pps. 175 a 198, página 178. Opinión a su vez compartida por ARENAS ALEGRÍA, al considerar esta autora que la división Medicina curativa y satisfactiva también encuentra su razón de ser en la naturaleza de la actuación que las atañe. ARENAS ALEGRÍA, Cristina, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de la administración. Especialidades en la medicina satisfactiva y su relación con la garantía de resultado”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina ... op. cit.*, página 135.

⁶⁷⁴ Un ejemplo de ello es el siguiente autor que estudiaremos, RAMÍREZ, que en el año 1960 señaló a este respecto “No puede bastar, pues, en tal caso, para eximirse de responsabilidad, que el cirujano haya

Del análisis doctrinal desarrollado, y del fenomenológico que efectuaremos, podrá observarse que salvo contadas excepciones, la norma general es la de considerar la cirugía estética una variante más de la Medicina (aunque satisfactiva), de lo que parece poder deducirse que es una obligación de medios, con algunas especialidades que le son propias (información, etc.)⁶⁷⁵.

3. La información.

1. La división Medicina satisfactiva / curativa influye también en el elemento información, ya que de acuerdo con lo que hemos comentado con anterioridad, a pesar de que la actividad médica voluntaria no da lugar a una obligación de resultados, lo cierto es que sí que conforma un contrato de servicios con mayores exigencias, y un ejemplo de las mismas es la informativa.

El Derecho a la información, recogido en el artículo 4 de la Ley 41/2002, deriva del precepto constitucional número 43, en el que se reconoce el derecho a la salud. Todo paciente tiene el derecho a ser informado sobre la intervención o tratamiento al que va a ser sometido, de su naturaleza, sus limitaciones, sus posibles desenlaces, los márgenes de error, así como los resultados adversos.

2. Dejando a un lado las cuestiones de la forma (escrita o verbal), estudiadas en el capítulo correspondiente, extraemos de las líneas anteriores que la información que debe recibir el paciente ha de ser completa, veraz y comprensible. Sin embargo, ésta

puesto en ejercicio su pericia y diligencia. Al aceptar la operación estética con una finalidad concreta, ha de responder del *resultado* objeto de contrato. De partir del supuesto de que el resultado apetecido y prometido escapaba a su poder, su misión era clara si no quería incurrir en culpa: rechazar la operación, no aceptar el contrato. Desde el momento en que lo aceptó, y se vino a transformar la nariz, o los pechos, o las piernas, etc., con arreglo a cierto modelo, su misión era clara y contundente: conseguir el fin buscado. El fracaso operatorio ha de serle, pues, imputable. Y responder, por ende, de todas sus consecuencias". RAMÍREZ, José A., "La cirugía estética y el derecho", en *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3, 1960, pps. 195 a 240; concretamente en página 231. Junto al mencionado autor se encuentra BORRAJO AGUADO, quien también considera que la división entre Medicina curativa y satisfactiva encuentra su razón de ser en la naturaleza de las obligaciones (medios y resultados respectivamente). AGUADO BORRAJO, Pilar, "Cirugía estética. Origen y evolución. Cuestiones jurídicas", en *Archivos de la Facultad de Medicina de Zaragoza*, nº 48, 2008, pps. 50 a 58; concretamente en página 55. Opinión compartida por OSSORIO SERRANO, quien se inclina por considerar la actividad médica desplegada en la cirugía estética como un contrato de obra, cuyo incumplimiento lleva aparejado un reproche, independientemente del grado de diligencia con el que se haya desarrollado la actividad. OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, *Lecciones de Derecho de Daños*, La Ley, Madrid, 2011, página 133.

⁶⁷⁵ Como prueba inequívoca de la que la divergencia de opiniones en materia de Medicina satisfactiva y curativa tiene su origen en la evolución misma de la doctrina, conviene que lo comparemos con el desarrollo que sufrió el concepto en la jurisprudencia. Tenemos conocimiento, y de hecho podremos observarlo, que hasta el año 2005 la jurisprudencia se encontraba vacilante ante la distinción de las obligaciones de medios y de resultado. Sin embargo, a raíz de la mentada fecha se adoptó una pauta unívoca, que es precisamente la que hasta ahora hemos mantenido.

tiene un límite: los riesgos muy remotos. Si el enfermo ha de someterse a una actividad médica para salvar su vida o para mejorar su salud, una información excesiva sobre peligros poco habituales podría ser desmedida, hasta el punto de hacer que éste se negase a la terapia. Esto es distinto en los supuestos de Medicina satisfactiva, en los que no es la necesidad lo que mueve al paciente a acudir a una terapia médica, sino su intención de mejorar algún aspecto de su vida, concretamente físico.

Precisamente por esta circunstancia, es necesario que la información que en Medicina satisfactiva recibe el paciente sea lo más completa posible, ya que será ésta la que le permita tomar una decisión correcta. Al no existir el elemento necesidad, la contraposición de los riesgos frente a los beneficios es lo único que le permite al cliente discernir sobre la conveniencia de someterse a una concreta actividad médica satisfactiva. De lo contrario, de no ser informado sobre un riesgo, que aunque muy remoto sea posible, éste no asumirá esa contingencia y tampoco los daños derivados de la misma.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ considera que el mayor nivel de información exigido al facultativo que despliega sus actividades en el marco de la Medicina satisfactiva, se fundamenta en el mero hecho de que ésta se asemeja más a un contrato de obra, que a uno de servicios; pero sin llegar a traspasar esa frontera⁶⁷⁶.

GALÁN CORTÉS completa las palabras de este autor, al asegurar que la obligación informativa es aplicable a todo tipo de actos médicos, pero que ésta debe acentuarse en la Medicina satisfactiva para que el paciente pueda ejercer en plenitud su “derecho de autodeterminación”. Los fines cosméticos y no curativos, son precisamente los que definen esta necesidad⁶⁷⁷.

La información no es solo necesaria, sino crucial en la relación sanitaria. El médico está obligado a detallar a su paciente sus circunstancias de salud (su enfermedad), así como las posibles terapias, con sus beneficios y riesgos. Este escenario también debe darse en la Medicina satisfactiva, pero en el mismo subyace una importante diferencia: no hay una necesidad terapéutica que apremie al paciente. Ello debe traducirse en que los únicos factores de decisión que tiene el cliente, son precisamente los datos que el médico le ha dado sobre la viabilidad de la intervención o tratamiento, sus riesgos, alternativas, etc. Con estas exigencias añadidas se evitan

⁶⁷⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “El <<resultado>> en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?” ... *op. cit.*; concretamente en página 80.

⁶⁷⁷ GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 21 de octubre de 2005” ... *op. cit.*; concretamente en página 1446.

tentaciones de no mencionar peligros o limitaciones de las cirugías no necesarias como estrategia de mercado, así como la posibilidad de garantizar un resultado. Cualquiera de estas dos circunstancias se vería reprochada, independientemente del grado de diligencia con el que se hubiese desarrollado el tratamiento o la cirugía⁶⁷⁸.

Sobre esta idea de falta de necesidad, voluntariedad y ausencia de premura se pronuncia SANCHO GALLARDO, al apuntar que al no ser necesaria la cirugía, la información debe tener la vocación de abarcar todos los aspectos de la operación o tratamiento, a los efectos de que el paciente sea plenamente consciente de aquello a lo que se enfrenta. Este autor da un paso más al señalar además, que una omisión informativa se considerará en un vicio del contrato⁶⁷⁹.

MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ justifica esta responsabilidad del personal sanitario en Medicina satisfactiva, indistintamente del grado de diligencia, en una “compensación”. El cirujano que no informa en un supuesto en el que no hay necesidad o urgencia, incumple sus obligaciones, por lo que de manifestarse un daño, aunque sea habitual e inevitable, éste será el único responsable⁶⁸⁰.

A fin de cerrar esta cuestión, LLAMAS POMBO asienta las bases que diferencian la Medicina satisfactiva de la curativa, más allá de la frontera terapéutica. Es precisamente la información, la pauta que permite escindir la Medicina curativa de la satisfactiva. De ello se desprende que el confín informativo en la cirugía estética se encuentra en los límites de la ciencia, a diferencia de lo que ocurre en la Medicina necesaria, en la que el umbral de la información sólo alcanza los riesgos remotos⁶⁸¹.

Finalizamos este apartado de la información con una advertencia que hace GALÁN CORTÉS: el cumplimiento de la obligación de informar no es una “patente de corso”, de la que deba entenderse que cualquier daño informado que se produzca deba ser asumido por el paciente. El mero consentimiento no exime al médico de desplegar sus actividades cumpliendo los requisitos de la *lex artis*⁶⁸².

⁶⁷⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Almudena, “La cirugía estética como obligación de resultados” ... *op. cit.*; concretamente en página 37.

⁶⁷⁹ SANCHO GALLARDO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en página 12.

⁶⁸⁰ MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La cirugía estética y su responsabilidad* ... *op. cit.*, página 282.

⁶⁸¹ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Comentario a la sentencia de 25 de abril de 1994” ... *op. cit.*; concretamente en página 1015.

⁶⁸² GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 21 de octubre de 2005” ... *op. cit.*; concretamente en página 1445.

3. De lo hasta ahora estudiado se desprende que la relación entre la Medicina y la información es muy estrecha, pero lo es especialmente cuando la actividad médica se despliega en el ámbito de la Medicina satisfactiva.

II. LA CIRUGÍA ESTÉTICA.

1. Concepto.

1. Los vocablos “cirugía” y “estética” provienen del griego *Girunguiki*, que significa “cirugía”, “mano” y “obra”, y *Plastikos* que puede traducirse como “modelar”.

2. MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ describe la cirugía plástica o estética como “Puede considerarse la Cirugía Plástica como aquella rama de la cirugía que, como su nombre derivado del griego indica, en su sentido de dar forma, tiene por finalidad la restauración y mejora de la función y del aspecto físico”⁶⁸³.

Por su parte AGUADO BORRAJO define esta técnica médica “...como la práctica médico – quirúrgica que aplica las técnicas necesarias que se especifican a continuación, para la restauración, mantenimiento y promoción de la estética, la belleza y el bienestar”⁶⁸⁴.

De estas dos explicaciones inferimos que la cirugía estética es aquella vertiente de la Medicina con finalidad, por un lado reparadora, y por otro embellecedora, cuya pretensión no es otra que la de mejorar el aspecto físico.

3. La cirugía estética hunde sus raíces en la cirugía plástica, que tiene su origen en el arte de los alfareros y tejeros hindúes. En la India mutilar la nariz era la pena para algunos delitos, así como un símbolo de esclavitud, ya que los enemigos conquistados, tras ser hechos prisioneros, sufrían tamaña desfiguración. La pérdida de la nariz no sólo significaba una deformidad física, sino también un estigma social, pues evidenciaba que la persona, o bien había cometido un delito, o que su condición era la de esclavo. Los mutilados acudían a los artesanos hindúes para que éstos les modelasen, con el arte de la alfarería, una nueva nariz⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Este autor divide esta práctica médica en dos campos: la cirugía plástica reparadora (que se centra en la restauración de lesiones o deformidades) y la cirugía estética plástica, cuya finalidad es embellecer el cuerpo. MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La cirugía estética y su responsabilidad ... op. cit.*, página 155.

⁶⁸⁴ AGUADO BORRAJO, Pilar, “Cirugía estética. Origen y evolución. Cuestiones jurídicas” ... *op. cit.*; concretamente en página 53.

⁶⁸⁵ MARTÍNEZ – PEREDA, aun no siendo detractor de esta idea, considera que el verdadero origen de la cirugía estética es la cosmetología egipcia. Sin embargo, admite la dificultad de considerar esta técnica tanatológica el germen de esta ciencia, por la simple cuestión de que ésta únicamente se utilizaba sobre cadáveres. MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La cirugía estética y su responsabilidad ... op. cit.*, página 143. Por su parte, AGUADO BORRAJO estima que los inicios de la cirugía estética pueden encontrarse en la Historia Antigua, como una respuesta de los seres humanos para tratar tanto las heridas, como los defectos que afeaban a sus semejantes. Señala esta autora que el Papiro de Ebers, del 1.500 a.C.,

Estos arcaicos procedimientos fueron perfeccionándose con el paso del tiempo en las civilizaciones egipcias, griegas, romanas y chinas. Se encontraron nuevos sistemas y técnicas, extendiéndose esta actividad estética al cuerpo y a otras partes de la cara. Así fue hasta llegar a la época moderna, en la que este arte pasó a considerarse una ciencia médica, similar a la que conocemos en la actualidad.

A pesar de que el recorrido de la cirugía estética comenzó hace siglos, lo cierto es su evolución no ha sido pareja a la de la Medicina curativa, sino que su camino fue tortuoso, al haber sido una ciencia criticada e incluso rechazada. La cirugía estética era sinónimo de vida de dudosa honestidad y de gentes antisociales, que con el uso de la ciencia médica pretendían enterrar los errores del pasado, fruto de una vida contraria a la moral⁶⁸⁶. Esta especialidad médica padeció el yugo de numerosos tabúes durante largo tiempo. Las infamias contra esta técnica comenzaron en el Talmud, siendo seguidas por el rechazo de Roma, cuyo origen era eminentemente religioso; algo que fue cambiando paulatinamente, hasta el punto de ver en esta actividad médica una intención recta, como lo era la de embellecer.

No obstante, aunque hubo una evolución en la aceptación de la técnica quirúrgica estética, lo cierto es que los primeros cirujanos estéticos que existieron, primero en París y después en otras ciudades europeas, como Berlín y Londres, eran observados con recelo⁶⁸⁷.

ya trataba de prácticas estéticas que se realizaban en el imperio egipcio. AGUADO BORRAJO, Pilar, "Cirugía estética. Origen y evolución. Cuestiones jurídicas" ... *op. cit.*; concretamente en página 50. Ahora bien, esta última afirmación no se encuentra consensuada y autores como SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y ALESSANDRINI GONZÁLEZ, mantienen la teoría de que no fue el Papiro de Ebers donde se hallaron las primeras evidencias de técnicas plásticas, sino que éstas se encontraron en el Papiro de Edwin Smith, del año 2.200 a.C., donde se había escrito sobre lesiones traumáticas y fracturas faciales, así como sus respectivos tratamientos. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Kyrenia y ALESSANDRINI GONZÁLEZ, Roidel, "Algunas consideraciones éticas sobre la cirugía plástica" en *Revista Cubana de Cirugía*, vol. 46, 2007, pps. 1 a 12; concretamente en página 6. De esta misma opinión se muestra MONTOYA cuando establece que el origen escrito de la cirugía estética radica en el mentado papiro de Edwin Smith. MONTOYA, Adolfo G., *La cirugía estética. Qué es, qué no es*, Colección Fin de Siglo, Madrid, 1995, página 235.

⁶⁸⁶ Un ejemplo fue el de Tagliacozzi, quien cuenta entre sus logros el intentar practicar un injerto óseo utilizando huesos de perro, así como haber realizado la primera reflexión sobre las repercusiones psicológicas de la deformidad, en el año 1587. Sin embargo, sus actuaciones provocaron tal desconfianza entre sus contemporáneos, que una vez muerto su cuerpo fue exhumado e inhumado en tierra no sagrada, ya que al intentar mejorar estéticamente una nariz, sus actuaciones fueron consideradas sacrílegas y contrarias a la obra de Dios. A pesar de lo remoto de la fecha mencionada, tenemos constancia de que las primeras intervenciones estéticas, propiamente dichas, se dieron años más tarde, en los albores del siglo XX. Concretamente en 1907 H. Morestine practicó una mamoplastia reductiva en Francia, y entre 1928 y 1930 Biesenberger y Schwarzmann realizaron un lifting en Viena siguiendo la doctrina ideada por el norteamericano Lexer. No obstante, hubo que esperar hasta 1973 – 74, a los efectos de que el francés Milts pudiera efectuar un estiramiento satisfactorio de la piel del rostro.

⁶⁸⁷ Esta desconfianza social tuvo su reflejo en los Tribunales, concretamente en los franceses, donde por iniciativa de la Academia de Medicina francesa, la Sala de lo Civil de la Corte de Casación dictó una

Uno de los principales escollos en la evolución de la aceptación de la Medicina estética fue la caída del Imperio Romano en el siglo V, que llevó a la extensión de las denominadas “tribus bárbaras”, y supuso un irremediable freno al desarrollo de la cirugía estética, así como de las ciencias en general. A este hecho histórico es necesario añadir uno de carácter circunstancial, como lo fueron las declaraciones del Papa Inocencio III, prohibiendo taxativamente los procesos de cirugía de cualquier tipo, por considerarlos deshonorosos. Estas afirmaciones tuvieron como consecuencia directa que las necesidades quirúrgicas fuesen cubiertas por personas no preparadas en Medicina, como los barberos, lo que ayudó a mantener esa visión peyorativa que se tenía de esta práctica médica cuasi artesanal.

Fue necesario aguardar hasta el Renacimiento, a fin de que resurgiese la cirugía. En el siglo XIV, tal y como el propio nombre de la época histórica lo califica, se produjo el renacimiento de las ciencias, y entre ellas se encontraba también la Medicina estética.

A pesar de lo mencionado, no fue hasta la primera y segunda Guerra Mundial, cuando la sociedad comenzó a ser transigente con la cirugía estética. De las dos grandes guerras llegaron soldados a sus hogares con el rostro mutilado por las heridas de la lucha, y fue entonces cuando la Medicina satisfactiva comenzó a mejorar las facciones destrozadas por las acciones bélicas de los defensores de un país, y no de personas de dudosa moralidad. Esta circunstancia se dio con especial contundencia en la segunda Guerra Mundial. Mientras que la primera acercó la cirugía estética al público, la segunda supuso una divulgación extraordinaria de la misma, viéndose reflejada en el discurso del Papa Pío XII del 4 de octubre de 1958, en el X Congreso Nacional Italiano de Cirugía Plástica⁶⁸⁸.

Por su parte, en el caso español podemos considerar como fecha clave la de la Guerra Civil (1936 – 1939), ante la neutralidad del país en las dos Grandes Guerras. El gran número de mutilados y heridos en los hospitales llevó al desarrollo y crecimiento de la Cirugía Plástica en el centro hospitalario del General Mola, en San Sebastián⁶⁸⁹. Debió aguardarse, sin embargo, hasta el año 1955 a los efectos de que esta especialidad

sentencia con fecha de 29 de noviembre de 1920, en la que se prohibía al médico admitir y consentir una intervención cuya única finalidad fuese hacer desaparecer una mera imperfección física.

⁶⁸⁸ MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La cirugía estética y su responsabilidad ... op. cit.*, página 146.

⁶⁸⁹ AGUADO BORRAJO, Pilar, “Cirugía estética. Origen y evolución. Cuestiones jurídicas ... op. cit.”; concretamente en página 52.

médica fuese reconocida como tal “Cirugía Plástica”, pasando a denominarse: Cirugía Reparadora, para luego evolucionar a “Cirugía Plástica y Reparadora”⁶⁹⁰.

A pesar de la amplia aceptación que se extendió tras la Primera Guerra Mundial, lo cierto es que el mundo entero se hizo eco de un litigio llamativo, que se dio en 1928⁶⁹¹. Se trataba de una joven que quería reducir el volumen de sus piernas, por considerarlas excesivamente voluminosas, e incluso desproporcionadas. Tal era su preocupación por su defecto, que acudió a un cirujano estético con la amenaza de que si no era intervenida, se suicidaría. Ante esa tesitura el médico operó una de las piernas, desarrollándose la cirugía con plena normalidad. Sin embargo, tras la misma la paciente comenzó a acusar fuertes dolores en la extremidad en cuestión, hasta que éstos finalmente se manifestaron en una cianosis completa del pie intervenido, que no tuvo otra solución que la amputación. La paciente, que no sólo no había mejorado aquello que le atormentaba, sino que incluso había visto empeorar su estado, reclamó al médico por los daños que había sufrido. Los Tribunales franceses dictaron sentencia a favor de la enferma, por considerar ilícita cualquier actividad quirúrgica efectuada sobre un miembro sano. La Medicina únicamente podía tener una finalidad curativa, por lo que intervenir algo que no lo requiriese, conformaría un ilícito indemnizable. Señalaba el juzgador que la mujer tiene derecho a embellecerse por medio de técnicas como el maquillaje, pero jamás quitarse algo que le estorbe a su imagen, pero no a su salud⁶⁹².

⁶⁹⁰ A pesar de que no conformaba una especialidad médica propiamente dicha, la Medicina estética ya era objeto de estudio en épocas anteriores, ya que uno de los primeros tratados en esta materia fue publicado en el año 1919, por el profesor Cortés Llado, catedrático de la Facultad de Medicina de Sevilla. LAZO ZBIKOWSKI, Manuel, “Desarrollo de la cirugía plástica en España”, en *Cirugía Plástica Ibero – Americana*, nº 1, 1968, pps. 11 a 20; concretamente en página 12.

⁶⁹¹ Aunque este supuesto fue el más mediático en materia de cirugía estética, lo cierto es que no fue el primero, ya que el más pionero de éstos se enjuició en París, el 22 de enero de 1913. Se trataba de un supuesto de Medicina estética, más que de cirugía estética (quizás de ahí su desconocimiento), en el que una paciente que tenía barba que oscurecía y afeaba su rostro, acudió a un radiólogo para que se la eliminase. Sin embargo, el resultado fue una radiodermitis que deformaba más su cara y que supuso la condena del médico que la trató, más por la “banalidad del acto médico”, que por el daño en sí. DE LA QUINTANA FERGUSON, Manuel, *La responsabilidad civil del médico*, Estades, Madrid, 1949, página 150.

⁶⁹² Al respecto de este mismo litigio señala MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ “El cirujano que aplicaba su habilidad y sus conocimientos con la finalidad de embellecer o de reparar defectos no morbosos, no conseguía sino procurarse el enojo de sabios y científicos, de juristas y de moralistas. Contra él se concitaban las persecuciones de Academias, Tribunales, Colegios Médicos y del público en general a través de denuncias y de la maledicencia. La moral católica estimaba reprobables las intervenciones quirúrgicas dirigidas a modificar, por frívolos motivos, el aspecto del rostro de una persona, tanto por su equivalencia a la mentira o engaño, como por tratarse de intervenciones que contienen elementos de riesgos superiores a los resultados esperados”. De las palabras de este autor se desprende el clima de tensión existente en materia de cirugía estética, a pesar del reconocimiento que había tenido tras la primera Gran Guerra. Prueba inequívoca de ello es, que aunque en marzo de 1930 se creó la Sociedad Francesa de Cirugía reparadora, plástica y estética, seis años más tarde la Sala Primera de lo Civil del Tribunal del Sena dictó una resolución por la cual se consideraba que el riesgo que asumía un cirujano al practicar una intervención tenía una única justificación: pretender la sanidad. En caso contrario, es decir,

4. Antes de comenzar el análisis fenomenológico haremos una sucinta mención al primer asunto de cirugía estética enjuiciado en nuestro país, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1950. En este litigio una paciente acudió a un cirujano estético a fin de que le practicara una reducción de pecho y embellecimiento de busto. La intervención se realizó en el mes de septiembre de 1940, y en principio se le aseguró a la paciente que ésta había transcurrido con plena normalidad y que había sido un éxito. No obstante, no fue dada de alta hasta el día 8 de octubre del mismo año, requiriendo después acudir semanalmente a la consulta del médico que la operó. No es necesario señalar que el resultado final distó mucho de lo pretendido, al quedar los pechos de la paciente destrozados, siendo uno de ellos de tamaño notablemente mayor que el otro y con profundas cicatrices. A pesar de la gravedad de la situación comentada, el Tribunal Supremo desestimó la pretensión indemnizatoria de la paciente, argumentando que el nefasto resultado final tuvo su origen en una circunstancias ajena a la actuación de los médicos que la intervinieron, es decir, que se trataba de un caso fortuito.

2. Fenomenología.

1. Supuestos enjuiciados por incumplimiento de la *lex artis* en la actividad médica satisfactiva.

1. Comenzamos el análisis con la primera resolución que examinaremos, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2003⁶⁹³. En esta controversia D^a. Virginia, tras haberse sometido a una intervención para mejorar el aspecto de sus

de operarse un miembro sano por una mera cuestión estética, se trataría de una falta en sí misma. La aceptación de esta técnica médica se limitaba a heridas de guerra y secuelas físicas, como las producidas por el cáncer o la lepra. MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La cirugía estética y su responsabilidad ... op. cit.*, página 169. Autores como DE LA QUINTANA FERGUSON nos acercan las implicaciones jurídicas de la cirugía estética en su etapa de prohibición, destacando que un contrato semejante entre un paciente y un médico era considerado nulo, por conformar esta actividad médica una desnaturalización de la cirugía. Ello suponía, que de generarse el más mínimo daño, independientemente del grado de diligencia del médico, éste debería responder del mismo. DE LA QUINTANA FERGUSON, Manuel, *La responsabilidad civil del médico ... op. cit.*, página 151. Ante el breve recorrido histórico realizado sobre la ciencia médica satisfactiva, nos surge una cuestión: ¿por qué existía tanto recelo hacia la cirugía estética? La respuesta es sencilla, aún a día de hoy someterse a una intervención curativa de cualquier tipo supone riesgos, en algunos casos, importantes. La situación de peligro se veía incrementada en aquellas prácticas quirúrgicas que se realizaban en los albores del siglo XX, por razones evidentes, en las que existían tantos riesgos, que resultaba impensable someterse a una intervención si no existía una necesidad vital, como ocurría en el caso de la actividad estética.

⁶⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2003, Sala Primera, recurso 3871/1997, ponente Villagómez Rodil.

mamas que no le reportó los resultados esperados, decidió volver a operarse el mes de junio de 1988. La finalidad de esta segunda cirugía era la de resituar los senos con un implante de silicona. Sin embargo, de nuevo el resultado de la operación distó mucho de lo deseado, en la medida en que a D^a. Virginia le quedaron amplias cicatrices en forma de T invertida, de unos ocho centímetros de longitud, muy visibles. La problemática de las cicatrices radica en que la finalidad de la cirugía estética es precisamente mejorar el aspecto, por lo que cualquier marca quirúrgica debe ser lo más pequeña y disimulada posible. Esta cuestión se agrava en este caso, dado que la paciente ya contaba con unas cicatrices previas, fruto de la primera actividad quirúrgica, que podrían haberse utilizado para la segunda operación. No obstante, éstas no se usaron, sino que se practicaron nuevas incisiones. Como consecuencia de las mismas, D^a. Virginia sufre importantes secuelas psicológicas, laborales, personales, sexuales y familiares, que inciden de una manera muy negativa en su vida diaria.

Ante estas circunstancias D^a. Virginia pretendió ser resarcida por el daño que sufrió en esta actividad quirúrgica, que no cumplía los estándares básicos de la *lex artis*. Su demanda fue estimada en primera instancia, pero revocada en apelación, por lo que ésta recurrió en casación al Tribunal Supremo.

De la lectura de los hechos parece poder deducirse que se trata de un incumplimiento de la *lex artis*, dada la mala *praxis* sufrida por la paciente. El objetivo de una intervención de cirugía estética es mejorar el aspecto de alguna parte del cuerpo, y en este proceso no sólo no se consigue el mentado fin, sino que se empeora la situación inicial, hasta el punto de provocar graves trastornos en la paciente.

Aunque no se trata de un contrato de obra, por lo que no puede pretenderse la consecución exacta de una idea, ya que el cuerpo humano no puede moldearse como si del barro de un alfarero se tratase, lo cierto es que sí existe un mínimo nivel de exigencia. Como hemos señalado líneas atrás, la pretensión de cualquier acto de cirugía estética tiene una única dirección, la mejora del aspecto. Consideramos que cualquier atentado contra este principio, que ocasione un empeoramiento de la zona intervenida, implica una vulneración de la *lex artis*, salvo excepciones

En virtud de lo señalado, es llamativo que el Juez al enjuiciar el litigio, acuda al derecho de información de la paciente. El Tribunal Supremo destaca el hecho de que entre los riesgos a remarcar en todo documento de consentimiento informado, así como en la información que los facultativos están obligados a facilitar a los pacientes, se encuentra el riesgo típico de no alcanzar el fin pretendido. Sin embargo, nos mostramos

críticos con lo que señala el juzgador sobre este último punto, pues si bien es cierto que existe ese deber de información, sobre todo en lo relativo a que el cliente debe conocer que existe la posibilidad de que el resultado final no sea el deseado, consideramos que ese no es el elemento central del caso que nos ocupa. A pesar de que el objetivo distó mucho de lo acordado, estimamos que a esta cuestión debemos añadirle otra de mayor relevancia, y es que no sólo no se logró lo acordado, sino que además se empeoró el estado de la paciente. Parece más bien que ha habido un menoscabo de su salud, motivado por una mala *praxis*, y no una vulneración informativa, como estima el juzgador⁶⁹⁴. Es precisamente por ello por lo que hemos incluido la resolución en este apartado, y no en el siguiente relativo a las omisiones informativas⁶⁹⁵.

Esta sentencia podría ser un buen ejemplo de la afirmación de GALÁN CORTÉS sobre la información. Aunque no fue el caso, de haberse advertido a la paciente de la posibilidad de que se diese un resultado tan catastrófico como el que se produjo, ello no sería una “patente de corso”. De forma que el médico hubiese respondido igualmente por el supuesto, dada la vulneración de la *lex artis* que se observa en la controversia que nos ocupa.

2. El segundo litigio, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004⁶⁹⁶, sigue una línea muy similar a la anterior resolución. En este supuesto los hechos se centran en D^a. Lina, una mujer joven de 36 años que sufría hipertrofia mamaria, con las consecuencias que ello entrañaba para su salud: dolores de espalda y osteoporosis en fase inicial, a pesar de su juventud. Por ello acudió a D. José Luis, a los efectos de que éste le practicara una reducción mamaria. Sin embargo, D. José Luis no era médico especialista en cirugía estética, a pesar de que en épocas anteriores, cuando no existían expertos en la materia, había efectuado este tipo de intervenciones; es más, era catedrático en cirugía y había dedicado la mayor parte de su carrera profesional a la

⁶⁹⁴ Concretamente la sentencia reza a este respecto “El motivo se acoge en los términos en que quedan estudiados, ya que el resultado de la operación no se acomodó a las expectativas y confianza que la recurrente había depositado en el médico para la mejora y estética de sus senos, al acrecentarse las cicatrices que le afectaban y presentarse antiestéticas”.

⁶⁹⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍN aboga por esta misma idea del daño en actividad estéticas, por el empeoramiento de la situación inicial. DOMÍNGUEZ MARTÍN, Almudena, “La cirugía estética como obligación de resultados” ... *op. cit.*; concretamente en página 38. Cuenta con una relación de hechos muy similar a la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2010 (Sala Primera, recurso 2224/2006, ponente Seijas Quintana). Un supuesto en el que una paciente, tras una cirugía abdominal, sufrió unas llamativas y graves cicatrices en zona intervenida. A pesar de la semejanza con la controversia estudiada, lo cierto es que esta resolución no fue estimada porque la argumentación se centró en considerar que el daño sufrido, era como consecuencia de no haber logrado el resultado acordado, dada la naturaleza de la obligación (contrato de obra).

⁶⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004, Sala Primera, recurso 2417/1998, ponente Marín Castán.

extracción de tumores mamarios, pero no a las reconstrucciones. Estas circunstancias se materializaron en la actividad médica, pues D. José Luis intervino únicamente un pecho de D^a. Lina, utilizando una técnica de la década de los sesenta, cuando lo habitual y aconsejable es la doble operación, para no tener que practicar dos cirugías. Además la actividad quirúrgica duró en torno a cuatro horas, lo que es excesivo y supera con creces lo usual. La paciente fue remitida a su domicilio diez días después de la intervención, ordenándosele un seguimiento muy estricto.

No obstante las mentadas precauciones, el décimo día después del alta hospitalaria, a D^a. Lina se le presentó una necrosis masiva en el pecho intervenido, lo que le provocó la pérdida total de la zona de la aureola – pezón, con el consiguiente perjuicio estético⁶⁹⁷.

En base a las mencionadas circunstancias, D^a. Lina pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo sus pretensiones desestimadas tanto en primera instancia, como en apelación.

Las circunstancias de este supuesto permiten ver con mayor claridad un desplazamiento del elemento información, por una evidente mala *praxis*. Se trata de una intervención satisfactiva, y no de Medicina curativa, aunque el Alto Tribunal realice una breve alusión sobre esta cuestión cuando señala “Pues bien, si a la finalidad curativa de la intervención se añade la satisfactiva, participando entonces la prestación médica de un doble carácter de obligación de medios y de resultado...”⁶⁹⁸. Entendemos que si bien es cierto que lo que movió el ánimo de la paciente a someterse a una cirugía para la reducción de pecho, fueron precisamente los dolores de espalda que sufría, así como su osteoporosis en fase inicial, ello no es suficiente para que una operación netamente satisfactiva se transmute en curativa. A lo que conviene añadir, que la actividad médica desplegada consistió en una reducción de pecho y embellecimiento de busto, por lo que tenía un marcado carácter satisfactivo.

Aclarado este punto, conviene continuar con un elemento de especial relevancia del caso: D^a. Lina acudió a D. José Luis por iniciativa propia, accediendo éste a intervenirla, a pesar de que no estaba especializado en esa rama de la cirugía concreta. No se trata de un supuesto de Medicina curativa de urgencia, en el que se da una situación extrema en la que no se encuentra en el lugar el especialista en la materia, y a

⁶⁹⁷ Es necesario señalar que el riesgo de necrosis aunque previsible, es remoto. No obstante, factores como un alta precipitada pueden incrementar las posibilidades de que se presente.

⁶⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004 ... *op. cit.*

fin de salvar la vida del paciente, la labor del mismo es suplida por otro que desconoce los detalles de la materia en su totalidad. En ese caso, una cuestión como la apuntada sería lógica, sin embargo nada más lejos de la realidad fue lo que ocurrió en esta controversia, en la que se trata de una cirugía estética no necesaria a la que acude la paciente de forma voluntaria, depositando su confianza en un facultativo que no era especialista en Medicina satisfactiva, y que sin embargo procedió a intervenirla sin informarle sobre este extremo. La falta de conocimiento del médico se tradujo en una técnica obsoleta, la necesidad de dos cirugías, una intervención excesivamente larga; y por supuesto, la necrosis.

Estos extremos evidencian la inadecuada técnica de D. José Luis a los efectos de practicar la reducción mamaria a la que se sometió D^a. Lina, con las graves consecuencias que le acarreó. Aunque consideramos que al igual que en el asunto anterior concurre una omisión informativa, ya que el facultativo no notificó a la paciente su falta de especialización en la materia, lo cierto es que parece que lo determinante del supuesto es la vulneración de la *lex artis* por una mala *praxis*. Las siguientes afirmaciones del juzgador son contundentes “Así, no es aceptable sin más que la finalidad primordialmente correctora de la reducción mamaria, disminuir el peso de la zona del pecho para aliviar los dolores de espalda de la paciente y frenar la osteoporosis que ésta padecía en fase inicial, disminuyera, hasta casi eliminar su significación jurídica, la importancia que para la actora-recurrente tenía el resultado final de la intervención en el aspecto estético o plástico. A cualquiera se le alcanza sea una mujer de treinta y seis años de edad, casada, no le puede ser indiferente cómo queden sus pechos tras una intervención conveniente para aliviar sus dolores de espalda pero en modo alguno necesaria para salvar su vida motivar un mal mayor en la propia zona intervenida. Es más, si de todos es sabido que las intervenciones quirúrgicas más destructivas, en los casos de tumores malignos, provocan por lo general secuelas psicológicas en las pacientes pese a que el fin es salvar su vida, difícil será cuestionar que para la actora-recurrente el aspecto final de sus pechos tras la intervención hubiera de tener importancia casi equivalente, cuando no prácticamente equiparable, al alivio de sus dolores de espalda. En otras palabras, nada permite afirmar que si la actora-recurrente hubiera conocido el riesgo de necrosis a resultas de la intervención, con

destrucción de aureola y pezón, se hubiera sometido a ella siguiendo el consejo del demandado-recurrido”⁶⁹⁹.

De estas líneas parece deducirse una clara mala *praxis*, probablemente motivada por las carencias formativas del facultativo en esa materia concreta. Estimamos que la entidad de esta cuestión es tan sumamente abrumadora, que logra desplazar a un segundo plano otro elemento enjuiciable, como lo es la información a la paciente. Debemos tener presente que D^a. Lina no estaba informada, ni de los escasos conocimientos de D. José Luis a este respecto, ni de la posibilidad del 0,44% de que se produjese una necrosis como la que sufrió tras la intervención de reducción mamaria. Así lo evidencia el Tribunal Supremo cuando recuerda que la Audiencia Provincial consideró insuficiente la información facilitada “El razonamiento correcto, en suma, es precisamente el contrario, porque si la intervención quirúrgica no era estrictamente necesaria, el deber del cirujano de informar a la paciente de todas las complicaciones posibles, lejos de perder importancia, cobraba un especial intensidad”⁷⁰⁰.

De las afirmaciones del Tribunal, así como del análisis del asunto, podemos llegar a concluir, que a pesar de que concurren dos afrentas contra la *lex artis*, por un lado relativa a la información y por otro a la mala *praxis*, lo cierto es que ésta última parece acaparar todo el protagonismo.

3. En la tercera resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001⁷⁰¹, D^a. Frida, que padecía de una profusión maxilar superior ya diagnosticada, acudió a D. Gerardo a fin de paliar las consecuencias de la misma; quien le aconsejó una intervención correctora. Ésta le fue practicada el día 23 de marzo de 1977, pero los resultados que se pretendían no fueron logrados, por lo que fue necesaria una segunda cirugía meses después, concretamente el 3 de julio. Esta nueva operación no sólo no mejoró la situación de la paciente, sino que la empeoró, en la medida en que el maxilar intervenido volvió a su posición inicial.

Con motivo de la falta de mejoría, la paciente optó por buscar un tratamiento alternativo, así como un nuevo facultativo. Para ello tuvo que acudir a Estados Unidos, donde se le solventó el problema, que terminó con tres intervenciones más en

⁶⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004 ... *op. cit.*

⁷⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004 ... *op. cit.* De esta misma opinión se muestra LUNA YERGA cuando señala que la responsabilidad del cirujano plástico puede darse incluso cuando omite informar sobre un riesgo de carácter muy remoto del que se tenga conocimiento. LUNA YERGA, Álvaro, “Mamoplastia fallida”, en *InDret*, n° 261, 2005, pps. 1 a 6; concretamente en página 3.

⁷⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001, Sala Primera, recurso 2017/1996, ponente O’Callaghan Muñoz.

Barcelona. A pesar de que tras las múltiples actividades quirúrgicas la posición de su maxilar fue la primeramente pretendida, las cinco cirugías que requirió le provocaron importantes consecuencias.

Es por ello por lo que D^a. Frida pretendió ser resarcida por el daño sufrido, siendo su demanda desestimada en primera instancia, pero su recurso parcialmente admitido en apelación, por lo que la parte demandada acudió en casación al Tribunal Supremo.

La mala *praxis* de la controversia que nos ocupa es muy llamativa, no en vano la paciente pasó de precisar una intervención, a tener que someterse a cinco. Si bien no podemos tizar de negligente la no obtención del fin pretendido en la primera cirugía, sí que podemos considerar contrario a la *lex artis*, no sólo no mejorar una situación, sino empeorarla, hasta el punto de provocar en D^a. Frida una larga peregrinación médica.

En la primera actividad quirúrgica ocurrió algo habitual y que no implica una actividad negligente: la no obtención del resultado pretendido. Ello hizo necesario acudir a una segunda operación, que no sólo no alcanzó ese objetivo, sino que lejos del mismo, reestableció el maxilar a su posición original, provocando además una serie de daños que obligaron a la paciente a someterse a tres cirugías más, a los efectos de subsanar el menoscabo sufrido. No sólo no se logró lo perseguido, sino que además se causó un perjuicio añadido. Consideramos que acaece una evidente vulneración de la *lex artis* en base a la mala *praxis* concurrente en el caso, algo que también destaca el Tribunal Supremo cuando señala “Estudiando la aplicación normativa, *quaestio iuris*, sin entrar en la relación de hechos, *quaestio facti*, el motivo no puede prosperar: la primera actuación del demandado no tuvo el resultado buscado, por lo que de común acuerdo -él y la paciente demandante- tuvo lugar una segunda, que tampoco obtuvo el resultado, por lo que, tras consultas y deliberaciones, tuvo que desplazarse a los Estados Unidos de América, donde sí lo obtuvo. El incumplimiento de su obligación de resultado, obligación contractual, se advierte claro, al que se ha aplicado correctamente el artículo 1103 del Código civil sin infracción del artículo 1902 ni del 1105, ambos del mismo cuerpo legal, ya que no hay prueba alguna de un hecho fortuito o de fuerza mayor que haya sido causa del mal resultado que produjo la actuación del médico demandado”⁷⁰².

⁷⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001... *op. cit.*

De las palabras del juzgador parece desprenderse, que éste califica el supuesto de hecho como una obligación de resultado, siendo precisamente la falta de cumplimiento de la relación obligatoria lo que da lugar a la indemnización del litigio. A lo largo de las páginas precedentes, en las que hemos estudiado las obligaciones de medios y de resultado, y su incidencia en la ciencia médica, hemos podido observar, que aunque la regla general en la Medicina (tanto curativa como satisfactiva) es que conforma un contrato de servicios y no de obra, existen excepciones.

No obstante, consideramos que la no obtención del resultado que se pretendió, no debería dar lugar a reproche alguno. Prueba inequívoca de ello es que sobre lo que insiste el Tribunal Supremo, no es tanto el fracaso de la primera intervención, sino la necesidad que tuvo la paciente de someterse a otras cuatro operaciones y el empeoramiento de su situación. Son precisamente estos dos puntos donde más incide el Tribunal Supremo, lo que permite entrever más un problema de *lex artis*, que un incumplimiento de un contrato de obra⁷⁰³.

4. La última resolución de este grupo, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006⁷⁰⁴, tiene como protagonista a D^a. Amparo, quien se sometió a una intervención de cirugía estética que consistía en una “dermolipectomía abdominal”, que le fue practicada el día 5 de noviembre de 1984. La finalidad de la misma era hacer desaparecer, o por lo menos disimular, una cicatriz vertical abdominal infraumbilical de 13 centímetros, que tenía como consecuencia de una intervención previa, que se le había practicado para extirpársele quistes ováricos, así como dos cesáreas anteriores. Trece días después de la operación, el día 18 de noviembre, fue dada de alta a pesar de que presentaba lesiones ulcerosas y defectos cutáneos en el abdomen; por lo que le fue prescrito guardar reposo y acudir periódicamente a la clínica, a fin de que le fueran practicadas curas, algo que se dilató en el tiempo hasta finales de ese mismo año. La lesión que sufría no mejoraba, por lo que D^a. Amparo acudió por iniciativa propia a pedir consejo a otros profesionales, que le diagnosticaron una resección excesiva de piel, es decir, se había eliminado una cantidad de piel superior a la que se debía. Consecuentemente ésta debió suturarse muy tirante, lo que le provocó una deshidencia

⁷⁰³ Sin embargo autores como DE URBANO CASTRILLO, cuando comentan este litigio concreto, señalan que la paciente fue indemnizada por la falta de cumplimiento del resultado pretendido. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “La responsabilidad médica por el resultado: el caso de los odontólogos” ... *op. cit.*; concretamente en página 13.

⁷⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, Sala Primera, recurso 3935/1999, ponente Seijas Quintana.

amplia de la sutura y la consiguiente elevación de algunos tejidos, provocándole trastornos de micción y graves alteraciones estéticas.

En base a las mencionadas circunstancias, D^a. Amparo pretendió la indemnización del daño sufrido, viendo sus pretensiones admitidas en primera instancia, y confirmadas en apelación; por lo que la parte demandada acudió en casación al Tribunal Supremo.

La problemática de esta resolución se muestra más que evidente, ya que de acuerdo con los hechos, las lesiones y secuelas que sufrió la paciente tras la cirugía, tienen su origen en una mala *praxis*, dado que el volumen de tejido eliminado fue superior al debido, con la consiguiente necesidad de requerir una sutura más tensa, al existir menos piel de la que se necesitaba.

A pesar del interés que pueda suscitaros el tema, no podremos conocer los pronunciamientos del Tribunal Supremo, en la medida en que el único motivo objeto de recurso en casación, fue la naturaleza de la relación obligatoria (contractual o extracontractual), por lo que nada se apunta respecto de una eventual mala *praxis*. A pesar de esto, lo cierto es que este litigio es interesante en relación a los anteriormente estudiados, porque nos encontramos con un supuesto en el que el objetivo no es alcanzado, y como añadidura se provoca una lesión.

Del análisis de estas cuatro resoluciones ha sido posible comprobar que en todas ellas la mala *praxis* se encuentra entrelazada con una omisión informativa, siempre relativa al daño que se materializa. Aunque puede ser dificultoso discernir ante qué perjuicio concreto nos hallamos, lo cierto es que existe un patrón repetitivo en todas estas controversias: el empeoramiento de la situación inicial.

2. Litigios enjuiciados por vulneración del derecho de información.

En este apartado estudiaremos supuestos de hecho muy similares a los anteriormente analizados, en los que sin embargo la vulneración de la *lex artis* no es consecuencia de una mala *praxis* por parte del facultativo, sino de una negligencia en materia de información.

Se trata de omisiones informativas sobre riesgos propios de la actividad quirúrgica estética, de los que el paciente no es informado. La finalidad que tiene la información en esta especial relación médica, es precisamente la de facilitar el discernimiento al cliente sobre la conveniencia o no de someterse a una intervención o

tratamiento, de modo que cualquier ocultación podría llevar implícita un engaño; con la única finalidad de promover la contratación de servicios de un médico o centro sanitario.

a) Casos en los que el daño fue estimado.

1. Comenzamos con la primera de las resoluciones, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2002⁷⁰⁵. En este asunto D. Octavio acudió al Hospital Virgen de la Concha de Zamora para someterse a una vasectomía, que en principio no entrañaba complicación alguna, pero durante la pendencia de la misma se produjo una hemorragia que acabó desembocando en un hematoma y posterior orquitis; lo que hizo que le fuese disminuyendo paulatinamente el testículo, hasta provocar su atrofia y posterior pérdida.

Ambas contingencias son riesgos propios de la intervención, e incluso pueden considerarse frecuentes, con las fatídicas consecuencias que entrañan. La información sobre este aspecto es relevante, en la medida en que nos encontramos ante una cirugía no necesaria, con un riesgo importante anexo a la misma.

Efectuando la obligada mención al *iter* procesal, conviene señalar que tanto en primera instancia como en apelación las pretensiones del actor no fueron admitidas, por lo que acudió en casación al Tribunal Supremo.

Las diferencias entre este supuesto y los del bloque anterior son importantes, aunque pueden pasar desapercibidas si no se destacan algunos puntos. La actividad quirúrgica se desarrolló con total diligencia, aunque se presentó un riesgo propio de la misma: una hemorragia. A diferencia de lo que ocurría en los litigios anteriores, en los que bien se eliminaba demasiado tejido, bien no se aprovechaban cicatrices preexistentes a los efectos de evitar otras más llamativas, etc., es decir, se actuaba negligentemente; en este caso ha ocurrido lo contrario, la actividad se ha desarrollado correctamente, a pesar del resultado final.

La problemática del proceso gira en torno a la información que maneja el paciente. La posibilidad de que se produzca una hemorragia es relativamente frecuente en las vasectomías, en virtud de lo cual el paciente debe conocer este extremo. La información en la Medicina satisfactiva es un aspecto vital, dado que es lo único que

⁷⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2002, Sala Primera, recurso 2769/1996, ponente Corbal Fernández.

ayuda al cliente a decidir, al no haber factores como la necesidad o la enfermedad. Eludir algún tipo de riesgo, aunque resulte remoto, es una fuente de responsabilidad. Si esto ocurre con un riesgo habitual, la omisión informativa es más grave aun, tal y como acontece en la controversia que nos ocupa. Precisamente éste es el principal problema de este caso: D. Octavio desconocía que asumía un peligro como el que se manifestó, que provocó un resultado tan grave como el acontecido⁷⁰⁶. La relevancia de este aspecto concreto es tal, que desplaza todo contenido ajeno al mismo, tal y como lo manifiesta el juzgador “Se consideran frecuentes ambas complicaciones operatorias y postoperatorias, y se añade que si bien la atrofia testicular no es resultado normal de este tipo de operaciones (vasectomía), sí es una consecuencia lógica cuando se da la concurrencia de un hematoma y posterior orquiepididimitis. Se considera correcto el tratamiento de los problemas tanto por parte del médico que intervino como del centro en general, aunque no consta (en la relación fáctica) referencia alguna a como se trató el hematoma que produjo la atrofia”⁷⁰⁷. Con estas frases el Alto Tribunal evidencia que la actividad desplegada por el facultativo fue correcta y acorde a la *lex artis*. No ocurre lo mismo en materia informativa, ya que a este respecto el juzgador apunta “Por otro lado, es cierto que el deber de informar no tiene carácter absoluto y omnicompreensivo pero se extiende a complicaciones "previsibles y frecuentes" que, como las del caso, pueden acarrear el grave daño (colateral respecto del resultado perseguido con la operación) de pérdida por atrofia de un testículo...”⁷⁰⁸. Las palabras del Tribunal Supremo son

⁷⁰⁶ De esta misma manera se pronuncia SANCHO GALLARDO cuando señala, comentando esta resolución, que la información del asunto resultó deficitaria, en la medida en que el paciente sólo conocía que se trataba de una intervención sencilla que le provocaría molestias leves durante un par de días. Nada se le comentó sobre una posible hemorragia en el curso de la cirugía, así como de las consecuencias inherentes a la misma, a pesar de que suponía un riesgo habitual. SANCHO GALLARDO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” ... *op. cit.*; concretamente en página 12. MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ es esclarecedor en esta cuestión, cuando incide en la falta de necesidad de la intervención y su relación con la información “Otro peligro de esta cirugía, como el de otra cualquiera, es el de los errores médicos, los fallos y descuidos, la falta de preparación y conocimientos del cirujano o colaboradores, que potencian la trascendencia de los resultados lesivos, habida cuenta que en una casi totalidad de las intervenciones no eran precisas. El que se somete a una apendectomía lo hace porque resulta preciso para conservar su salud y si no lo hace puede sufrir una peritonitis y morir, mientras que la intervención de cirugía estética presenta desde el punto de vista sanitario algo gratuito, superfluo y si el resultado es mortal o lesivo patentiza una tragedia, no sólo desde el punto de vista del resultado, sino desde la propia elección”. MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La cirugía estética y su responsabilidad* ... *op. cit.*, página 200.

⁷⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2002 ... *op. cit.*

⁷⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2002 ... *op. cit.*

contundentes, restando importancia a la actuación del facultativo, acorde a la *lex artis*, a fin de centrarse en la información; la cual considera insuficiente⁷⁰⁹.

2. El segundo supuesto a estudiar es la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2007⁷¹⁰, en la que D. Pedro, que se encontraba aquejado de fimosis y de una incurvación del pene hacia el lado derecho (que le provocada importantes trastornos psicológicos que le impedían mantener relaciones sexuales); decidió acudir a un cirujano plástico a los efectos de tratar sus dolencias. Sin embargo, la única intervención que resultó exitosa fue la del tratamiento de la fimosis, dado que nada pudo hacerse con la incurvación que sufría D. Pedro, que era el principal problema. Por ello, el paciente se sometió a una segunda cirugía, que tampoco logró el resultado pretendido, ya que se provocó una leve curvatura hacia la derecha.

D. Pedro consideró que fue víctima de una omisión informativa, por lo que pretendió un resarcimiento por el daño sufrido, siendo su demanda desestimada, tanto en primera instancia como en apelación, por lo que acudió en casación al Tribunal Supremo.

De nuevo se trata de una relación de hechos que parece más una mala *praxis*, que una omisión informativa. Es un caso similar al anterior, en el que sin embargo concurre una diferencia sustancial: la situación inicial de D. Pedro no empeoró, sino que simplemente se modificó.

En primer lugar el juzgador sienta unas bases claras que estimamos oportuno señalar “Se está ante una actuación profesional encuadrable en lo que suele denominarse medicina satisfactiva que, a diferencia de la curativa o asistencial – básicamente de medios-, lo que pretende es un resultado concreto y que el médico oferta al cliente, respondiendo la demanda de los mismos más que a imperiosa necesidad de la salud del enfermo, a su voluntad de tratar una mejora corporal, estética o funcional del propio cuerpo...”⁷¹¹. Con esta afirmación el Tribunal Supremo afirma claramente que la finalidad de la cirugía practicada no es curativa, sino satisfactiva⁷¹².

⁷⁰⁹ Esta controversia ha sido incluido en este bloque y no en el que estudia los supuestos de *wrongful conception* porque la intervención y los riesgos inherentes a la misma son los protagonistas, y no a una concepción posterior a una esterilización.

⁷¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2007, Sala Primera, recurso 1919/2000, ponente Villagómez Rodil. Resolución también analizada desde la perspectiva del derecho de información, en el capítulo correspondiente.

⁷¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 ... *op. cit.*

⁷¹² Del mismo modo, podemos observar en las palabras del juzgador una sombra de indecisión en la polémica división entre obligaciones de medios y de resultado. No es conveniente que volvamos sobre esta cuestión, dado que ya ha sido antes analizada. No obstante, y a pesar de que la afirmación del Alto Tribunal deja entrever que puede tratarse de una obligación de resultado, observaremos cómo tácitamente

Para cerrar este primer punto conviene centrarnos en la cuestión de la información, la más destacable del asunto, ya que tratándose de una cirugía plástica, ésta tiene un carácter vital en la relación médica. Hasta tal punto es relevante, que la obligación informativa debe abarcar incluso las contraindicaciones más remotas, a fin de permitir al paciente adoptar una decisión informada. Esta cuestión es esencial, ya que lo que le ocurrió al cliente no era un riesgo remoto o poco habitual, sino algo frecuente. A pesar de lo señalado, nada se le dijo a este respecto a D. Pedro, por lo que éste se sometió a una intervención, no habiendo formado su voluntad de manera consciente y plena, sino desconociendo que una eventualidad como la acontecida podía ocurrirle. Aun concurriendo una plena pericia en las actuaciones médicas, la omisión informativa ostenta la suficiente entidad como para dar lugar a un reproche del daño sufrido por el paciente. Así lo considera el Alto Tribunal cuando señala “... en estos supuestos de medicina satisfactiva la diligencia del médico que debe prestarse sin regateos ni evasivas, resulta de exigencia más intensa en su faceta de información, ya que ha de desplegar actividad consistente en que el cliente cuente con conocimientos suficientes y lo más exactos posibles respecto al eventual fracaso de la intervención y secuelas negativas que pudieran afectarle, a fin de que su voluntad, en todo momento, goce de la más plena libertad para decidir si se somete a la operación o no, ya que se trata de intervenciones en las que no están precisamente en juego de modo definitivo y urgente la salud”⁷¹³.

La información es el eje central del proceso, ya que el reproche del Tribunal Supremo tiene a la omisión informativa como principal protagonista, no llegándose si quiera a mencionar una posible mala *praxis*.

3. La penúltima resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006⁷¹⁴, sigue una línea muy similar a las anteriores, pero resulta más clara. En este asunto D. Carlos se sometió a un implante capilar (injerto), a fin de restituir el cabello perdido de ciertas áreas. Sin embargo, el resultado no fue el pretendido, sino que lejos de lograrlo, le restaron importantes lesiones dermatológicas en un área de gran tamaño (16 x 12 centímetros), las cuales pueden resumirse en piel adelgazada e hiperreactiva de

descarta esta posibilidad, al fundamentar la condena, no en la falta de consecución del objetivo pretendido, sino en la omisión informativa sufrida por el paciente.

⁷¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2007 ... *op. cit.*

⁷¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006, Sala Primera, recurso 2873/1999, ponente Seijas Quintana.

carácter crónico; suponiendo esto importantes taras de carácter psicológico, que le provocan depresión, hostilidad y falta de confianza.

En primera instancia las pretensiones de la víctima no fueron admitidas, para serlo parcialmente en apelación. En virtud de ello ambas partes acudieron en casación al Tribunal Supremo.

Este litigio puede suscitar más dudas que el anterior, en la medida en que tal y como ocurría en el primer bloque estudiado, la situación de D. Carlos no sólo no mejoró, sino que empeoró (el paciente pasó de padecer alopecia, a sufrir graves lesiones dermatológicas). Lejos de encontrarnos con un daño fruto de una mala *praxis*, nos hallamos ante un riesgo inherente de la propia actividad médica. Es decir, las lesiones cutáneas que sufrió D. Carlos son una contingencia habitual de este tipo de intervenciones. Por ello, es necesario centrar la atención en la insuficiencia de la información que se le facilitó al paciente, ya que siendo una intervención no necesaria, éste desconocía la posibilidad de que se manifestase esta eventualidad, que además era un riesgo conocido y frecuente del acto médico. El juicio que elaboró el paciente, con los pros y los contras de la operación, resultó erróneo o por lo menos incompleto, en la medida en que carecía de la información necesaria. Así lo estima el juzgador cuando señala “Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúan la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado, paciente o cliente, conocer los eventuales riesgos a los efectos de poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma, y ello, sin duda, como precisa la sentencia de 21-10-2005, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunas controversias a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención, y esta información no fue proporcionada debidamente. Pero es que, además, los hechos de la sentencia refieren la difusión por parte del centro de una campaña publicitaria “capaz de inducir a error al consumidor o usuario artículo 8 de la Ley General de defensa de consumidores y usuarios en la que escaso rigor lleva fácilmente a la conclusión de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible, aludiendo a la existencia de especialistas en cabello cuando ciertamente los médicos que asistían en el centro no tenían la consideración de tales”. Y ello supone no sólo un evidente desajuste entre la intervención llevada a cabo y lo que le fue ofertado

al cliente mediante la publicidad del centro, sino que viene a garantizar el resultado comprometido, con lo que se evita cualquier valoración sobre elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivarse de la intervención sujeta, como tales, al componente aleatorio propio de la misma, para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no obtenido (que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética – sts de 21-10-2005), y no los medios que se ponen a disposición del paciente, sería suficiente para responsabilidad al facultativo, al margen de los elementos de la causalidad y culpabilidad”⁷¹⁵.

De los razonamientos del Alto Tribunal parece poder inferirse, no sólo que ha habido una omisión informativa porque el paciente no conocía este riesgo concreto, sino que el buen desarrollo del tratamiento estaba prácticamente garantizado, algo que como apuntábamos líneas atrás, tiene tal entidad, que puede incluso modificar la naturaleza de la obligación; haciendo que el contrato de servicios se transmute en uno de obra⁷¹⁶. El Tribunal Supremo, tras esta mención a la “garantía publicitada”, efectúa una disertación sobre las consecuencias de esta actitud, más allá de la omisión informativa del paciente. Esta postura puede tener una pretensión engañosa netamente comercial, al provocar en el cliente una falsa sensación de seguridad y diligencia respecto de un centro que garantiza un resultado, frente a otro, que haciendo honor a la verdad, asesora al paciente correctamente.

4. Algo similar ocurre en la última de las resoluciones a analizar en este bloque, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005⁷¹⁷. En este litigio D^a. Raquel se sometió a un tratamiento dermoabrasador por láser quirúrgico, con el fin de hacer desaparecer, o por lo menos paliar, una pequeñas cicatrices en forma de punta que tenía en la región peribucal, así como por el mentón; como consecuencia de una depilación eléctrica a la que se sometió años atrás. Sin embargo, el resultado no fue el

⁷¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006 ... *op. cit.*

⁷¹⁶ Sobre esta cuestión de la garantía en los tratamientos de Medicina satisfactiva se pronuncian CASTELLANO ARROYO Y DE ÁNGEL YÁGÜEZ “However, this reasoning is not followed in judgements on cases of so – called “satisfactory Medicine”, as in the case of aesthetic surgery, infertility surgery, certain acts of odontology, etc. which state in these cases that the doctor has promised a *result*. All of this is in contrast to so – called “Curative medicine”. But this case law orientation has been highly criticised and in recent years has become uncommon”. CASTELLANO ARROYO, María y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Medical Responsibility and Liability in Spain”, en DAVIDE FERRARA, Santo (Editor), BOSCOLO – BERTO, Rafael y VIEL, Guido (Co – Editors), *Malpractice and Medical Liability*, Springer, Heidelberg, 2013, pps. 161 a 188, página 163.

⁷¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005, Sala Primera, recurso 1039/1999, ponente Corbal Fernández.

esperado, ya que tras la intervención le aparecieron a D^a. Raquel unas cicatrices queloideas en el labio inferior y en el mentón, allí donde había pretendido hacer desaparecer las anteriores marcas cutáneas. Estas lesiones son un daño habitual, o por lo menos frecuente, en procesos de cicatrización como aquel que se le había practicado a la paciente, del que no fue informada.

D^a. Raquel pretendió ser compensada por el daño sufrido, viéndose en la necesidad de acudir en casación al Tribunal Supremo, al ser su demanda desestimada en primera instancia y apelación.

En este asunto, al igual que en el anterior, se produce un empeoramiento de la situación inicial, ya que no sólo no se eliminan las cicatrices, sino que se crean unas nuevas marcas y más llamativas. No obstante, no se trata de una mala *praxis* médica, sino que la aparición de lesiones queloideas es una reacción que ocurre en el momento de la cicatrización, a personas con cierta predisposición genética. Se trata de un riesgo conocido, asumido y frecuente, del que la paciente no fue informada, algo que en cirugía estética adquiere una especial relevancia, más si cabe teniendo en cuenta que se trata de algo habitual. Prueba inequívoca de ello es cómo el juzgador descarta cualquier posibilidad de acudir a la figura del daño desproporcionado, que no es sino una forma que evidencia la mala *praxis* “Y asimismo hay que descartar “in limine” que sea posible aplicar la doctrina del “resultado desproporcionado o enorme” porque ésta hace la producción del resultado de hipertrofia o queloide de la cicatriz, que es la predisposición genética a tal efecto de la piel de la paciente”⁷¹⁸. El Tribunal Supremo no señala nada sobre la diligencia en las actuaciones del facultativo, es más, llega a considerar que la paciente contaba con una predisposición genética; pero insiste de manera contundente en la información. Parte del hecho por el cual el médico tenía pleno conocimiento de que ese tipo de eventualidades podían darse, hasta el punto de haber vivido alguna en su carrera profesional, y sin embargo no le indicó nada a la paciente sobre este extremo “Aplicando la doctrina expuesta al caso resulta incuestionable que existe una infracción del deber de información. La cicatriz queloidea -poros abiertos- consiste en un tumor formado por el tejido fibroso que aparece en personas predispuestas genéticamente a producir excesiva respuesta tisular ante un trauma cutáneo. La ciencia médica conoce tal posibilidad como consecuencia de una intervención, con independencia de la técnica quirúrgica utilizada, y el médico

⁷¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005... *op. cit.*

demandado no sólo, obviamente, conocía la misma, sino que incluso ya le había sucedido en un quehacer profesional con anterioridad, por lo que se añadía su propia experiencia personal. Se trata por lo tanto de un riesgo previsible, que, aunque muy improbable, lo que excluye la responsabilidad en la práctica de la intervención, no excusaba del deber de información, a cuyo efecto el médico podía, y debía haber hecho saber a la paciente la pequeña posibilidad de que ocurriera el suceso y su causa, para la misma, dentro de su autonomía, asumir el riesgo de las eventuales dificultades de cicatrización defectuosa”⁷¹⁹.

Nuevamente la información es el elemento central de una relación obligatoria, en la que en un principio no concurre ningún tipo de actuación negligente, a pesar de que la situación inicial se ve empeorada. La razón de ser reside en que se trataba de algo que podía ocurrir, bien con carácter remoto, bien frecuente, sobre lo cual la paciente debió ser informada; de forma que al no conocer este extremo, ésta decidió asumir el riesgo de una intervención no necesaria sin poder adoptar un juicio correcto sobre los pros y los contras. Una paciente que pretendía disimular una pequeñas cicatrices, tendría que conocer la posibilidad de incrementarlas como consecuencia de la formación de un queloide, que visualmente es más agresivo que las pequeñas marcas que tenía⁷²⁰.

b) Asuntos en los que el daño no fue admitido.

5. Comenzamos este apartado con la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2008⁷²¹, que puede resultarnos especialmente llamativa. En este caso D^a. Catalina se sometió a un tratamiento de fertilidad a fin de quedarse embarazada, gracias

⁷¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005 ... *op. cit.*

⁷²⁰ De esta misma opinión se muestra GALÁN CORTES, cuando comentando este mismo asunto, señala “No puede calificarse de imprevisible el riesgo de queloide en una intervención estética, pues aunque el mismo sea muy poco frecuente y dependa de la predisposición genética de la piel de la paciente, sí integra uno de los posibles riesgos de la operación, cuya consideración debería venir impuesta precisamente por la finalidad de la misma. Por otra parte, no cabe limitar la información a los riesgos que se producen en porcentajes <<razonables>>, sino que la misma debe venir impuesta, entre otras circunstancias, por su tipicidad – cual sucede en este caso –, y además por el carácter meramente voluntario de la misma, que acrecienta la meritada obligación, extendiéndola a todos los riesgos posibles, abstracción hecha de su probabilidad o frecuencia”. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 21 de octubre de 2005”... *op. cit.*; concretamente en página 1447. Idéntica opinión es la de BOTANA GARCÍA al apuntar, que aunque es cierto que la actividad médica desplegada fue del todo correcta, el motivo de reproche reside en la omisión informativa que sufrió la paciente sobre este extremo. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “Infracción del deber de información médica en una operación de cirugía estética”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 35, 2006, pps. 1 a 3; concretamente en página 2.

⁷²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008, Sala Primera, recurso 870/2003, ponente Corbal Fernández.

al cual concibió a sus dos hijos, llegando ambos embarazos a buen término. Sin embargo tras la segunda gestación enfermó de Clampsia, afección que resultó agravada por una alteración en la coagulación que padecía la propia paciente, que le acabó provocando un síndrome de Hellp, del que falleció⁷²².

La familia de la fenecida consideró que ésta había sido víctima de una omisión informativa, por lo que pretendieron ser resarcidos por el daño sufrido. Su demanda fue desestimada en primera instancia y apelación, por lo que acudieron en casación al Tribunal Supremo.

Este asunto es llamativo, dado que se trata de un tratamiento terapéutico satisfactivo, como lo es la fecundación *in vitro*, que tiene como resultado algo tan fatídico como la muerte de la paciente, aspecto sobre el que además no fue informada. El Tribunal Supremo se hace eco de la gravedad de la situación, cuando señala sobre el concepto del daño desproporcionado “En el caso, evidentemente hay un resultado desproporcionado entre la actividad inicial y el resultado producido, pero no procede la apreciación de responsabilidad civil sanitaria porque se ha declarado probada la causa del fallecimiento, y no se aprecia negligencia médica. Es decir, ha habido la explicación y justificación médica que excluye la aplicabilidad de la consecuencia de la doctrina jurisprudencial expuesta”⁷²³.

Es conveniente partir de la idea de que no medió negligencia alguna en la actuación médica (de ahí la imposibilidad de acudir al daño desproporcionado), lo que nos lleva a centrarnos en el segundo punto de conflicto por excelencia: la información.

La parte recurrente aduce que no fueron informados sobre la posibilidad que tenía la paciente de desarrollar el síndrome de Hellp, así como de las graves consecuencias que del mismo derivaron. Sin embargo, es difícil observar aquí una omisión informativa, más si cabe teniendo en cuenta, que la parte recurrente se centra en que el embarazo del que derivó el síndrome de Hellp, fue como consecuencia de un tratamiento de fecundación (Medicina satisfactiva), y que nada se señaló sobre riesgos como el manifestado.

La cuestión es sencilla, el síndrome de Hellp es un riesgo inherente al embarazo y nada tiene que ver con la forma de fecundación, por lo que independientemente de que éste hubiese sido natural, al contar la fallecida con una predisposición genética, la

⁷²² El síndrome de Hellp es una enfermedad que se presenta entre un 5 y un 10% de los embarazos, sin importar que éstos sean naturales o “*in vitro*”.

⁷²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008 ... *op. cit.*

dolencia se habría manifestado de igual manera. Al no tratarse de nada relacionado con la técnica de reproducción asistida, no puede hacerse alusión alguna a una omisión informativa, al ser una consecuencia natural del embarazo, pero muy remota. Este carácter poco habitual entraña además que la omisión informativa tampoco puede ser invocada desde la Medicina curativa, ya que la obligación de informar no llega hasta este grado.

De esta misma opinión se muestra el juzgador cuando señala al respecto “En la sentencia recurrida se declara probado que la técnica reproductiva de fecundación in vitro no se constituye, por sí misma, y en términos epidemiológicos, como factor de riesgos alguno en relación a la preclamsia y/o síndrome de Hellp en el embarazo, no existiendo relación de causa a efecto que pudiera integrar dichos procesos patológicos en la actividad de los riesgos previsibles asociados al tratamiento”⁷²⁴.

De las palabras del Tribunal Supremo parece poder deducirse que la supuesta información omitida versaba sobre el embarazo y no sobre el tratamiento de fecundación, por lo que ciertamente existió una información completa y veraz sobre la terapia, no pudiéndose llegar a barajar una omisión informativa que suponga responsabilidad alguna⁷²⁵.

Conviene realizar un último inciso en esta controversia sobre el que no se ha hecho especial mención, probablemente por la fecha en la que se dictó la sentencia, el año 2008. En 2009 la Organización Mundial de la Salud calificó la esterilidad o infertilidad (desde la perspectiva de incapacidad natural de procreación) como una enfermedad. La relevancia de este cambio es evidente, a pesar de que no sea de aplicación al litigio que nos ocupa, por una cuestión temporal. A partir de la mentada fecha, del año 2009, cualquier tratamiento para paliar los efectos de una infertilidad natural, entraría dentro del concepto de Medicina curativa y no satisfactiva.

⁷²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008 ... *op. cit.*

⁷²⁵ BELLO JANEIRO sigue una línea similar, cuando comentando esta sentencia, llega a la misma conclusión: la complicación que sufrió la paciente conformaba un riesgo propio del embarazo, el que el hecho de que éste no fuese natural (in vitro), no incrementó las posibilidades de su aparición. BELLO JANEIRO, Domingo, “Comentario a la sentencia de 23 de octubre de 2008”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 80, 2009, pps. 779 a 806; concretamente en página 805. Por esta misma idea se inclina BOTANA GARCÍA, al apuntar la imposibilidad de indemnizar este supuesto, ya que incluso llegando a barajar un escenario prácticamente imposible, que el tratamiento de fecundación fuese calificado como Medicina satisfactiva, el fallecimiento de la paciente no tiene su causa directa en éste, sino en el embarazo. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “Fallecimiento como consecuencia de producirse durante el embarazo una eclampsia asociada a un síndrome de Hellp”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 67, 2009, pps. 1 a 4; concretamente en página 2.

6. La última resolución a analizar es la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007⁷²⁶, en la que D^a. Flor se sometió, en noviembre de 1990, a las siguientes intervenciones: colocación de dos prótesis de pecho de poliuretano por vía axilar, rinoplastia, blefaroplastia superior e inferior (párpados) y liposucción submentoniana. A pesar de que en un principio la cirugía no le causó mayores problemas, en mayo de 1991 tuvo que volver a ser operada para que le fuese recolocada la prótesis de la mama izquierda. En el transcurso de la actividad quirúrgica se perforó la prótesis de la mama derecha, por lo que le tuvo que ser colocado un nuevo implante, requiriendo una operación añadida.

Como consecuencia de ambas actividades médicas le restaron los siguientes defectos físicos: insensibilización y parálisis del lado izquierdo (brazo y seno), continuos dolores en el pecho, insensibilidad al calor y al frío; así como dolores en los ojos por el sobrante de piel en los mismos. A lo que debemos añadirle las secuelas psíquicas de desarrollo personal y social, como consecuencia del resultado final de la intervención.

La paciente consideró que había sido víctima de una omisión informativa, pero se vio en la necesidad de acudir en casación al Tribunal Supremo, a fin de que su demanda fuese estimada.

La parte recurrente estima que ha existido una vulneración informativa, en la medida en que nada se le señaló sobre la posibilidad de requerir una segunda operación, así como de que en el curso de la misma se podría producir la rotura de un implante, con la consiguiente necesidad de reintervención. Añade además, que tampoco conocía las graves secuelas que le podían restar, y que de hecho, padece tras las dos cirugías.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no trata la cuestión de la información, a pesar de que podría ser una controversia para elaborar una larga disertación, dado que si bien es cierto que es inherente a toda cirugía que ésta tenga que repetirse, las consecuencias que sufre la paciente son graves.

El motivo que llevó al Alto Tribunal a sobrevolar esta cuestión, es un elemento de carácter procesal: la omisión informativa no fue alegada hasta la apelación (como

⁷²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007, Sala Primera, recurso 4358/2000, ponente Xiol Ríos.

hecho nuevo) y de haber sido admitida, hubiese provocada una indefensión en la parte demandada⁷²⁷.

De haberse pronunciado el Tribunal Supremo, su dictamen hubiese sido de sumo interés, en la medida en que si bien es cierto que cabe la posibilidad de que la paciente hubiese sido informada, no sólo de la potencial probabilidad de no alcanzar el resultado, sino también de requerir una segunda operación para enmendar los defectos de la primera; lo cierto es que es dudoso que la información llegase a abarcar todas las secuelas físicas que le han restado a D^a. Flor.

De los últimos seis litigios estudiados se puede comprobar que la relevancia de la información es tal, que a pesar de que concurren supuestos de dudosa negligencia, al existir una omisión informativa, se desplaza cualquier resquicio de mala *praxis*.

La Medicina satisfactiva conforma una variante de esta ciencia en la que la necesidad no apremia (a diferencia de lo que ocurre cuando se pretende un restablecimiento de la salud), por lo que la información es vital. Su ausencia o carácter defectuoso, comportan una responsabilidad por parte de quien tiene el deber de informar, aunque los datos soslayados sean remotos o muy remotos. No en vano éstos son la única referencia que puede barajar el paciente a la hora de someterse a una intervención no necesaria, y cualquier desconocimiento, por muy improbable que sea, implicaría una voluntad erróneamente formada⁷²⁸.

⁷²⁷ Concretamente señala el Tribunal Supremo “El fundamento de la denegación radica, por el contrario, en que el incumplimiento del deber de información no fue alegado en la demanda, sino que lo fue en la apelación, como hecho nuevo, cuando ya no había posibilidades de proponer sobre él. En suma, el facultativo no pudo defenderse frente a la expresada alegación en la instancia, y la estimación de la pretensión fundada en este hecho, sustancial para su integración, adolecería de incongruencia por haber existido una *mutatio libelli* o modificación de la demanda, dada la distinta naturaleza del daño que se reclama por falta de información respecto del que se sustenta en la defectuosa práctica de la intervención (sts de 15-11-2006). Por otra parte, la falta de prueba sobre el cumplimiento del deber de información no puede hacerse recaer sobre el facultativo demandado, que careció de oportunidades procesales para aportar pruebas sobre el cumplimiento del deber de información que le competía”.

⁷²⁸ Es posible que haya resultado llamativa la ausencia del “caso Meño” (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008, Sala Primera, recurso 5419/2000, ponente Seijas Quintana) en el presente apartado. A pesar de que se trata de un supuesto de hecho en el que la contingencia se materializa en el curso de una intervención de cirugía estética, lo cierto es que la gravedad del resultado de la misma ha hecho que nos replanteemos su inclusión en este bloque. Es por ello por lo que se optó por analizar la mencionada sentencia en otro capítulo, uno que estudia el daño desproporcionado, al considerar más acorde su relación de hechos a esta categoría jurídica.

III. TRATAMIENTOS ODONTOLÓGICOS.

1. Concepto.

1. En este apartado estudiaremos una única resolución en la que también se da un supuesto de Medicina satisfactiva, pero centrado en una terapia concreta, la odontología. A lo largo del análisis podrá observarse que existen semejanzas patentes entre este tipo de casos y los anteriormente examinados, por lo que parece conveniente destacar que esta división tiene una mera finalidad aclaratoria. Huelga señalar que la odontología a la que nos referimos en este apartado es aquella que tiene una naturaleza eminentemente embellecedora, y no la que trata problemas buco – dentales.

2. Esta última aclaración nos permite diferenciar dos labores del odontólogo, por un lado la que pretende la sanidad bucal de sus pacientes, y por el otro, aquella que busca alcanzar los estándares de belleza sobre la forma, color y colocación de las piezas dentales.

Centrándonos en la segunda de las vertientes de la actuación del odontólogo, se nos presenta un tercer profesional que desempeña una función fundamental para la actividad que el primero debe desarrollar: el protésico, es decir, quien ayuda al odontólogo en su cometido embellecedor, elaborando las prótesis dentales⁷²⁹.

No es necesario que volvamos a retomar el debate sobre la naturaleza de la obligación del contrato que puede existir entre el paciente y el odontólogo, ya que al principio de este capítulo esclarecimos que se trataba de una obligación de actividad con

⁷²⁹ Para VÁZQUEZ BARROS esta distinción es vital, en la medida en que da lugar a una contratación distinta. Este autor considera que la relación obligatoria existente entre el odontólogo y el paciente es de servicios, a diferencia de la naturaleza contractual de la obligación con el protésico, que podría calificarse como un contrato de obra. Es necesario distinguir ambas relaciones, ya que de desdibujarse la línea de separación existente entre las mismas, podríamos encontrarnos ante la errónea idea de que el odontólogo debe ser el único responsable de que la prótesis, una vez colocada, cumpla las expectativas del contrato firmado. VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Responsabilidad civil de los médicos ... op. cit.*, páginas 171 y 186. DE ÁNGEL YÁGÜEZ va más allá y estima cuanto menos complicado considerar la actividad protésica una obligación de medios, pero matiza señalando que el profesional médico no queda vinculado por un contrato de obra sobre la viabilidad de la prótesis, una vez insertada ésta en el paciente. Cuestión distinta es la relación contractual derivada de la prótesis misma, considerada como objeto, sin mediar intervención, ya que en este caso estaríamos ante una verdadera relación de resultado. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “El <<resultado>> en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?” ... *op. cit.*; concretamente en página 75.

algunas notas de mayor exigibilidad, generalmente materializadas en el grado de información facilitada al paciente⁷³⁰.

2. Fenomenología.

1. Comenzamos el estudio de la única resolución con la que contamos, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2008⁷³¹. En este litigio D^a. María Milagros se sometió a una intervención quirúrgica a fin de reponer la masa ósea de su maxilar superior izquierdo, así como para colocar implantes osteointegrados de piezas dentarias que perdió en un accidente de tráfico, años atrás. Para esto último D^a. María Milagros le facilitó a su odontólogo su propia prótesis dental, a los efectos de que éste la adaptase a la futura situación, pero al manipularla la rompió; algo de lo que la paciente no llegó a tener conocimiento, porque éste no se la devolvió.

Conviene señalar que en un principio la paciente iba a iniciar su tratamiento con otro odontólogo, pero optó por este último porque le garantizó el éxito del tratamiento. Sin embargo, éste varió el procedimiento que iba a seguir en un principio, y a consecuencia de ello el injerto de hueso de la cadera no fue satisfactorio, encontrándose la paciente con la no consecución del objetivo pretendido, así como con la pérdida y rotura de su propia prótesis dental.

En base a los mencionados hechos D^a. María Milagros promovió una acción judicial que fue parcialmente admitida en primera instancia y confirmada en apelación, en base a lo cual la parte demandada acudió en casación al Tribunal Supremo.

Nos encontramos con un supuesto de hecho muy similar al de los casos anteriormente estudiados, en el que se pretende un objetivo concreto que no se alcanza, careciéndose de una necesidad sanitaria al efecto. No obstante, concurre una especialidad característica en este supuesto, y es que como bien hemos podido leer en los hechos, lo que hizo que la paciente optase entre uno u otro odontólogo, no fue la distinta técnica que éstos utilizaban, sino que el que la operó le garantizó el resultado.

⁷³⁰ Autores como SÁNCHEZ GÓMEZ abogan por esta misma línea doctrinal, también en materia de odontología. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios ... op. cit.*, página 139. DOMINGO MANFORTE y ESCRICHE MONZÓN, aunque no se separan de esta idea de la obligación de medios, califican esta actividad sanitaria como “híbrida”, al encontrarse a medio camino entre una noción y la otra. DOMINGO MANFORTE, José y ESCRICHE MONZÓN, María del Carmen, “Medicina satisfactiva. Responsabilidad civil médica: ortodoncia – implantología oral”, en *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguros*, nº 5, 2005, pps. 4 a 19; concretamente en página 5.

⁷³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2008, Sala Primera, recurso 180/2001, ponente Seijas Quintana.

Ya hemos tratado líneas atrás, que considerar cualquier actividad médica (salvo contadas excepciones) un contrato de obra, da lugar a una concepción errónea de la realidad. Lo verdaderamente determinante en esta variante de la Medicina, entre otras cosas, es la información que maneja el paciente / cliente. En esta controversia este punto concreto es de vital importancia, en la medida en que la información que había recibido D^a. María Milagros era la garantía de alcanzar el resultado, siendo precisamente esta seguridad la que le movió a adoptar esta decisión. En virtud de ello, el contrato, que por naturaleza es de medios, se convirtió en una obligación de resultado, en la que el objetivo que se había acordado debía alcanzarse y de no conseguirse, el incumplimiento sería indemnizado⁷³².

⁷³² En esta misma línea se pronuncia CABANILLAS SÁNCHEZ cuando señala “La transformación de una obligación de resultado en una de actividad, viene a implicar una limitación de responsabilidad del deudor, y como tal hay que valorarla. No determina, desde luego, una exoneración de la responsabilidad del deudor, pues éste, aunque no garantiza la satisfacción del interés primario del acreedor, sí está obligado a actuar con diligencia en la actividad de cumplimiento. Cuando la obligación se configura como de resultado se agrava la posición jurídica del deudor, pues éste se compromete a garantizar la satisfacción del interés primario del acreedor, y no cumple con llevar a cabo una conducta diligente. Así, por ejemplo, en el contrato de servicios médicos se acuerda que el médico garantiza la plena curación del enfermo, o en el mandato, el mandatario garantiza el buen fin de la gestión encomendada”. A pesar de que podemos mostrar nuestras reservas sobre la doctrina que nos acerca este autor, a fin de calificar la relación médica como un contrato de obra u obligación de resultado, lo cierto es que resulta clarividente cuando destaca en los ejemplos el elemento “garantía”, de forma que, de haberse garantizado un resultado por parte del médico, éste no será liberado de su obligación, hasta el cumplimiento de los términos contractuales asegurados. Se trata de algo similar a lo que está siendo objeto de estudio en el presente litigio. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado* ... *op. cit.*, página 39. Por esta misma idea se inclina RIBOT IGUALADA al asegurar “El supuesto mayor rigor en la obligación de informar constituiría un contrapunto inevitable de la licitud de esa actividad y un elemento con el que contrarrestar los efectos de una información por lo común sesgada y que podría transmitir a las personas usuarias de estas técnicas que se trata de algo muy sencillo (...). Por ello algún autor ha podido señalar que <<en las hipótesis en las que el médico se comprometa a un resultado éste [es] responsable si no se consigue, pero no por estar ante una obligación de resultado propiamente dicho, sino por la negligencia del médico al no suministrar una información adecuada al paciente sobre las consecuencias de la intervención a la que se va a someter”. Este autor nos muestra una perspectiva distinta por la cual la garantía acarrearía, además de una obligación a acometer, una omisión informativa, al privársele al paciente de la posibilidad de conocer la realidad, es decir, de saber que la garantía no es real y que puede que el resultado pretendido no sea logrado. RIBOT IGUALADA, Jordi, “Comentario a la sentencia de 22 de julio de 2003” ... *op. cit.*; concretamente en página 406. En esta misma línea se pronuncia SÁNCHEZ GÓMEZ “Por último, resta hacer alusión a una cuestión que en materia de cirugía estética puede plantear algunas dificultades. Nos referimos a la promesa del médico al paciente relativa a la obtención de su embellecimiento como resultado de la intervención. Es claro que, en tal caso, la inicial obligación a cargo del especialista se convertirá en una de resultado, como ya hemos advertido *supra*”. Por supuesto, la promesa a la que la autora hace alusión entraña una garantía del resultado y no una mera declaración de voluntad por parte del facultativo, con la única finalidad de tranquilizar a un paciente. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios* ... *op. cit.*, página 151. DE ÁNGEL YÁGÜEZ resulta contundente al apuntar “Y, desde luego, entendería una aplicación estricta del concepto de obligación de resultado (con todas sus consecuencias) en los casos, que ya empiezan a conocerse, en los que determinadas empresas de servicios médicos formulan de tal manera sus *ofertas* (en uso de una práctica rayana con la temeridad, no ya profesional sino <<comercial>>) que pueden conducir a la convicción, por parte de los posibles *clientes*, de que, efectivamente, *se garantizan* ciertos resultados”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “El <<resultado>> en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?” ... *op. cit.*; concretamente en página 80.

De esta misma manera se pronuncia el juzgador cuando señala “... está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos que dispone la medicina actual. Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto influyen de manera muy decisiva en la determinación de la regla aplicable al acaso y de la responsabilidad consiguiente. En este sentido la sentencia de 22 de noviembre de 2007, analizando un supuesto de medicina voluntaria o satisfactoria, declara que “no comportan por sí la garantía de un resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida”. A lo que añade el Tribunal Supremo, centrándose en el supuesto concreto “En el caso, la relación jurídica entre demandante y demandado se produjo a partir de un contrato entre paciente y médico, consistente en subsanar la deficiencia restante en el maxilar superior izquierdo mediante la técnica de implantes óseo- integrados, con intervención quirúrgica bajo anestesia general, que tiene la naturaleza de contrato de obra, según define el *artículo 1544 del Código Civil* , como aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto, puesto que comprometió un resultado satisfactorio al término de la intervención o lo que es igual, aseguró o garantizó el interés final perseguido por el paciente, como declara probado la sentencia, captando su voluntad para efectuar un tratamiento que en principio, y conforme al deseo de la paciente, iba a adecuarse a las pautas señaladas por el médico especialista en esta clase de actuaciones, que le había reconocido con anterioridad, y esta actuación deja al margen cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivar de la intervención médica para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no cumplimentado, y no los medios que se pusieron a disposición de la paciente, resulta suficiente para responsabilizar al facultativo del daño”⁷³³.

La peculiaridad de este litigio se encuentra en la garantía que ofreció el odontólogo a D^a. María Milagros. Ninguna variante de la Medicina satisfactiva debe considerarse un contrato de obra o una obligación de resultado, y evidentemente la odontología entra en este mismo grupo. Sin embargo, la concurrencia de un elemento concreto, como lo es la garantía del resultado, hace que la naturaleza de la obligación

⁷³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2008 ... *op. cit.*

varíe, hasta el punto de que el paciente que se haya sometido a una determinada terapia con un resultado garantizado, tenga la plena facultad de exigirlo. De forma que de no lograrse éste, el médico no quedaría liberado de su obligación⁷³⁴.

⁷³⁴ Esta argumentación sigue la misma línea que estableció la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007, antes estudiada.

IV. *WRONGFUL CONCEPTION* O *WRONGFUL PREGNANCY*.

1. Concepto.

1. Las figuras, tanto de *wrongful conception* como de *wrongful pregnancy*, tienen su origen en una relación de hechos que comienza con un paciente que decide someterse a una intervención para lograr su esterilización (bien vasectomía, bien ligadura de trompas), a pesar de la cual acaba concibiendo un hijo no deseado⁷³⁵. La razón de ser de la mentada concepción puede tener su origen, en una esterilización mal efectuada, es decir, una mala *praxis*; o por el contrario, en una omisión informativa⁷³⁶. Esta última opción puede ser más compleja, en la medida en que deriva del hecho de que existe un porcentaje de posibles recanalizaciones (márgenes de error), que conforman un riesgo propio de la intervención. Una omisión informativa sobre este último punto puede ser la causa de una nueva concepción no deseada, algo que será objeto de reproche, ya que el paciente, al desconocer dicha posibilidad, puede no adoptar las medidas necesarias a fin de evitar un nuevo embarazo⁷³⁷.

LLAMAS POMBO define esta noción como “En este caso, la sentencia condena al facultativo, basando su culpa en no haber informado adecuadamente al actor sobre la

⁷³⁵ De esta misma manera se pronuncian MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ cuando definen la idea objeto de estudio “Se trata de los supuestos conocidos con la expresión inglesa de *wrongful conception* --y en ocasiones, también con la de *wrongful pregnancy*-- que designa aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debida al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas”. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (*wrongful conception*)”... *op. cit.*; concretamente en página 1642.

⁷³⁶ Opinión compartida por MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ “Las demandas relativas a anticoncepciones fallidas conocidas hasta el momento por los tribunales españoles pueden agruparse en dos grandes categorías, según el tipo de práctica que ha dado lugar a una embarazo no deseado. La primera de ellas, se refiere a una operación de esterilización (vasectomía o ligadura de trompas) que, a causa de una negligencia médica, se practica de forma incorrecta y no consigue la infertilidad prevista. También pertenecen a esta categoría aquellas operaciones de esterilización que se practican de forma correcta, pero el médico o el hospital omiten las informaciones necesarias para las precauciones a adoptar tras la operación sobre el riesgo de fracaso de la intervención. En su mayor parte, las sentencias del Tribunal Supremo y de las audiencias provinciales españolas dictadas hasta el momento pertenecen a esta categoría y, dentro de ella, al subgrupo de las informaciones deficientes”. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Comentario a la sentencia de 29 de mayo de 2003”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia de Civil*, nº 64, 2004, pps. 193 a 218; concretamente en página 198.

⁷³⁷ VIVAS TESÓN hace hincapié en la relevancia del factor información al inclinarse a favor de la idea de que este tipo de actividades médicas conforman un híbrido entre las obligaciones de medios y de resultados, siendo precisamente el grado de información el factor de corte. En la Medicina satisfactiva la información que debe recibir el paciente /cliente es muy superior a la que se debe facilitar en Medicina curativa, precisamente por el factor necesidad. Un atentado contra este principio informativo supondría un reproche del supuesto. VIVAS TESÓN, Inmaculada, “La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencia”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 11, 2003, pps. 403 a 415; concretamente en página 414.

posibilidad de que la vasectomía no arrojase como resultado seguro la esterilización del paciente, cuando dicha posibilidad, debida a una de las complicaciones que puede presentar dicha intervención, consistente en la recanalización espontánea, está descrita en los tratados médicos de la especialidad”⁷³⁸.

Por su parte MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ exponen este mismo concepto en una línea similar a la desarrollada por LLAMAS POMBO “La sentencia resuelve un supuesto relativo a una operación de esterilización fallida, que no evita que la demandante vuelva a quedar embarazada, en este caso, de gemelas. Se trata de un supuesto típico de <<wrongful conception>> o <<wrongful pregnancy>>, expresiones que en el derecho angloamericano designan las demandas interpuestas por los progenitores por los daños que derivan de la concepción de un hijo sano a causa del fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas ...”⁷³⁹.

2. El origen de esta idea tiene lugar en el Derecho anglosajón, de la mano de la de la jurisprudencia de Estados Unidos. El primer supuesto enjuiciado de *wrongful pregnancy* es el de la sentencia *Christensen v. Thornby*, de 1934, enjuiciado en la Corte Suprema de Minesota.

En nuestro caso fue necesario esperar hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994⁷⁴⁰, en la que tras una vasectomía se produjo un embarazo posterior no deseado, porque el paciente no fue informado sobre las posibilidades de recanalización.

Aunque esta construcción doctrinal no resulte tan polémica como otras con una denominación similar, como lo es la construcción de *wrongful birth*, lo cierto es que en sus primeros estadios su aceptación se vio ensombrecida por considerarse inviable una indemnización por el nacimiento de un niño, que aunque no planeado, se encontraba sano. Esta idea se plasmó en el primer asunto enjuiciado y en muchos posteriores al mismo, hasta llegar al litigio *Custodio v. Bauer*, en 1967, donde la Corte de apelación de California aceptó la posibilidad de indemnizar un supuesto de *wrongful conception*, en atención a los gastos no previstos.

3. Como ya hemos podido apuntar con anterioridad, las esterilizaciones entran dentro de esa triple categoría que es motivo de discusión doctrinal en cuanto a su

⁷³⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Comentario a la sentencia de 25 de abril de 1994” ... *op. cit.*; concretamente en página 1011.

⁷³⁹ MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Comentario a la sentencia de 29 de mayo de 2003”... *op. cit.*; concretamente en página 197.

⁷⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994, Sala Primera, recurso 1876/1991, ponente Alcabar López.

naturaleza (medios o resultados). No procede que volvamos a ahondar en todas las cuestiones que hemos tratado con anterioridad, siendo conveniente comentar esto de forma somera y concisa. Cualquier acto médico de esterilización, bien sea una vasectomía, bien una ligadura de trompas, bien una colocación de un DIU, etc., conforma una obligación de medios y no de resultados; pudiendo considerarse a lo sumo, que se trata de un contrato de servicios, con una añadidura de diligencia en lo que a las cuestiones informativas se refiere⁷⁴¹.

4. Con carácter previo a finalizar este apartado introductorio, conviene que nos acerquemos a otra figura similar a la que está siendo estudiada, a los efectos de evitar confusiones. Se trata de los casos en los que se produce una defectuosa interrupción voluntaria de un embarazo, que provoca que éste llegue a su término. Esta idea, de la que no existe jurisprudencia en el Tribunal Supremo, encaja en una categoría intermedia, dado que se sitúa entre este concepto jurídico y otro. Las semejanzas son muchas, ya que la pretensión de una esterilización, así como de una interrupción del embarazo es similar: no tener descendencia. Del mismo modo, el resultado final de ambas es el mismo, que es precisamente lo contrario a lo perseguido: el nacimiento de un hijo no querido. No obstante, y a pesar de las similitudes entre los dos supuestos, las diferencias son ostensibles. Partimos del hecho por el cual, en los supuestos de *wrongful conception* el paciente se somete a una intervención a fin de evitar un embarazo, no para impedir uno ya existente. Estimamos que este punto concreto es lo suficientemente distintivo, como para considerar que se trata de dos conceptos distintos.

⁷⁴¹ SÁNCHEZ GÓMEZ aboga por esta misma línea “Parece pertinente abundar brevemente en este extremo. Es curioso que ese margen de probabilidad de no obtener el resultado en una operación de vasectomía, porque es una obligación de medios, se viene a paliar o, más todavía, nos atrevemos a decir, a suprimir, si el facultativo proporciona una información terapéutica adecuada sobre controles posteriores (por ejemplo, nuevos análisis), hasta que quede totalmente eliminado el carácter aleatorio de la obtención de la esterilización (no existencia de espermatozoides en los seminogramas). Expresado en otras palabras, si el médico da cumplimiento a la información terapéutica y el paciente sigue sus indicaciones, en un momento desaparecerá la aleatoriedad de la misma o, más exactamente, se controla, lo que, en definitiva, permitiría reconocer la existencia de una obligación de resultado. De este modo, lo que inicialmente era una obligación de medios se puede convertir en una de resultado, por la incidencia del factor del deber de información terapéutica, si es cumplido escrupulosamente”. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios ... op. cit.*, página 143.

2. Elementos de la figura de *wrongful conception*.

1. El nexo causal.

1. La relación de causalidad en esta noción no suscita especiales complicaciones, ya que en ocasiones es bastante obvia. Cuando se trata de una cirugía mal practicada, se entiende que la misma tiene una repercusión directa en el resultado final del embarazo no deseado. No obstante, la cuestión no es tan sencilla en aquellos casos en los que la negligencia es consecuencia de una omisión informativa, ya que es menos evidente y debe fundamentarse en el hecho de que el facultativo soslaya la información relativa a la posibilidad de que se produzca una recanalización, o a las medidas de precaución que necesariamente ha de adoptar el paciente. En estos supuestos la única posibilidad de condena se encuentra en que el cliente tenga la capacidad de probar la omisión informativa⁷⁴².

2. Parece razonable que el juzgador estime no probada una información si ésta no ha sido recogida por escrito, o de existir, sea muy genérica y manifiestamente insuficiente. Aunque el artículo 8.2 de la Ley 41/2002 establece la necesidad de que el consentimiento y la información facilitada al paciente en intervenciones quirúrgicas o pruebas invasoras, sea recogido de forma escrita o en el historial médico, la realidad jurisprudencial nos muestra una situación distinta. El Tribunal Supremo considera suficiente aquella información dada al paciente, aunque sea de forma oral, pero que le permita conocer la naturaleza del tratamiento o intervención, los riesgos y los posibles resultados adversos. Es decir, se supedita la formalidad a la transmisión completa y veraz de la información. De ahí que, de tenerse constancia de que la única fuente informativa que ha tenido el paciente ha sido un formulario de carácter genérico o “tipo”, aunque se trate de un soporte físico, no podrá calificarse como información suficiente.

Dada la delicada naturaleza de los supuestos de *wrongful conception*, la información médica se encuentra ligada a la forma escrita, salvo algunos supuestos en los que ésta se considera innecesaria o insuficiente.

⁷⁴² MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (*wrongful conception*)” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 1651 y 1652.

2. El daño.

1. Lo primero a destacar sobre el daño objeto de reproche, es que éste nunca puede basarse en el nacimiento de un hijo no deseado, y en este sentido los padres no podrán reclamar una indemnización por haber tenido un hijo que no querían, tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998⁷⁴³.

Del párrafo anterior se desprende la necesidad de hallar otras partidas indemnizatorias. En primer lugar, no consideramos posible que los llamados “gastos de crianza” sean susceptibles de indemnizarse. Se trata de partidas económicas difíciles de contabilizar, en la medida en que conforman un elemento abstracto, como lo es “la crianza”. Esta mención genérica no se limita a la manutención o la escolarización, sino a la totalidad de los desembolsos que puede acarrear el cuidado de un hijo, desde los ya comentados, hasta los sanitarios, de vivienda, así como el tiempo que los padres dejan de emplear en su ámbito laboral, y que supone un detrimento económico. La posibilidad real de contabilizar aspectos como los comentados es prácticamente imposible, de ahí que no pueda pretenderse la indemnización de este gasto genérico.

Por otro lado, y dentro de la idea de la crianza, estos desembolsos son inherentes a todo progenitor, es decir, conforman un deber innato de la paternidad. Por ello estimamos inviable cualquier pretensión de abono de los mismos, ya que no pueden considerarse un daño⁷⁴⁴. A este respecto conviene tener presente lo señalado por el

⁷⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998, Sala Primera, recurso 531/1998, ponente Gullón Ballesteros. Concretamente señala esta resolución “...la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores...”. Esta misma línea también es seguida por autores como MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ, cuando al comentar una sentencia que estudiaremos en el presente bloque, de 29 de mayo de 2003, afirman “La doctrina y la jurisprudencia rechazan de manera unánime que, en los supuestos de anticoncepciones fallidas el daño consista en la concepción y posterior nacimiento del hijo no deseado”. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Comentario a la sentencia de 29 de mayo de 2003” ... *op. cit.*; concretamente en página 211.

⁷⁴⁴ De esta misma opinión se muestran MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ “En nuestra opinión, los alimentos deberían quedar fuera de la indemnización. Las características propias del deber legal de alimentos (carácter personalísimo, recíproco, indisponible, irrenunciable, etc.) impiden que pueda ser objeto del tráfico jurídico”. A pesar de que en nuestro país la cuestión de los alimentos resulta más o menos pacífica, haciendo un pequeño repaso por el Derecho comparado, comprobamos que esta línea doctrinal no conforma una regla general. Un ejemplo de ello es Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal, entre los elementos indemnizables del daño, admite los alimentos; por su parte, en Estados Unidos no existe una línea clara, ya que en función de la intencionalidad que movió a los padres a acudir a la anticoncepción (económica), los Tribunales pueden llegar a admitir la indemnización por alimentos. Resulta distinta la perspectiva de los Tribunales del Reino Unido, donde la regla general seguida es la no indemnización por el concepto de los alimentos, tal y como ocurre en nuestro país. MARTÍN CASALS,

artículo 151 del Código Civil, relativo a la obligación de alimentos, donde ésta se califica como intransferible a terceros. De este precepto parece que se puede colegir la imposibilidad de pretender una indemnización basada en los gastos de “alimentos” de un hijo, ya que por su naturaleza, independientemente de que el hijo fuese “no deseado”, el deber de los padres no podría traspasarse; y por lo tanto, nadie puede abonar la cuantía relativa a los gastos de manutención del descendiente⁷⁴⁵.

2. Esta afirmación no debe llevarnos a la errónea idea de que no existan otros aspectos indemnizables. Un ejemplo serían aquellos gastos derivados del embarazo y parto inesperado, es decir, el daño emergente; a los que podríamos sumar el lucro cesante, que lo conformarían aquellas ganancias dejadas de obtener, por la madre o por el padre, o ambos en su conjunto. De esta misma opinión se muestran MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ cuando señalan “En principio, doctrina y jurisprudencia están de acuerdo que es indemnizable el daño emergente y el lucro cesante derivados del embarazo y posterior nacimiento del hijo. Así, se admite la indemnización de los gastos originados por el embarazo y el parto (gastos de asistencia médica y otros gastos suplementarios). También se consideran indemnizables las ganancias dejadas de obtener como consecuencia del embarazo y del parto cuando, por ejemplo, la madre «al necesitar guardar cama, a causa del embarazo, dejó de atender debidamente el negocio que regentaba con la consiguiente aminoración productiva, o debe abandonar temporalmente o definitivamente su trabajo habitual con los subsiguientes perjuicios económicos»⁷⁴⁶. Sigue una línea muy similar a la establecida por estos autores la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2006, que comentaremos en el apartado fenomenológico. En esta resolución se apunta, respecto de los daños indemnizables, lo siguiente “Se plantea igualmente la contradicción que se dice existente entre lo resuelto en la sentencia recurrida y la invocada como contradictoria ya

Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, en *InDret*, nº 3, 2001, pps. 1 a 17; concretamente en página 10.

⁷⁴⁵ Aboga por esta misma idea VICENTE DOMINGO en VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Tratado de responsabilidad civil ... op. cit.*, pps. 202 a 284, página 250. Sin embargo, y a pesar de que la opinión resulta generalizada, autores como GARCÍA RUBIO no consideran tan problemática la cuestión de indemnizar el nacimiento de un hijo. Esta autora parte de la consideración de que el nuevo ser no conforma un daño en sí mismo, pero sí los gastos que éste genera. A pesar de la teoría que propugna esta autora, ella misma admite la inviabilidad de la misma, ya que tales gastos serían también los denominados “de crianza”, los cuales son inherentes a la propia paternidad e intransmisibles, por lo que al tratarse de un deber personalísimo, no podría pretenderse una indemnización en base a los mismos. GARCÍA RUBIO, María Paz, “Comentario a la sentencia de 20 de mayo de 1998”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 48, 1998, pps. 1207 a 1222; concretamente en página 1218.

⁷⁴⁶ MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception)” ... *op. cit.*; concretamente en página 1744.

que estima la actora que en ningún supuesto existía obligación de resarcir los daños derivados de la manutención del hijo nacido después de la práctica de la vasectomía, olvidando que la Sala, en el supuesto resuelto por la sentencia contradictoria expresamente enjuicia la situación económica y familiar de los padres a fin de permitir, en principio, apreciar la existencia de este tipo de perjuicio atendiendo a las necesidades familiares presumibles y los medios económicos disponibles para ello y si bien afirma con anterioridad que solamente podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio previstos para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica o social del interesado o de los interesados”. La línea seguida por el juzgador es clara, son indemnizables, entre otros, aquellos perjuicios calificables como daño emergente y lucro cesante.

3. De la mano de estos perjuicios nos encontramos con otro elemento objeto de indemnización, como lo es el daño moral. Esta opción ha sido admitida por la jurisprudencia española, siendo traducida como los sentimientos de angustia y aflicción que puede padecer un matrimonio por un embarazo no deseado, hasta el punto de haberse sometido a una esterilización voluntaria. Del mismo modo, entraría dentro de esta categoría la preocupación derivada de una gestación no prevista dentro de un círculo familiar, así como las molestias sufridas por un paciente al que se le ha practicado una intervención infructuosa, ya que ha tenido un resultado frustrado.

4. Junto a los aspectos señalados conviene que realicemos una mención al daño por lesiones que promueve MULLIS, en este asunto de embarazos no deseados. Considera este autor, que aunque como regla general el embarazo no puede considerarse un daño en sí mismo, a pesar de las consecuencias físicas que entraña, en el caso de una gestación no deseada, más si cabe si media una esterilización previa, esta opción es posible. No en vano, se trata de un proceso que intentó evitarse con una intervención, que ocasiona incomodidades y consecuencias físicas, por lo que podría entrar dentro de la definición del concepto de lesión⁷⁴⁷.

⁷⁴⁷ Concretamente apunta este autor “Where a pregnancy is not desired (as would be the case where it results from a failed sterilisation) the pregnancy may have extremely deleterious effects on the woman. As a consequence, pregnancy may be a personal injury in some cases but not in others. In order to avoid the potential difficulty of this argument it is suggested that the better view is that a Professor Rogers and that pregnancy *should* be treated as a personal injury in these wrongful conception cases”. MULLIS,

5. Además de las vertientes del daño comentado, cabe mencionar otra nueva perspectiva indemnizable que deriva de un derecho constitucional recogido en el artículo 10: el derecho a la libertad de procrear⁷⁴⁸. La jurisprudencia considera que el derecho a la libertad de procrear vendría a considerarse una de las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad⁷⁴⁹. Autores como MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ sitúan el origen de este derecho en una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, el 14 de julio de 1994⁷⁵⁰. Esta resolución enjuiciaba la despenalización de la esterilización de incapaces, reconociéndose de forma negativa el derecho a la libertad de procreación del artículo 10.1⁷⁵¹.

6. Conviene que, con carácter previo a iniciar el examen fenomenológico, mencionemos brevemente una cuestión que se encuentra intrínsecamente relacionada con el daño: el deber que tiene la víctima de mitigar el perjuicio. Este concepto ha sido

Alastair, “Wrongful conception unravelled”, en *Medical Law Review*, nº 1, 1993, pps. 320 a 335; concretamente en página 325.

⁷⁴⁸ Concretamente este artículo establece “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

⁷⁴⁹ Debemos tener presente que, de acuerdo con lo señalado por ROBLES MORCHÓN, el Título Primero de la constitución, donde se ubica el artículo 10 al que hemos hecho mención, da forma a los valores constitucionales básicos de las personas, Derechos y libertades fundamentales. Podemos considerar este Título como el eje central sobre el que gira todo lo relativo a la explicación del estatuto jurídico de la persona, lo cual, a nuestro juicio, hace que tenga sentido que el derecho a la libre procreación se encuentre amparado por este precepto. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E)”, en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coordinador), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995, pps. 45 a 63, página 45.

⁷⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1994, Pleno, 215/1994, ponente García – Mon y González – Reguerual.

⁷⁵¹ Sin embargo, este derecho no fue enjuiciado como daño indemnizable hasta el año 1999, siendo uno de los primeros ejemplos el de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de septiembre de 1999 (sección decimoquinta, recurso 491/1997, ponente Concepción Rodríguez), que tiene su razón de ser en que el libre desarrollo de la personalidad engloba ideas tales como la libertad de procreación, encontrándose dentro de la misma la variante, no sólo de la intención de tener hijos, sino también la de no tenerlos. De ello entendemos que cualquier conducta negligente que frustre esta perspectiva, sería susceptible de reproche por una vulneración del mentado derecho. MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ son partidarios de considerar esta vulneración del artículo 10 de la Constitución como una daño indemnizable, concretamente señalan a este respecto “La principal dificultad que revisten las soluciones jurisprudenciales anteriores se encuentra en la ausencia de un fundamento claro, que ofrezca al operador jurídico un marco coherente y seguro con el que poder maniobrar. En nuestra opinión, dicho fundamento lo ofrece la identificación del bien o interés jurídico protegido en los supuestos de anticoncepciones fallidas que, como se ha avanzado anteriormente, no es otro que la libertad de procrear, en tanto que manifestación de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en el art. 10.1 de la Constitución Española”. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Comentario a la sentencia de 29 de mayo de 2003” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 214 y 215. Autores como ATAZ LÓPEZ apoyan esta misma vertiente del daño en los supuestos de *wrongful conception*, ATAZ LÓPEZ, Joaquín, “Las *wrongful actions* en materia de responsabilidad médica”, en ORTI VALLEJO, Antonio (Director) y GARCÍA GARNICA, María del Carmen (Coordinadora), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos* ... *op. cit.*, pps. 341 a 355, página 344; a los que se une MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales*, Tirant Monografías, Valencia, 2005, página 57

objeto de largas discusiones doctrinales, ya que su formulación genérica comprende una obligación para la víctima de un menoscabo, como lo es su colaboración o actuación en pro de que éste resulte aplacado, siempre y cuando sea posible.

Esta noción también se baraja como una opción en la figura que nos ocupa, llegándose a considerar que la mujer embarazada tendría la obligación innata de intentar atemperar el daño. Sin embargo, en este escenario el término “mitigación del daño” es especialmente polémico, ya que consistiría en la interrupción del embarazo o el abandono del niño (adopción), por lo que esta idea no sería aceptable. MACÍA MORILLO se muestra tajante al apuntar “Esto no significa que no hayan existido diversas teorías que niegan la apreciación de la responsabilidad en estos casos. De entre ellas hay que destacar especialmente la que se refiere a la mitigación del daño. Ésta sostiene que, aunque se aceptara que el nacimiento del niño acarrea un daño, no debería ser indemnizado, puesto que es deber de la víctima mitigar el daño, mitigación que consiste en un aborto o en la entrega en adopción del niño no deseado. No obstante, hay que advertir de que se trata de una teoría que nuestra doctrina mayoritaria rechaza, por considerar la mitigación propuesta como una conducta inexigible a la mujer...”⁷⁵².

El primero de los escollos que nos encontramos está en el deber de paliar el perjuicio, como una obligación de la víctima, siempre y cuando no suponga un sacrificio sobrehumano. Esta situación es insalvable, primero porque el mal mayor no es evitado, no en vano hablamos de interrumpir un embarazo, y porque el sacrificio exigido a la mujer es excesivo, ya que si ésta acudió a un método de anticoncepción, fue precisamente a fin de evitar verse en situaciones tan extremas como la que ahora presentamos.

El segundo de los obstáculos parte de una perspectiva pragmática: el aborto no está permitido en todos los ordenamientos jurídicos. Es decir, si a la mujer se le obligase a moderar el menoscabo, esta imposición quizás sería impracticable en algunos sistemas jurídicos, en los que la interrupción del embarazo no se encontrase despenalizada, o en el que aun permitiéndose, el supuesto de hecho no se hallase entre los casos tasados.

El tercero de los problemas al que nos enfrentamos, y que por nuestra parte consideramos de mayor envergadura, radica en la idea misma del deber. Esta obligación se centra en la mitigación “del daño”, lo que en este litigio se traduciría en evitar el nacimiento de un niño no deseado, por ser éste un daño. No es necesario que volvamos

⁷⁵² MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales ... op. cit.*, página 58.

sobre cuestiones que ya hemos tratado, pero por todos es conocido que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, consideran que el nacimiento de un niño no puede entenderse como un perjuicio en sí mismo⁷⁵³.

7. Comenzamos con el análisis fenomenológico, no sin antes justificar la razón de ser por la cual hemos elaborado una subdivisión interna entre los distintos tipos de intervenciones esterilizadoras, vasectomías y ligaduras de trompas. El motivo es meramente organizativo, el número de resoluciones es importante, y de entremezclarlas, sería complicado tratarlas. Además, hemos considerado que un análisis separado de los dos tipos de cirugía, nos permitiría extraer los patrones doctrinales seguidos en las mismas.

3. Fenomenología.

1. Casos de *wrongful conception* como consecuencia de una vasectomía.

a) Supuestos en los que la figura de *wrongful conception* fue admitida.

1. Comenzamos con la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2005⁷⁵⁴, en la que D. José fue intervenido en octubre de 1990, a los efectos de practicársele una vasectomía, a pesar de la cual su mujer se quedó embarazada, dando a luz a un niño en diciembre de 1992; que después de ser sometido a las pruebas de paternidad, se supo que era hijo de D. José. Dadas las circunstancias, se le efectuó una prueba de espermograma que arrojó resultado positivo (fertilidad), por lo que D. José se volvió a operar de vasectomía en octubre de 1992, no obstante lo cual ocurrió lo mismo, la mujer de D. José se quedó nuevamente embarazada.

En base a los mencionados hechos D. José y su mujer pretendieron la indemnización del daño sufrido, siendo sus intenciones parcialmente admitidas en

⁷⁵³ Conviene apuntar, que a pesar de la claridad con la que se ha tratado este aspecto en nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que en el Derecho comparado nos encontramos con diversidad de opiniones a este respecto. Así por ejemplo, mientras que en Estados Unidos esta opción de mitigar el daño recibe un rechazo contundente, Alemania e Inglaterra encabezan la lista de países en los que el repudio de esta idea puede verse desdibujada, hasta el punto de la aceptación, en función de las circunstancias del hecho. Se barajaría en estos supuestos de admisión de este concepto, la concurrencia de una negligencia contributiva por parte de la madre, al coadyuvar a la formación del daño con su decisión de no interrumpir el embarazo o de no dar a su hijo en adopción.

⁷⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2005, Sala Primera, recurso 3760/1998, ponente Ruíz de la Cuesta Cascajares. Resolución también mencionada en el capítulo conceptual.

primera instancia y confirmadas en apelación, por lo que la parte demandada acudió en casación al Tribunal Supremo.

D. José se sometió a una intervención innecesaria y de carácter satisfactivo, con la mera finalidad de evitar tener más descendencia, a pesar de lo cual, y de practicársele ésta hasta en dos ocasiones, acabó engendrado dos hijos. Aunque ninguna actividad médica de carácter voluntario (terapia o cirugía), pueda calificarse como una obligación de resultado, y por lo tanto la no consecución del mismo no sería punible (no en vano, no se indemniza que el espermograma arrojase resultado positivo tras la primera vasectomía), el paciente debe ser informado sobre este extremo, a los efectos de que adopte las precauciones debidas. De los hechos se desprende que las obligaciones informativas no fueron cubiertas en este asunto, ya que el paciente no sólo tuvo un hijo, sino que después de la segunda intervención tuvo un segundo vástago. Este hecho evidencia, bien un absoluto desconocimiento de la posibilidad de recanalización, fruto de una omisión informativa, bien una grave falta de prudencia.

Nada señala el Tribunal Supremo sobre esta cuestión, porque lo único enjuiciado en casación es la prescripción de la acción, así como la legitimación pasiva del hospital, una vez que éste varió su forma. Nos hemos tenido que retrotraer a la instancia inferior a fin de estudiar el proceso⁷⁵⁵, donde se parte de la corrección del acto médico en sí, por lo que el origen de la responsabilidad reside en la omisión informativa que sufrió el paciente. Aunque se le informó de la naturaleza de la cirugía, así como de los riesgos inherentes a la misma, no se le indicó nada sobre la posibilidad de sufrir una recanalización. Es por ello por lo que no pudo adoptar las debidas cautelas, del mismo modo que desconocía la necesidad de someterse a una prueba de infertilidad cada seis meses. Son precisamente estos dos aspectos los que fueron objeto de responsabilidad y los que dan forma a una omisión informativa⁷⁵⁶.

Parece conveniente, que antes de finalizar el estudio de la controversia, hagamos una somera mención a las diferencias que envuelven el primer y el segundo embarazo.

⁷⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16, recurso 223/1997, ponente Zapata Camacho.

⁷⁵⁶ La importancia del factor información en las vasectomías lo justifica LLAMAS POMBO, al considerar este autor que el paciente, no sólo debe ser informado sobre las limitaciones de la intervención, por la posibilidad de que pueda darse un nuevo embarazo, sino también a fin de que éste colabore de forma activa con la operación; es decir, para que pueda adoptar todas las prevenciones necesarias a fin de evitar una posible recanalización. Estima este autor que existen precauciones, como en cualquier tratamiento, por lo que informar al paciente de la posibilidad de que puede producirse la frustración de la cirugía, a los efectos de que éste tome mayor conciencia de la relevancia de seguir las indicaciones del facultativo, es vital. LLAMAS POMBO, Eugenio, "Comentario a la sentencia de 25 de abril de 1994" ... *op. cit.*; concretamente en página 1016.

En el primer escenario D. José podía encontrarse desinformado sobre las posibilidades de recanalización, de las cautelas adoptar y de la necesidad de un seguimiento; pero no ocurre lo mismo en la segunda situación. No en vano, ya había tenido un hijo tras su primera vasectomía, por lo que sabía que se trataba de una posibilidad real, de ahí que aunque la información fuese nuevamente escueta (siempre y cuando no se hubiese justificado el fallo de la primera esterilización por un defecto en la práctica de la misma), éste era plenamente consciente de esta posibilidad.

2. La segunda resolución, sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2006⁷⁵⁷, engloba un supuesto de hecho muy similar, en el que D. Benito se sometió a una vasectomía en el año 1992, siendo padre cinco años después, en noviembre de 1997.

El paciente pretendió ser resarcido por esta circunstancia, siendo su demanda parcialmente estimada en instancias inferiores, lo que llevó a la parte demandada a recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

La relación de hechos se vuelve a centrar en una vasectomía, en principio bien practicada (no en vano fue efectiva durante cinco años), a pesar de lo cual el elemento información conforma de nuevo el motivo de reproche del supuesto. El juzgador se muestra tajante “Pero en el presente caso lo único que existía eran las supuestas informaciones verbales practicadas al paciente que no se estiman suficiente para entender absuelta por la Administración la carga de la prueba que a ella le correspondía, dada la necesidad de constancia por escrito, en principio, del consentimiento informado que, en el caso de autos, no puede presumirse por comparación con lo resuelto en la sentencia de contraste, ya que en el mismo no se practicó el análisis espermiográfico de cuya práctica la Sala de instancia en este otro caso dedujo la necesaria existencia y presunción de un consentimiento informado previo”⁷⁵⁸.

El Tribunal Supremo considera insuficiente la información verbal, por lo que ante la imposibilidad probatoria de la Administración, al no existir un documento escrito, estima que el paciente no fue debidamente informado sobre la posibilidad de sufrir una recanalización. No se ha hecho alusión alguna a una posible mala *praxis*, porque de los hechos se desprende el dato objetivo de que la cirugía desplegó plenos efectos durante un lustro.

⁷⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2006, Sala Tercera, recurso 257/2005, ponente Puente Prieto.

⁷⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2006 ... *op. cit.*

Parece necesario matizar, que aunque el Tribunal Supremo no exige la forma escrita en materia informativa por defecto, si en esta sentencia la requiere taxativamente, es quizás porque nos encontramos en el ámbito de la Medicina satisfactiva, donde el grado de información exigible es mayor, pudiendo esto traducirse en una forma escrita, entre otros elementos. Por otro lado, su razón de ser también puede encontrarse en la inexistencia de cualquier otro medio de prueba de información en el caso concreto.

3. El último de los supuestos a analizar es la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2004⁷⁵⁹, un litigio especialmente interesante, en el que D. Armando, tras haberse sometido a una vasectomía, sufrió una leve canalización de los conductos seminales (algo que esta sentencia señala que ocurre entre un 0,2 y 1% de las intervenciones), lo que provocó su fertilidad y el consiguiente embarazo de su mujer. A pesar de que este asunto se asemeja prácticamente en su totalidad a los dos anteriormente estudiados, lo cierto es que tiene un elemento distintivo muy destacable: la garantía. Los facultativos que intervinieron a D. Armando le garantizaron que éste no volvería a tener hijos tras la cirugía.

El paciente consideró que el daño que sufrió debía ser resarcido, viendo sus pretensiones parcialmente admitidas en primera instancia, pero revocadas en apelación, por lo que acudió en casación al Tribunal Supremo.

La Medicina satisfactiva no es una variante de esta ciencia en la que pueda exigirse un resultado y que no alcanzarlo sea sinónimo de reproche. No obstante, esta premisa es inválida cuando media una garantía, pues este hecho incide en la decisión del paciente, hasta el punto de nublar su juicio y ser determinante en su toma de decisión. Es decir, si un cliente no está convencido de someterse a una operación no necesaria (como por ejemplo la vasectomía), el hecho de que el médico le asegure el resultado, puede llevar a que éste adopte una decisión equivocada; y desde luego no informada.

Independientemente del grado de información recibido por el paciente, el hecho de que le fuese garantizado el resultado, hace que su derecho a la información se encuentre vulnerado, pues éste ha sido desdibujado, hasta el punto de no permitirle tomar una decisión correcta.

El Tribunal Supremo también se hace eco de esta situación, a pesar de que centra prácticamente toda su argumentación en que la información no se recogió de

⁷⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2004, Sala Primera, recurso 821/1998, ponente Sierra Gil de la Cuesta.

forma escrita “Todo lo cual lleva proclamar que incumplía a los facultativos haber probado, mediante el preceptivo documento, la existencia del consentimiento del operado, conociendo la posibilidad estadística del fracaso posible, dato que no se ha dado en el presente caso. Pero además en el presente caso los doctores intervinientes manifestaron a recurrente que después de la operación “nunca podría volver a ser padre”, lo que supone con arreglo a lo antedicho, que no nos encontramos ante una información errónea-tesis de la sentencia recurrida-sino en una absoluta y total falta de información”⁷⁶⁰.

b) Controversias en las que la figura de *wrongful conception* no fue admitida.

4. La primera de las resoluciones a analizar en este apartado de supuestos de *wrongful conception* no estimados, es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007⁷⁶¹, en la que D. Abelardo se sometió a una vasectomía y aguardó hasta septiembre, fecha en la que le dijeron que ya podía tener relaciones sexuales sin posibilidad de engendrar, a pesar de lo cual su esposa se quedó embarazada al mes siguiente, en octubre. A este hecho debemos añadirle que lo que aparentemente le motivó a tomar esta decisión de operarse, fue la complicada situación económica que atravesaba la familia, la cual se tornó prácticamente insostenible con el nuevo hijo.

En base a los mencionados hechos, el matrimonio pretendió la indemnización del daño sufrido, siendo sus pretensiones inadmitidas, tanto en primera instancia como en apelación, por lo que acudieron en casación al Tribunal Supremo.

En este litigio el juzgador se muestra escueto al señalar que el paciente fue informado de que, aun practicándosele la intervención de manera correcta, podía producirse una recanalización de los conductos seminales, y consecuentemente la fertilidad. Dado que el cliente conocía este extremo, éste debía asumir el consiguiente riesgo, produciéndose así un desplazamiento de la responsabilidad, desde el centro médico hacia D. Abelardo. De las afirmaciones del Alto Tribunal parece desprenderse que el embarazo producido tras la vasectomía tuvo su origen, no en una intervención defectuosa, sino en la ausencia de las cautelas debidas por parte de un paciente

⁷⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2004 ... *op. cit.*

⁷⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007, Sala Primera, recurso 1984/2000, ponente Xiol Ríos.

informado, que conocía la posibilidad de un embarazo posterior “La sentencia recurrida no confunde los extremos a que se refiere la parte recurrente, sino que fija como hecho probado, obtenido como consecuencia de la valoración del conjunto de la prueba practicada, que existió una información muy detallada sobre los cuidados que debía seguir el paciente sometido a la intervención de vasectomía para evitar los riesgos de la recanalización, e infiere de este hecho, en combinación con otros elementos probatorios (...) en una conclusión que no aparece como descabellada o errónea, atendidas las circunstancias de distinta índole que toma en consideración, que existió una información completa al paciente de dichos riesgos, aunque ésta no haya podido probarse documentalmente”⁷⁶².

Es probable que esta última frase nos llame la atención, dado que el juzgador considera que el paciente se encontraba debidamente informado, aunque dicha información no pudo probarse de manera documental. Esta afirmación es llamativa, ya que en el apartado anterior hubo supuestos que fueron objeto de condena, precisamente porque no existía una información escrita, lo que hizo presuponer al Tribunal Supremo, que el paciente no había sido correctamente informado, tal y como ocurrió en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2006. A pesar de la aparente contradicción, parece haber una posible explicación: en la controversia objeto de comparativa el resultado le fue garantizado al paciente. Sin embargo, esto es distinto si recordamos sentencias como la de 26 de abril de 2006. Podemos apuntar la hipótesis de que, aunque el Tribunal Supremo no lo manifieste, existan indicios razonables que apunten a que el paciente había sido correctamente informado, bien por la actitud del mismo, bien por sus declaraciones, etc.; de forma que el Alto Tribunal concluyó que la información que había recibido D. Abelardo era suficiente, aunque no hubiese sido recogida de forma escrita⁷⁶³.

⁷⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007 ... *op. cit.*

⁷⁶³ Comentando este mismo supuesto, BOTANA GARCÍA opina que la información que recibió el paciente fue completa, dado que se le hicieron llegar las precauciones que debía adoptar tras la cirugía, y también conocía la posibilidad de que se produjese una recanalización de los conductos. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “Embarazo posterior a una vasectomía”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 55, 2007, pps. 1 a 4; concretamente en página 2. La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2000 (Sala Primera, recurso 1009/2000, ponente O’Callaghan Muñoz) cuenta con una relación de hechos prácticamente idéntica a la del presente asunto, por lo que no procede su estudio individualizado. El caso se traduce en un embarazo tras una vasectomía, a pesar de que el paciente había sido ampliamente informado sobre la posibilidad de sufrir una recanalización. Sigue una línea argumental idéntica la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 4823/2009, ponente Menéndez Pérez).

5. En la segunda resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000⁷⁶⁴, D. Humberto, debido a su situación laboral y económica, decidió someterse a una vasectomía en 1989, a fin de evitar tener más hijos. Pasados tres meses desde la misma, se le practicó un espermograma que arrojó un resultado de azoospermia, esto es, infertilidad. Sin embargo, dos años más tarde la mujer de D. Humberto se quedó embarazada. Tras el nacimiento de su hija, un nuevo espermograma determinó el mismo resultado: infertilidad. No obstante, tras las pruebas de paternidad correspondientes, se comprobó que era el padre biológico de la criatura.

En base a las mencionadas circunstancias, se pretendió la indemnización del daño sufrido, no siendo estimada la demanda de D. Humberto en ninguna de las instancias inferiores, por lo que éste acudió en casación al Tribunal Supremo.

Aunque este supuesto se asemeja mucho a los anteriormente estudiados, lo cierto es que el Alto Tribunal realiza un curioso esfuerzo argumentativo cuando aborda el margen de error existente en toda vasectomía. El Tribunal Supremo equipara los casos de *wrongful conception* con los riesgos del desarrollo, al señalar “En el caso de la vasectomía, sin embargo, existe un porcentaje de fracasos reducido, sobre cuya cuantía discrepan los especialistas. Puede originarse de modo espontáneo una recanalización que permite de nuevo el paso de los espermatozoides, en condiciones que no pueden ser definidas de modo seguro -a tenor de lo que esta Sala ha tenido ocasión de conocer-, pero que comporta la posible recuperación de la fertilidad. (...) Por consiguiente, aun manteniendo la prevalencia de la obtención del resultado de esterilización como criterio normativo de la intervención, por tal debe entenderse, al menos en el actual estado de la ciencia médica, aquella situación en que, previas las comprobaciones oportunas en el periodo postoperatorio, mediante los análisis espermográficos necesarios, se dictamina la infertilidad del varón de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, esto es, observando los plazos necesarios o mediante la producción de las eyaculaciones aconsejables sin cópula reproductiva. La obtención del resultado no queda excluida, por consiguiente, por la existencia de un fracaso que tenga por causa un comportamiento extraordinario y no previsible de la fisiología de la persona, ligado a una recanalización tardía posible, pero altamente improbable y, en el caso examinado, de difícil explicación para los especialistas”⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, Sala Tercera, recurso 3805/1996, ponente Xiol Ríos.

⁷⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 ... *op. cit.*

Destaca el juzgador, que el margen de error existente en las vasectomías es conocido, y deriva de las limitaciones del conocimiento en la materia, que no permiten paliar esa ineficacia. Precisamente por esa naturaleza condicionada, se practican pruebas posteriores a la intervención y se recomienda la adopción de prevenciones mínimas, a los efectos de evitar embarazos no deseados. Una gestación tras una esterilización no es sinónimo de mala *praxis*, sino que simplemente se trata de un riesgo inherente a la misma, y precisamente por ello este punto es informado. Esta exigencia comunicativa fue cumplida en el asunto que nos ocupa, aunque no de forma escrita, tal y como se deduce de las palabras del Tribunal Supremo “En efecto, aun respetando la inversión de la prueba que esta Sala estima procedente cuando la información no se ha realizado por escrito -como es obvio que ocurre en el caso examinado-, se advierte que la Sala de instancia considera que hay que decantarse por la versión del médico que practicó la intervención en contra de la falta de información alegada, pues a) se hace constar en la ficha obrante en el expediente que «se le explican al paciente: irreversibilidad de la intervención, porcentaje mínimo pero existente de recanalizaciones, riesgo infección, hematoma herida. Seguir con las mismas precauciones durante dos a tres meses (anovulatorios, preservativo...). A los siete días retirar puntos. Dentro de dos a tres meses espermiograma»; b) El operador se manifiesta de forma espontánea en este sentido; y c) sólo motivado por la información el actor pudo someterse al espermiograma de 26 de diciembre de 1989»⁷⁶⁶.

Nos encontramos ante una nueva resolución que considera que el Derecho a la información del paciente no requiere una forma escrita, por lo que una advertencia verbal completa sería suficiente para considerar comunicado el riesgo de posterior concepción tras una esterilización⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 ... *op. cit.*

⁷⁶⁷ De esta misma opinión se muestran LÓPEZ MENUDO y GUICHOT, cuando al comentar este litigio concluyen que la información que recibió el paciente fue suficiente, a pesar de que ésta no tuviese forma escrita y existiesen dudas sobre su certificación, ya que la mención a la información se realizó de forma somera en el historial médico del paciente, con escritura manuscrita y sin constar la fecha. LÓPEZ MENUDO, Francisco y GUICHOT, Emilio, “Esterilización frustrada. ¿Responsabilidad administrativa?” ... *op. cit.*; concretamente en página 121. Opinión compartida por ROMERO COLOMA, que analiza este mismo supuesto y asevera que tanto la actividad médica desplegada como la información facilitada, fueron correctas. ROMERO COLOMA, Aurelia María, “En torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria. A propósito de la STS de 3 octubre de 2000”, en *Actualidad Administrativa*, nº 44, 2001, pps. 1 a 19; concretamente en página 15. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2006 (Sala Tercera, recurso 271/2002, ponente Robles Fernández) cuenta con muchas similitudes en relación a las controversias anteriores, al centrarse en un embarazo tras una vasectomía, en principio bien practicada e informada. Con el factor añadido de que en este supuesto el padre era portador de la enfermedad de Huntington, motivo por el que se sometió a una esterilización, a pesar de la cual concibió un hijo. Dado que el Tribunal Supremo estimó que el embarazo se produjo como consecuencia

6. El tercer litigio de este apartado es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2004⁷⁶⁸, en el que D. Alfredo se sometió a una vasectomía en 1991. Un mes después de la cirugía le fue practicado un análisis que dio resultado de azoospermia, es decir, infertilidad. Sin embargo, tres años después su mujer se quedó embarazada, de forma que D. Alfredo fue sometido a un nuevo espermiograma, que dio un resultado de oligozoospermia grave, que en principio, descartaba la fertilidad.

El matrimonio pretendió ser resarcido en base a una reclamación de *wrongful conception*, pero sus pretensiones fueron inadmitidas, tanto en primera instancia como en apelación, por lo que acudieron en casación al Tribunal Supremo.

Aunque prácticamente todas las resoluciones se centran en el elemento información y su suficiencia, en este asunto no se señala nada sobre este aspecto, porque existe un hecho que da lugar a que cualquier pretensión indemnizatoria se torne imposible: la paternidad de D. Alfredo no fue probada.

El Alto Tribunal entiende que no se parte de una base lo suficientemente sólida como para que la relación de hechos de este caso dé lugar a la noción *wrongful conception*, dado que la paternidad del hijo engendrado no ha sido demostrada. Si bien este punto no es exigido expresamente en todos los supuestos (aunque sí suele ser habitual acudir a la prueba de paternidad), en este caso es de suma importancia, porque el paciente continuaba arrojando un resultado de esterilidad tras el embarazo de su mujer, algo que no ocurría en las controversias anteriormente estudiadas, y que de acontecer, se salvaba con una prueba de paternidad. Ante la ausencia de esta vía probatoria, el juzgador no llega a entrar en cuestiones tales como la información o la buena *praxis* de la cirugía, dado que no tiene certeza plena de que la vasectomía fallase o de que el embarazo fuese consecuencia de una omisión informativa; tal y como apunta el Tribunal Supremo “En definitiva, el criterio que ahora se reitera es que la acción de indemnización por razón del fracaso del resultado de la intervención de vasectomía, tan solo puede prosperar si se ha acreditado que el paciente es el padre del futuro del embarazo”⁷⁶⁹.

de una actitud despreocupada, podríamos encontrarnos ante un posible supuesto de procreación irresponsable. No en vano, aunque el paciente adoptó una medida tan drástica como la vasectomía, luego no fue consecuente con ésta. Opinión compartida por RUIZ LARREA, Nekane, “El daño en la procreación”, en *Diario La Ley*, nº 1, 1998, pps. 2039 a 2046.

⁷⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2004, Sala Primera, recurso 2883/1998, ponente O’Callaghan Muñoz.

⁷⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2004 ... *op. cit.* RAGEL SÁNCHEZ realiza un estudio a este respecto, sobre un supuesto similar al ahora comentado, y justifica por qué la paternidad no se presume, a pesar de darse en el seno de un matrimonio: por la causa lógica de la esterilización.

7. El último litigio de este apartado cuenta con una singularidad que lo diferencia de lo anteriores, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001⁷⁷⁰. En este supuesto D. Cosme se sometió a una intervención de vasectomía en el año 1994, pero tras la misma, en la prueba de esperma, se le detectaron espermatozoides vivos, algo que se repitió en posteriores análisis que le fueron practicados (tres en total). Desde un principio D. Cosme fue informado de que la vasectomía no había cumplido su función y de que seguía siendo fértil, a pesar de lo cual, y desoyendo los consejos recibidos, comenzó a mantener relaciones con su mujer, quedándose ésta embarazada meses después de su operación.

La parte actora pretendió una indemnización por el hijo no deseado, que sin embargo no fue admitida ni en primera instancia, ni en apelación; por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La dinámica de esta controversia sigue la misma línea que las resoluciones anteriores pero cuenta con un elemento añadido, que es determinante para la decisión del Alto Tribunal: el paciente desoyó las prescripciones médicas. Este hecho implica que, aun cuando el cliente no hubiese sido informado sobre la posibilidad de que la vasectomía no fuese certera al 100%, su daño no puede ser objeto de responsabilidad, pues éste tenía pleno conocimiento del resultado de las pruebas que se le practicaban, así como de que la vasectomía había sido infructuosa, por lo él seguía siendo fértil.

A pesar de que el Tribunal Supremo trata la cuestión de la información, lo cierto es que consideramos que esto no sería necesario (siempre y cuando no nos refiramos a la de la prueba de espermiograma en concreto), dado que es una realidad del presente litigio, que la voluntad del paciente iba más allá de la información recibida. El Tribunal Supremo apunta sobre esta cuestión que “...ese deber de información fué (sic) cumplido por el facultativo interviniente, ya que, tras haberse dado una adecuada información en el pre y post-operatorio a los interesados, no obstante, acaecieron las relaciones sexuales impositivas para el embarazo no deseado, por un acto deliberado y voluntario del

Asegura este autor, que de lo contrario, de suponerse, se imposibilitaría cualquier tipo de opción de réplica al facultativo, dado que no cuenta con la capacidad procesal suficiente para impugnar la paternidad, por lo que se provocaría un supuesto de indefensión. RAGEL SÁNCHEZ, Luis – Felipe, “Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 1997” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 672 y 673. De esta misma opinión se muestran LÓPEZ MENUDO y GUICHOT, al considerar que no cabe la habitual presunción de paternidad dentro del seno familiar, y es por ello por lo que el progenitor tiene el deber de demostrarla. LÓPEZ MENUDO, Francisco y GUICHOT, Emilio, “Esterilización frustrada. ¿Responsabilidad administrativa?” ... *op. cit.*; concretamente en página 126.

⁷⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001, Sala Primera, recurso 1044/1996, ponente Martínez – Calcerrada Gómez.

esposo de la actora, lo cual determina que ante tal infracción de la prescripción profesional y el no actuar conforme a las elementales precauciones correspondientes al concreto acto médico relativas a la vasectomía practicada, (ya que, como se dice, el embarazo padecido y no querido, lo fue por esa actuación totalmente voluntaria de los actores y contradiciendo, pues, los deberes que tras el operatorio se le indicaron en los términos que se han constatado en Autos), procede, pues, el rechazo de los Motivos, con la desestimación del recurso y demás efectos derivados”⁷⁷¹.

De las palabras del juzgador parece entreverse que éste, a pesar de que trata la cuestión de la información, remarca especialmente que el embarazo fue consecuencia de una actuación voluntaria y consciente de los actores, contradiciendo los consejos médicos, con pleno conocimiento del riesgo al que se exponían⁷⁷².

2. Casos de *wrongful conception* como consecuencia de una ligadura de trompas.

a) Litigios en los que la figura de *wrongful conception* fue admitida.

1. La primera de las resoluciones que estudiaremos es la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003⁷⁷³. En este supuesto D^a. Sonia, cuando se encontraba embarazada, le dijo a su médico que de requerir una cesárea, como le ocurrió en sus dos partos anteriores, le practicara una ligadura de trompas. Como así fue, su ginecólogo aprovechó la intervención a fin de efectuarle la esterilización que D^a. Sonia le había pedido. Sin embargo, y a pesar de la misma, se quedó nuevamente embarazada, en esta ocasión de gemelas, requiriendo una cuarta cesárea.

En base a los mencionados hechos, la paciente pretendió la indemnización del daño sufrido, a pesar de que tanto en primera instancia como en apelación sus pretensiones no fueron admitidas, por lo que acudió en casación al Tribunal Supremo.

Volvemos sobre la misma idea de que todo tratamiento / intervención que se realiza dentro del ámbito de la Medicina satisfactiva, requiere un elevado grado de información, ya que es el único medio de decisión del paciente. Si ésta es insuficiente su

⁷⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001... *op. cit.*

⁷⁷² El último supuesto de *wrongful conception* por vasectomía que queda en el recorrido de esta década de jurisprudencia, es la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2008 (Sala Primera, recurso 537/2001, ponente Almagro Nosete), en la que el caso no pudo ser indemnizado por una cuestión procesal: la demanda se instó ante un orden jurisdiccional erróneo.

⁷⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003, Sala Primera, recurso 3119/1997, ponente Villagómez Rodil.

juicio será erróneo, y las eventuales consecuencias que sufra por un riesgo no informado, podrán ser reprochadas.

En este asunto la paciente recibió un texto informativo “tipo”, donde se trataba la naturaleza de la intervención, su funcionalidad, así como los peligros de la misma. No obstante, es doctrina jurisprudencial asentada, que un documento genérico como el recibido por D^a. Sonia no se traduce en una información suficiente para un paciente, sino simplemente en una formalidad. Es necesario que el cliente sea informado de forma veraz y comprensible, al margen de formalismos escritos, siendo suficiente el primero de los mismos (información oral), pero no el segundo.

Cuando el centro sanitario que intervino a la paciente adujo que ésta había sido informada sobre la posibilidad de un nuevo embarazo, para lo que se utilizó un superfluo consentimiento informado en el historial médico de la actora, el Alto Tribunal opinó lo contrario, al considerar que la paciente no conocía la esencia del acto médico “En este caso no se cumplió de modo satisfactorio y menos haberse practicado en la forma que pudiera ser tenida como cierta y eficaz, y NOS así lo declaramos y decidimos. Los motivos han de acogerse y de conformidad al artículo 1715-1-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil esta Sala de Casación Civil, asumiendo funciones de la instancia ha de resolver lo que proceda dentro de los términos en los que se ha planteado el debate procesal y, consecuencia de lo expuesto, decidimos que, toda vez que la información previa al paciente a cargo de los facultativos e instituciones sanitarias resulta derivación de la buena fe y la necesidad de practicarla en los tiempos clínicos correspondientes y es exigida en forma contundente por la jurisprudencia, su no práctica correcta integra omisión constitutiva de culpa sanitaria conforme a los artículos 1902 y 1903 del Código Civil y normativa constitucional (artículos 43 y 51-1 y 2), la que se atribuye a los demandados que deberán indemnizar solidariamente a la recurrente en la cantidad de diez millones de pesetas, conforme al suplico primero de su escrito de demanda, comprendiendo los perjuicios patrimoniales causados y daños morales, no accediéndose a la segunda suplicación de concesión de la pensión que se solicita”⁷⁷⁴.

Una comparativa entre esta resolución y las estudiadas en el bloque anterior de los embarazos tras vasectomías no indemnizados, puede llevarnos a la errónea idea de

⁷⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003 ... *op. cit.* Comentando esta misma resolución, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ llegan a la misma conclusión. A pesar de que la práctica quirúrgica respetó los cánones establecidos por la *lex artis*, este hecho se vio nublado por las carencias informativas, ya que no se contempló una cuestión tan esencial, como la posibilidad de que la paciente volviese a ser fértil. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Comentario a la sentencia de 29 de mayo de 2003” ... *op. cit.*

una posible contradicción. Aunque en las controversias anteriores se consideraba innecesaria la forma escrita a los efectos de estimar que el paciente se encontraba informado, en este supuesto es precisamente la materialización del consentimiento informado la cuestión problemática. Ahora bien, aunque en un primer momento esta contradicción pueda parecer descorazonadora, lo cierto es que no es tal, dado que la clave del asunto radica en que la información sea suficiente y que el paciente tenga un conocimiento adecuado de la intervención y de los riesgos. En los supuestos anteriormente comentados, aunque no existía una forma física de la información, se consideraba que el cliente había sido suficientemente informado y que conocía lo esencial de la cirugía. Ocurre lo contrario en el presente litigio, en el que aunque la información mantiene la forma de un documento de consentimiento informado, ésta es deficiente, en la medida en que se recoge en un texto “tipo”, que en absoluto exime a los facultativos de su labor informativa⁷⁷⁵.

2. La segunda de las resoluciones es muy similar a la anterior, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2001⁷⁷⁶. En este asunto D^a. Rocío se sometió a una ligadura de trompas en septiembre de 1989, a pesar de la cual se quedó embarazada cuatro años después, en 1993. La información que recibió la paciente fue similar a la que se dio en la sentencia anteriormente comentada, esto es, se limitó a un formulario genérico.

⁷⁷⁵ MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ se pronuncia de manera muy similar al juzgador, al asegurar que la información debe ser eso, un método de comunicación directo entre el médico y el paciente, a fin de que éste tenga conocimiento sobre la intervención a la que se somete, los riesgos que asume, etc. Una omisión informativa se da, tanto en aquellos casos en los que no se documenta la “no información”, como en los que existe un texto tipo, cuyo valor informativo resulta nulo. MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, *La cirugía estética y su responsabilidad ... op. cit.*, página 285. Por esta misma idea se inclina SÁNCHEZ GÓMEZ cuando trata la cuestión de la información “Ahora bien, ciertamente, poco sentido tendría otorgar un consentimiento a un acto médico, si éste no va precedido de la necesaria información al paciente sobre su proceso, pues de otro modo, ¿qué valor tendría el consentimiento otorgado por quien en la mayoría de ocasiones desconoce lo que consiente, al ser ajeno a los conocimientos de la Ciencia Médica? Bien es cierto que la cuestión del consentimiento informado ha sido bastante desconocida en la jurisprudencia, posiblemente porque hasta entonces, no ha habido demasiada conciencia en la práctica médica – hospitalaria de la relevancia que revisten los extremos del consentimiento e información, o mejor dicho, del consentimiento informado”. Considera esta autora que el consentimiento que se otorga sobre algo desconocido se encuentra viciado, dado que el actor no llega a entender aquello para lo que presta su asentimiento, por lo que su aceptación no puede considerarse válida. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, “Comentario a la sentencia de 12 de julio de 1994” ... *op. cit.*; concretamente en página 476. La más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2012 (Sala Tercera, recurso 4397/2010, ponente Lecumberri Marti) tiene una relación de hechos muy similar a la de este asunto. Una mujer se sometió a un tratamiento médico de anticoncepción (DIU), pero como consecuencia de que la implantación fue defectuosa, ésta volvió a quedarse embarazada, naciendo una hija con severas secuelas. Aunque en este litigio concurra una mala *praxis*, lo cierto es que la paciente tampoco conocía la existencia de márgenes de error en este método anticonceptivo, por lo que no tomó ninguna precaución añadida.

⁷⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2001, Sala Primera, recurso 1216/1996, ponente Villagómez Rodil.

D^a. Rocío pretendió la indemnización del daño sufrido, para lo que tuvo que acudir al grado de apelación, donde logró la estimación parcial de su recurso. En virtud de lo señalado, la parte demandada acudió en casación al Tribunal Supremo.

No procede que nos extendamos innecesariamente en el análisis de este litigio, en la medida en que es prácticamente idéntico al anterior, dado que la información del mismo también se limita a un documento tipo que adolece de graves deficiencias, tal y como lo apunta el Tribunal Supremo “La información practicada en el supuesto del pleito no reúne ni se aproxima a los presupuestos que se dejan estudiados para poder considerarlo como información correcta, ya que únicamente consta que la actora y su marido firmaron un documento impreso del Hospital, carente de todo rigor informativo, pues ser un modelo general para toda clase de intervenciones, sin especificación concreta de los riesgos y alternativas de la intervención que se iba a practicar y la posibilidad de poder quedar embarazada”⁷⁷⁷.

3. La tercera y penúltima resolución de este subapartado, es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2005⁷⁷⁸, en la que D^a. Julieta se sometió a una ligadura de trompas, cuya finalidad era no tener más hijos, a pesar de la cual, se quedó nuevamente embarazada.

La paciente inició acciones judiciales en base a la construcción doctrinal de *wrongful conception*, no siendo sus pretensiones admitidas en ninguna de las instancias inferiores.

Aunque este supuesto es similar a los anteriores, tiene un pequeño matiz que lo diferencia, y es que en lugar de existir un documento genérico, simplemente se desconoce el momento y situación en el que se informó a la paciente, si es que se le informó. El grado de control sobre la obligación informativa es mínimo, hasta el punto de considerarse ridículo, ya que el centro sanitario fue incapaz de fijar el momento y el facultativo que ofreció la necesaria información a D^a. Julieta, de ahí que se evidencie que ésta resultó deficitaria o simplemente inexistente, idea por la que parece inclinarse el Tribunal Supremo “...llegamos a la conclusión de que la paciente no fue oportuna y debidamente informada de los riesgos que estadísticamente pueden derivarse de este tipo de intervenciones, en cuanto a la posibilidad de un embarazo posterior, pues los facultativos que intervinieron en la cesárea y ligadura de trompas "no recuerdan" por el

⁷⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2001 ... *op. cit.*

⁷⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2005, Sala Tercera, recurso 145/2004, ponente Lecumberri Marti. Resolución también apuntada en el capítulo conceptual.

tiempo transcurrido, si dicha información se suministró aunque suponen que la paciente al solicitar que se le practicara la ligadura tubárica bilateral fue informada, y dio su conformidad...»⁷⁷⁹. De las palabras del juzgador se desprende que la actividad informativa fue cuanto menos negligente, hasta el punto de desconocerse si se llegó a informar y cuándo.

4. Iniciamos el examen de la última de las resoluciones a estudiar en este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2005⁷⁸⁰. Conviene señalar respecto de esta controversia, que si bien la relación fáctica es similar, concurre una circunstancia propia, que le otorga una especial entidad. En este litigio a D^a. Angelina, que padecía graves problemas oculares (ya que había sufrido un desprendimiento de retina en dos ocasiones), tras sufrir un aborto espontáneo, se le recomendó una ligadura de trompas, a los efectos de evitar un nuevo embarazo, ya que podría suponer un empeoramiento de su agudeza visual. Sin embargo, y a pesar de la esterilización, D^a. Angelina se quedó nuevamente embarazada, gestación que además llegó a término, requiriendo por ello la paciente la práctica de una cesárea, dada la gravedad de sus lesiones oculares.

Dos años después del nacimiento de su cuarto hijo, D^a. Angelina sufrió un nuevo desprendimiento de retina en el ojo derecho, restándole tras los oportunos tratamientos, una atrofia coriorretiniana macular; a lo que debe añadirse otro desgarró retiniano que padeció en el ojo izquierdo, atrofia macular y peripaliar. Como consecuencia de ambas afecciones, la visión de sus ojos no supera el 0,050.

En base a las mencionadas circunstancias, la paciente pretendió la indemnización del daño sufrido, el cual no fue admitido en ninguna de las instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque todas las resoluciones de este bloque son muy similares entre sí, no en vano cuentan con una misma temática, lo cierto es que en este asunto lo que movió a la paciente a someterse a una ligación tubárica fue un padecimiento visual. Su enfermedad podía verse agravada como consecuencia de un nuevo embarazo, por lo que tras haber sufrido un aborto espontáneo, decidió someterse a un proceso de esterilización; algo que no evitó una nueva concepción, con las graves secuelas que de la misma derivaron. El

⁷⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2005 ... *op. cit.*

⁷⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2005, Sala Tercera, recurso 3546/2001, ponente Robles Fernández.

elemento diferencial del caso se encuentra en la intención que subyace bajo la práctica del acto médico.

La cuestión litigiosa gira en torno a la idea de la información y la insuficiencia de la misma, es decir, la paciente no conocía la posibilidad de que pudiese volver a concebir, con lo que para ella implicaba. Es llamativo que el juzgador aluda a la forma escrita, ya que al no existir la misma (y no dejarse constancia en el historial médico), se presume que la paciente no fue informada sobre un riesgo tan importante, más si cabe cuando se trataba de Medicina satisfactiva. A este respecto señala el Alto Tribunal “Partiendo pues de la inexistencia de información sobre los riesgos de fracaso que podía conllevar la intervención quirúrgica, que le había sido recomendado a la actora para evitar los perjuicios oculares que había sufrido como consecuencia de anteriores embarazos, la propia Sala de instancia tiene por probado que efectuada aquella ligadura de trompas en junio de 1.987, sin embargo quedó nuevamente embarazada en 1.994, practicándosele una cesárea electiva y una nueva ligadura de trompas el 22 de Diciembre de 1.994, para cuya práctica sí queda acreditado el consentimiento informado por escrito”⁷⁸¹.

Esta lógica seguida por el Tribunal Supremo debe observarse desde la perspectiva, no de la forma de la información en sí (verbal, documental, etc.), sino de la información efectiva. Es decir, que el paciente sea debidamente informado, indistintamente del medio utilizado. Hemos podido observar cómo en resoluciones anteriores, un consentimiento informado de carácter genérico, aunque materialice este deber en forma documental, no es suficiente. La justificación es sencilla: realmente no se ha informado.

b) Supuestos en los que la figura de *wrongful conception* no es estimada.

5. Comenzamos el análisis de este apartado con la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007⁷⁸² en la que D^a. Marina, aprovechando la cesárea que había necesitado para dar a luz a su segundo hijo, solicitó que se le practicara una ligadura de trompas. Un año después de la intervención se quedó nuevamente embarazada.

⁷⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2005 ... *op. cit.*

⁷⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007, Sala Tercera, recurso 9208/2003, ponente Herrero Pinta.

En base a los mencionados hechos pretendió la reclamación del daño sufrido por un caso *wrongful conception*, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este supuesto es diferente a los demás, en la medida en que la recurrente no aborda el daño desde la perspectiva de una omisión informativa sobre la posibilidad de un embarazo posterior a la esterilización, sino que pretende ser indemnizada en base a una mala *praxis*; conclusión que alcanza tras una equiparación de la Medicina satisfactiva con las obligaciones de resultado. Entiende la actora, que dado que tras la ligadura de trompas ella sufrió un nuevo embarazo, el objetivo de la operación no fue conseguido, y consecuentemente, debe haber mediado algún tipo de negligencia. Sin embargo, la vía argumentativa de la recurrente se encuentra tristemente errada, tal y como lo evidencia el juzgador “Sin embargo y como señala dicha sentencia respecto de la vasectomía, no puede desconocerse que tampoco en este asunto el método anticonceptivo empleado tiene una eficacia absoluta, presentando un determinado índice de fracasos, al margen de la correcta aplicación de la técnica, que el estado actual de la misma no está en condiciones de evitar, de manera que de ese fracaso no puede deducirse sin más que la intervención se hiciera negligentemente y sin la debida pericia y, por otra parte, la paciente, debidamente informada, en cuanto asume dicho riesgo tiene la obligación de soportarlo, por lo que el daño invocado no resulta antijurídico”⁷⁸³.

6. La segunda resolución de este subapartado cuenta con un elemento diferencial respecto de las demás, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2007⁷⁸⁴. En este litigio D^a. Sofía, que había tenido dos hijos, requiriendo para el nacimiento del segundo una cesárea, al volver a quedarse embarazada le solicitó a su médico, que de necesitar una nueva operación, aprovecharse la intervención para ligarle las trompas; practicándose ésta en marzo de 1991. A pesar de la cirugía, a los tres años acudió a un centro de salud aquejada de un embarazo ectópico, que tuvo que ser quirúrgicamente tratado.

Ante estas circunstancias la paciente trató de obtener el resarcimiento del daño sufrido, para lo que tuvo que acudir en casación al Tribunal Supremo.

La información que recibió la paciente no fue del todo completa, ya que ésta tenía ciertas limitaciones, como por ejemplo la posibilidad de volver a tener hijos. A

⁷⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 ... *op. cit.*

⁷⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2007, Sala Primera, recurso 2094/2000, ponente Seijas Quintana.

pesar de ello el Tribunal Supremo considera cumplidas las obligaciones informativas por una cuestión lapidaria: D^a. Sofía solicitó la ligadura de trompas por motivos de salud, por lo que esta intervención conforma un supuesto de Medicina curativa y no satisfactiva. Así lo señala el Tribunal Supremo “...es hecho probado de la sentencia que si bien no se le informó a la demandante de la posibilidad de que se produjesen nuevos embarazos una vez efectuada la esterilización mediante lo que se conoce como ligadura de trompas, sí se le dijo que era el método más seguro, en el sentido de que era el más apto para impedirlos. Es decir, no hay falta de información, sino una información incompleta, que no falsea la realidad sobre la seguridad y eficacia de la intervención...”, a lo que añade “En el caso, la ligadura de trompas, además de ser considerado un método de planificación familiar permanente, evita riesgos graves para la salud de la embarazada. Este riesgo permite deducir conforme a lo que la sentencia de 30 de abril de 2007 califica de “orden natural de las cosas, presidido por la regla de la razonabilidad”, que la actora habría elegido el mismo método de esterilización, incluso después de haberle advertido del riesgo de un nuevo embarazo. Los hechos que sirven para la formación de este juicio deductivo son evidentes, según la sentencia: A) la información facilitada fue en el sentido de que el método de esterilización mencionado era el más seguro; B) quien no desea tener más hijos puede no querer ser sometido a una intervención quirúrgica y preferir otros métodos menos seguros pero no necesitados de dicha actuación. Pero la demandante no había de ser sometida a una intervención expresamente destinada a la práctica de la esterilización. Por el contrario, la solicitó para el caso de que su tercer parto hubiese de ser también mediante cesárea, en cuyo curso podía practicar la intervención, sin necesidad, por tanto, de un sufrimiento adicional. C) un nuevo embarazo normal habría sido ya arriesgado y habría precisado, probablemente una nueva cesárea. Con la esterilización tubárica había un pequeño riesgo de embarazo, menos que con otros sistemas, de embarazo problemático y con seguridad precisado de intervención quirúrgica”⁷⁸⁵.

La actitud del Alto Tribunal ante este litigio es sorprendente, ya que ha habido asuntos en los que el motivo de salud que subyace en la esterilización es más evidente, como por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2005 (lesiones oculares). Sin embargo, en la controversia que nos ocupa la afirmación del Tribunal Supremo es lapidaria, no era necesario informar a la paciente sobre la posibilidad de

⁷⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2007 ... *op. cit.*

volver a procrear, al tratarse de una cirugía curativa. Estimamos poco acertada esta dirección argumentativa adoptada por el juzgador, porque la finalidad de una intervención no debería variar la naturaleza de la misma. Cualquier mujer que ha sufrido una o dos cesáreas, por motivos de salud, no desearía tener que someterse a otra, lo cual no es óbice para que una esterilización deba calificarse como curativa. De elaborarse esta equiparación, cualquier paciente con un problema de salud mental por un complejo corporal que se somete a una cirugía estética, podría acudir a la misma por cuestiones “curativas”, de forma que la información que debería ofrecérsele sería limitada, por la “necesidad” de la operación.

Entendemos que se trata de una interpretación un tanto extraordinaria, que incide sobre la esencia misma de un tipo de actividades sanitarias, que requieren un control más exhaustivo⁷⁸⁶.

7. La antepenúltima de las resoluciones de este bloque es la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008⁷⁸⁷, en la que D^a. Cecilia se sometió a una ligadura de trompas, siendo informada el mismo día de la intervención de los riesgos que ésta implicaba, así como del procedimiento quirúrgico; firmando acto seguido el habitual consentimiento informado. A pesar de la esterilización a la que se sometió, ésta se quedó nuevamente embarazada, aunque la gestación no llegó a su término porque ésta decidió interrumpir voluntariamente el embarazo, sometiéndose tres años después de la primera operación a una nueva ligadura de trompas, en la que se dejó constancia de que las trompas estaban seccionadas.

En base a los mencionados hechos D^a. Cecilia pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, lo que le llevó a recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

En principio el supuesto de hecho es bastante claro, en la medida en que el mismo día en el que la paciente se sometió a la intervención (y suponemos que también con carácter previo), fue informada sobre los riesgos de la misma, así como de sus

⁷⁸⁶ GALÁN CORTÉS nos acerca una postura ecléctica, por la cual no considera que en el presente litigio la esterilización se haya tornado en un supuesto de Medicina curativa por tener “motivos de salud”, sino que se trata de una categoría intermedia. El punto de equilibrio reside en formular una pregunta ¿de conocer la paciente la posibilidad de un nuevo embarazo, ésta se sometería igualmente a la intervención? De resultar la respuesta positiva, la información facilitada se consideraría suficiente, al aproximarse más el supuesto de hecho a una operación curativa que satisfactoria; de ser negativa, el daño sería reprochable. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 29 de junio de 2007” ... *op. cit.*; concretamente en página 1523.

⁷⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008, Sala Tercera, recurso 309/2006, ponente Robles Fernández.

posibles complicaciones; algo que después se plasmó por escrito. De los hechos se desprende que D^a. Cecilia conocía la posibilidad de quedarse embarazada, a pesar de lo cual ésta aduce su origen extranjero y sus limitaciones con el idioma, a fin de justificar que realmente no fue bien informada. Dado que su conocimiento sobre la lengua castellana era limitado, D^a. Cecilia no pudo comprender los matices de la información que recibía, no llegando a entender que podía volver a quedarse embarazada, por lo que fue víctima de una omisión informativa.

Si bien podemos considerar que esta vía argumentativa pudiese ser correcta a los efectos de fundamentar un posible reproche, lo cierto es que pierde fuerza ante el juzgador, dado que a pesar de que la paciente era extranjera, ello no era obstáculo para que su conocimiento del idioma castellano fuese tan sumamente limitado, como para no llegar a entender que podía volver a quedarse embarazada; y aunque así lo fuere, éste punto no fue probado por la paciente. Debemos considerar, que a pesar de lo señalado, D^a. Cecilia pudo llegar a entender un porcentaje de la información, lo suficientemente amplio, como para comprender los riesgos inherentes a la actividad médica desplegada, tal y como asegura el Tribunal Supremo “De todo lo expuesto cabe deducir, a juicio de la Sala, que la recurrente fue debidamente informada de los riesgos de la operación quirúrgica, sin que sea suficiente para desvirtuar esta afirmación el hecho de que la recurrente sea extranjera, ya que ello no quiere decir que no entendiera nada del castellano, o por lo menos dicho extremo no ha quedado acreditado por la recurrente, ni que no comprendiera las explicaciones dadas por el personal del hospital que la atendieron en su día, ya que de la testifical realizada a propuesta de la recurrente se dice que tenía dificultades para hablar como para entender, pero no que tuviera un desconocimiento total del idioma del cual poder deducir la falta total de información por parte del equipo médico que la atendió. De todo lo expuesto se deduce la inexistencia de responsabilidad por parte de la Administración ya que no se ha acreditado un funcionamiento anormal del cual deducir la reclamación de responsabilidad, ya que la posibilidad de nuevo embarazo es posible a pesar de que la ligadura de trompas se realizase correctamente y dicho riesgo se le comunicó en su día, como ha quedado acreditado por la testifical practicada y la documentación que obra en el expediente”⁷⁸⁸.

Endiente el Alto Tribunal, tal y como hemos comentado líneas atrás, que el conocimiento que tenía la paciente del castellano estaba lo suficientemente desarrollado

⁷⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008 ... *op. cit.*

como para comprender la información que le fue facilitada, y en el hipotético caso de no serlo, la actividad probatoria de la misma fue insuficiente a este respecto⁷⁸⁹.

8. La penúltima de las resoluciones de este bloque, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2002⁷⁹⁰, difiere de las anteriormente analizadas, dado que la problemática gira en torno al nexo causal. En este asunto D^a. Lucía, tras requerir en su quinto parto una cesárea (no siendo ésta la primera), acordó con el cirujano que la atendió, que le practicase una ligadura de trompas. Ahora bien, sufrió una infección en la cicatriz de la cesárea, algo que provocó que la ligadura no fuese efectiva y que se volviese a quedar embarazada de su sexto hijo.

Las pretensiones de la parte actora fueron inadmitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual acudió en casación al Tribunal Supremo.

La diferencia entre este supuesto y los anteriores se encuentra en el nexo causal, esto es, la infección que padeció la paciente y que afectó a la ligadura de trompas. D^a. Lucía pretendió la responsabilidad del centro por la ineficacia de la esterilización, así como porque no fue informada de la posibilidad de quedarse embarazada. Sin embargo, ambos factores son desplazados a un segundo plano por un tercer elemento: medió una infección en el proceso curativo, que tuvo la suficiente entidad como para inutilizar la ligadura practicada. Ninguna de las dos pretensiones esgrimidas por la actora podrían dar lugar a indemnización alguna⁷⁹¹.

A pesar de que la incidencia de la infección es innegable, podemos sentar una hipótesis sobre una posible omisión informativa en torno a ésta, en la medida en que la

⁷⁸⁹ No podemos dejar pasar la oportunidad de mencionar que en este proceso, al interrumpir D^a. Cecilia su embarazo, dio lugar a un fenómeno que hemos comentado al principio “el deber de la víctima de mitigar el daño”.

⁷⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2002, Sala Primera, recurso 3948/1996, ponente Marín Castán.

⁷⁹¹ De la mano de ROYO – VILLANOVA nos llega un supuesto similar al comentado, respecto del cual señala el mencionado autor “Una sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1950 consideró como fortuito y sin responsabilidad para los médicos especialistas en cirugía plástica el accidente sobrevenido en la intervención quirúrgica que llevaron a cabo para embellecer una parte corporal de una mujer, corrigiendo ciertos defectos estéticos, en cuya operación, a consecuencia de una infección intercurrente, surgió una fealdad mayor de la que se trataba de enmendar o remediar en la paciente con la intervención quirúrgica. Según parece, la demandante consideró que los médicos eran responsables legalmente del fracaso y decepción que había sufrido, por no haber cumplido los demandados el compromiso que habían adquirido con ella de corregir sus defectos estéticos, y haber operado, a su entender, deficientemente. Es decir, habían incurrido en culpa contractual y extracontractual. Ya la Audiencia Territorial había desestimado la reclamación, diciendo que la operación fue correctamente efectuada, y si no produjo el resultado apetecido que todos los actores buscaban y esperaban, fué (sic) por una infección que no podría atribuirse a descuido de los demandados. La demandante recurrió al más alto tribunal de la nación, donde también fracasaron sus pretensiones”. Las circunstancias de la presente controversia y de la que ha sido objeto de estudio son similares, ya que en la intervención quirúrgica media un elemento externo, como lo es una infección, que impide alcanzar el objetivo pretendido. ROYO – VILLANOVA, Ricardo, *Cirugía estética*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, páginas 127 y 128.

paciente quizás no fue informada de la implicación que tenía esta contingencia, así como de sus consecuencias. Todo ello sin perjuicio de que la argumentación utilizada por la recurrente desde primera instancia fue desafortunada, en la medida que en que no resultó probado que ésta se había sometido a una ligadura de trompas hasta llegar a casación, algo que es contrario a la propia naturaleza de este recurso.

9. Finalizamos con la última de las resoluciones a analizar, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007⁷⁹². En este proceso D^a. Guadalupe, tras un segundo parto en el que requirió una cesárea, al volver a quedarse embarazada le comentó a su médico que le practicase una ligadura, de ser necesaria otra cirugía. Como el nuevo alumbramiento se dio de nuevo por cesárea, se le realizó la ligadura que había solicitado, a pesar de la cual se volvió a quedar embarazada, naciendo un niño con una grave cardiopatía congénita.

En base a los mencionados hechos, D^a. Guadalupe pretendió que se le indemnizase por el daño sufrido, siendo su demanda desestimada en primera instancia, así como su recurso en apelación, en virtud de lo cual acudió en casación al Tribunal Supremo.

Este supuesto no reviste mayor complicación, salvo porque la actora aduce que el documento de “consentimiento informado” que firmó, tenía un carácter genérico tal, que probablemente fuese el mismo que se utilizaba para todo tipo de intervenciones. De su lectura puede inferirse la insuficiencia del mismo, por la falta de alusión a la operación en cuestión (carece incluso de la denominación de la misma), así como la ausencia de cualquier posible riesgo inherente a ésta, acudiendo a una noción genérica que señala que la paciente ha sido informada y que caben una serie de riesgos, los cuales conoce. No existe la más mínima mención a la técnica que se utiliza, ni a las alternativas, ni tampoco a posibles riesgos concretos⁷⁹³.

⁷⁹² Sentencia del Tribunal Supremo del 28 de noviembre de 2007, Sala Primera, recurso 4881/2000, ponente García Varela.

⁷⁹³ Concretamente señalaba el mentado documento:

"CONSENTIMIENTO PARA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA Y EXPLORACIONES ESPECIALES. Doña Guadalupe autoriza al servicio en calidad de (...) de este Centro, para que sea realizada la intervención de: L. de T. a (...).

El Dr. (...) me ha explicado el significado de la operación a realizar y ha quedado aclarado lo siguiente:

1o. Que hay ciertos riesgos y posibles complicaciones inherentes al procedimiento operatorio y postoperatorio, y he entendido que no me dan garantías concernientes al resultado de la operación o exploración.

2o. Que algunas circunstancias durante la operación pueden hacer cambiar el procedimiento quirúrgico proyectado, cambio que autorizo si se considera conveniente.

3o. Que también autorizo para que se realicen transfusiones de sangre durante la intervención y el postoperatorio.

Sin embargo, esta omisión informativa no fue observada por el juzgador por una cuestión muy sencilla, ésta no fue invocada hasta llegar al grado de casación, algo que atenta contra la esencia del recurso.

4o. Que doy mi consentimiento para cualquier tipo de anestesia general o local que sea precisa, así como para que sean practicadas todas aquellas medidas que estén orientadas al diagnóstico, tratamiento y documentación clínica, en la medida que se considere necesario.
Firma del enfermo: figura a puño y letra el nombre y primer apellido de Guadalupe ".

V. CONCLUSIONES.

1. La división entre Medicina curativa y Medicina satisfactiva encuentra su origen, no tanto en las necesidades de la ciencia, como de la sociedad. Ésta, inconformista por naturaleza, ha superado el temor hacia la enfermedad, hasta el punto de llegar a transmutar el rol de paciente en cliente.

La Medicina satisfactiva supera la idea de la curación, busca alcanzar la perfección por medio del embellecimiento o de la modificación de funciones vitales engorrosas para el ser humano. Es aquí donde encajan las tres categorías que hemos estudiado a lo largo del presente capítulo: la cirugía estética y la odontología, ambas con finalidad embellecedora, y las esterilizaciones.

2. Esta bicefalia de la Medicina, tiene consecuencias que se extienden incluso hacia el mundo del Derecho. Hemos podido observar que existe un gran debate doctrinal en torno a la naturaleza de las obligaciones que se crean en el ámbito de la Medicina satisfactiva. Encontramos autores que abogan por considerar que entre el médico y el paciente / cliente media un contrato de obra, mientras que otros estiman que sigue tratándose de un contrato de servicios, pero con exigencias añadidas.

3. El hecho de que hayamos abogado por una línea doctrinal de igualdad entre ambas obligaciones contractuales, no es sinónimos de que estas dos vertientes de la Medicina tengan las mismas características, ya que en ese caso la división carecería de efectos prácticos. Se trata de un salto cualitativo, la Medicina satisfactiva cuenta con una serie de requisitos añadidos, sobre todo en materia de información. El paciente / cliente carece de una necesidad apremiante que le lleve a someterse a una intervención o tratamiento, y precisamente por ello, el grado de diligencia e información debe ser superior.

CAPÍTULO V
EL DAÑO DESPROPORCIONADO

Antes de comenzar:

En el presente capítulo estudiaremos una figura de gran envergadura y relevancia para la responsabilidad sanitaria: el daño desproporcionado. La importancia de esta construcción doctrinal reside en su naturaleza controvertida, ya que por un lado da solución a supuestos que escaparían a la lógica tradicional, mientras que por otro, se trata de una idea tan amplia y conceptualmente poco delimitada, que puede englobar la práctica totalidad de la casuística en la materia.

A pesar de la larga tradición jurisprudencial del daño desproporcionado, no podemos negar que a día de hoy sigue existiendo discordia en torno a este concepto, tanto en aspectos doctrinales como tópicos. A lo largo de las siguientes páginas nuestra pretensión no será otra que desarrollar un trabajo pormenorizado de esta idea y pretender, en la medida de lo posible, arrojar un ápice de luz sobre las sombras que oscurecen la aplicación de esta noción. Con este propósito, el análisis que vamos a efectuar va a tener una introducción esencialmente dogmática, donde se pretenderá definir el daño desproporcionado, así como situar el origen del mismo. Precisamente, a los efectos de delimitar correctamente esta construcción doctrinal, también vamos a elaborar un breve análisis sobre su naturaleza, dado que no es extraño que ésta se confunda con conceptos similares.

Este detallado análisis teórico nos permitirá un adecuado estudio fenomenológico de la figura, para lo cual estudiaremos la evolución de este concepto a lo largo de una década de jurisprudencia, clasificándola en función de la temática de la misma. Abordaremos supuestos de hecho que van desde la incidencia del daño desproporcionado en las actividades quirúrgicas y tratamientos médicos en general, pasando por la siempre polémica relación con la actividad anestésica, la cirugía estética, el alumbramiento y las infecciones.

1. Origen de la figura.

1. El daño desproporcionado es una noción de origen jurisprudencial que se caracteriza por traducirse en una suerte de juego de presunciones o indicios razonables, que parten de un resultado final extraordinario, o apartado de lo habitual, del cual se deduce una posible actuación dolosa o negligente. Ante esta tesitura el demandante ve aligeradas sus obligaciones procesales, dado que únicamente tiene el deber de probar el daño sufrido, así como la desproporción o excepcionalidad del mismo. La consecuencia directa de esto se traduce en un incremento proporcional de los esfuerzos de la parte demandada, debiendo ésta demostrar que su actuación fue acorde a la *lex artis*, y de forma accesoria, señalar qué provocó ese perjuicio (el origen o posible causa del mismo); pudiendo acudir también a la concurrencia de alguna de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil (caso fortuito y fuerza mayor), así como a la influencia de un tercero o de la propia víctima⁷⁹⁴.

Autores como LUNA YERGA justifican con excelente claridad el por qué de la existencia de una construcción doctrinal como la presente, sobre todo en un ámbito como el de la responsabilidad sanitaria: la prueba diabólica “La prueba de la responsabilidad civil médico – sanitaria ha sido considerada con frecuencia una prueba

⁷⁹⁴ DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1996, página 175. Por su parte y sin referirse directamente a la figura, pero definiendo un concepto parecido a la misma, conviene destacar la explicación de JORDANO FRAGA cuando señala “Punto común de arranque de este generalizado movimiento jurisprudencial es el dato, antes manifestado, de que corresponde al Juez, sobre la base de las pruebas del paciente, la apreciación de la negligencia médica. Pues bien, en la medida en que en dicha apreciación los poderes *deductivos* del Juez al respecto se amplían, en que la negligencia médica no se *constata* o verifica en el material probatorio aportado por el cliente, sino se *deduce* del mismo, disminuye correlativamente el esfuerzo probatorio del paciente para mover e impulsar la convicción judicial. La evolución jurisprudencial ha conducido, precisamente, a esto: el alivio probatorio del actor – paciente como consecuencia de que la negligencia médica se deduce, sin necesidad de una prueba acabada o completa, por unos jueces que impiden así que el rigor de la carga de la prueba derive en la inmunidad del médico y la correlativa desprotección del paciente”. JORDANO FRAGA, Francisco, “Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 258, 1985, pps. 29 a 104; concretamente en página 76. De una manera muy similar se pronuncia RICO – PÉREZ al referirse a la noción de *res ipsa loquitur* “...basta con producir prueba que lleve a personas razonables a concluir que hubo negligencia de parte del demandado”. Este autor evidencia que no es necesario concatenar todos los hechos o pruebas existentes en el supuesto en concreto a los efectos de demostrar que ha habido una negligencia, sino simplemente destacar elementos clave del caso, que lleven a una razonable presunción de falta de diligencia en las actuaciones. RICO – PÉREZ, Francisco, *La responsabilidad civil del farmacéutico*, Trivium, Ávila, 1984, página 74. En esta misma línea se pronuncia GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *La responsabilidad civil del médico ... op. cit.*, página 221.

diabólica por cuanto la simetría de la información y, en mayor medida, la posición privilegiada de los profesionales sanitarios para acceder a ésta, impiden usualmente al paciente conocer lo realmente acontecido. A ello contribuía la regulación de la carga de la prueba del derogado artículo 1214 CC, que conforme a la jurisprudencia y doctrina mayoritarias atribuía a la parte demandante la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y a la demandada la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de la misma”⁷⁹⁵.

MACÍAS CASTILLO nos acerca su visión de la regla de *res ipsa loquitur* igualmente reveladora, cuando asegura “Una traducción un tanto libre del «*res ipsa loquitur*» vendría a decir algo así como «la cosa habla por sí misma»... el verdadero significado jurídico pretende identificar una serie de supuestos en los que el resultado dañoso y los hechos que lo han causado no encajan, no resisten con facilidad una ausencia de responsabilidad. El resultado es tan anormal que se presume que ha existido negligencia, circunstancia que no impide que el agente tenga la posibilidad de probar justamente lo contrario, esto es, que se obró con la más exquisitas de las diligencias (en este caso, profesional). De este modo, se alcanza en determinados supuestos de responsabilidad médica un resultado similar al de otros ámbitos de la responsabilidad donde sí se producen expedientes objetivadores de la responsabilidad. La consecuencia práctica es clara, 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”⁷⁹⁶.

2. Aunque el origen de esta construcción doctrinal se encuentra más o menos definido, no faltan voces como la de WEBB, que afirman que las primeras evidencias de este concepto se sitúan en épocas remotas, concretamente en el Derecho Romano. Este autor considera que en la tercera parte del noveno libro del Digesto, que versaba sobre la responsabilidad por los daños provocados por objetos arrojados desde el interior de las viviendas, se realizaba una suerte de presunción, por la cual cualquier perjuicio ocasionado por algo arrojado desde un domicilio, debía ser responsabilidad de los ocupantes del mismo⁷⁹⁷. Se efectuaba una deducción por la cual el desprendimiento de

⁷⁹⁵ LUNA YERGA, Álvaro, “Comentario a la sentencia de 31 de enero de 2003”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 62, 2003, pps. 655 a 672; concretamente en página 662.

⁷⁹⁶ MACÍAS CASTILLO, Agustín, “Res ipsa loquitur y responsabilidad civil del traumatólogo”, en *Diario La Ley*, nº 43, 2006, pps. 71 a 77; concretamente en página 73.

⁷⁹⁷ Por su parte LLAMAS POMBO sitúa el origen de este concepto en el Derecho alemán, concretamente en una sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1 de abril de 1979, en la que se señalaba que las partes de un proceso deben tener una “igualdad de armas” y para ello es necesario estudiar caso por caso

un objeto desde un inmueble era extraordinario, y si se producía, debía ser por dolo o por incumplimiento de los deberes mínimos de cuidado⁷⁹⁸.

No obstante lo señalado, la primera ocasión en la que el concepto de daño desproporcionado fue invocado en un Tribunal, fue en el año 1863 en Estados Unidos, en el asunto *Byrne v. Boadle*. En éste se enjuiciaban unas lesiones provocadas a un viandante, que aparentemente venían motivadas por un descuido de uno de los trabajadores de la empresa demandada⁷⁹⁹.

En sus primeros estadios el daño desproporcionado no se invocaba en la responsabilidad sanitaria, porque era muy complejo que esta figura pudiese ser aceptada en ese campo. La justificación es sencilla, resultaba dificultoso integrar los accidentes médicos en la vida diaria. Éste fue el motivo de que los primeros casos que se presentaron, en los que la noción analizada alcanzaba cierto protagonismo en materia médica, fueran supuestos de hecho en los que, o bien se olvidaba material quirúrgico en el interior de un paciente tras una intervención, o bien se trataba de una amputación o extracción del miembro u órgano equivocado; es decir, litigios en los que la negligencia era tan evidente, que no se precisaban mayores indagaciones⁸⁰⁰. A esta dificultad inicial, cabe añadir el hecho de que la acción en el daño desproporcionado debe ir dirigida contra la persona responsable del hecho en el momento en el que se causa el perjuicio, algo que es complicado en la responsabilidad sanitaria, porque en el acto médico siempre se encuentran implicadas varias personas; lo que hace que en la práctica totalidad de casos la víctima desconozca cuál de todas ellas ha sido la causante del daño. Esta eventualidad pudo ser salvada gracias a un sistema de jerarquización y subordinación del personal actuante en cada actividad médica, y en su defecto,

si ésta se da, y de no ser así, procederse a sopesar la carga de la prueba. LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico*, Trivium, Móstoles, 1998, página 423.

⁷⁹⁸ WEBB, Greg G., “The law of falling objects: *Byrne v. Boadle* and the birth of *res ipsa loquitur*”, en *Stanford Law Review*, vol. 59, 2007, pps. 1065 a 1109; concretamente en página 1080. De la mano de GARCÍA VARELA nos llega una frase de Cicerón que definía a la perfección la regla *res ipsa loquitur*, algo que reafirmaría la teoría de WEBB “Cuando habla la cosa misma, no es necesario que hable el hombre”. GARCÍA VARELA, Román, “Responsabilidad de la administración hospitalaria por daño desproporcionado”, en *Diario La Ley*, nº 5, 1999, pps. 1 a 3; concretamente en página 1. En la misma línea histórica se pronuncia JARAMILLO J., cuando haciendo alusión a esta misma expresión de Cicerón, la transcribe textualmente “Cicerón, *De oratore*. *Res ipsa, iudices, qua semper valet plurimum*”. JARAMILLO J., Carlos Ignacio, *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2010, página 215.

⁷⁹⁹ Un transeúnte había sido golpeado en la cabeza por un barril de harina cuando éste cayó por una ventana. Este asunto fue el primero en el que se invocó la construcción doctrinal de *res ipsa loquitur*. A pesar de ello, la doctrina se afana en considerar que el caso clave para este concepto no fue éste, sino el asunto *Scott v. London and St Katherine Docks Co.*, donde esta idea se trató con más detalle.

⁸⁰⁰ NAVARRO MICHEL, Mónica, “Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, nº 2, pps. 1197 a 1230; concretamente en página 1199.

responsabilizando del daño al hospital del que dependen los profesionales sanitarios, como último garante.

3. La primera resolución que se dictó en Europa en materia de daño desproporcionado, que curiosamente recayó sobre una controversia de responsabilidad sanitaria, fue bastante más tardía que la de Estados Unidos. Se trata de la sentencia del 28 de junio de 1960 de la *Cour de Cassation* francesa, que resolvió un caso de radiodermatitis que sufrió una paciente como consecuencia de la radiación excesiva recibida por un aparato de rayos X, porque las puertas del mismo no estaban bien cerradas. Las quemaduras que se le produjeron a la paciente fueron indemnizadas en base a la figura del daño desproporcionado⁸⁰¹.

Por nuestra parte, en la jurisprudencia española fue necesario aguardar hasta la década de los noventa, para que la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996⁸⁰² tratase por primera vez de esta construcción doctrinal en la sala de lo Civil, siendo aplicada en un supuesto de tetraparesia espástica que sufrió una paciente, como consecuencia de una hemorragia derivada de un parto.

2. El concepto del daño desproporcionado.

1. Tal y como de las anteriores líneas hemos podido colegir, el daño desproporcionado es una vía de supresión de las dificultades de prueba, al relegar esta obligación a la parte del proceso que se encuentre en posesión de más medios o vías demostrativas. Así describe YZQUIERDO TOLSADA esta noción, como una situación procesal de la “*mejor posición probatoria*”, que en el caso de la responsabilidad sanitaria la ocupa el médico u hospital. Es decir, considera este autor que aquella parte que ostente una ventaja procesal evidente respecto de la otra, se encuentra en el compromiso de efectuar un aporte probatorio mayor. Debe demostrar que el daño final,

⁸⁰¹ DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho ... *op. cit.*, página 201.

⁸⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996, (Sala Primera, recurso 404/1993, ponente Almagro Nosete). Esta resolución estudia un litigio en el que una paciente, horas después de un parto, que en principio no tuvo ninguna complicación, sufrió una grave hemorragia que se trató en primer lugar con un legrado y después con transfusiones, pero al no cesar la pérdida de sangre se acudió a una histerectomía. Sin embargo, para cuando se consiguió frenar la hemorragia, el estado de la paciente ya era grave y había perdido la movilidad de los miembros inferiores. Concretamente señala esta sentencia “Aun cuando sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste, comparativamente, es desproporcionado con lo usual, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revelando la penuria negligente de medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”.

en principio a esta parte atribuible por vía de la presunción, no es debido a su actuación. A tal efecto es indispensable probar que el desarrollo de sus actividades se llevó a cabo con arreglo a las reglas establecidas por la *lex artis*, dando además de forma accesoria, una explicación coherente de lo ocurrido⁸⁰³.

El escenario tipo para la concurrencia de esta construcción doctrinal parte de un paciente que sufre un daño que dista mucho de lo habitual, es decir, existe una cierta desproporción entre lo que tenía que haber sido y lo que es en realidad. Sin embargo, esta premisa inicial, si bien conforma la base del concepto, no tiene la autonomía suficiente como para dar lugar al reproche del perjuicio sufrido por el agraviado. Es necesario un segundo elemento, que tiene como protagonista a la parte demandada, ya que una vez probado lo inusitado del daño, el facultativo o centro sanitario sobre el que pesa una presunción de negligencia, ha de demostrar que el origen del perjuicio no deriva de sus actuaciones. En primer lugar tiene el deber inexcusable de probar la diligencia en sus actividades, esto es, que fueron desarrolladas de acuerdo con los criterios establecidos por la *lex artis*. Este aspecto, dependiendo de la claridad de la

⁸⁰³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, página 228. Este autor resulta especialmente gráfico cuando acude a supuestos de hecho susceptibles de crear una presunción como la que aquí es objeto de análisis, como ocurre por ejemplo en un caso de un accidente de circulación, en el que marcas de neumáticos en el asfalto evidencian una frenada brusca, que en principio iría unida a un exceso de velocidad y que sería el desencadenante del accidente. Controversias con este grado de evidencia podrían ser consideradas la expresión máxima del daño desproporcionado, tal y como asegura este autor “*Res ipsa loquitur*: la cosa habla por sí misma, no es necesario que lo haga el hombre. El demandante no requiere testigos ni peritos, pues el daño no se puede explicar de otro modo y la causalidad, son las circunstancias las que dejan ver el hecho que se trata de deducir: la negligencia. Y ahora corresponderá al demandado demostrar lo contrario”. Esta misma idea baraja PÉREZ VALLEJO en lo que al daño desproporcionado se refiere. Esta autora encuadra este concepto en lo que denomina “criterios correctores del rigor probatorio”, calificándolo como una presunción desfavorable, no tanto por la magnitud de un daño concreto, sino por la anormalidad del mismo “Hay supuestos excepcionales en los que, como consecuencia del mal resultado de la actuación médico-quirúrgica, la jurisprudencia ha creído necesario «modular o atenuar» la valoración del elemento subjetivo de la culpa, para garantizar la efectividad del derecho de resarcimiento”. PÉREZ VALLEJO, Ana María, “Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 110, 2012, pps. 14 a 31; concretamente en página 18. LORENZO – REGO se pronuncia en una línea prácticamente idéntica a la de la anterior autora, al centrar el concepto de daño desproporcionado en una presunción desfavorable (penuria de medios), cuyo origen es un mal resultado, más por su carácter inusual, que por lo llamativo del mismo. LORENZO – REGO, Irene, “El nexo causal en la responsabilidad civil sanitaria”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 103, 2012, pps. 6 a 20; concretamente en página 11. Por esta misma opción aboga ELIZARI URTASUN “Así pues, el elemento que pone en marcha la aplicación de esta doctrina y la facilitación probatoria que supone para el paciente no es otro que el del resultado. Debemos empezar por examinar, pues, no la conducta médica y su adecuación a la *lex artis*, sino cuál es el resultado de la intervención médica y si lo podemos calificar de “desproporcionado” aplicaremos los beneficios de esta doctrina. Por eso resulta tan importante definir qué se entiende por resultado desproporcionado”. ELIZARI URTASUN, Leyre, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, Tirant Monografías, Valencia, 2012, página 18.

prueba, podría ser suficiente para desvirtuar la presunción, sobre todo si la actuación de un tercero o de la propia víctima ha incidido en el acto médico⁸⁰⁴.

No obstante, cabe la posibilidad de que la situación no sea tan clara y que sea necesaria una explicación de lo ocurrido, o sea, de qué provocó el daño (efecto adverso de la anestesia, contraindicación de fármacos, etc.). Algo, que a todas luces, puede convertir la actividad probatoria del médico en una tarea difícil e incluso imposible.

En este punto conviene citar a autores como PÉREZ TOLÓN y LARIOS RISCO, que definen esta construcción doctrinal de una manera muy gráfica “Este planteamiento implica que, ante ciertos hechos y resultados objetivos, se presume la culpa (no probada) del actuante, cuando las circunstancias y el sentido común indican que el resultado dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar algún grado de negligencia. Es decir, mediante una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias, se llega a afirmar que el profesional o equipo sanitario no ha actuado de acuerdo con la “lex artis ad hoc”⁸⁰⁵. Consideramos que el término clave radica en la palabra “deducción”, ya que si por algo se caracteriza esta noción, es por la ausencia de certeza y por fundamentarse en sombras de sospechas.

Igualmente clarividente es DE ÁNGEL YÁGÜEZ, cuando respecto de esta figura señala “Se ha formulado este concepto al amparo de la siguiente reflexión: cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, se está en presencia de un modo de prueba que podría considerarse <<elíptico>>, conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa. Por decirlo de otro modo, a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente”⁸⁰⁶. Este autor asegura que la culpa virtual conforma una situación de hecho en la que el Juez comprueba que resulta imposible que no se haya incurrido en culpa. Considera DE

⁸⁰⁴ Sobre el control del demandado de la esfera de actuación en la que pudo provocarse el daño, afirma NAVARRO MICHEL, que la parte pasiva del proceso deberá ser aquella que ostente el control sobre la actividad dañosa, debiendo ser éste suficiente y exclusivo, sin posibilidad de que medien interferencias de terceros, ni de la propia víctima; apunta esta autora que “No es necesario el control real, actual, sino que es suficiente la posibilidad de ejercer el control. El control del demandado debe ser exclusivo, sin posibilidad de interferencias por parte de terceros no autorizados en las circunstancias o medios que causaron el daño”. NAVARRO MICHEL, Mónica, “Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario” ...*op. cit.*; concretamente en página 1204.

⁸⁰⁵ PÉREZ TOLÓN, Ernesto y LARIOS RISCO, David, “La teoría del daño desproporcionado en los dictámenes sobre responsabilidad sanitaria del consejo consultivo de Castilla – La Mancha”, en *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, nº 47, 2009, pps. 65 a 107; concretamente en página 66.

⁸⁰⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999, página 71.

ÁNGEL YÁGÜEZ que la culpa virtual no se genera por una suerte de presunción, sino más bien por un razonamiento en negativo o en contrario, realizándose la siguiente hipótesis: si no se hubiese incurrido en una actuación culposa o negligente, no se habría provocado el daño final, por lo que se presume la culpa. Tal y como asevera este autor se trata de “...la técnica deductiva que permite concluir que hubo negligencia en el médico *porque la experiencia común revela que en el curso ordinario de las cosas ciertos accidentes no pueden ocurrir si no es por una crasa incompetencia o falta de cuidado*”⁸⁰⁷.

GALÁN CORTÉS aboga por una línea muy similar a la del anterior autor “Estamos ante una aplicación de la regla <<res ipsa loquitur>>, procedente del *Common Law* (regla del *Anscheinsbeweis* de la doctrina alemana), esto es, ante una presunción de culpa cualificada que genera un mal resultado, cuando éste por su anormalidad y desproporción con lo que es usual comparativamente, según las máximas de experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, conforme al estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización. De esta forma, ante ciertos datos empíricos puede deducirse la culpa médica no probada de modo directo, cuando las circunstancias y el sentido común indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional”⁸⁰⁸.

SARRATO MARTÍNEZ opta por una interpretación diferente y define esta construcción doctrinal de manera negativa, desde la perspectiva del daño a la víctima. El paciente se encuentra exonerado de la carga en materia probatoria cuando el perjuicio que éste sufre resulte desproporcionado en relación al que es habitual, permitiendo esta situación final dilucidar una sombra de negligencia en las actuaciones médicas⁸⁰⁹.

⁸⁰⁷ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba ... op. cit.*, página 72. Con este mismo concepto del razonamiento a contrario se identifica DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho ... op. cit.*, página 199.

⁸⁰⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 7 de octubre de 2004”... *op. cit.*; concretamente en página 840.

⁸⁰⁹ Concretamente afirma este autor “Pero esta doctrina sobre la carga de la prueba se excepciona en aquellos casos en que, por circunstancias especiales acreditadas o probadas en la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme o la falta de diligencia e, incluso, la obstrucción o falta de cooperación del médico, haya quedado constatada por el propio Tribunal, esto es, que no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y el descuido en su conveniente y temporánea utilización. Esta argumentación constituye el núcleo de la denominada teoría del «daño desproporcionado»”. SARRATO MARTÍNEZ, Luis, “La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico – sanitaria”, en *Diario La*

De una manera muy similar califica GALLARDO CASTILLO este concepto cuando señala “Por ello aprecia el TS que en todos ellos hay un resultado desproporcionado, que «la cosa habla por sí misma» y que hay apariencia de prueba de la anormalidad del servicio y de desviación en la *lex artis*, ya que si bien en estos casos no cabe hablar de negligencia de los médicos, sí aparece una presunción desfavorable que puede generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revela inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”⁸¹⁰.

MUNAR BERNAT sigue un razonamiento muy parecido al apuntar que el daño desproporcionado conforma una suerte de presunción de negligencia, por la irrogación de un menoscabo que evidencia una potencial falta de diligencia en las actuaciones médicas, y que únicamente requiere para su plena estimación que no se encuentre una explicación razonable al daño, siempre y cuando no haya injerencias de naturaleza externa (caso fortuito y fuerza mayor). Concretamente señala este autor “...lo que se requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima”⁸¹¹. Resulta llamativa esta afirmación, en la medida en que este autor considera que el simple desconocimiento de la causa que motivó el perjuicio, permitiría la materialización del daño desproporcionado. Esta idea puede parecer chocante, dado que como hemos comentado con anterioridad, el principal elemento de corte es la *lex artis*, siendo el motivo del daño algo accesorio.

Sigue una línea igualmente exigente O’ CALLAGHAN MUÑOZ, cuya explicación de esta noción resulta especialmente clarificadora “La idea es que si en el tratamiento médico, se produce un daño en la persona del paciente, que no guarda proporción con

Ley, nº 6968, 2008, pps. 1 a 3; concretamente en página 1. PALOU BRETONES tiene una opinión similar al considerar, que encontrándose el médico en una mejor posición probatoria, éste tiene también más medios para demostrar cuál fue realmente el origen perjuicio irrogado. PALAU BRETONES, Antonio, “Responsabilidad del personal sanitario” ... *op. cit.*; concretamente en página 1945.

⁸¹⁰ GALLARDO CASTILLO, María Jesús, “De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual”, en *Diario La Ley*, nº 18, 2009, pps. 2139 a 2149; concretamente en página 2145.

⁸¹¹ MUNAR BERNAT, Pedro A., “Daños causados por actos médicos”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 18, 2004, pps. 449 a 484; concretamente en página 459.

las enfermedades o lesión que le llevó a acudir al médico y éste no explica la causa de tal daño, este resultado desproporcionado acredita el nexo causal entre la actuación del médico y el daño, es decir, que este daño desproporcionado se causó por la acción u omisión del médico”⁸¹². Parece que este autor vuelve sobre la misma idea de exigir el origen del daño, siempre y cuando se tenga conocimiento del mismo, ya que de la naturaleza de la ciencia médica se desprende que esto no siempre es posible. Sin embargo, consideramos poco prudente esta exigencia añadida en el daño desproporcionado. Partimos de una situación fáctica que da lugar a una presunción de carácter desfavorable para el facultativo, o centro sanitario en su defecto, salvo prueba en contrario; resumiéndose ésto en que, si la parte demandada llegase a demostrar que desplegó sus actividades cumpliendo la *lex artis*, esta conjetura perdería fuerza. Ocurriría lo mismo en aquellos supuestos en los que llegue a ser evidenciado que el perjuicio final, aunque llamativo y desconcertante para los legos, conforma un riesgo habitual de la práctica médica concreta. De estas líneas se desprende, que aunque esta construcción doctrinal puede poner al demandado en una posición incómoda, dado que la exigencia probatoria puede llegar a ser excesiva, no se trata de una condena, sino que existen vías, como las que acabamos de comentar, para resultar exonerado. No obstante, esta situación igualitaria puede verse descompensada con algunas de las exigencias anteriormente mencionadas: la causa del menoscabo, por ejemplo.

2. Recapitulando lo hasta ahora apuntado sobre el daño desproporcionado, este concepto se fundamenta en una presunción, cuyo origen es un resultado extraordinario tras un acto médico, aspecto que sin embargo debe venir definido desde el punto de vista científico, ya que a los ojos de un profano cualquier daño en Medicina sería llamativo. Con este escenario la carga probatoria del paciente se ve aligerada, en perjuicio de la del médico o centro hospitalario, que deben demostrar la diligencia en sus actuaciones, y en ocasiones han de probar incluso la causa del daño. En el caso de no lograr ninguno de estos dos objetivos, el daño sufrido por el paciente se verá indemnizado.

⁸¹² O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica”, en *Actualidad Civil*, nº 1, 2001, pps. 1 a 23; concretamente en página 10.

II. NATURALEZA DE LA FIGURA.

Como se ha podido observar a lo largo de las páginas precedentes, algunos de los autores mencionados utilizan indistintamente las construcciones doctrinales de la culpa virtual, *prima facie* y la *res ipsa loquitur*, a los efectos de referirse al daño desproporcionado. Si bien es cierto que estas cuatro figuras comparten un origen más o menos común, también lo es que no son sinónimos. En virtud de ello, y con una finalidad netamente aclaratoria, conviene efectuar un breve análisis diferenciado de cada una de las ideas mencionadas⁸¹³.

1. *Res ipsa loquitur*.

El concepto de *res ipsa loquitur* es un tipo de prueba circunstancial que se basa en un razonamiento lógico, por el cual el demandante ignora qué ocurrió para que se produjese un daño, o lo que conoce es insuficiente. Los sucesos que acontecen dan lugar a una deducción de negligencia y la consiguiente culpa del demandado. Se acorta el mecanismo presuntivo, porque con la prueba del perjuicio la causa se considera demostrada, de forma que no es necesario acreditar la relación de causalidad.

Por supuesto, la probabilidad de negligencia no supone que el suceso se encuentre probado, es decir, la regla de *res ipsa loquitur* no es sinónimo de responsabilidad objetiva; sino que se trata únicamente de una hipótesis que se desprende de la naturaleza de un suceso concreto. Debemos considerarla una probabilidad objetiva de la existencia de culpa, en una actuación que lleva al Juez a una certeza subjetiva.

Por otro lado, tal y como señala LUNA YERGA, la noción de *res ipsa loquitur* tampoco es sinónimo de inversión de la carga de la prueba, por lo que la parte actora sólo se encuentra liberada de su obligación probatoria hasta que la demandada refute la presunción de culpa. Es por ello por lo que es posible, como bien sabemos, desvirtuar

⁸¹³ Opinión compartida por LLAMAS POMBO, que asegura que el Tribunal Supremo “mezcló” todos los instrumentos probatorios que conocía del Derecho comparado para crear una nueva noción, como lo es el daño desproporcionado. Aunque abogemos porque esta construcción doctrinal cuenta con autonomía conceptual, lo cierto es que el mentado autor la equipara a la culpa virtual. LLAMAS POMBO, Eugenio, *Reflexiones sobre Derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010, página 238.

esta presunción y volver a las reglas generales de la carga de la prueba, recogidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁸¹⁴.

2. *Prima facie*.

El concepto de *prima facie*, de origen alemán *Anscheinsbeweis*, puede definirse como una vía probatoria de culpa o relación de causalidad, para litigios en que median los que LUNA YERGA denomina “sucesos típicos”, en los cuales la experiencia dirige hacia una causa concreta. Este concepto toma como base los ya mencionados “sucesos típicos”, que de acuerdo con las reglas de la experiencia y el conocimiento desarrollado en una ciencia (la Medicina en este caso), sólo acontecen cuando media algún tipo de actividad culposa o imprudente. A fin de desvirtuar esta presunción judicial, es necesario demostrar la concurrencia de hechos externos a la relación obligatoria, siempre que tengan la suficiente influencia sobre la misma, como para dar lugar a un resultado como el acontecido. Es por ello por lo que en la mayoría de los asuntos se acude a las figuras exoneratorias de la responsabilidad civil: caso fortuito y fuerza mayor⁸¹⁵.

⁸¹⁴ LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico – sanitaria*, Thomson – Civitas, Madrid, 2004, página 272. MACÍAS CASTILLO aboga por esta misma idea, al no considerar del todo correcto equiparar el daño desproporcionado a la regla *res ipsa loquitur*, porque la esencia de esta última construcción reside en lo llamativo del resultado final como fuente de la presunción, pero en el concepto de daño desproporcionado la esencia de la figura se basa en la irrogación de un perjuicio poco razonable para la actividad desarrollada. MACÍAS CASTILLO, Agustín, “Res ipsa loquitur y responsabilidad civil del traumatólogo” ... *op. cit.*; concretamente en página 73.

⁸¹⁵ LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico – sanitaria* ... *op. cit.*, página 278 y LUNA YERGA, Álvaro, “Comentario a la sentencia de 31 de enero de 2003” ... *op. cit.*; concretamente en página 666. Por su parte VILLANUEVA LUPIÓN prefiere calificar este concepto de *prima facie*, como un juego de probabilidades que permiten al Juez presumir, no sólo la actuación negligente, sino también el carácter extraordinario del daño. VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen, “El alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado”, en GALLARDO CASTILLO, María Jesús (Directora) y CRUZ BLANCA, María José (Coordinadora), *La responsabilidad jurídico – sanitaria* ... *op. cit.*, pps. 133 a 181, página 163. Una teoría igualmente interesante es la que baraja CORTÉS DOMÍNGUEZ, cuando asevera que la idea de *prima facie* no da lugar a una inversión de la carga de la prueba, contrariamente a lo que parte de la doctrina considera, ya que ciertamente sí que existe un esfuerzo probatorio por las dos partes: el demandante debe demostrar de manera suficiente al Juez la culpabilidad del demandado y éste debe recoger el testigo, debiendo romper esta presunción, probando su diligencia. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”, en *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 1972, pps. 581 a 642; concretamente en página 634.

3. La culpa virtual.

Por último analizamos brevemente la tercera de las figuras. Esta noción se caracteriza por conformar un instrumento probatorio de deducción de culpa, que utiliza el razonamiento a contrario. Es por ello por lo que establece, que ante unas circunstancias concretas y un resultado anexo a las mismas, no es que el demandado haya actuado de forma culposa, sino que el demandante no ha podido ser el responsable del daño.

4. El daño desproporcionado y su naturaleza diferenciada.

1. Llegados a este punto la pregunta que debemos formularnos es ¿qué es el daño desproporcionado? Partimos de la afirmación de que no se trata de una forma de imputación, y analizadas las figuras anteriores, sólo queda calificar este concepto como un criterio de facilidad probatoria, que no altera el principio de la carga de la prueba, es decir, no se trata de una inversión de la misma⁸¹⁶. Esta línea doctrinal viene confirmada

⁸¹⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ resulta destacable en este sentido cuando señala “...cabe que se atenga el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demanda) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba ...op. cit.*, página 86. De esta misma opinión se muestra ORMAZABAL SÁNCHEZ cuando asevera respecto de esta noción, que no se trata de una inversión de la carga de la prueba, a pesar de que se utilice de esta manera en muchas ocasiones por el Tribunal Supremo “A mi juicio, no nos hallamos aquí frente a un supuesto de inversión de la carga probatoria, sino más bien, aunque el Tribunal Supremo utilice esta técnica e indistintamente ambas expresiones, ante un simple presunción. El hecho base de la misma es la comisión de un daño que no cabe reconducir a los riesgos típicos de la operación o tratamiento de que se trate, sino solamente a un error médico. De aquí parte una inferencia lógica que permite tener por fijado el hecho presunto: la existencia de nexo causal entre la conducta negligente del demandado y los daños. No es necesario, pues, hablar de una problemática inversión de la carga probatoria”. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Algete, 2005, páginas 81 y 82. LUNA YERGA apunta que estamos ante una distribución dinámica de la prueba que no supone una inversión de la misma, ya que no exonera al demandante de toda obligación probatoria. LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico – sanitaria ... op. cit.*, página 339. De esta misma opinión se muestra JARAMILLO J. cuando afirma que el hecho de que se dé este desplazamiento de prueba no significa necesariamente una “condena de antemano”, sino simplemente una materialización en juicio de una realidad, que el médico se encuentra en una posición probatoria de mayor idoneidad. JARAMILLO J., Carlos Ignacio, *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica ... op. cit.*, página 205. Sin embargo, autores como CABANILLAS SÁNCHEZ consideran que el daño desproporcionado sí es una inversión de la carga de la prueba. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de “Lex Artis” y la carga de la prueba”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, nº 1, 1991, pps. 907 a 919; concretamente en página 912.

por la dirección que sigue el Tribunal Supremo en resoluciones recientes, destacando sobre todas ellas la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011⁸¹⁷.

Debemos tener presente que el Tribunal Supremo ha acuñado el concepto de daño desproporcionado utilizando medios probatorios que ha importado de otros ordenamientos jurídicos, como lo son las figuras anteriormente analizadas. El Alto Tribunal acude a la presunción desfavorable que surge cuando concurre un daño que resulta extraordinario en relación al resultado habitual de cualquier tipo de actividad. Sin embargo, y de forma contraria a lo que ha podido ocurrir con más o menos asiduidad, la mera producción del mentado perjuicio, por muy desproporcionado que sea, no es un buen indicador de la concurrencia de esta idea. Es por ello por lo que, de acudir el juzgador únicamente a este criterio, sin analizar otras vertientes del supuesto como el nexo causal o la *lex artis*, nos encontraríamos ante una inversión de la carga de la prueba⁸¹⁸.

2. En virtud de lo señalado, autores como LUNA YERGA acuden a las figuras diferenciadas de disponibilidad probatoria por un lado, y facilidad probatoria por otro, a fin de catalogar la naturaleza del concepto del daño desproporcionado, que atiende a la posición probatoria que ocupan las partes del proceso “La disponibilidad probatoria consistiría en que una de las partes posee en exclusiva un medio de prueba idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible para la otra parte acceder a él”⁸¹⁹. Por su parte, la facilidad de prueba la define como un criterio más amplio, pues las dos partes del proceso pueden acceder a las pruebas, pero para una de ellas es más sencillo; se trataría del concepto conocido como *cheapest information provider*. Señala además este autor, que no se trata de una inversión de la carga probatoria propiamente dicha, sino simplemente de una comprobación de la situación favorable en la que se encuentra

⁸¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011, Sala Primera, recurso 1565/2007, ponente Seijas Quintana. No obstante lo señalado en esta resolución por el mentado ponente, resulta de sumo interés una teoría que éste elaboró años atrás, sobre las consecuencias de aplicación de la doctrina del daño desproporcionado. Este ponente señalaba que el resultado práctico de aplicar esta construcción doctrinal se traduce en transformar una actividad de medios en una de resultados, por la cual el actor sólo tiene la carga probatoria del daño, mientras que la parte demandada la relativa a la diligencia. SEIJAS QUINTANA, Jose Antonio, “Responsabilidad civil médico – sanitaria: ejercicio y condicionamientos”, en *Actualidad Civil*, nº 2, 1995, pps. 301 a 316; concretamente en página 310.

⁸¹⁸ LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico – sanitaria ... op. cit.*, página 259.

⁸¹⁹ LUNA YERGA, Álvaro, “Regulación de la carga de la prueba en la LEC”, en *InDret*, nº 165, 2003, pps. 1 a 27; concretamente en página 11.

una de las partes del proceso, de la que se evidencia que existe una cierta asimetría en cuanto a la posición de las mismas⁸²⁰.

FERNÁNDEZ LÓPEZ aboga por una idea similar, por la cual facilidad y disponibilidad probatoria, si bien cuentan con una matriz común, no son sinónimos. De acuerdo con las afirmaciones de este autor, el criterio de facilidad probatoria es mucho más amplio que el de disponibilidad, hasta el punto de que el primero engloba al segundo. Para FERNÁNDEZ LÓPEZ la facilidad probatoria sería un concepto que nace fruto de una suerte de actividad semiaritmética, por la que se puede evidenciar qué parte tiene una capacidad de acceso más sencillo a la prueba, y consecuentemente va a ver su actividad probatoria incrementada; mientras que la otra, como consecuencia de los escollos de acceso a la misma, se verá liberada de esta obligación, en mayor o menor medida. Por otro lado, la disponibilidad probatoria parte de una situación menos igualitaria y de imposibilidad de prueba⁸²¹.

Si aplicamos ambas figuras al concepto objeto de análisis, observaremos que lo que realmente se da en los supuestos de responsabilidad sanitaria es un fenómeno de facilidad probatoria, y no tanto de disponibilidad. La justificación es muy sencilla, la situación en la que se encuentra cada uno de los actores, aunque es distinta, no genera una incapacidad probatoria en ninguna de las partes. En su lugar promueve un clima de desigualdad, por el cual el médico u hospital tienen una posición más cómoda que la del paciente, en lo que a la prueba se refiere⁸²².

GARCÍA HERNÁNDEZ apunta que la facilidad probatoria es una visión por la cual el perjudicado se ve liberado de la obligación de prueba, o por lo menos ve su carga aligerada, hasta el punto de que este cometido recaerá sobre la parte procesal que se

⁸²⁰ De la misma opinión se muestra JARAMILLO J., que considera que la culpa virtual no es lo mismo que el daño desproporcionado, ya que esta primera sí que significa una inversión de la carga de la prueba, a diferencia de lo que acontece con el concepto objeto de análisis. JARAMILLO J., Carlos Ignacio, *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica ... op. cit.*, página 226.

⁸²¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Getafe, 2006, página 157.

⁸²² CAVANILLAS MÚGICA incide sobre una de las muchas cautelas que es necesario adoptar, no sólo con el daño desproporcionado, sino también con aquellas figuras que juegan con el elemento de la facilidad probatoria. Este autor señala que se trata de un criterio muy subjetivo que debe decidir el Juez, que en principio conforma un órgano de carácter objetivo, por lo que no se puede llevar a cabo una aplicación indiscriminada del concepto, y es necesario estudiar y analizar caso por caso, si resulta conveniente el criterio de facilidad probatoria o no. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987, página 70.

encuentre en una situación más idónea al efecto, pretendiéndose así una actuación más equitativa⁸²³.

Sin embargo, la discusión sobre la naturaleza del daño desproporcionado no se limita a este aspecto ahora mencionado, sino que incluso autores como DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ llegan a plantear la duda de que realmente se trate de un concepto autónomo, o que simplemente sea lo mismo que la presunción judicial de culpa. Este autor considera que el desarrollo concatenado de los acontecimientos o elementos necesarios para que se pueda acudir a una presunción judicial, se encuentran también en el daño desproporcionado, sólo que concentrados en la verificación del perjuicio, de lo que se colige que confluyen el elemento de causa y culpa en el demandado. Es por ello por lo que estima que la diferencia entre ambas figuras es muy limitada o casi nula cuando apunta “Pero nada mejor que una somera visión práctica del problema para cerciorarnos de la poca o nula relevancia de la distinción entre *res ipsa loquitur* y presunción judicial de culpa”⁸²⁴.

⁸²³ GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás, “Evolución de la prueba y de la relación de causalidad en los procesos judiciales sanitarios”, en *Diario La Ley*, nº 7, 2000, pps. 1512 a 1517; concretamente en página 1515.

⁸²⁴ DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho... op.cit.*, página 177.

III. EXCEPCIONES A LA FIGURA.

Como hemos apuntado líneas atrás, el daño desproporcionado conforma una presunción, y por lo tanto puede ser desvirtuado si concurren determinadas circunstancias en el caso concreto. Nos referimos a que el polémico daño final, que en principio nos situaría en la pista de una negligencia, puede ser aplacado con la prueba de dos elementos, por un lado la *lex artis* en el desarrollo de las actuaciones; y por otro, que el perjuicio sea un riesgo inherente a la intervención o tratamiento en cuestión, por muy llamativo que éste pueda ser. Huelga señalar que también cabe la posibilidad de invocar otros dos elementos, como lo son el caso fortuito y la fuerza mayor, así como la intromisión de un tercero o del propio paciente, quebrando el nexo causal⁸²⁵.

1. La *lex artis*.

1. Como bien señala GALÁN CORTÉS “Si el facultativo facilita una explicación convincente, coherente y suficiente del origen del daño y acredita que no fue debido a su negligencia, ninguna responsabilidad podría imputársele, por cuanto el médico no ha de responder de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia ...”⁸²⁶. De estas esclarecedoras líneas se desprende que la no evitación de un daño no entraña la necesaria aplicación de esta noción, sino que es indispensable que el médico sea incapaz de probar que actuó de manera correcta.

NAVARRO MICHEL resulta especialmente clarificadora sobre esta cuestión, a pesar de que no trate expresamente del concepto de la *lex artis* en el daño desproporcionado. Afirma esta autora, que la mera concurrencia de una lesión llamativa o “inusual”, no es suficiente para dar forma a la noción objeto de estudio. Debiéndose acudir a otras circunstancias del supuesto, como lo pueden ser la salud del paciente, el tipo de intervención, si ésta se ha practicado de manera acorde a la *lex artis*, etc⁸²⁷.

⁸²⁵ JORDANO FRAGA nos recuerda la relevancia de este punto, ya que la aplicación indiscriminada de esta idea resulta peligrosa, no sólo para las partes del proceso, sino para la doctrina en general. Sin embargo, su advertencia se cierne, más que sobre las cautelas a adoptar, sobre las consecuencias de la aplicación de la figura, tanto de manera correcta, como incorrecta. JORDANO FRAGA, Francisco, “Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico” ... *op. cit.*; concretamente en página 86.

⁸²⁶ GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 5 de enero de 2007”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 74, 2007, pps. 995 a 1014; concretamente en página 1008.

⁸²⁷ Concretamente apunta la autora “La mera afirmación de que el daño es <<inusual>> no es ni puede ser suficiente para condenar a un médico, ya que dicho adjetivo no aporta ninguna calificación jurídica. El

2. Puede resultar complicado entender que la actuación del facultativo haya respetado la *lex artis*, cuando de la misma ha derivado un resultado llamativo, o cuanto menos anormal. Sin embargo, se trata de una necesidad y una realidad, si la pretensión de la parte demandada consiste en desbaratar la presunción establecida por el concepto que estamos analizando. Es por ello por lo que si el demandado llegase a demostrar, con plena diligencia, que todas sus actuaciones fueron acordes al principio de la *lex artis*, y que a pesar de ello se produjo el extraordinario resultado final, en principio esta actuación debería quedar libre de responsabilidad. Y decimos en principio, porque nos surgen las siguientes dudas, ¿hasta dónde debe probar el médico o el centro sanitario su diligencia?, ¿hasta qué punto debe justificar qué eventualidad fue la que irrogó el daño?, ¿y si no llega a descubrirse cuál fue el desafortunado evento en cuestión?

Observaremos a lo largo del análisis jurisprudencial, que en la práctica totalidad de casos para el juzgador resulta suficiente que las actuaciones del médico se desarrollen de manera acorde a la *lex artis*, lo que se suele traducir en el cumplimiento de los protocolos hospitalarios establecidos. De esto se infiere, que justificar qué ocurrió realmente, es una aportación accesorio; de forma que si ello no es posible, en principio no entrañaría un incumplimiento de las obligaciones procesales, porque pueden existir eventualidades desconocidas que afecten al acto sanitario, cuyo origen sea ignorado.

El Tribunal Supremo se mueve en una línea más o menos similar a la que hasta ahora venimos señalando, a pesar de que existan resoluciones que se separan de esta idea general y exijan, no sólo la prueba de que se ha actuado de manera acorde a la *lex artis*, sino también que se justifique qué provocó el daño final.

Aunque se trata de un criterio de facilidad probatoria, que resulta más o menos equitativo, en la medida en que impone una mayor carga de prueba a aquella parte procesal que tiene un mejor acceso a la misma, lo cierto es que este principio no debe llevarse al extremo. Es por ello por lo que consideramos, que independientemente de lo que señalen algunas sentencias aisladas, el esfuerzo probatorio del médico únicamente

daño inusual o desproporcionado puede ser una pista que nos indique que ha habido una posible negligencia, pero después habrá que analizar las circunstancias del supuesto (enfermedad, tratamiento aplicado, estado del paciente, actuación del médico conforme a la *lex artis*) para ver si ese daño puede ser imputado al profesional o no. Un daño inusual puede ser perfectamente compatible con la diligencia y la corrección en la actuación médica”. NAVARRO MICHEL, Mónica, “Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario” ... *op. cit.*; concretamente en página 1203.

debe alcanzar la *lex artis*, ya que en ésta suele estar implícita la posible causa del daño⁸²⁸.

2. Riesgo típico.

1. No parece inoportuno que llegados a este punto nos formulemos las siguientes cuestiones ¿hasta dónde llega el daño de esta construcción doctrinal? Esto es, ¿cómo diferenciamos un resultado normal de uno desproporcionado? Y por último, ¿dónde empieza el riesgo habitual o inherente a un tratamiento o intervención médica, y dónde comienza el extraordinario?

A fin de dar respuesta a esta cuestión acudimos a las afirmaciones de VILLANUEVA LUPIÓN, que resulta especialmente esclarecedora cuando señala que el perjuicio del daño desproporcionado no debe ser “enorme”, ni exagerado, sino que tan sólo requiere una ausencia de habitualidad, es decir, que no resulte normal⁸²⁹.

La respuesta a las demás preguntas no es sencilla y consideramos que cualquier afirmación debe tener su origen en un análisis del caso concreto, pero que desde luego dependerá de la preconcepción de la que adolezca el juzgador. ¿Dónde empieza el daño desproporcionado? La descripción de GALLARDO CASTILLO es idónea para contestar a este interrogante “Por contra, estamos en presencia de un daño desproporcionado cuando el acto médico produce un resultado anormal, insólito, inusualmente grave en relación con los riesgos que comporta y con los padecimientos que se trata de atender, e incompatible con las consecuencias de una terapia normal ...”⁸³⁰.

Toda esta ambigüedad hace que se trate de una figura cómoda y quizás peligrosa, hasta tal punto que DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ la denomina “cajón

⁸²⁸ Contrariamente DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ considera que la obligación del médico no consiste tanto en justificar su cumplimiento de la *lex artis*, como señalar qué causa intervino, obstaculizando el buen desarrollo de las actuaciones. Este autor considera que no es necesario el cumplimiento de ambas vertientes, sino solamente de una, que puede resultar sin embargo la más compleja: la justificación de qué fue lo que realmente provocó el daño. DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho ... op. cit.*, páginas 176 y 177.

⁸²⁹ VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen, “El alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado”, en GALLARDO CASTILLO, María Jesús (Directora) y CRUZ BLANCA, María José (Coordinadora), *La responsabilidad jurídico – sanitaria ... op. cit.*, página 141.

⁸³⁰ GALLARDO CASTILLO, María Jesús, “De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual” ... *op. cit.*; concretamente en página 2144.

de sastré”⁸³¹, ya que en la misma pueden incluirse todos aquellos supuestos que no encajen en patrones predeterminados. Precisamente para evitar esto, es necesario tratar con mucha precaución esta noción, teniendo presente dónde está la frontera entre un daño habitual y uno desproporcionado, de ahí la relevancia de este apartado de excepciones.

Entendemos que el perjuicio tiene un importante protagonismo en esta idea. El primer criterio a tener presente reside en la desproporción del mismo en relación a la práctica habitual, sin embargo, esta característica es insuficiente, ya que a pesar de lo insólito que puedan parecer resultados como los que veremos en la casuística, éste no tiene por qué comportar necesariamente una actitud negligente, y mucho menos un daño desproporcionado. Es necesario que además tengamos presente que existen dos excepciones a la desproporción de una contingencia: que ésta sea habitual y los riesgos del desarrollo.

2. Lo primero que se debe tener presente es que el daño desproporcionado es incompatible con un peligro típico, por muy llamativo y grave que éste sea. De concurrir una eventualidad inherente a la práctica médica, informada o no, esta figura no podrá ser invocada.

GALÁN CORTÉS define de forma muy clara los riesgos típicos “Los riesgos típicos de una intervención son, por tanto, los patognomónicos de la misma, esto es, los propios, inherentes y específicos de ese procedimiento mecánico, aunque, insistimos, su frecuencia o cuantificación estadística sea muy baja, pues la tipicidad del riesgo no es consustancial con su frecuencia, siendo conceptos diferentes y no siempre coincidentes”⁸³².

Autores como GALLARDO CASTILLO consideran, que son dos los tipos de perjuicios que invalidan cualquier posibilidad de acudir al daño desproporcionado. Por un lado, estarían los riesgos inevitables o imprevisibles, directamente derivados de las limitaciones del conocimiento (estado de la ciencia), junto a los cuales podríamos situar las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil; mientras que la otra cara de la moneda la conformarían aquellos menoscabos cuya aparición se encuentra más o

⁸³¹ DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, “Comentario a la sentencia de 8 de mayo de 2003”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 63, 2003, pps. 1191 a 1209; concretamente en página 1205.

⁸³² GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009” ... *op. cit.*; concretamente en página 558.

menos prevista, o sea, los efectos secundarios o los riesgos inherentes a todo acto médico⁸³³.

GALÁN CORTÉS resulta determinante cuando afirma que el facultativo debe verse exonerado de toda responsabilidad, si el supuesto “daño desproporcionado” que se produce tras una intervención o tratamiento, forma parte de los que se pueden denominar como “riesgos habituales”; con la única excepción de que éstos no hayan sido informados. A lo que a renglón seguido aclara este autor, que en este último caso la condena no se fundamentaría en el daño desproporcionado, sino en la información⁸³⁴.

PÉREZ TOLÓN y LARIOS RISCO cuentan con una opinión similar al considerar ambos autores, que de practicarse un tratamiento médico con pleno cumplimiento de los principios establecidos por la *lex artis*, si se presentase un “riesgo típico o propio”, el resultado no será susceptible de indemnización, salvo que no hubiese sido informado. Se requiere que la literatura médica califique como atípica la contingencia sufrida por el paciente y no el simple hecho de que a los ojos de los legos resulte llamativo “En la dialéctica de los elementos integrantes de la responsabilidad sanitaria, el daño desproporcionado no debe equipararse al riesgo típico de una intervención, de modo que, si a pesar de una técnica quirúrgica impecable se materializa un riesgo típico del que el paciente fue oportunamente informado y que se produjo por causas inevitables, el médico no habrá incurrido en ningún tipo de culpa o negligencia, ni resultará aplicable, en consecuencia, la teoría del daño desproporcionado. Si, por otro lado se materializa un riesgo típico del que el paciente no ha sido oportunamente informado, entonces el médico podrá ser responsable, pero no en virtud de la teoría del daño desproporcionado, sino en virtud de la omisión del consentimiento informado. En consecuencia, la teoría del daño desproporcionado sólo será de aplicación en caso de que se produzca un riesgo

⁸³³ VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen, “El alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado”, en GALLARDO CASTILLO, María Jesús (Directora) y CRUZ BLANCA, María José (Coordinadora), *La responsabilidad jurídico – sanitaria ... op. cit.*, página 142.

⁸³⁴ GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 7 de octubre de 2004” ... *op. cit.*; concretamente en página 842. Idea en la que vuelve a incidir este autor, cuando asevera “No debe equipararse el riesgo típico de una intervención médico – quirúrgica con el daño desproporcionado, en tal forma que, si a pesar de una técnica médica impecable, se materializa un riesgo típico del que el paciente fue oportunamente informado y que se produjo por causas inevitables, el médico no ha incurrido en ningún tipo de culpa o negligencia, ni resultará, por consiguiente, aplicable la teoría del daño desproporcionado. Si la responsabilidad del médico procede de la falta de información de ese riesgo típico que se ha materializado tras una adecuada intervención médica, la condena del facultativo no podrá fundarse en la teoría del daño desproporcionado, puesto que el daño no es desproporcionado en el sentido antes expuesto, sino que deberá sustentarse en la omisión de ese componente fundamental de la *lex artis* que es el consentimiento informado”. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico – sanitaria”, en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (Director), *Derecho de daños 2013 ... op. cit.*, página 615.

atípico, es decir que no esté contemplado en la literatura médica para el tipo de intervención o tratamiento de que se trate”⁸³⁵.

3. La prueba.

1. En figuras como la presente, como ya comentamos líneas atrás, se crea un escenario artificial, por el cual la mera existencia de un daño puede equipararse a la culpa, porque se entiende que para que este perjuicio se materializase, es necesaria una actuación negligente, dolosa o imprudente. Se alteran los cánones habituales de la práctica de la prueba (*onus probandi*), por lo que no es el demandante el que tiene que soportar la carga de la misma, sino el demandado; que tiene el deber de demostrar que desarrolló su actividad con pleno cumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

Entendemos que se produce una atenuación del rigor probatorio, al aplicarse criterios alternativos a la práctica habitual, por los cuales aquella parte del proceso con un mejor acceso a las pruebas, es la que deberá soportar dicha carga. ¿Por qué se realiza la excepción en estos asuntos y no en todos aquellos en los que se enjuicia un caso de responsabilidad sanitaria, si la situación procesal de la víctima es idéntica? Por la presunción de negligencia existente en la relación fáctica concreta, como consecuencia de lo insólito del daño.

De esta opinión se muestra ROMERO COLOMA cuando afirma, que ante una desproporción dañosa, en la que se presume la negligencia, la parte demandante deberá únicamente demostrar el perjuicio, mientras que la carga probatoria será a cargo del facultativo, que se verá en la necesidad de probar que actuó de manera acorde a la *lex artis* o que en el transcurso de la práctica médica concurrió algún tipo de circunstancia exoneratoria, imprevisible e inevitable, que fue la causa del daño “La regla «la cosa habla por sí misma» equivale, desde luego, a una presunción de culpa, pero esta presunción se va a desplazar hacia el médico, es decir, ya no tendrá el paciente y/o sus familiares que demostrar la culpa de aquél, sino que bastará con la mera constatación del resultado dañoso para entender que efectivamente ha habido negligencia médica, si bien es cierto que esta presunción podrá ser destruida, mediante prueba en contrario por el propio facultativo, recayendo sobre él la carga de probar que obró con la debida

⁸³⁵ PÉREZ TOLÓN, Ernesto y LARIOS RISCO, David, “La teoría del daño desproporcionado en los dictámenes sobre responsabilidad sanitaria del consejo consultivo de Castilla – La Mancha” ... *op. cit.*; concretamente en página 86.

diligencia, pero que en el transcurso de la intervención o del tratamiento se han producido causas exoneradoras de la culpa, o incluso reductora de la misma”⁸³⁶.

Igualmente cauteloso se muestra DE ÁNGEL YÁGUEZ al tratar esta idea. Estima este autor que para un profano en Medicina cualquier resultado que no sea el esperado puede considerarse desproporcionado, aunque éste sea un riesgo habitual de la práctica médica. DE ÁNGEL YÁGUEZ compara esta construcción doctrinal con una suerte de tautología, que conforma un presupuesto seguro de actuación y que además resulta difícilmente discutible, al darse por hecho algunos aspectos de la misma “Hay que reconocer que la vía de razonamiento inspirada en el *resultado desproporcionado* es, por decirlo gráficamente, *tentadora*. En efecto, a primera vista es sugestiva la reflexión: si el *resultado* de la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias que *tenían que haberse producido*, es porque el médico no ha actuado con una conducta profesional diligente. O, dicho al revés, si el *resultado* no es *el que tenía que haberse producido* (se hace obligado utilizar de nuevo esta última expresión), *no es posible que el médico no haya incurrido en culpa*. Modo éste de pensar que se aproxima mucho, si no coincide del todo, con los postulados de la teoría llamada *de la culpa virtual*”⁸³⁷. Las reservas de este autor llegan hasta tal punto, que afirma que incluso en supuestos de hecho en los que la culpa de la parte actora resulta evidente, por incumplimiento de la *lex artis*, el Alto Tribunal tiende a utilizar el daño desproporcionado, por el simple hecho de que éste resulta más cómodo “Y, de hecho, si se examinan las Sentencias que sobre la cuestión he citado, se observa que prácticamente en todas ellas lo que sucede no es que el Tribunal Supremo condene al médico por apreciar que de su actuación devino un *resultado desproporcionado*, sino que, a mi entender, tal condena tiene como fundamento una prueba pericial de la que resulta que el médico enjuiciado incurrió en culpa o negligencia en el desempeño de su actividad”⁸³⁸.

⁸³⁶ ROMERO COLOMA, Aurelia María, “Responsabilidad civil y culpa virtual de la Administración Pública sanitaria”, en *Actualidad Administrativa*, nº 9, 2005, pps. 1035 a 1041; concretamente en página 1040.

⁸³⁷ DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo, “El <<resultado>> en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?” ... *op. cit.*; concretamente en página 74.

⁸³⁸ DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo, “El <<resultado>> en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?” ... *op. cit.*; concretamente en página 75. DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, aboga por una idea muy similar al considerar que esta construcción doctrinal puede resultar algo “peligrosa”, en la medida en que es un recurso muy cómodo para los jueces, al que se acude con cierta asiduidad. DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho* ... *op. cit.*, página 195.

No obstante, y aunque este autor muestre un cierto recelo hacia este concepto, lo cierto es que opina que se trata de una herramienta de suma utilidad cuando la desigualdad de armas en el proceso hace que la capacidad probatoria del paciente sea compleja, hasta el punto de peligrar la posibilidad de indemnizar un daño doloso o culposo; algo que se acentúa en los casos en los que la demanda se dirige contra un centro sanitario.

Igualmente reconciliadora es la visión que nos acercan los autores PÉREZ TOLÓN y LARIOS RISCO sobre esta idea, ya que consideran que la inversión de la carga de la prueba no es tal, y que lo que realmente ocurre es que se crea un ambiente de facilidad probatoria. Señalan estos autores que la parte demandante también tiene una cierta obligación de prueba, en la medida en que debe demostrar el perjuicio sufrido, dejando el resto del trabajo a la otra parte procesal “No obstante, y aunque a primera vista pueda parecerlo, la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado por nuestra jurisprudencia no supone establecer una responsabilidad objetiva de la administración sanitaria ante cualquier daño reclamado, sino que, tal como se ha dicho, lo que supone su aplicación fundamentalmente es una inversión de la carga de la prueba”⁸³⁹.

2. Como comentario final, estimamos oportuno citar a BLAS ORBÁN, que en la misma línea de prudencia respecto de esta idea, pero admitiendo la eficacia de la misma, asegura que a pesar de los beneficios que tiene este concepto, es necesario tratarlo como una excepción y analizar su idoneidad en cada litigio concreto. La justificación de esta afirmación es sencilla, una utilización indiscriminada de esta construcción doctrinal supondría dudar, por regla general, de la calidad de las actuaciones de los profesionales sanitarios; algo que acarrearía un importante deterioro del sistema sanitario en general⁸⁴⁰.

⁸³⁹ PÉREZ TOLÓN, Ernesto y LARIOS RISCO, David, “La teoría del daño desproporcionado en los dictámenes sobre responsabilidad sanitaria del consejo consultivo de Castilla – La Mancha” ... *op. cit.*; concretamente en página 85.

⁸⁴⁰ BLAS ORBÁN, Carmen, *Responsabilidad profesional del médico* ... *op. cit.*, página 223.

IV. FENOMENOLOGÍA.

1. El daño desproporcionado en actividades quirúrgicas.

En este apartado se analizarán supuestos de hecho en los que en el curso de una operación se produce un perjuicio extraordinario o llamativo, susceptible de encajar en la figura del daño desproporcionado.

1. El daño desproporcionado y el error de diagnóstico en cirugías.

1. La primera de las resoluciones que estudiaremos tiene una línea argumentativa llamativa, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006⁸⁴¹. En este litigio D. Marco Antonio, policía de profesión, al bajarse de su vehículo se golpeó la rodilla derecha, por lo que fue remitido a una clínica, donde se le diagnosticó una posible distensión del cruzado anterior, cuyo tratamiento fue un vendaje compresivo y reposo. Sin embargo, y a pesar de los cuidados, el estado del paciente no mejoró, por lo que le fueron suministradas una serie de sesiones láser, que tampoco resultaron de gran ayuda; de forma que D. Marco Antonio, por iniciativa propia, solicitó el alta para acudir a otro médico, que le detectó una hipertensión rotuliana, para cuya mejoría consideró oportuno acudir a la cirugía. Dos meses después de la caída el paciente fue intervenido, encontrándose las siguientes lesiones: un menisco externo discoideo, un síndrome de Ficat o de hipertensión rotuliana externa y lesión del cartílago rotuliano articular. Tras la actividad quirúrgica D. Marco Antonio se sometió a un tratamiento rehabilitador, a pesar del cual el dolor y la debilidad en la rodilla persistían. Por ello se le efectuaron diversas pruebas, a los efectos de dilucidar qué le ocurría, hallándosele hiperpresión rotuliana bilateral y pérdida de masa ósea, por lo que se le volvió a operar. No obstante, su estado no mejoró lo suficiente, siéndole reconocido finalmente un grado de invalidez del 38%.

En base a los mencionados hechos el paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda parcialmente estimada en primera instancia, pero su

⁸⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006, Sala Primera, recurso 4072/1999, ponente González Poveda.

recurso fue desestimado en apelación; por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este supuesto de hecho puede resultarnos complejo, en la medida en que podemos confundirlo con un error de diagnóstico, e incluso con una pérdida de oportunidad. La duda se encuentra en la primera atención médica que recibió el paciente, en la que únicamente se le inmovilizó el miembro en cuestión, cuando resultaba evidente que requería un tratamiento distinto. Sin embargo, si nos limitásemos a analizar esta primera parte del litigio, estaríamos realizando un examen parcial del mismo. Un estudio completo del caso permite observar, que a pesar de que el paciente había recibido terapia médica, rehabilitación y cirugía (esta última en dos ocasiones), su estado no mejoraba, sino que más bien empeoraba sin razón aparente. Lo que en un principio era una simple distensión provocada por un golpe, acabó en una lesión irreparable que obligó al paciente a no poder trabajar. El Tribunal Supremo no duda en barajar un daño desproporcionado al comparar la situación clínica inicial con la final, cuando afirma “No obstante la corrección del diagnóstico del padecimiento del demandante realizado por el médico demandado y de ser adecuada la intervención quirúrgica practicada, lo cierto que se ha producido un resultado desproporcionado que ha ocasionado la jubilación del recurrente dado el carácter irreversible e incapacitante de las lesiones que sufre; no existe prueba alguna en los autos que permita atribuir el resultado dañoso a otra causa distinta de la intervención quirúrgica sufrida por el demandante, sin que sea suficiente a exonerar de responsabilidad lo manifestado por el perito judicial cuando afirma que “cualquier intervención quirúrgica e, incluso actuación ortopédica (sic) incruenta, sobre una rodilla, y sobre la mayoría de las articulaciones del cuerpo, pueden provocar graves complicaciones que lleven a la práctica (sic), inutilidad de la articulación, sin que previamente pueda sospecharse su aparición, y sin que una vez ocurrida la complicación puedan averiguarse las causas de estas complicaciones, apareciendo simplemente porque sí”...”⁸⁴². El empeoramiento de la pierna del paciente es llamativo e injustificado, por lo que se presume una posible actuación negligente, que se traduce en un daño desproporcionado.

Sin embargo, y a pesar de que resulta cierto que no existe un argumento claro por parte del ente sanitario que explique el por qué la situación final del paciente, puede llegar a considerarse poco acertado, e incluso desmedido, acudir a este concepto en el

⁸⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006 ... *op. cit.*

asunto que nos ocupa. Justificamos nuestra afirmación en el mero hecho de que la lesión que padecía el paciente era grave, no en vano requirió dos complicadas intervenciones quirúrgicas, por lo que cabe la posibilidad de que el resultado final fuese consecuencia de la agravación misma de la afección que sufría. La razón de ser en la que se basa la presente hipótesis, se fundamenta en la falta de claridad que encontramos en el presente asunto, en el que si bien es cierto que la situación final puede resultar “desproporcionada” en comparación con la inicial, ésta puede venir justificada por la degeneración misma de la lesión. Consideramos que existe una sombra de incertidumbre en torno a la presente controversia, por lo que quizás fue un tanto arriesgado afirmar que podría tratarse de un daño desproporcionado⁸⁴³.

2. El siguiente litigio a analizar sigue una línea más clara y definida del daño desproporcionado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008⁸⁴⁴. En este caso D. Víctor sufrió una caída desde un andamio en el que estaba trabajando, siendo diagnosticado en un primer momento de una distensión de abductores y después de bursitis, iniciándose los debidos tratamientos paliativos. Sin embargo, y a pesar de los mismos, lo cierto es que su situación no mejoraba, por lo que fue remitido a un centro de rehabilitación donde se le varió el diagnóstico, esta vez de hernia inguinal, de la que fue intervenido poco después. El paciente seguía acusando fuertes dolores, por lo que fue operado de nuevo y comenzó a recibir tratamiento para el dolor. A pesar de todo su situación no mejoraba, por lo que se le practicó una tercera cirugía y comenzó una terapia en la unidad del dolor y en el servicio de neurología, a fin de conseguir bloquear el padecimiento que sufría. Tuvo que ser reintervenido por cuarta vez, no obstante lo cual, siguió viéndose obligado a continuar con una terapia en la unidad del dolor y rehabilitación, siéndole declarada la incapacidad permanente total.

Los mentados hechos dieron lugar a que el paciente pretendiese el resarcimiento del daño sufrido, siendo su pretensión admitida en primera instancia y confirmada en apelación, en virtud de lo cual la parte demandada acudió en casación al Tribunal Supremo.

El presente asunto, al igual que el anterior, cuenta con una serie de escollos y dificultades añadidas en la admisión del daño desproporcionado. Partimos en primer

⁸⁴³ MACÍAS CASTILLO considera que la medida fue correcta por la excepcionalidad del daño final, ya que evidencia una clara mala praxis. MACÍAS CASTILLO, Agustín, “Res ipsa loquitur y responsabilidad civil del traumatólogo”... *op. cit.*; concretamente en página 74.

⁸⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008, Sala Primera, recurso 621/2002, ponente Seijas Quintana.

lugar de que también podríamos encontrarnos ante un posible error de diagnóstico, dado que la lesión que se le atribuía al paciente fue variando en función del desarrollo de los síntomas de la misma. No consideramos que este aspecto tenga la suficiente entidad, dado que el daño final difícilmente puede derivar únicamente de que en un principio no se diagnosticase la enfermedad correctamente. La segunda contrariedad a la que nos enfrentamos es que tampoco tenemos conocimiento de qué hecho concreto motivó los problemas de salud del paciente, es decir, en qué momento se produjeron éstos y por qué necesitó cuatro cirugías, o si precisamente fue el conjunto de todas ellas lo que produjo su situación final. Ahora bien, todas estas dificultades se encuentran salvadas por la magnitud del daño final, tan dispar y exagerado en relación a la situación inicial del paciente, a lo que además debemos sumar la ausencia de una justificación clara por parte del hospital; esto es, la parte demandada fue incapaz de probar la *lex artis* en sus actuaciones. De esta manera se pronuncia el Tribunal Supremo cuando señala “Los hechos acreditados son claros y evidencian la causa del daño y pretender que existe prueba distinta en autos que permite atribuir el resultado dañoso a otra causa ajena de la intervención quirúrgica no es posible al amparo del *artículo 1902* y de la doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado, sin haber combatido adecuadamente la valoración de la prueba, toda vez que el *artículo 1902* no es precepto valorativo de la prueba, y la doctrina del resultado desproporcionado, que incide en la determinación de la culpabilidad del autor, y que es especialmente aplicado para apreciar la responsabilidad de los servicios médicos, parte de un daño generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima, lo que determina la exigencia de una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia, (SSTS 16 y 30 de abril de 2007, entre otras)”⁸⁴⁵.

De las palabras del juzgador parece desprenderse que el presente litigio entraña una suerte de desconocimiento, que provoca una “deducción de negligencia”.

⁸⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008 ... *op. cit.*

2. El daño desproporcionado relacionado con actividades quirúrgicas realizadas con urgencia.

3. La primera de las resoluciones a estudiar es la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2006⁸⁴⁶. En esta controversia D. José Luis tuvo un accidente de tráfico cuando regresaba del trabajo, en el que sufrió una serie de lesiones que requirieron una rápida actuación. En una primera intervención, de la que no tenemos conocimiento en qué consistía, le fue dañado el nervio tibial; y tras una segunda cirugía, no se llegó a controlar una infección que finalizó en una pseudoartrosis infectada. Todo ello acabó con la declaración de invalidez permanente total del paciente.

En base a las circunstancias mencionadas, D. José Luis pretendió el resarcimiento del daño, sin embargo sus intenciones fueron inadmitidas en primera instancia y corrieron la misma suerte en apelación, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

A pesar de lo limitado de los detalles del supuesto, conocemos que el paciente sufrió una serie de menoscabos a consecuencia de las actividades quirúrgicas a las que fue sometido, como lo son la lesión del nervio tibial y la infección posterior; no obstante lo cual, esta situación no llegó a ser calificada como daño desproporcionado por el juzgador. La razón de ser de dicha opción, aunque no se señale expresamente por el Tribunal Supremo, parece poder deducirse de sus afirmaciones: la situación inicial del paciente ya era de gravedad. Es probable que el daño al que alude el actor del presente caso, es decir, la lesión del nervio tibial, tuviese su origen en el accidente mismo que sufrió y no tanto en la operación. Esta hipótesis se fundamenta en que el hospital ha alcanzado a la certeza probatoria de la plena eficiencia en sus actos en relación a la *lex artis*, aspecto que imposibilita cualquier opción de acudir al daño desproporcionado. El Alto Tribunal se pronuncia de la siguiente manera “El criterio de imputación propio de un sistema de responsabilidad de tinte subjetivista, como es el que establece el artículo 1902 del CC, exige, ante todo – como recuerda la sentencia de 24-11-2005, con cita de otras anteriores-, el reproche culpabilístico y la demostración de la relación de causalidad y de la culpa, en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado ue (sic) el acto médico o quirúrgico fue realizado con infracción o no sujeción a las

⁸⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2006, Sala Primera, recurso 3442/1999, ponente Sierra Gil de la Cuesta.

técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo “lex artis ad hoc”, razón por la que se ha de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas, aunque no de aquellos daño, por muy desproporcionados que parezcan, si se prueba que no fue debido a un acto negligente”⁸⁴⁷.

A pesar de que la afirmación del Tribunal Supremo pueda resultar genérica, ésta da forma a la realidad del presente supuesto: el sanatorio, o el facultativo en concreto, lograron demostrar la plena diligencia en sus actuaciones, por lo que aunque el daño final derivase de la actuación quirúrgica misma, el demandado no debe responder del perjuicio, por la sencilla razón de haber actuado conforme a la *lex artis*.

4. El segundo de los casos que analizaremos es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000⁸⁴⁸. En este asunto D. Carlos Alberto, un niño de corta edad, llegó al servicio de urgencias de su localidad aquejado de fuertes dolores abdominales. Acto seguido se ordenó su ingreso y se le practicó un análisis de sangre, que arrojó un resultado de 150 mg de glucosa en sangre, por lo que ante la sospecha de una muy posible invaginación intestinal se le intervino, practicándosele una resección de la porción intestinal invaginada y una apendicetomía. Tras la cirugía su nivel de glucemia fue disminuyendo paulatinamente, por lo que cuatro días después de la operación comenzó su alimentación por vía parenteral, mediante sueros glucosados, con control de glucemia, glucosaria y cetonuria. La noche misma de iniciar el tratamiento, el niño presentó un estado de intranquilidad, con sudoración y dolor, por lo que una ATS de guardia le suministró una ampolla de Nolotil. A las siete de la mañana el paciente entró en un estado de shock agudo, siendo atendido por el anestesista y el pediatra de urgencias, que le sometieron a una terapia antishock, que sin embargo resultó infructuosa; falleciendo el niño una hora más tarde, a las 8 de la mañana. En un análisis *post mortem*, se obtuvo un resultado de 495mg % de glucosa en sangre, muy elevado.

Tomando como base los mencionados hechos, los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, teniendo que acudir en casación al Tribunal Supremo, porque sus alegaciones fueron inadmitidas, tanto en primera instancia como en apelación.

⁸⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2006 ... *op. cit.*

⁸⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000, Sala Primera, recurso 3027/1995, ponente González Poveda.

Lo llamativo de la relación de hechos puede llevarnos a considerar que el asunto conforma un caso claro de daño desproporcionado, dado que si bien la situación inicial del paciente podía ser grave, no lo era tanto como para motivar su fallecimiento; más si cabe teniendo presente, que aparentemente lo que dio lugar al óbito del menor fue un súbito aumento de glucosa en sangre, algo que en principio estaba controlado. Sin embargo, y a pesar de que los hechos muestran una evidente desproporción entre la situación inicial y la final, lo cierto es que tal y como hemos dejado constancia a lo largo de este trabajo, acudir a este concepto de manera indiscriminada, simplemente porque el supuesto de hecho parezca encajar, daría lugar a un uso arbitrario de la idea y la consiguiente inseguridad jurídica. Hemos de tener presente que deben concurrir dos elementos añadidos: que el resultado final no sea consecuencia directa de uno de los riesgos habituales o potenciales de la actividad médica, y que no se haya llegado a probar la plena diligencia en las actuaciones médicas. Es precisamente en este último aspecto donde encontramos el principal escollo para aplicar el daño desproporcionado en el presente caso, la intervención que se le practicó al paciente se desarrolló con total corrección, sus niveles de glucosa en sangre eran normales y cuando se reestableció su alimentación se mantuvo un adecuado control analítico. El aumento de glucosa en sangre fue súbito y letal, pero en absoluto tuvo que ver con una asistencia deficitaria. Es más, el equipo de facultativos logró demostrar su plena diligencia. De esta opinión se muestra el Tribunal Supremo, que tras analizar una por una las conductas de cada uno de los médicos que trataron al paciente y considerarlas acordes a la *lex artis*, señala “Esta indefinición sobre la causa de la muerte no permite establecer una relación de causalidad entre el fallecimiento y la conducta de los médicos codemandados que tampoco puede calificarse de culposa o negligente; aún admitiendo la causa de la muerte que afirma el médico Forense del Juzgado, no se acredita esa relación de causalidad que constituye requisito esencial para el nacimiento de responsabilidad por culpa extracontractual. Por todo lo expuesto procede la desestimación de la demanda y la absolución de los demandados, con la obligada condena en costas de la actora, a tenor del art. 523.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”⁸⁴⁹.

Aunque de soslayo, el juzgador permite entrever que la urgencia de la intervención es un valor añadido a los efectos de matizar la *lex artis*, tal y como ocurrió también en la resolución anterior.

⁸⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000 ... *op. cit.*

3. El daño desproporcionado y las lesiones irrogadas en una zona distinta a la intervenida.

En este apartado se pretende analizar la posibilidad de observar el daño desproporcionado, cuando en el curso de una cirugía se ocasiona una afección distinta a la que estaba siendo tratada.

a) Supuestos en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada.

5. El primer caso que se estudiará en este apartado puede resultarnos especialmente ejemplificador, dada la claridad de sus hechos y argumentaciones, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 noviembre de 2007⁸⁵⁰. D^a. Flor padecía una necrosis aséptica de la cabeza femoral izquierda, por lo que se programó que se le colocase una prótesis de cadera para paliar los dolores que sufría. La operación transcurrió sin complicaciones, sin embargo éstas se dieron cuando se inició la etapa de movilización en el postoperatorio. Se observó, tras la realización de un TAC, que el nervio ciático de la pierna intervenida había sido lesionado por uno de los tornillos de fijación que se habían utilizado, ya que éste se había desplazado, sin explicación aparente, dañando el nervio. Cuatro meses después de la primera cirugía tuvo que ser reintervenida para la extracción del tornillo en cuestión, así como de la prótesis, al no conseguirse resultados positivos con los tratamientos conservadores a los que se le estaba sometiendo. A pesar de esta segunda actividad quirúrgica, así como del largo proceso de rehabilitación, a D^a. Flor le restaron severas secuelas, ya que muestra importantes dificultades para deambular, teniendo además que ser tratada en una unidad del dolor.

Las pretensiones de la parte actora fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que acudió en casación al Tribunal Supremo.

En el presente litigio nos encontramos con el supuesto de hecho tipo para observar un caso de daño desproporcionado. Una paciente se somete a una intervención, que no sólo no mejora su estado de salud, sino que lo empeora por un hecho en absoluto habitual, hasta el punto de desconocerse qué motivó el mencionado daño. Si recordamos

⁸⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007, Sala Tercera, recurso 3881/2004, ponente Robles Fernández.

la exposición de los hechos, uno de los tornillos de fijación se desplazó, lesionando el nervio ciático; pero se desconoce qué podía motivar esto, no dándose explicación alguna que justificase el efecto lesivo del tornillo terapéutico. La parte demandada, no sólo ignoraba qué pudo ocurrir, sino que no aportó dato alguno que pudiese explicar dicha contingencia. De la lectura de los hechos se desprende la definición misma del daño desproporcionado, tal y como apunta el Tribunal Supremo “Del Informe del Inspector Médico como del emitido por el propio Servicio de Traumatología resulta que la causa de las secuelas padecidas por la actora, que ni la Administración ni la Sala de instancia niegan, fue la existencia de un tornillo que protuía a nivel del músculo obturador izquierdo que tuvo que ser retirado, razonando el Tribunal "a quo" que "no puede considerarse acreditada la causa de dicho desplazamiento" y al no considerarla acreditada concluye que el daño causado no era antijurídico. Tal conclusión no puede ser admitida por esta Sala pues estando conformes los informes médicos en que un tornillo colocado en la intervención quirúrgica fue la causa de la irritación del nervio ciático y que por tanto fue necesaria una segunda intervención quirúrgica para su retirada, a la Administración incumbía la carga de probar la inevitabilidad del desplazamiento del tornillo, prueba que no ha realizado, lo que hubiese sido necesario y mas cuando el Inspector Médico dice que la complicación padecida es poco frecuente tras una intervención de prótesis total de cadera y que dos meses después hubo de practicársele una nueva intervención para extraer aquel, lo que sin ninguna duda evidencia además un retraso en las medidas tomadas para paliar los efectos lesivos ocasionados a la paciente”⁸⁵¹.

A pesar de que el juzgador no acude a la noción del daño desproporcionado, ésta se entrevé, ya que la condena del caso se basa en el hecho de que el centro sanitario no llegó a justificar qué motivó lo ocurrido. Se trata de un asunto, que como hemos señalado al comienzo de su análisis, es un claro ejemplo del daño desproporcionado. No en vano debemos tener presente que se produjo un desplazamiento de un tornillo de sujeción, que en principio no debería haberse producido, algo que genera una sombra de negligencia que obliga a la parte demandada a realizar un esfuerzo probatorio, del que no fue capaz en la presente controversia⁸⁵².

⁸⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007 ... *op. cit.*

⁸⁵² GALÁN CORTÉS tiene una opinión distinta, al considerar que la posibilidad de dañar el nervio ciático viene a constituir uno de los anteriormente analizados “riesgos típicos” de la intervención de prótesis de cadera. Es por ello por lo que no podría acudirse del daño desproporcionado a fin de condenar un supuesto como éste, siendo necesario aludir a otros conceptos, como por ejemplo la omisión informativa.

6. El segundo supuesto que estudiaremos, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007⁸⁵³, sigue una línea muy similar a la del litigio anteriormente comentado. En esta controversia D. Rosendo, de 32 años de edad, acudió al servicio de neurología del hospital de su localidad, por presentar un cuadro de debilidad en las extremidades inferiores, así como hormigueo. Se sospechó que se podía tratar de una compresión medular, por lo que tras intentar practicársele una RNM (que no pudo llevarse a cabo por el sobrepeso del paciente), un TAC que confirmó esta hipótesis. Ante esta situación se le practicó una descompresión en las vértebras D8, D7 y D6. La intervención se desarrolló con normalidad, salvo porque duró en torno a tres horas, cuando lo habitual son cuarenta y cinco minutos; comprobándose en el postoperatorio que el enfermo presentaba un cuadro de tetraplejia. Un estudio mielográfico posterior descartó que la parálisis viniese provocada por una nueva compresión vertebral, no obstante, un NRM desveló una gliosis secundaria a isquemia medular en los niveles D8 y D6, junto con atrofia medular segmentaria, ambas de origen quirúrgico.

El diagnóstico final se resume en una tetraplejia, acompañada además por importantes espasmos y dolores que obligan al paciente a estar bajo tratamiento en una unidad de dolor.

Ante tales circunstancias D. Rosendo pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda parcialmente estimada en instancias inferiores, en virtud de lo cual la abogacía del Estado recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La semejanza entre el presente proceso y el anterior resulta patente, salvo porque en este caso, a diferencia de lo que ocurría en el anterior, se desconoce cuál fue la causa que provocó la paraplejia; más allá de que ésta tenga su origen en la actividad quirúrgica. Sin embargo, se tienen sospechas claras, en primer lugar porque esta clase de resultados adversos son cuanto menos extraños en este tipo de cirugías, y en segundo lugar, porque la operación se alargó excesivamente, algo que es poco habitual. Estas dos circunstancias parecen arrojar dudas sobre el grado de diligencia desplegado en las actuaciones. Ante este escenario resulta lógico barajar la concurrencia de una circunstancia motivadora del daño, la cual de existir y justificarse debidamente, daría lugar a la exoneración. Ahora bien, no se dio explicación alguna, ni al tiempo de la

No obstante, este autor no comenta expresamente este litigio, en el que consideramos que existe una especialidad que puede justificar la utilización del daño desproporcionado: el desplazamiento del tornillo de sujeción. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009” ... *op. cit.*; concretamente en página 558.

⁸⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007, Sala Tercera, recurso 4581/2003, ponente Robles Fernández.

intervención, ni al resultado final; ni tampoco fue posible demostrar el cumplimiento de la *lex artis*. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando se pronuncia a este respecto “Pero es que además del informe pericial practicado, valorado por la Sala de instancia conforme a las reglas de la sana crítica, la única (sic) conclusión razonable a la que puede llegarse es que la paraplejía y los demás resultados lesivos ocasionados al actor trajeron su causa directa y eficaz en una mala praxis médica en la intervención quirúrgica que se le practicó. En dicho Informe se recoge que se emplearon más de tres horas de cirugía para una laminectomía simple que normalmente se realiza en cuarenta y cinco minutos, lo que es una prueba evidente para el perito de que “algo anómalo ocurrió en el curso de la misma”. Igualmente se recoge que la paraplejía fue consecuencia directa de tal intervención quirúrgica precisando como dato de especial relevancia que en general las incidencias de paraplejía tras laminectomía son bajísimas y que la médula resultó lesionada “durante las maniobras quirúrgicas”. Ocasionada pues al recurrente la paraplejía por la que reclama en el curso de una intervención quirúrgica de cuyos riesgos no fue informado, contraviniendo lo dispuesto en el *art. 10.5 de la Ley General de Sanidad*, intervención en la que se realizaron unas maniobras que lesionaron la médula es obvio que ha de apreciarse esa infracción de la “lex artis” que aprecia el Tribunal “a quo” y que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, por lo que el segundo motivo de recurso debe ser desestimado”⁸⁵⁴.

Parece poder inferirse que la dirección de las argumentaciones del juzgador se rige por los mismos principios que la anterior controversia, que son la materialización misma de la idea del daño desproporcionado⁸⁵⁵.

7. La tercera de las resoluciones a analizar es un nuevo ejemplo del concepto de daño desproporcionado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003⁸⁵⁶. En este caso D. Carlos Francisco se sometió a una intervención quirúrgica a los efectos de que le fuese extirpado un quiste que tenía en el cuello, dado que se le infectaba habitualmente y le provocaba importantes dolores. El nódulo fue satisfactoriamente eliminado, pero en el curso de la operación se le lesionó parcialmente el nervio espinal en su parte distal, provocándosele graves consecuencias al paciente.

⁸⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007 ... *op. cit.*

⁸⁵⁵ Conformar un supuesto muy similar al de la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 2008/2011, ponente Lecumberri Martí).

⁸⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003, Sala Primera, recurso 1759/1997, ponente O’Callaghan Muñoz.

D. Carlos Francisco, aunque pretendió el resarcimiento del daño sufrido, no vio admitidas sus pretensiones ni en primera instancia ni en apelación, por lo que recurrió en casación al Tribunal Supremo.

Este asunto es especialmente llamativo, no en vano una persona sana se somete a una cirugía a fin de eliminar un quiste que le resulta molesto, incluso doloroso, y en el curso de la misma se le lesiona un nervio cercano a la zona operada. La magnitud del daño sufrido por el paciente en relación, no sólo a la actividad quirúrgica, sino incluso a su situación inicial, es alarmante. El Alto Tribunal no muestra ningún titubeo cuando califica este caso como un daño desproporcionado “Efectivamente, tal como se ha consignado en el fundamento anterior, el médico ha sido el causante del daño sin que haya prueba alguna de una causa extraña a su actuación, daño desproporcionado del que debe responder, aplicando el artículo 1902 del código civil en relación con la jurisprudencia antes relacionada; asimismo, INSALUD, en aplicación del artículo 1903, párrafo 4º, del Código civil tiene la responsabilidad objetiva y directa, solidaria con el anterior, que le impone dicha norma como responsabilidad por actos de otro del que deba responder, dependiente o funcionario en el presente caso; por último, responde solidariamente también la entidad aseguradora Winterthur, por la acción directa que se ha ejercitado al amparo del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro”⁸⁵⁷.

De las palabras del Alto Tribunal se desprende que el principal motivo de alarma para el juzgador es la magnitud del daño final, sobre todo en comparación con la situación inicial del paciente. Sin embargo, éste aplica los criterios propios del daño desproporcionado al destacar también, que no se ha llegado a demostrar que la actividad quirúrgica se desplegara respetando *lex artis*⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003 ... *op. cit.*

⁸⁵⁸ BOTANA GARCÍA, comentado este mismo caso, afirma que se trata de un ejemplo tipo de daño desproporcionado por la sombra de negligencia que se deduce de las actuaciones. Esto es, de no haber mediado una actividad de escasa o nula diligencia, la lesión no se habría producido. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “Aplicación de la doctrina del resultado desproporcionado a una intervención quirúrgica que produce un daño”, en *Práctica de Derecho de daños*, nº 14, 2004, pps. 1 a 2. Por su parte, GALÁN CORTÉS apunta que una lesión parcial del nervio espinal es un riesgo típico en la exéresis de un quiste cervical, por lo que el daño desproporcionado no tendría cabida en un caso como el presente. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico – sanitaria”, en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (Director), *Derecho de daños 2013 ... op. cit.*, página 617. Un litigio similar al presente fue comentado por BLAS ORBÁN, la sentencia de 12 de febrero de 1990. En este supuesto una niña sufrió una parálisis del nervio facial tras una intervención del conducto auditivo externo. En este caso, a pesar de que se partía de la regla general de que es la parte demandante sobre la que pesa la carga probatoria, el juzgador realizó una suerte de suma aritmética entre el hecho de que la intervención se realizaba en una zona cercana a la dañada y que no se había señalado nada respecto de una posible reacción anómala durante la cirugía, por lo que se dedujo una posible negligencia en las

8. El siguiente asunto que estudiaremos se asemeja mucho al anterior, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009⁸⁵⁹. En este supuesto a D. Pedro Jesús se le extirpó una hernia umbilical, una operación en principio sencilla, pero en la que se presentaron varias complicaciones. Nada más comenzar, y tras la anestesia, el equipo médico tuvo serios problemas para intubar al paciente, lo que le provocó una parada cardiorrespiratoria de un tiempo superior a cinco minutos. Ésta le comportó importantes secuelas, entre las que se encuentran: cuadraparesia espástica distónica, dificultad para la expresión y comprensión del lenguaje, grave afectación de sus facultades intelectuales y síndrome depresivo reaccional.

En virtud de las mentadas circunstancias D. Pedro Jesús pretendió el resarcimiento del daño sufrido, pero ninguna de las instancias inferiores estimó su demanda, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nos encontramos ante un supuesto de hecho muy similar al anteriormente estudiado, en el que un paciente con una dolencia o problema de salud menor, intenta paliarlo con una intervención quirúrgica, que en principio no entraña riesgo alguno para su salud, más allá de los genéricos; a pesar de lo cual el desenlace de la misma acaba con una situación mucho más grave que la que en un principio se pretendía remediar.

En este asunto destaca un hecho especialmente llamativo, una vez que el paciente fue anestesiado, se pretendió su intubación, la cual fue laboriosa y dificultosa, hasta el punto de que éste llegó a sufrir una parada cardíaca, siendo precisamente de esta contingencia de la que derivaron las secuelas que el enfermo padece tras la cirugía. Es decir, nos encontramos ante algo que podría llegar a justificar qué pudo irrogar el absolutamente extraordinario resultado final de la intervención, sin embargo debemos acudir más allá, siendo necesario hallar un motivo que explique la dificultad de la maniobra de intubación. Es precisamente aquí donde hallamos el primero de los escollos, y es que se desconoce lo que pudo ocasionar esto, de forma que se nos presentan dos posibles escenarios: en primer lugar, que el preoperatorio que se le practicó al paciente fuese deficiente, al no examinarse la cavidad oral del mismo, así como de su cuello (con la intención precisamente de evitar problemas de intubación), lo

actuaciones, que no fue debidamente refutada por el facultativo. BLAS OBRÁN, Carmen, *Responsabilidad profesional del médico ... op. cit.*, página 225. Siguen una línea prácticamente idéntica los hechos de la más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010 (Sala Tercera, recurso 2091/2008, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010 (Sala Tercera, recurso 4925/2008, ponente Herrero Pina) y sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010 (Sala Tercera, recurso 4925/2005, ponente Herrero Pina).

⁸⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009, Sala Tercera, recurso 3810/2005, ponente Trillo Alonso.

que provocó una situación de riesgo innecesaria y vulneradora de la *lex artis ad hoc*; y en segundo lugar, que la técnica de intubación fuese incorrecta. El ente sanitario fue incapaz de probar que ninguno de estos dos escenarios era incorrecto o que se actuó de manera diligente, dándose así forma al daño desproporcionado, tal y como apunta el Tribunal Supremo “Al respecto ha de reconocerse que en efecto el acto anestésico es por si mismo generador de un riesgo para la vida y la integridad física y mental del paciente, y ha de reconocerse también que las obligaciones del médico anestesista no difieren de las obligación de otros especialistas médicos en el ámbito de la medicina curativa, por lo que también la responsabilidad es de medios y no de resultados. Es sin duda indispensable a fin de apreciar la responsabilidad patrimonial derivada de la anestesia una actuación contraria a la "lex artis". Pero lo que no podemos compartir del argumento de la Administración recurrente es que en los supuestos de daños derivados del acto anestésico la prueba demostrativa de una mala técnica deba correr a cargo del paciente. Pese a los esfuerzos del Letrado de la Administración autonómica no llega, ni mucho menos, a desvirtuar la razón expresada en la sentencia recurrida para entender que en el caso enjuiciado la acreditación de la actuación conforme a la "lex artis" corresponde a la Administración. Si, como vimos, la imposibilidad de intubar a un paciente de características aparentemente normales de cuello y cavidad oral es extremadamente rara y en general excepcional, como así dictamina la Real Academia de Medicina y Cirugía, era exigible que por la Administración se diera una explicación puntual de esa dificultad y nada al respecto obra en el expediente”. A lo que añade “Aunque el supuesto de hecho que ahora enjuiciamos difiere del contemplado en la sentencia de referencia, entendemos que su doctrina es de aplicación al de autos, en cuanto que dictaminada la imposibilidad de intubar como *"extremadamente rara y en general excepcional"* en paciente *"de características aparentemente normales de cuello y cavidad oral"* -recordemos que así se manifiesta en su dictamen la Real Academia de Medicina y Cirugía- a falta de prueba que a la Administración incumbía, solo cabe considerar dos hipótesis, reveladoras ambas de un tratamiento inadecuado, a saber: Una.- Que no se realizó en el preoperatorio el examen adecuado del cuello y cavidad oral del paciente, que podría alertar de la dificultad de intubación y evitar la urgencia en la traqueotomía. Dos.- Que no se ajustaron a una buena técnica los intentos de intubación”⁸⁶⁰.

⁸⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009 ... *op. cit.*

9. Las siguientes resoluciones objeto de análisis, y que expresamente se han dejado para el final, son las más llamativas. Comenzamos con la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2004⁸⁶¹. En este litigio a D^a. Constanza se le practicó una histerectomía radical por mioma uterino, desarrollándose la intervención con aparente normalidad y con una evolución favorable, hasta que el quinto día después de la operación, la paciente sufrió una pérdida de conocimiento pasajero, con ligera taquicardia y tonos cardíacos normales. Este cuadro volvió a repetirse al día siguiente, por lo que la enferma fue remitida a otro centro sanitario para ser valorada y descartar un proceso cerebral mediante un escáner, ya que donde fue operada no había medios para ello. La noche que llegó al nuevo sanatorio padeció otro episodio de taquicardia ventricular, aunque limitado, que fue tratado con propafenona. Sin embargo, al persistir rachas de taquicardia y presentar complejos ventriculares prematuros frecuentes, calificados como malignos, se comenzó un tratamiento con amiodarona en altas dosis. A pesar de la terapia, la paciente volvió a presentar un nuevo episodio de fibrilación ventricular con pérdida de conciencia y parada cardiorrespiratoria, de la que se recuperó tras cuarenta y cinco minutos de esfuerzo de los facultativos de la UVI. Después de esta segunda crisis se sucedieron una serie de rachas de taquicardias, acompañadas de fibrilación ventricular, para cuyo tratamiento se utilizaron dosis más altas de amiodarona. Este cuadro persistió durante varios días seguidos, aunque con episodios más leves, por lo que ante la sospecha de una enfermedad coronaria, fue remitida a otro hospital, a fin de que se le realizasen las pruebas necesarias, para lo cual se le suspendió la medicación que la paciente estaba tomando. A D^a. Constanza se le practicó un estudio electrofisiológico, donde se comprobó que no necesitaba tratamiento alguno, ni marcapasos, ni desfibrilador automático, pues su corazón estaba sano. Tras esto fue enviada a su domicilio, donde aún se encuentra, con un corazón sano y sin dolencias; sin embargo, las múltiples paradas cardíacas que sufrió la paciente le provocaron repetidas anoxias que dañaron gravemente su cerebro, resultando de las mismas secuelas irreversibles, que le impiden valerse por sí misma.

Los familiares de D^a. Constanza pretendieron la indemnización del daño por ésta sufrido, siendo su demanda estimada en primera instancia y confirmada en apelación, dirimiéndose la casación entre los distintos entes sanitarios que atendieron a D^a. Constanza.

⁸⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2004, Sala Primera, recurso 5332/2000, ponente Sierra Gil de la Cuesta.

Tal y como hemos apuntado antes de analizar el presente caso, este litigio es uno de los más llamativos que hemos hallado entre los presupuestos fácticos del daño desproporcionado. Debemos tener presente que la operación a la que se sometió a D^a. Constanza, nada tenía que ver con la situación final de la misma, ya que ésta vino motivada por un mioma uterino. La intervención se desarrolló con aparente normalidad, y no fue hasta cuatro días después, cuando surgió un episodio coronario aislado, que fue debidamente tratado y que no conllevó importantes secuelas. La repetición de este cuadro sintomatológico llevó a los facultativos del centro a medicar a la paciente y remitirla a otro hospital para que le practicasen pruebas que verificasen que su cerebro no había sido dañado, pero en ningún momento se comprobó cuál era el estado del corazón de D^a. Constanza, sino que ante sus recurrentes crisis coronarias, fue tratada con fármacos cada vez más fuertes. No fue hasta que la medicación se suspendió, a fin de practicársele una prueba cardiaca, cuando se comprobó que su corazón estaba sano. No constan más actividades diagnósticas coronarias en la paciente, aunque sí tenemos conocimiento de agresivas terapias para paliar una lesión, que no había sido diagnosticada, y que de hecho no existía.

Nos hallamos ante el escenario perfecto para la noción del daño desproporcionado: los daños cerebrales de la paciente no son una consecuencia habitual de la intervención que se le practicó, y es más, no derivan de ésta; del mismo modo que tampoco son usuales en el tratamiento que recibió. Por otro lado, ante una situación de emergencia se comenzó un tratamiento médico, a fin de paliar la muy posible enfermedad coronaria de la paciente, pero ante la repetición de episodios similares, en lugar de practicarse pruebas, la actuación de los facultativos se limitó a aumentar las dosis del tratamiento o variarlo. Nos encontramos ante la que parece la definición misma del daño desproporcionado: lesión llamativa no habitual y en absoluto relacionada con la actividad médica desplegada, con el factor añadido que gran parte de los actos médicos adolecían de la diligencia debida. El Tribunal Supremo no se separa de la línea que hemos señalado cuando establece “Y en el presente caso no se puede olvidar que a través de un tratamiento coronario francamente agresivo e innecesario se produjeron unos daños físicos y unas secuelas, cuya medida está perfectamente cuantificada en la sentencia recurrida y cuyos parámetros acepta esta Sala, lo que su medida en una situación de daño desproporcionado, y así se infiere de lo manifestado con absoluta corrección por la sentencia recurrida, cuando en ella se afirma: lo anterior quizá no tendría, posiblemente, carácter excepcional (desde el punto de vista del

experiencia médica, evidentemente) si no fuera porque, traslada la enferma a la clínica de Madrid "Nuestra Sra. de Loreto" para practicarse un estudio electrofisiológico, se le suspende toda la medicación y resulta que: 1. La paciente normaliza la actividad de su corazón, era precisó ni marcapasos ni desfibrilador automático. 2. La práctica del estudio electrofisiológico evidenció la inexistencia de cardiopatía alguna, tras lo cual Constanza se reintegró a su domicilio el día 13 de julio de 1994. 3. Constanza permanece en la actualidad es domicilio sin precisar tratamiento alguno para su corazón. 4. El corazón de dicha persona continúa sano en la actualidad y sin que conste que Constanza haya vuelto a tener el más mínimo problema de corazón”⁸⁶².

10. El último de los supuestos, similar al anterior aunque no tan llamativo, es la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2008⁸⁶³. En este litigio a D^a. Regina, de 46 años de edad, que sufría de obesidad, hipertensión y trastornos depresivos, por lo se encontraba medicada con Capoten y Halazepan; le fue hallada una anomalía en una mamografía que se le practicó con ocasión de un programa de prevención del cáncer de mama. En una ecografía posterior se comprobó que se trataba de un nódulo de tres centímetros de diámetro, que tras la consiguiente punción, arrojó resultados de malignidad; por lo que se decidió su extirpación con biopsia intraoperatoria. De esta forma se le practicó a D^a. Regina una intervención para la extracción del tumor, efectuándose en la misma una biopsia, y remitiéndose la muestra al servicio de anatomía patológica para su estudio intraoperatorio. Durante la espera, D^a. Regina sufrió una intensa bradicardia por bloqueo aurículo – ventricular de segundo grado, de la que se desconoce la causa, que provocó una parada en la paciente, de la que se recuperó pasados entre 10 y 15 minutos, gracias a la afanosa actuación de los médicos presentes en el quirófano. Superada esta complicación, llegaron los resultados de la biopsia, que confirmaron las sospechas de malignidad, por lo que se decidió continuar con la operación y practicar una mastectomía. Tras la cirugía, D^a. Regina fue remitida a la Unidad de Cuidados Intensivos, donde se tuvieron las primeras sospechas de daño cerebral, ya que 24 horas después de la cirugía, la paciente seguía en coma profundo, con pupilas medias, reactivas y ventilación mecánica; conservando reflejos óculo – cefálicos. Se le practicó una E.E.G que evidenció una posible encefalopatía anóxica, fruto de la parada que sufrió en la intervención quirúrgica. El estado de D^a.

⁸⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2004 ... *op. cit.*

⁸⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2008, Sala Primera, recurso 3194/2000, ponente García Varela. Resolución también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente.

Regina no llegó a mejorar con el tiempo, y de hecho no tiene muchas posibilidades recuperarse: la enferma padece una tresparesia, por lo que se encuentra inmóvil, con los ojos abiertos pero sin fijar la mirada, no responde a ningún estímulo salvo a los dolorosos, logra la respiración espontánea por una traqueotomía, pero precisa de un aspirador para las secreciones; requiriendo además una sonda nasogástrica.

No es necesario que señalemos que los familiares de D^a. Regina pretendieron el resarcimiento de los daños que sufrió la paciente, siendo estas pretensiones inadmitidas en primera instancia y admitidas en apelación, en virtud de lo cual los demandados recurrieron en casación al Tribunal Supremo.

Tal y como hemos señalado al comienzo de su análisis, este caso no resulta tan llamativo como el anterior, a pesar de que el daño desproporcionado sobrevuela cada aspecto del mismo. El resultado final de la cirugía es desmedido en relación a lo habitual, todo ello en virtud de lo acontecido en el curso de la operación. Como podemos observar, en el presente proceso se conoce qué motivo los daños finales que sufrió la paciente, con la excepción de que se ignora completamente lo que provocó la parada cardíaca que comportó tales lesiones. Es en este punto concreto donde podemos hallar la actuación negligente, ya que nos consta que las circunstancias de la enferma eran excepcionales: padecía obesidad, hipertensión y trastornos depresivos, estando medicada de estos dos últimos; circunstancias que podían incidir en el estado de salud de la misma y su respuesta hacia agresiones tales como la anestesia. No obstante, y a pesar de que se tenía conocimiento de estas contingencias, no se tomaron especiales precauciones en el preoperatorio, ni tampoco en la intervención. Carecemos de la certeza de que fuesen estas cuestiones las que motivaron la parada cardíaca que sufrió la paciente, pero a falta de una justificación por parte del hospital, es la más plausible. En estas últimas líneas parecen poder hallarse los ingredientes necesarios para que se presente un daño desproporcionado, tal y como el Tribunal Supremo afirma “Con seguimiento de la posición mantenida por la STS de 11 de marzo de 1996, procede manifestar que la omisión de la utilización de un instrumento tan eficaz como el ecocardiógrafo para detectar la existencia de cardiopatías morfológicas o congénitas, constituye sin duda un descuido bien precisado por la Audiencia, con el resultado dañoso seguido y la posibilidad de haberlo evitado, si se hubiera actuado con la diligencia sanitaria normal en tales casos, por lo que la culpa o negligencia surge con dotación de la suficiente causalidad, en virtud de que no se ejecutaron las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación más coherente de la deontología

médica y del sentido común humanitario para tales supuestos (STS de 6 de julio de 1990), y hubieran podido conseguir, mediante un diagnóstico en el preoperatorio, salvar o aminorar los efectos de la dolencia sobrevenida a la paciente. La línea jurisprudencial recién mencionada se muestra definida por la citada sentencia de 11 de marzo de 1996 y por otras de esta Sala, entre las que se encuentran la de 13 de octubre de 1992, que cita la de 7 de junio de 1988, donde se advierte negligencia omisiva en la aplicación de medios al alcance, y de 30 de julio de 1991, que acusa la falta de tratamiento adecuado e inobservancia de las precauciones para prevenir el daño. En el caso sometido a debate, resalta la efectividad de un daño desproporcionado entre la intervención médica y el resultado final, sin que, como era preciso, se hubieran ofrecido explicaciones convenientes por la entidad sanitaria. En consecuencia de lo argumentado, la respuesta judicial es congruente, como lo sería con la estricta aplicación del artículo 1902 del Código Civil, amén de que la Ley General para Defensa de Consumidores y Usuarios no determina una acción distinta, sino tan solo 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, por lo que se reconoce aquí la oportunidad de su aplicación”⁸⁶⁴.

b) Asuntos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada.

11. La siguiente controversia es tan llamativa como la anterior, pero contrariamente sufre una suerte desestimatoria, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2009⁸⁶⁵. En este caso D^a. Laura se sometió a una exodoncia de las cuatro muelas del juicio, dado que para ella eran un foco de infecciones. Tras la intervención permaneció tres días ingresada en el hospital donde le fue practicada la extracción, siendo dada de alta sin complicaciones aparentes. Sin embargo, días después de la cirugía visitó a su médico de cabecera, porque se encontraba mal y tenía dolores que le impedían incluso la deglución. Éste le revisó las cicatrices y comprobó que estaban correctamente, por lo que no le dio mayor importancia. Pero su situación no mejoró, y pasado un mes tuvo que volver a la consulta de su médico de cabecera, por presentar molestias en la lengua y en la boca, pero nuevamente no se halló el motivo

⁸⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2008 ... *op. cit.*

⁸⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2009, Sala Tercera, recurso 1822/2005, ponente Herrero Pina. Resolución también analizada desde el punto de vista del derecho de información, en el capítulo correspondiente

para las mismas; por lo que un tiempo después acudió al mismo médico que le había operado. Éste observó que sus padecimientos no provenían de la actividad quirúrgica, sino más bien de algún tipo de patología degenerativa del sistema nervioso, concretamente se sospechaba de la posibilidad de que el nervio lingual estuviese dañado, tal y como realmente era. Finalmente fue diagnosticada de una neuropatía del nervio lingual izquierdo (rama terminal de nervio trigémino) de tipo disestesia dolorosa y síndrome miofascial de articulación temporomandibular, algo que le imposibilitaba para sus funciones diarias.

D^a. Laura demandó al médico que la intervino, siendo sus pretensiones parcialmente admitidas en instancias inferiores, a pesar de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nuevamente nos hallamos ante un supuesto llamativo, ya que D^a. Laura sufre importantes lesiones físicas, hasta el punto de que la imposibilitan para trabajar, por haberse sometido a lo que parece una simple extracción dental. La aparente desproporción resulta casi palpable, lo que nos llevaría a la práctica certeza de estimar el supuesto como un daño desproporcionado, sin efectuar mayores indagaciones. No obstante, y aunque pueda llamarnos la atención como profanos en la materia, lo cierto es que actos médicos como las exodoncias de este tipo, tienen entre sus riesgos precisamente estas afecciones. Esta última afirmación hace imposible acudir al daño desproporcionado, por muy idóneo que pueda parecernos para el asunto en cuestión, tal y como asegura el juzgador “Por otra parte, no resulta adecuada la invocación de la doctrina del daño desproporcionado a efectos probatorios, cuando la lesión padecida por la interesada como consecuencia de la intervención a que fue sometida constituye un riesgo propio de la misma en un porcentaje considerable, según se informa por los peritos, lo que puede incidir en las condiciones del consentimiento informado, como ya se planteó en este proceso, pero no puede considerarse como un daño desproporcionado atendiendo las características de la intervención, más aun en un caso como este en el que las circunstancias que presentaban los cordales precisaban, según los peritos, una exodoncia amplia. Finalmente se está en el caso del resultado de la valoración de la prueba existente sobre la forma y circunstancias en que se llevó a cabo la intervención y no ante la dificultad o facilidad sobre la misma, puesto que junto a los elementos probatorios que resultan de las actuaciones administrativas, se han aportado y emitido numerosos documentos e informes valorables al efecto, sin que el hecho de que el resultado de tal valoración sea contrario a los intereses del interesado permita invocar el

criterio de facilidad de la prueba para presumir y llegar a un resultado probatorio opuesto”⁸⁶⁶.

Nada más puede añadirse al supuesto, salvo que aunque a los legos pueda parecernos que realmente el resultado final es exagerado en relación a la terapia, lo cierto es que se trata de un riesgo típico de este tipo de intervenciones, por lo que es imposible acudir a la figura objeto de estudio⁸⁶⁷.

12. La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2006⁸⁶⁸, trata sobre un caso llamativo, por la gravedad del resultado final en relación a la actuación médica desplegada, que sin embargo, no es objeto de responsabilidad. No resulta conveniente que nos detengamos excesivamente en los hechos, dada la semejanza que éstos tienen con los de los supuestos anteriormente analizados. D. Simón se sometió a una cirugía de oídos por una otitis media crónica, en la que le fue extirpado un colesteatoma. Sin embargo, durante la pendencia de la misma le fue afectado el nervio maxilofacial del lado derecho, provocándole una parálisis facial.

El paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual no vio sus intereses admitidos hasta el grado de apelación y sólo parcialmente, por lo que acudió en casación al Tribunal Supremo.

Se trata de un supuesto de hecho en el que el resultado final de una operación, en apariencia sencilla, resulta alarmante y requiere de una explicación por la presunción de negligencia que de la misma se desprende. En este caso, aunque la dolencia que sufre el enfermo no es propia del tipo de actividad quirúrgica a la que se sometió, el daño desproporcionado no se contempla por una sencilla razón: los demandados lograron demostrar que todas sus actuaciones respetaron escrupulosamente las directrices de la *lex artis*. Al concurrir la mentada circunstancia, la opción de acudir al daño desproporcionado se torna imposible, tal y como señala el Alto Tribunal “La doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, las SSTs de 13-12-1997 y 9-12-1998) – que, como expresa la STS 29-6-

⁸⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2009 ... *op. cit.*

⁸⁶⁷ Siguen una línea prácticamente idéntica las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 7412/2005, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2011 (Sala Tercera, recurso 2693/2009, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 5513/2006, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 2950/2007, ponente Menéndez Pérez) y sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 805/2011, ponente Lecumberri Marti).

⁸⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2006, Sala Primera, recurso 3971/1998, ponente García Varela.

1999, “corresponde a la regla “*res ipsa loquitur*” (la cosa habla por si misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se haga efectivo un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima”- no es de aplicación al supuesto debatido, al no quedar demostrado en autos que la parálisis facial surgida al demandante se haya producido por una acción u omisión integrada en el ámbito de actuación quirúrgica del médico don Clemente. Por último, la posición de la STS de 6-7-1995 no se corresponde con el supuesto que nos ocupa, toda vez que se refiere a la resultancia de un daño en el nervio facial durante el curso de una intervención quirúrgica, por descuido, aún ligerísimo, del médico que la practicó, y en la realizada por el facultativo codemandado a don Simón no se ha acreditado la falta de diligencia alguna”⁸⁶⁹.

De las palabras del Tribunal Supremo se colige que en el presente asunto concurre una circunstancia incompatible con el daño desproporcionado: el cumplimiento diligente de las obligaciones sanitarias.

4. El daño desproporcionado y el empeoramiento de la situación inicial de la dolencia intervenida.

En este bloque, que puede parecer superfluo, vamos a estudiar supuestos de hecho en los que la situación patológica del paciente se ve agravada después de una operación. No nos referimos a que tras una cirugía éste se encuentre en peor estado, ya que sería muy genérico, sino que trataremos casos en los que el perjuicio se provoca sobre la zona intervenida, a fin de paliar una dolencia preexistente, que además resulta recrudecida.

⁸⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2006 ... *op. cit.*

a) Litigios en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada.

13. El primero de los casos que estudiaremos es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2005⁸⁷⁰, la relación de hechos del presente asunto es escueta, pero adecuada para nuestro análisis. D^a. Julia se sometió a un tratamiento quirúrgico a los efectos de paliar una enfermedad que previamente padecía (de la que no tenemos más información), sin embargo, el resultado final del acto médico no fue el pretendido, porque no sólo no mejoró su situación, sino que además la paciente sufrió una atelectasia del lóbulo medio del pulmón derecho. Una lesión grave que le dificulta la respiración, por lo que es incapaz de realizar ningún tipo de actividad que exija un mínimo esfuerzo físico.

D^a. Julia pretendió el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual su demanda no fue estimada en primera instancia, aunque sí que lo fue su recurso ante la Audiencia Provincial correspondiente, en virtud de lo cual la parte demandada recurrió en casación al Tribunal Supremo.

Este supuesto de hecho no se nos presenta con la misma claridad que otros, ya que la paciente, con carácter previo a la intervención ya se encontraba enferma, y fue precisamente esa afección la que le llevó a someterse a la cirugía que le provocó tamaña lesión. Aunque la parquedad de los hechos y la patología previa de la enferma hacen que desconozcamos cuánta desproporción real hay, el Tribunal Supremo se muestra inamovible: el resultado final no es habitual en el tipo de operación que le fue practicada a D^a. Julia. Conviene añadir además, que la parte recurrente fue incapaz de demostrar la diligencia de sus actuaciones, lo que nos presenta el escenario ideal para un caso indemnizable por daño desproporcionado, tal y como asegura el juzgador “<<... la obligación médica comprende la dispensa al paciente de todos los cuidados que requiera, tomando en consideración tanto el caso concreto en que la intervención y su proceso posterior se producen, como las circunstancias de todo orden concurrentes e, incluso, las incidencias poco frecuentes pero estadísticamente constatables que puedan surgir en el norma actuar profesional (sentencias, entre otras, de 24-5-1999, 1-7-1997 y 31-7-1996). Anotemos, finalmente, que es doctrina jurisprudencial reiterada la de que la responsabilidad por negligencia sanitaria de una entidad especializada debe imponerse de forma prácticamente objetiva si se revela que su defectuoso funcionamiento ha dado

⁸⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2005, Sala Primera, recurso 647/1999, ponente Romero Lorenzo.

lugar a un resultado lesivo que deba considerarse desproporcionado en relación con el escaso riesgo que en principio debía atribuirse a la intervención realizada, sin que por la misma se ofrezca prueba suficiente de que por su parte se había puesto a contribución toda la diligencia que las circunstancias del caso requerían (sentencias de 7 -10-2004, -5-2003, 17-5 y 10-7 de 2002, entre las más recientes)”⁸⁷¹.

Aunque el Tribunal Supremo no utilice expresamente el término de daño desproporcionado, éste parece poder deducirse de sus afirmaciones⁸⁷².

14. La última controversia que estudiaremos nos resultará un tanto contradictoria por lo polémico de su admisión, nos referimos a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003⁸⁷³. En este litigio D. José Ramón fue intervenido de hemorroides y fisura anal, pero el resultado final no fue el esperado, y el enfermo acabó padeciendo una incontinencia anal, eventualidad que sin embargo entraba dentro de los riesgos la operación.

En virtud de las mencionadas circunstancias, la víctima pretendió ser resarcida por los daños sufridos, no siendo admitidas sus peticiones, ni en primera instancia ni en apelación, por lo que tuvo que acudir en casación al Tribunal Supremo.

El presente asunto, como bien se puede observar, conforma un supuesto de hecho distinto a los anteriormente comentados. Aunque es cierto que el resultado no es el deseado, sino que la situación anterior se vio agravada tras la operación, ello no obsta para que el caso sea reprochado por daño desproporcionado. La magnitud del perjuicio, aunque es un aspecto de gran relevancia por presumir una negligencia, requiere de aspectos añadidos, como lo extraordinario del daño para la ciencia médica y una actuación contraria a la *lex artis*; pudiendo llegar a exigirse forma accesorio, justificar qué motivó el menoscabo.

En este supuesto la primera de las condiciones se cumple, dada la naturaleza del perjuicio final, aunque sobre las dos siguientes se siembra una sombra de duda, ya que uno de los posibles resultados adversos de la cirugía practicada, y por tanto conocido, es precisamente la incontinencia anal. Lo llamativo del caso es que, aunque quedó

⁸⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2005 ... *op. cit.*

⁸⁷² Siguen esta misma línea fáctica las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2010 (Sala Tercera, recurso 4463/2008, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 857/2008, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2011 (Sala Tercera, recurso 5028/2006, Lesmes Serrano) y sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 (Sala Tercera, recurso 5608/2010, ponente Lecumberri Martí).

⁸⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003, Sala Primera, recurso 1897/1997, ponente O’Callaghan Muñoz.

acreditado que la actuación del equipo médico fue correcta y que el menoscabo fue consecuencia directa de la peligrosidad de la propia intervención, el juzgador reprochó el perjuicio, en base a un daño desproporcionado. Concretamente señala “Efectivamente, en el caso presente el médico demandado ha realizado una intervención quirúrgica que habiendo producido un resultado desproporcionado, no ha acreditado la causa de este, que sea ajeno a su actuación. La Audiencia Provincial infringe, en este sentido, el artículo 1902 del Código Civil y la jurisprudencia que se ha mencionado, destacándose en ella el empleo de expresiones aleatorias y condicionales (“... cuyo origen podría encontrarse...”, “hay ocasiones en que se producen...”, “no cabe destacar la producción...” “posiblemente... la evolución del paciente hubiera tenido...”) que nada expresan sobre hechos probados es lo que sí corresponde hacer”⁸⁷⁴.

Lo llamativo del fallo jurisprudencial dio lugar a un voto particular del Magistrado Marín Castán, que precisamente evidencia lo que hemos apuntado líneas atrás, la desproporción del daño no es tal cuando éste se encuentra entre los riesgos típicos de la propia actividad quirúrgica “Pues bien, de someter los hechos probados a las anteriores consideraciones jurídicas resulta la desestimación de los dos motivos examinados, porque si la técnica quirúrgica aplicada por el demandado fue la adecuada y no la alegada en la demanda como desfasada, si la intervención no dañó el nervio del esfínter, si la lesión muscular del esfínter externo es consustancial o inherente a la técnica quirúrgica aplicada y si, en fin, los trastornos esfínterinos no son descartables tras este tipo de intervenciones, influyendo en ellos factores incluso psicológicos, la imputación del daño al cirujano demandado como “resultado desproporcionado” equivale a hacerle responsable de un riesgo típico pese a haber probado lo correcto de su intervención; en suma, a identificar riesgo típico con resultado desproporcionado”⁸⁷⁵.

Nos sentimos más identificados con las afirmaciones que se realizan en el voto particular que con las de la propia sentencia, por las cuestiones antedichas. Consideramos que en este caso se ha caído en un vicio que puede motivar una construcción doctrinal como la presente, ya que a los ojos de un profano cualquier resultado adverso puede ser llamativo, siendo precisamente por ello necesarias las circunstancias objetivas que tanto hemos repetido. Si estos requisitos se eluden, la

⁸⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 ... *op. cit.*

⁸⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 ... *op. cit.*

seguridad jurídica del concepto se resiente, tal y como parece ocurrir en el presente asunto⁸⁷⁶.

⁸⁷⁶ BOTANA GARCÍA es de una opinión muy similar, al considerar esta autora que el supuesto de hecho no puede conformar un caso de daño desproporcionado, por resultar el perjuicio invocado un riesgo habitual de la propia intervención. El cirujano demostró de forma inequívoca que había obrado de manera acorde a la *lex artis* y que la técnica por la que había optado era correcta, pero que la posibilidad de que se presente este daño, propio de la operación, era conocido y a la vez imposible de evitar, ya que deriva de cuestiones tales como el azar o incluso la predisposición genética del propio paciente. Considera esta autora, que pretender calificar un litigio como el presente de daño desproporcionado es cuanto menos erróneo “Pues bien, de someter los hechos probados a las anteriores consideraciones jurídicas resulta la desestimación de los dos motivos examinados, porque si la técnica quirúrgica aplicada por el demandado fue la adecuada y no la alegada en la demanda como desfasada, si la intervención no dañó el nervio del esfínter, si la lesión muscular del esfínter externo es consustancial o inherente a la técnica quirúrgica aplicada y si, en fin, los trastornos esfínterinos no son descartables tras este tipo de intervenciones, influyendo en ellos factores incluso psicológicos, la imputación del daño al cirujano demandado como «resultado desproporcionado» equivale a hacerle responsable de un riesgo típico pese a haber probado lo correcto de su intervención; en suma, a identificar riesgo típico con resultado desproporcionado”. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “Aplicación de la doctrina del resultado desproporcionado a una intervención quirúrgica de hemorroides con secuela definitiva”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 5, 2008, pps. 18 a 21; concretamente en página 21. Por esta misma idea se inclinan PÉREZ TOLÓN y LARIOS RISCO, que aunque no comentan esta controversia, resultan esclarecedores sobre la relación existente entre los riesgos habituales y el daño desproporcionado. Estos autores se reafirman en la misma línea anteriormente comentada, no cabe opción de acudir del daño desproporcionado cuando la contingencia que se materializa es un peligro usual. Concretamente afirman “La materialización de un riesgo típico pues, no puede considerarse como un daño desproporcionado. En la teoría del daño desproporcionado se presume que hay negligencia médica cuando se causa al paciente un resultado dañoso que en circunstancias normales no se hubiera producido ...” PÉREZ TOLÓN, Ernesto y LARIOS RISCO, David, “La teoría del daño desproporcionado en los dictámenes sobre responsabilidad sanitaria del consejo consultivo de Castilla – La Mancha” ... *op. cit.*; concretamente en página 87. Opinión compartida por LUNA YERGA, quien comentando este mismo litigio, se muestra contrario a su fallo. Considera este autor que la mera producción de un perjuicio, por muy grave que sea, no conforma un elemento constitutivo de una mala *praxis*, dado que como bien sabemos, existen riesgos inherentes a todo tipo de terapias médicas. Es por ello por lo que este autor estima que la materialización de un daño propio de un tratamiento, conocido además, impide cualquier posibilidad de acudir a esta figura. LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico – sanitaria...* *op. cit.*, página 194. Este último autor se reafirma en sus aseveraciones en otra publicación en la que comenta el presente supuesto de hecho “No está claro, sin embargo, que la actuación del cirujano demandado fuera negligente como induce el Tribunal Supremo mediante la aplicación de la doctrina de los daños desproporcionados. La mera producción de un daño en el transcurso de un tratamiento médico, por grave, llamativo o extraordinario que éste sea, no es necesariamente una prueba de la falta de cuidado razonable, no ya sólo porque puede tratarse de actividades intrínsecamente peligrosas como por el hecho de que existen riesgos inherentes a los tratamientos médicos que escapan a las máximas de experiencia. En el caso, con base en los hechos probados de las sentencias de Instancia, la elevada probabilidad de que la secuela no consista sino en un riesgo típico de esta clase de intervenciones quirúrgicas descartaría la posibilidad de inducir la culpa médica con base en la doctrina de los daños desproporcionados que, bien entendida, supone una presunción judicial cualificada de culpa en que la mera verificación de la relación causal pondría de manifiesto – de manera automática – la culpa del cirujano. Asimismo, tampoco sería posible inducir dicha negligencia mediante una presunción judicial simples, pues la posibilidad de que la actuación médica hubiera sido negligente no alcanzaría el grado de probabilidad necesario para conducir al juzgador a la certeza de que el daño fue causado negligentemente. Se había declarado probado que la técnica quirúrgica aplicada fue la correcta según la <<lex artis>>, que no se lesionó el nervio del esfínter anal y que la lesión del esfínter externo comprobada tras la intervención es inherente a la técnica quirúrgica aplicada, así como que no son infrecuentes los trastornos esfínterinos derivados de la cirugía ano – rectal apropiada. Además, los factores que pueden influir en la incontinencia anal son de muy diverso tipo (neurológicos, musculares y psicológicos), por lo que es de tener en cuenta que el paciente hubiera mostrado una <<negativa y adversa colaboración>> en la primera etapa del postoperatorio”. LUNA YERGA, Álvaro, “Comentario a la sentencia de 31 de enero de 2003” ... *op. cit.*; concretamente en página 667. En esta misma línea argumentativa se muestran otros autores como GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a

b) Casos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada.

15. La única resolución de este apartado sigue una línea argumentativa muy similar a la anteriormente comentada, a pesar de que resulta desestimada, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2000⁸⁷⁷. En este litigio D^a. Lidia se encontraba afectada de una lumbociática muy dolorosa (hallux valgus), por lo que en lugar de practicársele un tratamiento conservador, se decidió acudir directamente a una intervención. La problemática se suscita porque tras la cirugía su situación no sólo no mejoró, sino que además se le presentaron importantes problemas de deambulación.

En atención a los daños sufridos, la paciente pretendió el resarcimiento de los mismos, siendo su demanda parcialmente estimada en primera instancia, pero su recurso fue revocado en apelación, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La inadmisión de este caso gira en torno a dos circunstancias: en primer lugar, existe un porcentaje de fracaso de un 20% en la actividad quirúrgica que le fue realizada a la paciente, y en segundo lugar, la operación se desarrolló con un celoso cumplimiento de las reglas de la *lex artis*.

El juzgador se muestra tajante sobre ambas cuestiones, tanto en la probabilidad del daño, como en el cumplimiento de la *lex artis*, y concretamente señala “Ciertos es que no pudo ser corregida y los resultados no fueron los esperados, pero el porcentaje de resolución para éstos casos -por intervención quirúrgica-, como señala el perito es de un ochenta por ciento; es decir, no puede asegurarse una total curación. Es más, como

la sentencia de 7 de octubre de 2004” ... *op. cit.*; concretamente en página 842 y TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, “Responsabilidad civil médica. Doctrina del daño desproporcionado”, en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 3, 2003, pps. 3437 a 3442; concretamente en página 3442. MACÍAS CASTILLO por su parte, no se centra tanto en la habitualidad del daño a los efectos de descartar esta noción, como en el nivel de exigencia probatorio requerido al personal médico. Afirma este autor, que al invertirse el *onus probandi* se ha provocado una suerte de responsabilidad objetiva, de la que difícilmente podría sustraerse la parte demandada, no en vano exigir una justificación de qué ocurrió cuando se trata de un perjuicio típico, sitúa al médico en una posición probatoria diabólica. MACÍAS CASTILLO, Agustín, “Aplicación de la doctrina del resultado desproporcionado derivada de deficiente praxis médica que deja al paciente una incontinencia anal parcial”, en *Práctica de Derecho de daños*, nº 16, 2004, pps. 1 a 2; concretamente en página 1. Tiene una temática similar la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008 (Sala Primera, recurso 621/2002, ponente Seijas Quintana), pero en esta ocasión la resolución fue desestimada. En este asunto una paciente se sometió a una tiroidectomía, a consecuencia de la cual tuvo serios trastornos de fonación. A fin de paliar esta lesión se le practicó a una segunda operación, que no consiguió los resultados pretendidos, ya que en su lugar se empeoró la situación de la enferma. A pesar de que esta sentencia pudiese parecer especialmente llamativa, lo cierto es que el Tribunal Supremo no se pronunció sobre esta idea, en virtud de lo cual el aporte de esta resolución resulta mínimo.

⁸⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2000, Sala Primera, recurso 2113/1995, ponente Almagro Nosete.

afirma el perito en su informe, la valoración excesivamente magnificada de sus algias ni siquiera hacía aconsejable una tercera intervención correctora. c) Por último, añadir que la secuela de metatarsalgia y su declaración de incapacidad laboral no puede atribuirse con relación de causalidad directa a una resección excesiva, practicada, en la primera falange en la segunda intervención y si bien en las aclaraciones, el perito señala que caso de que la citada resección no hubiera sido excesiva posiblemente la patología no sería la misma, no es menos cierto que se plantea la respuesta en el terreno de las hipótesis, por lo cual, no se aprecia con la suficiente convicción la negligencia médica como base para la obligación legal de indemnizar⁸⁷⁸.

2. El daño desproporcionado y los tratamientos médicos.

En este apartado analizaremos supuestos de hecho que están relacionados con actos médicos, cuya principal diferencia respecto del bloque anterior es que la cuestión problemática gira en torno a que no se trata de una terapia radical, como lo puede ser una actividad quirúrgica. Este cambio de perspectiva permitirá alcanzar interesantes conclusiones.

1. El daño desproporcionado y el error de diagnóstico.

1. El primero y único de los asuntos que se estudiará aquí es la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003⁸⁷⁹, un caso que puede resultar especialmente esclarecedor. En el presente supuesto D^a. Marisol sufrió un accidente de esquí que le ocasionó una fractura tibial. Fue tratada en el mismo lugar, pero dada la gravedad de la lesión, se optó por su traslado a un centro sanitario, donde se intentó reducir su rotura. Sin embargo, el resultado no fue el esperado, de forma que la paciente tuvo que someterse a tres intervenciones, las cuales no consiguieron el fin perseguido. Dada la

⁸⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2000 ... *op. cit.* En esta misma línea de la probabilidad o conocimiento del daño producido, se pronuncian las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 7387/2005, ponente Herrero Pina), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2010 (Sala Primera, recurso 1004/2006, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010 (Sala Primera, recurso 951/2006, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 1866/2009, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2011 (Sala Tercera, recurso 5656/2006, ponente Lesmes Serrano) y sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2011 (Sala Tercera, recurso 3483/2009, ponente Martínez – Vares García).

⁸⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003, Sala Primera, recurso 2731/1997, ponente O’Callaghan Muñoz.

falta de mejoría, D^a. Marisol prescindió de los tratamientos del primer médico y acudió por iniciativa propia a otro, para que acabase el trabajo de éste, y a pesar de que así fue y que se dieron por finalizadas todas las actividades médicas, le restaron importantes consecuencias, que se traducen en una limitación de la movilidad de la rodilla derecha, atrofia muscular y osteocondritis del condilo interno, es decir, le ha quedado una clara cojera irreversible.

D^a. Marisol pretendió el resarcimiento de la lesión que había sufrido y de las secuelas que le quedaron, siendo sus pretensiones parcialmente admitidas en primera instancia, pero revocadas en apelación, por lo que acudió en casación al Tribunal Supremo.

Lo primero que conviene aclarar sobre este litigio es por qué no ha sido incluido entre los supuestos que analizan los casos de daño desproporcionado en intervenciones quirúrgicas. La razón de ser es sencilla, consideramos que la problemática no gira en torno a una o dos operaciones, sino a un tratamiento médico continuado, en virtud de lo cual decidimos incluir este caso en el presente apartado.

Esta sentencia puede resultar especialmente llamativa y también ejemplarizadora, dado que la relación existente entre la lesión inicial y el resultado final es un tanto abismal. Partimos de una fractura, que a pesar de la gravedad inherente a la misma, en principio, sólo requería de un tratamiento paliativo, esto es, su reducción manual y la posterior inmovilización. Sin embargo, acabó por necesitar tres cirugías y un largo peregrinar médico, que no llegó a mejorar el estado de la pierna de D^a. Marisol.

El supuesto es llamativo, porque ni la caída ni la dolencia eran especialmente graves, a pesar de lo cual la lesión se fue agravando a lo largo de la terapia. Parece tratarse de un escenario perfecto para el daño desproporcionado, aunque la lógica indique que una cojera es un posible riesgo de una rotura. No obstante, lo realmente destacable de este caso es la actitud del Tribunal Supremo ante el mismo, que justifica el reproche en base a la figura objeto de estudio, centrándose únicamente en el daño “En definitiva, una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia (*res ipsa loquitur*), una apariencia de prueba de ésta (*Anscheinsbeweis*), una culpa virtual (*faute virtuelle*). No se trata, pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradichos por hechos considerados acreditados por

prueba pericial. Se produce un suceso y un daño: es claro que no consta causa del mismo imputable a la víctima (no tiene sentido la aberrante frase antes transcrita: "...causa real fue el acto libre y voluntario de la parte actora"), ni se menciona el caso fortuito o la fuerza mayor; la causa fue la actuación médica, de cuyo mal resultado se desprende la culpa y, por ende, la responsabilidad"⁸⁸⁰.

Las palabras del Tribunal Supremo resultan sorprendentes, ya que si bien es cierto que es posible que mediase una negligencia en el desarrollo de las actuaciones, dado el peregrinar médico y quirúrgico que requirió la paciente, estimamos que el daño desproporcionado no puede fundamentarse únicamente en la entidad del menoscabo final, por mucho que éste diste de la situación inicial. Es probable que la decisión fuese la correcta, pero la fundamentación parece deficiente, al no incidir sobre puntos como la *lex artis* o la habitualidad de las secuelas⁸⁸¹.

⁸⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003 ... *op. cit.*

⁸⁸¹ De forma contraria se pronuncia BOTANA GARCÍA, cuando comentando este mismo caso señala que se trata de un litigio evidente de daño desproporcionado porque la lesión no fue especialmente grave y sin embargo requirió múltiples tratamientos y finalizó en un daño, en principio desproporcionado, teniendo presente la situación inicial. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, "Responsabilidad médica por cojera irreversible", en *Diario La Ley*, nº 8, 2003, pps. 27 a 28; concretamente en página 28. Sin embargo, tal y como comentamos a lo largo del estudio del asunto en cuestión, estimamos que si bien es cierto que nos encontramos ante el escenario ideal para el daño desproporcionado, también lo es que faltan elementos, como por ejemplo una alusión a la falta de prueba en la diligencia de las actuaciones del médico que le atendió, es decir, del cumplimiento de la *lex artis*; que como bien sabemos, conforma un presupuesto *sine qua non* del concepto. Es por ello por lo que autores como LUNA YERGA no llegan a aceptar que lo que concurra en este caso sea precisamente un daño desproporcionado, entre otras cosas por la dudosa vía argumentativa a la que acude el Tribunal. Apunta concretamente este autor "En el caso concreto, la Sentencia traslada al facultativo los costes de la práctica de deportes arriesgados por su paciente al extender su obligación, de hecho, más allá del contenido propio de las obligaciones de medios. Sin embargo, en su conjunto serán los pacientes quienes deberán soportar el sobre coste de la sobreprecaución a que muy probablemente conducirá este incremento del estándar de responsabilidad, bien sea a través de una subida de los impuestos en relación con la sanidad pública o de las primas de los seguros médicos en la sanidad privada. A la postre, cabe cuestionarse si una decisión de política legislativa semejante debe ser adoptada por nuestros Jueces y Magistrados y no, como sería preferible, por el legislador. Además, el Tribunal Supremo no se conforma con presumir, a falta de una máxima de experiencia clara que indique que en presencia de una fractura de rodilla el mal resultado de las intervenciones quirúrgicas posteriores es debido a una mala práctica de aquéllas y no a las características propias de la lesión, sino que parece invertir la carga de la prueba del nexo causal en perjuicio del demandado". LUNA YERGA, Álvaro, "Fractura de rodilla en accidente de esquí y responsabilidad civil médico – sanitaria", en *InDret*, nº 174, 2003, pps. 1 a 5; concretamente en página 3. De esta misma opinión se muestra DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, que al comentar esta misma resolución, alude a las deficiencias del relato fáctico, que adolece de detalles que acrediten que el resultado final, es decir las secuelas, derivasen de la actividad médica y no de la normal evolución de la lesión que sufrió la paciente, que en principio entendemos grave. DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, "Comentario a la sentencia de 8 de mayo de 2003" ... *op. cit.*; concretamente en página 1196. Aboga por esta misma línea GALÁN CORTÉS cuando asevera "Así, resulta especialmente llamativa sobre este particular la fundamentación de la STS de 8 de mayo de 2003, dictada con ocasión de la caída de una joven mientras se encontraba esquiendo, a resultas de la cual sufrió fractura de la espina tibial, quedando, tras tres intervenciones quirúrgicas, con una clara e irreversible cojera por limitación de la movilidad de la rodilla derecha, atrofia muscular y osteocondritis del cóndice interno". GALÁN CORTÉS, Julio César, "Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico – sanitaria", en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (Director), *Derecho de daños 2013* ... *op. cit.*, página 617. ELIZARI URTASUN tampoco considera que en el presente litigio concurra un daño desproporcionado

2. El daño desproporcionado y las lesiones irrogadas en una zona distinta a la tratada.

a) Supuestos en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada.

2. El primero de los asuntos a analizar puede resultar especialmente esclarecedor a pesar de que, debido a las alegaciones que se hicieron ante el Tribunal Supremo, éste no mencione expresamente al daño desproporcionado, aunque de su decisión se pueda deducir la admisión de esta construcción doctrinal; se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2009⁸⁸². Este litigio puede resultarnos muy llamativo por lo exagerado del resultado, ya que todo comienza con una punción lumbar que le fue practicada a una criatura de no más de dos meses, por motivos que desconocemos, y que le provocó, pasados cinco días, una parálisis vesical, que se vio agravada dos días después, cuando se le manifestó una parálisis flácida de miembros inferiores. Ante esta situación la menor fue trasladada a un hospital, donde se le practicaron las pruebas necesarias a los efectos de conocer el origen de su dolencia, diagnosticándosele un hematoma extramedular del que fue intervenida de manera urgente ese mismo día. Tras la cirugía le quedó una paraparesia secundaria por hematoma intradular extramedular, lo que le comportaba problemas para andar, a pesar de que podía deambular sola, gracias a un calzado ortopédico y la ayuda de una ortesis. Pasado un año tuvo que ser operada a fin de corregir una deformidad que se le había generado en el pie, con un resultado más o menos positivo, a pesar de que no fue definitivo, porque requirió de otra actividad quirúrgica años después, que tampoco logro paliar las dificultades para andar de la menor. A toda esta problemática debemos añadir, que un par de años después de la punción lumbar, le derivó una insuficiencia renal crónica, como consecuencia del traumatismo medular sufrido. A pesar de que la paciente fue intervenida a los efectos de paliar las consecuencias de esta dolencia, lo cierto es que tan sólo se consiguió frenar el

“Aunque el TS se esfuerce en decir que no hay una objetivación de la responsabilidad, lo único que motiva la condena parece ser un resultado que se considera grave. A nuestro juicio, debe descartarse esta aplicación del daño desproporcionado a las secuelas simplemente graves o catastróficas, por las razones expuestas”. ELIZARI URTASUN, Leyre, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios ... op. cit.*, página 23.

⁸⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2009, Sala Tercera, recurso 2346/2005, ponente Herrero Pina.

deterioro durante un tiempo, ya que ésta necesita un trasplante, del que se encuentra pendiente.

Los padres de la menor pretendieron el reconocimiento del daño sufrido por su hija, cuya demanda fue estimada en instancias inferiores, lo que llevó a la parte demandada a recurrir en casación al Tribunal Supremo.

Esta controversia se encuentra entre las más destacadas que serán objeto de análisis en este capítulo relativo al daño desproporcionado, y podemos considerarla la definición misma de este concepto, no en vano, resulta casi estridente que de una simple punción lumbar puedan derivar tantas consecuencias. Debemos tener presente que a la paciente se le sometió a este tratamiento por motivos que desconocemos y que éste le provocó una lesión medular que degeneró en una parálisis, que después fue mitigada hacia dificultades de deambulación, insuficiencia renal y la necesidad de un trasplante. Se desconoce por completo cuál fue la causa que motivó el daño, aunque se tiene como posible punto de inicio la punción misma, la cual probablemente no se practicó correctamente. La actividad médica inicial en nada preveía las lesiones finales que sufrió la paciente (es decir, inhabitualidad), y como añadidura no existe prueba de la *lex artis*, ni tampoco justificación alguna para el resultado final; de lo que podemos colegir que la punción lumbar no se le practicó a la paciente con la debida diligencia, con las graves consecuencias que ello conllevó.

No obstante la claridad de los hechos y el interés que podrían suscitar las afirmaciones del Alto Tribunal, éste no se pronuncia sobre el daño desproporcionado, al centrarse el recurso de casación únicamente en el *quantum* indemnizatorio.

b) Controversias en las que la figura del daño desproporcionado fue desestimada.

3. La segunda de las resoluciones permite comprobar cómo el Tribunal Supremo se mantiene fiel a la regla general preestablecida respecto de esta figura, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2004⁸⁸³. En este asunto D. Joaquín sufrió un atragantamiento, y tras la práctica de una radiografía y esofagograma, se comprobó que efectivamente tenía un bolo alimenticio atascado, por lo que se le realizó una endoscopia a los efectos de empujar el mentado bolo, detectándose después una

⁸⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2004, Sala Tercera, recurso 8656/1998, ponente Sieira Míguez.

cavidad al borde, de forma irregular; que se estimó que podría ser consecuencia de una neoplasia esofágica o pulmonar. El paciente tuvo que ser intervenido de una perforación esofágica, siéndole efectuada una esofagectomía, esofagostoma y gastrotomía. Pasados veinte días de la operación, se le realizó un tránsito gastroduodenal, que evidenció un paso correcto, aunque un poco lento, por su tránsito intestinal.

D. Joaquín pretendió el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual su demanda no fue estimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Si bien es cierto que puede resultar sorprendente que en un asunto como el presente el daño desproporcionado no fuese observado, lo cierto es que esto se encuentra justificado, en la medida en que no existe una relación directa entre la lesión del paciente y la endoscopia que le fue practicada. No en vano, únicamente resultó probado que tras la misma se observó que éste tenía una perforación, pero lo cierto es que ésta podía deberse a múltiples factores y encontrarse en el esófago del paciente con carácter previo a la endoscopia, e incluso del atragantamiento. Esta duda se sienta por el mero hecho de que la parte demandada consiguió probar que sus actividades se desarrollaron con plena normalidad y con un celoso cumplimiento de la *lex artis*. Sin embargo, el juzgador no entra a conocer la cuestión del daño desproporcionado, por el simple hecho de que no encuentra un nexo causal claro entre el acto médico y el resultado final, tal y como señala “De la prueba pericial resulta igualmente que no puede estimarse probado que la perforación de esófago fuera causada por la endoscopia sino que esta puso al descubierto una rotura incompleta o perforación en cubierta previa, en otro caso, afirma el perito, carecería de explicación la cavidad esofágica observada al introducir el endoscopio y que el endoscopista sugería podría ser por su aspecto una perforación, siendo, en opinión del perito, la causa de esa perforación las nauseas y vómitos que en el propio paciente se provocó”⁸⁸⁴.

⁸⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2004 ... *op. cit.*

3. El daño desproporcionado y a la agravación de la afección tratada.

a) Supuestos en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada.

4. Comenzamos con la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2005⁸⁸⁵. En este litigio D^a. Francisca tuvo un accidente de coche, ingresando a consecuencia de las lesiones que sufrió en la UCI de un hospital, donde permaneció intubada casi un mes, siendo dada de alta poco después de la desintubación. Sin embargo, al de escasos días volvió al servicio de urgencias de otro sanatorio, con un cuadro de dificultad respiratoria, diagnosticándosele estenosis traqueal secundaria postintubación, que podía ser consecuencia del tiempo que había estado intubada. Escasos días después del ingreso fue intervenida para paliar sus dificultades respiratorias, practicándosele una resección de la zona traqueal afectada y reposición de la continuidad traqueal mediante anastomosis término-terminal. A pesar de que en principio la cirugía se había desarrollado correctamente, la paciente mostró una paraplejía cuando fue subida a su habitación, que tiene su causa en una lesión medular completa a nivel C5-C6.

En base a los mencionados hechos, la víctima pretendió el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual sus pretensiones no fueron admitidas en instancias inferiores, por lo se vio en la necesidad de recurrir en casación al Tribunal Supremo.

Nuevamente nos vemos en la necesidad de justificar la inclusión del presente litigio en este apartado y no en el relativo a la cirugía, porque consideramos que si bien la lesión final se produjo como consecuencia de la actividad quirúrgica, el desencadenante fue la estenosis traqueal que la paciente sufrió tras la intubación; por lo que estimamos que es el tratamiento médico en su conjunto el que causó el daño.

La línea seguida por el presente asunto es similar a la del anteriormente comentado, salvo porque en este supuesto el tratamiento médico al que fue sometida la paciente tuvo mayor entidad, dado que ésta había sufrido un accidente de tráfico. Ahora bien, las lesiones que le causó el percance fueron limitadas y en absoluto relacionadas con el resultado final. La enferma permaneció intubada en torno a un mes y fue dada de alta escasos días después de la intubación, lo que nos permite entrever que cuando fue

⁸⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2005, Sala Tercera, recurso 5078/2002, ponente Martínez – Vares García. Resolución también analizada desde el punto de vista del derecho de información, en el capítulo correspondiente.

desentubada su estado de salud había mejorado lo suficiente, como para poder abandonar el centro sanitario poco después (menos de una semana). Esto nos puede llevar a considerar que quizás el tiempo en el que permaneció intubada fuese excesivo, siendo precisamente eso lo que provocó la lesión que le dificultaba la respiración; y que además fue el detonante de todo. De manera similar se pronuncia el Tribunal Supremo cuando señala “En toda la literatura médica consultada no he encontrado ningún caso de cirugía de tráquea para resolver una estenosis en que se haya producido una tetraplejia (con nivel medular C5-C6) como complicación de la cirugía; por lo que tengo que entender que se ha producido un daño absolutamente "desproporcionado" al tipo de intervención”⁸⁸⁶.

De las palabras del Alto Tribunal parece poder deducirse lo que apuntábamos líneas atrás, que la relación existente entre la situación inicial de la paciente y la lesión final, sólo puede calificarse de “desproporcionada”, y probablemente fruto de una actividad vulneradora de la *lex artis*; en primer lugar, por una intubación excesivamente larga, y en segundo lugar, porque la parálisis no se detectó en la unidad de despertar, donde es habitual, sino cuando D^a. Francisca fue llevada a su habitación. Ambos elementos evidencian una irregularidad en las actuaciones, que traducimos como un atentado a la *lex artis*, por lo que no encontramos escollos para aplicar el concepto objeto de estudio⁸⁸⁷.

5. El siguiente litigio a analizar no conforma un supuesto de hecho tan claro como el anterior, pero en el mismo puede observarse igualmente esta noción, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004⁸⁸⁸. En esta controversia D^a. Inés, que fue intervenida de una hernia discal años atrás y que desde esa operación era portadora de una bomba interna para perfusión intratecal por lumbalgia crónica, acudió al servicio de urgencias de su localidad, presentando un cuadro de síndrome medular agudo; siendo sometida a una laminectomía dorsal y extrayéndosele líquido de la bomba, a los efectos de analizarlo y comprobar si éste se encontraba infectado, examen que arrojó un resultado negativo. La otra hipótesis era que la lesión la estuviese provocando algún fragmento de catéter escindido, por lo que se procedió a la retirada de la bomba, así como del catéter; a pesar de lo cual le restaron importantes secuelas, cuya

⁸⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2005 ... *op. cit.*

⁸⁸⁷ En esta misma línea de hechos se sitúa la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2010 (Sala Tercera, recurso 2299/2008, ponente Martínez – Vares García).

⁸⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004, Sala Tercera, recurso 2324/2001, ponente González Navarro.

causa se desconocía, destacando entre las mismas: lesión medular transverso incompleto sensitivo motor D 5, síndrome de Brown Sequard, vejiga neurógena, y dorsalgia secundaria a contracturas paravertebrales.

La paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual su demanda no fue estimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal se muestra contundente al asegurar que no existen elementos externos que justifiquen el daño que sufrió la paciente, por lo que el perjuicio resultante del caso debe tener su causa y origen, precisamente en la actuación de los entes sanitarios. Concretamente afirma “...la paciente está en una situación que solamente puede ser debida, a la vista de los conocimientos actuales de la medicina, al tratamiento recibido en la Clínica de la Seguridad Social>>. Y en ese informe aportado por la recurrente, elaborado por tres especialistas - y del que no cabe, sin más, prescindir, tanto más cuanto que el Inspector Médico lo tuvo a la vista- se dice también que <<no se han hallado concausas anteriores, simultáneas ni posteriores, atribuibles directa o indirectamente a la paciente, y ajenas a la propia injuria medular por el cuerpo extraño>>. Siendo esto así no puede negarse que la Administración sanitaria debe responder”⁸⁸⁹.

Este caso puede resultar más complicado que los anteriores, porque las circunstancias del mismo no resultan tan evidentes. Tenemos conocimiento de que un catéter de la bomba de perfusión que tenía la paciente, acabó escindiéndose de la misma y provocándole una lesión medular, a lo que debe añadirse la incapacidad del hospital para justificar qué motivó dicho desplazamiento, en primer lugar; y en segundo lugar, tampoco llegó a demostrar que su actuación fuese acorde a la *lex artis*.

b) Conflictos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada.

6. La primera de las resoluciones de este subapartado es probablemente una de las más llamativas, dada su extraordinariedad, por lo menos para los profanos en

⁸⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004 ... *op. cit.*

Medicina; se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2005⁸⁹⁰. En este litigio D. José Augusto se sometió a una extracción de la pieza dental número 47, es decir, el segundo molar inferior derecho, siendo ésta practicada por un odontólogo y pasando luego a ser tratado por un otorrinolaringólogo. En principio la actuación fue correcta, salvo porque la muela se rompió en múltiples fragmentos, a pesar de lo cual éstos fueron retirados. Sin embargo, tres días después el paciente comenzó a sufrir fuertes dolores pulsátiles en el lado derecho de la mandíbula que irradiaban hacia la cabeza, situación ante la que D. José Augusto inició un tratamiento con un antibiótico por cuenta propia, a pesar de lo cual su estado no mejoró, llegando incluso a perder el conocimiento en una ocasión. Por ello, se puso en contacto con el otorrinolaringólogo que le estaba tratando, que le prescribió otro antibiótico, que tampoco alivió sus molestias, ya que el paciente comenzó a sentir hinchazón del suelo de la boca, con aumento progresivo de los dolores que sufría. Cinco días después de la extracción otro facultativo prescribió el ingreso urgente de D. José Augusto, con diagnóstico de absceso de suelo de la boca, iniciándose un tratamiento antibiótico y antiedema. Esta terapia no era suficiente, ya que al día siguiente el enfermo presentó un cuadro de dificultad respiratoria aguda con marcada cianosis, requiriendo una traqueotomía de urgencia. Tres días después sufrió un nuevo episodio infeccioso, por lo que se le cambió la medicación, conociéndose entonces el resultado de los análisis que le fueron practicados: positivo en estafilococo, epidermidis, estreptococo agalictal y estreptococos viridans. Se comienzan a tratar las mencionadas infecciones, no obstante lo cual, el paciente vuelve a sufrir una nueva crisis febril que requirió de cirugía, realizándosele cuatro incisiones en el cuello para drenaje, limpieza y colocación de tubos de Pen Rose, con cambio de medicación. Tras esta intervención aparece un gran edema facial y plaquetopenia, siendo trasladado a otro hospital por petición de la familia, donde el paciente ingresó en estado de shock séptico. Pocos días después el enfermo es nuevamente operado de urgencia por sufrir episodios repetidos de hemorragias, tras lo cual permanece hospitalizado, aunque habiéndosele retirado los drenajes, con una cánula de plata, con sonda nasogástrica y traqueotomía. Finalmente se detecta una parálisis total de la lengua, cuyo origen probablemente fuese una

⁸⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2005, Sala Primera, recurso 1557/1999, ponente Seijas Quintana. Resolución también analizada desde la perspectiva del error de diagnóstico, en el capítulo correspondiente.

compresión de un edema post-quirúrgico, estimándose además que lo que aquejó a D. José Augusto fue una angina de Ludwig.

D. José Augusto pretendió el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del tratamiento médico recibido, pero sus pretensiones fueron inadmitidas en primera instancia, aunque parcialmente estimadas en apelación. Sin embargo, dado que esto no le llegó a satisfacer, recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, junto con la parte demandada.

Es cuanto menos alarmante que una simple extracción de una pieza dental pueda acabar requiriendo dos intervenciones quirúrgicas y una traqueotomía, junto con una larga estada en un hospital. La mera lectura de los hechos da pie a barajar la concurrencia de alguna negligencia, ya que el resultado final se aleja mucho de la situación inicial del paciente. Es por ello por lo que puede parecer inconcebible que un litigio como el presente no sea reprochado por el juzgador, dado que encaja a la perfección en el concepto del daño desproporcionado. No obstante, tal y como hemos comentado al principio del supuesto, lo llamativo del caso puede limitar nuestra objetividad, porque debemos tener presente que la angina de Ludwig, que es lo que provocó los padecimientos del enfermo, es uno de los riesgos que se asume con cualquier extracción dental y que sin embargo suele desconocerse. Es por ello por lo que nos empezamos a alejar del escenario de la desproporción, ya que este elemento, junto con la *lex artis*, elimina cualquier posibilidad de acudir daño desproporcionado; y es precisamente sobre este punto sobre el que incide el juzgador "Por lo demás, aun siendo llamativo el resultado para un profano, que no entiende que de una extracción dental se puedan derivar tan graves consecuencias, ello no permite la aplicación de la técnica de llamado daño desproporcionado, como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, puesto que este resultado se aplica de una forma coherente y convincente en la sentencia en razón a la virulencia de los gérmenes involucrados en la infección, que difícilmente las hubieran evitado, "recordando que la patología de que se trata, a pesar de un tratamiento correcto, presenta un elevado índice de morbi - mortalidad, así como que existen otras muchas patologías que en ocasiones muestran un cuadro progresivo y evolucionan mal"⁸⁹¹.

⁸⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2005 ... *op. cit.*

Observamos del estudio del asunto, que a pesar de lo llamativo del caso, es necesario acudir a los requisitos básicos de la idea, a los efectos de dilucidar si verdaderamente nos hallamos ante un daño desproporcionado o una simple complicación de una actividad médica, tal y como ocurre en el presente asunto⁸⁹².

7. Algo muy similar acontece en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2009⁸⁹³, resolución en la que un paciente, D. Juan Luis, de 63 años y diagnosticado de EPOC, por lo que padecía insuficiencias respiratorias de carácter crónico que le obligaban a ingresar regularmente en urgencias, falleció en la última de las asistencias recibidas, a causa de una encefalopatía post anóxica, provocada por una parada cardiorrespiratoria.

La familia del fenecido pretendió la indemnización por la muerte del mismo, siendo su demanda estimada en primera instancia, pero revocada en apelación, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este asunto, aunque menos llamativo que el anterior, puede llevarnos en la misma dirección, dada la magnitud del daño final en comparación con la situación inicial. Si bien es cierto que el enfermo se encontraba aquejado de un padecimiento que le producía insuficiencias respiratorias, también lo es que éstas parecían de poca entidad, dado que conseguía sobreponerse a todas ellas; y sin motivo aparente, falleció en la última. Volvemos a hallarnos ante un supuesto que podría llegar a contradecir la línea doctrinal establecida por el Tribunal Supremo para tratar el daño desproporcionado, salvo por el hecho de que una de las complicaciones del EPOC que padecía D. Juan Luis, era precisamente esa: la parada cardíaca. Justificado el principal elemento conflictivo, por ser éste simplemente una degeneración de la enfermedad que afectaba al paciente, nos encontramos ante un nuevo supuesto en el que se presenta un daño inherente a una patología, que invalida cualquier posibilidad de acudir a esta construcción doctrinal. El Tribunal Supremo se pronuncia en una línea muy similar a la que ahora hemos señalado “La invocación que se hace al daño desproporcionado en el cuarto motivo, es ajena al fundamento resolutorio de la sentencia, lo que impide considerar si existe alguna desproporción entre la grave patología respiratoria que presentaba el paciente y la parada cardiorrespiratoria posterior. Lo cierto es que el

⁸⁹² Existe otro caso similar en nuestra jurisprudencia, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1998 (Sala Primera, recurso 971/1994, ponente Almagro Nosete), un supuesto de hecho que comienza con un empaste de muelas y que finaliza en un shock séptico, cuyo daño tampoco fue indemnizado.

⁸⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2009, Sala Primera, recurso 2640/2003, ponente Seijas Quintana.

resultado es una complicación esperada en un paciente con esta grave patología y que, en cualquier caso, por desproporcionado que parezca el daño, no resulta de aplicación si prueba que no fue debido a su negligencia, al no poder atribuirseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (SSTS 24 de noviembre de 2005; 19 de octubre de 2007)”⁸⁹⁴.

Nuevamente la doctrina seguida por el Alto Tribunal en materia de daño desproporcionado es firme, y si supuestos como el presente, que parecen ser el escenario típico de este concepto son desestimados, es porque en los mismos existe algún elemento que dificulta la posibilidad de invocar esta construcción doctrinal⁸⁹⁵.

8. La relación fáctica que estudiaremos a continuación, la última de este apartado, resulta muy similar a la anterior, aunque más clara, por lo que el análisis que elaboremos de la misma será algo menos profuso; se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2007⁸⁹⁶. En esta controversia D. José se sometió a un tratamiento médico, que en principio no comportaba especiales riesgos, como lo es un enema de limpieza. Sin embargo, y a pesar de la simplicidad de la técnica, horas después de la terapia comenzó a acusar fuertes dolores que apuntaba a una posible perforación del recto, algo de lo que fue diagnosticado e intervenido.

Ante las mencionadas circunstancias D. José pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo sus pretensiones admitidas en primera instancia y confirmadas en apelación, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un supuesto muy similar a un litigio anteriormente comentado (la resolución del bolo alimenticio), porque concurre el mismo problema, ya que la relación causal se pone en tela de juicio. No en vano, si bien es cierto que en la práctica de esta técnica es posible que se provoque una lesión como la comentada (siempre y cuando medie una negligencia), la reacción del paciente ha de ser más rápida, es decir, debe acusar el dolor de manera casi inmediata, dado que el daño se produce en el preciso instante en el que se está realizando la limpieza. Sin embargo, en el asunto que nos ocupa no ocurre esto, ya que D. José comienza a sentir las molestias de la perforación horas después, algo que supone un indicio de que ésta no fue causada por la limpieza. Aunque el Alto Tribunal desconoce qué provocó el perjuicio, de los hechos parece

⁸⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2009 ... *op. cit.*

⁸⁹⁵ En esta misma línea argumentativa se encuentra la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 2047/2009, ponente Martínez – Vares García).

⁸⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2007, Sala Primera, recurso 113/2000, ponente García Varela.

poder deducirse que éste no fue irrogado por la actividad diagnóstica, de forma que el Tribunal Supremo señala “En segundo lugar, porque de ninguna de las pruebas periciales se sustenta la afirmación de que existiera una mala praxis por parte de las enfermeras, que fueron absueltas; al contrario, todas derivan el daño a causas distintas a partir de un hecho esencial, como es el que la paciente no se quejara de dolor mientras le fue administrado el enema, tratándose, como indica el informe emitido por la doctora Lucía y el doctor Jesús Manuel, de la Universidad Autónoma de Barcelona, de “una situación clínica imprevisible y atípica: imprevisible por la rareza de la misma (4 por cada 10.000) y atípica porque no cursó dolor inmediato”⁸⁹⁷.

Aunque nuevamente nos hallamos ante un supuesto de hecho que podría dar lugar a la admisión del daño desproporcionado, el juzgador se mantiene firme y sigue los principios dogmáticos establecidos por la doctrina. El Tribunal Supremo parte de la atipicidad de la lesión, algo que en principio no invalidaría el daño desproporcionado, con la excepción de que el paciente no acusó el dolor de manera inmediata. La suma de estos dos elementos apunta hacia la inexistencia de nexo causal, que se traduce en la imposibilidad de indemnizar el daño.

3. El daño desproporcionado y la omisión de medios.

En este subapartado estudiaremos algunos supuestos de hecho en los que la noción del daño desproporcionado se encuentra relacionada con otro concepto de la responsabilidad sanitaria, como lo es la omisión de medios. La idea resulta sencilla, la falta de despliegue de algún medio o herramienta necesaria, no sólo supone un daño, sino que se provoca un menoscabo extraordinario o poco habitual; en virtud de lo cual el daño desproporcionado toma protagonismo.

1. El primer asunto puede resultar muy llamativo, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2004⁸⁹⁸. D. Luis Pedro tuvo un accidente de tráfico en el que sufrió una fractura y luxación multifragmentaria de la cabeza humeral del brazo izquierdo, de la que fue intervenido de urgencia, y a pesar de que la cirugía se desarrolló con plena normalidad, algunos de los muchos fragmentos de hueso roto se quedaron en el interior del brazo del paciente. Tras la operación, la extremidad en

⁸⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2007 ... *op. cit.*

⁸⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2004, Sala Tercera, recurso 7834/2000, ponente Robles Fernández.

cuestión fue inmovilizada, aunque se conocía la existencia de los mentados trozos de hueso, lo que provocó que estos pedacitos óseos repercutiesen negativamente en la soldadura de la zona intervenida, dando lugar a una deficiente curación del brazo, por lo que podría ser un errónea inmovilización; ya que ésta permitió que los pedazos de hueso roto se adhiriesen sin control alguno. Se entiende que esa innecesaria sujeción, que además no tuvo el seguimiento debido, dio lugar a las consecuencias que ahora padece el paciente, al permitir que algunos fragmentos óseos se soldasen libremente. Entre otras secuelas, a D. Luis Pedro le quedaron, la pérdida de un importante grado de movilidad del brazo, así como un acortamiento del mismo, con escasas posibilidades de recuperación, que pasan por operaciones agresivas como prótesis de hombro; que probablemente no mejorase mucho su situación.

En base a los mencionados hechos el paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, aunque su pretensión no fue admitida en ninguna de las instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Las semejanzas existentes entre este caso y otro anteriormente estudiado (accidente de esquí) son evidentes, pero a la vez no determinantes, en la medida en que en este supuesto de hecho se conoce qué causó el menoscabo al paciente: los pedazos de hueso roto que quedaron en el interior del brazo del enfermo y el efecto que una inmovilización sin vigilancia tuvo sobre ellos. Una fractura como la que tuvo D. Luis Pedro, en la que se produjeron múltiples y pequeñas roturas en la cabeza del húmero, puede dar lugar a que algún fragmento quede dentro de la zona lesionada, no obstante, se trata de un riesgo asumible. Una cosa distinta es, que conociendo este peligro, se proceda a una rápida e innecesaria inmovilización del miembro en cuestión, sin ningún tipo de control, que puede dar lugar precisamente a secuelas como las que se presentan en esta controversia. Existe un indicio claro de vulneración de la *lex artis* en la terapia que recibió el paciente tras la operación, lo que evidencia un posible daño desproporcionado, sobre todo por lo extraordinario del mismo. De manera muy similar se pronuncia el juzgador cuando señala “La valoración de la prueba practicada en la instancia necesariamente lleva frente a lo sostenido por el Tribunal “a quo” a la conclusión de que la intervención quirúrgica no sólo no consiguió una reducción y síntesis completa de la fractura a nivel de la cabeza humeral, sino que dejó fragmentos óseos libres, circunstancia que, unido a las otras puestas de manifiesto en el propio Dictámen pericial -rápida e innecesaria movilización precoz, infección sufrida-, así como en el ulterior control de la lesión, comportó el resultado lesivo ocasionado,

extremos que unidos a la afirmación contenida en el Informe de la Inspección Médica del INSALUD, de que ha habido una mala praxis en la intervención quirúrgica, hacen que la valoración de la prueba pericial efectuada por la Sala de instancia deba ser considerada ilógica”⁸⁹⁹.

2. Finalmente abordamos el análisis de la última de las dos resoluciones que estudiaremos en este bloque, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2004⁹⁰⁰. D^a. Juana sufrió un pequeño accidente del que tuvo que ser atendida en el servicio de urgencias, para que le fuesen practicadas unas curas simples. Sin embargo, pasados doce días del mentado evento tuvo que ingresar de nuevo, por presentar estas lesiones claros síntomas de infección tetánica, ya que no le fue suministrada la dosis necesaria de antitetánica en la primera visita al hospital. Días después la paciente murió de una parada cardíaca, como consecuencia de un trastorno coronario que padecía, que resultó agravado por la infección.

Ante las mencionadas circunstancias, los familiares de la fallecida pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, no siendo su demanda estimada en primera instancia, aunque sí su recurso ante la Audiencia Provincial competente. La parte demandada procedió a recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

La claridad del presente supuesto es palmaria, dado que la paciente fenece de una infección derivada de unas pequeñas heridas como consecuencia de una caída, algo que nos pone de manifiesto la desproporción del daño sufrido por la misma. El descuido u omisión que se da en el presente caso, es decir, la falta de administración de la vacuna antitetánica, fue el detonante de este fatal resultado que acabó con la vida de la enferma, como consecuencia de la agravación de una patología preexistente. Es precisamente este punto, esa omisión o despiste, el que nos muestra una clara vulneración de la *lex artis*, algo, que junto con la excepcionalidad del daño (fallecimiento), permite acudir a la figura del daño desproporcionado. Aunque el Tribunal Supremo no menciona expresamente este concepto, éste parece entreverse, ya que alude repetidamente a la cercanía del presente asunto con un supuesto de responsabilidad objetiva, en el que la familia demandante carece de obligación probatoria alguna; en contraposición a lo que ocurre con el centro de salud, que debido a su negligente actividad, se encuentra en la tesitura de demostrar que, aun ante esta situación, las actuaciones médicas se

⁸⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2004 ... *op. cit.*

⁹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2004, Sala Primera, recurso 1078/1998, ponente Sierra Gil de la Cuesta.

desarrollaron con plena diligencia. No es necesario que añadamos que esta última exigencia fue imposible, incurriendo así en responsabilidad el hospital. Concretamente apunta el juzgador “De todo lo cual se infiere que la ante dicha Juana, entró para ser tratada de unas lesiones leves en un centro sanitario, y por no ser entendida en el mismo de las elementales y fáciles medidas para evitar una infección por tétanos, falleció por esta causa única al padecimiento de una hipertensión anterior. Por ello hay que afirmar que nos encontramos en el típico caso de seguir una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, que obliga a indemnizar por virtud del resultado nefasto acaecido, sin tener en cuenta el acreditamiento de la responsabilidad de los facultativos que hayan intervenido en la acción sanitaria. O sea que surge la técnica aplicable al caso del conjunto de posibles deficiencias asistenciales, o sea la existencia de defectos o negligencias en el funcionamiento de actividades hospitalarias o sanatorias, cuando no puede tipificarse conductas negligentes personales de los profesionales que trabajan en dichos centros”⁹⁰¹.

4. El daño desproporcionado y la actividad anestésica.

Existe un inacabado debate doctrinal sobre la posibilidad de que un concepto como el del daño desproporcionado sea admitido en esta vertiente de la Medicina, teniendo presente que la labor anestésica se desenvuelve en un entorno potencialmente lesivo, como lo es la cirugía. En virtud de ello, la problemática de aplicar esta figura resulta evidente, dado que en muchas ocasiones no hay una conexión real entre la actuación médica dañosa y la anestesia, de forma que un sector doctrinal no considera aplicable el daño desproporcionado a este acto médico; aunque poco a poco teorías que abogan por una actitud positiva se van abriendo paso⁹⁰².

⁹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2004 ... *op. cit.* Un asunto muy similar fue el de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1998 (Sala Primera, recurso 2159/1994, ponente O’Callaghan Muñoz), en la que una paciente tras una cirugía de juanetes sufrió una infección por tétanos, de la que falleció. Por supuesto, la doctrina del daño desproporcionado fue también protagonista en este litigio.

⁹⁰² Recientemente BARREDA presentó una nueva orientación sobre la incidencia del daño desproporcionado en la anestesiología, tomando como base dos resoluciones de Audiencias Provinciales (AP Barcelona, de 26 de mayo de 2011, nº 286/2011; AP Valencia, de 13 de febrero de 2012, nº 81/2012), que han puesto en jaque la antigua idea por la cual, dada la peligrosidad inherente a este acto médico, no debía aplicársele la doctrina del daño desproporcionado. Parten ambas sentencias por exigir, sobre todo, la determinación de la causa que provocó el accidente anestésico, no admitiéndose por tanto un listado de presuntas eventualidades que pudieron acontecer, al considerarse que conocer qué ocurrió en el proceso concreto, conforma un deber inherente a la actividad anestésica; lo contrario, señala este autor, facultaría al Tribunal a acudir a la doctrina del daño desproporcionado, por la falta de claridad de

A pesar de lo afirmado, no será posible comprobar esta última afirmación, dado que sólo contamos con dos litigios y ambos siguen una misma dirección resolutoria, la no admisión del daño desproporcionado como posible vía de condena.

1. La primera de las resoluciones a analizar es la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009⁹⁰³. En este asunto D^a. María Consuelo se sometió a una reducción mamaria y extirpación de un tumor alojado en la misma zona, para lo cual se le administró anestesia epidural. La cirugía transcurrió con normalidad, pero tras la misma, la paciente presentó un cuadro de una paresia en los miembros inferiores, provocada muy probablemente por la anestesia, siendo su diagnóstico final: síndrome de cola de caballo.

D^a. María Consuelo pretendió el resarcimiento del daño sufrido, pero su demanda fue desestimada en primera instancia, como también lo fue su recurso ante la Audiencia Provincial competente, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Lo primero que conviene aclarar sobre este litigio, es que la intervención que le fue practicada a la paciente se desarrolló dentro del ámbito de la Medicina curativa y no de la satisfactiva, por una cuestión muy sencilla: aunque quizás D^a. María Consuelo pretendía su embellecimiento con la reducción mamaria, lo cierto es que la finalidad de la mentada operación, además de disminuir el tamaño de su pecho, también era la de extraer un tumor que ésta tenía.

Aclarada esta cuestión, conviene que destaquemos que el daño tuvo su origen en la práctica anestésica y no de la actividad quirúrgica. La justificación de esta afirmación se fundamenta en que la consecuencia sufrida por la paciente conforma un riesgo inherente al uso de la anestesia epidural. En esta última afirmación reside también la inadmisión del caso en base al daño desproporcionado: la parálisis que sufrió la enferma

los hechos. BARREDA, Iñigo, “La nueva orientación jurídica del daño desproporcionado en anestesia”, en *Actualidad del Derecho sanitario*, n° 190, 2012, pps. 71 a 73; concretamente en página 71. GALÁN CORTÉS aboga por esta misma idea al afirmar “En nuestro criterio, no cabe establecer como principio inmutable la exclusión de la aplicación de esta teoría en todo acto anestésico, sino que deberá valorarse cada caso en función de todas las circunstancias concurrentes, de la complicación surgida y del tipo y riesgos de la anestesia en cuestión, lo que en modo alguno supone alterar el principio culpabilístico de la responsabilidad civil del médico (en este caso, del médico anestesista), sino la exigencia al mismo ante la aparición de un daño clamoroso, no previsto ni explicable en su ámbito de actuación, de una justificación coherente y convincente acerca del porqué de la notoria discordancia existente entre el riesgo inicial que implica su actividad y la consecuencia finalmente producida”. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico – sanitaria”, en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (Director), *Derecho de daños 2013 ... op. cit.*, página 621.

⁹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, Sala Primera, recurso 222/2005, ponente Seijas Quintana. Resolución también analizada desde el punto de vista del error de diagnóstico, en el capítulo correspondiente.

en sus miembros inferiores conforma un peligro propio de este acto médico. Nos encontramos ante uno de los criterios de exclusión del daño desproporcionado, que junto con la *lex artis*, hacen imposible aplicar esta noción al caso que nos ocupa. De la misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando asevera “Todos los datos de prueba, debidamente valorados en la sentencia, no solo ponen en evidencia la diligencia empleada, sino que descartan cualquier apelación al llamado daño desproporcionado o enorme. El daño desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el "onus probandi" de la relación de causalidad y la presunción de culpa (STS 23 de octubre de 2008 , y las que en ella se citan). Siendo así, no puede existir daño desproporcionado, por más que en la practica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, explicación que excluye la aplicabilidad de las consecuencias de esta doctrina jurisprudencial, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS 19 de octubre 2007)”⁹⁰⁴.

2. La segunda de las resoluciones a comentar es la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2004⁹⁰⁵, en la que a D. Gabino se le extirpó una hernia inguinal, para la cual se le suministró raquianestesia. A pesar de que la actividad quirúrgica se desarrolló correctamente, en el periodo post – raquianestesia el paciente presentó una radiculopatía de predominio motor, una complicación que se encuadra dentro de los riesgos habituales de este tipo de anestesia.

D. Gabino, al ver sus pretensiones inadmitidas en instancias inferiores, recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

⁹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 ... *op. cit.* En esta misma línea argumental se encuentra la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011 (Sala Primera, recurso 1567/2007, ponente Seijas Quintana).

⁹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2004, Sala Tercera, recurso 606/2000, ponente Martínez – Vares García. Resolución también analizada desde el punto de vista de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en el capítulo correspondiente.

Dado que este litigio fue analizado en el capítulo del caso fortuito, conviene recordar que no se llegó a barajar la posibilidad de acudir a las figuras exoneratorias de la responsabilidad civil, por el simple hecho de que la radiculopatía conformaba un riesgo habitual de la raquianestesia; un aspecto que hace también imposible aplicar el daño desproporcionado al presente caso. Sin embargo, esto es algo sobre lo que únicamente podemos sentar hipótesis, dado que el recurso de casación que se elevó ante el Tribunal Supremo era un recurso de casación para la unificación de doctrina, por lo que el juzgador no llegó a entrar en el fondo del asunto, al no cumplir éste los requisitos necesarios a tal efecto.

5. El daño desproporcionado y la cirugía estética.

A pesar de que la tesis cuenta con un capítulo que estudia la Medicina satisfactiva, existen dos sentencias en las que el daño desproporcionado tiene gran protagonismo en una operación de cirugía estética, por lo que hemos estimado adecuado un estudio *ad hoc* de las mismas.

1. Supuestos en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada.

1. Comenzamos con el análisis del primero de los dos asuntos, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2007⁹⁰⁶. En esta controversia D. Daniel se sometió a una intervención estética de septoplastia (corrección de una desviación del tabique nasal), con anestesia general e intubación. Una vez finalizada ésta, quedó al cuidado del anestesista hasta su total recuperación, sin embargo, en el proceso del despertar el paciente comenzó a quejarse de que tenía dificultades para respirar, empezando casi acto seguido a sufrir convulsiones. El anestesista le suministró oxígeno y corticoides, pero esto fue insuficiente, por lo que ayudado por otro médico comenzaron a intubarle, algo que no se logró al presentarse un edema de glotis; de forma que avisaron al cirujano que le había operado, para que le practicara una traqueotomía. Todas estas actuaciones fueron inútiles, ya que como consecuencia de la falta de oxígeno, el paciente quedó en coma, muriendo al día siguiente.

⁹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007, Sala Primera, recurso 1940/2000, ponente Montes Penadés.

Ante esta situación los familiares del fallecido pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, siendo sus pretensiones parcialmente admitidas en primera instancia, pero revocadas en apelación; en virtud de lo cual recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Lo llamativo del litigio es palmario, un paciente se somete a la corrección de una desviación del tabique nasal y fallece a consecuencia de una asfixia que se le presenta una vez finalizada la operación, hechos de los que parece desprenderse un resultado desproporcionado entre la actividad médica y el daño final. Más si cabe si tenemos presente que el centro sanitario en ningún momento ha llegado a aclarar cuál fue el motivo que pudo dar lugar a este fatal desenlace. Tenemos conocimiento de que un edema de glotis causó la asfixia del paciente e hizo imposible su intubación, pero no se ha llegado a establecer qué fue lo que dio lugar al mencionado edema. Entiende el Tribunal Supremo que ante esta situación, la actividad probatoria del sanatorio ha sido deficiente, ya que ha sido incapaz de demostrar que sus actuaciones fueron acordes a la *lex artis* en todo momento, y no únicamente cuando se presentó la crisis; concretamente afirma el juzgador “Esta doctrina, adapta la tesis de la “faute virtuelle” de la jurisprudencia francesa y la doctrina de la “prueba aparente” de la jurisprudencia alemana, o la técnica anglosajona de la evidencia que crea o hace surgir una deducción de negligencia, pues se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la víctima, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, y ello permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, no ya deducir una negligencia, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una exigencia de explicación que recae sobre el agente, pues ante el daño desproporcionado, que es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación. No se ha producido por parte de la entidad demandada una explicación que excluya la imputación de los daños. El motivo, por ello, ha de prosperar”⁹⁰⁷.

Consideramos que la condena de este caso parece un tanto desmesurada, dado que sucesos como el edema de glotis pueden tener un origen desconocido, y sin

⁹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007 ... *op. cit.*

embargo, el juzgador ha exigido su justificación, algo que quizás resulta imposible. Más si cabe si tenemos presente, que en principio todas las actuaciones médicas fueron desarrolladas con plena diligencia y cumpliendo los criterios de la *lex artis*. A pesar de que pueda resultar chocante que una intervención de un tabique nasal, que es aparentemente simple, pueda causar el fallecimiento del paciente, eso no debe llevarnos a dar por hecho una posible negligencia. Parece que las atenciones acordes a la *lex artis* deberían haber sido suficientes para excluir la posibilidad de aplicar la figura del daño desproporcionado, de forma que quizás, exigir la justificación de lo acontecido, pudo ser exagerado⁹⁰⁸.

2. Asuntos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada.

2. El segundo litigio es un asunto idéntico al anteriormente analizado, dado que incluso la operación es la misma, con la única diferencia de que el asunto fue desestimado. La sentencia en cuestión ha sido una de las controversias con mayor repercusión en la jurisprudencia de responsabilidad sanitaria en los últimos años, hasta el punto de llegar a ser conocida como “el caso Meño”. A pesar de que esta resolución ha sido objeto de un recurso de revisión por hechos que se conocieron con posterioridad a su fallo, y de hecho ya se encuentra cerrada, limitaremos el análisis del caso a las circunstancias conocidas en el momento de dictar la resolución.

⁹⁰⁸ No comparten esta opinión autores como PÉREZ TOLÓN y LARIOS RISCO, que consideran correcto fallo del juzgador cuando señalan “El Tribunal considera, que en este caso dicha justificación, no se ha producido, es decir la administración demandada, no ha acreditado las causas del fallecimiento del paciente y por tanto hay una clara relación de causalidad entre la intervención realizada y el resultado dañoso producido (fallecimiento tras entrar en coma). No obstante, si bien es cierto que resulta llamativo el resultado final, tal y como hemos comentado con anterioridad, la dificultad o contingencia acontecida fue justificada por parte de los facultativos, por lo que consideramos exarcebado llegar a tener que justificar absolutamente todas las variantes que puedan acontecer en el curso de una intervención”. PÉREZ TOLÓN, Ernesto y LARIOS RISCO, David, “La teoría del daño desproporcionado en los dictámenes sobre responsabilidad sanitaria del consejo consultivo de Castilla – La Mancha”... *op. cit.*; concretamente en página 73. BOTANA GARCÍA se muestra de esta misma opinión al comentar esta controversia “En consecuencia, para el Tribunal Supremo no puede calificarse de este modo una intervención en la que se produjo hipoxia y que determinó el coma profundo. Por eso acudió, con acierto, el Juzgado de primera instancia a la doctrina del «daño desproporcionado». Dicha doctrina permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, deducir exigencia de explicación que recae sobre el agente. Ante todo, el daño desproporcionado, que es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata, ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación. La entidad demandada no dio una explicación que excluyese la imputación de los daños”. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “Aplicación de la doctrina del daño desproporcionado a un paciente que tras ser operado falleció”, en *Diario La Ley*, nº 53, 2007, pps. 1 a 2; concretamente en página 2.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008⁹⁰⁹, a D. Cosme se le practicó una intervención de cirugía estética a fin de corregir una desviación del tabique nasal, la cual se desarrolló con plena normalidad hasta el final. Sin embargo, una vez ésta estuvo finalizada, con el paciente aún entubado y bajo los efectos de la anestesia, siendo vigilado por el anestesista; sufrió un vómito súbito, y debido a que los reflejos de la glotis se encontraban limitados, por no haber recuperado el paciente la respiración espontánea, se produjo una aspiración pasiva del vómito. Esto le provocó un broncoespasmo, permaneciendo en torno a cuatro minutos con una privación aguda de oxígeno. Todo ello le causó una lesión cerebral que le condenó a un estado de coma vigil, con escasas posibilidades de mejora.

Ante las mencionadas circunstancias, los padres de la víctima pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, pero su demanda fue desestimada en primera instancia, sufriendo el recurso de apelación la misma suerte. Dado el *iter* procesal, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

A pesar de la semejanza existente entre estos dos casos, la dirección de las decisiones del Tribunal Supremo en ambos asuntos fue manifiestamente contraria, algo que aunque pueda resultarnos complicado comprender, no es fruto de una decisión arbitraria. Debemos tener presente, que a pesar de la desproporción del resultado final en relación a la intervención practicada, que en principio no debía comportar un daño como el acontecido, éste pudo justificarse, algo que no ocurre en la controversia anterior.

En este litigio el hospital fue claro y conciso en la explicación del desencadenante del daño: el paciente sufrió un vómito espontáneo, algo que puede ocurrir bajo los efectos de la anestesia, y al encontrarse su esófago sedado no pudo llegar a reaccionar, por lo que estuvo respirando su propio vómito durante el tiempo suficiente, como para causar una lesión cerebral como la que padeció. El origen del perjuicio se encuentra justificado, así como la *lex artis* en las actividades médicas y quirúrgicas, tanto durante la cirugía como en los estadios posteriores a la misma.

De las afirmaciones del párrafo anterior se infiere que no cabe posibilidad alguna de acudir al daño desproporcionado, porque el origen del menoscabo está justificado y porque se ha logrado demostrar que se ha cumplido el deber de respetar la *lex artis* en la práctica médica. Así lo afirma el Tribunal Supremo cuando señala “Lo

⁹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008, Sala Primera, recurso 5419/2000, ponente Seijas Quintana.

cierto es que la sentencia acepta que la conducta del demandado se ajustó a la "lex artis ad hoc" partiendo de que la obligación del médico es de actividad y no de resultado, y que el resultado, aun desproporcionado, en el sentido de que no era el esperado en una intervención de esta clase, no determina la responsabilidad del médico sino sólo la exigencia de una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida (SSTS 24 de noviembre 2005; 30 de abril y 7 de mayo de 2007), y es evidente que el daño se explica de una forma minuciosa, coherente y convincente, descartando que la extubación extemporánea del paciente fuera la causante del daño y ello impide establecer un criterio de imputación tanto a partir del *art. 1902 CC* , caracterizado por la concurrencia de los requisitos de acción u omisión voluntaria, resultado dañoso y relación de causalidad, como del 1104 del mismo Texto, relativo a la omisión de la diligencia necesaria por la naturaleza de la obligación, según las circunstancias de persona, tiempo y lugar”⁹¹⁰.

A pesar de que a día de hoy esta sentencia ha sido objeto de un recurso de revisión por hechos que se desconocían en su momento, lo cierto es que con el escenario con el que se enjuició, cualquier opción de acudir al daño desproporcionado resultaba imposible.

6. El daño desproporcionado y el alumbramiento.

Dado que el parto es un momento crucial de la gestación, por lo delicado del proceso, analizar este tipo de supuestos desde el punto de vista del daño desproporcionado nos permitirá alcanzar conclusiones interesantes.

⁹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008 ... *op. cit.* Posteriormente a esta resolución, y fuera de nuestra década de estudio, se dictaron sendas sentencias con una temática prácticamente idéntica y un resultado judicial semejante: sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 6236/2007, ponente Martínez – Vares García) y sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 4294/2010, ponente Pico Lorenzo).

1. Casos en los que el feto resulta lesionado.

a) Controversias en las que la figura del daño desproporcionado fue estimada.

1. El primero de los litigios que estudiaremos en el presente subapartado es uno de los más llamativos, por lo que nos servirá de ejemplo y guía para comprender los demás, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2008⁹¹¹. En el presente relato fáctico D^a. Silvia se quedó embarazada de su segundo hijo a la edad de 33 años, presentando algunos problemas de salud a lo largo de la gestación, como por ejemplo candidiasis vaginal e infecciones urinarias. La fecha para el nacimiento de la criatura se fijó el 16 de agosto, por ello cuatro días antes, esto es, el 12, se le practicó un control de fisiopatología fetal, junto con una amnioscopia, arrojando ambas pruebas resultados de normalidad. Pasada la fecha estimada, concretamente el día 23, D^a. Silvia acudió al servicio de urgencias de su centro de salud habitual con síntomas evidentes de parto, pero sin contracciones. Se procedió a la monitorización del feto y a la práctica de una ecografía, que resultaron normales, por lo que la paciente fue ingresada en planta, a la espera de que se produjese el alumbramiento. Dos días más tarde éste no había sucedido, y por ello le fue practicado un registro de frecuencia cardíaca basal, que arrojó un resultado de tan solo 45 latidos, en base a lo cual se le realizó un POSE, y al dar positivo, se decidió practicar una cesárea de urgencia. Las sospechas de un posible sufrimiento fetal fueron confirmadas cuando nació el menor, que a penas respondía a los estímulos, cuyo diagnóstico final fue: epilepsia con crisis parciales secundarias generalizadas, gliosis isquémica subcortical parietooccipital bilateral secundaria a anoxia perinatal, retraso perimotor. Miopía (7 dioptrías) así como trastorno de coordinación visomotriz; cuadro clínico en virtud del cual se le reconoció una invalidez del 91%.

Las circunstancias del caso, así como la atención recibida por la paciente, dieron lugar a que ésta pretendiese la indemnización del daño sufrido, para lo cual tuvo que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser su demanda desestimada en instancias inferiores.

El relato fáctico analizado se centra en un embarazo en el que, aunque hubo una serie de dificultades por algunas afecciones que sufrió la gestante, nada indicaba que

⁹¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2008, Sala Tercera, recurso 3768/2004, ponente Díez – Picazo Giménez.

debía temerse por la salud del feto. De ello deducimos que las lesiones que sufrió el neonato le fueron provocadas en el curso del nacimiento, no en vano, debe resultarnos llamativo que la paciente mostrase señales de parto dos días antes del alumbramiento de la criatura; es decir, entendemos que el proceso se demoró excesivamente, con las consecuencias que ello conllevó para el feto. La situación se agrava si tenemos presente que el *nasciturus* no estuvo monitorizado en todo momento, lo que supuso que se desconociese el estado del mismo, con lo que ello puede significar, ya que se estaba incrementando innecesariamente la posibilidad de que hubiese un sufrimiento fetal. De las líneas anteriores parecen desprenderse los elementos necesarios para que el daño desproporcionado sea aplicable al caso: un perjuicio extraordinario (las afecciones del feto) y una vulneración de la *lex artis* (falta de control sobre el no *nato* y demora en el parto). Aunque el juzgador no aboga expresamente por esta construcción doctrinal, lo cierto es que ésta parece poder entreverse en sus conclusiones, cuando señala “De todos es datos, recogidos en el citado informe de la propia Administración demandada, se desprende que, aun estando el feto en situación normal cuando la madre ingresó en el hospital, el recién nacido hubo de permanecer más de tres semanas en el Servicio de Neonatología y que los médicos que entonces lo atendieron diagnosticaron asfixia perinatal. El mismo informe refleja que el día posterior al ingreso y anterior a la cesárea, la madre, aun estando ya en la cuadragésima semana de gestación, no estuvo monitorizada. La única conclusión que un observador razonable puede extraer de estos hechos es que algo debió ocurrir para que, siendo el feto normal, las cosas se torcieran; y lo que es indiscutible es que ese algo ocurrió estando ya la madre ingresada en el hospital y, por tanto, directamente al cuidado de la Administración”⁹¹².

Entendemos de las palabras del Alto Tribunal, que la desproporción reside en que el niño se encontraba sano antes del ingreso, y que durante la pendencia del mismo se le causaron una serie de lesiones que dieron lugar a las secuelas que ahora padece. Es por ello por lo que, a pesar de que el Tribunal Supremo no acuda expresamente al daño desproporcionado, éste puede deducirse de todas y cada una de las líneas en las que fundamentan la condena a la Administración⁹¹³.

⁹¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2008 ... *op. cit.*

⁹¹³ Se mantiene esta misma hipótesis en AA. VV., *Manual sobre responsabilidad sanitaria ... op. cit.*, página 232, donde se apunta que la Administración debe ser responsable de aquello que ocurrió cuando la paciente se encontraba dentro de sus instalaciones y bajo su cuidado. Dada la claridad de sus argumentaciones, parece que una cita literal resultaría conveniente “Como se ve, el discurso del Tribunal Supremo llega más lejos todavía que la mera aplicación de la doctrina de la facilidad probatoria, considerando que la Administración, dado que la paciente se encontraba bajo su cuidado cuando <<las

2. La segunda de las resoluciones es muy similar a la ahora comentada, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006⁹¹⁴. En este supuesto de hecho D^a. Constanza acudió al servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia, aquejada de dolores de parto y rotura de bolsa. Tres horas después de su ingreso se observó que el feto no conseguía progresar por el canal del parto, por lo que se dio aviso al ginecólogo de urgencia, que efectuó una serie de pruebas al feto que evidenciaron que éste no mostraba sufrimiento fetal, pero al existir un cierto grado de desaceleración, convenía mantener control sobre el mismo. Acto seguido se comenzó otra actividad diagnóstica, cuya finalidad era verificar la viabilidad del canal de parto, pero en el curso de la misma se produjo una braquicardia en el *nasciturus* que mostró un sufrimiento fetal agudo, por lo que se decidió la extracción del feto con fórceps. Tras varios intentos consiguió extraerse la criatura, que nació con serias lesiones provocadas por esta técnica mecánica: cefalohematoma y hematomas cervicales, fractura de cráneo fronto-parietal izquierdo, lesiones hemorrágicas con componente intraventricular, intraparenquimatoso y subaracnoideo y shock hemorrágico. El niño se encuentra afectado por las siguientes secuelas: hemiparesia derecha con atrofia muscular y dismetría de extremidades inferiores, asimetría facial moderada, placa craneal por neoplastia y actividad paroxística focal fronto-temporo-parietal izquierda; conformando todas estas lesiones un grado de minusvalía reconocido del 34%.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento de las lesiones sufridas por su hijo, para lo cual tuvieron que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, dado que en las instancias inferiores a este órgano sus pretensiones fueron inadmitidas.

Este litigio es semejante al anteriormente estudiado, con la única diferencia de que, mientras que en el precedente el perjuicio se produjo por la espera en el alumbramiento, en el presente caso las lesiones se provocaron en el parto mismo, con los fórceps. El juzgador se centra en el uso de esta técnica que facilita el alumbramiento, como única forma de menoscabo. No obstante, podría considerarse que quizás se trata

cosas se torcieron>>, ha de ofrecer una explicación convincente y razonable, o, en otro caso, responder de los daños y perjuicios sufridos”. A los efectos de evitar repeticiones innecesarias, se van a relegar las siguientes resoluciones a una nota a pide, no por ser menos relevantes que las demás, sino por ser prácticamente idénticas a la anteriormente analizada: sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002 (Sala Primera, recurso 1761/1997, ponente Corbal Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010 (Sala Tercera, recurso 4794/2005, ponente Díez – Picazo Giménez), sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010 (Sala Tercera, recurso 2413/2008, ponente Lecumberri Marti) y sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 1633/2008, ponente Lecumberri Marti).

⁹¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006, Sala Tercera, recurso 4426/2002, ponente Herrero Pina.

de un supuesto de daño continuado, en el sentido de que en una de las pruebas que se le había practicado a la paciente ya se había observado que el feto, aunque no presentaba un sufrimiento fetal, sí que tenía una cierta desaceleración; algo que debió motivar una actuación rápida para evitar problemas como los que se presentaron. Ahora bien, dado que la causa directa de las dolencias que padece el neonato fueron los fórceps que se utilizaron, el juzgador se ha centrado en los mismos, omitiendo que quizás el problema también pueda encontrarse en que éstos no fueron evitados. Así lo afirma el Tribunal Supremo “En consecuencia, dado que no se parte de la acreditación y certeza de que la utilización del fórceps, que en definitiva dio lugar el resultado lesivo, se produjo de manera correcta y ajustada a la *lex artis*, no resulta adecuada a Derecho la conclusión a que llega el Tribunal a quo de exclusión de la antijuridicidad del daño como título de imputación de la responsabilidad a la Administración, que exige, según la jurisprudencia, la prueba y justificación de que la actuación médica fue conforme con el método y técnica aplicables, que en este supuesto no se ha dado”⁹¹⁵.

Llegados a este punto, la pregunta de obligada respuesta es la siguiente ¿dónde se encuentra el daño desproporcionado? En primer lugar, el perjuicio lo hallamos en las lesiones que sufrió el feto, que son extraordinarias en relación a lo habitual. En segundo lugar, está la vulneración de la *lex artis*, que se manifiesta en dos escenarios distintos: existía un principio de sufrimiento fetal ante el que no se actuó y los fórceps se utilizaron indebidamente. Como añadidura, ni el centro de salud, ni los facultativos que atendieron el alumbramiento, fueron capaces de probar que sus actuaciones se adecuaron a la *lex artis*.

3. El siguiente litigio objeto de análisis resulta muy similar al anterior, aunque el Alto Tribunal no menciona expresamente el daño desproporcionado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2002⁹¹⁶. Volvemos sobre un supuesto de hecho en el que el daño no se provoca en el nacimiento en sí, sino a lo largo del proceso de alumbramiento. D^a. Mariana acudió al hospital más cercano a su localidad de residencia, por presentar síntomas de parto. En la primera prueba que le fue practicada se detectó meconio en el líquido amniótico, lo que es una evidencia de sufrimiento fetal, por lo que fue trasladada a una sala especial, acompañada por una matrona, mientras se aguardaba al análisis bioquímico de la muestra. Ésta arrojó

⁹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006 ... *op. cit.*

⁹¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2002, Sala Tercera, recurso 364/2000, ponente González Navarro.

resultado normales, por lo que se descartó el sufrimiento fetal, quedando la paciente monitorizada en la misma sala, pero únicamente en compañía de su marido. Poco tiempo después ésta comenzó a sentir fuertes dolores, a pesar de lo cual la matrona le indicó que aún no era el momento del nacimiento, volviendo a quedar el matrimonio solo en la habitación. Sin embargo, al agudizarse las molestias, el marido de la paciente salió al pasillo en busca de ayuda, encontrando una enfermera, que hizo llamar a la matrona, que llevó a la paciente directamente a la sala de partos, sin dar aviso a ningún médico.

El periodo expulsivo fue de seis minutos, pero cuando la niña nació no lloraba y presentaba signos de sufrimiento fetal agudo. El servicio de neonatología del hospital confirmó que la recién nacida había padecido un sufrimiento fetal grave, del que derivaron importantes lesiones como: afección neurológica muy severa, con retraso psicomotor intenso, gran espasticidad en los cuatro miembros y episodios de distonía, todo ello en relación con una afectación perinatal, con hemorragia subaracnoidea, encefalopatía y convulsiones neonatales.

El estado de salud de la menor no mejoró en ningún momento, es más, éste siguió empeorando hasta el día de su fallecimiento, cuatro meses después de su nacimiento

En base a estos hechos los padres pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, para lo cual tuvieron que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, por ser sus pretensiones inadmitidas en instancias inferiores.

Conviene tener presente que sin motivo aparente y de manera casi imprevisible, se produjo un sufrimiento fetal agudo que provocó el adelantamiento del parto, así como las graves lesiones del *nasciturus*. Cuando ingresó la paciente se tuvieron sospechas de sufrimiento fetal, por lo que se tomaron una serie de cautelas, que fueron omitidas al obtenerse un resultado negativo en un análisis complementario. Precisamente por ello, cuando se presentaron los signos de alarma en la paciente, éstos fueron desoídos, hasta que se evidenció la gravedad de la situación. Pasamos de un escenario inicial de plena normalidad a otro de extrema gravedad, que entraña una serie de lesiones de tal alcance para el feto, que le provocan la muerte poco después de nacer. Es evidente que algo ocurrió en el *iter* y que no se llegó a conocer qué fue.

Nos encontramos ante el escenario ideal para el daño desproporcionado, por lo que sólo nos queda hallar una vulneración de la *lex artis* a los efectos de poder considerar que el supuesto encaja en la noción objeto de estudio, y este último elemento

lo encontramos en la escasa vigilancia que tuvo la paciente en los momentos previos al parto. Si bien es cierto que los análisis que se habían practicado al líquido amniótico parecían normales, también lo es que en un primer momento hubo una sospecha de sufrimiento fetal, por lo que debería haberse mantenido un control más estricto sobre la paciente, y cuando ésta acusó los primeros dolores, debió haber sido atendida y no ignorada

No obstante, el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre este aspecto en la sentencia, sino únicamente sobre el *quantum* indemnizatorio, por lo que no tendremos la oportunidad de conocer su opinión al respecto.

4. El litigio que estudiaremos a continuación es la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2005⁹¹⁷, en el que D^a. Sofía acudió al servicio de urgencias del hospital más cercano a su residencia por pérdida de líquido amniótico, siéndole practicadas, de manera inmediata, una ecografía y un registro cardiotocográfico basal, arrojando ambas pruebas resultados normales. A pesar de ello, comenzó a presentar salida abundante del referido líquido, por lo que volvió a repetirse la cardiotocográfica con resultados idénticos, salvo porque el feto mostraba cierta desaceleración. Doce horas después de su ingreso el *nasciturus* sufrió una braquicardia grave, ordenándose el traslado urgente de la paciente al quirófano, a fin de practicársele una cesárea. A pesar de la premura y de que la extracción del feto fue correcta, el niño nació con una encefalopatía hipóxico-quirúrgica y parálisis cerebral infantil con afectación del área motora (tetraparesia espática).

La demanda de los padres del menor fue parcialmente estimada en instancias inferiores, a pesar de lo cual recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo a los efectos de ver sus pretensiones totalmente admitidas. Es por ello por lo que la resolución del Alto Tribunal se centra únicamente en el *quantum* indemnizatorio, sin tratar el daño desproporcionado del asunto.

La semejanza entre este litigio y el anterior es evidente, hasta el punto de que ambos casos son prácticamente idénticos, salvo porque en el segundo se intentó paliar el daño practicando una cesárea de urgencia. Sin embargo, la vulneración de la *lex artis* se halla en la parsimonia que caracterizó a todas las actuaciones previas a la cirugía, ya que aunque había muestras inequívocas de que era muy probable que el parto se complicase, no se adoptó ninguna medida extraordinaria de control y tampoco se optó

⁹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2005, Sala Tercera, recurso 4598/2001, ponente González Navarro.

por adelantar el nacimiento. Si bien es cierto que las pruebas que le practicaron a la gestante no arrojaban datos alarmantes, también lo es que existía una desaceleración en el feto, que era indicativa de un principio de sufrimiento fetal, algo que unido a la pérdida de líquido amniótico, debió alertar a los facultativos que atendían a la madre.

De esta forma, tenemos la vulneración de la *lex artis*, traducida en una parsimonia preocupante en las actuaciones médicas, y el segundo elemento del daño desproporcionado lo encontramos en la extraordinariedad del perjuicio⁹¹⁸.

b) Litigios en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada.

5. La primera de las controversias que analizaremos en este subapartado de resoluciones desestimadas es la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2009⁹¹⁹. En este asunto la relación fáctica es sencilla, en la medida en que se reduce a la pretensión indemnizatoria que ejercitan los padres de una niña que sufrió lesiones en el plexo braquial durante el alumbramiento, que se resumen en una minusvalía del 40%, por paresia en el brazo derecho. En principio, este daño fue causado por una negligente actuación médica en las maniobras del parto.

Al ser la demanda de los padres desestimada en instancias inferiores, éstos recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque la lesión que acaece en el presente supuesto pueda parecer extraordinaria, lo que nos debería llevar a barajar el daño desproporcionado como posible forma de indemnización del perjuicio, lo cierto es que esta primera deducción es errónea. Aunque se da el escenario base para la admisión de esta noción, conviene matizar que la posibilidad de que el plexo braquial resulte lesionado en un parto vaginal es bastante habitual, por lo que nos encontramos ante uno de los elementos que desdibujan esta idea: que el menoscabo final sea un riesgo usual de la práctica médica. Además de este primer elemento que imposibilita cualquier opción de acudir al daño

⁹¹⁸ El último supuesto estimado es la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2007 (Sala Primera, recurso 1818/1997, ponente O'Callaghan Muñoz). En este caso se enjuicia un recurso de casación para la unificación de doctrina, y al no concurrir los elementos de coincidencia necesarios para su admisión, no se procede a analizar el fondo del asunto. Se trata de una distocia de hombros en una mujer con diabetes. En esta misma línea, por tratarse de una distocia de hombros previsible por las condiciones físicas y de salud de la madre, se sitúan las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 3876/2009, ponente Menéndez Pérez) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2012 (Sala Primera, recurso 2128/2009, ponente Seijas Quintana).

⁹¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2009, Sala Tercera, recurso 2472/2005, ponente Puente Prieto.

desproporcionado, de los hechos del caso puede deducirse que el despliegue de las actuaciones se realizó de manera acorde a la *lex artis*, tal y como evidencia el juzgador cuando señala “... el Tribunal de instancia -que no atribuye los daños sufridos por la menor a la atención sanitaria recibida que el Tribunal entiende, incluso, ratificada por la pericial practicada (sic) en el recurso ...”⁹²⁰.

6. El último de los asuntos a examinar es un recurso de casación para la unificación de doctrina, y a pesar de que no realiza aportaciones especialmente mencionables al estudio casuístico en cuestión, lo cierto es que consideramos necesario analizarlo, aunque sea de manera breve, porque se trata de otro ejemplo de distocia de hombros que puede ayudarnos a sentar las bases para la admisión de la figura del daño desproporcionado en este tipo de asuntos; se trata de la sentencia del Tribunal Supremo 18 de marzo de 2004⁹²¹. En este supuesto no se apunta nada respecto de las condiciones propias de la paciente, es decir, que ésta tuviese factores que pudieran incrementar las posibilidades de que se presentase una distocia de hombros. Es por ello por lo que, a pesar de que existe una desproporción evidente en el daño sufrido por el feto, ya que las lesiones fueron muy graves, no ha habido una vulneración de la *lex artis*, porque todo el proceso se desarrolló de manera acorde a este principio. Si a este elemento le sumamos que el menoscabo sufrido por la neonata es un peligro habitual de un alumbramiento natural, cualquier opción de acudir al daño desproporcionado, como medio para indemnizar el supuesto, se torna imposible⁹²².

⁹²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2009 ... *op. cit.* Siguen una línea prácticamente idéntica las más recientes resoluciones: sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2010 (Sala Primera, recurso 2318/2005, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010 (Sala Tercera, recurso 3865/2005, ponente Herrero Pina), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 1301/2006, ponente Puente Prieto) y sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 817/2010, ponente Martí García).

⁹²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2004, Sala Tercera, recurso 194/2003, ponente Martínez – Vares García.

⁹²² Siguen esta misma temática las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 74/2007, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2011 (Sala Tercera, recurso 4895/2007, ponente Martínez – Vares García) y sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 1097/2010, ponente Martí García).

2. Casos en los que la madre resulta lesionada.

a) Supuestos en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada.

7. A continuación analizaremos la única resolución en la que una lesión a la madre en el curso de un alumbramiento, fue estimada en base al daño desproporcionado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2009⁹²³. En este asunto D^a. Inmaculada, de casi cuarenta años, se quedó embarazada por primera vez, de la que se calificó como una gestación de riesgo. Si bien ésta transcurrió con normalidad, las complicaciones comenzaron en el propio parto, que se dilató excesivamente en el tiempo; por lo que fue necesario utilizar fórceps, que provocaron importantes lesiones por distensión a la paciente, entre las que se encuentran dolores intensos y pérdida de control de los esfínteres.

D^a. Inmaculada pretendió el resarcimiento del daño que sufrió en el alumbramiento, siendo su demanda estimada en instancias inferiores, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La desproporción del presente litigio resulta evidente, ya que aunque se presume que la utilización de fórceps puede resultar agresiva, tanto para el feto como para la madre, las secuelas no suelen llegar hasta los extremos del presente caso. Esto evidencia que ha debido mediar algún tipo de negligencia para que se provoque un perjuicio tan grave, por lo que salvo justificación coherente por parte del centro sanitario, esta relación fáctica conforma un escenario perfecto para que el daño sea reprochado en base a la figura objeto de estudio.

Aunque las afirmaciones del Tribunal Supremo hubiesen sido de sumo interés, la casación se centró únicamente en aspectos procesales, por lo que el Alto Tribunal no señaló nada respecto del daño desproporcionado.

⁹²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2009, Sala Tercera, recurso 855/2005, ponente Díez – Picazo Giménez.

b) Asuntos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada.

8. La primera de las controversias desestimadas que estudiaremos es la sentencia del Tribunal Supremo 16 de mayo de 2005⁹²⁴, en la que D^a. Rosario, de 28 años de edad, tras una gestación normal, acudió a una cita de control del embarazo que se había fijado cuatro días antes de la fecha en la que se había estimado el parto. En esta visita se comprobó que el alumbramiento estaba a punto de iniciarse, por lo que se practicó una amnioscopia que reveló la presencia de meconio, y ante un posible sufrimiento fetal, se procedió a inducir el nacimiento mediante la rotura de bolsa y administración de oxitocina, comenzando éste a las 11 de la mañana y finalizando doce horas más tarde, a las 11 de la noche de ese mismo día. La sospecha de sufrimiento fetal se confirmó en el periodo expulsivo, por lo que a fin de evitar daños al feto, se utilizó una ventosa obstétrica, con la que se consiguió culminar el parto. Sin embargo, la premura en las actuaciones llevó a producir un desgarró en cara lateral y anterior izquierda del canal del parto, que aunque se suturó, no consiguió parar el sangrado. Ante la persistencia del mismo y que la paciente mostraba síntomas de *shock* hipovolémico, D^a. Rosario fue trasladada al quirófano, donde se detectó que padecía un *shock* como consecuencia del abundante sangrado sin coagulación, por lo que los puntos del desgarró fueron nuevamente suturados. La paciente fue trasladada a la unidad de cuidados intensivos donde, a pesar de sufrir una mejoría momentánea, un posterior análisis evidenció que su estado de salud seguía siendo grave, de forma que se le practicó una laparotomía exploradora del canal de parto, en la que se observó un gran hematoma perineal, cuya única solución era una histerectomía. Gracias a la agresiva, aunque rápida actuación, los riñones de la paciente no se vieron afectados, debiendo mencionarse además, que el segundo día de estancia en la UCI, la enferma presentó una hemorragia vítrea izquierda complicada con endoftalmitis, como consecuencia de una infección de *estreptococo agalactiae*. El servicio de oftalmología del hospital detectó hipertonía ocular con ocupación vítrea, instaurándose tratamiento antibiótico, lo que permitió la mejoría de la paciente pasadas veinticuatro horas. D^a. Rosario fue dada de alta con el siguiente cuadro clínico: pérdida del útero y visión de un ojo.

⁹²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005, Sala Tercera, recurso 7260/2001, ponente Gómez Navarro. Resolución también analizada desde el punto de vista de las infecciones hospitalarias y el derecho de información, en los capítulos correspondientes.

La paciente pretendió ser resarcida por los daños que sufrió, a pesar de lo cual se vio en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser sus pretensiones inadmitidas en instancias inferiores.

La gravedad del resultado final en relación a la situación inicial de la paciente puede resultar alarmante, ya que lo que fue un embarazo normal de una mujer joven y sana, acabó con un parto complicado que le provocó esterilización y la pérdida de visión de un ojo. Si bien en un primer momento el daño desproporcionado pueda resultarnos la opción más idónea a fin de definir este supuesto, en cuanto analizamos de manera más detenida el litigio, encontramos los primeros escollos: las lesiones que sufrió la paciente, que motivaron el sangrado y consiguiente histerectomía, son un riesgo inherente a la utilización de la ventosa obstétrica en el parto. Esta premisa nos impide utilizar esta figura, a lo que debemos sumar que la necesidad de acudir a esta técnica no fue consecuencia de una mala actuación médica, sino todo lo contrario. Ante las circunstancias del caso, cuando la paciente acudió a una revisión, se decidió provocar el parto a los efectos de evitar daños al feto, objetivo que se consiguió. Si bien es cierto que podemos encontrar algún aspecto criticable en la dilación temporal del alumbramiento en sí, dado que fueron 12 horas, también debemos de destacar que la paciente no llegó al servicio de urgencias con síntomas de parto, por lo que es probable que ello acarree dicha lentitud en la dinámica biológica del nacimiento. Por lo demás, hemos de tener presente la rapidez en las actuaciones, dado que aunque en un principio se abogó por un tratamiento conservador, al observarse que la enferma no mejoraba se practicó una histerectomía, con las implicaciones que ello supone; pero únicamente después de haber intentado preservar el útero de la enferma.

Respecto del daño sufrido por la paciente en el ojo, no es necesario extenderse, ya que éste derivó de una infección provocada por un germen habitual en el 30% de las mujeres embarazadas, algo que limita la responsabilidad del hospital, al no haber quedado probado que el origen de la bacteria se encontrase en las propias instalaciones del centro de salud. Así lo evidencia el juzgador cuando señala "...la actividad médica no es una actividad de resultado, sino de medios, y como en el caso que nos ocupa -tenemos que remitirnos nuevamente a los autos- los informes periciales demuestran perfectamente que se utilizaron todos los medios necesarios, el hecho de que con ocasión -que no por causa- del acto médico se haya derivado ese daño para la paciente,

no puede tenerse por daño antijurídico, esto es: daño que la paciente no tenga el deber de soportar”⁹²⁵.

9. Algo muy similar ocurre en la siguiente resolución, con la única diferencia de que la dirección de las argumentaciones del Alto Tribunal no versa sobre el concepto de daño desproporcionado, dado que las alegaciones de la parte recurrente no lo permiten, al centrarse éstas en el tipo de relación existente entre el paciente y los facultativos que la atendieron. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2008⁹²⁶, en la que D^a. Yolanda, tras un parto normal, sufrió una hemorragia por la que tuvo que ser remitida a otro hospital, donde permaneció en torno a cuatro meses, porque el sangrado uterino post parto le provocó un fracaso renal agudo y un edema pulmonar. La gravedad de la primera lesión llegó hasta tales extremos, que requirió de diálisis durante once años, hasta que finalmente recibió un trasplante de riñón, siéndole declarada por todo ello una invalidez permanente absoluta.

La paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, pero al ser su demanda desestimada en instancias inferiores, recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El caso que nos ocupa es similar al anteriormente analizado, con la singularidad de que el daño es más grave, ya que la paciente necesitó un trasplante de riñón. Es posible que se trate de un caso de daño desproporcionado, porque si bien es cierto que la posibilidad de que se presente una hemorragia es algo habitual en un parto, también lo es su actuación en consecuencia, por ejemplo con una histerectomía; que aunque es agresiva, no acarrea consecuencias tan graves como la omisión de toda actividad. El hecho de no haberse logrado paliar a tiempo la pérdida de sangre, puede ser una muestra evidente de vulneración de la *lex artis*, a lo que debe añadirse, que tal y como se observó en el asunto anterior, mientras que las hemorragias y la pérdida del útero se pueden calificar como un riesgo del parto natural, la pérdida de un riñón trasciende de esta idea de peligro habitual. Es por ello por lo que podríamos encontrarnos ante un ejemplo de daño desproporcionado. Sin embargo, ¿qué dio lugar a su inadmisión? Algo tan sencillo como la prescripción de la acción. El daño se produjo en el seno de una relación extracontractual y la paciente formuló la demanda pasado el primer año desde la estabilización de las secuelas e inicio del cómputo del *dies a quo*⁹²⁷.

⁹²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005 ... *op. cit.*

⁹²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2008, Sala Primera, recurso 2075/2002, ponente Roca Trías.

⁹²⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ comenta un litigio similar al presente, en el que el daño desproporcionado sí fue observado, algo que nos permite reafirmarnos en lo antes señalado: que lo que dio lugar a la

7. El daño desproporcionado y las infecciones no hospitalarias.

En este apartado se analizarán casos de daño desproporcionado, cuyo origen son las infecciones no hospitalarias. La admisión de la construcción doctrinal objeto de análisis en este tipo de supuestos puede resultarnos más o menos sencilla, ya que las consecuencias de que medie una infección en el curso de una recuperación resultan graves y pueden ser calificadas como “desproporcionadas”; más si cabe si ha mediado algún tipo de descuido por parte de los profesionales sanitarios o del hospital. Sin embargo, no se trata de una doctrina libre de crítica, ya que para autores como GALÁN CORTÉS esta opción resulta incorrecta. Apunta este autor, que si uno de los elementos que impiden aplicar este concepto es la habitualidad del riesgo, resulta contradictorio considerar que el resultado de una infección pueda conformar un caso de daño desproporcionado, cuando por todos es conocida la incidencia porcentual de las contaminaciones (tanto de las hospitalarias, como de las que no lo son) sobre una intervención o tratamiento médico⁹²⁸.

1. Litigios en los que la figura del daño desproporcionado fue estimada.

1. La primera de las resoluciones que estudiaremos es probablemente una de las más representativas, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2002⁹²⁹, un litigio en el que a D. Tomás se le extirpó un tumor que le oprimía las raíces sacras. A pesar de que en un principio la cirugía se desarrolló con normalidad y

deestimación fue la prescripción de la acción. El caso en concreto se refería a una paciente que tras dar a luz sufrió una hipovolemia severa que le provocó paraplejia, concretamente asevera este autor “En los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba. Asimismo debe establecerse que, no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la «lex artis ad hoc», no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “Nuevas orientaciones judiciales en materia de responsabilidad civil médica” ... *op. cit.*; concretamente en página 9.

⁹²⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 5 de enero de 2007” ... *op. cit.*; concretamente en página 1008.

⁹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2002, Sala Primera, recurso 1270/1997, ponente O’Callaghan Muñoz.

sin dificultades aparentes, horas después de la misma D. Tomás comenzó a sufrir molestias y fiebre. Como su situación no mejoraba, un año después de la operación el cirujano optó por reabrir la herida y comprobar si todo estaba bien, encontrándose un trozo de gasa que había quedado allí. A pesar de que éste fue extraído, al paciente le restaron importantes secuelas.

D. Tomás pretendió ser resarcido por el daño sufrido, para lo cual tuvo que recurrir en casación al Tribunal Supremo, dado que sus pretensiones no fueron admitidas en instancias inferiores.

Lo primero a destacar de esta controversia, es que aunque cabe la posibilidad de que alguna de las dolencias que padece el actor puedan derivar de la intervención misma, el olvido de una gasa en el interior del paciente no es una de ellas. El juzgador parte de una premisa clara, aunque no se ha acreditado que las afecciones que padece el enfermo sean consecuencia del descuido, tampoco se ha demostrado que éstas no tengan su origen en la actividad médica, algo que evidencia una vulneración de la *lex artis*.

Se da el escenario ideal para la admisión del daño desproporcionado, no en vano debemos tener presente que litigios como éste fueron los primeros con los que esta noción se fue adentrando en la responsabilidad sanitaria, por su obviedad; ya que el resultado final resulta exagerado en relación a la actividad quirúrgica practicada, y si bien se conoce el origen de la misma, éste tiene su razón de ser en una vulneración de la *lex artis*, tal y como evidencia el Tribunal Supremo “...el resultado que se ha producido, ni se había advertido al paciente, demandante (lo que ni se ha alegado siquiera), ni lo había consentido, ni lo había previsto; con lo cual se reitera la doctrina de esta Sala sobre el daño desproporcionado que, entre otras, expresan las sentencias de 29 de junio de 1999 y 9 de diciembre del mismo año, que dicen: Debe aplicarse la doctrina jurisprudencial, también repetida y que es preciso recordar, sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, las SSTs de 13 de diciembre de 1997 y 9 de diciembre de 1998), que, como expresa la STS 29 de junio de 1999 corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se

conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima”⁹³⁰.

La claridad y simplicidad del asunto hacen que no parezca necesario explayarnos en mayor medida sobre el mismo⁹³¹.

2. El segundo supuesto sigue una línea muy similar a la del anterior, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007⁹³², en la que a D^a. Maite se le practicó una disectomía de hernia discal con artrodesis intersomática de injerto óseo e instauración de una placa de titanio. A pesar de que no hubo ninguna complicación en la cirugía, la paciente tuvo que visitar en tres ocasiones al cirujano en el periodo de post operatorio, porque sufría fuertes dolores en la zona, no obstante lo cual, en las pruebas que se le practicaban (radiología simple), no se detectaba el motivo de sus molestias. Es por ello por lo que el médico le restó importancia a los dolores, achacándolos a los padecimientos habituales en este tipo de operaciones. No obstante, D^a. Maite se vio en la necesidad de acudir nuevamente a un centro sanitario, al presentar un cuadro de herniparesia y signos de irritación meníngea, requiriendo de tres cirugías para mejorar

⁹³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2002 ... *op. cit.* LUNA YERGA considera poco concluyentes las circunstancias del proceso, en atención a elementos como el tamaño de la gasa olvidada. También siembra la duda de si las afecciones que sufre el paciente son como consecuencia del olvido de la misma y de los estragos que ésta pudo causar en el interior de su cuerpo, o en su defecto, por una mala praxis en la práctica de la intervención. Es por ello por lo que este autor considera que la claridad de los hechos no es suficiente como para que una noción como la del daño desproporcionado sea aplicable a este litigio. LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico – sanitaria ... op. cit.*, página 194.

⁹³¹ No obstante, no existe plena concordia a este respecto, ya que autores como LUNA YERGA muestran una perspectiva distinta de esta controversia, al opinar que no es necesario acudir a la figura del daño desproporcionado a fin de indemnizar este supuesto, sino al atentado contra la *lex artis* en sí, que no es sino, la traducción misma del olvido de una gasa dentro de un paciente. Apunta concretamente “Así, deben tenerse en cuenta el estado de los conocimientos y los avances de la ciencia médica en el momento en que tuvo lugar la intervención en cuanto a la posibilidad de detectar el cuerpo extraño o restos del mismo que hubieran podido quedar alojados en el interior del paciente. En estos casos, la no adopción de los medios técnicos oportunos para detectarlos constituye una infracción de la *lex artis* susceptible de dar lugar a una declaración de responsabilidad”. LUNA YERGA, Álvaro, “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica”, en *InDret*, n° 141, 2003, pps. 1 a 15; concretamente en página 8. Es interesante la postura de NAVARRO MICHEL a este respecto, ya que esta autora asegura que en este tipo de asuntos en los que el daño se provoca por el olvido de una gasa, la desproporción no es aplicable, dada la alta posibilidad de que esto ocurra. Es decir, esta autora acude a la “habitualidad” de estas contingencias, a los efectos de calificarlas como un riesgo habitual, ya que señala que en muchas ocasiones las gasas se usan sin control para paliar los efectos de una hemorragia y que éstas, al impregnarse de sangre, se camuflan en el interior del paciente, hasta tal punto que los fabricantes de las mismas se han visto en la necesidad de acudir a mecanismos que eviten este tipo de problemas, como lo son las gasas de contraste o incluso, de borde metálico. Es por ello por lo que esta autora califica como “algo habitual” la posibilidad de que se extravíe una gasa en el cuerpo de un paciente, a diferencia de lo que ocurriría cuando el olvido versase sobre unas pinzas, un bisturí o cualquier otro instrumento quirúrgico de esta naturaleza. NAVARRO MICHEL, Mónica, “Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario” ... *op. cit.*; concretamente en página 1222.

⁹³² Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007, Sala Primera, recurso 1667/2000, ponente Montes Penadés. Resolución también analizada desde la perspectiva de las infecciones hospitalarias, en el capítulo correspondiente.

su situación, en las que se le encontraron abscesos de pus en la zona intervenida, por lo que se procedió a la retirada de las piezas de titanio.

Como consecuencia de las complicaciones sufridas, D^a. Maite padece las siguientes lesiones: tetraparesia de carácter severo e incapacitante (del 76%), además del perjuicio estético por una traqueotomía.

Las pretensiones de indemnización de la paciente fueron parcialmente admitidas en primera instancia y confirmadas en apelación, en virtud de lo cual la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Debemos partir de la afirmación que realiza el Alto Tribunal de que la infección que padeció la paciente, así como las secuelas derivadas de la misma, tienen su origen en las piezas de titanio que le fueron implantadas. Aunque la contaminación no pudo observarse en ninguna de las pruebas que le fueron practicadas a la enferma (radiografías), ésta hubiese podido ser descubierta con un simple análisis de sangre, que sin embargo no se realizó. Nos encontramos nuevamente ante el escenario base para la admisión de esta noción, destacando como elemento principal la vulneración de la *lex artis* por la escasez de pruebas, así como por la desproporción del daño final en relación a la actividad quirúrgica en cuestión. El Tribunal Supremo parece compartir esta misma idea “La sentencia recurrida no realiza una apreciación de responsabilidad objetiva del profesional sino que, aplicando correctamente la técnica del “daño desproporcionado”, presume, en definitiva, su culpa ante la carencia de una explicación convincente de las causas del evento dañoso, que correspondía al mismo profesional, según ha quedado dicho en el Fundamento Jurídico anterior, más evidente en cuanto se constata que hubiera bastado un análisis de sangre para llevar a cabo una terapia adecuada y tempestiva que hubiera evitado el resultado dañoso”⁹³³.

El juzgador destaca que la vulneración de la *lex artis*, no radica únicamente en desconocer del foco de la infección, sino más bien en la falta de pruebas que indagasen este extremo.

3. Igualmente claro resulta el litigio de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2003⁹³⁴, en el que D. Benito sufrió la pérdida de visión de un ojo que había sido intervenido de cataratas, por el simple de hecho de que no le fue suministrada la

⁹³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007 ... *op. cit.*

⁹³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2003, Sala Primera, recurso 3378/1997, ponente Gullón Ballesteros.

inyección subconjuntiva postquirúrgica de antibióticos y corticoides, cuya finalidad es precisamente evitar posibles sepsis que puedan provocar desenlaces como el presente.

El paciente pretendió que le fuesen resarcidos los daños sufridos, no obstante su demanda fue desestimada en primera instancia, pero no así su recurso de apelación ante de la Audiencia Provincial competente. En virtud de la situación, la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nuevamente nos encontramos con un asunto bastante claro en el que se presenta un escenario perfecto para la admisión del daño desproporcionado. El resultado normal de una cirugía tan simple, como lo es la de cataratas, no es la pérdida de visión del ojo. Sin embargo, un daño extraordinario no es suficiente, siendo necesaria además una vulneración a la *lex artis*, la cual se halla en el hecho de que al enfermo no le fuese administrada una inyección que requería, cuya finalidad era precisamente evitar un desenlace como el producido. En esta misma línea se pronuncia el juzgador “El motivo se desestima porque la Audiencia no dice en modo alguno que la historia clínica esté falseada; deduce de ella que al actor no se le aplicó la inyección subconjuntiva postoperatoria que impone la *lex artis* como medida profiláctica (sic). Por tanto, el recurrente confunde la valoración probatoria con una cuestión de incongruencia, y nada tienen que ver ambas cosas; no se otorga con ello más de lo pedido, ni cosa distinta ni por causa distinta, que aquí reside en la falta de una medida profiláctica. Por otra parte, no ha de olvidarse que la Audiencia valoró la prueba que correspondía al recurrente, ya que el resultado anormal y desproporcionado con lo que acontece en las operaciones de cataratas que sufrió el actor a ello le obligaba, y es en esa valoración en la que echa en falta la realización de la medida profiláctica en cuestión. La víctima no puede precisar cuál es la concreta y precisa causa del resultado anómalo y desproporcionado (pérdida de visión de un ojo) que ha sufrido; es al demandado al que le es más fácil la prueba del desempeño de la diligencia exigible y que el resultado no obedece a la falta de ella”⁹³⁵.

⁹³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2003 ... *op. cit.* Puede resultar relevante tener presente el comentario que realizó BLAS ORBÁN sobre una resolución muy similar, concretamente de 22 de noviembre de 1999, que aunque queda excluida de nuestro análisis por una razón de temporalidad, tiene tal semejanza con el litigio objeto de estudio, que hace interesante un breve examen de la misma. Se trata de otra intervención de cataratas que finalizó con la pérdida de visión del ojo operado, aunque en este caso no fue debido a ninguna infección, sino por requerir una segunda cirugía, porque se habían soltado algunos de los puntos del glóbulo ocular en cuestión. La condena de este supuesto, a diferencia de lo acontecido en el caso recientemente analizado, se basó en una presunción de negligencia, porque para el juzgador la contingencia materializada era una muestra de la escasa diligencia de las actuaciones desplegadas. BLAS ORBÁN, Carmen, *Responsabilidad profesional del médico* ... *op. cit.*, página 229.

2. Conflictos en los que la figura del daño desproporcionado fue desestimada.

4. La primera de las resoluciones objeto de análisis en este subapartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007⁹³⁶, en la que un niño nació con síndrome de *Down* y con un padecimiento genético: cataratas congénitas bilaterales. Con un mes de vida se le intervino a los efectos de paliar esta dolencia, consistiendo la cirugía en la implantación de una lente intraocular, técnica que de acuerdo con el criterio de los padres, era una práctica muy agresiva para un paciente de esa edad. A pesar de que la operación se desarrolló con plena normalidad, tras la misma el menor sufrió una infección en uno de los ojos, en el derecho concretamente, del que acabó perdiendo la visión.

Ante las mencionadas circunstancias los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño por éste sufrido, para lo cual tuvieron que recurrir en casación, ya que su demanda fue desestimada en primera instancia, corriendo la misma suerte el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente.

Esta controversia resulta especialmente llamativa, probablemente por la dirección de las argumentaciones del Tribunal Supremo, ya que éste considera imposible acudir a la noción del daño desproporcionado, por el simple hecho de que la infección que sufrió el paciente no resulta habitual, de forma que no cabe imputación alguna del daño. Esta afirmación permite entrever que el juzgador pretende aplicar el concepto del caso fortuito a fin de justificar la inadmisión del recurso, pero no lo dice expresamente y se escuda en la extraordinariedad de la infección. Ahora bien, de acuerdo con los principios del daño desproporcionado que hemos desarrollado a lo largo del presente capítulo, algo que efectivamente excluye esta idea es que el resultado final sea un riesgo usual de la práctica médica, y contrariamente un daño inusitado sienta la sospecha de una posible negligencia. Concretamente señala el juzgador “... no hay relación de causalidad entre el implante de lente intraocular del año 1991 y la infección grave que se detecta en mayo de 1993 y que determina la pérdida de visión del ojo derecho, añadiendo, en relación con esta infección, que por “los distintos peritos se considera una complicación poco frecuente, excepcional y en todo caso inevitable, dada la evaluación de todas las acciones terapéuticas”. Con esta base fáctica no resulta

⁹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007, Sala Primera, recurso 1018/2000, ponente Corbal Fernández.

razonable entender que ha habido una actuación culposa por parte de los demandados ...⁹³⁷.

Consideramos poco acertada la decisión, dado que rompe con los principios básicos de la figura, como lo es la no habitualidad del daño y la falta de prueba de la *lex artis*.

5. El último caso que analizaremos es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2009⁹³⁸, en este litigio D. Jon sufrió una hernia de disco al caerse de una escalera en su trabajo y fue intervenido a los efectos de paliar las molestias que ésta le causaba. A pesar de que la cirugía se desarrolló correctamente, en el curso de la curación le sobrevino una infección por espondiodiscitis postquirúrgica, que le reportó importantes lesiones.

D. Jon consideró que había sido víctima de una actuación negligente, por lo que pretendió ser resarcido por las secuelas que le restaron. Su demanda fue estimada en primera instancia, pero revocada en apelación, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La razón de ser de haber relegado este supuesto al final se basa en la falta de claridad del mismo, ya que no realiza especiales aportaciones a la figura del daño desproporcionado. Parece conveniente tener presente que el recurrente no llega a dimensionar la desproporción del perjuicio, es decir, hasta qué punto es inusual que se manifieste una infección de este tipo, y que además ésta acarree las afecciones que padece. Ante esas circunstancias el Alto Tribunal no puede efectuar un juicio de valor, dado que cualquier intervención entraña riesgos “Las alegaciones sobre una posible inversión de la carga de la prueba y al llamado daño desproporcionado, que también se invocan, resultan asimismo improcedentes. En primer lugar, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente. En segundo, la invocación del daño desproporcionado, si bien se hace en la demanda, es ajena al fundamento resolutorio de la sentencia, lo que impide considerar si existe alguna desproporción entre la patología inicial que presentaba el paciente y el resultado posterior, ni menos aún especular sobre la entidad de una determinada intervención

⁹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007 ... *op. cit.*

⁹³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2009, Sala Primera, recurso 2250/2003, ponente Seijas Quintana.

médica sujeta como todas al componente aleatorio propio de la misma, puesto que ninguna explicación se ofrece en la demanda, salvo la cita de las sentencias de 30 de julio y 9 de diciembre de 1999 , y porque, además, no resulta de aplicación, por desproporcionado que parezca el daño, si prueba que no fue debido a la negligencia de los médicos o del servicio, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (SSTS 24 de noviembre de 2005; 19 de octubre de 2007)”⁹³⁹.

La presente controversia parece un nuevo ejemplo de la seguridad de este concepto, ya que las exigencias del juzgador se muestran estrictas. La víctima ha sido poco precisa, de forma que la admisión del daño desproporcionado no ha sido posible, porque de lo contrario se generaría un clima de inseguridad en torno a esta noción.

⁹³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2009 ... *op. cit.*

V. CONCLUSIONES.

1. El daño desproporcionado es una construcción doctrinal muy amplia donde encajan supuestos tan dispares como los que hemos tenido oportunidad de analizar a lo largo del capítulo, desde estados comatosos como consecuencia de una intervención de cirugía estética, hasta el fallecimiento por tétanos de una paciente a la que no le fue suministrada la vacuna correspondiente.

2. La ambigüedad de la construcción doctrinal es su principal peculiaridad, al caracterizarse por su elasticidad y amplitud de contenido. Es por ello por lo que en este concepto encajan casos tan dispares entre sí.

Si bien es cierto que ésta es su particularidad más llamativa, también lo es que conforma su mayor desventaja, ya que hace que el juzgador mire con recelo a esta suerte de cajón de sastre. Una aplicación indiscriminada de la misma puede llegar a forzar que la práctica totalidad de litigios de responsabilidad sanitaria se enjuicien por esta vía. La razón de ser es muy sencilla, para cualquier profano en Medicina un resultado médico distinto al pretendido resulta llamativo y cuanto menos, desproporcionado.

3. La “peligrosidad” del concepto resulta evidente, por lo que la pregunta que nos formulamos es la siguiente, conociendo las desventajas de esta idea ¿qué medidas de control son necesarias para que la aplicación de esta noción no se realice de manera arbitraria y contraria a Derecho?

Lo primero que debemos tener presente es el elemento daño. El término “desproporción” no alude necesariamente a un perjuicio llamativo, extraordinario o especialmente grave, sino únicamente a un menoscabo que no resulta habitual o que no tendría por qué materializarse en el acto médico en cuestión, salvo que mediase una actuación de escasa diligencia.

El mentado daño genera una suerte de presunción de negligencia, que da lugar, no a una inversión de la carga de la prueba, sino a la aplicación del criterio de facilidad probatoria. Se genera una sombra de incertidumbre en torno a una posible negligencia, favoreciendo así la labor del demandante, que únicamente se ve en la necesidad de demostrar el perjuicio sufrido y el carácter excepcional del mismo.

Ahora bien, aunque el daño resulta clave en esta construcción doctrinal, tan sólo genera una suposición, que evidentemente requiere de elementos añadidos para dar

forma a la figura. Lo insólito del perjuicio debe venir acompañado por un incumplimiento de la *lex artis* en el desarrollo de las actuaciones.

4. Entendemos que se pretende lograr un equilibrio probatorio en la relación médico – paciente, por la cual se intenta esclarecer qué aconteció exactamente para que se presentase un menoscabo extraordinario. Para ello se varían los criterios usuales en materia probatoria, facilitando esta tarea a la parte más indefensa y recayendo dicha labor en la que tenga un acceso más cómodo a la prueba.

CAPÍTULO VI
LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

A modo de introducción:

La pérdida de oportunidad es otra de las figuras de la responsabilidad sanitaria sobre la que aún existen más oscuros que claros. La naturaleza de este concepto lo hace proclive a un uso indiscriminado y abusivo del mismo, con el único fin de lograr una indemnización.

Los aspectos antes mencionados tienen su origen en la problemática inherente a la noción, cuya razón de ser tiene una doble justificación. Por un lado, se trata de una idea fuertemente marcada por los hechos, y por otro, el daño indemnizable es la incertidumbre. Estos dos elementos hacen que sea una construcción doctrinal prácticamente relegada a casos muy concretos, ya que un uso sin criterio de la misma implicaría importantes arbitrariedades.

Precisamente en aras de aclarar mínimamente algunas de estas cuestiones, en primer lugar realizaremos un análisis dogmático de la pérdida de oportunidad, por lo que además de examinar el concepto en sí y su origen, también se aludirá a su naturaleza, figuras afines y la vertiente del daño que es indemnizada en esta construcción doctrinal. Clarificadas estas cuestiones, procederemos a efectuar el siempre protagonistas análisis jurisprudencial, a los efectos de hallar una línea general, que permita arrojar luz sobre este concepto.

1. Concepto.

1. La pérdida de oportunidad puede definirse como una construcción doctrinal de origen jurisprudencial, que se traduce en una acción judicial que toma como base, no la causación de un daño, sino la pérdida de una probabilidad o posibilidad cierta y real de obtener un beneficio. Si bien la primera parte de la explicación no entraña mayores complicaciones, la cuestión se dificulta con el perjuicio, porque éste resulta incierto. Debemos tener presente que el menoscabo final no es provocado por la parte demandada, porque éste ya existía, sino que su actuación ha ocasionado la no evitación del mismo, su incremento o simplemente no lograr una mejora posible.

Tras estas primeras impresiones, es de recibo que nos hagamos la siguiente pregunta ¿qué se invoca realmente? La pérdida de oportunidad en sí misma, entendida ésta como la condena sufrida o la desaparición de posibilidades de curación o mejora del paciente, que ha visto las mismas reducidas a cero⁹⁴⁰.

La complejidad de la noción resulta patente, ni el médico ni el centro sanitario han causado el daño final al paciente, que podríamos ejemplificar en el fallecimiento, pérdida de un miembro, etc.; ya que éstas contingencias tuvieron su origen en una circunstancia previa, como por ejemplo, un accidente. La incidencia de los demandados reside en la reducción de las posibilidades de mejora o sanación del paciente a un 0% o un porcentaje similar.

⁹⁴⁰ Así lo asevera MEDINA ALCOZ cuando afirma “Es que en realidad, se dice, aquí no se está indemnizando el daño físico que produce como consecuencia de la patología del enfermo, no se está indemnizando el beneficio industrial que deja de obtener el licitador que debió ser adjudicatario o que pudo serlo de haberse actuado conforme a Derecho. Se está indemnizando la pérdida de una pérdida de oportunidad como un bien en sí mismo de curación en el primer caso o de victoria en el segundo caso. Eso es un bien en sí mismo, es un daño emergente”. MEDINA ALCOZ, Luis, “La teoría de la pérdida de oportunidad”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 16, 2011, pps. 97 a 112; concretamente en páginas 106 y 107. Línea doctrinal seguida por GUILLÓ SÁNCHEZ – GALIANO “Es esa pérdida de oportunidad del tratamiento, del medio, de la decisión que puede tomar el paciente, lo que en definitiva se está reconociendo como responsabilidad de la Administración sanitaria y lo que se está indemnizando ...”. GUILLÓ SÁNCHEZ – GALIANO, María de los Desamparados, “Aspectos problemáticos de la pérdida de oportunidad”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 16, 2011, pps. 113 a 119; concretamente en página 115. Igualmente, BOTANA GARCÍA se decanta por esta misma idea “Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera”. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “Indemnizada la pérdida de oportunidad”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 113, 2013, pps. 1 a 4; concretamente en página 3.

Huelga señalar que la indemnización, de llegar a concederse, no podrá abarcar la totalidad del menoscabo sufrido, es decir, el 100%, por dos razones. La primera de ellas la hemos apuntado líneas atrás, el perjuicio no ha sido ocasionado por la parte demandada, sino que era anterior a la relación médica. El segundo motivo es evidente, si bien se tiene conocimiento de que no se llevó a cabo una actividad necesaria, también es lógico pensar que no puede llegar a alcanzarse la certeza de que el daño final se habría evitado, de haberse desplegados los medios necesarios. Es por ello por lo que la indemnización se atempera, dado que se basa en suposiciones o hipótesis que se materializan en porcentajes imposibles de fijarse exactamente, salvo casos aislados⁹⁴¹.

2. MEDINA ALCOZ define de forma clara y estructurada esta idea “El sintagma <<pérdida de oportunidad>> (también <<pérdida de una oportunidad>>, <<pérdida de oportunidades>>, <<oportunidad perdida>>) es la expresión española que se emplea usualmente en el ámbito de la responsabilidad civil para hacer referencia al daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo”⁹⁴².

Se trata de un concepto caracterizado por la incertidumbre. Inseguridad sobre la patología preexistente, los medios de sanación o mejora, las consecuencias de la no aplicación de los mismos y las posibilidades de evitar el daño final. El único aspecto

⁹⁴¹ Sobre esta misma idea se pronuncia PANIZA FULLANA, respecto de un litigio en el que el cliente de un abogado le demanda a éste por la prescripción de una acción. La indemnización exigida era la misma que contenía la demanda, algo que no aceptó el juzgador por la falta de certeza. Concretamente asevera esta autora “Se extrae de los razonamientos de la Sentencia de la Audiencia Provincial, confirmados por la del Tribunal Supremo, que probada la negligencia del letrado, su retraso en la interposición del recurso fue lo que provocó que se declarara prescrita la acción. Esta actuación provocó un daño moral al actor vinculado a la pérdida de oportunidad de obtener una resolución sobre el fondo. Entiende que no cabe identificar el daño con el valor de la indemnización que podría haberse obtenido, ya que la obligación que vincula al abogado con su cliente es de medios, no de resultado”. PANIZA FULLANA, Antonia, “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del *quantum* indemnizatorio”, en *Revista Aranzadi Civil – Mercantil*, vol. 1, nº 11, 2012, pps. 51 a 64; concretamente en página 55. Opinión compartida por RUBIO TORRANO “Concretando el riesgo acerca del cual no se informó, la indemnización debe cuantificarse exclusivamente en función del valor de la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia y no por la integridad del daño a la salud sufrido por el paciente a raíz de la actuación médica. La pérdida de oportunidad se valora haciendo un juicio de probabilidad en relación con la opción de sustraerse a la intervención realizada o de optar por una alternativa terapéutica en el caso de haber conocido plenamente los riesgos personales, probables o típicos de la intervención”. RUBIO TORRANO, Enrique, “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”, en *Aranzadi Civil – Mercantil*, vol. 2, nº 3, 2012, pps. 53 a 59; concretamente en página 55.

⁹⁴² MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2007, página 55.

indudable es que al paciente se le ha privado de una ganancia o no se le ha permitido evitar una pérdida, aunque se desconoce en qué medida⁹⁴³.

YZQUIERDO TOLSADA se pronuncia en una línea muy similar a la que se ha señalado líneas atrás “Hablar de pérdida de oportunidades implica, por contra y por definición, hablar de una situación en la que se da la aparentemente contradictoria confluencia de dos elementos: la certeza de que, si no se hubiese producido el hecho dañoso, el perjudicado habría mantenido la esperanza en el futuro de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial; y la incertidumbre definitiva de lo que habría sucedido si no se hubiera producido el evento”⁹⁴⁴.

GALLARDO CASTILLO hace girar este concepto en torno al de la *lex artis*, destacando que el cumplimiento de ésta última no es suficiente a los efectos de que se estime la plena diligencia, sino que debe desarrollarse en el momento oportuno y de la manera necesaria. No en vano, para la pérdida de oportunidad no es indispensable una vulneración de la *lex artis*, ya que una actuación médica correcta, por sus circunstancias, también puede provocar un daño, o por lo menos no evitarlo⁹⁴⁵.

XIOL RÍOS acude a una división fáctica que es de obligada mención antes de finalizar esta breve introducción conceptual. Este autor asegura que la pérdida de oportunidad se da en una serie de escenarios clásicos como los siguientes: la pérdida de una ventaja como consecuencia de una actuación profesional perjudicial, la pérdida de oportunidad que no depende de la actividad del perjudicado y el sacrificio de una posibilidad, por una cuestión azarosa. Este autor vuelve de nuevo sobre el protagonismo ineludible de la incertidumbre en la causalidad, hasta el punto de que no permitir el reproche de estos casos atentaría contra los intereses de la víctima, al haber sufrido un daño real. Es precisamente en este punto en el que la pérdida de oportunidad toma sentido, como noción reparadora de esta circunstancia⁹⁴⁶.

Como conclusión de todas estas explicaciones analizadas hasta el momento, parece conveniente citar la definición de ASUA GONZÁLEZ “La *doctrina* de la pérdida de

⁹⁴³ AA.VV., *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2009, página 395.

⁹⁴⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 1998”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 50, pps. 533 a 542; concretamente en página 537.

⁹⁴⁵ GALLARDO CASTILLO, María Jesús, “De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual” ... *op. cit.*; concretamente en página 2141. De las palabras de este autor se desprende que el perjuicio resultante no deriva de la actividad médica (o de la omisión), sino de la incidencia de la misma, bien de forma activa o pasiva, tal y como comentábamos líneas atrás.

⁹⁴⁶ XIOL RÍOS, Juan Antonio, “El daño moral y la pérdida de oportunidad”, en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 1, nº 109, 2010, pps. 9 a 38; concretamente en página 11.

oportunidad se plantea como consecuencia de un tipo de incertidumbre en torno a uno de los presupuestos de una reclamación indemnizatoria, la relación de causalidad. Su virtualidad se produce pues a propósito de dificultades probatorias, de ahí su especialidad relevancia en el ámbito sanitario”⁹⁴⁷. Esta autora resume los escenarios de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico en un número más o menos acotado de supuestos de hecho: los errores de diagnóstico o tratamiento, la falta de información, los errores en el consentimiento informado y los diagnósticos prenatales⁹⁴⁸.

2. Etimología y origen.

1. Etimología.

La idea de la pérdida de oportunidad parte del concepto de *chance*, que podríamos entender como “suerte”. El origen de esta palabra la conforman dos vocablos, *choir* por un lado, que podría traducirse como “caer por su propio peso”, y por otro lado *cadere o cadentia*, que podemos interpretar como “caer” y “caída”, respectivamente. La raíz de este término la encontramos en la práctica del juego de azar de los dados, ya que *chéant*, una palabra que deriva de *chance*, era el nombre que recibía el número de puntos que se sumaba en cada caída de dados sobre el tablero⁹⁴⁹.

La palabra *chance* puede significar tanto probabilidad como suerte, y es precisamente en esta segunda acepción en la que se ha apoyado la base de la construcción doctrinal de la pérdida de oportunidad, entendiéndose como la pérdida de una probabilidad beneficiosa; pudiendo resumirse la figura como “la pérdida de la oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad”⁹⁵⁰.

⁹⁴⁷ ASUA GONZÁLEZ, Clara I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson – Aranzadi, 2008, Cizur Menor, página 15.

⁹⁴⁸ No obstante estas afirmaciones, en el estudio fenomenológico podrá observarse cómo la jurisprudencia baraja un abanico mayor de posibilidades.

⁹⁴⁹ GARCÉS – GARRO RANZ nos acerca otra referencia etimológica en la que señala, que además del origen francés, la denominación de esta noción también hunde sus raíces en la tradición árabe, donde la palabra “azar” encontraría su origen en *azzahr*, de la que derivaría el vocablo *zahr*, que significa dado; de donde provendría el concepto de la probabilidad que deriva de esta figura. GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat, “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”, en *CEFLEGAL (Comentarios y casos prácticos)*, nº 111, 2010, pps. 33 a 72; concretamente en página 36.

⁹⁵⁰ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado ...op. cit.*, página 61. Aunque ésta sea la doctrina mayoritaria, no faltan voces discordantes que consideran que la opción correcta para optar por un significado de *chance* debe ser el de oportunidad, acudiéndose a una distinción entre “buenas oportunidades” y “malas oportunidades”; traduciéndose la pérdida de oportunidad en el reparto de probabilidades entre ambos extremos.

La “pérdida” debe comprenderse como un concepto asociado a la carencia de algo que se poseía o se podía poseer, que en el caso de la noción objeto de análisis, sería la salud. “Oportunidad” por su parte, hay que interpretarla como una conveniencia en un tiempo determinado⁹⁵¹.

2. Origen de la figura.

1. El origen de la pérdida de oportunidad, todavía a día de hoy es objeto de debate, ya que surgió casi de manera simultánea en los países del *Droit Civil* y del *Common Law*, entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, a fin de dar respuesta a litigios de responsabilidad contractual en los que se perdía alguna oportunidad en un proceso judicial, concurso o licitación. A pesar del mentado desacuerdo, por cuestiones de temporalidad, consideramos más correcto situar la procedencia de esta idea en Francia⁹⁵².

Centrándonos en Francia, por ser el país europeo donde se estima que primero se vislumbró judicialmente esta noción, tenemos como referente la sentencia de 17 de julio de 1889, de la *Cour de Cassation*, en la que un procurador judicial olvidó la tramitación de un proceso, impidiendo al litigante cualquier posibilidad de llegar a una resolución judicial. Fue precisamente con este caso con el que se inició la andadura jurisprudencial de la pérdida de oportunidad, al invocarse esta construcción doctrinal contra el *huissier* (procurador), que olvidó la fecha de presentación de una acción judicial, privando de cualquier posibilidad de defensa a su representado⁹⁵³.

2. A pesar del carácter controvertido de la pérdida de oportunidad, su aceptación fue amplia, y su generalización a lo largo del siglo XX, fue rápida; no obstante lo cual, siguió distintas tendencias en función de su localización geográfica y tradición jurídica. Podemos dividir la aceptación y evolución de este concepto en tres agrupaciones de países, en función de la suerte sufrida en los mismos. En primer lugar están los Estados

⁹⁵¹ DE LA CALLE SANTIUSTE, Ángel, “Pérdida de oportunidad en salud”, en *Ars Médica: revista de humanidades*, vol. 5, 2006, pps. 141 a 147.

⁹⁵² MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado ... op. cit.*, página 130. Joseph H King efectuó una gran aportación a este concepto, al evidenciar la necesidad de analizar la causalidad en relación al proceso de identificación y establecimiento del valor del daño. LUNA YERGA, Álvaro, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico – sanitaria” ... *op. cit.*; concretamente en página 4.

⁹⁵³ GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat, “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario” ... *op. cit.*; concretamente en página 36.

donde la construcción doctrinal fue inventada (Francia e Inglaterra) o posteriormente aceptada (tal y como es el caso de Bélgica, Italia, Argentina y Australia), donde esta doctrina se encuentra ampliamente admitida y ha sufrido una importante evolución, no restringiéndose su uso únicamente a las probabilidades perdidas en procesos judiciales o concursos.

La segunda corriente la conforman naciones como Canadá, Holanda o Estados Unidos, donde la inserción de la pérdida de oportunidad fue recelosa, parcial (admitiéndose únicamente en una concreta materia) y desigual; hasta el punto de llegar a existir una amplia línea doctrinal contradictoria.

Finalmente, el tercer grupo de países viene compuesto por aquellos ordenamientos jurídicos en los que la pérdida de oportunidad no tiene cabida, como es el caso de Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza, entre otros. En éstos, la práctica judicial no ha acogido este concepto, por considerar que la frustración de una expectativa no es resarcible, y que de serlo el margen de probabilidad debe ser tan amplio, que permitiría la existencia de un nexo causal⁹⁵⁴.

3. Por otro lado, en el sistema de la *Common Law* fue necesario esperar hasta el año 1911 para que la pérdida de oportunidad fuese invocada ante un Tribunal (de ahí que nos hayamos decantado por situar el origen de la figura en el sistema francés). Ocurrió en el asunto *Chaplin v. Hichs*, de la *Court of Appeal*, en el que se enjuició la pretensión frustrada de ganar un concurso de belleza⁹⁵⁵.

4. En el caso español la primera invocación de la pérdida de oportunidad se dio en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998⁹⁵⁶. Se enjuiciaba una supuesta negligencia sanitaria en la que un trabajador, que sufrió una amputación en

⁹⁵⁴ A pesar de las reticencias de estos países, lo cierto es que tanto la labor desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto a esta noción, como su evolución en el Derecho comunitario, están generando un clima de aceptación, que probablemente propicie una admisión paulatina en los Estados antes mencionados. La razón de ser para esta exclusión es que estas naciones se basan en la teoría del “todo o nada”, que será estudiada en su momento. YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A., “Pérdida de oportunidad”, en *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, vol. 6, nº 2, 2011, pps. 1 a 36; concretamente en páginas 8 y 9.

⁹⁵⁵ Un agente teatral convocó un concurso de teatro con la promesa de que contrataría por tres años a doce de las cincuenta candidatas que se encontrasen entre las más votadas. Una de las participantes fue seleccionada a los efectos de pasar a la fase de contratación, pero no le fue notificada la fecha de la entrevista, por lo que su lugar fue ocupado por otra candidata. El caso fue indemnizado en base a la frustración de una posible contratación. MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado ... op. cit.*, página 131. YONG y RODRÍGUEZ YONG toman como punto de partida para la pérdida de oportunidad, precisamente este enjuiciamiento de un concurso de belleza, y no tanto las determinaciones de la Corte francesa. YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A., “Pérdida de oportunidad” ... *op.cit.*; concretamente en página 4.

⁹⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998, Sala Primera, recurso 1496/1994, ponente Gullón Ballesteros.

uno de sus dedos en el desempeño de sus funciones, vio limitadas a cero las posibilidades de reimplantación de la parte del miembro perdido, por un descuido en la custodia del dedo desde su lugar de trabajo hasta el hospital más cercano; algo que provocó que éste llegase en un estado de extrema congelación⁹⁵⁷.

5. Como hemos podido observar, los primeros pasos de la pérdida de oportunidad fueron dificultosos y se encontraron colmados de escollos en la doctrina española, ya que su aceptación fue casi residual, hasta el punto de que algunos autores, como MEDINA ALCOZ, la han llegado a denominar “el pariente pobre” del Derecho de daños⁹⁵⁸.

Fue precisamente por esta situación por la que la primera normativa que le dio forma legislativa a la pérdida de oportunidad, la Ley 48/1998, de 30 de diciembre⁹⁵⁹,

⁹⁵⁷ Un trabajador de la empresa “Frigo” sufrió una amputación parcial de una de sus manos. La enfermera de la empresa donde trabajaba el accidentado se puso en contacto con los servicios de urgencias del hospital más cercano, a fin de avisarles y recibir instrucciones precisas a los efectos de conservar el dedo, de forma que pudiese ser reimplantado. Una vez hubo dejado el miembro seccionado en una caja con hielo, procedió a atender al enfermo hasta estabilizarlo. Cuando éste estaba preparado para su traslado, la enfermera solicitó a uno de los compañeros del accidentado que comprobase el estado del dedo y en caso de requerir más hielo, procediese a añadirlo. Éste verificó la necesidad de volver a poner más hielo, dado que ya se había derretido, pero consideró que el hielo seco sería más apropiado, por su mayor capacidad de enfriar. Cambió el recipiente y el medio de refrigeración, entregándoselo a la enfermera, la cual no comprobó el interior de la caja a pesar de que el envase era diferente, y acompañó al trabajador al hospital. Cuando llegaron al centro sanitario más cercano, el dedo amputado había estado un tiempo excesivo expuesto al extremo frío del hielo seco, por lo que la congelación del mismo hacía imposible su reimplantación. La acción judicial se entabló contra la enfermera de la empresa que no comprobó, a pesar del cambio de envase, las condiciones en las que se encontraba el miembro amputado, ya que con el escaso tiempo de congelación que había sufrido antes de partir, hubiesen podido llegar a mantenerse con vida los tejidos del dedo. Por supuesto, se acudió a la pérdida de oportunidad, porque el margen de éxito de la reimplantación era desconocido. Autores como MEDINA ALCOZ consideran la efectiva concurrencia de la figura de la pérdida de oportunidad en este litigio, pero con mayores cautelas. Este autor señala con gran acierto, que el Tribunal Supremo indemnizó al accidentado por la pérdida del dedo, y no por la pérdida de oportunidad de reimplantación, ya que en realidad la amputación era un daño emergente que el enfermo ya estaba sufriendo, por lo que el autor considera que sería necesario indemnizar únicamente por la pérdida de oportunidad de reimplante y no tanto por la pérdida del dedo. MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado ... op. cit.*, página 205. No obstante, y aunque esta es la primera resolución que se dictó sobre la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad sanitaria, desde los años noventa el Tribunal Supremo venía acogiendo esta idea en otro campo, el de la responsabilidad de los abogados. LLAMAS POMBO, Eugenio, “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad”, en *Práctica de Derecho de daños*, nº 110, 2012, pps. 1 a 3; concretamente en página 1.

⁹⁵⁸ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado ... op. cit.*, página 235. Ahora bien, LORENZO – REGO se hace eco de la rápida evolución que ha tenido este concepto, por el amplio espectro de aplicación que tiene en la actualidad la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria. De tal forma, que si bien al principio ésta se limitaba a controversias de *wrongful birth* y *wrongful life*, ahora puede verse invocada en supuestos tan dispares como la mala *praxis* en general o el consentimiento informado. LORENZO – REGO, Irene, “El nexo causal en la responsabilidad civil sanitaria” ... *op. cit.*

⁹⁵⁹ Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimiento de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

pasó prácticamente desapercibida⁹⁶⁰. Esta generalización lenta y tortuosa viene motivada, entre otras cosas por lo que MEDINA ALCOZ denomina “doctrina judicial de preterición virtual del lucro cesante”, por la cual la prudencia es la base de la prueba en el sistema judicial⁹⁶¹. Esta tendencia se centra en exigir la plena certeza en la práctica probatoria, algo que puede llevar a que una gran cantidad de reclamaciones indemnizatorias, cuya posibilidad de ser resarcidas resulta alta, sufran una suerte desestimatoria por no alcanzar la plena certeza causal.

3. Recepción legislativa de la pérdida de oportunidad en Europa y en España.

1. La Unión Europea, en su afán proteccionista, ha encontrado en la pérdida de oportunidad una vía de solución a situaciones de desamparo y menoscabos económicos, provocados por la pérdida de expectativas.

Uno de los primeros pasos para la introducción de esta noción, lo encontramos en una iniciativa de la Unión en materia de contratación pública. Se reconoció el derecho a ser resarcido en este ámbito, con motivo de que las normas procedimentales de la contratación pública resultasen violadas, provocándose la falta de adjudicación a un candidato con “posibilidades”; fijándose el umbral indemnizatorio en las “probabilidades reales” de contratación. Nos referimos a las Directivas 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero⁹⁶², junto con la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989⁹⁶³. Ambas Directivas tienen como filosofía común el resarcimiento a los damnificados por el incumplimiento de los protocolos públicos de contratación, encontrándose las dos traspuestas a la normativa interna.

2. En España, a pesar del rechazo inicial que sufrió la pérdida de oportunidad, ésta se ha ido abriendo paso de forma gradual, junto con algunas otras figuras afines en el ámbito probatorio, como la técnica presuntiva y la teoría del riesgo. Por medio de estas construcciones doctrinales se ha conseguido superar el principal escollo que se

⁹⁶⁰ Derogada por la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

⁹⁶¹ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado ... op. cit.*, página 192.

⁹⁶² Directivas 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

⁹⁶³ Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos en suministro y de obras.

erguía frente a la pérdida de oportunidad: la idea de que la verdad procesal y la material son idénticas.

Aunque desde la década de los ochenta los Juzgados y las Audiencias ya se hacían eco de este concepto, el Tribunal Supremo se resistía, por lo que podríamos marcar como punto de inflexión de aceptación de esta doctrina, la entrada en la actual centuria, es decir, el año 2000. A pesar de que sigue existiendo una lucha interna entre ambas tendencias, lo cierto es que la admisión de la figura ha sido amplia, en aras de la justicia material. A lo que debemos añadir que las implicaciones legislativas, como las anteriormente comentadas, han sido de suma ayuda.

II. LA FIGURA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.

1. Naturaleza jurídica.

1. El escenario del que debemos partir es aquel en el que ante un daño se baraja la hipótesis de que una actuación debida podría haber evitado el desenlace fatal o por lo menos paliarlo. De esta premisa pueden derivarse dos posibles soluciones, por un lado la tradicional, que sentaría la idea de que sin una conexión directa no cabe responsabilidad alguna, y por otro, la que considera que la frustración de la probabilidad debería ser objeto de indemnización. ASUA GONZÁLEZ es especialmente clarificadora en esta labor de diferenciar ambas vertientes, estableciendo un sistema de porcentajes muy sencillo. Considera esta autora que la proporción de margen en el ámbito del sistema tradicional se encuentra en torno al 55%, esto es, un daño sólo será indemnizable cuando el acto que pudo provocarlo (o evitarlo) tenga una conexión de un 55%; por lo que la duda de la posibilidad de que este acto no fuese el causante del menoscabo, no puede ser superior al 45%. La pérdida de oportunidad rompe este rígido esquema con una idea muy sencilla, cuando la certeza sea inferior a ese 55% se estima, que aunque exista una duda razonable de en torno al 45% de que la actividad o la omisión del agente fuese la causa directa del daño final sufrido por la víctima, la posibilidad sigue siendo elevada y que por lo tanto el perjuicio debe ser resarcido; entendido como la no consecución de un beneficio. La única cuestión añadida es que esa inseguridad se refleja en la indemnización, la cual, ante la duda fundada y la hipótesis que se genera en torno a la misma, no puede alcanzar el 100% del menoscabo total⁹⁶⁴.

⁹⁶⁴ ASUA GONZÁLEZ, Clara I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria ... op. cit.*, página 18. Un ejemplo clásico de esta divergencia es un asunto de la jurisprudencia suiza de 12 de junio de 2007, que nos acerca esta misma autora. Un hombre acude a un servicio de urgencias aquejado de cefaleas, náuseas y dolores abdominales, tras un concienzudo estudio no se le hallaron evidencias de irritación meníngea y dado que su estado había mejorado y que se sentía incómodo en el hospital, solicitó su alta voluntaria, a la que el médico que le atendió no se opuso. Horas más tarde volvió al mismo centro en estado de inconsciencia y claros síntomas de meningitis, a consecuencia de la cual y a pesar de la rápida actuación, le restó una sordera bilateral absoluta. Dada la imposibilidad de establecer una relación directa entre la actuación médica y la sordera de la víctima, la parte actora acudió a la pérdida de oportunidad como único medio de indemnización, viendo sus pretensiones rechazadas por el Tribunal, al considerar éste que se trata de una construcción doctrinal injusta, ya que permite que algunos litigios en los que no existe conexión, sean indemnizados y que otros sufran una suerte desestimatoria, utilizando como único criterio de discernimiento un margen de probabilidad y porcentajes. Al hilo de esta cuestión porcentual XIOL RÍOS fija la base de la pérdida de oportunidades en unos márgenes de probabilidad distintos, estableciéndose un techo máximo de un 80% en el derecho continental, frente al 51% que considera más propio del sistema anglosajón. XIOL RÍOS, Juan Antonio, "El daño moral y la pérdida de oportunidad" ...

2. Autores como MEDINA ALCOZ van más allá y muestran una vertiente distinta de la pérdida de oportunidad. Este autor se sobrepone a los conceptos tradicionales y busca nuevas formas en las que la pérdida de oportunidad pueda verse en construcciones más complejas. Acude a tal fin a formulaciones como la de “buena suerte” y la “mala suerte”, ambas traducibles en oportunidades o eventos desafortunados, respectivamente. De acuerdo con las afirmaciones de MEDINA ALCOZ, sendos puntos de vista provocan una pérdida de oportunidad, siendo la primera de ellas la de “un resultado favorable frustrado”, mientras que la segunda podría resumirse en un “resultado desfavorable realizable”⁹⁶⁵.

El primero de los supuestos no escapa a los márgenes de la *chance*, dado que no existe certeza de que de haber mediado diligencia, el resultado final no se hubiese dado. El segundo se encuentra en el campo del *riesgo*, ya que ha habido una actuación de escasa diligencia, que sin embargo no ha producido daño y que desconocemos si se materializará en un futuro (radiación excesiva, por ejemplo). En ambos aspectos existe una zona de incertidumbre que imposibilita cualquier probabilidad de establecer un nexo causal entre la actuación o la omisión médica con la consecuencia final, y que sin embargo permite asentar la hipótesis de lograr un mejor resultado, que ha quedado frustrado.

Estas menciones pueden reflejarse también en la pérdida de oportunidad, pero para ello hemos de acudir a la subdivisión de la pérdida de oportunidad pasada y la

op. cit.; concretamente en página 20. Un porcentaje muy similar es el que propone FORAN como posible punto de partida, concretamente, del 51%. FORAN, Ellen M., “Medical Malpractice: A lost chance is a compensable interest”, en *Bridgeport Law Review*, nº 12, 1992, pps. 471 a 503; concretamente en página 482. De una opinión parecida se muestra LUNA YERGA al señalar “En estos casos la prueba directa de la relación de causalidad, con frecuencia, no es posible, dado que la probabilidad de que el daño obedezca a las condiciones preexistentes del paciente impide alcanzar el umbral de convicción establecido por los diferentes ordenamientos jurídicos y que oscila, con carácter general, entre el 50% para asuntos civiles ordinarios en los ordenamientos jurídicos del *Common Law* (*Preponderance of Evidence*) y el 100% o porcentajes cercanos en los ordenamientos jurídicos del derecho continental”. LUNA YERGA, Álvaro, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico – sanitaria” ... *op. cit.*; concretamente en página 3. GALÁN CORTÉS por su parte, sitúa el margen de porcentaje de certidumbre, en un 50% en los sistemas del *Common Law* y en un 80% en los países de cultura jurídica Europea continental, entre los que se encuentra España. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica* ... *op. cit.*, página 397. DE ÁNGEL YÁGÜEZ es menos estricto a este respecto, al no especificar la necesidad de concurrencia de ningún porcentaje, aunque admite claramente que la existencia de uno facilita la labor del juzgador y no sólo otorga seguridad a las partes del proceso, sino que el demandado también ve incrementadas sus posibilidades de éxito, al no tener el Juez tanto margen de decisión. Sin embargo, revela la segunda cara de la moneda, y es que muchos supuestos quedan fuera de cualquier posibilidad de indemnización por el simple hecho de que no alcanzan el margen porcentual, es por ello por lo que el mencionado autor acude al criterio subjetivo de “grado suficiente de probabilidad”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba* ... *op. cit.*, página 118.

⁹⁶⁵ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado* ... *op. cit.*, página 62.

pérdida de oportunidad futura. Mientras que en el primero de los casos el perjuicio se produjo en el pasado y el resultado final es efectivo en el presente, en el segundo de los escenarios el daño se ha dado en el presente, no ocasionando ningún deterioro, pero existiendo la duda real de que pueda producirse en un momento posterior en el tiempo, es decir, a futuro; con la dificultad añadida de probar la existencia de un nexo causal entre ambas eventualidades.

Estos conceptos son más sencillos si los materializamos en sendos ejemplos. La pérdida de oportunidad pasada comprendería un caso en el que un médico no trata a tiempo una herida en la pierna de una persona diabética, degenerando ésta en una gangrena, que requiere la rápida amputación del miembro enfermo. Sin embargo, la oportunidad perdida futura podría ejemplificarse en un supuesto en el que un paciente es sometido a una radiación excesiva por una actuación negligente del médico que le trataba, incrementándose en un 30% la posibilidad de éste de sufrir un cáncer de piel en un futuro. Ha existido una negligencia cierta, pero tan sólo tenemos una hipótesis de que en un futuro se desarrolle el menoscabo, e incluso de llegar a materializarse, subsistiría la duda de si efectivamente fue dicha actuación la que provocó la dolencia o ésta tiene su origen en algún otro factor.

3. Autores como GASCÓN ABELLÁN y MEDINA ALCOZ, al reflexionar sobre la pérdida de oportunidad, dan un paso más y entran en consideraciones sobre la naturaleza de la construcción doctrinal, equiparándola a algunas otras que también son objeto de análisis en la presente tesis, tal y como ocurre con el daño desproporcionado. Estos autores estiman que se trata de un concepto que conforma un medio de facilidad probatoria⁹⁶⁶. No obstante, consideramos que esta teoría debe interpretarse con prudencia, ya que no llega a abarcar completamente todas las vertientes de la pérdida de oportunidad. Debemos tener presente que la esencia de la doctrina del daño desproporcionado (un ejemplo de la facilidad probatoria) se fundamenta en que, ante la irrogación de un daño que habitualmente no se produce en una intervención o tratamiento, se presume que éste tiene su origen en la práctica desplegada, salvo prueba en contrario. Sin embargo, la pérdida de oportunidad nos muestra otra faceta distinta, dado que se mueve en un sistema de márgenes. La idea en la que se basa comienza con una hipótesis diferente, y es que el paciente sufre un daño cuyo origen no es una lesión

⁹⁶⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis, “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”, en *Teoría y Derecho*, nº 6, 2009, pps. 191 a 226; concretamente en página 194.

física, sino una pérdida de expectativas, por lo que no hay una presunción de causalidad directa del daño.

Llegados a este punto conviene reflexionar sobre cuál es la principal diferencia entre las dos figuras que hemos comparado. En primer lugar tenemos la indemnización, mientras que en el daño desproporcionado el paciente ve satisfechos sus intereses al 100% (la totalidad del daño sufrido), en la pérdida de oportunidad jamás podrá llegarse a este porcentaje, al existir una sombra de incertidumbre. En segundo lugar, el daño desproporcionado es una noción que encaja dentro de la facilidad probatoria, tal y como se evidencia en el capítulo correspondiente. Esto no ocurre en la pérdida de oportunidad, donde el esfuerzo de prueba del paciente es mucho mayor, en la medida en que se encuentra en la necesidad de demostrar qué ocurrió y hasta qué punto la falta de actividad pudo provocar las consecuencias, o si realmente llegará a sufrir algún tipo de menoscabo futuro⁹⁶⁷.

⁹⁶⁷ LLAMAS POMBO considera que se trata de dos figuras diferentes, por lo que no es posible calificar la pérdida de oportunidad como un supuesto de facilidad probatoria, por el simple hecho de que el sacrificio de una expectativa es un daño en sí mismo. Dada la claridad de sus argumentos parece conveniente citarlo textualmente “Se trata, obviamente, de dos argumentos y cuestiones completamente distintas que no conviene confundir. Una cosa es aplicar, a la hora de atribuir a cada una de las partes el correspondiente *onus probandi*, la que nuestra jurisprudencia ha dado en llamar «doctrina de la facilidad probatoria», que viene a ser la versión vulgar de la denominada «distribución dinámica de la carga de la prueba»; regla a la que ya nos hemos referido en estas mismas páginas en varias ocasiones y que, además, hoy encuentra su base legal en el art. 217.6 de la LEC (LA LEY 58/2000), donde incluso cuajó esa terminología. Y otra que no tiene nada que ver con ella, es la doctrina de la pérdida de oportunidad, como daño en sí misma. La *perte de chance*, o pérdida de oportunidades de supervivencia (como tempranamente la denominó la doctrina española de la responsabilidad médica), fue acuñada por la jurisprudencia francesa ya en los años sesenta del pasado siglo y ha sido profusamente empleada en los supuestos de responsabilidad médica, sencillamente como una forma de daño”. LLAMAS POMBO, Eugenio, “El daño por pérdida de oportunidad”, en *Práctica de Derecho de daños*, nº 69, 2009, pps. 1 a 2; concretamente en página 1. De esta misma opinión se muestra GÓMEZ POMAR, que a pesar de no pronunciarse directamente sobre esta idea de que la pérdida de oportunidad conforme un supuesto de facilidad probatoria, señala que se trata de una eventualidad dañosa en sí misma. Nuevamente la claridad de sus argumentos requiere de su cita literal “Tal noción puede tener alguna utilidad si su objetivo es, modestamente, el de poner el énfasis en la pérdida actual de un valor esperado (y, por tanto, inherentemente con un cierto grado de incertidumbre, y no cierto, como en ocasiones se pretende). Así, el afirmar que la pérdida de oportunidad como modalidad de daño (en principio) indemnizable no equivale a la indemnización de los lucros o ganancias que la víctima hubiera podido obtener, sino al resarcimiento debido por la privación de “unas ciertas y actuales oportunidades de obtener ventajas, resulta admisible (aunque perifrástico) como referencia imprecisa a que la víctima pierde, hoy, un valor esperado que integra positivamente su función de utilidad, cuando la negligencia de otro (abogado, por ejemplo) le priva de poder litigar para obtener algo, hace inútil un recurso frente a una resolución desfavorable, o le arrebató de raíz la posibilidad de obtener una ganancia en el futuro”. GÓMEZ POMAR, Fernando, “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”, en *InDret*, nº 3, 2003, pps. 1 a 9; concretamente en página 6. Por su parte BORGHETTI sigue una línea casi idéntica, al considerar la pérdida de oportunidad un daño en sí misma, y como tal no un criterio de facilidad probatoria, sino una eventualidad a indemnizar. BORGHETTI, Jean – Sébastien, “La réparation de la perte d’une chance en droit suisse et en droit française”, en *European review of private law*, nº 16, 2008, pps. 1072 a 1082; concretamente en página 1080. Opinión similar, pero algo más matizada mantiene SERRA RODRÍGUEZ, por la cual considera que la pérdida de oportunidad es un daño en sí misma, aunque admite que la mayoría de las veces se trata de una eventualidad dañosa de difícil identificación. SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Elcano,

¿Por qué resulta errónea esta opción por la cual la pérdida de oportunidad podría ser un criterio de facilidad probatoria? Porque la pérdida de oportunidad es un daño indemnizable en sí mismo, que forma parte de la causalidad y no del *onus probandi*. De lo contrario, no podría justificarse una reparación económica incompleta, es decir, inferior al 100%, ya que resulta contrario a los principios de nuestro ordenamiento jurídico.

4. En base al amplio análisis doctrinal elaborado, es el momento de preguntarnos, qué es realmente la pérdida de oportunidad y proceder a su exposición. Hemos establecido las bases dogmáticas necesarias a fin de diferenciarla de figuras muy similares, y sin embargo los únicos conceptos que hemos consolidado hasta el momento han tenido naturaleza fáctica. Ni la jurisprudencia vacilante, ni la doctrina divergente han permitido delimitar con claridad la naturaleza de la pérdida de oportunidad. No obstante, nos reafirmamos en la idea de que se trata de una noción que no incide en la práctica probatoria, sino directamente en la causalidad. Su finalidad no es la de allanar la prueba al demandante, sino la de enlazar un nexo causal en aquellos asuntos en los que la causalidad no se encuentra demostrada al 100%, esto es, recorrer aquella parte del camino imposible para el actor⁹⁶⁸.

A pesar de que se trata de una construcción doctrinal con un elevado margen de inseguridad, en la medida en que es cómoda y en ocasiones puede llegar a ser arbitraria, también es una vía para que la justicia material se abra paso, permitiendo que supuestos

2000, página 224. Esta autora añade que a los efectos de que se observe la pérdida de oportunidad como un perjuicio y que consiguientemente sea indemnizado, es necesario que exista un elemento añadido, a parte de la posibilidad perdida, es decir, otra eventualidad dañosa. Aunque esta autora se centra en la responsabilidad civil del abogado al aplicar esta noción, podemos extrapolar esta afirmación al ámbito de Medicina, sin mayores complicaciones. Sigue esta misma línea CRESPO MORA, M^a. Carmen, *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2005, página 365; e idéntica opinión muestra FORAN cuando señala que la pérdida de oportunidad conforma un daño por sí mismo “A well – known authority for the position of reconizing and valuing lost chance is Judge Pearson’s concurring opinión in *Herskovits v. Group Health Cooperative*. Judge Pearson criticized the increased risk of harm standard employed in the plurality opinión of the court. He aimed his criticism at the inappropriate relaxation of the standard of proof which accompanied the application of the increased risk of harm standard. As an alternative, Judge Pearson recommended that the plaintiff’s lost chance should be considered the injury. Moreover, he avised the court to apply the traditional standard of causation to determine whether the defendant’s negligence was the proximate cause of the plaintiff’s lost chance”. FORAN, Ellen M., “Medical Malpractice: A lost chance is a compensable interest” ... *op. cit.*; concretamente en página 495. Por supuesto esta afirmación no está libre de críticas, y entre los principales detractores de la misma se encuentran VINEY y JOURDIAN en VINEY, G., y JOURDAIN, P, *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., París, 2006, página 74.

⁹⁶⁸ Autores como RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ la han llegado a catalogar, a efectos demostrativos de su incidencia en la causalidad, como “una afrenta a la causalidad”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “La teoría de la pérdida de oportunidad. Comentario a una reciente monografía”, en *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, nº 1, 2009, pps. 6 a 26; concretamente en página 15.

que en otras circunstancias no resultarían indemnizados, vean resarcidas sus pretensiones, a pesar de que no alcancen la certeza absoluta.

5. Este escenario genera el caldo de cultivo perfecto para provocar problemáticas serias y fundadas en torno a este concepto. La contingencia principal que podemos encontrar en la pérdida de oportunidad es el malestar doctrinal que genera su aplicación, al atentar contra los principios del ordenamiento jurídico español, así como contra la idea de reparación íntegra del daño, recogida en los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil. Todo ello junto con lo señalado en el artículo 139 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, puede llevarnos a calificar esta indemnización como un resarcimiento intermedio de un perjuicio⁹⁶⁹. Los preceptos mencionados afirman la necesidad de la existencia de una causalidad física, por lo que los menoscabos provocados deben ser reparados por quien los ha irrogado, y no por quien se sospecha que pudo evitarlos. De ahí que parte de la doctrina acuda a la expresión de “mentira técnica” para explicar esta figura⁹⁷⁰.

⁹⁶⁹ ALARCÓN PONCE se hace eco de otras críticas a esta figura, no tan arraigadas como la de la teoría del “todo o nada”. Por un lado señala que la pérdida de oportunidad contradice las afirmaciones del artículo 1.902 del Código Civil en lo relativo a la reparación íntegra del daño, al permitirse un juego de porcentajes en relación a la certeza de evitación del mismo. Por otro lado, incide esta autora en la posibilidad de que esta construcción doctrinal se torne un método a fin de conseguir indemnizaciones de manera sistemática, ya que cualquier error entrañaría una pérdida, y por lo tanto sería indemnizable. Huelga decir que estas consideraciones únicamente son posibles de aplicarse la pérdida de oportunidad a ultranza, algo sobre lo que tanto la doctrina como los Tribunales han sido muy cautelosos. ALARCÓN PONCE, Antonia, “Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas” ... *op. cit.*; concretamente en página 510. Opinión compartida por GARCÍA HERNÁNDEZ, al propugnar el incalculable valor de la prudencia del juzgador y el apoyo de la doctrina, estimando que esta noción debe ser tratada con “extrema cautela” GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás, “Evolución de la prueba y de la relación de causalidad en los procesos judiciales sanitarios”... *op. cit.*; concretamente en página 1514. SÁNCHEZ CARO por su parte, estima que la mera prudencia de los Tribunales o las líneas generales establecidas por la doctrina no son suficientes, ya que los cimientos de la idea se asientan sobre tierra cenagosa. Propone este autor una actuación legislativa que permita un mayor grado de seguridad en lo que a la pérdida de oportunidad se refiere. SÁNCHEZ CARO, Javier, “En torno a la certeza en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad”, en *Revista española de la Función Consultiva*, nº 16, 2011, pps. 121 a 126; concretamente en página 124. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN no se muestra tan alarmista frente a estos dos aspectos de la pérdida de oportunidad. Respecto de la no reparación íntegra del daño, sienta el autor las bases por las cuales la afección del paciente era preexistente a la atención médica, por lo que ésta no se provocó, de ahí que tampoco deba indemnizarse en su totalidad. Respecto de convertir la pérdida de oportunidad en una responsabilidad objetiva, al ser ésta una “indemnización sistemática”, este autor evidencia que esta construcción doctrinal no incide ni en la antijuridicidad, ni en el elemento culpabilístico; de manera que se aleja de la responsabilidad objetiva. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “La doctrina de la pérdida de oportunidad”, en DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico y ADROBHER BIOSCA, Salomé (Directores), *Los Avances del Derecho ante los avances de la Medicina* ... *op. cit.*, pps. 365 a 376, páginas 369 a 370.

⁹⁷⁰ GASCÓN ABELLÁN y MEDINA ALCOZ muestran una opinión contraria a esta idea, al considerar que no se trata de una mentira artificiosa, ni “técnica”, basándose en dos aspectos: por un lado el nexo causal no se da por probado, sino que se actúa “como si estuviese probado”; y por otro lado, no se trata de una imputación arbitraria, sino que se basa en indicios razonables y oportunidades reales y fundadas. A esto debe añadirse, que también ha de ser probado que el daño no se debe a ninguna otra causa. GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis, “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba

Partimos de una realidad fáctica, doctrinal y jurisprudencial por la cual para el resarcimiento de un daño antijurídico específico es necesaria la realidad del mismo, así como la existencia de un nexo causal entre éste y la actividad dolosa o culposa que provocó la contingencia. Con esta idea cualquier pretensión de acudir a la pérdida de oportunidad sería imposible, dado que el fundamento de esta construcción doctrinal se apoya en la existencia de un escollo que no permite al paciente el acceso a una prueba o a un tratamiento que podría haber evitado el resultado final. No existe un perjuicio directo, ni tampoco un nexo causal entre la actuación u omisión y el menoscabo, algo que dificulta mucho cualquier posibilidad de acceder a la indemnización del supuesto, salvo por la concurrencia de una noción como la presente⁹⁷¹.

6. Por otro lado, tenemos el problema de los abusos de este concepto. De manera similar a lo que ocurre con el daño desproporcionado, la pérdida de oportunidad es cómoda y relativamente fácil de utilizar, pudiendo llegar a abarcar multiplicidad de supuestos de hecho. A fin de evitar caer en esta tentación, es necesario tener presente que la pérdida de oportunidad tiene carácter subsidiario, reservado para un tipo de casos en los que se comprueba la existencia de una actividad que potencialmente ha podido frustrar las expectativas de la víctima. Como posible solución, debemos tener presente que esta idea únicamente debe utilizarse en aquellos litigios en los que hay dudas razonables en el nexo causal, esto es, cuando existe incertidumbre⁹⁷².

LUIS MEDINA apunta con mucho acierto que el principal obstáculo con el que se puede encontrar la pérdida de oportunidad es una “desmesurada potencialidad aplicativa”, pudiendo llegar a ser usada en la práctica totalidad de supuestos, sin una razón de ser clara o necesidad alguna. Este autor nos acerca dos posibles soluciones, por un lado, el carácter subsidiario del concepto, por lo que sólo debe acudirse a éste cuando no quepa ninguna otra posibilidad; y por otro, que para servirse de esta construcción

del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)” ... *op. cit.*; concretamente en página 196.

⁹⁷¹ SISO MARTÍN, Juan, “La tesis de la pérdida de oportunidad médica (I)”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 154, 2008, pps. 764 a 767; concretamente en página 764.

⁹⁷² ASUA GONZÁLEZ encuentra el origen de este problema en la escasa atención que ha recibido esta construcción doctrinal desde su primera aparición en una resolución en el año 1998. Esta autora califica esta llegada como “discreta” y un desarrollo “sin pena ni gloria”, y consiguientemente no ha sido muy estudiada por la doctrina. Por ello estima la autora, que este concepto es traído a colación en ocasiones, sin una razón de ser clara, precisamente por la ausencia de una dogmática desarrollada al respecto. ASUA GONZÁLEZ, Clara I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria* ... *op. cit.*, página 66.

doctrinal es necesaria la existencia real y verificable de una posibilidad de evitar el daño, de haberse acudido al tratamiento o intervención pertinente⁹⁷³.

CRESPO MORA acude a una idea similar al aseverar que los clientes de un abogado que olvida realizar un trámite o que no entrega un recurso a tiempo, pueden ver indemnizada su pérdida de oportunidad, siempre y cuando existiese algún tipo de posibilidad de vencer o de alcanzar el objetivo pretendido; en caso contrario no cabría reparación alguna. Alude concretamente a la necesidad de elaborar un “juicio dentro de un juicio”, que extrapolado a la responsabilidad sanitaria, puede llegar a asemejarse a la dinámica porcentual mencionada páginas atrás⁹⁷⁴.

7. Una de las corrientes doctrinales más desarrolladas entre las teorías detractoras de la pérdida de oportunidad es la “del todo o nada”, que podría calificarse como extrema. Centra la indemnización en el valor total del daño y nunca en un porcentaje, por lo que la pérdida de oportunidad no es compatible con esta idea. Tiene su fundamento en un elevado grado de optimismo jurídico, al basarse en la esperanza de que el curso de los acontecimientos resulte unívoco (se afirma o se niega enteramente si algo ha ocurrido o no). Ante la hipótesis de un posible daño, en el que existen tanto opciones a favor, como en contra, esta teoría aboga por la disyuntiva negativa y consecuentemente no se indemniza el caso. Se trata de una noción que históricamente ha negado o afianzado la indemnización, pero que jamás ha matizado una acción resarcitoria⁹⁷⁵.

⁹⁷³ GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis, “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)” ... *op. cit.*; concretamente en página 197.

⁹⁷⁴ CRESPO MORA, M^a. Carmen, “Responsabilidad civil del abogado. Especial referencia a la pérdida de oportunidad procesal”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 12, 2004, pps. 207 a 313; concretamente en páginas 311 y 312. DE ÁNGEL YÁGÜEZ se muestra afín a esta idea de “un juicio dentro de un juicio” al apuntar que no es extraño que se plantee ante un Tribunal la pregunta de “qué habría ocurrido”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La responsabilidad civil del abogado”, en *InDret*, n° 1, 2008, pps. 1 a 54; concretamente en página 40. MARTÍ MARTÍ nos acerca una opinión muy similar a la que tiene este autor sobre esta construcción doctrinal del “juicio dentro de un juicio” que él denomina “pleito del pleito”, en alusión a los supuestos de responsabilidad civil de abogados por pérdida de oportunidad. MARTÍ MARTÍ, Joaquim, “La certidumbre razonable de la probabilidad del resultado en la responsabilidad civil del abogado”, en *Diario La Ley*, n° 7114, 2009, pps. 1 a 9; concretamente en página 2.

⁹⁷⁵ TRUCKOR la define de manera muy acertada “Jurisdictions that continue to adhere to the “all or nothing” approach do so base on the rationale that the loss of chance doctrine is at odds with “the requisite negree of medical certitude necessary to establish a causal link between the injury of a patient and the tortius conduct of a physician”. This reasoning is base on the idea that liability cannot be assigned base on the *mere possibility* that the defendant’s negligence was the cause of the harm. However, while the “all or nothing” approach preserves tradicional causation rules, this standard’s rigidity poses unacceptable hurdles for loss of chance plaintiffs”. TRUCKOR, Michelle L., “The loss of chance doctrine: Legal recovery for patients on the edge of survival”, en *University Dayton Law Review*, n° 24, 1998, pps. 349 a 373; concretamente en página 362.

Las contradicciones con la pérdida de oportunidad se desprenden de la simple descripción de esta opción dogmática, ya que ésta tiene como base la incertidumbre de si de no haber mediado un hecho, se hubiera alcanzado una ventaja. Aplicando esta teoría “del todo o nada”, la pérdida de oportunidad no debe ser indemnizada, ya que no hay posibilidad de acreditar un nexo causal entre el perjuicio y la posibilidad perdida, tratándose de un daño eventual.

Por supuesto, las críticas contrarias a esta teoría no se han hecho esperar, destacando entre todas ellas la de MEDINA ALCOZ. Señala el mencionado autor, en primer lugar, que una doctrina de extremos como la “del todo o nada” resulta contradictoria, hasta el punto de vulnerar preceptos legales (como ocurre, por ejemplo con el artículo 7.2 de la Directiva 92/13 y la doctrina asentada de los Tribunales admitiendo esta figura). En segundo lugar, asegura que esta opción dogmática de extremos es un atentado contra el principio de justicia material, ya que hiere lo que éste denomina “sensibilidad justicial”, al no contemplar supuestos en los que el nexo causal es prácticamente una realidad, pero indemostrable a ciencia cierta. La única justificación que tiene la admisión de una teoría como la presente, a juicio de este autor, se fundamenta en su eficiencia económica, virtud que queda ensombrecida por su visión incompleta del Derecho⁹⁷⁶.

8. Es de recibo añadir que teorías como la presente, además de con voces discordantes, cuentan con sus propias doctrinas detractoras. Ejemplo de ello son las opciones ontológicas y de la causalidad probabilística.

La primera de las corrientes conceptuales considera que la pérdida de oportunidad es el menoscabo real sobre un bien, pero éste no se identifica con la supuesta ventaja final frustrada. Al no poder traducirse en el resultado dañoso, tampoco puede barajarse ni el daño emergente, ni el lucro cesante. ¿Cuál es el perjuicio

⁹⁷⁶ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado ... op. cit.*, páginas 338 a 342. Autores como YONG y RODRÍGUEZ YONG consideran que la aplicación de la figura “del todo o nada” provoca situaciones alejadas del concepto de justicia “Desde una perspectiva general, la admisión de una doctrina sobre la pérdida de una chance obedeció a razones de equidad, ya que la injusticia del nexo de causalidad del todo o nada dejaba sin indemnización muchos casos que eran dignos de ser indemnizados. En este sentido, la teoría de la pérdida de oportunidad procuraba “una solución equilibrada acorde con los dictados de la justicia a la que repugna que se exonere al agente (posiblemente) dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le obligue a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado”. YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A., “Pérdida de oportunidad”... *op. cit.*; concretamente en página 6.

indemnizable? La ocasión perdida, esa posibilidad o beneficio que, de acuerdo con esta teoría, es susceptible de valoración económica⁹⁷⁷.

Por otro lado, la causalidad probabilística es muy similar a la del “todo o nada”, pero propone una identificación parcial o relativa, ya que según ésta, la pérdida de oportunidad es un sistema de responsabilidad añadido que permite la indemnización de casos en los que cabe la posibilidad de que el actor no haya sido el causante del daño. Esta teoría parte de la “incertidumbre razonable”, pero nunca “metafísica”, por su alto grado de inseguridad, llegando a admitir la “dosificación” de la reparación del daño, en función de un cálculo probabilístico que incide en la causalidad de la realidad. La base la hallamos en que ésta desarrolla una subdivisión entre responsabilidad total (como perfecta y sin problemas de causalidad) y responsabilidad parcial, cuando únicamente se trata de una posible causación del daño.

2. Escenario de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria.

1. La Medicina no es una ciencia exacta y como tal cuenta con amplios márgenes de error que pueden llevar a situaciones insólitas, como lo puede ser la sanación y supervivencia a una afección grave y prácticamente incurable, o el fallecimiento por una intervención de escasa relevancia o como consecuencia de pequeñas heridas o lesiones.

2. El escenario base para la construcción doctrinal de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria sería el de un paciente que acude a un hospital (bien por urgencia, bien por una consulta habitual), requiriendo la práctica de una prueba o tratamiento concreto, a fin de mejorar o sanar de una enfermedad que padece. Sin embargo y por cuestiones azarosas, no se puede acudir al medio diagnóstico en cuestión. Ello provoca que el paciente no pueda ser atendido a tiempo, produciéndose o el fallecimiento del mismo o el empeoramiento irreversible de su salud. Si bien cabe la posibilidad de que aun practicándose la prueba, el padecimiento no hubiese sido detectado, o que incluso conociéndose la patología, ésta no podría haber sido tratada;

⁹⁷⁷ La crítica a este tipo de ideas se centra en la desviación que provocan al partir de un daño etéreo, no en vano no se utiliza la técnica de la pérdida de beneficio final, sino la ventaja en sí como daño resarcible. Para los precursores de esta noción no existe ningún argumento que pueda justificar la no indemnización de asuntos en los que se ve envuelta la pérdida de oportunidad, al considerarse la pérdida de expectativas un elemento indemnizable por sí mismo, no requiriéndose la certidumbre del beneficio perdido.

existe una certeza: el enfermo ha visto sus posibilidades de sanación reducidas prácticamente a cero.

Es precisamente en este punto en el que se plantea la hipótesis de la pérdida de oportunidad: la causalidad física no permite hallar una conexión directa entre la posible actuación dañosa y el resultado final. La duda estriba en si un acto concreto ha podido ser el origen del daño final o no, y de aplicarse la doctrina de la responsabilidad civil de manera estricta, no cabría la posibilidad de indemnizar supuestos de hecho como el anteriormente comentado, algo que en algunos casos sería un atentado contra la justicia material. MEDINA ALCOZ es esclarecedor cuando se pronuncia sobre esta cuestión “La doctrina de la pérdida de oportunidad propugna el libramiento de un resarcimiento cuando queda acreditado, no que mediara el nexo físico de causalidad, sino, simplemente, que las probabilidades de obtención de una ventaja fueran reales, serias o considerables”⁹⁷⁸.

De las palabras de este autor se desprende que es necesario desarrollar un razonamiento inductivo sobre la causalidad material, que se traduce en un juicio previo que sirve a los efectos de discernir si la oportunidad perdida es circunstancial o tiene bases sólidas, y consecuentemente debe ser resarcible. Todo esto se realiza en casos como el ejemplo anteriormente mencionado, en el que no se dan todos los ingredientes de la responsabilidad civil, sobre todo el elemento causalidad. Ello deriva, de acuerdo con las afirmaciones de MEDINA ALCOZ, de que el conocimiento que el ser humano llega a alcanzar de la realidad es imperfecto, característica que se ve incrementada en los procesos judiciales; por lo que este autor considera que figuras como la pérdida de oportunidad y la prueba de presunciones, entre otras, forman parte de nuestra doctrina y jurisprudencia⁹⁷⁹. El autor da un paso más y añade que estas ideas podrían considerarse técnicas a las que acude el juzgador cuando su sensibilidad jurídica queda maltrecha ante la objetividad de los hechos⁹⁸⁰.

⁹⁷⁸ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado ... op. cit.*, página 315.

⁹⁷⁹ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado ... op. cit.*, página 81.

⁹⁸⁰ No obstante, este autor señala límites, y divide en dos grupos las posibilidades resarcibles, por un lado las que denomina “pérdida de una ilusión” y por otro “dignidad de la *chance*”. La primera de las opciones la conformarían aquellos supuestos en los que la pérdida de oportunidad no es sólida, sino únicamente circunstancial, de ahí el calificativo “ilusión”. La segunda de las figuras alude a la “dignidad” del concepto, refiriéndose a la consistencia de la oportunidad perdida, debiendo entenderse que prácticamente roza la rigurosidad de las exigencias de causalidad, sin llegar a alcanzarlas. A lo que añade este autor “La doctrina de la oportunidad perdida auxilia a la víctima que acredita una etiología posible, pero sólo cuando no pueda imputársele la ausencia de la información con que podría averiguarse si hubo o no

La incidencia que la pérdida de oportunidad tiene sobre la causalidad es prácticamente su estandarte. Partimos de un escenario fáctico por el cual el perjuicio final no viene motivado por la actuación médica, sino que la eventualidad dañosa se ve desplazada hacia los márgenes de probabilidad del supuesto. Se trata de un trasvase del escenario de hechos al Derecho, que obliga a romper las reglas clásica de la causalidad e incluir valoraciones casuísticas en presupuestos jurídicos⁹⁸¹.

3. Razón de ser de la pérdida de oportunidad.

1. Ante un menoscabo en materia sanitaria, el paciente se encuentran en una clara situación de desigualdad, tal y como ocurre en los supuestos de aplicación de la figura del daño desproporcionado. Es importante tener presente que la víctima carece de conocimientos científicos en Medicina, lo que le dificulta mucho su capacidad probatoria frente a un hospital o médico concreto. Dicha desventaja puede provocar que casos susceptibles de indemnización escapen al control judicial.

La pérdida de oportunidad permite una presunción de la que se puede desprender que la no actuación o el despliegue negligente de actividades, privó a la víctima de un beneficio. En virtud de ello, se inicia un juego de porcentajes que posibilita que la indemnización se incremente o disminuya, pero que jamás alcance el 100% del daño final. El porcentaje 100% requiere la plena certeza, algo de lo que se carece en el caso de la pérdida de oportunidad, ya que se trata de una noción basada en suposiciones y en la que se parte de la hipótesis de que se desconoce cuál hubiese sido el desarrollo de los acontecimientos.

2. ASUA GONZÁLEZ resume esta idea en dos puntos de vital importancia para la pérdida de oportunidad. En primer lugar, la autora invoca el sentido de justicia, a fin de comprender la admisión de este concepto, en el sentido de que la utilización de algunas

efectivamente lazo causal. Se aplica así en supuesto de falta de prueba del nexo causal, cuando el perjudicado, después de agotar los recursos que tenía a su disposición, sólo consigue demostrar que las posibilidades de consecución de una ventaja habrían sido serias y reales de no haber intervenido el hecho ilícito. No se aplica cuando el perjudicado ha dejado de emplear los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más) seguro en torno a la existencia del lazo causal”. MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado ... op. cit.*, página 99.

⁹⁸¹ De manera similar se pronuncia RUBIO TORRANO “De acuerdo con ella, no puede establecerse una relación de simetría entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente, puesto que aquella simplemente disminuye las probabilidades de curación o supervivencia, esto es, una pérdida de oportunidades para el paciente, que el Tribunal debe ponderar en función de las circunstancias concurrentes, pero tomando directamente como base para la valoración el daño a la salud del padecido”. RUBIO TORRANO, Enrique, “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)” ... *op. cit.*; concretamente en página 55.

doctrinas como la del “todo o nada” hieren este principio, al resultar indemne una actuación potencialmente dolosa, culposa o negligente, que ha provocado un daño en una víctima; simplemente por la dificultad probatoria. En segundo lugar, esta autora acude al concepto de “asimetría probatoria”, en virtud del cual evidencia una desigualdad entre la situación procesal en la que se encuentra la víctima, frente a la del médico⁹⁸².

LUNA YERGA insiste en un aspecto para el que resulta clave la pérdida de oportunidad, “los daños pasivos”. Estos perjuicios son los que se producen por errores de diagnóstico y omisiones de tratamiento, por lo que no media una actividad médica dañosa, algo que hace que la necesidad de una construcción doctrinal como la pérdida de oportunidad se muestre más que evidente. Entendemos que con estos “daños pasivos” este autor se refiere a la frustración de expectativas, algo de difícil prueba, en virtud de lo cual sería necesario acudir a figuras como la presente⁹⁸³. La imposibilidad de acreditar una circunstancia no implica que ésta no sea real o por lo menos que haya una sombra de sospecha. Por ello la pérdida de oportunidad es útil para conectar indicios y circunstancias desconocidas, desde las máximas de la experiencia⁹⁸⁴.

GALLARDO CASTILLO da un último giro justificativo para argumentar que la pérdida de oportunidad trasciende de la cuestión probatoria y causal: el principio básico de la responsabilidad, la reparación del daño⁹⁸⁵.

⁹⁸² En base a esta última afirmación ASUA GONZÁLEZ señala que la admisión de esta noción depende del sistema de acogida de probabilidad de cada ordenamiento jurídico, ya que en países donde el nivel de exigencia sea elevado o estricto, la aplicación de esta figura sería imposible. A lo que añade que con ello se vulneraría el principio básico de la responsabilidad civil, que es precisamente resarcir el daño sufrido, ya que resultarían incólumes muchos casos en los que la lesión es una realidad y la actuación dañosa también, a pesar de las incapacidades probatorias. ASUA GONZÁLEZ, Clara I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria ... op. cit.*, página 69.

⁹⁸³ LUNA YERGA, Álvaro, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico – sanitaria” ... *op. cit.*; concretamente en página 3.

⁹⁸⁴ GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat, “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario” ... *op. cit.*; concretamente en página 45. No obstante, esta autora asevera que para poder acudir a este concepto, previamente el perjudicado ha tenido que agotar todas las vías probatorias posibles, y una vez que se compruebe que a pesar del esfuerzo la causalidad no se encuentra lo suficientemente demostrada, es cuando se podrá utilizar la pérdida de oportunidad.

⁹⁸⁵ A pesar de que el principio básico de nuestro sistema de responsabilidad civil hunde sus raíces en la subjetividad y en la causalidad, existe una máxima por la cual la importancia de la lesión se ve apartada por el concepto de reparación del daño; es decir, se le otorga una posición preeminente al resarcimiento del menoscabo en sí mismo, independientemente de la lesión, lo que nos permite entrever la posibilidad de que la contingencia no reciba un resarcimiento del 100%. Esta dinámica tiene su origen en el proteccionismo del particular que ha sufrido el daño, en virtud de lo cual la doctrina del Derecho civil se ha modificado profundamente. GALLARDO CASTILLO, María Jesús, “De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual” ... *op. cit.*; concretamente en página 2140. La justificación que propugna AAGARD es prácticamente idéntica a la de los autores que ahora hemos analizado “The loss of chance doctrine addresses the perceived injustice of the traditional doctrine by recognizing a potential cause of action in

Igualmente interesantes son las afirmaciones de GASCÓN ABELLÁN y MEDINA ALCOZ sobre esta cuestión, al apuntar que la razón de ser de esta idea radica en corregir las consecuencias de la incertidumbre. De tal forma que, aún no quedando probada la causalidad, si se evidencia la existencia de una oportunidad con peso, que se perdió como consecuencia de una actuación médica, cabe el reproche del caso⁹⁸⁶.

Como conclusión podemos extraer, que a pesar de que esta figura es similar a otra cuya finalidad es la de allanar la actividad probatoria (daño desproporcionado), este concepto forma parte nexo causal, facilitando esa actividad inductiva de hallar una relación entre el daño sufrido (la pérdida de oportunidad) y la actuación u omisión.

4. Figuras afines y diferencias para con la pérdida de oportunidad.

1. La naturaleza de la pérdida de oportunidad, que tiene su origen en las dificultades de la causalidad, hace que tanto la doctrina como la jurisprudencia se hayan afanado en la búsqueda de figuras afines, cuya finalidad sea prácticamente idéntica: intentar paliar las desigualdades propias del proceso judicial, a fin de lograr un procedimiento más garantista. Vamos a elaborar un breve análisis de aquellas construcciones doctrinales similares a la pérdida de oportunidad, como lo son la prueba de presunciones y la teoría del aumento del riesgo.

En primer lugar, la *prueba de presunciones* se caracteriza por ser un recurso probatorio de amplio espectro, que puede utilizarse en todo tipo de procedimientos en los que exista algún tipo de dificultad de prueba. Su función es sencilla, al librar a la parte obligada de la carga de demostrar la causalidad, se permite al Juez valorar la certeza de un hecho tomando como base indicios razonables. De esta forma se hace posible la conexión del daño con los hechos del litigio, fundamentándose en las reglas de la experiencia.

En segundo lugar, la *teoría del incremento del riesgo* sigue una línea prácticamente idéntica a la de la construcción doctrinal anteriormente comentada, ya que pretende favorecer la prueba del nexo causal. No obstante la similitud entre ambas

any case in which the defendant's negligent conduct decreased the plaintiff's chance of recovery from a preexisting condition. Thus, the loss of chance doctrine gives a cause of action to the hypothetical plaintiff whose doctor's negligence decreased her likelihood of survival from thirty-five percent to twenty percent". AAGARD, Todd S., "Identifying and valuing the injury in lost chance cases", en *Michigan Law Review*, n° 96, 1998, pps. 1335 a 1361; concretamente en página 1492.

⁹⁸⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis, "¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)" ... *op. cit.*; concretamente en página 194.

técnicas, el origen de ésta última tiene una naturaleza distinta, dado que parte del dato objetivo de que la parte demandada ha incrementado el riesgo o las posibilidades de lesión con sus actuaciones. Esto provoca que la dinámica probatoria habitual resulte relajada, en la medida en que se entiende que ha existido una actuación de escasa diligencia, e incluso imprudente o dolosa por parte del demandado, que se refleja en el resultado final y que muy probablemente ha sido la causa directa del daño. En virtud de estas circunstancias, la parte actora encuentra allanado el camino probatorio en materia de causalidad⁹⁸⁷.

2. ¿Cuál es la diferencia entre estos dos conceptos y la pérdida de oportunidad? La finalidad de esta última idea es la de otorgar una indemnización, o por lo menos un porcentaje de la misma, sobre una expectativa frustrada o posibilidad perdida. Así, mientras que las anteriormente mencionadas nociones son utilizadas por el juzgador para aquellos supuestos de hecho en los que la causalidad es difícil de demostrar, la pérdida de oportunidad, si bien puede aplicarse también en este tipo de asuntos, tiene otro campo de acción, como lo es la imposibilidad de acreditar la existencia de un nexo causal. Parece que el elemento diferenciador se centra en que la pérdida de oportunidad es una figura a la que acude el Juez cuando valora potencialmente las posibilidades que ha visto frustradas la víctima, y que ante su incapacidad probatoria, subsana dichas excepciones con la utilización de esta técnica. A esto debemos añadir, que mientras que en la figuras anteriormente comentadas, la vertiente dañosa conforma un daño real y efectivo, en la pérdida de oportunidad el resultado final no es el indemnizado, sino la pérdida de expectativas.

5. El daño resarcible.

1. El daño resarcible en la pérdida de oportunidad abarca todo un elenco dañoso que va desde la vulneración patrimonial, al daño moral y espiritual (como bienes extracorporales), pasando por el agravio a los bienes de la personalidad, siendo éstos

⁹⁸⁷ De acuerdo con las afirmaciones de FORAN a este respecto, en primer lugar el actor debe demostrar que la actuación negligente por parte del médico efectivamente ha aumentado sus posibilidades de sufrir un daño, y en segundo lugar, que la actividad en cuestión ocasionó, no sólo dicho acrecentamiento, sino que también fue un factor principal en la causación final del daño. FORAN, Ellen M., “Medical Malpractice: A lost chance is a compensable interest” ... *op. cit.*; concretamente en página 490.

últimos los más habituales, por conformar un atentado contra la vida o la integridad física de la víctima⁹⁸⁸.

2. La naturaleza del daño patrimonial es clara, así como su materialización en la pérdida de oportunidad, pudiéndose observar en los supuestos en los que ésta se encuentra relacionada con procedimientos judiciales o concursos. En estos casos una actuación negligente de un abogado o procurador puede provocar en el actor un daño patrimonial subdividido en un lucro cesante y daño emergente.

El atentado moral y espiritual se materializa en un perjuicio provocado en bienes extracorporales, que puede traducirse en el sufrimiento, preocupación o malestar que puede ocasionar la frustración de una oportunidad. Opción que puede materializarse en la práctica totalidad de vertientes de la pérdida de oportunidad.

Por último, la agresión contra los bienes de la personalidad, como lo son la vida y la integridad física, es el aspecto clave a fin de adaptar la pérdida de oportunidad a la responsabilidad sanitaria.

⁹⁸⁸ LUNA YERGA aborda el daño en la pérdida de oportunidad de la siguiente manera “El daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida en función de la experiencia común (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final), con los cuales resulta en todo punto imposible establecer un nexo de causalidad debido a los umbrales de certeza determinados en cada caso”. LUNA YERGA, Álvaro, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico – sanitaria” ... *op. cit.*; concretamente en página 5. De una forma muy similar se pronuncia GARCÉS – GARRO RANZ “La doctrina de la pérdida de oportunidad permite obtener un *quantum* indemnizatorio por los tipos de daños acaecidos, ya sean de carácter patrimonial, personal o moral, evaluándolos desde el concepto de daño actual, el cual se configura como un daño que debe tener el carácter de apreciable y evaluable en el momento actual, con lo que podrá cuantificarse tanto el daño pasado como el futuro”. GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat, “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario” ... *op. cit.*; concretamente en página 43. Doctrina apoyada por AAGARD, que asevera que los daños indemnizables son los siguientes “A defendant doctor whose negligent misdiagnosis deprives a plaintiff of a chance to recover from a preexisting condition potentially has caused several different types of compensable harms. Five categories of harm potentially occur in a lost chance case: the ultimate harm, the lost chance of survival itself, increased physical pain and other physical losses, emotional losses, and consequential damages such as additional medical costs”. AAGARD, Todd S., “Identifying and valuing the injury in lost chance cases” ... *op. cit.*; concretamente en página 495. Por su parte LLAMAS POMBO se muestra bastante cauteloso y crítico cuando trata la cuestión del daño en la pérdida de oportunidad. Apunta este autor que únicamente debe acudir a esta construcción doctrinal a los efectos de indemnizar aquel menoscabo que se desconoce si se produciría o no, esto es, cuando existe la más absoluta indeterminación. Basa su afirmación en dos extremos, ya que si se conoce que el perjuicio se hubiese evitado, no tiene sentido acudir a la pérdida de oportunidad, sino que debería indemnizarse la totalidad del supuesto. Contrariamente, si las posibilidades eran muy remotas, el daño no debería ser objeto de indemnización, por lo que concluye este autor señalando que la pérdida de oportunidad debe limitarse a supuestos marcados por la imprecisión, esto es, que se desconozca si se hubiese producido o no el daño. LLAMAS POMBO, Eugenio, “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad” ...*op. cit.*; concretamente en página 2. Opinión compartida por MEDINA ALCOZ, al señalar éste que una alta probabilidad de evitar el daño debe traducirse en la existencia de un nexo causal y consiguientemente, la pérdida de oportunidad no sería necesaria. Otro tanto ocurriría en supuestos de éxito muy limitado, de ahí que esta noción deba limitarse a litigios en los que exista incertidumbre sobre su viabilidad. MEDINA ALCOZ, Luis, “La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla – La Mancha. Reflexiones críticas”, en *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, nº 47, 2009, pps. 107 a 158; concretamente en página 123.

3. Huelga señalar que es necesario aplicar estas tres vertientes dañosas al ámbito sanitario. El daño contra la incolumidad física del paciente conforma uno de los ejes de la pérdida de oportunidad, debiendo observarse desde dos perspectivas. Por un lado, la del daño emergente, como lo es la materialización real de una contingencia como consecuencia de una omisión o una actuación negligente (pérdida de un miembro por la falta de tratamiento de una herida, por ejemplo). Por otro lado, el lucro cesante entraña una mayor complicación, dado que se encuentra envuelto por una sombra de incertidumbre añadida a la de la propia construcción doctrinal. Podría entenderse como el daño futuro posible aún no materializado, pero que como consecuencia de una actividad médica se ha incrementado la posibilidad de que éste se produzca. Imaginemos un caso en el que un paciente ha sido sobreexpuesto a radiación, por ejemplo, aumentándose así las posibilidades de que éste, en un futuro, sufra una patología relacionada con este incidente aislado. Por supuesto, las dificultades inherentes a esta vertiente dañosa son múltiples, ya que la actividad probatoria se encuentra recrudescida; a lo que deberíamos añadir, que por razones obvias, la indemnización debería otorgarse en el momento en el que el daño fuese real, y no cuando se produjese la actividad negligente, ya que la incertidumbre no permitiría opción indemnizatoria alguna⁹⁸⁹.

La segunda de las vertientes, la de los daños a los bienes extracorporales, tiene una aplicación muy similar en la responsabilidad sanitaria a la de cualquier otra opción dañosa. En esta ocasión se traduciría como la angustia o sufrimiento que padece la víctima como consecuencia de ver sus expectativas frustradas, o en el caso del lucro cesante, la preocupación e incomodidades que puede comportar la incertidumbre por una posible enfermedad futura, como consecuencia del actuar médico⁹⁹⁰.

⁹⁸⁹ MEDINA ALCOZ acude a los vocablos de *lucro captando* para hablar del lucro cesante y *damno vitando* en relación al daño emergente. MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado ... op. cit.*, página 74.

⁹⁹⁰ El daño moral ya se apuntaba en el año 1998 como uno de los potenciales daños de esta figura, dado que además de la probabilidad frustrada, el abanico dañoso provocado al paciente era mayor, de ahí la necesidad de acudir a una eventualidad más, como lo es el daño moral, que podría traducirse en la incertidumbre o angustia que ha generado esa situación en la persona que ha perdido una posibilidad de éxito por una actitud negligente. ALBANÉS MEMBRILLO, Antonio, “La responsabilidad civil del abogado: *quantum* indemnizatorio”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 331, 1998, pps 1 a 2; concretamente en página 2. ARCOS VIEIRA, en una línea similar, considera que precisamente ésta, la del daño moral, es la única de las vertientes indemnizables más clásica de la pérdida de oportunidad “De hecho, la imposibilidad de prueba del nexo causal en estos casos – entre la situación actual del demandante, que éste considera perjudicial, y una acción u omisión del demandado – explica que la doctrina se haya replanteado cuál sea realmente el daño invocable, entendiéndose que lo constituye estrictamente la pérdida de una *oportunidad*, respecto de la cual parece que cabe aplicar con mayor facilidad la teoría de la *condicio sine que non*. Lo que, en el fondo, supone resolver el problema de la relación de causalidad a costa de

El último de los aspectos a mencionar es el patrimonial, en el cual volvemos a encontrarnos ante la división del daño emergente y el lucro cesante. Como daño emergente podríamos considerar aquel que se provoca al paciente como consecuencia de los días de inactividad o tratamientos que éste ha tenido que desembolsar. En lo que al lucro cesante respecta, debemos situarnos en un escenario distinto, como lo sería por ejemplo, la pérdida de ganancias posibles que una persona deja de obtener, como consecuencia de la lesión sufrida, que le imposibilita para su trabajo. El ejemplo clásico y el más evidente, sería el de un músico, pianista por poner un ejemplo, que como consecuencia de una atención deficiente tras una fractura en una de sus manos, pierde parte de la movilidad de los dedos, resultando imposibilitado para el ejercicio de su trabajo. El lucro cesante lo encontraríamos en el revés económico y profesional sufrido por éste, en su ámbito laboral⁹⁹¹.

complicar el de la determinación y posterior valoración del daño, porque en realidad la oportunidad perdida no es sino una <<partida>> -aunque, frente a otras, más fácilmente – del concepto más amplio de daño moral – en el sentido de daño no susceptible de valoración económica”. ARCOS VIEIRA, María Luisa, *Responsabilidad Civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2005, página 55. Por su parte XIOL RÍOS, con una teoría muy similar a la seguida por ARCOS VIEIRA, asegura que si bien es cierto que el daño moral puede ser considerado uno de los perjuicios de la pérdida de oportunidad, no puede equipararse, tal y como la doctrina clásica hacía. Con esta vía argumentativa se conseguía, aunque forzosamente, superar los obstáculos que presentaba la causalidad. En este asunto la pérdida de oportunidad ostentaba un papel secundario y de mero maquillaje. Este autor acude a una serie de argumentos lógicos a fin de negar esta relación, partiendo en primer lugar del hecho de que la existencia de un bien o un derecho indemnizable no puede depender de la efectiva concurrencia de un nexo causal; en segundo lugar, la mera privación de una actuación no puede considerarse un daño resarcible, sino el perjuicio derivado del mismo, algo que no ocurre si adoptamos la forma de la pérdida de oportunidad. XIOL RÍOS, Juan Antonio, “El daño moral y la pérdida de oportunidad” ... *op. cit.*; concretamente en página 14.

⁹⁹¹ YZQUIERDO TOLSADA pone especial énfasis en diferenciar el lucro cesante del daño propio de la pérdida de oportunidad, tal y como señala este autor, no es lo mismo la incertidumbre sobre un eventual beneficio futuro que podría haberse llegado a obtener, que la certeza de la pérdida de una posibilidad real existente. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 1998” ... *op. cit.*; concretamente en página 538.

III. ANÁLISIS FENOMENOLÓGICO.

Comenzamos con el apartado central del presente capítulo, el examen tópico. Como es habitual, dividiremos los casos de pérdida de oportunidad en grupos de afinidad en relación a los hechos. Iniciaremos el apartado con el análisis de supuestos en los que la pérdida de oportunidad viene provocada por la falta de realización de una prueba diagnóstica, seguido por litigios en los que la problemática se basa en la práctica tardía de actividades de diagnosis, continuando con casos de pérdida de oportunidad por no efectuar un tratamiento a tiempo, pasando por aquellas resoluciones en las que una pérdida de oportunidad se entrelaza con un error de diagnóstico; finalizando con el análisis de aquellas controversias en las que se exige responsabilidad por una pérdida de oportunidad en supuestos de alumbramiento.

1. La pérdida de oportunidad ante la falta de realización de pruebas diagnósticas necesarias.

La temática del apartado que estudiaremos a continuación es bastante sencilla, ante la necesidad de un diagnóstico, un paciente ve dificultada la prueba a la que es necesario someterle, bien por una negligencia o una cuestión del azar; hasta el punto de que ésta no llegar a practicársele, con graves consecuencias para su salud.

1. Supuestos en los que la figura fue estimada.

1. La primera de las resoluciones es la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2007⁹⁹². En este litigio un hombre acudió a un hospital aquejado de una angina de pecho, siendo ingresado en la unidad coronaria del centro sanitario en cuestión. Se comenzó un tratamiento farmacológico, que de acuerdo con los protocolos establecidos en el sanatorio, no debía superar las 78 horas si el paciente seguía aquejado de los mismos dolores o su situación coronaria no mejoraba. Dado que el estado del enfermo no evolucionaba como debía, el equipo médico observó la necesidad de

⁹⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2007, Sala Primera, recurso 3360/2000, ponente Seijas Quintana. Controversia también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios y las deficiencias asistenciales, en los capítulos correspondientes.

practicar una coronariografía de urgencia, a fin de diagnosticarlo y actuar con rapidez, dado que ya se había aguardado un tiempo de espera prudencial.

A pesar del apremio, la coronariografía en cuestión no pudo llegar a practicarse, por no encontrarse el servicio a disposición del personal sanitario. Ello entrañó una tardanza innecesaria en el diagnóstico, lo que provocó que el paciente no pudiese ser tratado a tiempo, abocando ello en una compleja intervención a la que tuvo que someterse de manera urgente, que sin embargo no logró frenar un infarto de miocardio que acabó con la vida del enfermo.

En base a las circunstancias antedichas, la familia del fallecido pretendió el resarcimiento del daño sufrido por la muerte del enfermo, siendo sus pretensiones inadmitidas en primera instancia y parcialmente admitidas en apelación. En virtud de la situación, la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Es necesario tener presente que se trata de un paciente que acudió a un centro sanitario aquejado de una angina de pecho, es decir una situación de gravedad, y que siguiendo los protocolos hospitalarios permaneció bajo tratamiento y en observación, durante un periodo de 48 a 78 horas. Ante la falta de una mejoría visible, se optó por efectuar una práctica diagnóstica drástica, que permitiría obtener un resultado certero, o por lo menos atisbar el grado de la lesión, a los efectos de poder iniciar un tratamiento o programar una cirugía. De acudir a ambos medios (prueba y tratamiento) no existía una certeza de curación, aunque sí un mínimo de posibilidades. No obstante, cualquier probabilidad de sanación se perdió por la imposibilidad de someter al paciente a la prueba en cuestión. Lo que se tradujo en una actuación a ciegas, que no evitó el fallecimiento del enfermo por un fallo cardíaco.

De estas últimas líneas podemos extraer la esencia misma de la noción de la pérdida de oportunidad, la concurrencia de una interrupción azarosa en la relación médico - paciente que provoca un desenlace fatal, como lo es el fallecimiento de éste último. En esta misma línea parece pronunciarse el juzgador “La sentencia no establece esta relación causal a través de simples conjeturas, sino a partir de un juicio de probabilidad basado en un hecho objetivo como es la omisión por parte del centro hospitalario de los medios que debieron ponerse al alcance del enfermo y ello constituye el núcleo esencial de la *lex artis* de dicha entidad, que a la postre fue determinante de la posterior evolución del paciente, sin que esta relación de hechos fundamentan el criterio de imputación haya sido combatida mediante la oportuna y adecuada formulación de un

motivo de casación por error de derecho en la valoración de la prueba, con la ineludible cita de la regla legal de la que se considera infringida”⁹⁹³.

El daño del caso que nos ocupa no fue provocado por la actuación u omisión sanitaria que sufrió el paciente, sino que éste ya se encontraba en un estado grave. De las palabras del Alto Tribunal se desprende precisamente esto, que aquello que resulta indemnizado no es el fallecimiento del enfermo por un fallo cardíaco, no en vano él llegó al centro de salud aquejado de una angina de pecho. La reparación por pérdida de oportunidad recae sobre el retraso de diagnóstico y tratamiento que sufrió el paciente, como consecuencia de que no le fue practicada una prueba que resultaba de vital importancia para su diagnóstico⁹⁹⁴.

2. La segunda de las resoluciones, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007⁹⁹⁵, puede ser una de las más esclarecedoras, en la medida en que la pérdida de oportunidad se manifiesta inequívocamente. Un paciente acude a un centro médico cercano a su localidad de residencia derivado de urgencias, sobre las cuatro de la mañana, por presentar una isquemia aguda del miembro inferior derecho, con obliteración de la arteria ilíaca. Ante la imposibilidad de establecerse la etiología del cuadro que presentaba, se optó por la vía más correcta y rápida, como lo era la práctica de una arteriografía, la cual debía efectuarse con urgencia y en un plazo máximo de 20 horas desde el ingreso del enfermo. Esta técnica es la más idónea, en la medida en que puede arrojar un diagnóstico concluyente y permitir un tratamiento rápido. Aunque el facultativo que debía practicar la mencionada prueba se encontraba en su día de descanso, acudió al centro sanitario cuando fue llamado, dada la urgencia del supuesto. Sin embargo, esta actuación resultó infructuosa, por no encontrarse el equipo de personal auxiliar complementario necesario para realizar el acto médico, debido a que era fin de semana. Este sanatorio no prestaba este servicio de manera ininterrumpida, ya que los fines de semana no había personal a tal efecto. A pesar de la imposibilidad material de practicar la arteriografía, no se optó por una medida drástica que solucionase la situación, como lo podría haber sido el traslado del paciente a otro

⁹⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2007 ... *op. cit.*

⁹⁹⁴ En una línea prácticamente idéntica se pronuncia la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 6209/2009, ponente Marti García).

⁹⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007, Sala Primera, recurso 1007/2000, ponente Montes Penadés. Resolución también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente.

hospital, donde esta prueba habría podido practicársele. La falta de tratamiento provocó el fallecimiento del enfermo por una disección de la aorta⁹⁹⁶.

Ante las circunstancias antedichas los familiares del fenecido pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda desestimada en primera instancia, no así su recurso de apelación, que resultó parcialmente estimado ante la Audiencia Provincial competente; a pesar de lo cual, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este asunto es un buen ejemplo de la pérdida de oportunidad y su juego de porcentajes. Comentábamos algunas páginas atrás que los márgenes de probabilidad en los que se mueve la pérdida de oportunidad, a pesar de las divergencias doctrinales existentes, son del 55% y del 45%. Ahora bien, autores como DE ÁNGEL YÁGÜEZ optan por una mayor discrecionalidad en lo que los porcentajes se refiere. Prueba inequívoca de la idoneidad de esta opción es la sentencia que nos ocupa, donde el porcentaje de éxito ronda el 20% y aun así el recurso fue estimado.

Aunque la pérdida de oportunidad parece poder entereverse en la práctica totalidad de la sentencia, lo cierto es que el Tribunal Supremo no llega a pronunciarse sobre la misma, acudiendo en su lugar a una omisión de medios⁹⁹⁷.

No obstante lo señalado, lo cierto es que consideramos que la pérdida de oportunidad está latente en la práctica totalidad del supuesto. Un paciente acude a un hospital derivado de un centro de asistencia primaria con un diagnóstico de gravedad, ya que a fin de hallar el origen de su dolencia era necesaria la práctica urgente de una prueba de cierta complicación, requiriéndose personal especializado. A pesar de que el facultativo que debía efectuarla no se encontraba trabajando, debido a la urgencia se prestó raudo para su realización, una actuación loable que resultó infructuosa, por no ocurrir lo mismo con el resto del personal auxiliar. Encontramos precisamente en este punto la manifestación misma de la noción de la pérdida de oportunidad, en la medida en que, a pesar de que el enfermo requería una actuación rápida a los efectos de salvar

⁹⁹⁶ De haberse practicado la arteriografía se hubiese detectado la disección de la aorta que se sospechaba que padecía el paciente y se habría podido actuar en consecuencia. Se colige de la literatura médica aceptada, que dado el cuadro que presentaba el paciente, bien mediante cirugía cardíaca, bien mediante la revascularización de la isquemia, las posibilidades de éxito se encontraban acotadas a un máximo del 20%.

⁹⁹⁷ Concretamente asevera sobre la omisión de medios lo siguiente “En vista de la concreta actuación del profesional demandado, de la situación del paciente y de las posibilidades terapéuticas que ponen de relieve los informes periciales, parece que imputar al demandado el daño que supone la muerte del paciente parece excesivo en relación con la omisión no de una prueba diagnóstica, que el médico no podía llevar a cabo, sino con la omisión de una indicación de traslado a otro centro en que la prueba se pudiera realizar cuando la disección aórtica no era ni probable, sino meramente, “no descartable””.

su vida, o por lo menos para mejorar su salud, ésta no puede llegar a practicarse por una cuestión azarosa que incidió desfavorablemente en la relación médico – paciente.

De los hechos se desprende, que si bien es cierto que no existía certeza alguna de sanación, y que tal y como se menciona en el relato, la posibilidad de mejora no superaba el 20%, no practicar la prueba necesaria y la consiguiente imposibilidad de actuar, incidieron en la situación del paciente; condenándolo a carecer de cualquier probabilidad de sanación, o cuanto menos, de tratamiento.

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001⁹⁹⁸ sigue una línea prácticamente idéntica a la de las controversias anteriores. En este asunto D. Luis María ingresó en el Servicio de Urgencias de un hospital cercano a la localidad donde residía, sobre las doce del mediodía, aquejado de un fuerte dolor en el tórax. Se le practicó un estudio analítico y un electrocardiograma, de los que se dedujo la posibilidad de que padeciese un posible aneurisma aórtico. Dada la situación, era necesario someter al paciente a una artografía, que sin embargo no pudo efectuarse porque no había angiólogo de guardia.

Se intentó paliar esta dificultad con un TAC, que arrojó un resultado negativo, que después se calificó como “falso negativo”. Casi cinco horas más tarde se consiguió la confirmación del diagnóstico por vía de otra práctica probatoria, una ecocardiografía, que permitió diagnosticarle de aneurisma aórtico disecante.

Con estos datos, tanto el médico que le había atendido desde un primer momento, como el que había practicado la prueba, acudieron a un quirófano donde se encontraban operando los miembros del equipo cardiovascular del hospital (otro caso de aneurisma aórtico). Éstos señalaron, que dado que tendrían que finalizar la intervención que se encontraban desarrollando, sería preferible remitir al enfermo a otro sanatorio a fin de evitar riesgos por la espera, dado que ya se había perdido mucho tiempo en el diagnóstico. Sin embargo, este traslado no fue posible porque el centro donde iba a ser enviado denegó esta solicitud por ausencia de personal, por lo que fue necesario aguardar a que el equipo cardiovascular concluyese la cirugía. A pesar de los esfuerzos desplegados, el paciente falleció pasadas las ocho de la tarde de ese mismo día.

En virtud de estos hechos, los parientes de D. Luis María pretendieron el resarcimiento del daño sufrido. Sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

⁹⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001, Sala Tercera, recurso 4596/1997, ponente González Navarro.

Este supuesto es probablemente uno de los más llamativo que estudiaremos en el presente apartado de prácticas probatorias omitidas, dado que un paciente gravemente enfermo que requiere una actuación rauda, ve ralentizado, no sólo el tratamiento a recibir porque llegó en segundo lugar, sino también el diagnóstico; por el simple hecho de que aunque el hospital contaba con los recursos materiales necesarios, no tenía un facultativo capacitado para utilizarlos. Todo ello obligó a los médicos que lo atendían a utilizar otros medios, que permitieron alcanzar un diagnóstico, pero tardío. A estos desdichados factores tenemos que añadirle el hecho de que las rápidas actuaciones de los profesionales del centro apuntaron a un traslado urgente para tratar al enfermo, el cual tampoco fue posible. Todos los esfuerzos resultaron en vano, porque a pesar de que el paciente fue intervenido, éste apenas sobrevivió a la cirugía, feneciendo dos horas después de entrar al quirófano.

El juzgador se muestra firme con la condena al centro sanitario, y no a los médicos, cuando ante la defensa del mismo haciendo alusión al “régimen de cola”, como necesidad de todo sanatorio para justificar la tardanza, apunta “El llamado régimen <<de cola>> es criterio -alumbrado de antiguo- que inspira la interpretación aplicativa de la regulación jurídica de los servicios públicos en general, y del servicio público sanitario, en particular. La disponibilidad de medios personales y materiales es siempre limitado, y con ello hay que contar. Pero las razones por las que la Sala de instancia ha condenado a la Administración sevillana a pagar son distintas y han sido explicadas en la parte final del fundamento cuarto. Porque era necesario explicar -y era el Servicio de la Salud el llamado a hacerlo y no lo ha hecho- porqué no había angiólogo de guardia. Y era necesario explicar también -y era el Servicio andaluz de la Salud el que tenía la carga procesal de hacerlo, y tampoco lo ha hecho, porqué el Hospital de la Virgen Macarena no pudo hacerse cargo del paciente. No se trata, pues, de exigir a la Administración que disponga de medios ilimitados -lo que sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común- sino de probar que los medios materiales y personales disponibles -dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que habían entrado antes en el sistema por ocupar un puesto anterior en <<la cola>>”⁹⁹⁹.

De las palabras del Alto Tribunal parece poder inferirse, que si bien éste no menciona expresamente la pérdida de oportunidad, sí que considera como elemento

⁹⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001 ... *op. cit.*

clave para el fallecimiento del paciente la limitación de medios del centro, que provocó una espera exagerada para una afección como la que sufría el enfermo.

4. El cuarto litigio a analizar es un caso idéntico al anteriormente comentado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007¹⁰⁰⁰. En este proceso D. Silvio sufrió un accidente cuando estaba trabajando, le cayó una viga encima de una pierna, y fue trasladado urgentemente al hospital más cercano al lugar del accidente. En el centro sanitario le fue inmovilizada la pierna, únicamente por la parte posterior, y se ordenó el traslado del paciente a otro sanatorio donde pudiese practicársele una arteriografía, ya que los vasos de la pierna podían estar comprometidos y en sus instalaciones no contaban con un servicio vascular. Sin embargo, en el segundo centro la máquina estaba averiada, de forma que no pudo someterse a la práctica diagnóstica en cuestión. Habiéndose efectuado algunas comprobaciones superfluas, se consideró que la pierna no se encontraba comprometida y el paciente fue directamente remitido al primer hospital, donde su familia tomó la iniciativa de ingresarlo en una clínica, a fin de que le pudiese realizar el estudio pertinente. Efectuada la arteriografía, se comprobó la amputación de tres de los vasos de la pierna accidentada en su tercio distal, por lo que se adoptó una actitud expectante (inmovilización parcial de la pierna y tratamiento conservador), hasta que al día siguiente se observó que la pierna presentaba una isquemia irreversible, siendo necesaria la amputación de la misma por debajo de la rodilla.

En base a los mencionados hechos, D. Silvio pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda parcialmente estimada en primera instancia y confirmada en grado de apelación, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nuevamente nos encontramos ante una resolución típica de una caso de pérdida de oportunidad. Un paciente acude a un servicio de urgencias tras haber sufrido un accidente que muy probablemente haya comprometido la irrigación de su pierna, y por un motivo u otro, una prueba necesaria no llega a practicársele.

Es precisamente en este punto en el que nos encontramos con la materialización misma de la pérdida de oportunidad, aunque con un matiz distinto que en los supuestos anteriores. Si bien en las resoluciones precedentes el elemento azaroso que provocaba la imposibilidad de actuación consistía en la avería del aparato a utilizar o la ausencia de

¹⁰⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007, Sala Primera, recurso 21/2000, ponente García Varela.

personal, en este litigio radica en la omisión del facultativo que atendió al enfermo en el segundo centro. Tras efectuar sucintas comprobaciones, aún a sabiendas del grave accidente sufrido por el paciente, consideró innecesaria la práctica de una prueba diagnóstica de ese calibre y lo remitió al primer hospital con un diagnóstico preliminar favorable.

Aunque podríamos observar una omisión de medios o una vulneración de la *lex artis*, hemos calificado el presente supuesto de pérdida de oportunidad, por el simple hecho de que lo contrario sería una visión parcial del caso. Observando la relación fáctica desde una perspectiva completa, es decir en su totalidad, comprobamos que lo que sufrió el paciente fue una pérdida de oportunidad provocada por una omisión de medios que le condenó a no recibir tratamiento alguno para su pierna y perderla; todo ello careciendo de la certeza de que si de haberse practicado la prueba, se hubiese obtenido un diagnóstico acertado y se habría llegado a preservar la pierna.

El Tribunal Supremo se muestra acorde a la posición que aquí mantenemos cuando señala “La sentencia del Juzgado, cuyos razonamientos jurídicos fueron aceptados por la Audiencia, ha manifestado la evidencia de la actuación imprudente por el Dr. Jesús Manuel, su conducta incorrecta y contraria a la "lex artis" en la asistencia prestada al demandante en el Servicio de Urgencias del "Hospital Juan Canalejo", al no realizar los tactos, exploraciones y pruebas oportunas, especialmente la arteriografía, habida cuenta de que ya en Ferrol se había detectado un compromiso vascular circulatorio, y venia (sic) diagnosticado de esta manera, sin que le libere de responsabilidad el hecho de que la máquina para efectuar las arteriografías estuviera averiada, pues, aunque así fuera, y dada la trascendencia de esa prueba, lo lógico y sensato hubiera sido trasladar al paciente a otro Centro donde la misma pudiera realizarse; e, igualmente, dicha resolución ha argumentado que todo ello se desprende claramente de la documentación médica aportada con la demanda, también incorporada al precedente juicio de faltas; y que la prueba pericial médica practicada en el proceso corrobora las conclusiones anteriores, también recogidas en el juicio penal, toda vez que el perito informante en autos valoró el proceso asistencial de que fue objeto el demandante, ha explicado los aspectos en que se concreta la actuación incorrecta del demandado, y concluyó que, en cuanto a la relación que la amputación tiene con la actuación médica dispensada al paciente, si bien parece claro que no ha sido ni suficientemente correcta ni diligente, no puede establecerse con certeza que haya determinado, de forma cierta, directa y total, en la no viabilidad del miembro, aunque ha

agotado las posibilidades, pequeñas o grandes, que el paciente podría tener de haberse llevado a cabo aquella de forma adecuada, es decir, que si bien no puede establecerse con certeza que las insuficiencias detectadas en la asistencia al demandante fueran la causa de la amputación de la pierna izquierda tras el grave traumatismo sufrido el 13 de julio de 1987, lo cierto es que las mismas han privado al paciente de las posibilidades que tenía de viabilidad de la extremidad inferior izquierda. Desde la perspectiva de los datos demostrativos declarados probados en la instancia, se declara en esta sede que, en el caso de autos, el resultado provocado por la conducta del Dr. Jesús Manuel fue dañino para el paciente e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, ya que no ha actuado con un comportamiento profesional diligente y de conformidad con los datos actuales de la ciencia, lo que permite sentar que hubo negligencia en el citado demandado”¹⁰⁰¹.

Antes de finalizar este comentario conviene destacar un aspecto concreto sobre el que persevera el juzgador con contundencia: el nexo causal. Esta cuestión es precisamente uno de los puntos sobre el que la parte demandada más insiste, la inexistencia de una relación de causalidad entre no practicarse la prueba y la amputación de la pierna, dado que la situación de la extremidad inferior del paciente era grave. Es precisamente sobre este elemento sobre el que la pérdida de oportunidad toma protagonismo, ya que lo que resulta reprochado, y consecuentemente indemnizado, no es la amputación de la pierna, sino la práctica condena a ello, por no someterse al accidentado a ninguna prueba¹⁰⁰².

5. La penúltima resolución objeto de análisis es la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007¹⁰⁰³. En este litigio D^a. Blanca acudió a un centro hospitalario para someterse a una cesárea programada, por desproporción pelvi-fetal. La

¹⁰⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007 ... *op. cit.*

¹⁰⁰² Por su semejanza con la anterior controversia estudiada, no procede efectuar un nuevo comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2003 (Sala Primera, recurso 2837/1997, ponente Villagómez Rodil; resolución también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente), en la que un paciente acudió a un centro sanitario derivado de su médico de cabecera, con un diagnóstico provisional de extrema gravedad: posible aneurisma de aorta. No obstante, la médico que la atendió, desoyendo los consejos de su compañero de profesión, consideró que la afección no era tal y sin someterlo a prueba alguna, le remitió a su domicilio; falleciendo el paciente antes de llegar a su casa. Aunque la literatura médica sitúa en torno al 50% las probabilidades de éxito en este tipo de cuadros si son intervenidos a tiempo, observamos cómo la pérdida de oportunidad del caso se encuentra en no practicar las pruebas que se habían solicitado, condenando al paciente a una muerte segura. De esta misma opinión se muestra ASUA GONZÁLEZ, cuando señala que los porcentajes de este litigio no resultaban tan acotados como para no permitir barajar una posibilidad real de sanación, de haberse actuado de manera diligente y acorde a las instrucciones del médico de cabecera del paciente. ASUA GONZÁLEZ, Clara I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria* ... *op. cit.*, página 29.

¹⁰⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007, Sala Tercera, recurso 604/2004, ponente Puente Prieto.

intervención transcurrió con plena normalidad, pero la noche del día mismo de la operación la paciente comenzó a sufrir fuertes dolores abdominales, a los que el personal sanitario no les dio especial relevancia, limitándose a prescribirle nolutil; no apreciándose hasta horas después que la enferma presentaba escasa orina, diuresis hematúrica, mucha sed, vómito biliar y no retorno a sonda vesical.

D^a. Blanca siguió en esta situación durante toda la mañana siguiente, pero al detectarse que tenía el vientre duro, se dio aviso al médico de guardia, que le puso una sonda nasogástrica; manteniendo D^a. Blanca orina escasa y hematúrica. A pesar de estos tratamientos, el estado de la paciente no mejoró, y al segundo día de la cirugía siguió sin poder orinar, llegando a un estado de taquicardia y toquiquemia (sudor frío), entrando en estado de shock. Se decidió entonces practicar una laparotomía, que se llevó a cabo sobre las 11,00 horas del mismo día, sin que la paciente llegase a recuperarse, falleciendo a las 15,30 horas; no habiéndole sido suministrado antibiótico alguno hasta momentos antes de iniciarse la laparotomía.

La autopsia reveló que lo que provocó la muerte de la paciente fue que durante la cesárea se produjo una rotura de la vejiga, que permitió la salida de la orina al peritoneo, lo que desencadenó una grave infección que no pudo ser corregida a tiempo, como consecuencia de la falta de administración de antibióticos.

Esta sucesión de hechos dio lugar a que los familiares de la fenecida pretendiesen el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda estimada en instancias inferiores, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Si bien en un principio esta controversia puede ser menos llamativa que las demás, por el simple hecho de que no existe un factor que resulte decisivo, como lo puede ser la falta de realización de una prueba o la ausencia de material, lo cierto es que ello no es óbice para no considerar este supuesto un caso de pérdida de oportunidad. ¿Dónde se encuentra entonces la *perte de chance*? A pesar de que el Alto Tribunal la sitúe en un único punto, como lo es el retraso de la intervención, estimamos oportuno considerar, que si bien es cierto que ésta se dilató en el tiempo de manera indebida, ello fue como consecuencia de la ausencia de un diagnóstico previo. La paciente mostraba claros signos de malestar, a lo que debemos añadir que los problemas con el drenaje y la sonda resultaban alarmantes, a pesar de lo cual no se actuó en consecuencia y no fue hasta que se observó que el vientre de la paciente estaba duro, cuando se comenzó a indagar qué le podía ocurrir, casi dos días después de la cesárea. Por lo tanto, aunque es

cierto que la cirugía se dilató en el tiempo, también lo hizo el necesario tratamiento antibiótico, porque se carecía de un diagnóstico.

Parece tratarse de un claro supuesto de pérdida de oportunidad, que aunque menos evidente que los anteriormente estudiados, sigue una dinámica y una filosofía común, por la cual la tardanza en las actuaciones provocó la falta de administración de un tratamiento preventivo (antibiótico), que paliase la infección que aquejaba a la paciente. En una línea muy similar se pronuncia el Tribunal Supremo, aunque el eje central de su argumentación gire en torno a la segunda cirugía “Contrariamente a lo afirmado por los recurrentes, el motivo de casación ha de ser desestimado por cuanto que, en realidad, lo que los recurrentes efectúan es una diferente valoración de la prueba evaluada por el Tribunal de instancia y que, en atención sustancialmente al resultado del informe del Instituto Nacional de Toxicología, entendió que dicha responsabilidad existía y era el resultado de que, si bien los cuidados postoperatorios fueron los normales, se había dilatado la segunda intervención en exceso, realizándose ya en pleno estado de shock, lo que motivó y condicionó los resultados negativos derivados de esa tardanza en la toma de decisiones a la hora de practicar la segunda intervención. Y tal valoración de los hechos realizada por el Tribunal de instancia no puede cuestionarse en casación si no es invocando una infracción de preceptos sustantivos sobre valoración de prueba tasada o alegando la irracionalidad o arbitrariedad de la valoración de la prueba que, desde luego, no resulta de la literalidad del informe más arriba transcrito del Instituto Nacional de Toxicología que atribuye la causa del fallecimiento al retraso en la práctica de la segunda operación y, por ello, no cabe admitir como justificación, según la sentencia expresamente afirma, que se produzcan consecuencias como la que motivó el recurso que, de haber mediado la diligencia debida, podían haberse evitado”¹⁰⁰⁴.

6. El último litigio objeto de análisis sigue una dirección prácticamente idéntica a la anteriormente comentada, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007¹⁰⁰⁵. En este asunto a D^a. Diana se le practicó una histerectomía total con anexectomía derecha, cirugía que se desarrolló con plena normalidad, salvo porque en el curso de la misma se le seccionó el uréter derecho, algo que pasó desapercibido a los cirujanos.

¹⁰⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007 ... *op. cit.*

¹⁰⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007, Sala Tercera, recurso 7418/2004, ponente Robles Fernández.

Esta lesión se tradujo en una lenta evolución de la paciente, que presentaba cuadro de disnea, taquipnea, taquicardia e íleo paralítico; y más tarde tromboembolismo pulmonar. Todos estos síntomas fueron tratados por separado, sin llegar a indagarse qué los motivaba. Para cuando finalmente hubo sospechas de una posible sección del uréter y se operó a la enferma, ya habían pasado cinco días desde la cirugía. Precisamente por ello, la salud de D^a. Diana no pudo ser reestablecida, acarreándole la demora en las actuaciones, importantes secuelas físicas.

La paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda parcialmente estimada en instancias inferiores, por lo que fue la parte demandada la que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

En este supuesto, al igual que ocurre en el anteriormente analizado, la pérdida de oportunidad no es tan visible como en los litigios previamente examinados, en los que el elemento azaroso no permite acudir al medio diagnóstico o al tratamiento necesario. En esta controversia el aspecto interceptor en la relación médico - paciente se encuentra embebido en la redacción de los hechos y es necesario realizar una revisión más profunda de la relación fáctica. La respuesta a la pregunta sobre dónde encontramos la pérdida de oportunidad la hallamos en un minúsculo detalle: la tardanza en el diagnóstico, que motivó una intervención tardía, provocando graves las secuelas en la paciente y que aún padece en la actualidad, o por lo menos en el momento de dictar la sentencia. Parece adecuado apuntar, que si bien es cierto que la enferma estaba siendo tratada, lo era únicamente en relación a los síntomas que padecía, y por separado, pero no por la lesión que se le provocó. Una diagnosis temprana quizás hubiese permitido que la enferma no padeciese ningún tipo de consecuencias, o de tenerlas serían de menor entidad que las que padece, algo sobre lo que sin embargo no tenemos certeza. Se trata de la definición misma de la pérdida de oportunidad, tal y como de las palabras del juzgador se desprende “De la transcripción que se ha hecho de la Sentencia recurrida resulta que en la misma el Tribunal "a quo" excluye que haya habido mala praxis en las concretas intervenciones quirúrgicas que se realizaron a la paciente, sin embargo tiene por probado que hubo un retraso en el diagnóstico y conocimiento de que se había seccionado el uréter en el curso de la primera intervención quirúrgica y que fue ese retraso en el diagnóstico, el que contribuyó a una evolución que no pudo controlarse adecuadamente al no conocerse su causa y que culminó con la pérdida funcional del riñón derecho de aquella. Además en su argumentación tiene por probado que ese retraso en el diagnóstico fue debido al trasiego hospitalario a que se sometió a la

paciente, tratada por diferentes Servicios del Hospital Clínico San Carlos, y se basa para ello en los reiterados Informes del Médico Forense Don. Carlos Ramón en los que se explicita A) que ha habido un evidente retraso en el diagnóstico de la sección del uréter de la paciente en el curso de la primera intervención quirúrgica y que tal sección fue la causa generadora de los padecimientos de esta, señalando incluso que los ginecólogos que practicaron la tercera intervención debían haber solicitado la colaboración de un urólogo o un cirujano digestivo para averiguar las causas de los derrames persistentes en cavidad abdominal. B) que ese retraso fue originado por los distintos cambios de planta y los distintos Servicios médicos que examinaron a la actora sin la necesaria coordinación, y C) que tal retraso en el diagnóstico fue un factor relevante en la evolución de los padecimientos de la actora y una concausa trascendente en el resultado final que culminó con la pérdida del riñón derecho. La propia Inspección Médica en su Informe reconoce que la paciente fue atendida por distintos Servicios médicos, con relación a los cuales los informes del Dr. Carlos Ramón no dejan lugar a duda sobre su inadecuada coordinación a los efectos de realizar un diagnóstico como era la sección de un uréter, complicación que puede darse en una histerectomía total como la practicada. Tampoco dejan duda las demás conclusiones ya expuestas contenidas en aquellos informes, que son las tenidas en cuenta por la Sala en una valoración absolutamente lógica y razonable, con base en las cuales tiene por probado un retraso en el diagnóstico y una descoordinación a efectos de obtener este, al ser varios los servicios médicos intervinientes, siendo ese retraso una causa fundamental determinante de una evolución del padecimiento que culminó con la práctica de la nefrostomía”¹⁰⁰⁶.

2. Asuntos en los que la figura fue desestimada.

7. La primera de las resoluciones desestimadas, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008¹⁰⁰⁷, resulta de sumo interés, ya que nos permite ver con gran claridad la pérdida de oportunidad y la razón de ser de su inadmisión. En este litigio una mujer joven acudió a un servicio de urgencias, sobre las 11 de la noche, con un cuadro de cefalea intensa, náuseas y vómitos de varios días, con reducción de nivel de conciencia, taquipnea y pupilas no reactivas. Fue explorada en el Box 4 por una

¹⁰⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007 ... *op. cit.*

¹⁰⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008, Sala Tercera, recurso 9349/2003, ponente Herrero Pina.

médico residente junto con el médico adjunto, que apreciaron respiración de kussmaul y continuación de apnea, con posible parada cardiorrespiratoria y signos de edema pulmonar agudo. Se procedió a su intubación y ventilación mecánica, instaurándose tratamiento de remoje, suero fisiológico intravenosos, así como naloxona y anexate; solicitándose además un TAC urgente.

Sin embargo, y a pesar de la premura, el citado TAC no se practicó hasta pasada una hora más o menos, y para cuando se le sometió al mismo, la enferma presentaba una hemorragia cerebelosa, con saturación de oxígeno al 90% y edema pulmonar bilateral. El neurocirujano de guardia descartó cualquier posibilidad de intervención por el rápido deterioro hemodinámico y neurológico que sufría la paciente, falleciendo ésta a las nueve de la mañana del día siguiente.

La familia de la fenecida pretendió el resarcimiento del daño sufrido, no viendo sus pretensiones admitidas en ninguna de las instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La semejanza entre este supuesto y los anteriores es clara, hasta el punto de que se siembra la duda de qué pudo motivar al Tribunal Supremo a tomar una decisión como la que adoptó, y hasta qué punto no es arbitraria. La justificación no obstante, se colige de los propios hechos: si bien es cierto que la prueba del TAC pudo haberse demorado excesivamente para una situación de urgencia como la que acontecía, también lo es que no se perdió ninguna oportunidad, porque no existía. El estado de la enferma estaba tan deteriorado, que ni siquiera una actividad diagnóstica temprana hubiese permitido ningún tratamiento.

Ante la ausencia de una oportunidad de vida o de restablecimiento, la figura de la pérdida de oportunidad queda vacía de contenido y no cabe indemnización alguna. El Tribunal Supremo se reafirma en esta idea cuando asegura “Por otra parte, la recurrente considera que ese retraso en la intervención de especialista en Neurología determinó el fallecimiento de la paciente, circunstancia difícilmente sostenible en un examen ponderado de los elementos de prueba, pues queda desvirtuada por todos los informes y en todos los documentos que figuran en las actuaciones, en los que se refleja la gravedad del cuadro que presentaba la paciente a su ingreso en urgencias, que evolucionó de manera inmediata, con parada cardiorrespiratoria, coma y edema agudo de pulmón, que de acuerdo con tales informes precisa una previa estabilización de la paciente para poder realizar las oportunas pruebas médicas, que desde el principio

ofrecieron un resultado que hacía inútil e inviable la intervención de tales especialistas”¹⁰⁰⁸.

De las afirmaciones del juzgador se infiere que ciertamente no se trata de una resolución caprichosa, sino que su fundamentación es clara y coherente. No se aprecia la pérdida de oportunidad porque la paciente, dada la gravedad de su estado, no tenía oportunidad alguna, al carecer de cualquier posibilidad de sanación.

8. La segunda controversia no es tan evidente como la anterior, aunque comparte con ésta la misma sombra de arbitrariedad superficial, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006¹⁰⁰⁹. En este caso D^a. Leticia, diagnosticada a muy corta edad de Osteogénesis Imperfecta, padecimiento que le había ocasionado múltiples fracturas y aplastamiento de vértebras, así como la degeneración macular irreversible en ambos ojos; acudió a su médico habitual al quedarse embarazada, a fin de someterse a un exhaustivo seguimiento. Cuando llegó el momento del alumbramiento, éste se produjo sin mayores complicaciones, dado que se pretendió que fuese rápido. Sin embargo, pasados dos meses desde el mismo, la paciente comenzó a acusar fuertes dolores y molestias en la zona pélvica y lumbar que no fueron diagnosticados hasta pasados dos meses desde la primera consulta (debido a su dificultad), hallándose una necrosis de cabeza avascular con aplastamiento de cabeza femoral e incipiente en la cadera derecha, por lo que se suspendió el tratamiento paliativo al que se estaba sometiendo la enferma, ya que podía resultar contraproducente, y se comenzó con una terapia acorde a la lesión que padecía. No obstante, la situación de D^a. Leticia no mejoró como se pretendía, restándole a la paciente importantes secuelas.

D^a. Leticia pretendió el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual sus intenciones fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que se vio en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

¹⁰⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008 ... *op. cit.* ASUA GONZÁLEZ nos acerca un asunto muy similar, el de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1999, en el que un paciente aquejado por una contusión lumbar acabó fallecido como consecuencia de un shock séptico. La familia del fenecido pretendió la indemnización del daño, por considerar que debido a la falta de diagnóstico, las posibilidades de supervivencia del mismo desaparecieron. Sin embargo vieron sus intenciones desestimadas, al considerar el Tribunal Supremo que el enfermo, en el momento de la primera atención, ya sufría del fallo multiorgánico que acabó con su vida, en el que el índice de supervivencia con un diagnóstico certero no supera el 10% de los casos. El Alto Tribunal consideró que la pérdida de oportunidad no tenía cabida en un litigio como el presente, dado que el enfermo no tenía posibilidades reales de sobrevivir. ASUA GONZÁLEZ, Clara I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria* ... *op. cit.*, página 28.

¹⁰⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006, Sala Tercera, recurso 4672/2002, ponente Robles Fernández.

Una paciente con una grave afección ósea, tras un parto normal, comienza a padecer fuertes dolores en la zona pélvica. Puede resultarnos llamativo que una situación de hecho como ésta no sea objeto de reproche, más si cabe cuando tenemos presente que el equipo médico debía estar sobre la pista, dada la dolencia de D^a. Leticia. Ante los padecimientos de la enferma, su médico le indicó un serie de tratamientos paliativos, que sin embargo resultaron contraproducentes. Observando el litigio en cuestión nos surge la siguiente pregunta, ¿no es la decisión del Alto Tribunal arbitraria, al existir supuestos de hecho muy similares en los que un diagnóstico tardío fue considerado una pérdida de oportunidad? Más si cabe cuando se trata de un alumbramiento en una mujer que padecía una enfermedad degenerativa ósea y que la lesión se produjo en la zona pélvica. Nuevamente nos vemos en la necesidad de desarrollar un análisis más detallado de la relación fáctica, y es que si bien es cierto que el parto podía incrementar el riesgo de un daño en la zona pélvica, no ocurría lo mismo con la zona lumbar. Es complicado establecer una relación causal entre ambos elementos, a lo que debemos añadir, que al tratarse de una enfermedad poco conocida y de un menoscabo complejo, las posibilidades de errar el diagnóstico eran altas. La diagnosis tardía de la lesión no es reprochada, por el simple hecho de que se trataba de un supuesto especialmente complicado de diagnosticar, que podía inducir a error. Consecuentemente la oportunidad perdida no es tal, porque la posibilidad de conocer la magnitud del daño era prácticamente imposible en un primer momento, dado que se requerían meses de evolución. En una línea muy similar se pronuncia el Tribunal Supremo “...de la prueba pericial practicada se desprende con claridad que son multifactoriales las causas, así como los factores que influyen en la necrosis avascular de cadera, no siendo muy frecuente la relación entre el embarazo y la necrosis, cuya sintomatología es imprecisa. En el propio Informe Don. Andrés que al igual que el emitido por Doña. Montserrat tiene en cuenta los antecedentes médicos de la Sra. Leticia , tanto oftalmológicos como su osteogénesis imperfecta con cifosis dorsal, se contienen entre otras las siguientes consideraciones relevantes a los efectos de la presente litis: A) la osteogénesis imperfecta es una enfermedad poco corriente, de origen desconocido, de pronóstico rarísimo y poco estudiada. B) la necrosis avascular en las caderas es una enfermedad articular grave que puede producirse por causas variadas, ya externas, ya propias de la pared vascular, ya internas del vaso sanguíneo y aun cuando se dice que el embarazo podría ser una causa generadora de esa necrosis, no se precisa que el embarazo de la Sra. Leticia y su seguimiento fuera precisamente la

causa de la necrosis por esta padecida. C) que la necrosis puede ser en situaciones normales de difícil diagnóstico”¹⁰¹⁰.

9. Continuamos con la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007¹⁰¹¹, en la que se estudia una controversia similar a la anterior. En este caso D^a. Nuria se estaba sometiendo a un tratamiento de reproducción asistida en un hospital cercano a su localidad de residencia. Sin embargo, la falta de obtención de resultados llevó a los facultativos que la estaban atendiendo a practicarle de una serie de pruebas, que arrojaron un diagnóstico de endometriosis grado IV. En virtud de ello, se le realizó una laparotomía exploratoria que diagnosticó un bloqueo pélvico producido por adherencias del aparato genital a sigma, cara posterior del ligamento ancho, que dificulta la intervención conservadora de miomectomía. Se paralizó la terapia de fertilidad, dado que hasta que no fuese tratada, la paciente no tendría posibilidades de concebir. Por ello fue remitida a otro hospital, con el fin de que fuese evaluada de forma más precisa, y operada, de ser necesario. En el segundo centro se le realizó una nueva diagnosis y se le informó sobre las posibles alternativas que tenía, siendo la más fiable la cirugía. Se programó la práctica de una laparotomía exploratoria y en el caso de ser necesaria una intervención, se aprovecharía la anestesia suministrada para proceder a la misma.

Durante la laparotomía se comprobó lo ineludible de la actividad quirúrgica, por lo que se acometió, tal y como se había planeado. Sin embargo, cuando se intentaron despegar las múltiples adherencias que presentaba la paciente, esto resultó imposible, por lo que se finalizó la operación y se le diagnosticó de síndrome adherencial masivo, endometriosis grado IV. En el postoperatorio se le presentó a la enferma peritonitis por perforación de sigma y el día 5 de junio de 1995, D^a. Nuria tuvo que ser intervenida de una operación tipo Hartmann por peritonitis fecaloidea, por perforación de colon sigmoides, practicándosele cierre del muñón distal con seda 2/0, resección de bordes y colostomía terminal de descarga; un riesgo propio de la cirugía a la que había sido sometida.

Debido a la intervención de urgencia que requirió, así como a las adherencias que no pudieron ser eliminadas, a la paciente le fue desaconsejado tener hijos, por lo que abandonó el programa de reproducción asistida.

¹⁰¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006 ... *op. cit.*

¹⁰¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 7007/2002, ponente Puente Prieto.

D^a. Nuria pretendió el resarcimiento del daño sufrido (esterilidad), siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

En este proceso puede resultarnos complicado hallar la pérdida de oportunidad, por lo que es necesario que prestemos especial atención a las secuelas que le quedaron a la paciente tras la segunda cirugía. Sostiene la recurrente que las lesiones que padece fueron consecuencia de la perforación de colón, y las adherencias de eliminación dificultosa son las que no le permiten tener hijos. La operación, que en principio le debería haber dado esa oportunidad se la quitó, provocando una pérdida de oportunidad, al sumarle a la patología que tenía, graves lesiones.

En principio esta hipótesis podría resultarnos válida, en la medida en que las consecuencias que sufrió D^a. Nuria, que en ningún momento vinieron motivadas por una vulneración de la *lex artis*, acarrearón un añadido a la problemática previa que padecía; lo que motivó que no pudiese tener hijos y la consiguiente pérdida de oportunidad. Sin embargo, ocurre algo similar a lo acontecido en el litigio de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008, dado que la situación inicial de la paciente ya era complicada. A pesar de que se había sometido a muchos tratamientos de fertilidad, jamás había logrado quedarse embarazada, debido a las múltiples adherencias que sufría. Éstas fueron intervenidas, aunque su eliminación fue imposible y por ello la paciente jamás podría llegar a tener hijos. La pregunta que debemos formularnos es, ¿qué oportunidad perdió entonces? D^a. Nuria era estéril y la única posibilidad que tenía de concebir era someterse a una cirugía que eliminase las adherencias que no le permitían tener hijos. Esta operación se produjo, pero no arrojó resultados positivos, por lo que siguió siendo incapaz de procrear.

Si bien es cierto que tras la actuación quirúrgica surgieron una serie de complicaciones añadidas, que hicieron más remota aun la posibilidad de un embarazo, no debemos perder de vista que el margen de probabilidad del que partía la paciente era cero. El interrogante al que es necesario dar respuesta es el siguiente ¿qué oportunidad real resultó perdida? Ninguna, la paciente tenía nulas posibilidades de procrear y el hecho de que ahora el diagnóstico sea definitivo, no agrava su situación inicial. El Juzgador parece abogar por esta misma opción “En cuanto al cuestionamiento sobre la posibilidad de embarazo de la actora ha de destacarse que una cosa es la posibilidad de que dicho embarazo tenga lugar y otra es el riesgo que la paciente haya de correr como consecuencia de dicho embarazo y a consecuencia de la reducción del tamaño del

intestino, lo que en modo alguno afecta a la afirmación que se contiene en la sentencia en cuanto a su rechazo a la posibilidad de quedar embarazada...”¹⁰¹².

10. El último de los casos que estudiaremos en este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2005¹⁰¹³, en la que D^a. María Ángeles requería la práctica de una angiografía, por padecer una retinopatía diabética. Sin embargo y en lugar de sometersele ésta, se intentaron distintas vías diagnósticas, resultando todas ellas infructuosas. En base a tales circunstancias, se evidenció la necesidad de acudir a la angiografía, prueba que a pesar de tener una urgencia media, se demoró mucho en el tiempo, por lo que la paciente tomó las riendas de la situación, acudiendo a un médico privado para que se la realizase. Cuando se conoció el resultado de la misma, la enfermedad que padecía D^a. María Ángeles había degenerado bastante.

D^a. María Ángeles pretendió el resarcimiento del daño sufrido por la prueba tardía, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La pérdida de oportunidad a la que alude la recurrente encuentra su razón de ser en que la tardanza de la prueba provocó que ella misma tuviese que tomar la decisión de someterse a ésta de manera autónoma, siendo ya tarde cuando se le practicó, porque su enfermedad había empeorado. Puede resultar llamativo que una actividad diagnóstica con una urgencia media se dilate tanto en el tiempo, a pesar de lo cual volvemos a hallarnos ante la dificultad de encontrar la pérdida de oportunidad. Debemos tener presente que la angiografía no era curativa, sino diagnóstica, y su finalidad era la de determinar el grado de afectación de la paciente a efectos de control, pero no de tratamiento. El empeoramiento que sufrió la enfermedad que padecía D^a. María Ángeles no tiene su origen en la espera para la práctica de la prueba, sino en la evolución misma de su dolencia. De una manera casi idéntica se pronuncia el Tribunal Supremo “La Sala de instancia entiende que la situación en que se encuentra la demandante no se debe al retraso existente de unos meses hasta que acude a la medicina privada para hacer el AGF primero, porque es una prueba que no tiene carácter curativo y segundo, porque no se ha demostrado, sino todo lo contrario, que la situación entre 1.995, 1.996 y 1.997 ha seguido estacionaria sin evolución desfavorable, por lo que se debe a la enfermedad que padecía, con anterioridad incluso de acudir al Hospital público de Sagunto, es decir,

¹⁰¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 ... *op. cit.*

¹⁰¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2005, Sala Tercera, recurso 20/2005, ponente Puente Prieto.

"retinopatía diabética de predominio exudativo con afección macular"; y tercero, la afirmación que hace el informe del Doctor Ángel (aportado por la actora) en el sentido de que haberse tratado unos años antes con láser se podría haber cortado el estado avanzado no se sostiene en el sentido de que la actora estuvo siendo tratada con láser durante los años 1.995 y 1.996 en ese hospital público”¹⁰¹⁴.

Aunque la naturaleza de esta controversia es un poco distinta a la de los anteriores, la razón de ser de la desestimación es prácticamente idéntica, la imposibilidad de hallar una verdadera oportunidad perdida. Debemos tener presente que de llegar a indemnizarse el supuesto, tendría que haber sido más bien por otros derroteros como el daño moral, traducido en la angustia de la paciente al desconocer el grado de desarrollo de su enfermedad¹⁰¹⁵.

2. La pérdida de oportunidad motivada por pruebas diagnósticas practicadas, pero de forma tardía.

La principal diferencia de este bloque con el anterior está en que, mientras que en el apartado previo la pérdida de oportunidad se encontraba en una prueba médica no ejecutada, en esta sección el problema no reside en no practicar una actividad diagnóstica, porque el paciente es efectivamente sometido a la misma, sino que ésta se realiza tardíamente; provocando esta demora daños en el enfermo.

1. Controversias en las que la figura fue estimada.

1. La primera de las resoluciones que estudiaremos en este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006¹⁰¹⁶, en la que D. Alfredo sufrió en aplastamiento del cuerpo L2, retrolistesis L4 con lesión pedículo derecho y antigua fractura careta articular inferior izquierda, profusión discal global L3 – L4 con fragmento extraído foraminal derecho y compromiso radicular L3 y retrolistesis L4 – L5 con distorsión discal secundaria; como consecuencia de un accidente laboral. Fue tratado de las dolencias en cuestión sin mayores problemas, salvo porque dos años más

¹⁰¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2005 ... *op. cit.*

¹⁰¹⁵ Cuenta con una relación de hechos muy similar la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2011 (Sala Tercera, recurso 4500/2009, ponente Lecumberri Marti).

¹⁰¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006, Sala Primera, recurso 19/2000, ponente Seijas Quintana.

tarde comenzó a presentar dolor lumbar, irradiado al muslo derecho. Tras una exploración, se decidió que necesitaba una intervención (una artrodesis amplia), cuya finalidad era fijar las vértebras L3, L4, L5 y S1 para evitar desplazamientos que afectaran a la médula espinal; realizándose también una exéresis de los discos L3 y L4 y la colocación de un injerto y placa.

A pesar de que la cirugía se desarrolló sin problemas, en el postoperatorio se observaron síntomas de paresia en las extremidades inferiores. Se sospechó que un hematoma podía estar comprimiendo el saco dural, pero para confirmar dicha conjetura se requería de una operación diagnóstica y reparadora. Aunque ésta debía ser urgente, se retrasó sin motivo aparente más de quince días. Como consecuencia de ello, y a pesar de que esta segunda actividad quirúrgica fue acorde a la *lex artis*, al haber estado la lesión durante un tiempo excesivo sin ningún tipo de tratamiento (por la falta de una diagnosis correcta), la situación del paciente no mejoró, restándole una paraplejia.

Las pretensiones D. Alfredo fueron rechazadas en primera instancia pero admitidas en apelación, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El presente supuesto parece ser uno de los más claros, ya que su relación fáctica es bastante sencilla. Si bien es cierto que las actuaciones de los médicos fueron correctas en ambas intervenciones, así como en el diagnóstico, también es evidente que existió una descoordinación, que muy probablemente provocó, o por lo menos empeoró, la situación del paciente. Tras la primera operación, D. Alfredo presentó una parálisis en los miembros inferiores, sobre la que se hizo un rápido diagnóstico preliminar, que requería de su confirmación con una cirugía exploratoria. La lesión se tradujo en una comprensión del saco dural, que cuanto más tiempo estuviese bajo presión, de mayor envergadura podría resultar el daño final. A pesar de la premura del cuadro clínico del enfermo, lo cierto es que la actividad quirúrgica se retrasó en torno a quince días. Para cuando fue diagnosticado, la lesión era tan grave, que nada pudo hacerse a los efectos de mejorar la movilidad de las piernas del paciente.

La práctica de esta segunda operación ni aseguraba, ni garantizaba, que D. Alfredo pudiese recuperar su movilidad, ya que su finalidad no era curativa, pero la no realización de la misma supuso la pérdida de toda posibilidad de mejora, ya que la mera observancia sin tratamiento no tenía ninguna finalidad terapéutica. De una opinión muy similar se muestra el Tribunal Supremo cuando comenta a este respecto “Las complicaciones derivadas de la intervenciones presentaron inmediatamente, una vez

finalizada la operación y de este hecho probado la sentencia obtiene la conclusión de que hubo un actuar negligente, pues “ante la previsibilidad de que las complicaciones surgidas en el postoperatorio inmediato trajeron causa de una operación que por sus concretas circunstancias, era originadora de un riesgo importante, no dio lugar a la actuación inmediata, demorando el diagnóstico de lo sucedido hasta pasadas dos semanas de realizada la intervención” es decir, entiende que desde la aparición de la sintomatología, el diagnóstico y tratamiento debió ser lo más precoz posible para garantizar la recuperación sin secuelas del paciente desde la idea de que el retraso supone empeorar el pronóstico y las posibilidades de recuperación...”¹⁰¹⁷.

La dirección de las argumentaciones del Alto Tribunal sigue una línea muy similar a lo que apuntábamos líneas atrás¹⁰¹⁸.

2. La segunda y última de las controversias que sigue una línea resolutoria igualmente estimativa, es la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2002¹⁰¹⁹. En este asunto una paciente que padecía un bulto en la zona maxilar del tamaño de una lenteja y que se encontraba bajo controles por ese mismo motivo, arrojaba siempre resultados de normalidad en los mismos. Sin embargo, y a pesar de que su evolución era bastante estable, en cuestión de dos meses el nódulo aumentó de tamaño hasta tener la envergadura de una naranja, y dado que el tumor mostraba claros síntomas de malignidad, se ordenó la práctica de una ecografía y un scanner. A pesar de que la premura de estas pruebas era obvia, se retrasaron ocho meses, y para cuando fueron efectuadas, confirmaron las sospechas de malignidad. La situación de la paciente se vio agravada por una parálisis facial, porque durante la espera el bulto había seguido creciendo y había afectado a nervios de la zona. Se trataba de un carcinoma mucoepidermoide sebáceo, con metástasis en seis ganglios linfáticos.

No obstante la gravedad del resultado, la decisión que se adoptó fue, que en lugar de someter a la paciente a radioterapia, se efectuasen controles periódicos cada quince días, algo que se mantuvo durante dos meses. Ésta falleció como consecuencia del carcinoma no tratado que padecía.

¹⁰¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006 ... *op. cit.*

¹⁰¹⁸ Son de una doctrina prácticamente idéntica las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2010, Sala Tercera (recurso 3038/2008, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 362/2009, ponente Martí García) y la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 233/2007, ponente Menéndez Pérez).

¹⁰¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2002, Sala Primera, recurso 3951/1996, ponente Almagro Nosete. Resolución también analizada desde la perspectiva de la Medicina satisfactiva, en el capítulo correspondiente.

Los familiares de la fenecida pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda estimada en primera instancia y confirmada por la Audiencia Provincial competente, motivo por el cual la parte demanda recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La sombra de la pérdida de oportunidad parece entreverse en todo el relato estudiado líneas atrás. La paciente sufrió un primer retraso diagnóstico de ocho meses, a pesar de que había importantes sospechas de malignidad en el tumor que padecía, a lo que cabe añadir que una vez conocida la gravedad de su situación, ésta no llegó a ser tratada; falleciendo dos meses después, a consecuencia de la misma.

Este litigio es probablemente uno de los más llamativos en los que la parsimonia de las actuaciones es más evidente, hasta el punto de poder calificarse como “alarmante”. Si bien es cierto que de la gravedad de la enfermedad de la paciente se desprendían las escasas posibilidades de curación, éstas fueron nulas al demorarse cualquier tratamiento una media de diez meses. Nos encontramos ante la descripción misma de la pérdida de oportunidad: la enferma fue casi condenada a morir como consecuencia de la lenta actividad médica. Es precisamente aquí donde se encuentra la pérdida de oportunidad, no en el fallecimiento de la paciente, sino en la pérdida de toda posibilidad de mejora, por el retraso sufrido en la actuación médica desplegada.

A pesar de que hubiese sido interesante conocer las aseveraciones del Alto Tribunal a este respecto, lo cierto es que al haberse analizado esta cuestión en instancias inferiores, se consideró zanjada y no llegó a pronunciarse al respecto.

2. Litigios en los que la figura fue desestimada.

3. Continuamos con el estudio de las resoluciones que sufrieron una suerte desestimatoria, siendo la primera de todas ellas la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008¹⁰²⁰. En este caso D^a. Amanda, con antecedentes psiquiátricos de ataque de pánico y trastorno dissociativo, acudió al servicio de urgencias de su localidad, con un cuadro de agitación psicomotriz y conducta desorganizada. Fue atendida por un psiquiatra, que le diagnosticó de un ataque de pánico y comportamiento dissociativo, prescribiéndole ansiolíticos y recomendándole una cita con la unidad de salud mental de su centro sanitario.

¹⁰²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008, Sala Tercera, recurso 7931/2004, ponente Puente Prieto.

En poco menos de dos meses se vio en la necesidad de acudir de nuevo al mismo hospital por presentar un reiterativo cuadro de agitación psicomotriz, a pesar del tratamiento que estaba recibiendo, que además le provocaba estados de tristeza y de amnesia temporal. Su médico le diagnosticó de trastorno disociativo y en el plazo de un mes le pautó una revisión con el psiquiatra. Pasado un año desde este acontecimiento acudió a su médico de cabecera con un nuevo ataque de pánico, siendo rápidamente remitida al sanatorio más cercano, donde se le diagnosticó trastorno de conversión y estado de ansiedad.

Cinco meses más tarde, la paciente comienza a sentir episodios de pérdida de visión por los que fue trasladada con carácter urgente al servicio de oftalmología, pero al no encontrarse nada extraño se le envió al servicio de neurología. Días después de esta consulta tuvo que volver a urgencias por cefalea, vómitos y desorientación en tiempo y espacio, síntomas ante los cuales se le practicó un TAC que arrojó el siguiente resultado: tumor cerebral. Ante esta situación se le practicó de manera urgente una craneotomía con biopsia de masa, en la que se le diagnosticó la malignidad del tumor. Se inició de manera inmediata un tratamiento, a pesar del cual días después la paciente fue perdiendo capacidades neuronales, por lo que se decidió suspenderlo, falleciendo ésta en menos de una semana.

Los familiares de D^a. Amanda pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, por lo que al ser su demanda desestimada en instancias inferiores, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Ciertamente puede resultar curiosa la decisión del juzgador en este asunto, en el sentido de que el tumor que tenía la paciente no evolucionó con tal rapidez como para justificar su fallecimiento en tan poco tiempo, sino que éste contaba con varios meses de desarrollo. Lo llamativo del caso es que la enferma había presentado trastornos, que si bien podían ser la consecuencia de una enfermedad mental, también podían tener un origen físico. A pesar de ello, no se efectuaron pruebas complementarias a las psiquiátricas, presumiéndose que el cuadro que hubo padecido la paciente tiempo atrás volvía a repetirse.

La pregunta que debemos formularnos llegados a este punto es ¿por qué el Tribunal Supremo no ha reprochado una controversia como la presente, en la que la práctica probatoria se evidenció insuficiente y tardía, provocando un error de diagnóstico y éste a su vez, una pérdida de oportunidad? Porque la actividad médica fue correcta. Los síntomas que mostraba la paciente eran confusos y poco concluyentes,

más relacionados con una afección psiquiátrica que física, por lo que lo más adecuado fue la terapia que recibió.

Conviene que nos cuestionemos si en el caso que nos ocupa existe una opción perdida, y lo cierto es que no. Las posibilidades de diagnóstico, localización y tratamiento del tumor eran prácticamente nulas con la sintomatología que tenía la paciente. En este hecho se basa la razón de ser que justifica la decisión que adoptó el Alto Tribunal. Sin embargo, y aunque resultaría de sumo interés conocer la argumentación del juzgador a este respecto, ello no será posible porque la pérdida de oportunidad no fue objeto de análisis en el recurso de casación.

4. El siguiente supuesto de hecho, aunque tiene un objeto similar (una tumoración) cuenta con unas circunstancias distintas, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo 14 de diciembre de 2005¹⁰²¹. En este litigio D. Luis María fue diagnosticado el 24 de mayo de un posible tumor vesical, siendo confirmada su patología el día 29 de ese mismo mes. El propio día 29 el paciente comenzó a sentir un cuadro de dolor abdominal, por lo que acudió al servicio de urgencias de su localidad, donde fue sondado de forma exterior y dado de alta una vez se hubo estabilizado. El día 16 de junio, fecha en la que iba a ser operado, acudió con carácter previo al centro sanitario de su localidad por dolor en el hipogastrio, estreñimiento y anuria de veinticuatro horas de evolución, por lo que se le practicó un TAC (que no se había hecho con anterioridad) en el que se detectó, no sólo el tumor que había sido diagnosticado días antes, sino una metástasis en la vejiga. El paciente falleció sin poder llegar a ser intervenido, a causa de un fallo multiorgánico.

Los parientes del fenecido pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores.

La pérdida de oportunidad por la que abogan los familiares de D. Luis se fundamenta en el tiempo que transcurrió desde el diagnóstico hasta la fecha en la que estaba programada la cirugía, al considerarlo excesivo (en torno a quince días), ya que, de acuerdo con las afirmaciones de los familiares del enfermo; ello acarreó la muerte del paciente, como consecuencia de una pérdida de oportunidad (de haber sido operado con más celeridad, hubiese salvado la vida).

Si bien puede resultar llamativo que el plazo de intervención para una situación como la antedicha sea de quince días, igualmente curioso es considerar que ese lapso de

¹⁰²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005, Sala Tercera, recurso 142/2005, ponente Puente Prieto.

tiempo pudiera tener tanta incidencia en la enfermedad de D. Luis María, como para llegar a ser la causa de la metástasis que padecía, algo que evidentemente requiere un plazo de evolución muy superior. Debemos tener presente que el primer diagnóstico que se le realizó al paciente era incompleto, ya que no se llegó a localizar el segundo tumor que tenía en la vejiga y que hacía que la actividad quirúrgica careciese de sentido, dado lo complicado de la situación de D. Luis María. Se trataba de una dolencia de larga evolución en la que los quince días que se tardó en planear la operación en nada incidieron, dado el grado de desarrollo de la misma.

Parece que no hay ninguna pérdida de oportunidad, porque el enfermo carecía de cualquier posibilidad de curación o mejora. De esta misma manera se pronunció el Tribunal Supremo al asegurar “En definitiva, hay una clara diferencia entre los hechos que se declararon probados por la sentencia recurrida con los de la sentencia invocada como contradictoria, pues la sentencia recurrida no considera relevante el tiempo transcurrido desde la primera visita al urólogo, el 15 de marzo de 2.001, hasta el fallecimiento el 5 de julio de 2.001, supuesto claramente distinto al contemplado en la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Galicia, llegando además a la conclusión, no tomada en consideración por la de contraste de que, en cualquier caso, el fallecimiento no se produjo como consecuencia del retraso en el diagnóstico, sino que el proceso de la enfermedad resultaba en cualquier caso irreversible”¹⁰²².

5. La última de las resoluciones que analizaremos es la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007¹⁰²³, en la que D^a. María, que no se encontraba inmunizada frente a la Toxoplasmosis y era consciente de ello desde una edad muy temprana, al quedarse embarazada no le señaló nada sobre este extremo a su médico. Durante la gestación acudió al servicio de urgencias de su localidad de residencia por sangrado vaginal, siéndole diagnosticado riesgo de aborto, por lo que se le prescribió

¹⁰²² Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005 ... *op. cit.* Se dirimen en una argumentación muy similar las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 3580/2008, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010 (Sala Tercera, recurso 1282/2006, ponente Trillo Alonso), sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2011 (Sala Tercera, recurso 2573/2009, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011 (Sala Tercera, recurso 3747/2009, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2011 (Sala Tercera, recurso 6444/2006, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2011 (Sala Tercera, recurso 6226/2006, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 6546/2006, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 5736/2009, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012 (Sala Tercera, recurso 4795/2010, ponente Lecumberri Martí) y sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2012 (Sala Tercera 2931/2011, ponente Lecumberri Martí).

¹⁰²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007, Sala Tercera, recurso 4745/2003, ponente Puente Prieto.

reposo domiciliario. Se solicitó además la práctica de pruebas de serología de toxoplasmosis, Lues y Rubéola, cuyos resultados no fueron conocidos por la paciente hasta pasados varios meses, siendo el primero de los parámetros positivo. Ante esta situación se le sometió a una ecografía, en la que en principio no se observaron evidencias de enfermedad fetal¹⁰²⁴. Sin embargo, y a pesar de este resultado alentador, finalmente nació un niño aquejado de graves dolencias.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido por no habersele practicado una prueba de mayor calado a la gestante, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque D^a. María se sometió a actividades diagnósticas prenatales cuando se dieron los primeros problemas en la gestación, lo cierto es que éstas no fueron de gran fiabilidad (análisis y ecografía), algo que impidió diagnosticar la afección que presentaba el feto. No obstante, ¿nos encontramos ante una pérdida de oportunidad? Lo cierto es que no, ya que, del mismo modo que ocurría en la controversia anterior, la sintomatología no era alarmante, aunque la situación sí lo fuese.

La pérdida de oportunidad es inexistente, en primer lugar porque sin la información esencial de D^a. María el diagnóstico era imposible, y aunque podían practicarse más pruebas, lo cierto es que éstas comportaban la asunción de riesgos innecesarios, en base a las circunstancias conocidas. En segundo lugar, conviene tener presente que el feto sufrió el contagio de toxoplasmosis con carácter previo a toda actividad de diagnosis, por lo que carecía de “oportunidad” alguna desde el momento mismo de la concepción.

A pesar de que sería de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo a este respecto, lo cierto es que no tenemos constancia de ello, porque la pretensión en casación de los padres fue intentar equiparar la presente relación fáctica con un supuesto de *wrongful birth*.

3. La pérdida de oportunidad y la ausencia del tratamiento necesario.

En este bloque de asuntos analizaremos casos en los que la problemática gira en torno a la falta de actividad ante un diagnóstico concreto, o bien una actuación tardía.

¹⁰²⁴ No se trataría de un caso de *wrongful birth* porque nos hayamos en un estadio posterior a la semana número 22.

1. Supuestos en los que la figura fue estimada.

1. El primero de los litigios que analizaremos es uno de los más llamativos que encontraremos en el presente apartado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008¹⁰²⁵. En esta controversia D. Valentín, un buceador experimentado, se encontraba practicando una inmersión a bajas profundidades, algo para lo que estaba autorizado, dado que de acuerdo con la reglamentación vigente, el punto de buceo se encontraba a menos de dos horas de la cámara hiperbárica más cercana. Durante el desarrollo de la actividad deportiva D. Valentín sufrió un accidente de descompresión sobre las 13,45, hora en la que se dio aviso de la situación en la que se encontraba y de sus necesidades. Aunque su estado era de gravedad no se movilizó ningún helicóptero, y en su lugar fue una ambulancia en su busca, algo que implicó que el paciente tardase una hora en llegar al centro médico más cercano, en el que además no pudo ser tratado, porque no contaba con una cámara hiperbárica. Permaneció en este hospital hasta las 18,30 de la tarde, hora en la que se había programado su traslado a otro sanatorio, donde sí que contaban con los medios necesarios para tratarle. Sin embargo, su transporte fue nuevamente en ambulancia en lugar de en helicóptero, porque el piloto había sido mal informado sobre la altura que podía llegar a soportar el paciente y consideró que era inseguro volar a la que se le comentó, todo ello barajando datos incorrectos. El enfermo llegó al segundo centro a las 23,30 de la noche, donde fue tratado de manera inmediata en la cámara hiperbárica. No obstante, se había perdido mucho tiempo y la lesión neurológica de D. Valentín ya era bastante severa, traduciéndose en paraplejia¹⁰²⁶.

D. Valentín pretendió el resarcimiento de las lesiones sufridas, siendo sus pretensiones inadmitidas en instancias inferiores por considerarse superfluas, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La evidencia y claridad del presente supuesto resultan patentes. Un buceador experto se encuentra sumergido en una zona donde puede practicar este deporte, únicamente porque existe una cámara hiperbárica a menos de dos horas de distancia. Al sufrir un desgraciado accidente necesitó hacer uso de la mencionada terapia, de la que

¹⁰²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008, Sala Tercera, recurso 4776/2004, ponente Huelín Martínez de Velasco.

¹⁰²⁶ Debemos tener presente que la terapia de la cámara hiperbárica no supone una garantía de curación, dado que existe un porcentaje de un 28,5% de accidentados que son tratados en un plazo inferior a seis horas, que presentan lesiones permanentes.

prácticamente se le priva al sucederse un error tras otro, hasta llegar a relegar el tratamiento casi diez horas; con las consecuencias que ello tuvo para su integridad física. La certeza de sanación o mejora no existe en ninguna terapia, ni tampoco en el uso de la cámara hiperbárica, donde hay un margen de error de casi un 30%. No obstante, existe un elemento seguro en este caso, un retraso de más de diez horas en un acto médico urgente es una práctica condena para un paciente.

El juzgador consideró fútil la argumentación de la Administración, por la cual el uso de recursos, así como su distribución, es competencia de la misma; por lo que optar por movilizar o no un helicóptero es una opción propia. Sin embargo, la pérdida de oportunidad va más allá de la falta de movilización de un helicóptero y comienza con el traslado de un paciente que requiere un tratamiento a un centro que carece de medios a tal efecto, así como su retención durante largas horas sin una terapia adecuada, retrasando su curación. Tanto una actuación como la otra, privaron a D. Valentín de toda posibilidad de sanación o mejora. De esta misma manera opina el Tribunal Supremo cuando apunta “El Sr. Valentín sufrió una evidente e indebida demora, que provocó que no fuera introducido en la cámara sino transcurridas más de diez horas desde que el percance aconteció; este tipo de incidencias debe recibir tratamiento a la mayor precocidad, pues, a medida que avanza el tiempo, la lesión neurológica puede agravarse, disminuyéndose las posibilidades de curación. En estas circunstancias, a juicio de esta Sala, la de instancia se equivoca al negar la responsabilidad de los servicios sanitarios de la Comunidad Valenciana por no haberse demostrado la relación de causalidad entre la atención que dispensó al recurrente y las lesiones que actualmente padece”¹⁰²⁷.

2. El segundo supuesto a analizar, aunque igualmente evidente, no resulta tan llamativo como el anterior, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006¹⁰²⁸. En este litigio D. Juan Miguel sufrió un grave accidente de tráfico que le procuró las siguientes lesiones: traumatismo craneal con Glasgow 10-11, sin focalidad neurológica, traumatismo torácico con enfisema subcutáneo de

¹⁰²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 ... *op. cit.* GARCÉS – GARRO RANZ comentando este mismo asunto, opina que el paciente no perdió el 100% de las posibilidades de curación al no ser introducido en una cámara hiperbárica a tiempo, ya que en materia sanitaria siempre nos movemos en las arenas de la incertidumbre. Sin embargo, queda acreditada la existencia de un retraso indebido y anexo al mismo, la pérdida de cualquier oportunidad de la víctima de someterse a un tratamiento acorde a sus circunstancias. GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat, “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario” ... *op. cit.*; concretamente en página 55.

¹⁰²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006, Sala Primera, recurso 59/2000, ponente Seijas Quintana. Resolución mencionada en el capítulo conceptual.

predominio zona clavicular y cuello del lado derecho, traumatismo abdominal y fractura de la muñeca derecha.

Las actuaciones médicas desplegadas fueron plenamente diligentes y el estado de D. Juan Miguel mejoró ostensiblemente, salvo porque sentía fuertes dolores en la mano fracturada, algo a lo que no se le dio mayor importancia. Sin embargo, pasados unos días su estado comenzó a evolucionar de manera preocupante, hasta el punto de que sus dedos se pusieron azules y fríos, a lo que el personal sanitario limitó el tratamiento a mantener en alto la mano. Ahora bien, incluso cuando el paciente fue remitido a planta seguía acusando fuertes dolores, algo que se intentó paliar realizándose una pequeña incisión en la escayola, y en segundo lugar, abriéndola por completo, pero sin extraerla. Horas después, al observarse que la mano no había mejorado, el mismo médico que le venía atendiendo decidió quitarle el yeso, encontrándole dos escaras por decúbito, de las que derivó una isquemia que provocó la pérdida de esa mano, al requerir su rápida amputación.

D. Juan Miguel pretendió ser resarcido por el daño sufrido (la pérdida de su mano), pero su demanda fue desestimada en primera instancia, siendo estimada en apelación ante la Audiencia Provincial competente, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo

No es necesario un gran esfuerzo cognitivo a fin de hallar la pérdida de oportunidad en el asunto que nos ocupa. D. Juan Miguel comenzó a acusar molestias que evolucionaron a fuertes dolores en una mano que tenía inmovilizada, una vez hubo mejorado de sus graves lesiones. A pesar de las constantes alusiones a su malestar, no se actuó en consecuencia, aunque D. Juan Miguel presentaba síntomas preocupantes: color azulado en los dedos, así como frialdad en los mismos. Tal fue la inactividad ante los padecimientos que presentaba el enfermo, que el yeso acabó provocando en su extremidad una importante lesión, que requirió la amputación de la mano. De haberse actuado correctamente, de acuerdo con las circunstancias de D. Juan Miguel (diagnóstico y tratamiento), es probable que la situación final no fuese la misma. El Tribunal Supremo parece mostrarse de esta misma opinión al afirmar “En primer lugar, el personal facultativo observó la presencia del síndrome compartimental (falta de riego sanguíneo y falta de oxigenación), dados los síntomas que presentaba la mano y dedos del lesionado, así como los masajes y cambio de posición ordenada del miembro. Se detectó, por tanto un síndrome compartimental en el antebrazo izquierdo y cuando salió de la UCI sufrió una isquemia en el citado brazo que le produjo la lesión permanente

objeto de la presente reclamación, lo que contradice la versión de la recurrente en el sentido de que “no existían síntomas claros e indubitados de síndrome compartimental”. En segundo lugar, hay una causa que explica la producción del resultado puesto que, dados los síntomas observados, es claro que el personal facultativo que atendió al paciente dentro y fuera de la UCI no previó el efecto natural de la compresión del miembro intervenido, la isquemia, ni adoptó los medios ordinarios para evitar su aparición favoreciendo la circulación sanguínea y oxigenación del miembros afectado, liberándolo de la presión a que estaba sometido; todo lo cual permite imputar el daño a la demandada por cuanto implica una actuación negligente de los facultativos, por el resultado, pues que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, sino por una mala praxis médica en la medida en que ante una complicación natural por la compresión a que estaba sometido el miembro, no adoptaron los medios necesarios para evitar la aparición de la isquemia que se produjo por falta de riego”¹⁰²⁹. La pérdida de oportunidad está presente en todas las actuaciones relacionadas con la mano amputada. No se hizo nada, no sólo para tratar la extremidad, sino a fin de conocer qué aquejaba al paciente¹⁰³⁰.

3. La tercera de las resoluciones sigue una línea muy similar a la anteriormente comentada, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002¹⁰³¹, en la que D. Ernesto presentaba un tumor en la región peribucal, por lo que fue remitido al servicio de cirugía máxilofacial para su diagnóstico y tratamiento. Se le practicaron todas las pruebas necesarias, arrojando éstas resultados de malignidad, por lo que su extirpación temprana era el único tratamiento posible. Sin embargo nada de esto se hizo, sino que en su lugar la prueba se guardó en su historial clínico y ni siquiera se le notificó esto al paciente. Ello entrañó que el estado de salud del enfermo se viese agravado por la demora (seis meses), requiriendo como consecuencia de ello una intervención y un tratamiento más agresivos.

D. Ernesto consideró que la atención médica recibida no fue la adecuada, por lo que pretendió ser resarcido por el daño sufrido, viéndose en la necesidad de recurrir en

¹⁰²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006 ... *op. cit.*

¹⁰³⁰ En una línea muy similar se pronuncian las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio 7 de 2011 (Sala Tercera, recurso 6777/2009, ponente Martí García) y sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 2757/2010, ponente Lecumberri Martí).

¹⁰³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002, Sala Tercera, recurso 3827/2001, ponente Lecumberri Martí.

casación ante el Tribunal Supremo, al ser su demanda desestimada en instancias inferiores.

Nuevamente la evidencia de la controversia cae por su propio peso y se observa cómo la pérdida de oportunidad envuelve la práctica totalidad del supuesto. Tal y como se desprende de la lectura de los hechos, el paciente se sometió a las pruebas que le habían sido prescritas, evidenciando éstas que era necesaria una rápida actuación. Sin embargo, en lugar de hacer esto, los resultados se archivaron y no se le notificó nada al paciente. Es precisamente en este punto donde podemos observar, sin lugar a dudas, la pérdida de oportunidad. Aunque no puede llegar a conocerse con exactitud lo que supuso la falta de comunicación del resultado, podemos partir de que el tratamiento paliativo tuvo que ser mucho más agresivo. De esta misma opinión se muestra el juzgador al afirmar “Los hechos sobre los que se sustenta la acción de responsabilidad por disfuncionalidad de los servicios públicos sanitarios, por la demora aproximada de seis meses en la remisión del informe y análisis médico, por parte del servicio de cirugía del hospital "La Alcaidesa" al de cirugía maxilofacial del hospital "La Paz", para la valoración y aplicación del tratamiento que requería la patología que presentaba el demandante -después de habersele extirpado y biopsiado un nódulo retroauricular izquierdo-, son reconocidos en el expediente administrativo por la inspectora-médico doña Camila -folio 11-, en el que precisa que "si bien no se puede conocer con exactitud las consecuencias de la citada demora, no obstante, considera que el tipo de patología que presentaba el paciente aconsejaba que la aplicación del tratamiento fuera lo más precoz posible"¹⁰³².

¹⁰³² Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002 ... *op. cit.* La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2006 (Sala Tercera, recurso 6445/2001, ponente Robles Fernández) es prácticamente idéntica a la resolución inmediatamente estudiada, por lo que su análisis sería repetitivo. En este litigio fue una nueva falta de notificación la que provocó la pérdida de oportunidad, aunque en este caso motivado porque la paciente, D^a. Mercedes, no pudo acudir a una cita. Al solicitar una nueva visita, ésta fue fijada diez meses más tarde, fecha en la que el carcinoma que padecía la paciente se había extendido, hasta el punto de que el único tratamiento posible fue la extirpación de ambos ovarios y el útero. La pérdida de oportunidad la hallamos, no en la esterilidad de D^a. Mercedes, sino en la pérdida de expectativas. ASUA GONZÁLEZ nos presenta un litigio muy similar, una sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso sección cuarta, de 5 de noviembre de 2003, en la que un paciente al que habían eliminado una lesión verrugosa maligna, fue citado con posterioridad para comunicarle el resultado, que era de malignidad. Sin embargo, por alguna razón que desconocemos, éste no pudo acudir a esta consulta, algo que provocó que el resultado canceroso no le fuese notificado hasta dos años después, para cuando cualquier actuación resultaba inútil, falleciendo el enfermo al de seis meses de conocer la noticia. Esta controversia sufrió la misma suerte estimatoria que el caso ahora estudiado. ASUA GONZÁLEZ, Clara I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria* ... *op. cit.*, página 61.

4. El último de los litigios que estudiaremos en este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009¹⁰³³, que al igual que ocurría en la controversia anterior, gira en torno a la no notificación de un resultado médico. D^a. Inés fue sometida a dos transfusiones de sangre, como consecuencia de haber sufrido sendos abortos en el año 1993. Las unidades de sangre que le transfundieron estaban infectadas por el virus del VIH, por lo que ésta fue contagiada, algo de lo que se tuvo conocimiento en el año 1994 por una prueba de triple screening que se le practicó a la paciente, al encontrarse ésta embarazada, y de lo que sin embargo no fue informada hasta pasados tres años, en 1997. Fue precisamente el 9 de septiembre de 1997 cuando D^a. Inés recibió la noticia de su condición de seropositiva, con las consecuencias que ello suponía. El hecho de que la enferma no conociese que se encontraba contagiada de Sida, implicó que no pudiesen tomarse las medidas necesarias a los efectos de evitar que su hijo resultase contaminado (tanto durante el embarazo, como durante la lactancia).

A pesar de que inicialmente las intenciones de la actora y su familia fueron parcialmente admitidas en instancias inferiores, éstos pretendieron su plena estimación, por lo que recurrieron en casación al Tribunal Supremo, junto con la parte demandada.

Nos hallamos ante un supuesto muy similar al anterior, hasta el punto de que vuelve a ser una comunicación tardía el origen del daño. Es innegable que existe un elevado riesgo de contagio de VIH de una madre al feto, pero a día de hoy es posible desplegar medios y cautelas (que ya existían en 1994), que permitan evitar una transmisión.

D^a. Inés desconocía la afección que padecía, a pesar de que en el curso de una prueba durante el embarazo ésta le fue diagnosticada. Se nos presentan dos hipótesis en el presente caso, por un lado, cómo hubiese actuado la paciente de conocer dicha eventualidad, y por otro, qué habría ocurrido de aplicarse los medios para aislar al feto del VIH. Es por ello por lo que la pérdida de oportunidad no se encuentra en la contaminación con VIH de la madre al feto, sino en que éste se vio privado de cualquier posibilidad de nacer sano.

Aunque la decisión del Tribunal Supremo a este respecto resultaría de sumo interés, el juzgador no llega a pronunciarse sobre este extremo¹⁰³⁴.

¹⁰³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009, Sala Tercera, recurso 7787/2004, ponente Herrero Pina.

¹⁰³⁴ ASUA GONZÁLEZ comenta un supuesto muy similar al ahora analizado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1999, que no ha sido incluida en la tesis por cuestiones de temporalidad, y que nos presenta un caso en el que un paciente sufrió un accidente de tráfico del que

2. Casos en los que la figura fue desestimada.

5. La primera de las resoluciones que analizaremos dentro del grupo de las desestimadas de este apartado, es la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007¹⁰³⁵. En este asunto D. Fermín ingresó en el servicio de cirugía cardiovascular de un hospital cercano a su localidad de residencia, a los efectos de ser valorado de una cardiopatía reumática, figurando un antecedente de ACVA siete años antes. Para su diagnóstico se le indicó que cesase en la medicación que se encontraba tomando (Sintrom), siéndole practicada el día 13 de septiembre una ecografía, en la que se confirma la existencia de una afectación trivalvular y coronaria angiográficamente normales, requiriéndose la práctica de una intervención, de carácter más o menos urgente. Ésta no se planificó con mucha celeridad porque la UCI del centro sanitario se encontraba cerrada por reformas, del día 13 de septiembre al 27 del mismo mes. En virtud de ello, el paciente fue dado de alta, con su medicación habitual, siendo citado para su reingreso el día 19 de septiembre. Al llegar la mencionada fecha, el enfermo acudió nuevamente al sanatorio donde iba a ser operado, presentando el día 20 dolor abdominal, vómitos y rectorragias; algo probablemente motivado porque en la medicación indicada para el tratamiento no se incluyeron antiagregantes. Al día siguiente es visto por el digestivo, que ordena dieta absoluta, indicando nolotil para dolores y Primperan por si tenía vómitos, solicitando también la práctica de rectoscopia y enema opaco, con carácter urgente.

A pesar de los esfuerzos desplegados, a partir de las nueve y media de la noche el paciente dejó de responder a estímulos, por lo que tras ser valorado por cirugía cardiovascular, se le diagnosticó de ictus embólico en el territorio cerebral medio izquierdo. Dos días más tarde, el servicio de neurología decide iniciar medidas

derivaron una serie de lesiones de una gravedad media, y que sin embargo dadas sus características, éstas debían estar sometidas a un estricto control y tratamiento, al tener una elevada potencialidad de degenerar en una gangrena gaseosa. No obstante, ninguno de estos puntos le fueron notificados al paciente, por lo que no pudo llegar a adoptar ningún tipo de cautela, sufriendo una gangrena, que como única vía de solución tuvo la amputación. Observamos cómo las circunstancias de ambos litigios resultan similares, ya que la falta de notificación de una circunstancia de gran relevancia provocó que los pacientes no pudieran adoptar precauciones, conllevando ello importantes secuelas para ambos. ASUA GONZÁLEZ, Clara I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria ... op. cit.*, página 31.

¹⁰³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007, Sala Tercera, recurso 9302/2003, ponente Robles Fernández.

antiedema con Manital, así como ventilación con O2 a alto flujo y dexametasona, al observarse la falta de mejora.

A partir de ese momento la salud del enfermo se fue degenerando, por lo que la familia solicitó su traslado al primer hospital donde había estado ingresado, el de su localidad de origen. Sin embargo, este deseo no llegó a cumplirse, al fallecer D. Fermín durante la tramitación del mismo.

La familia del finado consideró que los hechos del supuesto deberían ser reprochados, aunque su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La duda que se suscita en el presente litigio radica en la razón de ser por la cual el Alto Tribunal no ha considerado la existencia de un daño indemnizable en la presente controversia. Debemos tener en cuenta que un paciente que requería una intervención, más o menos urgente, no pudo ser sometido a la misma por el simple hecho de que la UCI del centro sanitario se encontraba en reformas; por lo que la cirugía se atrasó. Se trata de una contingencia subsanable con una actuación tan simple como la solicitud de un traslado. Sin embargo, y a pesar de ello, se decidió que el enfermo fuese operado en el sanatorio donde se le practicaron las pruebas, siendo dado de alta y nuevamente citado a fin de ser sometido a dicha actividad quirúrgica.

Puede resultar complicado comprender por qué el Tribunal Supremo no ha reprochado un litigio como el presente en base a la pérdida de oportunidad, algo que nos hace preguntarnos si el juzgador está adoptando una postura arbitraria en la aplicación de esta construcción doctrinal. Ahora bien, un análisis más exhaustivo del asunto nos muestra lo adecuado de su decisión. Si bien es cierto que el paciente requería una operación, la urgencia de la misma no era tal como para necesitarla a muy corto plazo. Muestra inequívoca de ello es que al enfermo no se le mantuvo ingresado durante la espera, sino que fue remitido a su domicilio.

Partiendo de la corrección de las pruebas practicadas, así como del diagnóstico arrojado por las mismas, la pérdida de oportunidad se torna inviable, tal y como asegura el Tribunal Supremo “Por todo lo expuesto el motivo de recurso ha de ser desestimado, pues el fallecimiento del marido de la recurrente no fue debido a una mala praxis médica, por un retraso negligente en la práctica de la intervención quirúrgica no considerada como urgente que se le iba a practicar o por la pauta de una medicación que era la adecuada a la vista de sus padecimientos cardiovasculares, sino por una evolución de esos padecimientos, por los que estaba siendo tratado según lo que

prescriben los conocimientos médicos estando en ello conforme todos los Informes médicos obrantes en autos. No acreditada pues la concurrencia de los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial que se reclama, el motivo de recurso debe ser desestimado”¹⁰³⁶.

6. La segunda controversia a estudiar, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009¹⁰³⁷, es muy similar a la anterior, por lo que no será necesario un análisis en profundidad. D. Pedro Pablo sufrió un accidente de moto, ingresando en el hospital más cercano al lugar del siniestro sobre las 2,21 de la mañana. Nada más llegar al centro sanitario se le realizó una valoración inicial, que arrojó un resultado de traumatismo craneoencefálico menos grave (Galsgow 12-13). Tras este diagnóstico se comenzaron a efectuar las pruebas pertinentes para comprobar el alcance la lesión, entre las que se encuentra un análisis, así como un TAC, que se practicó sobre las cuatro de la mañana; ya que la preparación del paciente fue complicada y el resto de las actividades diagnósticas requerían también de su tiempo.

El resultado del TAC fue más grave del esperado, ya que D. Pedro Pablo padecía graves lesiones cerebrales. Se dispuso su traslado a otro sanatorio donde pudiesen ser tratadas, dado que en el que se encontraba no existían medios a fin de intervenir un daño cerebral de tal magnitud. El enfermo salió del centro sanitario sobre las cinco de la mañana y llegó al segundo hospital pasadas las seis, ingresando en estado de coma profundo, falleciendo pocas horas después.

Los familiares del finado consideraron que la muerte de D. Pedro Pablo fue consecuencia de una actuación negligente, pero no vieron admitidas sus pretensiones en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

De nuevo se trata de una controversia en la que una lectura preliminar evidencia una clara pérdida de oportunidad. Un paciente que había sufrido un accidente de moto y que mostraba síntomas de lesión cerebral, fue atendido en un centro donde no podía ser tratado de las mismas y no fue remitido a otro hasta pasadas tres horas. No obstante,

¹⁰³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007 ... *op. cit.* Cuentan con una dinámica prácticamente idéntica las siguientes resoluciones más actuales: sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 (Sala Tercera, recurso 7584/2005, ponente Díez – Picazo Giménez), sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2011 (Sala Tercera, recurso 2939/2009, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 1343/2007, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 (Sala Tercera, recurso 5893/2006, ponente Menéndez Pérez) y sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 5250/2010, ponente Lecumberri Martí).

¹⁰³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009, Sala Tercera, recurso 9484/2004, ponente Herrero Pina. Resolución también analizada desde la perspectiva del error de diagnóstico, en el capítulo correspondiente.

limitar el análisis a esta cuestión sería fragmentario, dado que debemos tener presente que en un primer momento, con el diagnóstico preliminar que se le realizó al paciente nada más llegar al servicio de urgencias, se evidenció que padecía una lesión cerebral, pero no que era de tal gravedad. Era necesario, que antes de trasladar al paciente, éste fuese estabilizado. Lo contrario podría suponer un empeoramiento para su estado, por lo que se optó por proseguir con el estudio diagnóstico, a los efectos de dilucidar el alcance de la afección.

Aunque pasaron tres horas desde la llegada del enfermo hasta que éste fue trasladado, ello fue debido a que durante ese periodo de tiempo se le estaban practicando toda una serie de pruebas, entre las que se encontraba un TAC, que ya de por sí requiere un tiempo de preparación. Una vez obtenido el resultado de la prueba definitiva, el TAC, se observó que el daño cerebral que padecía el paciente no podía ser tratado en ese centro, por lo que se iniciaron los trámites para el traslado. Este plazo, que a simple vista puede parecernos excesivo no lo fue, ya que es indispensable tener presente que fue necesario intubar al paciente, estabilizarlo, preparar una ambulancia medicalizada, localizar a un médico y una enfermera para que hiciesen el traslado con él; así como hallar un hospital donde pudiese ser atendido y que estuviese cerca de donde se encontraba. Ante esta perspectiva que se nos presenta, la pérdida de oportunidad se encuentra cada vez más desdibujada.

La actuación del centro sanitario fue adecuada, así como los lapsos temporales, que fueron los necesarios. El triste resultado final fue consecuencia directa de la gravedad de las lesiones que padecía el paciente y no porque éstas se hubiesen agravado por la espera; y aun habiendo sido así, ello no comprendería la responsabilidad, ni del centro, ni de su personal, por el simple hecho de que la demora era necesaria. El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma idea cuando destaca “En definitiva, la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, al no apreciar una demora con efecto sustanciales en la asistencia sanitaria y en el empeoramiento de las gravísimas lesiones sufridas por el paciente, no son determinantes de una crítica como la que el recurrente realiza y que conduce a la calificación como ilógica u arbitraria de la valoración de los elementos probatorios efectuada por el Tribunal de instancia, que, correctamente y en función de dichos elementos, apreció que las lesiones, cerebrales gravísimas sufridas por el paciente no eran susceptibles de tratamiento quirúrgico”¹⁰³⁸.

¹⁰³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009 ... *op. cit.*

El paciente no perdió oportunidad alguna, pues carecía de ella¹⁰³⁹.

7. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006¹⁰⁴⁰ sigue un derrotero muy similar. D. Jaime sufrió un accidente laboral por el que fue atendido por el propio médico de la empresa, quien al efectuar una observación preliminar comprobó que presentaba un bulto en una ingle. D. Jaime fue diagnosticado de una hernia inguinal, siendo remitido al hospital más cercano, a los efectos de su valoración. Tras las pruebas pertinentes se le restó importancia al bulto, dándole mayor relevancia a un problema neuronal, probablemente consecuencia del accidente sufrido.

Pasados seis meses desde el percance, D. Jaime comenzó a presentar problemas de deambulación, algo que achacó a la hernia inguinal que padecía, por lo que acudió a un centro privado a fin de que le fuese extirpada. Sin embargo, esta cirugía no mejoró su situación, por lo que empezó a sospecharse que se trataba de un episodio neurológico, tal y como se confirmó *a posteriori*, con el diagnóstico de demencia presenil compatible con alzhéimer.

Dadas las limitaciones que le quedaron al paciente, su familia pretendió el resarcimiento del daño sufrido, pero al ser su demanda desestimada en instancias inferiores, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este litigio tiene un elemento diferenciador clave respecto de los anteriores, que hace que a simple vista la decisión adoptada por el juzgador no parezca tan arbitraria: la causalidad. La pretensión de la familia se centra en hallar una pérdida de oportunidad en la demora con la que se practicó la cirugía de la hernia, lo que sería el origen de las

¹⁰³⁹ La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006 (Sala Tercera, recurso 125/2002, ponente Herrero Pina) se asemeja mucho al litigio ahora estudiado, por lo que su análisis resultaría repetitivo. Un paciente sufrió un desprendimiento de retina que permaneció asintomático hasta que éste fue irreversible, momento en el que perdió la visión. A pesar de que no había posibilidad alguna de evitar la ceguera del enfermo (ya que sólo tenía un ojo), éste solicitó la práctica de una cirugía ocular, que no se realizó con prontitud dado que no era urgente. El resultado de la misma no mejoró la situación del paciente, aduciendo éste que ello fue consecuencia de que la intervención fue tardía. No obstante, no cabe reproche alguno al presente supuesto, pues ninguna posibilidad fue perdida, el paciente ya estaba ciego y con nula esperanza de recobrar la visión. Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2006 (Sala Tercera, recurso 6765/2001, ponente Lecumberri Marti), versa sobre la idea de la urgencia, tal y como ocurre en este grupo de supuestos. Una paciente llegó a un servicio de urgencias con un cuadro de bronquitis aguda, pero dado que su situación no era urgente, tuvo que esperar varias horas hasta ser atendida. Para cuando llamaron a la paciente, ésta se había ido a otro centro donde se le diagnosticó de cifoescoliosis, una complicación de la bronquitis. Asegura la enferma que ella llegó al hospital con una simple bronquitis y sufrió una agravación de la misma como consecuencia del tiempo que transcurrió hasta ser atendida. El nexo causal del presente asunto es inexistente, en la medida en que una agravación tal de la bronquitis no se puede producir por tres horas de espera, por lo que lo más probable es que la enferma ya padeciese dicho cuadro cuando llegó al centro sanitario, no siéndole detectado en el diagnóstico preliminar.

¹⁰⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006, Sala Tercera, recurso 3842/2002, ponente Herrero Pina.

limitaciones de deambulaci3n del paciente. Sin embargo, existe una imposibilidad clara para aceptar esta tesis, y es que si bien es cierto que la hernia existía y podía afectar a la salud del paciente, también lo es que su repercusi3n era mínima y carente de relevancia, por lo que la premura era inexistente; ya que incluso la extirpaci3n era voluntaria.

Los problemas para caminar que afectan al enfermo no se encuentran relacionados con la hernia en cuesti3n. Ante esta tesitura nos encontramos con un escenario en el que, si bien la demora de la intervenci3n es una realidad, también lo es que el daño final no deriv3 de la misma, por lo que no se perdi3 oportunidad alguna. De esta misma opini3n se muestra el Tribunal Supremo cuando afirma “Y en tal aspecto la sentencia de instancia, valorando los elementos de prueba de que dispone en las actuaciones, fundamentalmente informes t3cnicos, concluye en la inexistencia de tal relaci3n de causalidad, como se ha recogido literalmente en el primer fundamento de derecho, sin que la parte cuestione en este recurso dicha valoraci3n de la prueba por ninguna de las concretas vías que la jurisprudencia acepta, como son la infracci3n de una norma que deba ser observada en la valoraci3n de la prueba o la alegaci3n de que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad, y sin que partiendo de los hechos tenidos como ciertos en la instancia, que se refieren a la vinculaci3n de los referidos padecimientos del recurrente a su patología neuronal, pueda llegarse a un resultado contrario respecto de dicho requisito de relaci3n de causalidad, cuya concurrencia mantiene la parte, pero sin que aporte ni se refiera a dato o hecho alguno que avale tal planteamiento y ni siquiera aventure razonamiento alguno sobre la relaci3n entre la hernia crural de la que fue intervenido y tales secuelas, menos aun con un retraso en su diagnóstico y curaci3n, refiriendo únicamente la falta del empleo de medios adecuados al efecto, que ninguna virtualidad tiene para exigir una responsabilidad patrimonial si el resultado lesivo que se pretende reparar no es una consecuencia de tal actuaci3n”¹⁰⁴¹.

8. Aunque el siguiente caso resulta muy similar, la dificultad propia de los hechos hará que sea necesario un análisis más profuso de la relaci3n fáctica, a los efectos de comprender la decisi3n del juzgador. Esta es la controversia de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006¹⁰⁴², en la que D^a. Estela, ATS de profesi3n y en el ejercicio de sus funciones, acababa de poner una inyecci3n cuando su

¹⁰⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2006 ... *op. cit.*

¹⁰⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006, Sala Tercera, recurso 5093/2002, ponente Puente Prieto.

hija Fátima, de dos años de edad, fue corriendo hacia ella chocando contra una de sus manos, aquella con la que sostenía la jeringa, pinchándose en el ojo izquierdo. En un principio la lesión no parecía revestir mayor gravedad y los padres de la menor prefirieron mantener una actitud expectante. No obstante, dos días más tarde el ojo de la niña estaba muy irritado, por lo que acudieron al servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia, donde dado el grado de inflamación del glóbulo ocular, se la mantuvo con antibióticos y constantes limpiezas, preparándola para una intervención reparadora. Para cuando la niña estuvo lista para la cirugía, 48 horas más tarde de su ingreso, su madre decidió llevarla a otro centro sanitario, donde finalmente fue operada 24 horas más tarde. A pesar de todo, la menor perdió ese ojo.

Los padres de la niña consideraron que la atención recibida no fue diligente, por lo que pretendieron ser resarcidos por el daño sufrido, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque este asunto presenta semejanzas con los anteriores, lo cierto es que su análisis requiere una visión más amplia, ya que a primera vista se nos presenta una pérdida de oportunidad. Debemos tener presente que se trata de una niña con una lesión ocular grave, cuyo tratamiento quirúrgico (dado que desde un primer momento se conocía que habría que acudir a la cirugía) se demoró hasta 48 horas, lo que provocó la pérdida completa del glóbulo ocular.

Esta breve alusión a los hechos nos presenta el escenario ideal para la pérdida de oportunidad, ya que la parsimonia de las actuaciones comportó que una niña de tan sólo dos años perdiese la visión de un ojo. Sin embargo, es necesario ir más allá y elaborar un estudio más profundo, y es que aunque es cierto que se tardó dos días en preparar a una paciente para someterla a una intervención urgente, ello fue consecuencia del estado en el que se encontraba el ojo de la menor. Dada la inflamación que presentaba, cualquier cirugía hubiese resultado imposible, o cuanto menos contraproducente. La lesión que padecía la niña se había agravado de forma alarmante porque acudió al centro sanitario 48 horas más tarde del accidente, ya que los padres habían decidido mantener una actitud expectante. Ello implicó que el ojo de la menor llegase irritado e inflamado, lo que dificultó el diagnóstico y requirió un plazo de estabilización antes de la operación. De haberse producido el ingreso de manera inmediata, o en un plazo inferior a 24 horas desde la lesión, las posibilidades de salvar el glóbulo ocular hubiesen sido mayores. El Juzgador parece decantarse por esta misma hipótesis cuando asegura “Junto con el hecho de que de la documentación antes referida no se deduce esa

inasistencia de la enferma, es lo cierto que la documentación fue correctamente evaluada por el Tribunal de instancia que concluyó, en base a los informes obrantes en las actuaciones, que el tratamiento prestado a la niña en el Hospital Gómez Ulla fue en todo caso correcto y que la gravedad de la lesión se produjo por el hecho de que no se llevó a asistencia a la niña por parte de la madre de manera inmediata, al producirse la lesión, sino a los dos o tres días, lo que impidió que la asistencia sanitaria pública adoptara las medidas conducentes a fin de evitar una infección que, por otro lado, es posible que desde el primer momento de sufrir el traumatismo se había ya producido en los términos que expresa la Clínica Médico Forense el 20 de mayo de 1.999 en el informe que antes recogimos”¹⁰⁴³.

Aunque el presente litigio mostraba los ingredientes básicos para la pérdida de oportunidad, un análisis cuidadoso de los hechos ha evidenciado que no se trata de un caso indemnizable, y menos por la vía de la pérdida de oportunidad¹⁰⁴⁴.

9. Es probable que el siguiente litigio, el de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007¹⁰⁴⁵, sea uno de los más llamativos del apartado que nos ocupa, así como uno de los más sencillos. La andadura del mismo comienza en el año 1989, cuando D. Luis Enrique ingresa en el servicio de urgencias de un centro sanitario cercano a su residencia, con claros síntomas de apendicitis. Sin embargo, durante la pendencia de las pruebas diagnósticas que le fueron practicadas, su sintomatología remitió y aunque se le recomendó que se operase, dado que era probable que este cuadro se repitiera, el paciente se negó y solicitó el alta voluntaria. Diez años más tarde,

¹⁰⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006 ... *op. cit.*

¹⁰⁴⁴ La temática enjuiciada en la controversia anterior se asemeja en gran medida a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 octubre de 2006 (Sala Tercera, recurso 6157/2002, ponente Herrero Pina), por lo que procederemos a su estudio conjunto. En este supuesto D. Luis Andrés fue diagnosticado de un soplo aórtico en 1990, que sin embargo no le dio problemas hasta años más tarde, 1998, fecha en la que como consecuencia de una sintomatología concreta, se optó por someterlo a una intervención cardíaca. A pesar de que ésta se desarrolló con plena normalidad y el paciente se recuperó, éste consideró que había sufrido una pérdida de oportunidad. Según D. Luis Andrés, si hubiese estado sometido a un tratamiento conservador al ser diagnosticado, podría haber evitado la cirugía. Huelga decir que la relación entre la ausencia de un tratamiento y la operación es inexistente, por lo que no cabe condena alguna en base a la pérdida de oportunidad. Sigue una línea muy similar la sentencia Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2006 (Sala Tercera, recurso 3412/2002, ponente Robles Fernández), en la que D. Alfredo acudió a su médico por presentar una tumoración, que tras la práctica probatoria debida arrojó resultados de benignidad. Meses después el tumor cambió de forma y se tornó doloroso, por lo que el paciente fue sometido de nuevo a la misma batería probatoria, pero en esta ocasión el pronóstico fue de malignidad. El enfermo aduce, que de haber sido operado en un primer momento, el nódulo no hubiese llegado a ser maligno. De nuevo el nexo causal se vuelve a presentar como el principal escollo a fin de admitir una pérdida de oportunidad.

¹⁰⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 5538/2003, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde la perspectiva del error de diagnóstico y las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en los capítulos correspondientes.

tal y como se había previsto, el cuadro se reiteró, aunque en esta ocasión no se trataba de una simple apendicitis, sino que había degenerado a una peritonitis que le había provocado una perforación de colón ascendente, de la que tuvo que ser intervenido de urgencia.

D. Luis Enrique consideró que había sido víctima de una negligencia médica, por lo que pretendió ser resarcido por las lesiones sufridas, para lo cual tuvo que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, ya que su demanda fue desestimada en instancias inferiores.

De la lectura de los hechos se desprende por qué el Tribunal Supremo no admitió la pérdida de oportunidad del presente asunto. D. Luis Enrique aduce que al no habersele operado 10 años antes de apendicitis, no se evitó la peritonitis que se le manifestó y las consecuencias que de la misma derivaron. Lo cierto es que la posibilidad de hallar aquí cualquier atisbo de pérdida de oportunidad es cuanto menos complicado, más si cabe cuando tenemos presente, que aunque el paciente tuvo signos evidentes de apendicitis en el año 1989, y que se tenía pleno conocimiento de que a pesar de que remitieron podían volver a aparecer, éste rechazó el ofrecimiento de extirpársele el apéndice. D. Luis Enrique ya se encontraba advertido de la posibilidad de que los síntomas se repitiesen y aun así solicitó el alta voluntaria, por lo que la única pérdida de oportunidad existente es la que él mismo provocó. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al analizar este mismo litigio “El actor en 1.989 se negó según hemos de tener por probado a ser operado de apendicitis, pese a que era sabedor de su padecimiento, que no obstante remitió en aquellas fechas. Diez años más tarde, las actuaciones médicas que hemos puesto de relieve, ponen de manifiesto que no existió el retraso que el actor pretende, pues los informes médicos y declaraciones de facultativos que hemos recogido evidencian que el cuadro clínico del abdomen no requería una intervención quirúrgica urgente, por lo que no cabe aceptar la argumentación del actor que basa toda su reclamación en un supuesto retraso en la práctica de una intervención quirúrgica que para él sería urgente, urgencia que sin embargo no han puesto de relieve ni los informes médicos, ni la prueba testifical practicada de los que tampoco se evidenciaría un deficiente seguimiento médico del post-operatorio”¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007 ... *op. cit.*

No es necesario que añadamos mucho más a la presente controversia, dado que la inexistencia de un nexo causal hace imposible cualquier reproche, incluso acudiendo a la pérdida de oportunidad¹⁰⁴⁷.

10. La antepenúltima problemática que será estudiada en este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005¹⁰⁴⁸, cuenta con una fenomenología llamativa que dista de las anteriores sentencias. En este caso una menor llegó al servicio de urgencias de un hospital en estado de extrema gravedad, por haber ingerido un líquido, que hasta después de su fallecimiento no se supo que era abrillantador para suelos. Al llegar al sanatorio la paciente fue rápidamente atendida, diagnosticada y estabilizada, provocándosele el vómito en varias ocasiones, entre otras cosas. No obstante, los padres de la paciente olvidaron llevar la garrafa de la que había bebido la niña, lo que implicó que los médicos actuaran a ciegas, aunque los familiares de la enferma sospechaban que se trataba de amoníaco. A pesar de las dificultades diagnósticas, las actuaciones desplegadas dieron su fruto y la paciente mejoró ostensiblemente, por lo que pasadas las necesarias horas de observación, fue dada de alta. Sin embargo, poco después la niña comenzó a mostrar un cuadro de debilidad y dificultad respiratoria, por lo que fue rápidamente trasladada al centro sanitario, llevándose en esta ocasión la botella con el líquido que había tomado. Aunque se contaba con el recipiente, éste no estaba etiquetado, por lo que fue necesario ponerse en comunicación con el instituto de toxicología. Éste no pudo identificarlo con exactitud, por lo que recomendó el tratamiento habitual para las intoxicaciones graves. A pesar de los esfuerzos desplegados, la paciente falleció a consecuencia del envenenamiento, siendo después identificado el líquido, así como su letalidad.

¹⁰⁴⁷ La similitud que la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004 (Sala Primera, recurso 3525/1998, ponente Villagómez Rodil) tiene con la ahora estudiada, desaconseja un análisis individualizado de la misma, por su escasa aportación académica. En este asunto la actitud negativa del paciente tiene la incidencia suficiente como para romper el nexo causal del litigio. Una niña fue diagnosticada a muy temprana edad de una dolencia que le generaba tumores, y al comenzar a sufrir molestias en la espalda, acudió a un médico traumatólogo. Éste comenzó el tratamiento conservador habitual, pues en ningún momento se le informó sobre la afección de su paciente, algo que le hubiese permitido barajar una tumoración como posible origen de su dolor. No obstante, pasaron meses hasta que el médico pudo diagnosticar el tumor que afectaba a la paciente, lo que le provocó severas lesiones irreversibles y la necesidad de una delicada cirugía de urgencia. De nuevo se trata de un supuesto donde la pérdida de oportunidad la provoca el propio paciente y no el personal sanitario, algo que quiebra el nexo causal y con ello, cualquier pretensión de reproche.

¹⁰⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005, Sala Tercera, recurso 1304/2001, ponente Puente Prieto.

Los padres de la menor estimaron que el fallecimiento de su hija debía ser resarcido, de forma que aunque sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La admisión de la pérdida de oportunidad en el caso que nos ocupa parece complicada, ya que aunque se trate de una paciente que llegó con una grave intoxicación a urgencias, el desconocimiento de la naturaleza y características del elemento contaminante, provocó serias dudas sobre las posibilidades de tratar a la niña de manera eficiente. A pesar de ello la enferma presentó una importante mejoría, por lo que se estimó que había sido debidamente atendida y fue dada de alta. Es precisamente en este punto concreto de las actuaciones médicas en el que la familia de la fallecida atisba una pérdida de oportunidad: el alta “prematura”. Estiman los padres de la menor, que dar de alta a la paciente tuvo como consecuencia no controlar su estado y no prever el súbito empeoramiento que sufrió. Sin embargo, nada puede encontrarse aquí susceptible de conformar una pérdida de oportunidad, porque todas las actuaciones médicas fueron desarrolladas con plena diligencia. A esto debemos añadir que, dada la naturaleza del líquido ingerido por la enferma, poco más podía hacerse, ya que éste era letal. El Alto Tribunal parece decantarse por esta misma hipótesis cuando asegura “No cuestionada en esta casación la afirmación de la sentencia acerca de la carencia de prueba de la existencia del nexo causal entre la actuación médica y el resultado del fallecimiento de la hija del recurrente, resulta obligada la confirmación de la sentencia recurrida al no haber sido acreditada la existencia de una deficiente asistencia médica, que en modo alguno puede deducirse de una actuación sanitaria practicada con motivo de la ingesta de un líquido, que la paciente manifestó que olía a amoníaco y que la familia expresó que consistía en agua destilada, y sin que de la circunstancia de que existiera una mejoría por la aplicación por vía endovenosa de calcio se derivara necesariamente la necesidad de monitorización del control del nivel de calcio, exigido cuando la ingestión se produce con fluosilicato de magnesio, cuya circunstancia se ignoraba por los médicos que, primero en vía de urgencias y luego en el hospital, prestaron atención médica a la paciente y que en cualquier caso no hubiera podido ser identificado, como indica la sentencia recurrida, de forma inmediata por el Instituto Nacional de Toxicología, en consecuencia no es aplicable al caso de autos la doctrina sobre pérdida de oportunidad consistente en el reconocimiento del derecho a que se

declare la responsabilidad patrimonial por la privación de un tratamiento cuya eficacia no está absolutamente acreditada por causas imputables al personal sanitario”¹⁰⁴⁹.

La intoxicación que presentaba la niña, aunque se desconocía, era letal e irremediable. Independientemente de las actuaciones que fuesen desplegadas, la menor no habría podido sobrevivir a la ingesta del líquido abrillantador. Realmente esta paciente no tenía ninguna posibilidad de sobrevivir, por lo tanto, ¿qué oportunidad ha perdido? Ninguna¹⁰⁵⁰.

11. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008¹⁰⁵¹ es la penúltima resolución que estudiaremos en este apartado, en la que D^a. Penélope, una niña de ocho años, fue diagnosticada de astrocitoma hipotalámico izquierdo, es decir, un tumor cerebral. Dicha tumoración estaba ejerciendo una gran presión sobre su glóbulo ocular derecho, lo que le estaba provocando ceguera. Al tratarse de un asunto urgente, la paciente fue intervenida el mismo día del diagnóstico, a los efectos de implantársele una válvula, y al día siguiente de nuevo, para practicársele una craniectomía temporo frontalizquierda. Dos días después de la cirugía, encontrándose más estable, se le realizó un scanner que evidenció la existencia de restos de tumor en la zona operada, que no habían podido ser eliminados; pero al no tratarse de algo grave se optó por dejarlos ahí, dar de alta a la paciente y someterla a revisiones mensuales. El motivo de esta decisión radica en que esos restos del tumor eran sumamente delicados y su extracción podría irrogar graves daños a la paciente. Dos meses más tarde la enferma acudió al servicio de urgencias del hospital donde había sido operada, por presentar cierto malestar, observándose que los resquicios de la tumoración que habían quedado de la actividad quirúrgica anterior habían crecido; por lo que se procedió a la instalación de una nueva válvula. Tras la estabilización de la paciente, se le prescribió que volviese en un mes, a

¹⁰⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005 ... *op. cit.*

¹⁰⁵⁰ La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2001 (Sala Primera, recurso 263/1996, ponente Romero Lorenzo) sigue una dinámica comparable a la del asunto ahora analizado, por lo que su estudio individualizado supondría volver a ahondar en la misma temática. D^a. Mari Juana presentaba una herida en la pierna derecha, que se sometió a un tratamiento y un exhaustivo control por su condición de diabética. Aunque la laceración no presentaba mejoría, tampoco empeoraba, por lo que se optó por incrementar el control e intensificar la terapia. Pasado un tiempo desde esta decisión, la paciente comenzó a acusar fuertes dolores, arrojando sospechas de ausencia de pulsos distales que fueron confirmadas, requiriendo la práctica de una actividad quirúrgica tan agresiva como la amputación. D^a. Mari Juana estimó la concurrencia de una pérdida de oportunidad en la falta de práctica de un *by – pass* cuando tuvo los primeros síntomas de alarma. Sin embargo, las posibilidades de repermeabilización de la paciente eran escasas o nulas, por lo que esta práctica médica no era viable. De todo lo aquí apuntado se deduce que las posibilidades de sanación de la paciente, desde el momento mismo en el que se presentó la lesión, eran prácticamente inexistentes, por lo que no procede acudir a la pérdida de oportunidad.

¹⁰⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008, Sala Tercera, recurso 2364/2004, ponente Díez – Picazo.

fin de comprobar el tamaño del tumor no extirpado y practicar una nueva operación, siempre y cuando la enferma fuese recuperando la vista, ya que de lo contrario sería un riesgo innecesario. Como pasado un mes la menor a penas había recobrado la visión, la familia de la niña decidió solicitar una segunda opinión, por lo que viajó a Canadá, donde la solución que les presentaron fue idéntica: de mejorar la visión de la niña, el riesgo de la cirugía sería asumible, en caso contrario, lo más prudente sería intentar reducir el tamaño del tumor con radioterapia. Con ese diagnóstico regresaron a España, donde la niña fue atendida en el mismo hospital en el que fue intervenida, y dado que no recuperó la visión de ese ojo en ningún momento, el tratamiento por el que se optó fue la radioterapia. El tamaño del tumor se redujo y fue estabilizado, pero la menor perdió la visión de ese glóbulo ocular por completo.

Los padres de la paciente consideraron que los tres meses que se dieron desde la primera actividad quirúrgica hasta la segunda fueron excesivos, así como que la radioterapia no se practicó a tiempo, condenándose a la paciente a perder la visión del ojo derecho. Sin embargo, sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Conviene destacar de la controversia que nos ocupa, que desde el diagnóstico a la intervención paliativa pasaron escasas horas, razón por la cual los recurrentes no consideran incorrecta esta primera actuación, sino que estiman que el tiempo de expectación a los efectos de comprobar si la menor conseguía recobrar la vista fue excesivo, a sabiendas de que tenía restos de tumor. Estiman los padres de la enferma, que de haberse actuado con la debida rapidez, la niña habría podido recuperar parte de la visión del ojo perdido.

Puede resultar llamativa la actitud de los médicos que trataban a la paciente, más si cabe cuando tenemos presente que a la menor le quedaron partes de tumor que podían crecer, algo de lo que se tenía conocimiento. La enferma había perdido la visión de un ojo por la presión que había ejercido el tumor sobre el glóbulo ocular en cuestión, y si ésta no lograba a recuperarla de forma espontánea, una cirugía que eliminase los restos de tumoración que le quedaban no lo haría, de lo que debe inferirse que se trataría de una terapia arriesgada, traumática e innecesaria. Fue precisamente éste el motivo por el cual se decidió mantener en esta actitud expectante: si el tumor crecía, debía ser extirpado y también si no lo hacía pero la niña recuperaba la vista, de lo contrario cualquier actividad quirúrgica carecería de sentido.

Es complicado encontrar una pérdida de oportunidad en este litigio, ya que lo que provocó la ceguera de la enferma fue el tumor que ésta tenía, y no la actividad médica desplegada.

A pesar de que resultaría de sumo interés la lectura de los razonamientos del Tribunal Supremo sobre este caso, dada la argumentación del recurso, ello no será posible¹⁰⁵².

12. La última de las resoluciones que estudiaremos la hemos dejado para el final por ser la menos representativa de la pérdida de oportunidad, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2002¹⁰⁵³. En este asunto D. Carlos José acudió a su médico de cabecera con un cuadro de dolor en la pierna derecha, quien tras un reconocimiento preliminar decidió remitirle al servicio de cirugía ambulatoria del centro sanitario más cercano, donde se le diagnosticó insuficiencia venosa con varios episodios de flebitis. Se le citó con el servicio de cirugía cardiovascular en un plazo de tiempo corto, fecha en la que el paciente no pudo acudir, por lo que vio retrasada la posibilidad de tratamiento los días en los que se tardó en volver a llamarle. Una vez pudo ser debidamente atendido, se constató que el enfermo requería una rápida intervención, ya que de lo contrario sería necesario amputar la pierna afectada. A pesar de que la cirugía

¹⁰⁵² La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007 (Sala Tercera, recurso 5535/2003, ponente Herrero Pina) tiene una relación de hechos similar en lo que a la actitud expectante se refiere. Un paciente que sufrió un grave accidente de tráfico, fue atendido en un hospital de las múltiples lesiones que sufrió, destacando sobre todas ellas una en el brazo izquierdo. Aunque desde un primer momento la evolución de la mano fue irregular, lo cierto es que el traumatismo que padecía requería de un plazo de observación antes de acudir a cualquier actividad médica, restándole al enfermo importantes limitaciones de movilidad. La víctima considera que la lentitud en las actuaciones fue lo que motivó las consecuencias que ahora padece y que es precisamente en esta omisión donde se encuentra la pérdida de oportunidad. Sin embargo dicha hipótesis atenta contra los principios de esta construcción doctrinal, porque las secuelas que le quedaron derivaron del accidente que sufrió, y no de la atención médica, que era la única opción sanitaria a adoptar en su situación. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 (Sala Tercera, recurso 8362/2003, ponente Puente Prieto) es prácticamente idéntica a este grupo de supuestos, por lo que seremos breves en su análisis. D. Rogelio tuvo un grave accidente de circulación en el que sufrió múltiples lesiones. Entre las mismas había una de carácter menor en relación a las anteriores, que no pudo ser tratada en el centro en el que se encontraba, porque carecía de medios para ello. No obstante, cualquier traslado a otro hospital estaba desaconsejado hasta que el enfermo hubiese evolucionado de sus dolencias más graves. 21 días más tarde del accidente pudo ser llevado a otro hospital a los efectos de ser tratado de la lesión en cuestión, a pesar de lo cual al paciente le restaron severos daños. No es necesario remarcar demasiado que la supuesta pérdida de oportunidad que pudiese aducirse en la “espera forzosa” es inexistente, puesto que D. Rogelio, dadas sus circunstancias, no podía ser desplazado a otro sanatorio; ya que esto habría empeorado las lesiones que resultaban de mayor entidad. De manera contraria se pronuncia ASUA GONZÁLEZ, ya que considera que la indemnización del presente litigio se encuentra fundamentada. ASUA GONZÁLEZ, Clara I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* op. cit., página 59. Opinión no compartida con GARCÉS – GARRO RANZ, al estimar esta autora que la actitud del Tribunal Supremo se basó más en la pérdida de oportunidad, que en la concurrencia de culpas. GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat, “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario” ... op. cit.; concretamente en página 58.

¹⁰⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2002, Sala Tercera, recurso 2203/1998, ponente Lecumberri Marti.

se desarrolló correctamente, las lesiones vasculares que padecía D. Carlos José resultaban de tal entidad, que lo único que pudo hacerse fue amputar la extremidad en cuestión.

En base a los mencionados hechos, D. Carlos José pretendió el resarcimiento del daño sufrido, no viendo sus pretensiones admitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Tal y como hemos señalado al comienzo de la redacción del presente litigio, este caso es uno de los menos representativos de la pérdida de oportunidad, por el simple hecho de que ésta no existe. El paciente no acudió a una cita por razones que desconocemos y fue nuevamente emplazado a los efectos de acudir a un reconocimiento escasos días después, algo que obviamente no pudo agravar su lesión hasta el punto de requerir una amputación, ya que sería necesario un intervalo de tiempo mayor.

4. La pérdida de oportunidad y el error de diagnóstico.

La materia objeto de estudio en este apartado puede resumirse en una análisis conjunto de la pérdida de oportunidad y el error de diagnóstico, así como la relación entre ambas nociones.

1. Conflictos en los que la figura fue admitida.

1. La primera de las resoluciones que analizaremos es probablemente una de las más representativas del presente bloque, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001¹⁰⁵⁴. En este caso D. Héctor acudió a un servicio de urgencias aquejado de un cuadro de dolor en el pecho, sudoración y malestar. Al paciente se le sometió a una exploración y dos electrocardiogramas, con la excepción de que uno de ellos no fue correctamente interpretado. Dado que los resultados que arrojaron las pruebas practicadas fueron normales, el enfermo fue enviado a su casa. Sin embargo, éste regresó a urgencias seis horas más tarde, por no remitir la sintomatología que padecía, a pesar del tratamiento con vasodilatadores que le había sido prescrito. La situación de D. Héctor era propia de un infarto y no de una angina de pecho, pero dada la antes mencionada errónea lectura de los electrocardiogramas, D. Héctor fue

¹⁰⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001, Sala Primera, recurso 47/1996, ponente Romero Lorenzo.

nuevamente remitido a su domicilio con un tratamiento de analgésicos; donde falleció por un infarto de miocardio.

La familia del finado estimó que la muerte del paciente fue consecuencia de una pérdida de oportunidad motivada por un error de diagnóstico, por lo que pretendió la indemnización del daño sufrido. No obstante, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que tuvieron que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Este asunto, a pesar de que no es especialmente llamativo, es uno de los más claros por la naturaleza de la relación fáctica. Es necesario tener presente que se trata de un paciente que no acude en una ocasión al servicio de urgencia, sino en dos, a pesar de lo cual, y fruto de la interpretación incorrecta de una actividad diagnóstica (error de diagnóstico), no recibe el tratamiento adecuado. Aunque de las apreciaciones del perito puede inferirse que el paciente no mostraba el cuadro típico del infarto de miocardio, existían ciertos síntomas que resultaban preocupantes.

La primera actuación médica fue correcta, ya que la práctica probatoria desplegada fue la idónea, todo ello a pesar de que concurrió un error de diagnóstico, que motivó que no se detectase que lo que realmente padecía el enfermo era un infarto y no una angina de pecho. En virtud de la desacertada diagnosis, la terapia prescrita fue inadecuada, aunque el mayor de los errores se produjo en la segunda atención. Los vasodilatadores no estaban cumpliendo su función correctamente, probablemente porque la dolencia que se estaba tratando, o bien era distinta o de mayor gravedad, tal y como ocurrió. La actitud correcta, dadas las circunstancias, hubiese sido repetir las pruebas anteriormente practicadas, algo que no se hizo, o en su defecto mantener al paciente en observación.

Aunque en el presente caso la pérdida de oportunidad se entrelaza con la idea del error de diagnóstico, hasta el punto de que pueden llegar a confundirse, lo cierto es que hemos abogado por el primero de los conceptos, por el simple hecho de que, si bien es cierto que existió un error de diagnóstico, éste se dio en la primera atención que recibió el paciente. Esto es, que aunque fue el origen de la problemática, no conforma la esencia del litigio en cuestión, estando más presente la pérdida de oportunidad que el propio error de diagnóstico.

Desconocemos cuál era la lesión que el enfermo padecía y los márgenes de sanación o mejora que podía llegar a presentar, es decir, no podemos llegar a saber si el paciente, de haber recibido una segunda atención correcta, habría podido salvar su vida; pero lo que sí es seguro es que éste fue condenado por los tratamientos médicos que

recibió. El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma idea cuando asevera “Resultado de todo este acontecer, que en modo alguno puede calificarse de diligente y adecuado a la función que un Servicio de Salud debe desarrollar, ha sido que por dos veces consecutivas hubiese sido remitido a su domicilio, con la prescripción de simples analgésicos, un paciente cuya sintomatología, analizada con mayor detenimiento o con mejor preparación, mostraba que podía corresponder a un infarto agudo de miocardio, como así se evidenció al cabo de 3 horas al producirse el tercer ingreso en situación de parada cardiorrespiratoria y estado de coma profundo, produciéndose su fallecimiento unos veinte días más tarde”¹⁰⁵⁵.

Aunque la pérdida de oportunidad se entrelaza con el error de diagnóstico, los márgenes de una y otra figura son claros. El error de diagnóstico se produjo en la interpretación errónea de una prueba practicada en la primera atención, mientras que la pérdida de oportunidad se dio en las dos asistencias, tal y como se colige de las palabras del juzgador.

2. La segunda de las controversias es prácticamente idéntica a la anterior, aunque el Tribunal Supremo se muestra mucho más contundente con la pérdida de oportunidad, hablamos de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007¹⁰⁵⁶. En esta controversia D. Lucas, de 59 años de edad, con antecedentes de úlcera duodenal, diabetes e hipertensión arterial, acudió al servicio de urgencias del hospital más cercano a su localidad de residencia, con un cuadro de dolor en epigastrio con irradiación en hipocondrio izquierdo y brazo izquierdo, vómitos y aumento de tensión arterial. Una vez allí, y tras la práctica de una serie de pruebas basadas en una sospecha errónea del médico que le atendió, se le diagnosticó de crisis hipertensiva y agudización de úlcera duodenal. Fue tratado con medicación sublingual, y tras permanecer en observación hasta que los valores de hipertensión fueron normales, fue remitido a su domicilio, pautándose control al día siguiente por su médico habitual. La madrugada de ese mismo día D. Lucas se vio en la necesidad de acudir al mismo hospital por dolor intensificado en epigastrio, ante lo que se sospechó una posible perforación de úlcera, para cuyo diagnóstico se practicaron una nueva serie de pruebas que detectaron un infarto de miocardio extenso. El paciente ingresó de manera inmediata en la UCI, a pesar de lo cual falleció sobre las diez de la mañana del día siguiente.

¹⁰⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001 ... *op. cit.*

¹⁰⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, Sala Tercera, recurso 92/2003, ponente Robles Fernández.

Los familiares del fenecido consideraron que el error de diagnóstico del que fue víctima D. Lucas provocó una pérdida de oportunidad, que prácticamente le condenó, por lo que pretendieron la indemnización del daño sufrido; para lo que tuvieron que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Las similitudes entre el presente supuesto y el anteriormente analizado son indiscutibles. Partimos de un error de diagnóstico que provoca que un infarto de miocardio no sea detectado y que el paciente fallezca, con la diferencia de que en este caso, en la segunda ocasión que D. Lucas acudió a urgencias, se le practicaron nuevas pruebas que evidenciaron que lo que padecía era un infarto. El error de diagnóstico lo encontramos en la primera atención que recibió el paciente, en la que una sospecha del médico que le atendió, hizo que las pruebas se limitasen a comprobar unas determinadas dolencias, no llegando a diagnosticar correctamente el padecimiento de D. Lucas.

La falta de una terapia adecuada provocó que el estado del paciente se viese agravado, y con ello sufriese una pérdida de posibilidades de sanación o mejora. Desconocemos, si dados los antecedentes del enfermo, cabría posibilidad alguna de curación, pero lo que resulta objetivamente claro es que se provocó la pérdida de cualquier expectativa de vida. El Tribunal Supremo parece decantarse por esta misma idea cuando asevera “...una valoración del informe médico forense conforme las reglas de la sana crítica lleva a considerar que hubo un error de diagnóstico al no valorarse adecuadamente que el paciente sufría un infarto, error que se produjo por una evidente mala praxis médica, al no tener en cuenta padecimientos de aquel, que hubieran debido ser necesariamente considerados por su gravedad, en función de los síntomas con los que aquel acude a la consulta médica. Al no diagnosticarse en forma, por esa mala praxis médica, la crisis que sufría el marido de la recurrente, remitiéndole a su domicilio sin un tratamiento adecuado, con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales de ese tratamiento, se le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber como dice el informe de la médico forense, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado”¹⁰⁵⁷.

Aunque las probabilidades de supervivencia del paciente fuesen mínimas, llegaban al porcentaje básico que requiere el concepto, tal y como ocurría en el asunto

¹⁰⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007 ... *op. cit.*

anterior; ya que de lo contrario el Alto Tribunal ni siquiera hubiese llegado a barajar la pérdida de oportunidad. De nuevo, tal y como remarca el juzgador, el daño que resulta indemnizado no es el fallecimiento del enfermo, sino la pérdida de expectativas.

3. Hallamos una situación muy similar a la anteriormente comentada en la siguiente resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007¹⁰⁵⁸. En el presente litigio una paciente fue remitida al hospital más cercano desde un centro de asistencia primaria, por presentar un cuadro de cefalea intensa frontal, mareo rotatorio, vómitos espontáneos y pérdida de conciencia de unos 30 minutos, bradicardia, aturdimiento posterior y rigidez de nuca con dolor y vértigo. Ante esta sintomatología se solicitó la práctica de las pruebas necesarias, a fin de descartar una posible hemorragia subaracnoidea. A pesar de que la recomendación señalaba claramente que fuese atendida por el servicio de neurología, la enferma fue tratada por un médico residente en Medicina general, que le sometió a toda una serie de pruebas, y al comprobar la normalidad de las mismas, así como que la paciente se encontraba asintomática, le dio el alta, prescribiéndole reposo domiciliario entre 24 y 48 horas. Aunque la atención que recibió la enferma fue correcta, lo cierto es que era imprescindible una prueba añadida, concretamente un TAC, que hubiese revelado que lo que realmente presentaba era una meningitis.

Al día siguiente tuvo que volver al centro sanitario por persistir la sintomatología que horas antes había remitido. Al practicársele una nueva exploración se observaron indicios de meningitis, contra los que poco pudo hacerse, a pesar de la afanosa labor del equipo médico que le atendió, ya que la paciente feneció horas después de su segundo ingreso.

Los familiares de la fallecida consideraron que la muerte de la enferma vino motivada por una pérdida de oportunidad reprochable, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

En este litigio encontramos que la sombra del error de diagnóstico sobrevuela la práctica totalidad de los hechos. No obstante, su contundencia es menor al concurrir dos elementos accesorios, la falta de realización del TAC y el alta precipitado que recibió la paciente. Partimos de que la enferma había sido vista con carácter previo por un médico, que ya había apuntado sospechas de una dolencia grave, por lo que solicitó la

¹⁰⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 6369/2003, ponente Puente Prieto. Controversia también analizada desde la perspectiva del error de diagnóstico, en el capítulo correspondiente.

práctica de un amplio estudio por el servicio de neurología, siendo en su lugar atendida por un médico de Medicina general. Lo prudente en este caso habría sido someter a la paciente a una prueba de amplio calado, como lo es el TAC, y desde luego no darle de alta, por mucho que ésta se encontrase asintomática. Con estas actuaciones las escasas posibilidades de sanación o mejora de la enferma desaparecieron. De una manera prácticamente idéntica se pronuncia el Tribunal Supremo “Ciertamente el Tribunal de instancia es tajante al aceptar que desde un primer momento no se le practicó y debió de realizarse un TAC a la paciente según resulta unánimemente de los informes obrantes en el expediente administrativo. Consta igualmente acreditado, según la sentencia, que no se intentó la embolización del aneurisma en el mismo acto en que se realizó la angiografía, concluyendo sin embargo que ello no puede acarrear sin más la responsabilidad patrimonial pretendida por el recurrente, puesto que no han quedado acreditada las consecuencias de su no realización, ni tampoco si de haberse realizado se hubiera evitado el desgraciado fallecimiento de la enferma”¹⁰⁵⁹.

4. El último de los supuestos de hecho que estudiaremos en este bloque de resoluciones estimadas es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009¹⁰⁶⁰. En este caso D. Jesús Manuel, que tenía antecedentes de epilgastria, acudió al servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia por presentar un cuadro de dolor en el abdomen. Fue tratado con analgésicos y dado de alta para que su médico de cabecera mantuviese los controles debidos. Sin embargo al no mejorar, acudió el día siguiente al mismo servicio de urgencias, con un cuadro de dolor, fiebre y escalofríos. Al descartarse una posible inflamación de la vesícula, fue dado de alta de nuevo. Tres días más tarde volvió al mismo servicio médico, por no mostrar ninguna mejoría y por sufrir durante más de seis horas un cuadro de dolor abdominal intenso, para lo que se le prescribieron antiácidos, siendo remitido de nuevo a su domicilio. Horas más tarde de esta última visita, tuvo que regresar al servicio de urgencias por cuarta vez, procediéndose a su ingreso hospitalario para la práctica de pruebas al día siguiente, en

¹⁰⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 ... *op. cit.* La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000 (ponente Sala Tercera, recurso 5078/1997, ponente Xiol Ríos; resolución también analizada desde la perspectiva del error de diagnóstico, en el capítulo correspondiente) cuenta con una dinámica similar en la que una paciente, tras ser diagnosticada de pancreatitis, fue intervenida de urgencias, pero por no haber camas libres en la UCI, se le remitió a planta. No obstante, se había producido un error de diagnóstico, porque lo que realmente aquejaba a la paciente era un cáncer de páncreas. Sin embargo, también media una importante pérdida de oportunidad, porque al no encontrarse la paciente en la UCI, no pudo detectarse el edema agudo que se le presentó y que provocó su fallecimiento.

¹⁰⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009, Sala Tercera, recurso 7840/2004, ponente Huelín Martínez de Velasco.

las que se observó que lo que le provocaba los dolores era una peritonitis, que le había perforado la vesícula, por lo que se ordenó su rápida intervención.

A pesar de la premura y de que la cirugía se desarrolló correctamente, tras la misma el paciente presentó un fascitis purulenta como consecuencia de una infección hospitalaria, requiriendo de una nueva operación, muy agresiva, para mejorar de la mentada infección.

D. Jesús Manuel consideró que fue víctima de un error de diagnóstico que le provocó una pérdida de oportunidad. Sus pretensiones indemnizatorias no fueron admitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Esta controversia es probablemente una de las más claras, sobre todo en lo relativo a la separación entre el error de diagnóstico y la pérdida de oportunidad. Un paciente con un cuadro de problemas gástricos acudió a un centro sanitario hasta en cuatro ocasiones, en un plazo de 5 días, no siendo correctamente diagnosticado hasta el final, porque no se le realizaban pruebas de entidad, ni siquiera a efectos preventivos. Cuando se decidió su ingreso se esperó un día más para la práctica de las mismas, y para entonces la peritonitis ya había perforado la vesícula del paciente, siendo su estado de extrema gravedad. A lo que debemos añadir, que cuando comenzó a presentarse una infección (añadida, porque una peritonitis ya es una infección), se mantuvo una nueva actuación expectante, que supuso la necesidad de una práctica quirúrgica agresiva. Es precisamente en ambas conductas pasivas donde hallamos la pérdida de oportunidad, más allá del error de diagnóstico. De haberse actuado con mayor rapidez y no haberse remitido al paciente en tres ocasiones a su domicilio sin un diagnóstico, es probable que la cirugía necesaria no habría tenido que practicarse con tal urgencia, con las complicaciones añadidas que ello entrañó. El Tribunal Supremo se decanta por esta misma idea al aseverar “El anterior relato pone de manifiesto tres datos relevantes. En primer lugar, que la afección que padecía no era extraña ni excepcional, pues la inflamación de la vesícula biliar en que consiste la colecistitis aguda, que se acompaña de dolor intenso y de síntomas digestivos, es una causa muy frecuente de consultas de urgencia y de cirugía en adultos. No obstante - aquí surge el segundo dato- y pese a contar con antecedentes por epigastralgias (tres años antes visitó el servicio de urgencias por esta causa), se tardó cinco días en ingresarle y dos más en detectarle una peritonitis que obligó a intervenirle de urgencia. La última idea consiste en que la peritonitis, en sí misma una infección, exigía una vigilancia extrema durante el

postoperatorio del Sr. Jesús Manuel y, sin embargo, pese a presentar un cuadro con fiebres altas y olores nauseabundos, según él relata y asume la Administración (pues dice que la fascitis fue purulenta), no se actuó hasta seis días después, con el desenlace y las secuelas que conocemos. Consideramos que, en estas circunstancias, la indebida asistencia sanitaria queda suficientemente acreditada, pues resulta evidente que ese desenlace no es el normal de un padecimiento como el que aquejaba al recurrente y que le obligó a acudir al servicio de urgencias del hospital administrado por la Generalitat Valenciana en repetidas ocasiones, produciéndose una retraso en el diagnóstico y la consiguiente tardanza en la intervención”¹⁰⁶¹.

2. Supuestos en los que la figura fue desestimada.

5. Comenzamos el análisis de las resoluciones que corrieron la suerte contraria, es decir, fueron desestimadas. El primero de los asuntos a estudiar es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2005¹⁰⁶², en el que un médico de guardia recibió una llamada de un domicilio, que fue calificado como “urgencia normal”. Al llegar a la vivienda de la que había recibido el mensaje, encontró a la enferma en la cama, con dolores abdominales y vomitando. Éste le tomó el pulso y comprobó que en el vómito no hubiese sangre, y dado que había ingerido una comida especialmente grasa, siendo una mujer obesa, le prescribió buscapina por padecer lo que él diagnosticó como un cuadro de gastritis; durando la visita en cuestión ocho minutos. Tras esta actuación la paciente presentó una ligera mejoría por el tratamiento, manteniéndose consciente y hablando, sin quejarse; hasta quedarse dormida. Sin embargo pasadas unas horas, sobre las diez de la noche, sufrió un desvanecimiento, por lo que se dio aviso al servicio de urgencias, que se presentó en el domicilio en menos de un cuarto de hora, encontrándose a la enferma ya muerta. A pesar de que no se le practicó la autopsia, el médico del registro civil estimó que la enferma feneció de un infarto de miocardio.

Tanto en primera instancia como en apelación, las pretensiones de la familia de la fallecida fueron inadmitidas, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

¹⁰⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009 ... *op. cit.*

¹⁰⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2005, Sala Primera, recurso 3272/1997, ponente Martínez - Calcerrada Gómez. Controversia también analizada desde la perspectiva del error de diagnóstico y mencionada en el capítulo conceptual.

A pesar de que en este caso un infarto fue confundido con una gastritis, lo cierto es que los síntomas parecían encontrarse bastante enmascarados y el grado de afectación coronaria es desconocido, al no habersele practicado la autopsia a la paciente. En un principio el Tribunal Supremo consideró que no cabía reproche alguno a la actuación del médico, dado que éste se desplazó hasta el domicilio de la enferma y desarrolló su actividad como plena diligencia, destacando el juzgador “que éste revisó sus vómitos”. El Alto Tribunal considera que con esta actuación su labor fue acorde a la *lex artis* y que no cabe reproche alguno a la atención que prestó a la paciente.

No obstante, estimamos relevante tener presente que se trataba de una enferma con particularidades a tener presentes, dado que padecía de obesidad, algo que podía incrementar las posibilidades de riesgo cardíaco. A lo que debemos añadir, que no resulta inusual que un infarto sea confundido con una gastritis o una indigestión, algo por lo que quizás el facultativo debería haber efectuado un reconocimiento más exhaustivo, y desde luego, de un tiempo superior a ocho minutos. Es probable que no se adoptasen todas las medidas necesarias a fin de llegar a diagnosticar correctamente a la paciente.

Es precisamente esta postura contraria a la resolución del presente litigio la que adopta el magistrado que elabora un voto particular, tomando como base la concurrencia de una pérdida de oportunidad, precisamente por la limitación de los medios de diagnosis utilizados. El magistrado estima que los síntomas de la paciente eran propios de una gastritis, pero también de una dolencia coronaria. Por lo que dado que el médico había acudido en una ambulación, fue imprudente no ordenar el traslado de la enferma, por lo menos a efectos diagnósticos. Al igual que se señala en el voto particular, estimamos que se trata de una pérdida de oportunidad en la que la escasa actividad indagatoria se materializó en un error de diagnóstico, que eliminó cualquier expectativa de supervivencia de la enferma. En esta misma línea se pronuncia el voto particular “Se trata más bien de un diagnóstico-impresión que sólo sirvió para cumplir de forma rutinaria una urgencia médica, pero sin la dedicación y atención que requería el cuadro patológico que presentaba la paciente. La omisión de medios resulta patente desde el momento a que el médico disponiendo de una ambulancia que quedó a las puertas del domicilio, no adoptó la elemental medida y hasta impuesta precaución, de disponer su traslado inmediato hospitalario, para ser atendida debidamente y reconocida por especialistas correspondientes y con el empleo de las técnicas y pruebas médicas que hubieran sido necesarias, por lo que indudablemente con este proceder profesional

se privó a la fallecida y con ello se instauró en sus familiares la duda razonable y hasta fundada de que si se hubiera efectuado el ingreso, la atención dispensada hubiera sido mas completa y con probabilidades de poder salvar su vida”¹⁰⁶³.

6. En el siguiente caso se da en una situación muy similar a la del anterior litigio, es la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2008¹⁰⁶⁴, en la que D. Víctor Manuel, obeso y con antecedentes de hipertensión arterial de larga evolución, Hepatitis C crónica, arterioesclerosis obliterante y by-pass ilio – femoral izquierdo; acudió al servicio de urgencias aquejado de dolor inguinal izquierdo. Tras practicársele una exploración física, se le diagnosticó una posible hernia inguinal y se le remitió a su domicilio con analgésicos.

A pesar del tratamiento, el estado del paciente no mejoró, por lo que volvió en tres ocasiones más al hospital, no realizándosele hasta la última de las visitas, una exploración física, analítica de sangre y orina, Rx de abdomen y valoración vascular con cita para consulta preferente en Angiología y cirugía vascular; detectando la actividad de diagnosis un posible cólico nefrítico.

Pasado un mes, los síntomas del paciente se recrudecieron, por lo que volvió a acudir, hasta en tres ocasiones al servicio de urgencias, donde se le practicó una exploración física, Rx y petición de TAC lumbar, siendo diagnosticado de proceso lumbociático.

Dos días después de este pronóstico tuvo que acudir nuevamente al servicio de urgencias, donde se le realizó un TAC abdominal, que evidenció la existencia de un hematoma retroperitoneal compatible con pseudoaneurisma aorto – ilíaco. Se programó una intervención quirúrgica de urgencia ya que, a pesar de que la dolencia requería una rápida actuación, no se encontraba en un estado de gravedad extrema, llegando incluso a resultar de difícil diagnóstico, al presentar un cuadro distinto en estadios anteriores.

La operación se desarrolló con plena normalidad, salvo porque tras la misma el enfermo se vio afectado por una infección hospitalaria que supuso una recuperación más lenta, restándole una serie de daños propios de la afección que padeció.

D. Víctor Manuel consideró que había sufrido un retraso en el diagnóstico de una patología grave, por lo que pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su

¹⁰⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2005 ... *op. cit.*

¹⁰⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2008, Sala Tercera, recurso 1824/2004, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde el punto de vista de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente.

demanda desestimada en instancias inferiores, recurriendo en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque este recurso fue estimado, debemos tener presente que la indemnización tuvo como base la infección y no la pérdida de oportunidad. En este caso no existe una pérdida de oportunidad, porque aunque es cierto que los medios de diagnóstico no eran los oportunos y no se daba con la patología concreta, esta afección difícilmente podría haber sido hallada en sus primeros estadios. Aunque la intervención tuvo que ser practicada de forma urgente, dada la naturaleza de la dolencia, suele ser su tratamiento habitual, no restándole al paciente secuelas añadidas como consecuencia de ello.

No nos encontramos ante una pérdida de oportunidad porque el estado del paciente no llegó a agravarse en ningún momento y un control previo más exhaustivo, difícilmente hubiese llegado a diagnosticarlo correctamente.

A pesar de que resultaría de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo, esto no es posible, dado que no se pronuncia a este respecto en la presente sentencia, al no ser motivo de recurso¹⁰⁶⁵.

7. El tercero de los litigios, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007¹⁰⁶⁶, probablemente sea una de las más representativas que analizaremos. Nos situamos en el mes de octubre de 1997, cuando una paciente acude a su médico habitual por presentar molestias gástricas y pirosis, por lo que se somete a una radiografía de contraste, siendo diagnosticada de hernia de hiato. Sin embargo, su estado no mejoró con el tratamiento, por lo que volvió a la consulta del médico en varias ocasiones, hasta que el 6 de mayo de 1998 se le modificó la terapia, tras una nueva batería de pruebas.

No obstante, la enferma no mostraba mejoría alguna, por lo que acudió a una clínica privada por iniciativa propia. Se le practicó un TAC abdominal el 1 de junio de 1998, que detectó un posible cáncer gástrico. Con este nuevo dato regresó al centro donde estaba siendo tratada, realizándosele un nuevo TAC abdominal, que confirmó las sospechas de un carcinoma.

A pesar de que se inició un tratamiento rápido, la enfermedad evolucionó con rapidez, falleciendo la paciente meses después.

¹⁰⁶⁵ Prácticamente idénticas son las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012 (Sala Tercera, recurso 6680/2010, ponente Lecumberri Marti) y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012 (Sala Tercera, recurso 176/2010, ponente Martí García).

¹⁰⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 7050/2002, ponente Puente Prieto. Resolución también analizada desde el punto de vista de la omisión de medios, en el capítulo correspondientes.

La familia de la enferma consideró que ésta había visto frustrada toda expectativa de sanación, como consecuencia de un error de diagnóstico. A pesar de ello, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Esta resolución parece llamativa, así como la decisión que adopta el Tribunal Supremo al desestimarla. No en vano, debemos tener presente que la paciente sufrió un largo peregrinar médico en el que los tratamientos que le prescribían no conseguían mejoras en su salud. A pesar de que la enferma se sometió a muchas pruebas, en ninguna de ellas se encontraba absolutamente nada, y no fue hasta casi un año más tarde cuando se le diagnosticó un cáncer de estómago, que resultó fulminante en menos de 4 meses.

Llegados a este punto es necesario que nos planteemos por qué el Tribunal Supremo no barajó una posible pérdida de oportunidad, cuando un cáncer pasó desapercibido durante todo un año. La razón de ser es muy sencilla, a la paciente le fueron practicadas todas las actividades de diagnosis susceptibles de detectar esa enfermedad e incluso en las endoscopias no se podía detectar nada más que una hernia de hiato. Todo ello evidencia que el desarrollo del cáncer fue ilocalizable hasta que se manifestó, y cuando lo hizo, se agravó con mucha celeridad. Este punto demuestra que no es que la paciente no fuese diagnosticada antes, sino que simplemente su afección no estaba en un estadio de malignidad. Conviene además que nos cuestionemos qué oportunidad hubiese podido perder la enferma. La respuesta es sencilla, ninguna. La afección, aunque fue grave y letal, también resultó silenciosa e ilocalizable. Por lo que durante aquel primer año en el que la paciente presentó molestias y fue tratada de las mismas, ésta no vio ninguna opción de curación perdida, porque no había ninguna posibilidad de diagnosticar el carcinoma que padecía. El Tribunal Supremo parece decantarse por esta misma opción “En el presente caso, la valoración que ha realizado el Tribunal no ha sido eficazmente combatida, máxime si se tiene en cuenta que, antes del diagnóstico de cáncer, la paciente fue objeto de una práctica de endoscopia digestiva alta, en el mes de mayo de 1.998, después de ser reiteradamente atendida a efectos de facilitarle y modificarle la medicación, por la sanidad pública; y a través de esa endoscopia se confirmó simplemente la hernia de hiato y se objetivó una masa en antrogastrico vegetante y ulcerada de la que se tomaron biopsias que revelaron la existencia una gastritis atrófica crónica, pero no signos de malignidad alguno, como pone de manifiesto el perito judicial. Fue posteriormente, el 9 de junio, cuando en el

Hospital de Getafe se repitió la endoscopia habiéndose practicado biopsias durante este procedimiento que confirmaron ya la presencia de una adenocarcinoma gástrico confirmado nuevamente por la realización de una TAC que confirmó la presencia de los hallazgos y la aparente irreversibilidad del proceso. En definitiva, y por tanto, en atención al resultado de este informe pericial la endoscopia no resultaba absolutamente precisa y la realización de la misma no representa, como se dice en las conclusiones del informe pericial, una indicación absoluta, estando justificada la actitud expectante adoptada por la sanidad pública y poniendo de relieve dicho informe pericial, incluso, el fallo en la práctica de la endoscopia, con la conclusión final que aun con un tratamiento correcto no se hubiese alcanzado probablemente una alta tasa de control, aun cuando el deceso por hemorragia digestiva podría haber cambiado y haber sido objeto de un mejoramiento de su calidad de vida antes de producirse el inexorable fallecimiento a consecuencia de la enfermedad”¹⁰⁶⁷.

8. La penúltima resolución de este apartado sigue una dinámica muy similar a la de las dos anteriormente analizadas, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo 7 de julio de 2009¹⁰⁶⁸. En este litigio D^a. Francisca, enferma de asma, acudió al servicio de urgencias de un hospital con una disnea de tres días de duración (tos seca, sensación de irritación faríngea con disfonía y aumento de la disnea). Fue atendida por el otorrinolaringólogo de guardia, que al no observar inflamación laríngea, le prescribió una medicación de amplio espectro. A pesar del tratamiento recibido, ese mismo día

¹⁰⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007 ... *op. cit.* La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2005 (Sala Tercera, recurso 3149/2001, ponente Puente Prieto) cuenta con una relación de hechos casi idéntica, en la que una paciente comenzó a acusar dolores en una pierna, que en principio fueron achacados a una lumbociática. Pasado un tiempo, y al persistir las molestias, la enferma fue diagnosticada de un proceso isquémico, por el que acabó perdiendo la pierna en cuestión. Aunque el supuesto puede resultar chocante, lo cierto es que el padecimiento de la paciente se encontraba asintomático y su localización era imposible, por lo que cualquier intento de acudir a la pérdida de oportunidad resultaría infructuoso. De nuevo la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2007 (Sala Tercera, recurso 162/2004, ponente Herrero Pina) gira en torno a la idea de la ausencia de síntomas claros. D^a. Esperanza presentaba un cuadro de molestias digestivas que no fueron diagnosticadas hasta pasados dos años. Se trataba de un cáncer de páncreas asintomático imposible de localizar, por lo que cualquier posibilidad de acudir al error de diagnóstico y a la pérdida de oportunidad se torna inviable. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006 (Sala Tercera, recurso 3393/2002, ponente Robles Fernández) resulta prácticamente idéntica a las anteriores. Un paciente que presentaba problemas de visión fue diagnosticado de cataratas, citándosele para la cirugía dos meses después, dado que no había premura alguna. No obstante, el enfermo fue perdiendo agudeza visual de manera gradual y para el día de la intervención ya se encontraba ciego del ojo en cuestión. Fue precisamente en plena operación cuando se comprobó que lo que realmente aquejaba al paciente era un desprendimiento de retina enmascarada por una catarata, que al no ser tratado a tiempo, acarreó la pérdida de visión del ojo. De nuevo un error de diagnóstico nos sitúa en la antesala de una pérdida de oportunidad, pero en este caso la lesión ocular únicamente podría haberse diagnosticado tras eliminar la catarata, por lo que un tratamiento a tiempo era imposible.

¹⁰⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2009, Sala Tercera, recurso 2156/2005, ponente Herrero Pina.

tuvo que regresar a urgencias, donde en otorrinolaringología se le apreció fibrolaringoscopia, paresia de cuerda vocal derecha. Con un diagnóstico provisional de crisis de broncoespasmo de repetición y paresia de cuerda vocal derecha, se decide el ingreso de la paciente; encontrándose ésta consciente, orientada, bien nutrida, perfundida e hidratada, con ligera disnea que cede un poco tras administrar aerosol de Ventolín. Los siguientes días la enferma presenta una serie de crisis de broncoespasmos que remitieron sin mayores complicaciones. Pasado un tiempo, a pesar de que la paciente se mantenía estable, presentó un cuadro de cefalea y hemiplejía izquierda, por lo que se practicó un TAC de urgencia. No se observó nada, a pesar de que el TAC fue repetido, de forma que se le sometió a un RMN, a fin de valorar el tronco cerebral, hallándose una lesión hipodensa en T1 e hiperdensa en T2, sin captación de contraste a nivel de tronco cerebral compatible con lesión isquémica. Esto es, la paciente había sufrido un ictus cerebral, cuyas secuelas aunque podían mejorar, eran permanentes.

Los parientes de la enferma pretendieron el resarcimiento del daño sufrido por la misma, a pesar de lo cual se vieron en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser desestimada su demanda en instancias inferiores.

Puede resultar complicado entender la decisión del Alto Tribunal en el presente asunto, dado que una paciente con síntomas de asfixia, algo que suele ser protagonista en los accidentes isquémicos, fue tratada como de un ataque de asma. Lo llamativo es que en esa semana en la que la enferma se encontraba en las instalaciones hospitalarias, en ningún momento fue diagnosticada correctamente, lo que acarreó que no pudiesen tomarse las medidas necesarias a los efectos de evitar el daño final que ésta sufrió.

La lectura de los hechos resulta turbadora, por lo que es necesario reflexionar por qué el Tribunal Supremo no admitió la existencia de daños objeto de responsabilidad en un caso como éste. La decisión del juzgador es muy sencilla: la limitación propia de la ciencia. Debemos tener presente que los accidentes isquémicos son difícilmente diagnosticables y prácticamente imposibles de evitar. En la práctica totalidad de supuestos los síntomas se confunden, y aun llegándose a prever, la probabilidad de que se diese una situación como la ocurrida hace que ésta sea imposible de evitar con los medios de la ciencia en la actualidad. ¿Qué oportunidad perdió la enferma? Ninguna. No existe una oportunidad en sí misma, dado que la enfermedad de D^a. Francisca no podía ser diagnosticada, y habiéndolo sido, no existía ningún tratamiento para evitarla o paliarla. De una opinión muy similar se muestra el Tribunal Supremo *“En consecuencia, y en virtud de lo expuesto no puede afirmarse que en la*

fecha de los hechos y en el Centro en que recibió la asistencia sanitaria Da Francisca fuera posible aplicar la referida terapia, ni que la misma, en caso de haberlo sido, hubiera evitado o aminorado las secuelas que padece, dadas la naturaleza y las complicaciones que presenta la aplicación de la misma, habiéndose utilizado para el diagnóstico y tratamiento de la paciente todos los medios disponibles según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en aquel momento." Si no era posible aplicar dicha terapia no era precisa la información al respecto ni se ha producido pérdida de oportunidad¹⁰⁶⁹.

9. El último litigio que estudiaremos en este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001¹⁰⁷⁰, sigue un derrotero distinto al de las resoluciones hasta ahora analizadas. En este asunto D^a. Esperanza, que estaba recibiendo asistencia domiciliaria, fue diagnosticada de una infección en las vías respiratorias altas sin filiar, que se trató con antibióticos y antipiréticos. Al no mejorar su estado, y por petición expresa de su médico de cabecera, acudió al servicio de urgencias del hospital más cercano a su localidad de residencia, donde se le diagnosticó de brucelosis. Se le prescribió un nuevo tratamiento, pero pasados unos días la paciente presentó una hemorragia digestiva, por lo que fue remitida al hospital más cercano, donde se le detectó una gastritis medicamentosa; fijándosele una cita con Medicina interna, a la que no acudió. El médico habitual de la paciente volvió a visitarla en su domicilio por una revisión rutinaria, no observando ninguna agravación de la enfermedad que padecía. Sin embargo, tres días más tarde los hijos de la enferma llamaron al mismo médico, porque ésta había empeorado, algo que éste pudo verificar al comprobar la existencia de hematomas en diversas partes del cuerpo, por lo que ordenó su ingreso inmediato. A pesar de ello, sus hijos no llevaron a D^a. Esperanza al hospital hasta pasados dos días. Cuando fue ingresada se le diagnosticó de diátesis hemorrágica generalizada secundaria a trombopenia intensa, y aunque se le trató urgentemente, no pudo evitarse el fallecimiento de la enferma.

Tanto en primera instancia como en apelación, las pretensiones indemnizatorias de los familiares de la fenecida fueron inadmitidas, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

¹⁰⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2009 ... *op. cit.*

¹⁰⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001, Sala Primera, recurso 568/1996, ponente García Varela.

Lo que puede resultar más destacable del presente litigio es que ciertamente sí que existe una pérdida de oportunidad, no en vano la afección que padecía D^a. Esperanza tenía tratamiento y de haberse actuado de manera correcta, es probable que no hubiese muerto. Sin embargo, no es una eventualidad dañosa susceptible de ser indemnizada, por la simple razón de que esta pérdida de posibilidades vino provocada, más por la actuación de los familiares de la fallecida, que por la del centro sanitario donde fue atendida. Tenemos constancia de que la enferma no sólo no acudió a una cita en un estadio temprano de la dolencia, sino que en la última visita de su médico habitual, cuando éste consideró que la paciente se encontraba en una situación de “urgencia grave” y que requería un ingreso inmediato, sus familiares no trasladaron a su madre hasta pasados dos días. Para cuando ésta llegó al sanatorio, su estado era de suma gravedad y nada pudo hacerse por su vida. ¿Concorre una efectiva pérdida de oportunidad? La respuesta a esta pregunta debe ser positiva, pero por supuesto ésta no es punible, porque esta situación no fue provocada ni por el médico de D^a. Esperanza, ni por el hospital, sino por sus propios hijos, que desoyendo los consejos médicos, pospusieron el ingreso de su madre, con fatales consecuencias.

Dado que éste no fue uno de los temas objeto de debate en el recurso de casación, el Tribunal Supremo no llegó a pronunciarse a este respecto.

5. La pérdida de oportunidad en relación a los casos de lesiones en el alumbramiento.

En este apartado se analizarán supuestos de hecho en los que la pérdida de oportunidad se encuentra relacionada con casos de alumbramiento, en los que bien por la falta de actuación, bien por el retraso de una prueba, bien por la falta de monitorización o cualquier circunstancia tardía; se provocan importantes lesiones al feto, o se le priva de cualquier posibilidad de nacer sano.

1. Litigios en los que la figura fue admitida.

1. La primera de las resoluciones de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007¹⁰⁷¹, probablemente una de las más representativas

¹⁰⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007, Sala Tercera, recurso 1213/2004, ponente Herrero Pina.

de todo el bloque. En este litigio D^a. Marisol ingresó en el servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia, con pródromos de parto y rotura de bolsa en gestación de 37,3 semanas.

A pesar de que la paciente mostraba claros síntomas de requerir una cesárea, ésta no le fue practicada y se mantuvo una actitud expectante, llegando a prolongarse el alumbramiento durante casi 35 horas. Cuando se acudió a la cirugía, había pasado un tiempo excesivo, viéndose afectado el *nasciturus* por un sufrimiento fetal agudo.

Los padres de la menor estimaron que su hija fue víctima de una pérdida de oportunidad, de la que le derivaron serios daños. A pesar de ello, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Dada la naturaleza de este tipo de controversias, puede ser complicado distinguir entre la noción del daño desproporcionado y la pérdida de oportunidad. Sin embargo, la línea diferenciadora se encuentra en un elemento clave: la actitud expectante. Lo característico del daño desproporcionado es la causación de daños físicos al feto en la extracción del mismo, pero en este caso el perjuicio no lo provoca la actuación médica en sí, sino la demora.

Al comienzo de la lectura del presente supuesto hemos comentado que se trata de uno de los litigios más representativos, algo que se evidencia en la tardanza de las actuaciones médicas: 35 horas. Este retardo se agrava si tenemos presente que desde un primer momento se tenía constancia de la necesidad de una cesárea, algo de lo que se colige, que cualquier dilación no sólo se torna indebida, sino también peligrosa y carente de sentido. Es precisamente en esta innecesaria demora donde parece encontrarse la pérdida de oportunidad. Aunque no existe una certeza de que el feto no habría resultado afectado de haber sucedido de otra forma los acontecimientos, porque quizás esta lesión comenzó a desarrollarse desde el momento mismo de los primeros síntomas de parto, es innegable que con el retraso sufrido, las posibilidades de que éste padeciese algún tipo de daño cerebral se fueron incrementado; y de forma inversamente proporcional, las probabilidades de que la niña naciese indemne iban disminuyendo. En una línea muy similar se pronuncia el Tribunal Supremo “En estas circunstancias ha de concluirse que una valoración lógica y razonable de dichos informe pone de manifiesto que no se adoptaron oportunamente las medidas que situación aconsejaba, habiéndose producido una demora en la práctica de la cesárea que atendidas las circunstancias debió llevarse a cabo con anterioridad, privando con ello a la paciente de la atención adecuada

y de un medio que podía contribuir a un resultado satisfactorio de la prestación sanitaria demandada, por lo que no puede considerarse lógica ni conforme a las reglas de la sana crítica la valoración de la prueba efectuada en la instancia, que al no considerar tal demora llega a un resultado contrario al que razonablemente y según se ha expuesto se desprende de tales elementos de prueba”¹⁰⁷².

De las afirmaciones del juzgador deducimos que el principal protagonista del caso no es otro que el excesivo tiempo perdido, lo que nos permite distanciarnos del concepto de daño desproporcionado, y acercarnos a la pérdida de oportunidad¹⁰⁷³.

2. El segundo litigio a analizar, la sentencia del Tribunal Supremo 15 de marzo de 2007¹⁰⁷⁴, es prácticamente idéntico al anterior. En este asunto D^a. María llegó al servicio de urgencias del hospital de su localidad con síntomas de parto, habiendo superado con creces los nueve meses de embarazo. En un primer momento se adoptó una actitud pasiva, por la falta de madurez del cuello del útero, pero una hora más tarde y practicados los ineludibles controles, se decidió la inducción del parto. A pesar de ello, el alumbramiento no se produjo, por lo que se optó por una nueva espera, dada la nula progresión del proceso. Al día siguiente se decidió un nuevo intento de provocar el alumbramiento sin efectuar nuevos controles del estado del feto, hasta que horas más tarde, cuando se barajó la posibilidad de romper la bolsa, se observó que ésta estaba teñida de un color oscuro, lo que revelaba sufrimiento fetal; tomándose entonces la decisión de practicar una cesárea de urgencia. A pesar de esta actividad quirúrgica, lo cierto es que la neonata mostraba importantes lesiones cerebrales, ocasionadas por la lentitud con la que se produjo el parto, derivadas de un sufrimiento fetal agudo.

Los padres de la menor consideraron que su hija fue víctima de una pérdida de oportunidad, por lo que pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual se vieron en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser su demanda desestimada en instancias inferiores.

La semejanza entre este asunto y el anterior es destacable, ya que de nuevo es una actitud expectante en un alumbramiento la que provoca los daños que sufre el feto. Se trataba de una paciente que había rebasado el tiempo habitual de gestación y a pesar de que fue sometida a tres inducciones del parto, no respondía a dichos estímulos. Es

¹⁰⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007 ... *op. cit.*

¹⁰⁷³ En esta línea se sitúa la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 2441/2010, ponente Menéndez Pérez).

¹⁰⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 4106/2002, ponente Robles Fernández.

llamativo además, que en ningún momento se tomase la precaución de fijar un férreo control sobre el estado de la criatura, más si cabe si tenemos presente que el parto se estaba dilatando excesivamente.

Siguiendo el esquema básico de la pérdida de oportunidad, aunque no podemos conocer a ciencia cierta si de haberse practicado una cesárea a tiempo se hubiese evitado el daño, lo cierto es que la ausencia de la misma supuso una práctica condena para el feto. El juzgador parece abogar por esta misma línea argumentativa "... resulta palmario que hubo una mala praxis médica en el control del parto, y en concreto de la evolución que estaba teniendo el feto, no valorándose en el momento adecuado el sufrimiento de aquel, lo que determinó que se acordase tardíamente la práctica de una cesárea, con la que ya no pudo evitarse las consecuencias de aquel sufrimiento fetal, produciéndose al recién nacido un daño antijurídico traducido en todas las lesiones y secuelas que el Tribunal "a quo" tiene por probado"¹⁰⁷⁵.

3. El tercero de los litigios es la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005¹⁰⁷⁶, que a pesar de las similitudes que comparte con los asuntos anteriores, cuenta con un elemento diferenciador importante. En este caso D^a. Cecilia, que salvo por una intervención de apendicitis en el segundo semestre había tenido un embarazo sin riesgos, acudió al servicio de urgencias de su localidad, sobre las nueve de la mañana, con claros síntomas de parto. Aunque todo parecía normal, sobre las cinco de la tarde y sin lograrse la expulsión del feto, comenzaron a acusarse síntomas de braquicardia en el recién nacido, que había sido monitorizado minutos antes. Momentos más tarde, cuando fue avisado el ginecólogo de guardia, se intentaba acudir al parto vaginal con utilización de ventosa, pero tras varios intentos en los que la cabeza del feto resbalaba, se decidió la práctica de una cesárea. A pesar de esta última acción, el niño nació con severas lesiones cerebrales.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual se vieron en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al resultar su demanda desestimada en instancias inferiores.

Aunque esta resolución puede ser una de las menos llamativas, dado que el retraso, aunque es importante, no alcanza los niveles de demora de los dos supuestos anteriores, lo especialmente significativo del mismo se fundamenta en que la paciente

¹⁰⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2007 ... *op. cit.*

¹⁰⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005, Sala Tercera, recurso 6367/2001, ponente Puente Prieto.

no fue atendida por un médico desde el primer momento, es más, no fue así hasta que la cesárea era prácticamente una necesidad. La demora en la presente controversia radica en que la gestante acudió al centro hospitalario a las 9 de la mañana y no fue ni siquiera monitorizada hasta casi ocho horas más tarde, cuando tras una actitud expectante ante el alumbramiento, se observó la necesidad de una actuación rápida. A pesar de que tanto la cesárea como las maniobras con la ventosa fueron raudas, resultaron insuficientes, dado que las lesiones que padecía el feto ya habían sido provocadas durante la espera.

De nuevo el escenario de la pérdida de oportunidad es idéntico, desconocemos si una cesárea a tiempo habría evitado los padecimientos de la criatura, aunque prácticamente tenemos la certeza de que la falta de actuaciones privó al *nasciturus* de cualquier posibilidad de nacer sano.

A pesar de que resultaría de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo a este respecto, lo cierto es que no llega a pronunciarse sobre este tema¹⁰⁷⁷.

4. La última de las resoluciones de este apartado tiene una identidad propia, ya que es algo distinta a las anteriormente analizadas, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009¹⁰⁷⁸. En este asunto D^a. Reyes, de 32 años de edad y primípara con diabetes gestacional, tuvo un embarazo de riesgo, lo que supuso que ésta se encontrase bajo severos controles. En una prueba rutinaria se le diagnosticó de macrosomía fetal, lo que comportó la lógica adopción de cautelas añadidas.

Al final de su embarazo D^a. Reyes acudió a un hospital con claros síntomas de parto, en el cual, a pesar de todo lo antedicho, se intentó acudir a un parto por vía vaginal y sin presencia de un ginecólogo; produciéndose algo previsible: una distocia de hombros que dificultó la extracción fetal y que requirió unos cuatro minutos de maniobras. El niño ingresó en prematuros con asfisia perinatal por distocia de hombros

¹⁰⁷⁷ En la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002 (Sala Primera, recurso 281/1997, ponente Martínez – Pereda Rodríguez, resolución también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios, las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil y las deficiencias asistenciales, en los capítulos correspondientes) D^a. Eva quedó ingresada por mostrar los primeros síntomas de parto. No obstante dicha actitud preventiva, lo cierto es que el despliegue de medios fue limitado, ya que no se llegó a monitorizar a la paciente hasta pasadas varias horas. Fue entonces cuando se observaron los primeros síntomas de sufrimiento fetal, ante los cuales no se actuó en consecuencia, dado que no se dio aviso al ginecólogo hasta que el parto ya estaba casi en su etapa final. La criatura nació con severas lesiones cerebrales. La pérdida de oportunidad de este asunto se encuentra, al igual que en el supuesto anterior, tanto en la falta de monitorización, como en la ausencia de un ginecólogo ante un parto de tan alta peligrosidad. Prácticamente idéntica resulta la relación de hechos de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2004 (Sala Tercera, recurso 3641/2000, ponente González Navarro) en la que un neonato sufrió una severa anoxia cerebral como consecuencia de una vuelta de cordón, algo que resultó visible en la monitorización del feto, pero respecto de lo que no se actuó en consecuencia.

¹⁰⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, Sala Tercera, recurso 1593/2008, ponente Martínez – Vares García.

y circular de cordón, restándole únicamente secuelas en un brazo, que se resumen en una limitación funcional del 50%.

Los padres del menor consideraron que acudir a un parto vaginal, prácticamente condenó al neonato a sufrir las severas lesiones que padece. Es por ello por lo que pretendieron la indemnización de ese daño, pero al ser su demanda desestimada en instancias inferiores, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Lo primero que debemos tener presente al abordar este caso es que los márgenes de error en los fetos macrosomáticos son amplios, dado que las posibilidades de fallo giran en torno a un kilogramo, lo que puede acarrear que un feto no macrosomático se considere como tal, y viceversa. Sin embargo, en este litigio había un elemento añadido, la gestante padecía diabetes, lo que aumenta en un elevado porcentaje la posibilidad de que el feto presente este cuadro. Los problemas con este tipo de criaturas residen en que las probabilidades de que se produzca una distocia de hombros se incrementan de manera exponencial, con lo que ello puede suponer. Precisamente por esta razón es necesaria la adopción de medidas de control añadidas, tanto durante el embarazo como en el parto: asistencia de un médico durante el mismo y la posibilidad de acudir a una cesárea programada, entre otras cosas. Ninguna de éstas se dio en el presente litigio, ya que D^a. Reyes se encontraba únicamente en compañía de una matrona y se forzó el parto natural, dado que ésta no estaba capacitada para practicar una cirugía.

¿Dónde hallamos la pérdida de oportunidad? En el simple hecho de crear una atmósfera desfavorable para el feto, lo que supuso que se le condenase prácticamente a sufrir una distocia de hombros, con las graves consecuencias que ésta acarreó para su salud. Desconocemos si de haber estado presente un médico la lesión hubiese sido más leve, o si de haberse acudido a la cesárea ésta no se habría dado, en virtud de lo cual es necesario acudir a la pérdida de oportunidad como único medio de reproche.

A pesar de esta teoría, y si bien es cierto que el daño es indemnizado, lo cierto es que el Tribunal Supremo no estima la concurrencia de una pérdida de oportunidad en el presente supuesto, sino simplemente una “mala praxis”. Es probable que dicha opción tenga un origen más material que dogmático, ya que de acudir el Alto Tribunal a la pérdida de oportunidad, la indemnización recibida por la parte actora sería inferior, dado que se trata de un porcentaje determinado. Concretamente señala a este respecto “A nuestro juicio no estamos en este supuesto, porque la no presencia del médico especialista en ginecología y obstetricia en el parto que nos ocupa no es que privara a la parturienta de una oportunidad adecuada de diagnóstico de lo que se debería hacer, sino

que impidió que fuera adecuadamente tratada, produciéndose por tanto infracción a la lex artis exigible en la prestación del servicio asistencial que le era debido. Dadas las características del parto que se iba a producir en el que se sabía que la embarazada había desarrollado una diabetes gestacional, e, igualmente, se había confirmado una sospecha inicial de macrosomía del feto, era presumible, como afirma la prueba pericial obrante en autos, que el parto anunciado hiciese necesaria una cesárea, de modo que una mínima precaución aconsejaba la presencia del médico, único facultativo capaz de adoptar la decisión de practicar la misma, como igualmente era previsible que las características del feto produjeran como sucedió una distocia fetal sin que conste que se produjera una adecuada práctica de la misma, sobre todo cuando, como recoge la Sentencia y el informe, se estaba produciendo una bradicardia de expulsivo que también habría indicado la cesárea, que obligó al empleo del fórceps y, tratándose como aconteció de una distocia de hombro posterior que dificultaba la extracción, y que demoró la misma hasta los cuatro minutos, maniobras que la presencia del médico hubieran facilitado e, incluso, evitado con la práctica de la cesárea, y todo ello produjo las consecuencias conocidas”¹⁰⁷⁹.

2. Asuntos en los que la figura resultó desestimada.

5. La primera de las tres resoluciones desestimadas en esta temática objeto de trabajo, es la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005¹⁰⁸⁰. D^a. Paloma se quedó embarazada de lo que fue calificado como un embarazo normal, con la única singularidad de que en uno de los controles su ginecólogo le comentó que se trataba de un “feto grande”. A pesar de que toda la gestación evolucionó con normalidad, en el momento del parto surgieron las complicaciones, porque el *nasciturus* resultó ser macrosomático, algo que provocó una distocia de hombros con una posterior asfixia de la criatura, que tuvo que ser expulsada con el uso de fórceps. La lesión cerebral fue tan severa que el neonato falleció días después de su nacimiento.

¹⁰⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 ... *op. cit.* Autores como MEDINA ALCOZ abogan por esta misma línea, al considerar que en los casos de sufrimiento fetal la pérdida de oportunidad no tiene razón de ser, ya que se desconoce realmente qué oportunidad, medida en lucro cesante, se llega a perder. Se ignora en qué trabajaría esta persona y cuáles serían sus capacidades. MEDINA ALCOZ, Luiz, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado...* *op. cit.*, página 90.

¹⁰⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005, Sala Tercera, recurso 8107/2000, ponente González Navarro.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de que se vieron en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo en casación, al haber sido su demanda desestimada en instancias inferiores.

Lo que consideran los progenitores del menor es que al no haber sido atendidos con los medios necesarios, se produjo una pérdida de oportunidad y su hijo falleció, más si cabe cuando se conocía que el feto era “grande”. Sin embargo, de la relación fáctica no se extraen estos puntos, y es que debemos tener presente que si bien es cierto que a la madre se le comentó que el *nasciturus* era “grande”, ello no implicaba necesariamente una macrosomía, sobre todo porque la paciente carecía de antecedentes o síntomas que hiciesen pensar lo contrario.

Si bien es cierto que no se acudió a una cesárea, fue porque en principio ésta se consideró innecesaria, dado que no había signos de alarma que así la requiriesen; como tampoco las medidas de “emergencia excepcionales” que mencionan los recurrentes. Por otro lado, las actuaciones médicas fueron correctas, ya que cuando se dio la distocia de hombros la criatura fue extraída con rapidez, a pesar de que sufrió graves lesiones que no se debieron tanto a las maniobras, como a la distocia en sí.

¿Dónde se encuentra la oportunidad perdida? En ningún lugar, porque no había posibilidad alguna de saber que el feto era macrosomático y menos aun que se produciría una distocia de hombros, en virtud de lo cual al menor no le fue arrebatada ninguna posibilidad.

A pesar de que resultaría de sumo interés conocer las argumentaciones del Tribunal Supremo a este respecto, lo cierto es que el juzgador no llega a pronunciarse sobre esta cuestión.

6. La segunda controversia desestimada consta de una relación fáctica más sencilla que la de la anteriormente analizada, o por lo menos más clara, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007¹⁰⁸¹. En este litigio D^a. Elisa, primípara y con un embarazo normal, acudió a una revisión habitual, en la que se constató que se había iniciado el proceso del alumbramiento, por lo que su ginecólogo la remitió directamente al servicio de urgencias más cercano. Al llegar, sobre las nueve de la noche, fue ingresada y debidamente monitorizada, sufriendo un parto irregular, por lo que le fue suministrada oxitocina a los efectos de acelerar el proceso y evitar posibles riesgos. Sobre la una de la mañana se inició la fase de expulsión, y dado el estado de

¹⁰⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007, Sala Tercera, recurso 6998/2003, ponente Herrero Pina.

ansiedad de D^a. Elisa, se optó por una técnica mecánica para que fuese rápido, siendo los resultados de la monitorización normales. Se utilizaron fórceps para la extracción, naciendo el niño veinte minutos más tarde, presentando dos vueltas de cordón umbilical, que le provocaron asfixia en el proceso de expulsión. A pesar de que la reanimación fue rápida y diligente, la criatura sufrió una severa lesión cerebral que fue diagnosticada como Síndrome de Best y atrofia generalizada con zonas de multi - infarto secundaria a isquemia.

Los padres del menor consideraron que no acudir a una técnica más drástica, como la cesárea, privó al feto de cualquier posibilidad de evitar las severas lesiones que padece. No obstante, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La sencillez de los hechos del presente asunto es destacable, se trata de un embarazo normal, un parto normal, en el que no se presentó complicación alguna hasta que el niño hubo nacido, siendo precisamente en ese momento en el que se evidenció que éste había sufrido una asfixia durante la expulsión. Resulta complicado encontrar en el caso que nos ocupa algún tipo de negligencia u omisión en la atención, tal y como pretenden los recurrentes. El parto fue más o menos rápido, encontrándose la paciente acompañada en todo momento por una matrona, siendo monitorizada de forma constante e ininterrumpida y estando atendida por un equipo médico. En ningún momento la criatura arrojó muestras de sufrimiento fetal durante la pendencia de la dilatación, como tampoco en el alumbramiento, por lo que es evidente que el daño se provocó en el momento expulsivo. No podemos barajar como posible la opción de haber acudido a una cesárea a fin de evitar el daño, dado que en nada se evidenciaba esta necesidad y fue necesario que el menor estuviese fuera del claustro materno para observar su situación.

¿Dónde se encuentra la oportunidad perdida? En ningún lugar, la asistencia que recibió la criatura fue correcta, las actuaciones fueron diligentes, en ningún momento existió una duda o sospecha de sufrimiento fetal; siendo los daños que sufrió el recién nacido, prácticamente inevitables, ya que éstos se produjeron de manera casi fortuita, en la última parte del parto. El Alto Tribunal parece abogar por esta misma teoría cuando asevera “Por otra parte, en la sentencia de instancia no se desconoce la jurisprudencia invocada por la parte en este motivo, relativa a la lesión producida por la privación del derecho al tratamiento médico adecuado y conveniente, por el contrario, la cuestión es que, teniendo en cuenta dicha doctrina, el tribunal a quo considera "que en el caso que

nos ocupa, la actuaciones médicas que se reprochan se han situado en el estándar aceptable de actuación médica, y siendo ésta de medios y no de resultados, entendemos que se adoptaron las medidas precisas para solventar la problemática que aquejaba a la paciente", apreciaciones que, como se ha indicado al resolver el motivo anterior, no resultan desvirtuadas por las alegaciones de la parte, que no las ha atacado por alguna de las vías que permiten revisarlas en casación”¹⁰⁸².

7. Hemos dejado para el final la resolución que puede resultarnos más controvertida por la falta de claridad de los hechos, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004¹⁰⁸³. En este litigio D^a. María Inmaculada, de 40 años, se encontraba en su segundo embarazo, habiendo sufrido con carácter previo dos abortos, por lo que su gestación fue seguida con especial cautela y se practicaron controles añadidos. A pesar de que tuvo un cólico nefrítico y un amago de aborto, lo cierto es que su embarazo se desarrolló con más o menos normalidad. El día 23 de mayo acudió a una cita habitual con su ginecólogo, quien por sospechas de un posible parto la remitió al centro sanitario más cercano, para su monitorización. Sin embargo, como los resultados fueron normales y no había comenzado la dilatación, ni tampoco las contracciones, fue enviada a su domicilio. Tres días más tarde fue nuevamente citada por su ginecólogo para una revisión y una ecografía, encontrándose todo normal, pero confirmándose un retraso en la dilatación, ya que la paciente había salido de cuentas. Dos días más tarde D^a. María Inmaculada acude a la consulta de su ginecólogo acusando molestias, por lo que éste procede a practicar las mismas pruebas que en la ocasión anterior, comprobando que el niño se encuentra encajado y que el parto podía darse en un día o dos. Al de un día y medio la paciente llamó a su médico para comentarle que padecía un cierto malestar, pero al comprobar por vía telefónica que no se trataba de contracciones, el médico le comentó que si no mejoraba acudiese al hospital, y en caso contrario, que fuese a la consulta a la mañana siguiente. Así lo hizo y acudió el día 30 a la consulta, donde su médico le realizó una ecografía y comprobó que había comenzado a dilatar, por lo que el parto era inminente, quedando la paciente ingresada y monitorizada. Sin embargo, el alumbramiento no avanzaba, lo que hizo que se observase en el monitor una ligera desaceleración en el feto, por lo que se acudió directamente a una cesárea de

¹⁰⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007 ... *op. cit.*

¹⁰⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004, Sala Primera, recurso 3340/1999, ponente González Poveda.

urgencia; requiriendo el recién nacido reanimación por parte del anestesista, al apreciarse éste hipotónico y presentar problemas respiratorios.

Tras unas horas en la incubadora se observó que la criatura no mejoraba su estado de salud, por lo que fue trasladado de manera urgente al servicio de neonatología de otro centro sanitario, a fin de que pudiese ser debidamente atendido y diagnosticado. El balance final de las lesiones del menor es que éste padece hipotomía cervical, que se traduce en retraso madurativo por encefalopatía en etiología sufrimiento fetal perinatal.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido por su hijo, pero su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación al Tribunal Supremo.

Se trata de un embarazo con algunas complicaciones, dados los antecedentes de la paciente y las amenazas de aborto que tuvo, aunque éste se desarrolló con plena normalidad hasta el final. Sólo cabe mencionar la excepción de que en el ocaso del parto, éste se presentó lento e irregular. A pesar de ello, se mantuvieron controles constantes que evidenciaban que esto no significaba ningún tipo de riesgo añadido para el feto, ya que éste únicamente mostró una desaceleración cardíaca en un estadio final, ante el cual se actuó con la rapidez debida; acudiendo a una cesárea.

Por otro lado, en lo relativo a la atención recibida por el neonato al nacer, y una vez reanimado éste, se inició una terapia dentro de una incubadora, cuya finalidad era observar su evolución en las siguientes horas a su nacimiento. Al no mostrar signos de mejoría, fue remitido a otro centro para ser tratado. Esta actitud expectante no fue incorrecta, ya que se desconocía qué lesión padecía el menor, y efectuar un traslado y someterlo a pruebas nada más nacer, hubiese resultado contraproducente para su salud.

Sobre este último aspecto en concreto se pronuncia el Tribunal Supremo “El informe emitido por el Dr. Juan Francisco califica de "prudente" la conducta profesional del pediatra Sr. Arturo de mantener al recién nacido en la incubadora que le administraba calor y oxígeno "dos medidas de reanimación física que debían ser suficientes en un niño que no presentaba alteraciones respiratorias ni circulatorias"; igualmente se califica de prudente el que tras tres horas de incubadora y al persistir las alteraciones del tono muscular y detectar posibles estertores pulmonares, el pediatra prescribe el traslado con carácter urgente al servicio de neonatología Del Hospital del Río Ortega”¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004 ... *op. cit.*

Como añadidura, el juzgador parece seguir una línea muy similar en lo que a la atención recibida por la gestante se refiere “ La valoración que la juzgadora de instancia hace del informe pericial se funda en una distinción semántica entre lo que era "adecuado" y lo que era "prudente" hacer ante el estado de la gestante, disquisición que no puede aceptarse ya que al ordenar el ginecólogo la realización de una monitorización fetal para el siguiente día 31, si la paciente no comenzaba su parto en horas posteriores a la exploración, realizada en la tarde del día 30, no infringió ninguna norma de conducta profesional ya que nada indicaba en el estado de la paciente la necesidad de proceder a esa monitorización fetal el mismo día 30 por la tarde. No puede aceptarse, en consecuencia, la valoración que de la prueba pericial realiza la sentencia de primera instancia aceptada por la que es objeto de este recurso de casación, lo que lleva a la estimación del motivo primero de este recurso, por ende, del segundo al no apreciarse una conducta negligente en el ginecólogo demandado, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial recogida en el anterior fundamento de esta resolución”¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004 ... *op. cit.* En esta línea se pronuncia la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2010 (Sala Tercera, recurso 5866/2008, ponente Pico Lorenzo).

IV. CONCLUSIONES.

1. La pérdida de oportunidad, tal y como apuntaba MEDINA ALCOZ, ha sido calificada históricamente como “la hermana pobre” del Derecho de daños. Este adjetivo le ha acompañado desde sus inciertos inicios, hasta casi la actualidad, tal y como hemos podido observar en la actitud casi temerosa que presenta en ocasiones el Tribunal Supremo.

Pero realmente, ¿qué ha motivado que esta idea tan sencilla sea prácticamente relegada al olvido o sea considerada “el segundo plato de la doctrina”? Probablemente la incertidumbre que gira en torno a ella.

2. En primer lugar, debemos tener presente que su naturaleza, aún a día de hoy, resulta incierta. Mientras que algunos autores apuntan que se trata de una construcción doctrinal relacionada con la facilidad probatoria, tal y como ocurriría con el daño desproporcionado, otras corrientes doctrinales estiman que su incidencia se centra en la causalidad; pasando por otras teorías, que directamente afirman su naturaleza infundada.

Todo ello ha generado en torno a este concepto una sombra de duda, pero sobre todo de imprecisión, que se evidencia en cada ocasión que ésta va a ser utilizada o aplicada.

3. En segundo lugar, nos encontramos con la dificultad añadida de que la relación fáctica es vital en este concepto, algo que ocasiona irremediabilmente que ésta se muestre frágil, como también lo son los hechos en todo caso de responsabilidad civil.

4. En tercer lugar, se trata de un concepto que gira en torno a los porcentajes, por lo que la seguridad que se desprende del mismo resulta limitada. Ante el establecimiento de unas cuotas mínimas y máximas, a fin de poder llegar a estimar la responsabilidad de un litigio, el juzgador debe optar por reprochar o no un daño. Si una actuación priva de un amplio margen de posibilidad de mejora a un paciente, el daño deberá ser reprochado, sin embargo la solución será distinta cuando esa probabilidad se muestre inferior al porcentaje mínimo establecido.

5. La pérdida de oportunidad es una figura circunstancial, porque se centra en las eventualidades propias de cada controversia, es decir, en los hechos. Esta aseveración supone que la pérdida de oportunidad sólo pueda barajarse caso por caso, no pudiéndose

efectuar hipótesis amplias, más allá del simple establecimiento de líneas doctrinales generales.

CAPÍTULO VII
LA SANGRE CONTAMINADA

I. INTRODUCCIÓN A LAS TRANSFUSIONES.

En este capítulo se estudiará una problemática que tuvo su esplendor en la década de los ochenta, debido al gran número de demandas que llegaron a los Tribunales: los contagios transfusionales.

La sangre contaminada se caracteriza por ser una concepto complejo sobre el que se han sucedido una serie de problemas de interpretación en torno al daño y su antijuridicidad, a pesar de lo cual, la jurisprudencia ha sido muy regular.

La labor que pretendemos acometer en el presente capítulo consistirá en arrojar algo de luz en la materia e intentar discernir qué supuestos deben ser indemnizados y cuáles no. Esto es, hallar la doctrina general en los contagios por transfusiones.

Con carácter previo al examen de la idea, estimamos prudente advertir que este capítulo será algo diferente a los demás. Ya que en lugar de efectuarse un análisis individualizado de cada una de las resoluciones que completan el presente bloque temático, nuestra labor va a consistir en la búsqueda de una línea maestra, en la que se englobarán la práctica totalidad de sentencias a examinar; y como contrapunto, procederemos a estudiar supuestos de hecho concretos que conformen excepciones a la mentada línea doctrinal y jurisprudencial.

La justificación para este cambio de sistema radica en la naturaleza de la noción que nos ocupa. Este bloque temático cuenta con una marcada tendencia jurisprudencial y doctrinal, relacionada con especialidades propias de la sangre contaminada. Es por ello por lo que, tanto en la contaminación por transfusión del VIH como de la Hepatitis C, concurre un elemento que es clave para la resolución de los casos: el descubrimiento de los reactivos que permiten detectar ambas enfermedades en la sangre a transfundir. Huelga incidir en la relevancia del mentado hecho científico.

Es innegable que el hallazgo de los reactivos implica un antes y un después en el problema que vamos a tratar. Cualquier pretensión indemnizatoria por contagio transfusional con carácter previo a la existencia de métodos de detección, resultaba cuanto menos compleja, salvo contadas excepciones. Sin embargo, tras la invención de los mismos se produce un cambio de escenario que da lugar a una situación

completamente distinta a la precedente, al ser factible la detección de estas dolencias en la sangre, abriéndose la puerta a la responsabilidad civil¹⁰⁸⁶.

La entidad del descubrimiento de los reactivos es tal, que marcó una frontera en lo que a la responsabilidad por transmisión de enfermedades por transfusión se refiere. Ahora bien, el mentado cambio requirió de un periodo de adaptación que dio lugar a excepciones, siendo precisamente éstas las que serán el objeto de análisis en el presente trabajo. Ello no significa que no se haga una obligada mención a los casos que podrían considerarse “tipo”, es decir, aquellas resoluciones que se pronuncian sobre los contagios antes y después de la comercialización de los sistemas de detección, y que siguen el patrón doctrinalmente establecido. En éstas podremos observar la línea general seguida por el Tribunal Supremo, la cual resulta muy regular.

La razón de ser para acudir a un análisis generalizado y no uno individualizado, se fundamenta en que un estudio profuso de cada una de las resoluciones que sigue la doctrina generalizada resultaría excesivamente arduo y probablemente infructuoso, en la medida en que el aporte científico del mismo quedaría en entredicho. Por ello, pondremos mayor énfasis en aquellas sentencias que desdibujan la regla general, bien por admitir una posible indemnización en fechas anteriores a la existencia de los métodos de detección (tanto de la Hepatitis C como del VIH), bien por desestimar la pretensión indemnizatoria de víctimas que han sufrido una contaminación posterior a la generalización de los reactivos.

En virtud de lo señalado, este capítulo se dividirá en tres bloques principales. En el primero estudiaremos las transfusiones y la problemática que giró en torno al Sida y la Hepatitis C, en el segundo se buscará la línea general en estas contaminaciones, destacándose también las excepciones, y finalmente se realizará un breve análisis sobre las consecuencias sociales de la “pandemia” de la sangre contaminada.

¹⁰⁸⁶ PRIETO MOLINERO resulta clave al tratar este aspecto. Parece conveniente destacar lo que para este autor es “una contradicción”, ya que todos los contagios se produjeron mediando la “debida diligencia”. La dificultad del tema estriba en que, aunque el producto era defectuoso (la sangre), no se conocía este aspecto concreto, ya que se ignoraba la existencia del VIH y la VHC. Es por ello por lo que considera un hecho fundamental, no sólo el descubrimiento de los reactivos, sino de la propia dolencia. PRIETO MOLINERO, Ramiro José, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Dykinson, Madrid, 2005, página 100. MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ siguen una línea muy similar, al apuntar los siguientes aspectos claves en materia de sangre contaminada: la identificación del virus, la posibilidad de detectarlo y la instauración de la obligación de practicar estas pruebas. Es precisamente en este “desfase” donde estos autores encuentran la problemática de esta noción, ya que un estado u otro puede suponer el reproche o exoneración de la actividad del centro sanitario por regla general, salvo contadas excepciones. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Comentario a la sentencia de 10 de junio de 2004”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 67, 2005, pps. 361 a 378; concretamente en páginas 368 y 369.

1. Las transfusiones sanguíneas.

1. El término transfusión proviene del latín, *transfusio*, *-ōnis*, pudiendo definirse como una terapia que consiste en traspasar sangre o plasma sanguíneo de las arterias o venas de un individuo a otro.

2. La primera transfusión sanguínea, o por lo menos lo más parecido a una, fue practicada en el siglo XV, concretamente en 1492. La efectuó Stefano Infessura para tratar al Papa Inocencio VIII, que había entrado en estado de coma. La técnica utilizada resultó rudimentaria, en la medida en que, previa extracción de la sangre a tres niños, ésta le fue suministrada al paciente por vía oral, ya que se desconocía la existencia de la circulación sanguínea. Huelga señalar que tanto los tres niños donantes como el pontífice, fallecieron.

Es necesario esperar hasta el 15 de junio de 1667 a fin de tener conocimiento de la primera transfusión sanguínea documentada, que fue realizada por Jean – Baptiste Denys a un enfermo de sífilis, a quien le fueron practicadas tres transfusiones de sangre de perro. También en este caso el paciente falleció.

A raíz de estos tratamientos infructuosos, Leonard Landois publicó una investigación a finales del siglo XIX, describiendo las reacciones adversas que sufrían las personas a las que se les transfundía sangre animal. No obstante, para alcanzar un verdadero desarrollo en esta materia, es necesario aguardar hasta principios del siglo XX, concretamente a 1901, año en el que el médico austríaco Karl Landsteiner identificó los distintos grupos sanguíneos, siendo después clasificados en 1909. Este avance permitió comprender lo que les ocurría a algunos pacientes que eran sometidos a esta técnica: la sangre transfundida resultaba rechazada por el organismo del enfermo, por ser incompatible.

A lo largo del siglo XX se fueron sucediendo una serie de descubrimientos que permitieron, con pequeños pero constantes pasos, mejorar este acto médico. En 1915 Richard Lewiston consiguió tratar la sangre a fin de evitar que ésta se coagulase, y R. Weil logró conservar en frío esta sangre no coagulada. La conjunción de estos dos últimos avances permitió la creación de los bancos de sangre, inaugurándose el primero de ellos por Oswald Robertson en 1917, en Francia.

Con los mencionados progresos se observa cómo una terapia de gran relevancia para la Medicina evoluciona satisfactoriamente, tal y como señala SEUBA

TORREBLANCA “Uno de los principales progresos que ha experimentado la medicina durante el siglo XX ha sido conseguir un uso terapéutico seguro de la sangre. La medicina transfusional se concretó, inicialmente, en la realización de transfusiones de sangre completa, primero en los campos de batalla, después, en las intervenciones quirúrgicas, y, posteriormente, en la utilización de la sangre como materia prima para la fabricación de productos farmacéuticos, los llamados <<hemoderivados>> o <<productos sanguíneos>>”¹⁰⁸⁷.

Sin embargo, la generalización de esta técnica trajo consigo los problemas inherentes a la misma, y ya en 1943 se dieron los primeros contagios por ictericia en transfusiones sanguíneas, siendo éstos descritos por P.B. Beeson¹⁰⁸⁸. Treinta años después, en la década de los setenta, el problema se vio incrementado cuando se dieron las primeras transmisiones de Hepatitis, no A no B entonces, y que posteriormente se conoció como Hepatitis C. A este hecho demoledor debemos añadir que en los noventa aparecieron las primeras inoculaciones de Sida por transfusiones y tratamientos con hemoderivados. Como colofón final, a principios del siglo XXI se descubrió la posibilidad de que el “mal de las vacas locas” también podría llegar a ser transmitido por esta técnica.

3. Desde el año 1981 se han sucedido en nuestro país un importante número de resoluciones en materia de responsabilidad por transfusiones, destacando como la

¹⁰⁸⁷ SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas*, Civitas, Madrid, 2002, página 35. Tal ha sido el desarrollo de la técnica transfusional, que para autores como PLAZA PENADÉS la sangre ha de ser considerada “un producto” o “un medicamento”, porque a su juicio encajaría dentro de las características establecidas por el artículo 8.1 de la Ley 25/1990. PLAZA PENADÉS, Javier, “Responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria por contagio de VIH y VHC”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 11, 2003, pps. 1 a 16; concretamente en página 3. En esta misma línea, MÚRTULA LAFUENTE califica la sangre como un medicamento, cuando asevera “La amplitud con la que viene aquí formulado el concepto de medicamento permitiría incluir tanto a los productos sanguíneos más básicos (como son los concentrados de hematíes, de leucocitos o de plaquetas), como a los “derivados estables” o productos plasmáticos más elaborados, obtenidos por fraccionamiento del plasma (como la albúmina, las inmunoglobinas o gammaglobulinas y los factores de coagulación)”. MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, “La responsabilidad por los daños causados por contagio del virus del Sida o de la Hepatitis C a través de transfusiones de sangre u otros productos hemoderivados”, en MARTÍNEZ – CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (Director), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil* (volumen II), Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, pps. 1559 a 1591, página 1564. Calificación a la que RUIZ GARCÍA y MARÍN GARCÍA añaden la característica de “peligroso”, por su potencialidad de daño. RUIZ GARCÍA, Carlos Alberto y MARÍN GARCÍA, Ignacio, “Producto inseguro y producto defectuoso” ... *op. cit.*; concretamente en página 5.

¹⁰⁸⁸ En la década de los años cuarenta la comunidad médica ya conocía los múltiples riesgos que asumía un paciente cuando se le practicaba una transfusión o se le trataba con productos hemoderivados. Si bien en un principio éstos eran leves, como urticarias y episodios febriles, los casos de mortalidad fueron incrementándose de forma directamente proporcional a la universalización del uso de esta terapia. Sin embargo, en la década de los años ochenta se produjo una dramática transición, provocada por la epidemia que se causó como consecuencia de los contagios masivos de Sida y Hepatitis C, enfermedades hasta entonces desconocidas. WARNER, Mark A., y FAUST, Ronald J., “Risk of Transfusion”, en *Anesthesiology clinics of north america*, nº 8, 1999, pps. 501 a 517.

primera de las mismas la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1981¹⁰⁸⁹, en la que se produjo una confusión con el grupo sanguíneo de la paciente transfundida, siéndole suministrada sangre del grupo que tenía su marido y no del suyo propio, provocándose su fallecimiento. Esta controversia es un ejemplo de otras muchas que seguían la misma línea en las que, bien por no conocerse correctamente el grupo sanguíneo del paciente, bien por suministrarse por equivocación uno no compatible, éste fallece¹⁰⁹⁰. Esto permite observar que en los primeros enjuiciamientos en la materia, los contagios transfusionales no eran el eje central del reproche.

La gravedad de la cuestión que nos ocupa se incrementa porque existen muy pocas alternativas a esta terapia, algo que prácticamente obliga a acudir a la misma ante algunos cuadros clínicos, a sabiendas del riesgo que entraña. No en vano, existen afecciones como la anemia o la hemofilia, en las que la transfusión es el único tratamiento posible. Con estas últimas líneas pretendemos remarcar la entidad del problema ante el que nos encontramos: se trata de una práctica necesaria que conlleva un peligro que debe asumirse, ya que es algo inherente a la misma.

2. La Hepatitis C.

4. Por cuestiones de temporalidad, comenzaremos con el primero de los padecimientos ya mencionados, al ser su desarrollo y propagación anterior a la del VIH.

La Hepatitis C, como todas las Hepatitis, es una enfermedad que afecta al hígado, provocada por un virus, que puede llegar a causar cirrosis y hasta cáncer de hígado en el paciente que la padece¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1981, Sala Segunda, resolución número 1129, ponente Gómez de Liaño Cobaleda.

¹⁰⁹⁰ Conviene mencionar las más relevantes: sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1982 (Sala Segunda, resolución número 807, ponente Huerta y Álvarez de Lara) y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1990 (Sala Segunda, recurso 4443/1987, ponente Barbero Santos), entre otras.

¹⁰⁹¹ La definición de Hepatitis de PICAZO y ROMERO VIVAS es sumamente aclaratoria “La hepatitis es un síndrome de afectación de las células hepáticas causado por un conjunto variado de agentes bacterianos, parasitarios y víricos. Algunos de ellos causan daño al hígado de forma accidental, o accesoria al síndrome principal. Cuando hablamos de hepatitis vírica nos referimos a un conjunto de infecciones causadas por virus que afectan de forma única o casi única al hígado. Esto se debe a la exquisita selectividad que los virus tienen por determinadas células en las que encuentran el receptor apropiado”. PICAZO, Juan J. y ROMERO VIVAS, José, *Hepatitis y Sida*, Centro de Estudios Ciencias de la Salud, Madrid, 1997, página 21. La entidad de esta afección la destaca BERNARD PÉREZ “La importancia del tema radica en que el 90% de las Hepatitis postransfusionales son debidas al virus de la Hepatitis C”. BERNARD PÉREZ, Luisa, “Problemas médico – legales de las infecciones postransfusionales por el virus de la Hepatitis C”, en *Derecho y Salud*, vol. 5, n° 1, 1997, pps. 97 a 106; concretamente en página 100.

A pesar de que otras variantes de la Hepatitis, como la A y la B, ya habían sido descubiertas y descritas en la década de los 70, cuando en 1975 se hicieron públicos los primeros casos de Hepatitis C (antes no A, no B), ésta era una total desconocida¹⁰⁹². Sin embargo, de lo que sí se tenía constancia era de que, al igual que ocurría con los otros tipos, ésta podía ser contagiada por vía sanguínea. Hubo que esperar siete años, hasta 1989, para que Michael Houghton identificase el virus causante de la Hepatitis C, en un trabajo conjunto con Qui – Lim Choo, George Kuo y Daniel Bradley en los laboratorios de Chiron y del CDC¹⁰⁹³.

Tomando como base este primer descubrimiento, la empresa Ortho Diagnostic Inc. presentó ese mismo año, en 1989, el primer test de detección en sangre de anticuerpos del VHC. La acogida de este sistema de prevención fue calurosa y generalizada, por lo que casi con carácter inmediato, en 1990, comenzó su utilización¹⁰⁹⁴. Ahora bien, estos reactivos de primera generación, aunque eran un importante avance, tenían una efectividad limitada, ya que no eran infalibles y existía la posibilidad de que la sangre analizada y testada, que había arrojado resultado negativo, estuviese contaminada; y que la transfusión produjese un contagio de Hepatitis C. Fue necesario esperar a los test de segunda y tercera generación (1992 y 1994, respectivamente), a los efectos de observar mejoras en la detección del VHC, hasta el punto de reducir el número de contaminaciones casi a cero.

En nuestro caso, a nivel nacional, el camino seguido fue muy similar, destacando la fecha de 1990 como un espejismo, dado que la limitación técnica de los

¹⁰⁹² En el año 1979 se consiguió la clonación y secuenciación de la variante B de la Hepatitis y entre los años 1983 y 1985 se obtuvo la información sobre la A, finalmente en 1986 sobre la Hepatitis C. Sin embargo, cuando en 1974 el Banco de Sangre de Nueva York se hizo eco de casos de Hepatitis post – transfusional, se ignoraba por completo su origen. Si se la denominó no A, no B en un principio, fue precisamente porque el conocimiento de la misma resultaba tan limitado, que se desconocía si podía ser transmitida, porque no habían sido identificados el número de agentes involucrados. Debido a la complejidad de la variante hepática, el virus de la Hepatitis C tuvo ese nombre, en principio provisional, durante 15 años. El amplio conocimiento con el que se cuenta en la actualidad sobre los diferentes tipos de Hepatitis, tiene su razón de ser en que el contagio más habitual en materia de transfusiones y de hemoderivados, es precisamente de Hepatitis (en cualquiera de sus variantes), algo que se encuentra directamente relacionado con el hecho de que la mayoría de las muertes como consecuencia de infección transfusional, son provocadas por esta enfermedad. WARNER Y FAUST en WARNER, Mark A., y FAUST, Ronald J., “Risk of Transfusion” ... *op. cit.*; concretamente en página 502.

¹⁰⁹³ SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas* ... *op. cit.*, página 113.

¹⁰⁹⁴ En 1988 el virus de la Hepatitis C fue clonado, la patente de los reactivos no fue publicada Boletín de la Organización Mundial de la Salud hasta el 1 de junio de 1989, pero no fue hasta inicios de 1990 cuando se comercializaron los tests de detección. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “Inoculación del virus de inmunodeficiencia en fecha anterior a que la ciencia y la técnica permitiesen conocer si la sangre estaba contaminada en el momento de la transfusión”, en *Práctica de Derecho de daños*, nº 38, 2006, pps. 1 a 3.

reactivos era tal, que la posibilidad de contagios, a pesar de los análisis, era bastante elevada; dando lugar este hecho al fenómeno conocido como “periodo ventana”. Una fecha especialmente relevante fue la de julio de 1992, en la que el grado de desarrollo de los reactivos permitió reducir el volumen de transmisiones de VHC a un número tan limitado, que las transfusiones podían llegar a considerarse seguras, por el escaso impacto de la Hepatitis C.

Esta evolución en materia de reactivos de la Hepatitis C fue regulada por la Orden Ministerial de 3 de octubre de 1990¹⁰⁹⁵, que estableció la obligación de aplicar los métodos de detección a las unidades de sangre donadas para transfusión. A pesar de que pueda ser llamativa la tardanza de la exigencia legal, ya que tenemos conocimiento de que la comercialización de los reactivos se generalizó a principios del año 1990, lo cierto es que la inexistencia de una obligación normativa no suponía la ausencia de la misma. Es decir, los bancos de sangre y los entes sanitarios estaban compelidos a utilizar los métodos de detección del VHC, aunque su uso no fuese una obligación legalmente establecida. De ahí que de soslayarse la mentada imposición, existiría una actitud negligente por parte del incumplidor, tanto si éste fuese el hospital, como el banco de sangre.

No obstante lo señalado, conviene destacar que como ya hemos comentado líneas atrás, los reactivos de VHC de primera generación, aunque fueron un avance importante en la lucha contra la Hepatitis C, no eran ni mucho menos infalibles. Esta contingencia supuso la necesidad de acuñar un término que englobase los contagios producidos por unidades de sangre testada, que recibió el nombre de periodo ventana. Como ya hemos adelantado, la probabilidad de contaminación con sangre que había arrojado un resultado negativo, era factible y de hecho, ocurría. Sin embargo, la posibilidad de ser indemnizado por esta cuestión era remota, dado que se trataba de un daño inevitable y de obligada asunción por parte del paciente.

Esta situación sufrió un viraje completo cuando en julio de 1992 se comercializaron los primeros reactivos de segunda generación, seguidos éstos por los de tercera generación, en 1994. La fecha de generalización de los tests de segunda

¹⁰⁹⁵ Derogada por el Real Decreto 1854/1993, de 22 de octubre, por el que se determinan, con carácter general, los requisitos técnicos y condiciones mínimas de hemodonación y Bancos de Sangre (vigente hasta el 21 de septiembre de 2005). Esta normativa fue sustituida a su vez por el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión.

generación es considerada como el fin del mencionado periodo ventana, ya que tras la misma el número de transmisiones se redujo de manera importante¹⁰⁹⁶.

3. El Sida.

5. De la mano de SANZ CID, VEGA GUTIÉRREZ y MARTÍNEZ BAZA detallamos esta enfermedad como “El síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) es una enfermedad infecciosa crónica producida por el HIV y cofactores asociados, caracterizada por presentar una deficiencia inmunológica progresiva e irreversible, con la expresión clínica de infecciones oportunistas y/o tumores”¹⁰⁹⁷.

Esta grave afección comenzó a manifestarse a principios de la década de los ochenta. La historia pública de la enfermedad se inició en el año 1981, cuando el Centro para el Control de Enfermedades de Atlanta, alertó en un informe sobre la existencia de un síndrome antes desconocido. Las primeras manifestaciones del Sida se dieron en Nueva York, Los Ángeles y San Francisco, donde varones de raza blanca y homosexuales, presentaban un cuadro de inmunodeficiencia adquirida¹⁰⁹⁸. El aspecto más destacable de esta enfermedad era su fácil y rápida propagación, probablemente motivada por el desconocimiento de las vías de transmisión¹⁰⁹⁹. Debido a la gravedad de la situación, las investigaciones se aceleraron, concluyendo que los medios de infección

¹⁰⁹⁶ Concretamente, y de acuerdo con lo señalado por BERNARD PÉREZ, el índice de contagios se redujo entre un 10 y 30%. BERNARD PÉREZ, Luisa, “Problemas médico – legales de las infecciones postransfusionales por el virus de la Hepatitis C” ... *op. cit.*; concretamente en página 100.

¹⁰⁹⁷ SANZ CID, Marta, VEGA GUTIÉRREZ, Javier, MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín, *Sida: aspectos médico – legales y deontológicos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, página 26.

¹⁰⁹⁸ No obstante, SANZ CID, VEGA GUTIÉRREZ y MARTÍNEZ BAZA tienen una opinión de distinta. Parafraseando estos autores a ROBERT GALLO, consideran que el virus del Sida tiene 30 años más, al haberse probado que hubo personas que murieron de una causa desconocida, que *a posteriori* fue identificada como Sida. SANZ CID, Marta, VEGA GUTIÉRREZ, Javier, MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín, *Sida: aspectos médico – legales y deontológicos* ... *op. cit.*, página 9.

¹⁰⁹⁹ La gravedad de la difusión del Sida llevó a la comunidad científica a barajar que se tratara de una epidemia, precisamente por la rapidez de su contagio y gran repercusión a nivel mundial. RUVIRA BALLESTER nos aclara el término “epidemia”, a efectos comparativos “La palabra deriva del griego, y se halla formada por las raíces *epi* = rabia y *demos* = pueblo, y su significación indica la rápida difusión de una enfermedad que afecta a gran número de individuos. Se refiere casi exclusivamente a enfermedades infecciosas, susceptibles de ser transmitidas de un portador a un sano. Si la difusión tiene dimensiones geográficamente limitadas, se habla de foco epidémico, en cambio se puede etiquetar de pandemia cuando es afectada la casi totalidad de la población de una amplia región y la enfermedad tiende a difundirse a escala mundial o continental”. Esta explicación se acerca mucho a la realidad que conocemos del Sida, pues éste afectó en su momento de manera incontrolable, a amplios sectores de la población y se propagó rápidamente desde su primer foco a todo el globo terráqueo. RUVIRA BALLESTER, V., *Sida*, Ediciones Mensajero, Bilbao, 1987, página 24. Autores como SANZ CID, VEGA GUTIÉRREZ y MARTÍNEZ BAZA llegaron a calificar el Sida como la “peste del siglo XXI”. SANZ CID, Marta, VEGA GUTIÉRREZ, Javier, MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín, *Sida: aspectos médico – legales y deontológicos* ... *op. cit.*, página 167.

más comunes eran las transfusiones, las jeringuillas reutilizadas y determinadas conductas sexuales. Estas vías de contagio se descubrieron a finales de los ochenta, volviendo a hallarse un nuevo riesgo en la práctica transfusional y hemoderivada.

El origen del Sida no está claro a día de hoy y hay opiniones encontradas en la materia. Sin embargo, parece existir un consenso generalizado en la comunidad científica de que el VIH, el virus causante del Sida, proviene de un germen bastante similar, el SIV; siendo este último de un virus de inmunodeficiencia simia¹¹⁰⁰. Se baraja un contagio, a pesar de que se desconoce cómo pudo ocurrir exactamente. La opción más aceptada es que la infección se produjese por el contacto directo entre la sangre humana de una persona y la de un chimpancé, a través de una herida abierta. Este escenario sería posible por una práctica habitual en África sub-sahariana, como lo es descuartizar a los simios para después consumirlos.

La primera contaminación se produjo en una fecha muy anterior a la que se tiene como oficial (la década de los ochenta), aunque su propagación estuvo supeditada a una serie de condicionantes sociales y demográficas que la propiciaron¹¹⁰¹. El *iter* de la enfermedad fue sencillo, en un principio ésta permaneció confinada en poblaciones tribales africanas, donde se habría producido el primer contagio. Debido tanto al aislamiento de las mismas, como a los rígidos dogmas en materia sexual, no se produjo la propagación. Ahora bien, la situación se vio forzosamente acelerada por los cambios económicos que se produjeron en África en las décadas de los años 60 y 70, que provocaron importantes migraciones en las poblaciones de sectores rurales hacia las principales localidades turísticas. Nos encontramos ante emigrantes sin especializar o incluso sin alfabetizar, cuyos conocimientos se limitaban al ámbito agrario y que resultaban escasamente útiles en la ciudad. Ante esta circunstancia, la industria sexual podía conformar, en muchos casos, la única posibilidad de supervivencia, con las consecuencias inherentes a la misma.

Hubo que esperar a la década de los años ochenta para que la comunidad científica y la sociedad viesan la luz sobre la enfermedad que les asolaba. Concretamente el día 5 de junio de 1981 se publicó un seminario especializado en

¹¹⁰⁰ RUVIRA BALLESTER aboga por esta idea, al compartir la opinión generalizada de que fueron los monos verdes africanos, según Murry Essex, los que produjeron el “brote epidémico”. RUVIRA BALLESTER, V., *Sida... op. cit.*, página 106.

¹¹⁰¹ LUC MONTAGNIER realiza una distinción entre el origen del virus y la epidemia, de tal forma que el segundo escenario se produjo como consecuencia de las migraciones de zonas rurales a áreas urbanas, las prácticas sexuales inseguras y el suministro de sangre a países desarrollados. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas ... op. cit.*, página 83.

Estados Unidos, *Morbidity and Mortality Weekly Report*, en el que se describieron algunos casos de hombres jóvenes homosexuales que presentaban severas neumonías, hasta el punto de hacer peligrar sus vidas; destacándose además en tres de los sujetos, una importante y extraña disminución de los linfocitos, por lo que su sistema inmunitario se encontraba prácticamente anulado. Se tenía conocimiento de que la causa de dicha deficiencia inmunitaria era adquirida y no originaria, aunque se ignoraba el origen de la misma. Al mes siguiente de la publicación del mencionado seminario, nuevos datos arrojaron una realidad desoladora: un aumento espectacular de casos de sarcoma de Kaposi en los últimos treinta meses, en la comunidad homosexual. Esta predilección de la enfermedad por este colectivo, hizo que en un principio ésta recibiese el nombre de “GRID” (*Gay Related Immuno Deficiency*)¹¹⁰², pasándose a denominar SIDA en septiembre de 1982, siendo definida como una enfermedad que atacaba al sistema inmunológico de las personas, disminuyéndolo, hasta el punto de tornarlo en ocasiones inútil frente a algunas dolencias¹¹⁰³.

El primer caso que nos consta de Sida diagnosticado en España se produjo en 1981, en un hombre homosexual. Para el año 1983 ya se conocía la existencia de doce casos, repartidos entre toxicómanos y homosexuales.

El grado de propagación del VIH, así como la gravedad del mismo, alentaron una rápida reacción en la comunidad científica, por lo que un año después de bautizar el padecimiento, a principios de 1983, el VIH consiguió ser aislado; a pesar de que a mediados de 1982 ya se sospechaba que la sangre podía ser una vía de transmisión. Sin embargo, las dificultades que entrañaba este extraño y desconocido virus, unido a las discusiones sobre los derechos de propiedad intelectual, motivaron que no existiesen tests reactivos a los efectos de detectar el VIH hasta el año 1985, siendo en marzo de ese año aprobado el test “ELISA”¹¹⁰⁴.

¹¹⁰² Hasta tales extremos afectó el Sida a la comunidad homosexual, que la enfermedad llegó a recibir el nombre de “peste gay”. SANZ CID, Marta, VEGA GUTIÉRREZ, Javier, MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín, *Sida: aspectos médico – legales y deontológicos ... op. cit.*, página 8.

¹¹⁰³ Conviene que aclaremos, que además del colectivo homosexual, existían dos grupos que fueron fuertemente diezmados por el Sida, los drogadictos y los haitianos, a los que años después se les unirían los hemofílicos. Autores como RUVIRA BALLESTER, estiman que la enfermedad tiene un origen heterosexual africano “Contrariamente a las manifestaciones expresadas en los primeros casos observados en EE.UU., el SIDA constituye una enfermedad heterosexual en África (sic) Central. Su ámbito geográfico comprende las regiones de Zaire, Rwanda, Kenia, Tanzania y Burundi, donde afecta a ambos sexos por igual. A ello contribuye, según conclusiones epidemiológicas, circunstancias tales como la prostitución, que parece haber jugado un importante papel en la diseminación del SIDA africano”. RUVIRA BALLESTER, V., *Sida ... op. cit.*, página 105.

¹¹⁰⁴ Lo cierto es que no existe consenso sobre qué equipo de investigación fue el verdadero descubridor de los tests reactivos. La polémica viene motivada porque los franceses fueron los que identificaron el virus,

En nuestro caso, a nivel nacional, la obligación de utilizar los reactivos (tanto en las donaciones de sangre, como en los hemoderivados) fue implantada el propio año 1985¹¹⁰⁵. No obstante, debemos tener presente que el deber legal no vino impuesto hasta la Orden de 18 de febrero de 1987, dos años después del descubrimientos de los reactivos¹¹⁰⁶. Ahora bien, tanto los centros sanitarios como los bancos de sangre, se encontraban compelidos a someter a las unidades de sangre objeto de transfusión o tratamiento, a los test reactivos, una vez éstos fueron aprobados por la comunidad científica y se generalizó su comercialización. De ahí que, aunque no existiese una obligación legal, al igual que ocurría con la Hepatitis C, el incumplimiento del mentado deber significaba la inexcusable responsabilidad del infractor.

mientras que los americanos lo cultivaron. El debate parte del hecho por el cual, los médicos Robert C. Gallo de EE.UU., y Luc Montagnier, de París, llegaron en 1984 a idénticas conclusiones, formando parte los dos de dos equipos de investigación distintos. Fue precisamente ese disenso y la rivalidad creada como consecuencia del mismo, el que provocó que no todos los países comercializaran al mismo tiempo los tests reactivos. Francia es un ejemplo de ello, ya que en este país, en el que se investigaron de forma paralela los sistemas detectores del Sida, no se comercializó la prueba americana para favorecer al laboratorio francés Pasteur, que se encontraba cerca de hallar un test. En su lugar se elevaron las medidas de seguridad añadidas a la práctica transfusional, para evitar la proliferación de los contagios. Sin embargo, la pasividad en las actuaciones supuso la infructuosidad de las mismas, tal y como señala SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas ... op. cit.*, página 44. Este hecho dio lugar a un procedimiento judicial contra el primer ministro francés, el ministro de sanidad y el de asuntos sociales, en 1999. En torno a 4000 afectados, de los cuales varios cientos fallecieron, demandaron a los antes mencionados por impedir la comercialización del test Abbot (de Estados Unidos). Finalmente, únicamente el ministro de sanidad fue considerado responsable de algunos de los contagios producidos, dos en concreto. BARREDA, Iñigo, “Infección nosocomial: ¿complicación o negligencia? (II)”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 205, 2013, pps. 523 a 528; concretamente en página 525.

¹¹⁰⁵ Para cuando el Sida se manifestó por primera vez en nuestro país, ya era prácticamente una pandemia en Estados Unidos, sobre todo en Nueva York y San Francisco. Es esclarecedor a este respecto RUVIRA BALLESTER “Cuando el primer virus SIDA hizo su aparición en España, lo fue de una manera discreta, imperceptible, sin que apenas nadie se diera cuenta. Viajó en la sangre de un homosexual, tal vez promiscuo y licencioso. Posiblemente importado del área más infectada: EEUU. Constituyó todo un hallazgo su detección: en aquellos tiempos diagnosticar un caso SIDA era una proeza. Corría el año 1981 y Nueva York y San Francisco bullían bajo los morales e incontrolables azotes del SIDA. Todos ignoraban su causa, la prensa se deshacía en campañas sensacionalistas evidenciando el dramatismo de los afectados, publicando a los cuatro vientos aquellas terroríficas fotografías que exhibían las lesiones corporales de los enfermos”. Añade este mismo autor, que si bien es cierto que en las primeras manifestaciones de la enfermedad ésta se ensañaba con grupos como los drogadictos y los homosexuales, a partir del año 1982 fueron los hemofílicos sus principales víctimas, dada la necesidad que tenían de someterse a transfusiones periódicas. RUVIRA BALLESTER, V., *Sida ... op. cit.*, página 183.

¹¹⁰⁶ Esta Orden Ministerial no es sino un desarrollo de la normativa vigente, el RD 1945/85, de 9 de octubre, sobre hemodonación y bancos de sangre. La mencionada Orden fue modificada por la del 23 de julio de 1987. No obstante, conviene que destaquemos, que a pesar de que a nivel nacional no se obligó legalmente a la adopción de estas medidas de seguridad, algunas Comunidades Autónomas habían tomado esta iniciativa, imponiendo dicho deber con anterioridad al Estado. A nivel internacional, cabe señalar que tampoco todos los países exigieron los tests reactivos al unísono, y que países como Japón (noviembre de 1989), Australia (febrero de 1990) y Suecia (enero de 1991), entre otros, son ejemplo de ello. PLAZA PENADÉS califica de vital importancia la fecha de la Orden, al considerarla el punto de inflexión por el cual todas los contagios anteriores a la misma, salvo excepciones, no serían objeto de reproche, contrariamente a los que se produjesen con carácter posterior. PLAZA PENADÉS, Javier, “Responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria por contagio de VIH y VHC” ... *op. cit.*, concretamente en página 2.

No conviene dejar de destacar, que como bien hemos podido observar en el caso del Sida, a diferencia de lo ocurrido con la Hepatitis C, a pesar de que existió también un periodo ventana, lo cierto es que su incidencia fue mínima, ya que los reactivos fueron plenamente eficaces desde la fecha de su primera comercialización¹¹⁰⁷.

6. Con carácter previo a finalizar el presente análisis, es de recibo que destaquemos una serie de prevenciones y medidas que se adoptaron antes de que se conociesen los reactivos de ambas afecciones. En primer lugar se prohibieron las donaciones de sangre remuneradas, ya que éstas acarrearaban un importante aumento del riesgo. Dada la pretensión económica y no la voluntariosa de la donación, podía ocurrir que una persona contagiada, aun a sabiendas de su condición enferma, donase sangre con una mera intención de lucro.

En segundo lugar, los donantes eran sometidos a exámenes médicos, así como a cuestionarios. La pretensión de ambas medidas eran, primero conocer el estado de salud de los mismos, y segundo averiguar si alguno de los donantes formaba parte de algún colectivo de los denominados “de riesgo”. Huelga señalar, que cualquier sombra de duda o sospecha sobre alguna de las dos cuestiones mencionadas, supondría la inmediata expulsión del donante de las listas de habilitación para donar sangre, así como la retirada de las unidades extraídas al mismo¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁷ WIERZBA realiza una importante matización “Existe un problema con el llamado “periodo de ventana”: las pruebas disponibles detectan anticuerpos contra el virus, que recién aparecen entre las 3 y 12 semanas posteriores al ingreso del virus en el organismo. Hasta que se perfeccionen las técnicas de detección, existe la posibilidad de contagio por transfusión sanguínea durante ese período, aun con transfusión de sangre debidamente analizada. Pero afortunadamente, esa posibilidad es muy baja”. Esta autora evidencia la existencia real de un periodo ventana también en los contagios transfusionales del VIH, sólo que su repercusión fue prácticamente nula, ya que el margen de error de los primeros reactivos era muy reducido. Sin embargo, es probable que los daños potenciales fuesen mitigados por pruebas añadidas, practicadas a los efectos de asegurar la calidad de las transfusiones, tal y como destaca esta misma autora, en la misma obra “Pero debe reconocerse que aún existe algún riesgo relacionado con el hecho que la sangre que produce una reacción negativa al test, podría estar infectada. Los estudios revelan que en varios casos, los anticuerpos no fueron detectados por un largo periodo de tiempo en individuos asintomáticos infectados con el VIH. Por ello, los médicos y demás proveedores de sangre debieran advertir a los receptores de sangre acerca del riesgo de estos productos. El consentimiento informado en estos casos podría evitar la responsabilidad profesional de la salud, cuando no exista prueba de negligencia en el uso de los procedimientos de análisis de la sangre”. WIERZBA, Sandra M., *Sida y responsabilidad civil*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1996, página 32 y 65.

¹¹⁰⁸ Esta técnica fue conocida como anamnesis, MUGA MUÑOZ nos acerca este sistema “En definitiva, la Orden de 4 de diciembre de 1985 impone la realización de una exhaustiva anamnesis, pero no con la suficiente intensidad como para que personas portadoras del VIH sean excluidas como donantes de sangre y, posteriormente, esa sangre sea transfundida a otras personas que, irremediablemente, pasan a ser portadoras del virus. Ello es así porque, en el estado actual de la ciencia, sólo la prueba de detección del mismo puede implicar qué donación sanguínea está contaminada, y la anamnesis, aunque es de gran utilidad, no excluye a los donantes seropositivos que no pertenecen a grupos de riesgo y su estado físico es bueno, circunstancia que puede prolongarse durante años, hasta que la enfermedad se desarrolla”. MUGA MUÑOZ, José Luis, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por el

En tercer lugar, se mantenía un exhaustivo control de las unidades de sangre donadas. Cada bolsa de transfusión estaba debidamente identificada, destacando en la misma su procedencia (donante y lugar de donación, grupo sanguíneo, etc.). Este sistema permitía localizar rápidamente una unidad de sangre de un donante calificado como “sospechoso” y evitar una potencial contaminación.

En cuarto lugar y último lugar, y ya en el plano científico, se acudió a una serie de técnicas, que en principio podían llegar a resultar útiles para la lucha contra ambos virus, como lo fue entre otras, el calentamiento de la sangre¹¹⁰⁹.

contagio de Sida”, en *Revista de Administración Pública*, nº 136, 1995, pps. 277 a 308; concretamente en página 286.

¹¹⁰⁹ Asegura MUGA MUÑOZ que la técnica del calentamiento permitía la “no seropositividad” de la sangre. Aunque hubiese sido una solución hasta el descubrimiento de los reactivos, lo cierto es que esta opción se conoció y se aplicó de forma tardía. Se trata de un aspecto sobre el que este autor sienta una sombra de duda: una posible responsabilidad de la Administración por su lenta actuación. MUGA MUÑOZ, José Luis, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por el contagio de Sida”... *op. cit.*; concretamente en página 284. Sin embargo, no es necesario que incidamos excesivamente en la escasa fiabilidad de la mencionada actividad, dado que ésta distaba mucho de ser plenamente efectiva. Prueba inequívoca de ello eran las afirmaciones del profesor Soulier, realizadas en 1983, de acuerdo con las cuales, incluso la sangre calentada debía pasar por posteriores controles y pruebas, a los efectos de detectar posibles contaminaciones. MANUEL, Catherine y AUQUIER, Pascal, “Regreso al caso de la sangre contaminada”, en *Mundo Científico*, nº 171, 1996, pps. 710 a 719; concretamente en página 714.

1. Daño en los contagios transfusionales.

1. No es necesario un gran esfuerzo intelectual para apuntar la magnitud de los daños que se irrogan en materia de contagios por transfusiones (sobre todo de VIH), que van desde cuestiones de tal magnitud para la salud humana como la imposibilidad de someterse a un trasplante, hasta la exclusión social. A ambas vertientes de la enfermedad debemos añadirle el sufrimiento moral y psicológico que padece el paciente infectado, al ver cómo su salud se deteriora día a día, al quedarse sin expectativas o ilusiones de vida, sin posibilidad de desarrollo laboral; así como al observar el grave escollo que resulta la mencionada enfermedad en su entorno familiar¹¹¹⁰.

2. Contamos con una resolución, que aunque escapa a nuestro ámbito de trabajo (por temporalidad y por órgano judicial), puede resultar especialmente esclarecedora, porque menciona cuáles son los daños indemnizables en un supuesto de sangre contaminada. Aunque dicha controversia se resuelve en torno a un caso de VIH, es aplicable también para la Hepatitis C. Se trata de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de junio de 1993¹¹¹¹ en la que se afirma “Los daños que el SIDA genera forman parte del público conocimiento de una sociedad integrada por seres sensibles al sufrimiento de los demás, conscientes de sus limitaciones y de su impotencia frente a tan gravísimo mal. A nadie se le oculta que la enfermedad litigiosa supone, de un lado, un ataque al patrimonio y bienes ponen a su servicio empeños y medios y, de otro, agreden el acervo extrapatrimonial o de la personalidad con impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, debiendo también tener en cuenta que ha de darse

¹¹¹⁰ De esta misma opinión se muestra RODRÍGUEZ LLAMAS “En todos los casos en que los perjuicios indemnizables del mismo hecho, inoculación del virus del SIDA por transfusión de sangre infectada, la mayoría de los daños y perjuicios ocasionados son coincidentes. Basta ojear las sentencias a que se hacía referencia al principio de este comentario para comprobarlo: la inoculación del virus del SIDA impide someterse a un trasplante de órganos; genera grave depresión reactiva, vergüenza que produce el carácter socialmente afrentoso de la enfermedad; sufrimiento moral ante una situación de deterioro de la salud que día a día se torna más irreversible; pérdida de expectativas vitales y laborales; dolores físicos durante los largos años de la enfermedad; fundado temor al desencadenamiento definitivo de una enfermedad progresivamente degenerativa y de efectos letales; incidencia de forma palmaria en las relaciones familiares; tanto en lo que atañe a las propias del matrimonio, como las inherentes a la eventual procreación; profundo gravamen social ... etc”. RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1998”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, vol. 1, 1998, pps. 395 a 402; concretamente en página 399.

¹¹¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de junio de 1993, sección decimotercera, recurso 2642/1993, ponente Ballester Llopis.

una satisfacción como compensación al sufrimiento moral causado, sin olvidar situaciones penosas y sacrificadas de los hijos y especialmente de la mujer en orden a los deberes de atención al enfermo y pérdida de importantes elementos en las relaciones afectivas, ni tampoco los internamientos necesarios a los efectos de poder seguir los procesos evolutivos y aplicar en cada momento los tratamientos adecuados, siendo obvia su necesidad con los efectos colaterales que genera toda terapéutica, la disciplina hospitalaria, el aislamiento familiar y el temor a lo desconocido, generadores de la más absoluta infelicidad, con pérdida o disminución de la relación social e, incluso, lo que trascendiendo del cuerpo del enfermo se proyecta sobre la pareja, dañando la interrelación a consecuencia de un desequilibrio y, en cualquier caso, sin poder evitar lo peor, la muerte...”¹¹¹².

2. Presunción de causalidad.

1. La naturaleza de esta construcción doctrinal obliga, debido a la incertidumbre que la envuelve, a acudir a una fórmula específica a fin de configurar la relación de causalidad: la presunción de causalidad¹¹¹³.

El juzgador se ve en la necesidad de acudir a la “prueba presuntiva” a los efectos de hallar un nexo de unión lo suficientemente robusto como para conectar la contaminación con la transfusión. La fórmula resulta sencilla, la víctima debe efectuar el esfuerzo probatorio de demostrar, que con carácter previo a la transfusión, no padecía la enfermedad que ahora sí le aqueja, así como la inexistencia de factores de riesgo en sus hábitos de vida; añadiendo a estas exigencias, la necesidad demostrativa de que tras la transfusión sí que existe una afección, presumiblemente contagiada¹¹¹⁴.

¹¹¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de junio de 1993 ... *op. cit.*

¹¹¹³ Figura antes regulada en el 1.253 del Código Civil, precepto relevado por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (Capítulo VI, Título I, Libro II).

¹¹¹⁴ La necesidad de acudir a estas construcciones doctrinales radica en las circunstancias del asunto concreto, ya que de otra manera sería imposible la actividad probatoria. Podemos afirmar que el supuesto tipo serían los contagios transfusionales, en los que se desconoce y es más, resulta imposible determinar si la sangre estaba contaminada, dado que no puede volver a analizarse; por lo que es indispensable acudir a una suerte de presunciones que permitan vislumbrar la realidad de la situación. En esta línea se pronuncia GUTIÉRREZ SANTIAGO “Si la práctica judicial pone de manifiesto, como venimos probando, que entre las cuestiones referentes a la responsabilidad civil por productos defectuosos una de las que mayor complejidad presenta es la relativa a la prueba del defecto y su relación causal con el daño, es natural que, en atención a lo difícil que a menudo resulta al perjudicado demostrarlo, las *presunciones judiciales* cobren en este campo un destacado valor”. GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Daños causados por productos defectuosos*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2008, páginas 213 y 214.

Se trata de indicios o presunciones judiciales, que siguiendo un procedimiento de carácter lógico – deductivo, llevan a la conclusión de que el daño tiene su origen en el carácter defectuoso del producto utilizado, que en este supuesto se traduciría en la sangre transfundida. Hablamos por supuesto de una presunción *iuris tantum*, por lo que no es necesario que señalemos, que cualquier sospecha de un contagio anterior a la transfusión, o de hábitos de dudosa salubridad que conformen un riesgo potencial de contaminación, entrañan la imposibilidad de acudir a esta conjetura.

2. Dado que la naturaleza del nexo causal que engloba la presunción de causalidad objeto de estudio conforma una categoría netamente fáctica, no existe posibilidad alguna de considerar la ruptura del mismo por la concurrencia de alguna circunstancia, como por ejemplo el estado de la ciencia. Si bien es cierto que esta fórmula permite exonerar de responsabilidad al causante del daño, dicha dispensa viene motivada, no por una ruptura del nexo causal (con base fáctica), sino por una exclusión de la antijuridicidad¹¹¹⁵.

3. Estado de la ciencia.

1. Estado de la ciencia y riesgos del desarrollo.

1. Ambas ideas tienen su origen en la Directiva 85/374/CEE¹¹¹⁶, traspuesta en la Ley 22/1994¹¹¹⁷. Los conceptos estado de la ciencia y riesgos del desarrollo son sendas categorías jurídicas con finalidad exoneratoria, relacionadas con defectos que puede

¹¹¹⁵ BOBO RUÍZ, Jesús, “Responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Directores), *Estudios Jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios ... op. cit.*, pps. 599 a 616.

¹¹¹⁶ Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio para la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

¹¹¹⁷ Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. La entrada en vigor de esta normativa supuso un importante avance, dado que con la ley anteriormente vigente la obligación de reparación a la víctima abarcaba todo daño que ésta no tuviese el deber de soportar, algo que incluiría también los mencionados “riesgos del desarrollo”, cuestión que se modificó radicalmente con la Ley 22/1994. Una de las cuestiones más problemáticas para la entrada en vigor de la Directiva Europea fue precisamente este concepto de los riesgos del desarrollo. Ésta consideraba estos supuestos exoneratorios de responsabilidad civil, y así fue acogido por la práctica totalidad de países, siendo excepciones Finlandia, al abogar por la responsabilidad en estos supuestos, junto con Alemania y España; que si bien aplican la regla general, establecen prerrogativas en algunos productos especialmente proclives a los riesgos del desarrollo. Por su parte el Reino Unido también resulta mencionable, pero desde otra perspectiva, y es que éste tenía una normativa nacional más estricta aun que la propia Directiva.

tener desde su origen, bien un producto, bien un servicio, siendo éste potencialmente dañino. A lo señalado debemos añadir, que su puesta en circulación se realizó en un momento en el que el conocimiento científico sobre el producto o servicio en cuestión era limitado, hasta el punto de desconocerse la deficiencia y consiguientemente, la capacidad nociva del mismo¹¹¹⁸. Nos encontramos ante una limitación científica por la cual, se ignora, en el momento en el que se comercializa un producto, que éste adolece de defectos peligrosos para los usuarios, siendo éstos revelados con el paso del tiempo y la evolución de la ciencia¹¹¹⁹.

2. VADILLO ROBREDO resulta esclarecedor al explicar esta noción “Con la expresión <<riesgos del desarrollo>> se hace referencia a la exoneración de responsabilidad del fabricante que pone en circulación un producto <<defectuoso>> siempre que en el momento de la puesta en circulación el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitían descubrir la existencia del defecto”¹¹²⁰. Como bien afirma la mencionada autora, las características de este concepto pueden resumirse en la existencia de un defecto en un bien, desde el momento mismo de su puesta en circulación, el cual sin embargo no era conocido por el productor (ni por ninguno de los

¹¹¹⁸ De esta manera esclarecen SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIU este concepto “Son riesgos de desarrollo los causados por un defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización del producto de que se trate”. SALVADOR CODERCH, Pablo y SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999, página 29. PRIETO MOLINERO se pronuncia de una manera muy semejante cuando define los riesgos del desarrollo “Así, <<riesgo de desarrollo>> es un término que se usa en el mundo del Derecho de daños para describir una situación particular dentro de la problemática de la responsabilidad por productos: la de aquellos daños que se producen como consecuencia de defectos que eran imposibles de ser conocidos de acuerdo con el saber existente en un momento dado; mientras que, por otra parte, la defensa por estado de la ciencia y de la técnica será el mecanismo procesal al que el fabricante recurrirá para alegar que ha existido riesgo de desarrollo en el caso de los daños por los cuales está siendo demandado y, de esta forma, intentar eximirse de responsabilidad”. PRIETO MOLINERO, Ramiro José, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos ... op. cit.*, página 86.

¹¹¹⁹ A título meramente anecdótico puede resultarnos de interés la agrupación que realiza DÍAZ – REGAÑÓN, al considerar que la idea de “los riesgos inherentes al servicio” o “riesgos jurídicamente relevantes”, engloba aquellos supuestos de hecho que conforman eventos calificables como riesgos del desarrollo. Concretamente el mentado autor afirma “Las consecuencias jurídicas tanto de la tesis de Beladiez Rojo como de la doctrina administrativa al respecto supondrían la imputación de responsabilidad a la Administración en casos que, tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999, dicha responsabilidad no sería imputable por la imposibilidad de haber previsto o evitado según el estado de los conocimientos científicos y técnicos del momento los daños ocasionados. Aquí encajaría perfectamente la problemática derivada de las transfusiones de sangre contaminada con el virus del SIDA o de la Hepatitis C cuando los contagios se producían en un momento en el que no podían preverse o evitarse tales daños conforme al estado técnico y científico del momento (los denominados “riesgos del desarrollo”)”. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, “Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria”, en *InDret*, nº 180, 2004, pps. 1 a 27; concretamente en página 6.

¹¹²⁰ VADILLO ROBREDO, Goretti, “Notas a los <<riesgos del desarrollo>> o el <<estado de la ciencia>> en la responsabilidad civil por productos defectuosos”, en *Estudios de Deusto*, vol. 1, nº 46, 1998, pps. 227 a 283; concretamente en página 231.

miembros que conforman la cadena de consumo), ya que no era posible descubrirlo por las limitaciones científicas del momento. Esta deficiencia irroga daños en los consumidores o usuarios del mismo, y *a posteriori* se descubre que éstos tienen su origen en el bien en cuestión, que estaba tarado desde su primera comercialización.

3. De esta definición debemos destacar un elemento al que hasta el momento no le hemos prestado especial atención: la puesta en circulación del producto. Este criterio resulta de gran relevancia, ya que tal y como se desprende de la idea misma, el estado del conocimiento sobre el defecto se retrotrae hasta el momento mismo de su puesta en circulación. A pesar de la relevancia de esta idea, lo cierto es que no viene mencionado en ninguno de los textos legales que la regulan.

Sin perjuicio de lo señalado, la doctrina ha establecido criterios elementales para fijar el concepto en el tiempo, destacando entre los mismos: la entrega del producto a un tercero por parte del fabricante, y en segundo lugar, la voluntariedad, esto es, que el antes mencionado traspaso se realice de forma libre, por parte del productor¹¹²¹.

Conviene realizar una obligada alusión a una resolución que resulta clave para este concepto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de mayo de 1997¹¹²². En esta controversia el Tribunal de la Unión Europea se pronuncia sobre esta cuestión y comienza señalando que la noción estado de la ciencia o conocimientos técnicos y científicos, como alude en la sentencia, se refiere a aquel acervo científico del que se tiene constancia en el momento de la fabricación y puesta en circulación de un producto o servicio; no pudiendo quedar éste limitado a la práctica y normas de seguridad establecidas, requiriéndose el estado de los conocimientos en su más elevado estadio¹¹²³. En base a lo señalado, estima el Tribunal, que para que concurra la exoneración de responsabilidad con motivo del estado de la ciencia, el fabricante o

¹¹²¹ Esta idea soluciona el problema relativo al fabricante del producto, pero deja sin respuesta las eventuales contingencias susceptibles de surgir en torno a las figuras de los importadores y suministradores, ya que la puesta en circulación por parte de los mismos no coincide, ni con la del productor, ni entre ellos mismos.

¹¹²² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de mayo de 1997, Sala Quinta, recurso c-300/1995, Comisión c. Reino Unido. Junto a esta resolución también es apropiado mencionar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2001, Sala Quinta, recurso c-203/1999, ponente Jann. En ésta se analiza una controversia en materia de producto defectuoso, concretamente la pérdida de un riñón para un trasplante, voluntariamente donado por el hermano de un enfermo renal. Éste no pudo efectuarse porque un líquido de irrigación tarado destruyó el riñón.

¹¹²³ Con esta alusión al “más elevado estado de los conocimientos”, la pretensión del juzgador no es la de obligar a todo productor a mantener un regío sistema de información con cada grupo de investigación que con carácter pionero investigue el producto que éste comercializa. A lo que se refiere el Tribunal es que el productor o servidor debe encontrarse informado y actualizado, de acuerdo con la práctica general y la información accesible en la materia, es decir, evitar la obsolescencia y pretender utilizar la misma como vía exoneratoria.

prestador debe acreditar, que en el momento de la comercialización del bien o servicio se desconocía el defecto, atendiendo a los conocimientos científicos accesibles y actualizados en esa fecha¹¹²⁴.

Este discernimiento relativo a los conocimientos accesibles y actualizados, resulta complicado y objeto de discusión, incluso entre los especialistas de cada materia, por lo que podríamos concluir que sería necesario acudir a saberes científicos generalizados, y no a meras propuestas o hipótesis puntuales que se den en un momento concreto; ya que no serían representantes del estado de la ciencia. Es por ello por lo que deberá acudir a investigaciones científicas serias y solventes que sean avaladas por comités científicos nacionales e internacionales, así como por organizaciones internacionales, bien de ámbito general, bien específico.

4. Conviene que maticemos, que a pesar de que tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan de manera indistinta ambos conceptos “riesgos del desarrollo” y “estado de la ciencia”, lo cierto es que son categorías distintas, al ser éstas las dos caras de una misma moneda. La diferenciación es mínima, razón de ser por la cual estas nociones se utilizarán también de manera indefinida a lo largo del presente trabajo. El concepto de estado de la ciencia es una estructura jurídica, por la cual se desconoce el riesgo que comprende la puesta en circulación de un producto hasta años después, cuando se evidencian los daños que el objeto ha llegado a causar. Esta idea conformaría la figura del estado de la ciencia, y junto a éste se sitúa la de los riesgos de desarrollo, que no es sino el reverso de la anterior. La construcción doctrinal de los riesgos del desarrollo constituye un mecanismo procesal a fin de materializar las categorías antes mencionadas, es decir, un cauce de invocación para exonerar de responsabilidad al productor y/o comercializador del producto dañoso¹¹²⁵.

¹¹²⁴ Concretamente señala: “De todo lo anterior se deduce que, para poder exonerarse de su responsabilidad, con arreglo a la letra e) del artículo 7 de la Directiva, el fabricante de un producto defectuoso debe acreditar que el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos, incluido su nivel más avanzado, en el momento de ponerse en circulación el producto de que se trata, no permitía descubrir el defecto de éste. Además, para que puedan oponerse válidamente al productor, es preciso que los conocimientos científicos y técnicos pertinentes estuvieran accesibles en el momento en que el producto de que se trate fue puesto en circulación. Sobre este último aspecto, contrariamente a lo que parece afirmar la Comisión, la letra e) del artículo 7 de la Directiva deja subsistir dificultades interpretativas que, en caso de litigio, deber resolver el Juez nacional haciendo uso, en su caso, del artículo 177 del Tratado CE”.

¹¹²⁵ Así lo manifiesta PRIETO MOLINERO “Ya se ha dicho que riesgo de desarrollo y excepción por estado de la ciencia y de la técnica son, en realidad, las dos caras de la misma moneda; ello, desde el momento en que, de darse la primera situación, esta no servirá de nada si no se admite la posibilidad de alegarla y probarla en el marco de un proceso para eventualmente permitir la exoneración de responsabilidad. Así, la <<dissección>> entre riesgo de desarrollo y excepción por estado de la ciencia y de la técnica se funda más en el propósito de lograr un orden adecuado de exposición, que en el hecho de estar hablando de

5. Aclarada esta cuestión, conviene que nos centremos en las consecuencias prácticas de la aplicación de ambas ideas. La principal pretensión de su invocación no es otra que la de escudarse en este principio, a los efectos de que, bien el fabricante, bien el servidor del mismo, resulten exonerados de responsabilidad. Se trata de un producto o servicio, que antes de su puesta en circulación ha sido sometido a todas las pruebas de calidad del momento, habiéndolos superado y encontrándose autorizado para el libre comercio. A pesar de lo señalado, concurre una circunstancia que no es externa, sino propia del bien, que resulta nociva y que sin embargo no se descubre hasta años después.

No debe resultarnos ilógico pensar que este tipo de casos, en los que media toda la diligencia y las cautelas debidas en la persona del productor o servidor, deberían quedar exonerados de responsabilidad, dada la limitación de conocimientos existentes en la materia. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran unánimes a este respecto, por lo que podríamos aventurarnos a afirmar que existe una línea generalizada de aceptación de la exoneración de responsabilidad civil en los supuestos de riesgos del desarrollo y estado de la ciencia¹¹²⁶. WIERZBA opina a este respecto que “El riesgo de desarrollo se relaciona con el defecto de un producto que pudo parecer irreprochable cuando éste fue puesto en circulación, pero cuyos riesgos o vicios se revelan ulteriormente por el desarrollo de los conocimientos científicos o técnicos. La contaminación con el virus del SIDA, desconocida durante los años 1981/2, da una perfecta muestra de este instituto”¹¹²⁷. Esta autora nos acerca el concepto de riesgos del desarrollo a la problemática misma de la sangre contaminada, cuando ejemplifica esta circunstancia con los contagios por transfusiones del VIH. Siguiendo esta línea doctrinal, estas inoculaciones no deberían ser reprochadas cuando se produjeron en

cuestiones diferentes”. No es necesario que justifiquemos excesivamente el uso indiscriminado de ambos conceptos en el presente capítulo, no en vano las dos nociones conforman una misma idea, con la única diferencia de su ámbito de aplicación, carente de relevancia en el medio en el que ahora nos encontramos. PRIETO MOLINERO, Ramiro José, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos ... op. cit.*, página 183.

¹¹²⁶ La regla de los riesgos del desarrollo no es aplicable a los supuestos recogidos en el artículo 140.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación a medicamentos y alimentos. No obstante, no faltan discusiones doctrinales sobre la naturaleza de la sangre transfundida: si ésta conforma un fármaco, y por tanto los daños derivados de su utilización no deben resultar exonerados, o si por el contrario es simplemente un producto, pudiendo encajar en el concepto de riesgos del desarrollo. A pesar de que no entraremos en el mencionado debate, por escapar a nuestro trabajo, conviene que mencionemos a autores como PLAZA PENADÉS, que considera que la sangre debería tener el tratamiento legal del medicamento. Este autor estima que la sangre, en el momento mismo de abandonar el cuerpo del donante y comenzar a ser tratada para evitar su deterioro, se torna en un fármaco. PLAZA PENADÉS, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria ... op. cit.*, páginas 152 y 153.

¹¹²⁷ WIERZBA, Sandra M., *Sida y responsabilidad civil ... op. cit.*, página 60.

estadios del conocimiento tan limitados, que se ignoraba la potencialidad del daño, o incluso, las propias dolencias¹¹²⁸.

Ahora bien, como ya hemos señalado, si bien hay una opinión generalizada sobre la falta de reproche en esta cuestión, también existen detractores de esta idea. Voces como la de RODRÍGUEZ LLAMAS, propugnan por una responsabilidad derivada de este tipo de daños “A mi entender, los avances en la investigación y la innovación industrial no deben desarrollarse a costa de otros derechos tan importantes como la integridad física o los intereses económicos de los particulares. No se quiere decir con ello que se deba coartar el progreso y desarrollo de un país pero, en todo caso, los riesgos que de tales fenómenos derivan no deben imputarse a los perjudicados”¹¹²⁹. No obstante, la actitud de la autora no es tan radical como para negar la idea que ahora estamos analizando. En su lugar, lo que pretende es la búsqueda de un equilibrio entre las víctimas y la evolución de la ciencia, evitando así que daños de gran magnitud, como puede serlo la contaminación por Sida o Hepatitis C, resulten impunes y los pacientes deban asumirlos sin opción a ser indemnizados.

6. Líneas como las anteriores evidencian la innegable relevancia de este concepto, en base a las cuestiones que suscita, que trascienden del plano teórico al práctico, enfrentando los intereses de sectores de gran entidad, como lo son los consumidores por un lado, y la industria por el otro. No es necesario señalar que, tal y como hemos podido comprobar, las principales y más importantes divergencias se dan en materia de productos farmacéuticos y de alta tecnología, siendo éstos potencialmente

¹¹²⁸ De manera muy semejante, y en esta misma línea, se pronuncia también SEUBA TORREBLANCA, cuando señala que el ejemplo más paradigmático del concepto riesgos del desarrollo lo conforman los contagios transfusionales de Sida y Hepatitis C “Los riesgos de desarrollo son aquéllos causados por el defecto de un producto que no podía ser advertido según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de su puesta en circulación. El caso de la sangre contaminada y, en general, de los efectos adversos desconocidos de los medicamentos constituye el ámbito por excelencia en el que la excepción se mueve. De hecho, la literatura española que ha tratado de la cuestión lo ha hecho al plantearse el tratamiento que merecen los casos de contagio del VIH o del VHC por causa de transfusiones o de hemoderivados”. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas ... op. cit.*, páginas 295 y 296. No obstante, este autor nos acerca una perspectiva muy interesante, al considerar que todas las contaminaciones que se produjeron en España quedarían al margen de este concepto de riesgos del desarrollo, por acontecer éstos en una fecha y un estadio en el que los conocimientos sobre la enfermedad se encontraban ampliamente desarrollados. Dentro de esta doble línea se pronuncia también PRIETO MOLINERO, y decimos doble, porque por un lado aboga por considerar como exoneratoria la idea de los riesgos del desarrollo, y en segundo lugar, porque al igual que el autor antes mencionado, estima que las inoculaciones producidas en España no eran susceptibles de ser calificadas como riesgos del desarrollo, sino como lagunas del desarrollo. PRIETO MOLINERO, Ramiro José, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos ... op. cit.*, página 111.

¹¹²⁹ RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, página 133.

generadores de daños o de efectos secundarios graves, que pueden afectar a amplios colectivos.

2. Principio de precaución.

7. El trasfondo de las nociones ahora analizadas se encuentra relacionado con otra idea denominada “principio de precaución”, que surgió en la década de los años 80 como consecuencia de debates en materia medioambiental, con la finalidad de buscar y mantener un alto nivel de protección para la salud humana¹¹³⁰. Fue avalada como construcción doctrinal en 1992, en la Conferencia de Río, y vio la luz en primera ocasión como Ley, en Francia en 1995, en la conocida “Ley Barnier”¹¹³¹. Si bien su evolución fue paulatina y regular, sufrió una brusca aceleración como consecuencia de los casos de sangre contaminada que se dieron en Francia.

El principio de precaución puede ser explicado como la actitud de obligada cautela que debe adoptarse ante la práctica de una actividad que puede llegar a considerarse potencialmente dañosa, o cuanto menos riesgosa, en un futuro¹¹³². Aunque la imposición tiene un especial carácter imperativo en los poderes público, lo cierto es que también podemos observar cómo los particulares deben regirse por la misma¹¹³³.

Si las nociones estado de la ciencia o riesgos del desarrollo evidencian las limitaciones de los descubrimientos y de la técnica, desde el punto de vista de la posible de causación del daño; el principio de precaución conforma una categoría doctrinal, por la cual se parte de la sospecha de peligrosidad de un determinado producto o servicio. Esta presunción lleva a implantar una serie de cautelas a adoptar. La diferencia entre

¹¹³⁰ KOURILSKY y VINEY lo detallan de una manera muy acertada “Le terme de principe ne doit pas être source de malentendu. L’expression <<principe de précaution>> pourrait évoquer un principe général, théorique et déresponsabilisant là où on entend évoquer des attitudes pratiques, responsables et adaptées à chaque cas particulier. L’expérience humaine en matière de risques a livré un certain nombre de leçons qui permettent d’aboutir à un ensemble de règles ou de critères de la décision auxquels se référer en situation de risque potentiel. Le principe de précaution est donc avant tout un impératif. Les attitudes de précaution, malgré leurs différences, ressortissent d’un même principe d’action qui invite à la vigilance en situation d’incertitude. L’usage juridique qui peut être fait du principe de précaution porte donc à le regarder comme une règle ou un standard guidant l’action et, partant, le jugement sur l’action”. KOURILSKY, Philippe y VINEY, Geneviève, *Le principe de précaution*, Odile Jacob, Paris, 2000, página 22.

¹¹³¹ KOURILSKY, Philippe y VINEY, Geneviève, *Le principe de précaution ... op. cit.*

¹¹³² A los efectos de diferenciarlo de otros principios similares al mismo, como por ejemplo el de “acción preventiva”, debe tenerse presente que en el principio de precaución existe una sombra de sospecha respecto del producto o del servicio, es decir, se conoce su potencialidad peligrosa.

¹¹³³ A nivel nacional es muy representativa de esta construcción doctrinal la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2006 (Sala Tercera, recurso 503/2001, ponente Campos Sánchez – Bordona), que aborda el principio de precaución desde la perspectiva de las radiaciones electromagnéticas.

ambos conceptos estriba en que en los supuestos de hecho de estado de la ciencia se desconoce la posibilidad de daño, mientras que cuando media un principio de precaución, se tiene una cierta suposición. La relación existente entre ambos permite que, partiendo de las premisas de prevención que le son propias al principio de precaución, se establezca una regulación mínima de prudencia en la investigación, así como en cuestiones de estado de la ciencia.

Se trata de una actitud activa y no pasiva, consistente en la gestión del riesgo que necesariamente hay que asumir, a fin de soportar la evolución de la ciencia¹¹³⁴.

8. Esta figura, así como las afines que aquí nos encontramos analizando, también se ve envuelta por una discusión doctrinal, destacando la relativa a la naturaleza del concepto en sí. El hecho de denominarlo “principio” parece ser erróneo, o cuanto menos poco acertado, en la medida en que no conforma un principio en Derecho como los que conocemos, ya que se trata de un principio científico¹¹³⁵. Es por ello por lo que se han suscitado discusiones en torno a la pregunta de si esta construcción tiene valor jurídico por sí misma y si es autónoma. Ciertamente no existe una respuesta a esta pregunta, ya que ni los textos legales, ni la doctrina, ni tampoco la jurisprudencia se han ocupado de dar solución a esta cuestión; y en aquellos trabajos donde se ha hecho mención a la posible naturaleza de la noción, se ha calificado como una orientación, más que como un principio a seguir por parte del legislador.

Finalmente, la conclusión más lógica a la que parece que podemos llegar es que en lugar de un principio, este concepto conformaría una serie de reglas de carácter

¹¹³⁴ Así lo consideran KOURILSKY y VINEY cuando señalan “Ces interprétations contrariées du principe de précaution invitent à en préciser les contours pour lever les équivoques suscitées par son utilisation. Une première ne doit pas être interprété comme une recommandation systématique d’abstention. A l’inverse, et même s’il n’es pas toujours perçu de cette manière par le public, il doit être entendu comme une incitation à l’action. Au diction, << dans le doute abstiens – toi >>, le principe de précaution substitue l’imperatif: << dans le doute, mets tout en oeuvre pour agir au mieux >>. Cette attitude positive d’action plutôt que d’inaction, de gestion active du risque plutôt que de démission devant le risque, correspond à l’objectif unanimement partagé de réduction des risques pour l’homme et l’environnement sans que celle – si passe obligatoirement par une accumulation de moratoires et un gel des innovations”. Añadiendo en la página 13 “Encadré par des concepts explicites, par des règles pratiques de procédure, et entendu comme standard juridique, le principe de précaution doit constituer un apport bénéfique et important à l’arsenal des instruments qui permettent de mieux gérer le développement technologique en minimisant les risques qui lui sont associés”. KOURILSKY, Philippe y VINEY, Geneviève, *Le principe de précaution ... op. cit.*, página 12

¹¹³⁵ DE ÁNGEL YÁGÜEZ califica la denominación “principio de precaución” errónea en sí misma. Parte de lo que hemos señalado respecto del término “principio”, rechazando dicha opción, por no tratarse de un principio científico y poder llegarse al extremo de que cualquier concepto o teoría recibiese esta denominación. Por otro lado, el término “precaución” también resulta objeto de crítica, al no añadir éste nada relativo a la diligencia a desplegar. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos: Daños causados por productos defectuosos”, en *Estudios sobre el Derecho de consumo*, 1994, pps. 58 a 107; concretamente en página 27.

orientativo, a pesar de que deban ser de obligada observancia. Prueba inequívoca de ello es lo que señalan a este respecto KOURILSKY y VINEY “*A priori*, en revanche, lorsque le principe de précaution est énoncé par un traité ou une convention internationale, il devrait acquérir la valeur normative qui s’attache á ces instruments, c’est – à – dire qu’en droit français il devrait avoir, en application de l’article 55 de la Constitution, une valeur supérieure à celle de loi”¹¹³⁶.

3. Lagunas del desarrollo.

9. No parece inoportuno mencionar una tercera noción que se encuentra en un estadio evolutivo posterior en el tiempo: las lagunas del desarrollo. Se trata de un concepto diferente al del estado de la ciencia o riesgos del desarrollo, ya que se sitúa en un momento del conocimiento más avanzado que estos dos. Por ello, mientras que en el estado de la ciencia se ignora el riesgo y la potencialidad del daño de un producto o técnica, en las lagunas del desarrollo se conoce el defecto o peligrosidad del bien, pero no la forma de detectarlo y prevenirlo. De acuerdo con esta idea, todos aquellos contagios de VIH anteriores al año 1981 serían considerados riesgos del desarrollo, mientras que los producidos con carácter posterior a la mencionada fecha, en la que se tuvo conocimiento del VIH, así como de sus vías de transmisión; conformarían supuestos de lagunas del desarrollo. Lo mismo ocurriría en el caso de la Hepatitis C, variando únicamente la fecha¹¹³⁷.

¹¹³⁶ KOURILSKY, Philippe y VINEY, Geneviève, *Le principe de précaution ... op. cit.*, página 122.

¹¹³⁷ En esta materia son esclarecedores MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ “Nos encontramos ante lo que cierto sector de la doctrina alemana ha denominado <<lagunas del desarrollo>> (<<Entwicklungslücke>>), para diferenciarlas de los supuestos típicos de <<riesgos del desarrollo>> (<<Entwicklungsgefahren>>). Mientras que éstos se refieren a la imposibilidad de apreciar el riesgo según el más reciente estado de los conocimientos científicos y técnicos, aquellas que se refieren a riesgos conocidos pero imposibles de eliminar por la ciencia y la técnica. En los riesgos de desarrollo se ignora el defecto; en las lagunas de desarrollo se conoce el defecto, pero se ignora el defecto en las lagunas de desarrollo se conoce el defecto, pero se ignora la solución técnica que permite detectarlo y eliminarlo”. De esta afirmación se suscita una cuestión de la que estos autores se han hecho eco y que deriva de la lógica misma: la razón de ser por la cual, aun conociéndose la peligrosidad de un producto, éste se comercializa. La respuesta a esta pregunta es sencilla ya que gira en torno al concepto “coste – beneficio”. Esto es, si los beneficios del producto son elevados, el riesgo resulta asumible a pesar del daño. Tal y como ocurría con las transfusiones, cuya peligrosidad era conocida, pero mínima en relación a su utilidad, por lo que se aceptaba dicho peligro. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Comentario a la sentencia de 10 de junio de 2004” ... *op. cit.*; concretamente en página 376. Sin embargo, SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIÚ muestran una opinión distinta respecto de esta nueva subdivisión “Mas, como indica la doctrina dominante, no parece que la distinción deba acogerse: resulta poco precisa, sobre todo, en lo que se refiere al concepto de lagunas de desarrollo cuya dilucidación dependerá del criterio utilizado para definir el carácter defectuoso del producto según se recurra a un criterio de comparación entre los riesgos y la utilidad presentado por el producto (*Risk – Utility Test*) o al

4. Periodo ventana.

10. El periodo ventana es una categoría jurídica similar a las inmediatamente estudiadas, pero ubicada en un momento en el que el acervo de conocimientos sobre el producto o servicio se encuentra mucho más desarrollado. Partimos de que el discernimiento sobre el defecto del producto (enfermedad en nuestro caso), es tan conocido, que permite no sólo comprender los detalles del mismo, sino también el alcance y graduación del defecto; hasta el punto de que puede llegar a contarse con un sistema de detección del mismo en la cadena productiva o en los sistemas de control de calidad (en nuestro caso, reactivos en la sangre). Sin embargo, los mentados tests son falibles y consecuentemente, los daños se siguen provocando. Es por ello por lo que el periodo ventana viene conformado por aquel perjuicio irrogado por defectos en el producto, localizables en el momento de su causación, pero que por las limitaciones de las técnicas de detección, éste no se ha podido evitar¹¹³⁸.

Un ejemplo claro de este concepto de periodo ventana, que ya ha sido brevemente mencionado con anterioridad, fue el de los contagios de Hepatitis C producidos tras la generalización y comercialización de los reactivos de primera

criterio de las expectativas razonables del consumidor (*Consumer – Expectations Test*). Si el riesgo es conocido e inevitable, la discusión se centrará en temas como la conveniencia de haber puesto el producto en circulación (a la vista de los costes y beneficios asociados a su consumo); la aceptación por sus destinatarios de un producto cuyos riesgos ya conocían y que, consecuentemente no defraudaba las expectativas legítimas de seguridad; en si, tratándose de riesgos no reconocibles por la mayoría de los usuarios, el fabricante debería o no haber suministrado más o menos advertencias”. SALVADOR CODERCH, Pablo y SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto ... op. cit.*, página 42.

¹¹³⁸ PLAZA PENADÉS lo explica del siguiente modo “Y el segundo problema es el derivado del llamado <<periodo ventana>>; esto es, aquel periodo de tiempo en el que no se sabía que la enfermedad se podría transmitir por sangre o que, aun sabiéndolo, no se conocía o no existía sustancia o procedimiento reactivo adecuado para determinar si la sangre estaba o no infectada por el virus causante de tan dramáticas enfermedades. La proyección jurídica de la existencia del <<período ventana>> para estas enfermedades se concreta en el tratamiento legislativo que ha recibido la <<teoría de los riesgos de desarrollo>>; de la que no se dice nada en la LGDCU, mientras que en la legislación de producto defectuoso se establece, como regla general, la exoneración de responsabilidad al productor, fabricante o persona que interviene en el control del producto defectuoso por los daños causados por el producto cuando en el momento de su consumo o puesta en circulación <<el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes>> no permitía apreciar la existencia del defecto; por entender que en el fondo se trata de un supuesto de fuerza mayor al ser imprevisible e inevitable”. PLAZA PENADÉS, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 175. No obstante, y aunque lo trataremos en el momento correspondiente, un contagio en este estadio no implica necesariamente que deba ser reprochado, siempre y cuando se den los siguientes requisitos, entendiéndose que la víctima en estos casos asume el riesgo: por un lado, las medidas mínimas de control e higiene exigidas en el momento de los hechos (no limitándose a las legalmente establecidas), la existencia de una necesidad real de practicar la transfusión (y que además no exista ningún otro tratamiento posible) y finalmente, la información al paciente (o familiares, en virtud de las circunstancias), destacándose los riesgos que éste asume al transfundírsele.

generación, en 1990. Si bien éstos eran eficaces, tenían ciertos márgenes de error, por lo que la posibilidad de una contaminación no era algo extraordinario.

11. Los efectos del mentado periodo ventana fueron mitigados con los reactivos de segunda generación, que se comercializaron a partir de julio de 1992, no obstante los cuales, la técnica aún no se encontraba lo suficientemente desarrollada como para evitar todas las inoculaciones. Hubo de aguardarse hasta el año 1994 para que se elaboraran los reactivos de tercera generación, que redujeron el margen de error a un porcentaje mínimo, dándose así por finalizado el periodo ventana¹¹³⁹.

4. Normativa aplicable.

1. Efectuaremos una sucinta mención a la normativa existente en materia de sangre y hemoderivados, destacando las diferencias legislativas entre el ámbito privado y público.

No obstante, de manera genérica y siendo aplicables a ambos escenarios, se encuentran el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se fijan los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión¹¹⁴⁰; junto con el Real Decreto 1591/2009, por el que se regulan los productos sanitarios¹¹⁴¹. Ambos conforman la legislación aplicable, tanto a los enjuiciamientos contra entes públicos, como privados.

Por su parte, y en el aspecto privado de la responsabilidad por contagios transfusionales, tenemos el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Resulta destacable en este texto legislativo, que a diferencia de lo que ocurrirá en la normativa que regula los centros públicos en esta materia, no contempla la exoneración de responsabilidad en relación al estado del conocimiento/ciencia o riesgos del desarrollo en dos escenarios: cuando el daño ha sido provocado por medicamentos o por alimentos, tal y como se recoge en el artículo 140.3.

¹¹³⁹ Al igual que en la Hepatitis C, en el Sida también ocurrió algo similar, con la diferencia de que el periodo ventana fue mucho más discreto, hasta el punto de resultar prácticamente inexistente. Es por ello por lo que, a pesar de que los primeros reactivos del VIH podían tener limitaciones, éstos eran de menor entidad en comparación con las de los tests de detección de la Hepatitis C.

¹¹⁴⁰ Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión.

¹¹⁴¹ Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios.

2. No ocurre lo mismo en el sector público, en cuya regulación, establecida por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹¹⁴², artículo 141.1, nada se señala a este respecto; estableciéndose la ausencia de responsabilidad en aquellos casos en los que las limitaciones de los conocimientos científicos no permitían prever los futuros efectos dañosos del producto o servicio en cuestión.

No procede que ahondemos excesivamente en esta idea, dado que la utilización de una u otra normativa resultará clara a lo largo del análisis fenomenológico, eludiendo el hecho de que dada la fecha de algunas resoluciones, es posible que éstas aludan a normativas derogadas y por ello no mencionadas aquí.

¹¹⁴² Modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III. LÍNEA DOCTRINAL MAYORITARIA SEGUIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE CONTAGIOS TRANSFUSIONALES DE SIDA Y HEPATITIS C.

Tal y como hemos señalado líneas atrás, no sería conveniente que desarrollásemos un estudio individualizado y exhaustivo de todas y cada una de las resoluciones que analizan los contagios transfusionales, tanto de VIH como de VHC, ya que existe una marcada línea doctrinal que ha seguido la jurisprudencia y de la que pocas sentencias se han apartado. De elaborarse este análisis de la manera en la que acostumbramos, éste sería repetitivo y poco esclarecedor, no en vano, debemos tener presente que la práctica totalidad de casos cuentan con una argumentación casi idéntica. Entendemos que el aporte del estudio en particular sería mínimo y que significaría una lectura ardua y tediosa, que desdibujaría la pretensión esclarecedora del capítulo. Por todo ello vamos a limitar nuestro estudio a dos únicas resoluciones de cada Sala (Sala Primera y Sala Tercera), en las que se observe la línea general marcada por el Tribunal Supremo a fin de enjuiciar las transmisiones de Sida y Hepatitis C, en las que el daño se produjo con anterioridad a la fecha del descubrimiento y comercialización de los reactivos.

Es por ello por lo que vamos a acudir a las sentencias que hemos considerado más representativas, a pesar de que ello conlleve, en el caso de la Sala Primera, retrotraernos a una de fecha anterior a la década objeto de análisis, concretamente a 1997.

1. El primero de los casos, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997¹¹⁴³, es un supuesto en el que D. Gerardo fue tratado con un hemoderivado en 1983, siéndole diagnosticada escaso tiempo después una Hepatitis no A no B (Hepatitis C), que degeneró en una cirrosis. Como consecuencia de la misma se le recomendó en 1989 someterse a un transplante, el cual no se le practicó, porque en las pruebas analíticas preoperatorias le fue hallado VIH. La imposibilidad de tratamiento entrañó el fallecimiento del paciente en 1990¹¹⁴⁴.

¹¹⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997, Sala Primera, recurso 892/1993, ponente Almagro Nosete.

¹¹⁴⁴ Debemos señalar que el presente litigio resultó admitido, a pesar de que el contagio fuera anterior a la fecha del descubrimiento de ambos reactivos (VIH y VHC), y que sin embargo, no ha sido incluido en nuestro estudio de excepciones por una cuestión tan simple como la temporalidad. Si hemos acudido a

Realizando el obligado comentario al *iter* procesal del litigio, conviene señalar que en primera instancia las pretensiones de la parte actora fueron inadmitidas, para ser parcialmente admitidas en apelación. En base a las mencionadas circunstancias, la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La normativa vigente en el momento era la Orden Ministerial de 24 de octubre de 1979, que exigía que la sangre transfundida fuese examinada en relación a enfermedades como la sífilis y la Hepatitis B, pero nada se señalaba sobre la Hepatitis C o el Sida.

Da la casualidad de que en la presente controversia D. Gerardo fue tratado con un hemoderivado tras una operación, desconociéndose el grado de necesidad de dicha práctica médica, a lo que conviene añadir que no fue informado sobre los riesgos que asumía como consecuencia de la mencionada terapia. En 1983 se tenía plena constancia de que existía una variante de la Hepatitis aún no clasificada, de la que se conocían sus vías de transmisión, de forma que el paciente debía ser informado sobre estos extremos, algo sobre lo que incide el juzgador "En el supuesto que se examina no se ha alegado, ni menos intentado acreditar, que la hemartrosis -derrame de sangre en una articulación- padecida por el Sr. Gerardo determinara un riesgo vital o de grave e irreversible empeoramiento en su salud para el paciente, ni que careciera de alternativa terapéutica la transfusión practicada, lo que, desde luego, no resulta "prima facie" de los hechos conocidos, valorados desde el nivel de conocimientos del profano; tampoco consta en autos, ni se ha aducido, que, previamente a prestar su consentimiento para recibir por vía parenteral un hemoderivado favorecedor de la coagulación, cual es la protrombina, fuera informado el referido enfermo de los serios riesgos que ello implicaba para su salud e incluso para su vida. La responsabilidad del "Institut Català de la Salut" deriva del actuar y omitir culposos, con culpa profesional, de más rigurosa exigibilidad, de sus facultativos al realizar una intervención médica de alto riesgo sin que ello fuera necesario e ineludible -cuando menos, no se ha probado otra cosa, lo que ha de perjudicar al I.C. S., sobre quien pesa la carga de probar el adecuado cumplimiento contractual-, y sin advertir previamente al paciente de los riesgos de la misma, de los que se presentarían en caso de no realizarla y de las posibles alternativas terapéuticas, con lo que asumieron los riesgos por sí, en el lugar del enfermo llamado a prestar su

esta resolución es porque, además de resultar aclaratoria y representativa, aborda la problemática de las dos dolencias, tanto del VIH como de la Hepatitis C.

consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible; en estos términos se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992”¹¹⁴⁵.

De las afirmaciones del Alto Tribunal comprobamos cuáles son los principios que deben observarse en el enjuiciamiento de contagios transfusionales anteriores al descubrimiento de los reactivos capaces de detectar las patologías del VIH y la Hepatitis C. Se parte de que toda contaminación anterior al hallazgo, bien de la enfermedad, bien de los tests de detección, no conforma un daño antijurídico; por lo que no daría lugar a responsabilidad y el paciente tendría el deber de soportarlo. Sin embargo, caben excepciones a esta regla general, dado que para que el supuesto no fuese reprochado, la transfusión debía ser absolutamente necesaria, esto es, sería la única terapia posible. También se debía facilitar al paciente una información detallada sobre los posibles daños a los que se exponía al someterse a esta terapia, para que el riesgo fuese asumido por éste y no por el centro sanitario o los facultativos. De no cumplirse estas dos reglas, además de la relativa a la *lex artis* en todas las actuaciones, el perjuicio sería indemnizable y nos hallaríamos ante una excepción a la regla general; las cuales tal y como veremos, son limitadas¹¹⁴⁶.

De las palabras del Alto Tribunal se desprende que en el presente asunto concurrieron una serie de circunstancias que hicieron que el caso fuese objeto de reproche, a pesar de que no resulte habitual, de acuerdo con la línea doctrinal seguida por el Tribunal Supremo.

En primer lugar, se desconoce si la afección que sufrió el paciente era de tal gravedad como para requerir una transfusión. Es decir, dado que se tenía pleno conocimiento de la peligrosidad que acarreaba esta práctica médica, ésta debía limitarse al menor número de casos posibles. Una actuación contraria a estos principios comportaría la adopción de un riesgo innecesario por parte del facultativo.

En segundo lugar nos encontramos con el factor información, que de acuerdo con lo señalado por el juzgador, supone una obligación por parte del médico y/o del

¹¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997... *op. cit.*

¹¹⁴⁶ Opinión compartida por SEUBA TORREBLANCA cuando afirma “Concretamente, en materia de uso de sangre y hemoderivados, las advertencias para obtener el consentimiento informado del paciente deberían comprender la posibilidad de contagio por causa de la transfusión o del producto sanguíneo, así como su probabilidad, las reacciones adversas que se pueden derivar, los daños concretos que se pueden producir, la existencia o no de alternativas terapéuticas y la posibilidad de realizar transfusiones autólogas, caso este último que se limitaría a las intervenciones planificadas. Toda esta información, como ha destacado una abundante doctrina al respecto, se tiene que facilitar mediante explicaciones sencillas y entendedoras, realizadas en términos comprensibles, permitiendo que el paciente formule preguntas y obtenga respuestas concretas”. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas ... op. cit.*, página 160.

centro hospitalario. Dicho cometido consiste en informar de la terapia a la que se le va a someter al paciente, así como de sus riesgos, que en este caso son los contagios transfusionales. La falta de cumplimiento de ese requisito ocasiona una omisión informativa grave, así como la no traslación del riesgo¹¹⁴⁷.

2. La segunda resolución seleccionada como ejemplo de la tónica general seguida por el Alto Tribunal, es la sentencia del Tribunal Supremo 5 de diciembre de 2007¹¹⁴⁸. En este litigio D. Adolfo requirió una transfusión sanguínea que le fue practicada en 1982, a fin de paliar la anemia que sufrió como consecuencia de una intervención. Tras la cirugía y la transfusión, prosiguieron los tratamientos habituales de la enfermedad, hasta que en 1991 se le iba a realizar un autotransplante de médula, que fue suspendido porque se le diagnosticó de VIH en una biopsia. Finalmente D. Alfonso feneció a consecuencia, tanto del VIH, como de la imposibilidad de tratar el padecimiento que antes le afectaba.

Las pretensiones de la víctima (y de sus herederos después de su fallecimiento), fueron inadmitidas en primera instancia y en apelación, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

En el año en el que se produjo el contagio en cuestión, la única obligación de control que se establecía sobre la sangre era la relativa a sífilis y Hepatitis B, tal y como evidenciaba el litigio anterior. En 1982 se conocía la enfermedad del Sida, pero no fue hasta abril de 1985 cuando comenzaron a utilizarse los primeros reactivos, a los efectos de detectarla. Estimamos que el presente daño podía llegar a considerarse inevitable, pero no imprevisible. Ambas características lo tornan irreprochable, previo despliegue de todos los medios y cautelas necesarias. Así parece entenderlo el Tribunal Supremo cuando afirma “La apreciación de la responsabilidad patrimonial de la Administración está sujeta a un criterio de imputación consistente en que el perjudicado no esté obligado a soportar las consecuencias dañosas de la actividad administrativa, toda vez que responsabilidad objetiva no significa, en contra de lo que la parte recurrente parece suponer, ausencia de todo criterio de imputación, sino sólo la no exigibilidad de

¹¹⁴⁷ Parece necesario justificar el por qué de la inclusión de esta sentencia en el apartado que hemos calificado como “regla general”, sobre todo teniendo presente que esta resolución indemniza una doble inoculación de VIH y VHC en 1983. Lo cierto es que si hemos acudido a la misma, es por su carácter esclarecedor, dado que trata los puntos más relevantes en materia de discriminación del reproche. Esto es, hemos optado por esta controversia porque, aunque rompe el esquema general, sienta los pilares básicos de la responsabilidad de las contaminaciones anteriores a la fecha del descubrimiento y generalización de los reactivos.

¹¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007, Sala Primera, recurso 3823/2000, ponente Xiol Ríos.

criterios de imputación de carácter subjetivo fundados en el dolo o culpa del causante del daño. Este criterio de imputación, exigido hoy por la Ley siguiendo el rastro jurisprudencial, no concurre en aquellos casos en que el paciente debe soportar los llamados riesgos del progreso, cuando los daños 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 existentes en el momento de producción de aquéllos”, según prevé expresamente el artículo 141.1 de la LRJyPAC, a la cual pertenecen los preceptos legales que la parte recurrente considera infringidos. La jurisprudencia interpreta este precepto en el sentido de que comprende los casos en los que el contagio por transfusión se produjo con anterioridad a la disponibilidad de los reactivos para la práctica de las pruebas del SIDA, siempre que se hayan adoptado las medidas exigidas en su momento, con arreglo al estado de la técnica, en torno a la obtención y tratamiento del plasma, la comprobación de su posible comprobación y el diagnóstico y adecuado tratamiento de la enfermedad, como ocurre en el caso enjuiciado”¹¹⁴⁹.

De las palabras del juzgador se desprende la irreprochabilidad del daño irrogado, porque las precauciones de la época fueron sobradamente respetadas, tanto por parte del facultativo como del centro sanitario. Entendemos que la transfusión fue una medida necesaria a adoptar por parte del médico, ya que no había otra alternativa, así como que el paciente fue debidamente informado de los riesgos a los que se exponía con la terapia a la que iba a ser sometido¹¹⁵⁰.

Del análisis del presente asunto parece poder inferirse, que al cumplirse todos los requisitos mínimos estudiados en el primero de los supuestos, el reproche del mismo resulta imposible, a pesar de que las circunstancias de éste sean especialmente llamativas.

Con el estudio de estas dos resoluciones nuestra pretensión ha sido acercarnos a la doctrina seguida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de contagios

¹¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007 ... *op. cit.*

¹¹⁵⁰ SEUBA TORREBLANCA evidencia la relevancia de que la transfusión deba ser el único tratamiento posible “Dado el estado de los conocimientos, tendrá que considerarse como negligente aquella actuación en la que se optó por recurrir el uso de transfusiones o productos sanguíneos cuando éstos no eran imprescindibles, es decir, cuando existían medios alternativos de tratamiento. Y ello por razón simplemente del gran riesgo que se crea en la persona que los recibe. Habitualmente, asimismo, suelen coincidir los casos en los que hay un <<abuso>> a optar por esta práctica terapéutica y los casos en que el paciente no ha alcanzado un conocimiento pleno sobre los riesgos de estos productos y técnicas”. Este autor destaca la idea que ya barajaba la resolución anterior, dado que se conocía la peligrosidad que entrañaba una transfusión sanguínea, acudir a la misma debía ser la última *ratio*. De no ser así (de existir un tratamiento alternativo), la utilización de ésta hubiese sido arbitraria y se habría creado un elevado riesgo innecesario. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas* ... *op. cit.*, página 255.

transfusionales, y más concretamente, en contaminaciones que se dieron en estadios de la ciencia anteriores al descubrimiento de los reactivos o sistemas de detección del Sida y la Hepatitis C¹¹⁵¹.

3. Comenzamos el estudio de las resoluciones de la Sala Tercera con la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2006¹¹⁵², en la que D^a. Marisol, como consecuencia de una intervención a fin de corregir una dolencia cardíaca, tuvo que recibir una transfusión de sangre en 1989. Tres años después, en 1992, le fue diagnosticada Hepatitis C, conociéndose como única vía de contagio la transfusión.

Las pretensiones de la parte actora fueron inadmitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual ésta recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El litigio se presenta sencillo, en la medida en que, a pesar de que la contaminación se produjo en una época muy cercana a la del descubrimiento de los reactivos de detección del VHC, lo cierto es que éstos aún no habían sido comercializados. No había posibilidad alguna de que la sangre que le iba a ser transfundida a la paciente fuese testada, sin olvidar por supuesto el conocido periodo ventana, por el cual, incluso de haberse producido la transmisión con carácter posterior a la generalización de los métodos de detección, ésta hubiese podido llegar a no ser indemnizable. Sin embargo, no nos encontramos ante esta tesitura, sino que en su lugar el daño se dio en un estadio anterior al del descubrimiento de los tests de detección de la Hepatitis C, por lo que las posibilidades de analizar la sangre en busca del VHC eran nulas. Sobre este mismo aspecto trata el juzgador, a los efectos de no reprochar el

¹¹⁵¹ Con una finalidad meramente exhaustiva, citaremos todas las resoluciones dictadas sobre esta temática, que debido a su carácter regular no vamos a analizar de manera individual. En lugar de dividir las controversias en salas, las vamos a clasificar por la afección transmitida, por lo que procederemos en la presente cita a señalar cuáles son las sentencias que se dictaron en materia de VIH y en otra, haremos lo propio con la Hepatitis C. Se sitúan en la misma dinámica, esto es, no quebrantan la regla general establecida en materia de contagio de VIH, los siguientes litigios: sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2001 (Sala Tercera, recurso 8237/1997, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2003 (Sala Tercera, recurso 7926/1998, ponente Peces Morate), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2003 (Sala Tercera, recurso 208/2002, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2004 (sala Tercera, recurso 528/2000, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2004 (Sala Tercera, recurso 6279/1999, ponente Trillo Torres), sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2004 (Sala Tercera, recurso 2168/1999, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2004 (Sala Tercera, recurso 1254/2000, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004 (Sala Tercera, recurso 2191/2000, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2004 (Sala Tercera, recurso 2911/2001 ponente Robles Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2005 (Sala Tercera, recurso 7791/2002, ponente Robles Fernández) y sentencia del tribunal supremo de 5 de diciembre de 2007 (Sala Primera, recurso 3823/2000, ponente Xiol Ríos).

¹¹⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2006, Sala Tercera, recurso 279/2002, ponente Puente Prieto.

perjuicio “Por ello, las contaminaciones producidas por transfusiones de sangre practicadas con anterioridad no generan responsabilidad para la Administración sanitaria ya que el daño sufrido no es antijurídico según establece el *141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1.999, de 13 de enero*, y así lo ha interpretado esta Sala encontrándose la cláusula de los riesgos del progreso incorporada al ordenamiento comunitario europeo desde la *Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1.985*, traspuesta a nuestro ordenamiento interno antes que por el *artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico en la modificación introducida por Ley 4/1.999, de 13 de enero*, por el *artículo 6.1.e) de la Ley 22/1.994, de 6 de julio*, aunque también viniera siendo utilizada con anterioridad por la jurisprudencia para definir como no antijurídico el daño cuando se había hecho un correcto empleo de la “lex artis”. Y es que efectivamente, como recogemos en Sentencia de 17 de octubre de 2.001 (recurso 8.237/1.997) resultaba imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus C de la Hepatitis, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo tal transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquélla y ésta se realizasen para atender al restablecimiento de su salud, por cuya razón ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración ...”¹¹⁵³.

De las palabras del Alto Tribunal se colige la imposibilidad de detectar la patología que le fue contagiada a la paciente, por lo que la antijuridicidad del daño se encuentra en entredicho. A esta cuestión es necesario añadir el pleno cumplimiento de las obligaciones informativas, y que de las circunstancias del supuesto se desprende que la transfusión era la única forma de tratamiento posible.

La argumentación seguida por la Sala Tercera resulta muy similar a la de la Sala Primera, en la medida en que se centra en los mismos patrones.

4. Esta última afirmación puede apoyarse en la siguiente resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2001¹¹⁵⁴. En esta controversia D^a. Carmen, tras

¹¹⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2006 ... *op. cit.*

¹¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2001, Sala Tercera, recurso 1406/1997, ponente Peces Morate.

sufrir un aborto espontáneo en 1982, tuvo que ser sometida a una transfusión, como consecuencia de la sangre perdida. Un año después, por presentar un cuadro de malestar físico, se le practicó un análisis de sangre, en el que se le diagnosticó de Hepatitis no A no B (Hepatitis C), de origen transfusional.

Conviene apuntar que en el momento del enjuiciamiento no se contaba con todos los libros de registro de donaciones, algo que motivó un voto particular, a pesar de que sí se tuvo conocimiento de que uno de los donantes fue diagnosticado de Hepatitis C con carácter posterior. No obstante, la fecha en la que existió sospecha sobre la indisposición del donante fue en una etapa posterior a la de la transfusión que recibió la paciente, por lo que resultaría imposible que la sangre contaminada del mismo le hubiese sido transfundida.

En base a estos hechos la enferma pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda estimada en instancias inferiores, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este escenario es similar al del litigio anteriormente estudiado, en el que el contagio se produjo en un estadio previo al del descubrimiento y uso de los reactivos para la detección de la Hepatitis C, en virtud de lo cual, la posibilidad de diagnosticar la mencionada afección en las unidades de sangre donadas, era prácticamente imposible.

Así parece apuntarlo el Tribunal Supremo cuando señala “Esta Sala del Tribunal Supremo, a partir de su Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (recurso de casación 7541/1996), viene considerando (Sentencias de 10 de febrero y 19 de abril de 2001, entre otras), en armonía con la doctrina de la Sala Cuarta de este mismo Tribunal Supremo recogida, en sus Sentencias de 22 de diciembre de 1997 (recurso 1969/93), 3 de diciembre de 1999 (recurso 3227/98), 5 de abril de 2000 (recurso 3948/98) y 9 de octubre de 2000 (recurso 2755/99), que, cuando el virus VHC ha sido inoculado con anterioridad a su aislamiento (hallazgo ocurrido siete años después de la transfusión de sangre a la que es achacable en este caso el contagio), no era posible detectar su presencia en la sangre transfundida, de manera que en esos supuestos no resulta exigible a la institución sanitaria responsabilidad patrimonial alguna por la contaminación sufrida, salvo que hubiera sido dicha sangre donada por un enfermo diagnosticado de Hepatitis no A no B, pues, si no se había aislado el virus VHC y no existían marcadores para detectarlo, la infección no puede considerarse una lesión o daño antijurídico porque

el riesgo de soportarlo recae sobre el paciente”¹¹⁵⁵.

El Alto Tribunal vuelve sobre sus propios pasos, por los cuales toda inoculación previa a la fecha de generalización de los sistemas de detección, no comporta un daño antijurídico, salvo que la necesidad de la transfusión no fuese vital y existiese algún otro tratamiento paralelo, o que el paciente no hubiese sido informado de los riesgos que asumía¹¹⁵⁶.

No procede que ahondemos más en esta cuestión, dado que sería repetitiva, a pesar de que sí que debemos subrayar la existencia de un voto particular. Lo primero a destacar es que éste no menciona una posible doctrina alternativa que varíe la naturaleza del daño no antijurídico en este tipo de casos. La dirección de la argumentación del ponente gira en torno a la pérdida de documentos antes mencionada, que alega el recurrente. Considera éste, que al concurrir un hecho de este carácter, nos encontraríamos ante una imposibilidad probatoria por parte del hospital y consecuentemente, la *lex artis* no debería presumirse en sus actuaciones¹¹⁵⁷. A pesar de que se ha señalado de soslayo la argumentación del voto particular, éste no pasa desapercibido, al poder observarse una problemática relevante. Dada la limitación de medios existentes en materia de control de contagios, tenemos constancia de que existían otros métodos de prevención, entre los que se encontraba el férreo control sobre el origen de la unidad de donación. Es por ello por lo que podría estimarse que la pérdida del registro de la bolsa transfundida a D^a. Carmen, puede calificarse como una falta de cumplimiento de las obligaciones debidas y un aumento innecesario del riesgo, pudiendo incluso llegar a barajarse una posible condena indemnizatoria, basada únicamente en esa circunstancia, tal y como evidencia el voto particular de la sentencia.

Con la presente resolución finalizamos este apartado, cuya finalidad era hallar y analizar la línea maestra seguida por el Tribunal Supremo ante transmisiones de VIH o

¹¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2001 ... *op. cit.*

¹¹⁵⁶ Lo cierto es que, a pesar de que en principio existe una amplia aceptación de la doctrina general existente en materia de contagio transfusional, y concretamente, de Hepatitis C; ello no es óbice para que sigan existiendo voces discordantes, como la de PELAYO PARDOS, que aboga por el derecho de las víctimas contagiadas de VHC por terapias transfusionales a obtener una indemnización. PELAYO PARDOS, Santiago, “La Hepatitis C y la Sala III del Tribunal Supremo” en *Actualidad del Derecho Sanitario*, n° 70, 2001, pps. 206 a 209.

¹¹⁵⁷ El voto particular estima que existe una antijuricidad patente en los hechos, al haberse permitido que una persona enferma de Hepatitis C donase sangre, saltándose los controles del sistema preestablecido. Ahora bien, podemos encontrar una posible justificación para este descuido en la fecha en la que se dan los hechos, ya que los conocimientos que se tenían sobre la Hepatitis C eran limitados y quizás tampoco se percibía la manifestación de sus síntomas, o bien, no se identificaron debidamente y a tiempo.

¹¹⁵⁸ En aras de una mayor exhaustividad, al igual que se hizo en materia de VIH, vamos a citar todas las controversias de la década objeto de análisis, dictadas sobre contagios de Hepatitis C: sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2000 (Sala Tercera, recurso 1440/1995, ponente Corbal Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 1 de enero de 2001 (Sala Tercera, recurso 6553/1997, ponente Peces Morate), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2001 (Sala Tercera, recurso 6806/1996, ponente Peces Morate), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2001 (Sala Tercera, recurso 9345/1996, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2001 (Sala Tercera, recurso 1108/1997, ponente Álvarez – Cienfuegos Suárez), sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2001 (Sala Tercera, recurso 5097/1997, ponente Peces Morate), sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2001 (Sala Tercera, recurso 8397/1997, ponente Álvarez – Cienfuegos Suárez), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2001 (Sala Tercera, recurso 7126/1997, ponente Sieira Míguez), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2001 (Sala Tercera, recurso 9995/1997, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2001 (Sala Tercera, recurso 10032/1997, ponente Álvarez – Cienfuegos Suárez), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2001 (Sala Tercera, recurso 10307/1997, ponente Álvarez – Cienfuegos Suárez), sentencia del Tribunal de 26 de febrero de 2002 (Sala Tercera, recurso 925/2001, ponente Mateo García), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002 (Sala Tercera, recurso 5428/1998, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2002 (Sala Tercera, recurso 4372/1998, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2002 (Sala Tercera, recurso 5748/1998, ponente Peces Morate), sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2003 (Sala Tercera, recurso 7208/1998, ponente Sieira Míguez), sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2003 (Sala Tercera, recurso 8307/1998, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003 (Sala Tercera, recurso 9783/1998, ponente Sieira Míguez), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2003 (Sala Tercera, recurso 10451/1998, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2003 (recurso 11317/1998, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2003 (Sala Tercera, recurso 11716/1998, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2003 (Sala Tercera, recurso 163/1999, ponente Sieira Míguez), sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2004 (Sala Tercera, recurso 2652/1999, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2004 (Sala Tercera, recurso 2474/2000, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2004 (Sala Tercera, recurso 6229/1999, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2004 (Sala Tercera, recurso 8634/1999, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2004 (Sala Tercera, recurso 196/2000, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004 (Sala Tercera, recurso 7798/1999, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2004 (Sala Tercera, recurso 1380/2000, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2004 (Sala Tercera, recurso 2460/2000, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2004 (Sala Tercera, recurso 6261/2000, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2004 (Sala Tercera, recurso 5109/2000, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2004 (Sala Tercera, recurso 6954/2000, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2004 (Sala Tercera, recurso 4087/2000, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004 (Sala Tercera, recurso 1306/2001, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004 (Sala Tercera, recurso 6046/2000, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005 (Sala Tercera, recurso 7191/2000, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2005 (Sala Tercera, recurso 6718/2000, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2005 (Sala Tercera, recurso 1077/2001, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2005 (Sala Tercera, recurso 4283/2001, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2005 (Sala Tercera, recurso 4451/2001, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2005 (Sala Tercera, recurso 1379/2000, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2005 (Sala Tercera, recurso 468/2004, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006 (Sala Tercera, recurso 4301/2001, ponente Herrero Pina), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 (recurso 3560/2002, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 (Sala Tercera, recurso 4674/2002, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 (Sala Tercera, recurso 4881/2002, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006 (Sala Tercera, recurso

1. Excepciones en materia de Hepatitis C.

1. Contagios reprochados en transfusiones practicadas antes de la existencia de reactivos de detección.

a) Cuestiones fácticas que justifican el reproche.

1. La primera resolución que será analizada en este apartado fenomenológico es la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007¹¹⁵⁹. Haremos una mención somera de los hechos del asunto que nos ocupa, ya que lo que resulta de mayor relevancia es la fecha de la transfusión y no tanto las circunstancias que la motivaron. En este caso D^a. Carina acudió al hospital de su localidad, en octubre de 1989, aquejada de un embarazo extrauterino, requiriendo ser intervenida y también transfundida, como consecuencia de la sangre perdida. En total se le transfundieron cuatro unidades sanguíneas, las cuales provenían de cuatro donantes distintos, dos de ellos conocidos (se tenía constancia de su buen estado de salud) y otros dos sin identificar (y por supuesto, sin poder garantizar este último punto).

Años después a D^a. Carina le fue practicado un análisis de sangre y se le diagnosticó de Hepatitis C, tratándose además de un subtipo de Hepatitis que es habitual en drogodependientes. No existía ningún otro factor de riesgo en la paciente, salvo la mencionada transfusión.

1579/2003, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006 (Sala Tercera, recurso 488/2003, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006 (Sala Tercera, recurso 9317/2003, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2006 (Sala Tercera, recurso 3790/2002, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007 (Sala Tercera, recurso 5504/2002, ponente Herrero Pina), sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2007 (Sala Tercera, recurso 6887/2003, ponente Robles Fernández), sentencia de Tribunal Supremo de 18 de abril de 2007 (Sala Tercera, recurso 117/2003, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007 (Sala Tercera, recurso 1317/2003, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2007 (Sala Tercera, recurso 6354/2002, ponente Robles Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2008 (Sala Tercera, recurso 1785/2004, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2009 (Sala Tercera, recurso 89/2009, ponente Menéndez Pérez) y sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 (Sala Tercera, recurso 1469/2008, ponente Menéndez Pérez).

¹¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007, Sala Tercera, recurso 273/2003, ponente Puente Prieto.

Ante las mentadas circunstancias D^a. Cariña pretendió el resarcimiento por el contagio sufrido, siendo sus pretensiones inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El año en el que se le practicó la transfusión a la paciente fue 1989, poco antes del descubrimiento de los sistemas de aislamiento, a pesar de que ya se conocía la Hepatitis C. Podría considerarse que se trata de un supuesto de hecho en el que la enfermedad es ilocalizable, y que de acuerdo con la tónica general seguida por el Tribunal Supremo, el daño sufrido por la paciente no sería antijurídico y ésta debería soportarlo. Sin embargo, el juzgador realiza un viraje doctrinal y reprocha el perjuicio en cuestión. Ahora bien, no se trata de una actuación arbitraria por parte del Alto Tribunal, sino que tiene una justificación lógica y fundamentada: la falta de identificación de dos de las cuatro unidades de sangre.

Se tiene constancia fehaciente de que dos de las bolsas transfundidas tenían donantes desconocidos y se ignoraba el estado en el que se podía encontrar la sangre. Este dato es relevante, en la medida en que en el presente litigio nos encontramos a las puertas del hallazgo de los reactivos capaces de detectar el virus de la Hepatitis C, por lo que el conocimiento de la enfermedad se encontraba bastante desarrollado y se sabía a ciencia cierta que una de las vías de contaminación eran las transfusiones. A pesar de que ésta no podía localizarse en la sangre, existían métodos de prevención más o menos desarrollados, que permitían tener un mínimo de control sobre la sangre que iba a ser transfundida. Uno de ellos, y de hecho el de mayor difusión, era el seguimiento de los donantes, concretamente de sus hábitos de vida y su estado de salud. Ante la menor sospecha, el donante era excluido de las listas y su sangre era retirada, de ahí la relevancia del etiquetado.

No es extraño llegar a la conclusión de que en este asunto estas reglas mínimas de seguimiento no fueron respetadas, no sólo porque se desconocía el origen de dos de las unidades transfundidas (lo que ya supone una negligencia evidente), sino porque además la variante de VHC de la que fue contagiada D^a. Carina, es la que sufren los drogodependientes o personas contagiadas por los mismos. Este último punto es una muestra evidente de falta de control e inexistencia de un sistema de cribado lo suficientemente fiable, ya que se había permitido donar sangre a personas que, o bien eran drogodependientes, o bien estaban en contacto con las mismas¹¹⁶⁰.

¹¹⁶⁰ Sobre este aspecto concreto se pronuncia SEUBA TORREBLANCA “El criterio de probabilidad en sede de sangre contaminada es muy importante porque permite considerar acreditada la relación causal en

El Tribunal Supremo parece mostrarse de esta misma opinión cuando afirma “...la conclusión es que el genotipo de la enfermedad de la hepatitis C que padece la recurrente tuvo su origen en las transfusiones no identificadas que obedecen al contagio de una sangre perteneciente a pacientes drogodependientes, lo que implica un indebido control de las normas que regulan la hemodonación. El centro de la cuestión, por lo tanto, lo constituye, no la falta de antijuricidad del daño derivado de una transmisión de VHC antes de la fecha en que se descubrieron los marcadores que permitían la identificación del virus de la hepatitis C, sino en determinar si, efectivamente, y por parte de los servicios sanitarios públicos se adoptaron las medidas necesarias para el control de la obtención de la sangre humana y sus componentes y la posterior administración de la misma a la interesada”. Y añade “De todo ello se deduce que en el presente caso, y partiendo de la afirmación de la sentencia recurrida de que el contagio de la enfermedad fue debida a la transfusión sanguínea realizada en institución sanitaria pública, las condiciones en que la misma se realizó impedían la realización de la transfusión ante la no constancia, en el envase que contenía la sangre transfundida, del donante, de cuya circunstancia, en su caso, y de los riesgos que asumía debió de haber sido alertado el paciente; por ello la práctica de la transfusión de una sangre cuyo origen

supuestos en los que a la víctima le sería muy difícil probarlo. Piénsese, p.e., en el caso de los hemofílicos, que durante muchos años han recibido (sic) múltiples y diferentes productos sanguíneos, o el caso de personas que han recibido muchas transfusiones en el transcurso de su tratamiento. En ambos casos, averiguar qué producto concreto o qué transfusión concreta fue la causante del contagio supondría un obstáculo difícil de superar para el perjudicado, especialmente, además, si se tiene en cuenta la imposibilidad material de realizar análisis sobre los materiales utilizados”. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas ... op. cit.*, página 220. De forma muy semejante opina MÚRTULA LAFUENTE “En la medida en que desde principios de 1983 ya se conocía que la enfermedad del SIDA podía transmitirse por la sangre y que existían determinados grupos de riesgo (como los homosexuales, hemofílicos y drogadictos), debieron extremarse las precauciones a través de una anamnesis detallada del donante (técnica basada en la selección de los donantes a través de un profundo análisis sobre su historial médico mediante un adecuado interrogatorio, incluyendo cuestiones tales como si presenta síntomas o signos de padecer o haber padecido la enfermedad del SIDA o pertenece a alguno de los grupos de riesgo). El hecho de que no existieran test adecuados para detectar la presencia del virus contaminante en la época en la que se realizó (septiembre de 1984) no exonera de responsabilidad a la Administración, en cuanto encargada del servicio público de obtención y suministro de sangre a través de los Bancos de Sangre o simplemente de la prestación de un servicio sanitario que conlleva como tratamiento la transfusión”. MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, “La responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio del virus del SIDA a través de transfusión de sangre [comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de diciembre de 1998]”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, nº 4, 1999, pps. 1713 a 1726; concretamente en página 1722. Observamos que ante la limitación de medios, mantener un control constante y eficaz sobre los donantes y las unidades de sangre resultaba vital, por lo que la falta de cumplimiento de estas obligaciones suponía un reproche. GIMBERT acude al concepto “trazabilidad” de la sangre para garantizar el buen estado de la misma, al permitir la identificación del donante mantener un férreo control sobre su estado de salud y vetarle la posibilidad de donar ante cualquier sospecha; pudiéndose retirar todas las unidades de sangre extraídas al mismo en un periodo de tiempo breve, que permitiría evitar inoculaciones indeseadas. GIMBERT, Bernadette, “Responsabilité médicale et transfusion sanguine”, en *Les Petites Affiches*, nº 27, 1998, pps. 10 a 15; concretamente en página 14.

se desconocía ha de entenderse que constituye una mala praxis médica que convierte el daño ocasionado en antijurídico y por lo tanto, que no ha de ser asumido por el paciente”¹¹⁶¹.

De lo señalado por el Alto Tribunal extraemos que la admisión del recurso no comprende una resolución contraria a la doctrina general elaborada por el mismo, dado que el elemento objeto de reproche no radica en el nexo de unión existente entre la transfusión y la Hepatitis C, o en la antijuridicidad del daño. En lugar de eso, lo que se enjuicia es la falta de adopción de precauciones del hospital, que practicó una transfusión no segura, aun teniendo conocimiento de lo que ello conllevaba; a lo que debemos añadir que la paciente no fue informada. Es por ello por lo que el daño sufrido por la víctima no debe ser soportado por la misma, sino por el centro sanitario¹¹⁶².

No es necesario realizar un gran esfuerzo recordatorio a fin de relacionar esta resolución con una anteriormente estudiada: la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2001. A pesar de la semejanza existente entre ambas resoluciones, lo cierto es que la respuesta judicial no podría ser más divergente. No obstante, no se trata de una arbitrariedad, ya que debemos tener presentes dos cuestiones que estimamos vitales a los efectos de justificar esta actitud. En primer lugar, la variante de Hepatitis C que le fue contagiada a D^a. Carina, y en segundo lugar, la falta de identificación de dos de las unidades de sangre transfundidas, actuaciones ambas contrarias a la *lex artis*¹¹⁶³.

¹¹⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 ... *op. cit.*

¹¹⁶² Debemos tener presente que el Real Decreto 1945/1985, de 9 de octubre, regulaba todo lo relativo a las transfusiones sanguíneas y los bancos de sangre, estableciéndose entre otras cuestiones, las cautelas a adoptar en materia de donaciones y donantes. Concretamente el artículo 5 trataba sobre la inscripción de cada donante en el registro del banco de sangre donde realizase las donaciones. Asimismo, se establecía un sistema de control por medio de una tarjeta identificativa, que podría perderse de no cumplir el donante con las condiciones mínimas de salud para la donación de sangre. Dicha pérdida de condiciones se vería también reflejada en el registro de cada banco de sangre. Lo que se pretendía, en la medida de lo posible, era establecer un sistema de vigilancia que asegurase el buen estado de salud de cada donante y consecuentemente, garantizar la calidad de la sangre. Evidentemente este sistema no era infalible, pero probablemente consiguiese evitar un gran número de contagios por transfusiones de sangre contaminada. Huelga señalar, que en el caso que nos ocupa estas condiciones mínimas no fueron respetadas. En primer lugar, porque se desconocía la identidad del donante, algo inviable dado que existían tarjetas identificativas y registros en cada banco de sangre, y en segundo lugar, porque la sangre se encontraba infectada de una variante de Hepatitis habitual en drogodependientes, lo que pone en entredicho la salud del donante.

¹¹⁶³ Conviene mencionar otro asunto muy similar de un contagio transfusional de Sida que se produjo en el año 1988. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1998 (Sala Primera, recurso 197/1994, ponente Gullón Ballesteros). En esta resolución una paciente recibió una transfusión de cuatro unidades de sangre en el año 1988, habiendo sido las mismas testadas de acuerdo con las necesidades y exigencias de la época, pero encontrándose éstas sin identificar, una medida obligatoria. Este caso fue objeto de responsabilidad en todas las sedes judiciales, desde primera instancia hasta el Tribunal Supremo.

2. Esta vía argumentativa seguida por el Tribunal Supremo no conforma un litigio aislado, sino que podemos llegar a observarla en otras dos resoluciones que tienen este carácter divergente. Encontramos otro ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2004¹¹⁶⁴. En esta controversia D^a. Marí Luz fue contagiada de Hepatitis C tras recibir una transfusión sanguínea en 1989 (de nuevo se trata de una fecha cercana al descubrimiento de los reactivos). La paciente fue indemnizada por el daño sufrido por iniciativa del centro hospitalario, por lo que esa cuestión no será estudiada en el presente supuesto. Lo que sí será objeto de análisis es el derecho de repetición que el sanatorio pretendió contra el banco de sangre proveedor del material contaminado, por la falta de rigor y control en sus actividades.

Las pretensiones indemnizatorias del hospital fueron admitidas en primera instancia y confirmadas en apelación. En virtud de lo cual el banco de sangre recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nos encontramos en la antesala del descubrimiento de los sistemas de detección del VHC en sangre, y sin embargo, a la paciente que fue infectada como consecuencia de una transfusión, se le indemnizó sin mediar acción judicial alguna. En virtud de la mencionada compensación económica, que fue abonada por el centro sanitario que trató a la enferma, el hospital inició una acción de repetición contra el banco de sangre que le facilitó el producto, conformándose una responsabilidad solidaria entre ambos órganos.

De las circunstancias del litigio puede inferirse la concurrencia de algún tipo de negligencia en materia de custodia, tratamiento, control de donantes o conservación de la sangre, ya que a pesar de la inexistencia de métodos de detección de la Hepatitis C, la actividad desplegada por parte del banco de sangre es objeto de reproche; evidenciándose una actitud negligente, al no probar éste la diligencia en sus actividades. Concretamente el Alto Tribunal señala “Sin embargo no puede admitirse, al menos como regla general, que la actividad médica suponga únicamente una obligación de medios y no de resultados, aun cuando en el supuesto que nos ocupa resulte innecesario proceder a la exposición de aquellas actuaciones médicas en que resulta exigible la obtención de un concreto resultado, por cuanto, evidentemente, la función que desarrollan los Bancos de Sangre ha de calificarse de paramédica o sanitaria, lo que como pasamos a exponer no implica una suavización de la diligencia con que la misma

¹¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2004, Sala Primera, recurso 3138/1998, ponente Romero Lorenzo.

ha de ser ejecutada”¹¹⁶⁵. Con esta afirmación el Tribunal Supremo aborda la polémica división de la naturaleza de las actuaciones médicas, y si bien es cierto que no es objeto de estudio en el presente capítulo, también lo es que la distinción es relevante en este asunto. El juzgador parece calificar la actividad de los bancos de sangre como una obligación de resultado (como lo pueden ser los análisis de sangre, la actividad radiológica, etc.), en contraposición al carácter “de servicios” de la actividad médica. A pesar de que en el momento en el que se practicó la transfusión sanguínea no existían medios técnicos para localizar la Hepatitis C, el banco de sangre tenía la obligación de resultado de procurar un mínimo de calidad de las unidades de sangre y plasma, consecuentemente, debía seguir un firme control sobre los donantes y su estado de salud, dado que el conocimiento de la enfermedad se encontraba muy desarrollado. Es precisamente la falta de prueba sobre este extremo la que da lugar al reproche de la actuación del centro proveedor de sangre, tal y como señala el Tribunal Supremo “En tal contexto, ha de tenerse en cuenta que la Audiencia Provincial afirma -como se ha hecho constar en el anterior Fundamento- que al hallarse minuciosamente regulada la materia de donación de sangre y las actividades de los Bancos de Sangre, la valoración de la diligencia debe hacerse a la luz de las normas reglamentarias, que exigen una serie de controles y pruebas que no pueden considerarse practicadas con la rigurosidad y contundencia precisas. En conclusión, la afirmación de la sentencia recurrida acerca de la naturaleza de la responsabilidad de la recurrente, en la que en la argumentación del presente motivo se ha puesto especial énfasis, ha de calificarse de algo accesorio en orden a la imputación a Cruz Roja de los daños causados por la transfusión realizada por "Quinta de Salud la Alianza" que por el Tribunal se realiza con base en la valoración de la prueba practicada”¹¹⁶⁶. El juzgador considera que el banco de sangre no ha llegado a probar que en el desarrollo de sus funciones había alcanzado los niveles de pureza y calidad mínimos¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2004 ... *op. cit.*

¹¹⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2004 ... *op. cit.*

¹¹⁶⁷ En esta misma línea se pronuncia TEJEDOR MUÑOZ, cuando comentando esta resolución señala, “En cuanto a la responsabilidad de la Cruz Roja, está fuera de toda duda, por ser quien suministraba la sangre contaminada y por ser quien había manipulado y confeccionado un producto tan esencial y vital desde su extracción y almacenamiento hasta la puesta a punto para su aplicación”. TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, “Responsabilidad sanitaria. Contagio de hepatitis vírica por transfusión de sangre contaminada”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 81, 2005, pps. 1083 a 1089; concretamente en página 1088. Entendemos que la responsabilidad del banco de sangre proveedor resulta innegable, al no haber cumplido las medidas mínimas de control que se exige en relación a la calidad de la sangre. Asimismo, la responsabilidad de los bancos de sangre viene también avalada por JOURDAIN “Deux enseignements se dégagent de ces arrêts: 1) les centres de transfusion sont tenus d’une obligation contractuelle de sécurité,

Del análisis de esta resolución parece poder deducirse algo muy similar a lo concluido en la anteriormente estudiada: a pesar de la inexistencia de métodos de detección, la falta de cumplimiento de las obligaciones de control implica el reproche del contagio. Se trata de una singularidad clara a la línea general que antes hemos establecido, y que sin embargo, escaparía a las dos excepciones anteriormente mencionadas: la información y la necesidad de la transfusión. No obstante, una visión más profusa de la cuestión evidencia que no nos encontramos ante una tercera vertiente, sino ante una simple vulneración de la *lex artis*, al concurrir un incumplimiento de los deberes básicos, como lo son los sistemas de etiquetado y el chequeo de salud de los donantes.

3. La siguiente controversia también resulta de interés, en la medida en que la condena de la misma se basa nuevamente en una irregularidad, pero ésta no tiene su origen en la falta de cumplimiento de los protocolos debidos del banco de sangre o del hospital, sino en la cuestión informativa. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004¹¹⁶⁸, en la que D. José Augusto fue intervenido de un divertículo de Meckel en 1986, cuando tenía 12 años de edad, requiriendo tras la cirugía una transfusión de sangre, en la que le fue contagiado el virus de la Hepatitis C.

En base a los mencionados hechos, la parte afectada pretendió una indemnización por el daño sufrido. No obstante, su demanda fue desestimada en primera instancia, pero no así su recurso de apelación ante la Audiencia Provincial competente, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Conviene tener presente que la contaminación se produjo en 1986, y que a pesar de que se trata de una fecha lejana a 1990, ya se conocía la existencia de la Hepatitis C, así como de sus vías de contagio. Precisamente porque se contaba con un conocimiento más o menos amplio de la enfermedad y de sus vías de transmisión, existían unas

qui est une obligation de résultat; 2) ils ne peuvent s'exonérer en se prévalant d'un vice indécélable du sang fourni". Esta autora llega a equiparar la función de los bancos de sangre a la de cualquier vendedor o distribuidor, y al ostentar el mentado rol, éste tiene la obligación de responder por el buen estado de la cosa que él suministra; en este caso, al encontrarse la sangre contaminada, no puede ser exonerado de responsabilidad, en la medida en que no ha cumplido sus obligaciones (que la autora caracteriza como de resultado), y no ha garantizado la bondad de sus productos. Afirma esta misma autora en la misma página "Mais à la vérité, peu importe que l'on se refuse à admettre l'existence d'une véritable vente de sang. La <<fourniture>> du sang engendre de toute façon, comme la vente de une chose, une obligation de libération et de garantie contre les vices cachés qui pouraient l'affecter, et surtout une obligation de sécurité quant aux dommages causés *par* le sang fourni". JOURDAIN, Patrice, "Responsabilité civile", en *La Semaine Juridique*, n° 29, 1995, pps. 287 a 290; concretamente en página 288.

¹¹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004, Sala Primera, recurso 2354/1998, ponente O'Callaghan Muñoz.

cautelos mínimos en torno a las transfusiones, a las que ya hemos hecho alusión con anterioridad. Además de las relativas al control de donantes y unidades de sangre, lo cierto es que cualquier persona que iba a ser transfundida debía ser informada sobre este acto médico, así como de sus potenciales riesgos y limitaciones.

Si bien, tal y como hemos comentado al inicio del análisis del presente asunto, no se produjo ningún tipo de actividad negligente conocida con el tratamiento de la sangre (salvo porque ésta se encontraba infectada con VHC), la actitud problemática se dio en la información que se facilitó al paciente con carácter previo a la actividad quirúrgica. Ésta adolecía de advertencias básicas sobre los riesgos propios de la transfusión, que muy probablemente debería practicársele, como lo era la inoculación de dolencias ilocalizables en el momento en que acontecieron los hechos¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁹ GIMBERT es esclarecedor cuando apunala los principios de la información al paciente y la entidad de la misma en cada supuesto, y en concreto en materia transfusional. De acuerdo con las afirmaciones de esta autora, la información al paciente es obligada, y en la misma deben contenerse los detalles del tratamiento, sus riesgos, así como las posibles alternativas terapéuticas; lo contrario supondría una vulneración de las obligaciones del médico. GIMBERT, Bernadette, “Responsabilité médicale et transfusion sanguine” ... *op. cit.*; concretamente en página 14. SALVADOR CODERCH se muestra contundente a este respecto, señalando que cuando la víctima de un daño ha podido tomar posición respecto del mismo, consistiendo esto en la posibilidad de que éste acontezca, concurre una asunción del riesgo por parte de la misma, por lo que no tiene opción de pretender una protección por el daño sufrido. Concretamente señala “...no es imputable al agente el resultado dañoso cuando el bien jurídico lesionado es disponible y la víctima prestó su consentimiento al acto, como tampoco lo es en el caso en que la víctima asumió el riesgo del daño a un bien jurídico indisponible. El ejemplo clásico son las lesiones deportivas”. SALVADOR CODERCH, Pablo, “Causalidad y responsabilidad”, en *InDret*, nº 1, 2000, pps. 1 a 14; concretamente en página 8. De lo afirmado por este autor debemos extraer que en caso contrario, como ocurre en el presente, si el paciente no conoce los peligros a los que se somete, cuando el personal sanitario tiene la obligación de informar sobre este extremo, se ocasiona la no asunción de la responsabilidad y consecuentemente, la imposibilidad de trasladarla del actor a la víctima; precisamente lo que ocurrió en el litigio que nos ocupa. La relevancia de la información en la materia también nos la evidencia SEUBA TORREBLANCA “La información que ha de facilitarse debe estar relacionada con la concreta intervención, resultando negligente la falta de comunicación de los riesgos relacionados con ella, con independencia de su probabilidad”. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, “Comentario a la sentencia de 12 de enero de 2001” ... *op. cit.*; concretamente en página 731. Lo que asegura este autor es que el deber de informar no puede eludirse, debiendo estar relacionado con la actividad o terapia médica concreta a practicar. Algo que obviamente no ocurrió en este asunto, en la medida en que se soslayó un dato tan significativo como la posibilidad de contagio de Hepatitis C, en una época en la que se tenía pleno conocimiento de la potencialidad de contaminación en transfusiones sanguíneas. De esta misma opinión se muestra PARRA LUCÁN al señalar “En una acción de responsabilidad por culpa del artículo 1.902 CC lo relevante es la previsibilidad del daño por parte del agente. Si el fabricante conoce o debía conocer, el riesgo de transmisión de la enfermedad contagiosa, tenía el deber de informar del mismo. tanto si no había forma científica de eliminar el contaminante como si ni siquiera se pudiera determinar en ese momento la presencia del virus en el producto. La prueba de que el contaminante no podía ser eliminado, o de que no se podía detectar su presencia, cuando el fabricante conocía el riesgo de transmisión de la infección no serviría para acreditar su diligencia. El daño se ha producido no sólo porque no se podía eliminar el contaminante: también porque la víctima no ha conocido la posibilidad de que se le transmitiera. Informado del riesgo de que se le pudiera transmitir la enfermedad, sería el paciente el que optara consciente y plenamente informado de someterse o no al tratamiento. Si el fabricante hubiera advertido de los riesgos de transmisión de enfermedad que él conocía, aunque no se pudiera eliminar el contaminante, sí podría exonerarse de responsabilidad, habida cuenta de que, desencadenada después esa transmisión de la que se ha advertido, podría argumentarse que la víctima

Es precisamente esta omisión informativa el escollo principal para exonerar a los recurrentes de su responsabilidad, tal y como lo señala al juzgador “Se parte de la realidad del hecho acaecido en el centro médico y de la responsabilidad del mismo, que no informó mínimamente de los riesgos que se daban en la misma. Pero nos imputa la responsabilidad por acto u omisión concreta en relación al médico; es decir, ha dicho llanamente: entra un joven sano, se le practica una sencilla operación y sale del centro médico infectado. La responsabilidad del centro es indiscutible, pero la del médico no aparece”. Y añade el Alto Tribunal “El motivo de casación tercero se refiere la cuestión jurídica de la responsabilidad civil médica, alega la infracción del artículo 1105 del Código Civil y mantiene que por el virus de la hepatitis C. no se descubrió sino en tiempo posterior a la intervención del actor. La sentencia de instancia razona con sumo detalle la responsabilidad del artículo 1101 con exclusión de 1105; no tanto interesa destacar lo que no debían haber hecho, es la cuestión jurídica determinante de responsabilidad; ésta es, como dice la sentencia de instancia, prever las consecuencias, evitar las posibilidades e impedir el daño, en transfusiones en época en que se conocía

había asumido voluntariamente el riesgo, con lo cual se producía una interrupción del nexo causal con la conducta del agente”. PARRA LUCÁN, M^a. Ángeles, “Comentario a la sentencia de 5 de octubre de 1999”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 52, 2000, pps. 223 a 246; concretamente en páginas 235 y 236. Estima esta autora que una vía exoneratoria de responsabilidad es precisamente la información, por suponer ésta la asunción del riesgo por parte del paciente, en la medida en que encontrándose éste informado, acudir al tratamiento o no, quedaría bajo su voluntad, tras una contraposición de los riesgos y beneficios de la terapia en cuestión. FONTANILLA PARRA destaca la problemática existente en torno a esta omisión informativa en transfusiones sanguíneas “En primer término, y puesto que se conocía la existencia de la enfermedad y que ésta se transmitía a través de la sangre o de derivados sanguíneos, la Administración sanitaria era consciente también del riesgo potencial al que se exponía a los receptores de tales productos. En segundo lugar, siendo ello así, la prudencia aconsejaba limitar al máximo las transfusiones, reduciéndolas a los casos de riesgo vital e irreparables consecuencias para la salud. Por último, el paciente había de conocer el riesgo potencial de resultar contaminado a través de la transfusión que se le iba a efectuar, de ahí que resultase obligado informarle convenientemente”. FONTANILLA PARRA, José Antonio, “Algunas cuestiones relativas a las reclamaciones derivadas de mala praxis médica”, en *Diario La Ley*, n° 6, 1997, pps. 1424 a 1434; concretamente en página 1455. El autor desarrolla una serie de hipótesis en cascada por las cuales, conociéndose el riesgo de contagio, así como la imposibilidad de detectar la infección en la sangre, las transfusiones debían limitarse a los supuestos en los que fuesen estrictamente necesarias, es decir, aquellos en las que no existiese ninguna otra forma de tratamiento. De acudir a las mismas sería no sólo necesario, sino imperativo, informar al paciente, o familiar en su defecto, de la peligrosidad de la práctica, para que se diese una traslación en la asunción del riesgo. En caso contrario, la responsabilidad estaría en el facultativo que hubiese tomado la errada o incompleta decisión. Finalmente y para concluir, procede que citemos a BLAS ORBÁN, que nos muestra una postura esclarecedora, en la medida en que deja entrever una regla matemática en materia de riesgo sanitario, y concretamente, en peligros transfusionales. En concreto acude al término “mal menor” en esta cuestión, señalando que, ante la potencialidad de contagio y necesidad de transfusión, la obligación del facultativo, o en su defecto del centro sanitario, sería la de efectuar un balance a los efectos de esclarecer si sería conveniente asumir el riesgo de la transfusión (por ser necesario y no existir terapias alternativas), y de resultarlo, no podría omitirse el deber de información al paciente, salvo en supuestos especiales, cuya urgencia así lo exija. BLAS ORBÁN, Carmen, “Contagio transfusional de VHC. Reflexiones sobre la previsibilidad del daño”, en *Derecho y Salud*, vol. 16, n° 2, 2008, pps. 179 a 216; concretamente en página 206.

la realidad de unas infecciones que se denominaban hepatitis no A no B. Es una imputación de responsabilidad que no permite acudir al mecanismo de la fuerza mayor, por lo que el motivo se desestima. La jurisprudencia de esta sala ha mantenido, en casos de infecciones hospitalarias, la responsabilidad del centro médico que no ha adoptado las precauciones debidas, es decir, la diligencia precisa para evitarlas”¹¹⁷⁰.

El Tribunal Supremo considera que el problema estriba principalmente en el grado de desinformación que sufrió un paciente de un riesgo tan grave, como lo es la posibilidad de un contagio transfusional, habiendo sido esto motivado, tanto por el facultativo como por el propio hospital¹¹⁷¹.

¹¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004 ... *op. cit.*

¹¹⁷¹ No obstante, el Tribunal Supremo se muestra contrario a esta afirmación, al considerar la responsabilidad más propia del centro sanitario, que del facultativo concreto. En esta línea seguida por el juzgador se encuentra COMINGES CÁCERES cuando señala “... dado el muy elevado porcentaje de casos de contagio de hepatitis no A, no B y sida por vía de transfusión de sangre que se producía en la época, *reducir el uso de las transfusiones a los supuestos de riesgo vital o de graves e irreparables consecuencias para la salud del paciente, cuando no existiera método terapéutico alternativo*, y de otra parte, a INFORMAR AL ENFERMO, que en el caso presente se hallaba perfectamente consciente y lúcido, de los posibles efectos gravosos para su salud a que podía dar lugar la transfusión a que iba a ser sometido, de modo que pudiera dar a la misma una *conformidad* fundada en el conocimiento exacto de dichos efectos y *asumiendo el riesgo* de que llegaran a hacerse realidad, deberes de los responsables de los Centros médicos públicos y correlativos derechos de los enfermos asistidos en los mismos...”. COMINGES CÁCERES, Francisco, “Análisis jurisprudencial de responsabilidad administrativa por contagio de Hepatitis C”, en *Revista de Administración Pública*, nº 155, 2001, pps. 193 a 222; concretamente en páginas 211 y 212. Sin embargo, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ se pronuncian de manera contraria, al comentar esta misma sentencia “La superficialidad en el razonamiento del Tribunal Supremo contrasta con la profundidad del análisis que realizó la Audiencia Provincial, quien sí calibró perfectamente el alcance de la problemática planteada. De esta forma, la sentencia de apelación, tras analizar el citado desfase temporal entre el conocimiento de la existencia de un virus y su identificación, y ponerlo en relación con el supuesto de hecho estudiado, dirigió el debate hacia el contenido de la diligencia exigible en el cumplimiento de la prestación sanitaria que consistió en la transfusión. Así, partiendo de la base de que en el momento de la transfusión se conocía el riesgo de contagio por vía sanguínea de una hepatitis que no era la A ni la B, considera que el correcto cumplimiento del contrato exigía <<reducir el uso de las transfusiones a los supuestos de riesgo vital o de graves o irreparables consecuencia para la salud del paciente, cuando no existiera método terapéutico alternativo, y, de otra parte, informar a los representantes legales del niño enfermo de los posibles efectos gravosos para su salud a que podía dar lugar la transfusión a que iba a ser sometido, de modo que pudieran dar a la misma una conformidad fundada en el conocimiento exacto de dichos efectos y asumiendo el riesgo de que llegaran a hacerse realidad, deberes (...) que se corresponden con correlativos derechos de los enfermos (...) que no sólo tenían origen contractual, sino que incluso habían sido ya recogidas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*>>”. Y añaden estos autores en esta misma obra “En opinión de la Audiencia Provincial, las pruebas presentadas no permitían apreciar la existencia del citado riesgo vital, ni del grave e irreversible empeoramiento de la salud del paciente, ni de la inexistencia de una alternativa (sic) terapéutica a la transfusión. En cuanto a la información, constata que los representantes legales del paciente no fueron informados de los serios riesgos que la transfusión conllevaba para su salud. Por todo ello, concluye que los codemandados – clínica privada y médico –, actuaron negligentemente <<al realizar una intervención médica de alto riesgos sin que ello fuera necesario e ineludible (...), y sin advertir previamente a los representantes del paciente de los riesgos de la misma>>”. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Comentario a la sentencia de 10 de junio de 2004” ... *op. cit.*; concretamente en página 377. En esta misma línea se pronuncia PARRA LUCÁN cuando comenta una sentencia que examinaremos a continuación, en la cual analiza un supuesto semejante de responsabilidad del facultativo concreto “La demanda, en cambio, no va dirigida contra el médico que ordena la práctica de la transfusión en el postoperatorio. Con razón rechaza el Juzgado la excepción de litisconsorcio pasivo

No obstante lo señalado por el juzgador sobre la responsabilidad del médico y del centro sanitario, el traslado de ésta del primero al segundo nos sorprende. No en vano, debemos tener presente que el último responsable en el caso que nos ocupa, es precisamente el facultativo, ya que fue éste el que decidió la práctica de la transfusión y el que omitió la información básica sobre los riesgos a los que se exponía el paciente. A esta sombra de sospecha debe añadirse una cuestión que tan sólo fue analizada en la instancia inferior (Audiencia Provincial): la necesidad de la transfusión. En este caso ni el facultativo, ni el centro hospitalario llegaron a probar este extremo, por lo que ésta puede llegar a considerarse superflua. Es por ello por lo que creemos que la responsabilidad debería compartirse entre el centro hospitalario y el médico, último artífice de la terapia¹¹⁷².

necesario, en virtud de la consolidada doctrina jurisprudencial que permite al perjudicado dirigir su acción contra aquellos que estime responsables del daño sufrido sin que por ello pueda válidamente oponerse la incorrecta constitución de la relación jurídico – procesal, y sin perjuicio de las consecuencias que para el demandante pueden derivarse de la incorrecta elección del demandado. Pero puesto que la responsabilidad resulta de la negligencia de no haber informado sobre el riesgo de la transfusión, es discutible si tal negligencia no es imputable a un médico, y siendo la responsabilidad por actuación médica y no tanto por asistencia sanitaria, la responsabilidad del centro sería por hecho ajeno. En la sentencia, sin embargo, tampoco se plantean las complejas relaciones que pueden existir entre el personal médico y el centro sanitario, y se imputa la responsabilidad al centro médico, como culpa propia, lo que por lo demás está en la línea de la doctrina jurisprudencial que imputa a las personas jurídicas una responsabilidad propia por los actos realizados por las personas que trabajan para ella”. PARRA LUCÁN, María Ángeles, “Comentario a la sentencia de 17 de octubre de 2001”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 58, 2002, pps. 325 a 350; concretamente en páginas 332 y 333. En una línea prácticamente idéntica se sitúa la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, (Sala Tercera, recurso 5040/2008, ponente Martí García). En este litigio, al igual que en el que ha sido objeto de análisis, si bien no existían métodos de detección de la Hepatitis C, ésta se conocía y siempre que se iba a practicar una transfusión, salvo supuestos excepcionales, era necesario informar al paciente sobre los riesgos que asumía; algo que en este caso tampoco se hizo.

¹¹⁷² MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ abogan por una idea similar al comentar este mismo asunto. Estimamos que dada la peligrosidad inherente a la transfusión, su necesidad debía ser urgente y objetiva. Algo que no puede inferirse de los hechos del supuesto. Al ser el médico el último responsable de la decisión de transfundir, así como de no informar, su actuación también debe ser reprochada. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Comentario a la sentencia de 10 de junio de 2004” ... *op. cit.*; concretamente en página 378. MÚRTULA FUENTE nos muestra una postura ecléctica al tratar la posibilidad de dividir las responsabilidades “Teóricamente la responsabilidad puede recaer tanto en el médico que prescribe la transfusión, cuando no ha informado al paciente de los que aquella comporta o de otras posibles alternativas, como en el propio centro hospitalario al que pertenece; o bien en el Centro de Transfusiones o Banco de Sangre que no ha realizado el cribaje de la sangre de forma adecuada o no ha sido cuidadoso en la selección de donantes”. MÚRTULA FUENTE, Virginia, “La responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio del virus del SIDA a través de transfusión de sangre [comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de diciembre de 1998]” ... *op. cit.*; concretamente en página 1717. Esta autora aboga por una idea intermedia por la cual, tanto si la decisión del médico resulta correcta o no, el centro sanitario o banco de sangre también deberían concurrir en la responsabilidad, porque del hecho objetivo del contagio deriva una clara actividad negligente en lo relativo a la selección de la sangre. Esta última afirmación únicamente es aplicable a estadios en los que el conocimiento sobre la enfermedad ya permitía un mínimo de control. AGRAMUNT HERRAEZ se muestra de una opinión distinta respecto de los sujetos susceptibles de responsabilizar, al señalar “En base a los dos puntos comentados, en mi modesta opinión no se debería exigir (en este litigio concreto) la responsabilidad del Director del Centro en cuestión (aunque sí es posible exigirla, y la responsabilidad es clara, tanto por la vía penal como civil),

Sin perjuicio de lo que hemos señalado en las anteriores líneas, podemos barajar varias hipótesis que justifiquen la actitud del Alto Tribunal en la traslación de responsabilidad hacia el sanatorio. En primer lugar, si bien es cierto que el responsable último de la transfusión es el médico que atiende al paciente, ya que es quien decide la terapia, también lo es, que éste tan sólo es garante de la diligencia en la actuación, pero no de la calidad del producto a utilizar en la misma. En segundo lugar, el desplazamiento de responsabilidad que menciona la resolución objeto de estudio, probablemente tenga su origen en la relación de dependencia existente entre el facultativo y el hospital. En tercer y último lugar, otra posible justificación puede venir de un hecho tan simple como la identificación del causante del daño. En un sistema de equipos médicos multidisciplinares, como los que conocemos que existen en el ámbito sanitario, hallar al responsable de una prueba o terapia causante del menoscabo, puede resultar dificultoso e incluso imposible para un paciente; por lo que acudir al centro hospitalario como garante último puede ser, en muchos casos, la única solución para satisfacer una pretensión indemnizatoria¹¹⁷³.

4. Siguiendo esta línea justificativa de contagios por transfusiones reprochados antes de 1990, continuamos con el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006¹¹⁷⁴. En esta controversia D. Guillermo tuvo que recibir dos transfusiones de sangre como consecuencia de una hemorragia digestiva que sufrió en 1976. *A posteriori*, en 1984 le fue diagnosticada, tanto una Hepatitis tipo C, como tipo B.

Las pretensiones indemnizatorias del paciente no fueron estimadas en instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

sino que debería exigirse la Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado a través del Ministerio de Sanidad y Consumo, sobre todo por que en el supuesto de hecho comentado, la adquisición del SIDA se produce fruto de la puesta en práctica de *una medida de prevención de la Administración*. Por lo tanto, considero que aunque el centro fuese privado, en él se habían tomado las medidas preventivas pertinentes: no cabe mayor diligencia, se podría decir en este asunto, de la que se desprende el hecho de que dicho centro adoptara dichas medidas, aunque no estuviera obligado a ello. Además entiendo que a NADIE, salvo a la Administración, se le podría exigir que supiese que esa medida de prevención pudiera transmitir la enfermedad que se trataba de prevenir”. AGRAMUNT HERRAEZ, Inmaculada I., “Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado sobre la transmisión de Síndrome de Inmunodeficiencia Humana (SIDA). Única donación en un hemobanco privado”, en *Revista General del Derecho*, nº 598 – 599, 1994, pps. 7813 a 7825; concretamente en página 7816.

¹¹⁷³ De manera muy semejante se pronuncia SEUBA TORREBLANCA, al considerar igualmente viables las mencionadas vías justificativas para la decisión adoptada por el juzgador. También asevera este autor que el mentado desplazamiento tiene su razón de ser, en que la única responsabilidad exigible al médico en solitario, es la penal. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, “Contagio transfusional del VHC”, en *InDret*, nº 262, 2005, pps. 1 a 5; concretamente en páginas 4 y 5.

¹¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006, Sala Tercera, recurso 2921/2003, ponente Puente Prieto.

Lo primero que debe llamarnos la atención del presente litigio es la fecha en la que se produjo la transfusión y la consiguiente contaminación, 1976, época en la que el conocimiento que se tenía de la Hepatitis C era sumamente limitado. Obviamente, reparar el daño producido por una inoculación causada en ese año tornaría inestable toda la doctrina emanada por el Tribunal Supremo al respecto. Es por ello por lo que es necesario que efectuemos una importante matización, ya que la estimación del asunto, al enjuiciarse dos contagios, se realiza respecto de la Hepatitis B. Así lo asevera el juzgador cuando señala “El motivo ha de rechazarse pues no tiene en cuenta el recurrente que la jurisprudencia de esta Sala es la que ha precisado la inexistencia de la antijuricidad en los posibles contagios derivados de transfusiones realizados antes de la detección de la hepatitis C que, como en múltiples pronunciamientos, de los que es ejemplo la sentencia de 25 de enero de 2.006 , ha declarado que tuvo lugar a finales de 1.989 sin que hasta el inicio de 1.990 se dispusiera comercialmente de los reactivos que posibilitaran la detección de anticuerpos frente a dicho virus por lo que, en función de la inexistencia del requisito de antijuricidad como elemento determinante de la responsabilidad de la Administración, no resultaba exigible de la Administración responsabilidad alguna por la existencia de un contagio producido con anterioridad a dicha fecha en que los elementos técnicos, científicos y médicos no permitían la detección del virus supuestamente inoculado en 1.976”¹¹⁷⁵.

Con esta afirmación el Alto Tribunal sostiene de manera tajante y clara que cualquier inoculación del VHC anterior a 1990 no resulta objeto de reproche, salvo circunstancias que así lo determinen. La admisión del presente asunto tiene su razón de ser en la variante de la Hepatitis B, la cual era plenamente conocida en aquella época, en la medida en que el antígeno de ésta fue descubierto en 1967. Así lo evidencia el juzgador cuando señala “Estimado el primero de los motivos casacionales, procede resolver la cuestión planteada acerca de la responsabilidad de la Administración sanitaria a consecuencia del contagio de la hepatitis B, que, como en la sentencia recurrida se apunta, se produjo en 1.976, sin que se haya acreditado por la Administración que se adoptaron las medidas de control necesarias para evitar la transmisión de la enfermedad en los términos previstos en el *Decreto 1.574/75 de 26 de junio* por el que se regula la hemodonación y los bancos de sangre y que, bien por causa de inexactitud de técnica o cualquier otro factor, determinó el contagio del recurrente de

¹¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006 ... *op. cit.*

la hepatitis B, respecto de cuyo contagio no se ha aportado por la demandada prueba alguna excluyente de su responsabilidad, produciéndose en definitiva, el contagio de esta enfermedad, que si bien de mucha menor entidad y consecuencias que los de la hepatitis C supone un daño que el paciente no está obligado a soportar ya que, como decimos, no se ha acreditado que se hicieran en la fecha en que ese supuesto contagio se produjo en 1.976 las pruebas que la ciencia médica ponía a disposición de la Administración sanitaria para detectar el virus en la sangre transfundida y evitar así el contagio”¹¹⁷⁶.

Conocida la dolencia y existiendo medios de control y prevención para evitarla, la contaminación debe ser reprochada por la falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas de cuidado¹¹⁷⁷.

5. En esta misma línea de omisión se sitúa la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2006¹¹⁷⁸. En este litigio nos encontramos con una relación fáctica similar a la del supuesto anterior, en la que D^a. Maite, por cuestiones que no atañen a nuestro trabajo, requirió una transfusión sanguínea en julio de 1989, en la que fue contagiada de Hepatitis C, nuevamente en una fecha muy cercana a la del descubrimiento de los sistemas de detección del VHC.

Las pretensiones de la paciente fueron parcialmente admitidas en instancias inferiores, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Lo primero a destacar de esta resolución es que se trata de un recurso para la unificación de doctrina interpuesto por el ente sanitario. Dada su naturaleza y al no concurrir en el mismo los puntos de convergencia necesarios entre los casos objeto de comparativa y el que se enjuicia, el Alto Tribunal no estima la casación y tampoco entra en el fondo del asunto. Es por ello por lo que nos hemos visto obligados a acudir a las instancias inferiores, a fin de averiguar por qué un contagio provocado en el año 1989 fue reprochado. A este respecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona esclareció la duda que hemos planteado con un hecho lapidario: no se

¹¹⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006 ... *op. cit.*

¹¹⁷⁷ SEUBA TORREBLANCA nos acerca la historia de este padecimiento, cuando recuerda que el virus causante de esta variante de la Hepatitis fue descubierto por Baruch Samuel Blumberg en el año 1967, pero no fue hasta el año 1971 cuando se comercializaron los primeros reactivos para su detección. En la actualidad, la posibilidad de contaminación es muy baja, dada la existencia de una vacuna para prevenirla. Estas afirmaciones son de gran valor, en la medida en que permiten observar que el grado de desarrollo del conocimiento, y consiguiente prevención de la Hepatitis B, se encontraba muy desarrollado en el año 1976 (fecha en la que el paciente recibió la transfusión). SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas* ... *op. cit.*, página 111.

¹¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2006, Sala Tercera, recurso 326/2005, ponente Lecumberri Marti.

realizaron los controles mínimos en la actividad transfusional. Señala este Tribunal, que no existía una urgencia vital en el supuesto de hecho que justificara la omisión de controles sobre la sangre transfundida, refiriéndose concretamente a los análisis y seguimientos que eran obligatorios en aquella época, en la que aún no existían métodos de detección. A pesar de que la Administración se aferra a la noción de la fuerza mayor a los efectos de argumentar la imposibilidad de detectar la Hepatitis C, como bien señala la resolución, dicha opción exoneratoria se torna inviable por la omisión de medios que se desprende del caso.

6. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2000¹¹⁷⁹ sigue una línea similar a las anteriores. En 1987 D^a. María Consuelo fue sometida a un tratamiento médico, como consecuencia de un trastorno que carece de relevancia para el trabajo que nos ocupa, siendo tratada entre otros medios, con una transfusión sanguínea. En 1988 se le diagnostica de Hepatitis, y en 1994 se determina que es del tipo C.

Las pretensiones de la paciente no fueron admitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de una transmisión de VHC que se produce en estadios tempranos del conocimiento sobre la enfermedad, y que no obstante, es indemnizado. Por ello, la única manera de justificar este viraje doctrinal es el “desconocimiento”. El juzgador reprocha duramente al hospital que éste sea incapaz de probar diligencia alguna en la práctica totalidad de sus actuaciones. Existe una sombra de incertidumbre en torno al presente asunto, que lleva a barajar al Alto Tribunal que el contagio se produjese, más por las deficiencias del centro hospitalario, que por la ignorancia sobre la afección. Al no llegarse a la certeza probatoria de que el origen de la dolencia fuese la transfusión, el Tribunal Supremo deja abierta la puerta a la posibilidad de que ésta viniese motivada por una defectuosa higiene o manipulación del material. Así de lo deja entrever el juzgador cuando afirma “Al haberse acreditado la infracción de la doctrina establecida por esta Sala en casos substancialmente iguales, procede, de conformidad con el artículo 98 de la Ley de la Jurisdicción, resolver sobre el debate planteado. En el caso de autos de la prueba practicada, resulta que la Hepatitis C fue contagiada a la actora durante su internamiento para tratamiento hospitalario en dependencias del INSALUD entre el 29 de Julio y el 13 de Agosto de 1.988, así se deduce no solo de los propios informes del INSALUD, que admiten como forma fundamental de la transmisión de la Hepatitis C la

¹¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2000, Sala Tercera, recurso 2892/2000, ponente Sieira Míguez.

vía parenteral, bien sea por transfusión sanguínea bien por utilización de jeringuillas contaminadas, sino también del informe médico pericial obrante en autos en el que se afirma como conclusión, tras examinar las causas de aparición de la enfermedad y la historia clínica conocida de la paciente, que la recurrente en casación y en vía administrativa adquirió la enfermedad, Hepatitis C, por contagio durante la atención médica que se le prestó en el Hospital Virgen de la Arrixaca en los meses de Julio y Agosto de 1.988”¹¹⁸⁰.

Parece conveniente apuntar, que tras esta aseveración el Tribunal Supremo procede a explayarse realizando distinciones entre el concepto de estado de la ciencia, de la técnica (como aplicación práctica de ésta) y el estado de la legislación. Con este prolijo estudio teórico, estimamos que su pretensión es sentar las bases por las que el estado de la legislación no podría exonerar de responsabilidad, si el estado de la ciencia y técnica permitiesen detectar una afección. A pesar de la grandilocuencia de la argumentación, lo cierto es que ésta puede ser superflua si observamos la contaminación desde la perspectiva de la transfusión, ya que ésta se da en 1987, cuando si bien es cierto que la “ciencia” podía encontrarse desarrollada en conocimientos relativos a la Hepatitis C, también lo es que dicha evolución estaba limitada, hasta el punto de que la “técnica” podría llegar a considerarse un escollo. Obviamente en este estado del conocimiento, la legislación en materia de prevención de inoculaciones de Hepatitis C estaba acotada a controles mínimos de donantes (salud, hábitos, higiene, etc), dada la escasez de medios.

Ahora bien, tal y como hemos podido comentar con anterioridad, la duda del Tribunal estriba en que no se tiene conocimiento sobre qué provocó la contaminación de la Hepatitis C, el instrumental médico o la transfusión. En este sentido, acudir a la amplia discusión doctrinal que hemos mencionado en el párrafo anterior, no resulta tan infructuoso. Debemos tener presente que en 1987, a pesar de que no existían reactivos para detectar la Hepatitis C, sí que se tenía conocimiento de sus vías de transmisión y de la higiene mínima a mantener. De haberse irrogado el daño como consecuencia de manipular un material sin esterilizar debidamente, o por una omisión de cautelas mínimas, la disertación del ponente sobre los conceptos de técnica y ciencia, toma sentido.

¹¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2000 ... *op. cit.*

De esta conclusión parece poder deducirse que no nos encontramos ante una resolución que rompe con la doctrina desarrollada por el Tribunal Supremo en materia de inoculaciones por transfusiones, ya que el foco de atención no lo conforma la transfusión, sino la muy probable falta de medidas de higiene y asepsia en el material utilizado, a fin de tratar a la paciente.

b) Cuestiones procesales que justifican el reproche.

(i) Recursos de casación para la unificación de doctrina.

7. La sentencia de 11 de mayo de 2001¹¹⁸¹ guarda un gran parecido con la anteriormente analizada en uno de sus aspectos, en la medida en que también versa sobre un contagio producido en fechas cercanas al hallazgo de los reactivos, concretamente el año 1989.

Las pretensiones de la víctima no fueron admitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de una resolución en la que el elemento procesal motiva la decisión del Alto Tribunal. En este caso la cuestión central se fundamenta en la temporalidad y en la prescripción. Lo cierto es que resulta de interés que mencionemos que el inicio del cómputo de plazo para el ejercicio de la acción, no comienza con el diagnóstico de la enfermedad, sino con la estabilización de las secuelas de la misma, es decir, se trata de un daño continuado, tal y como el Tribunal Supremo establece "...se rechaza con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual "en la fecha del diagnóstico de la enfermedad" (.23 de julio de 1.997) para considerar como "dies a quo" aquel en que "se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas" (Ss. 9 de mayo de 1.995 y 9 de octubre de 1.998) o "en casos de daños de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a contarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas", resulta obligado concluir que en la sentencia impugnada se ha alcanzado un pronunciamiento distinto al de las sentencias de contraste, respecto de litigantes diferentes en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, procediendo por ello la estimación de la casación

¹¹⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001, Sala Tercera, recurso 5190/2000, ponente Mateos García.

pretendida, así como la resolución del debate planteado, que a seguido razonamos”¹¹⁸². El juzgador resulta claro, el cálculo del periodo para el ejercicio de la acción no se inicia hasta que las lesiones se estabilicen, independientemente de la fecha de la transmisión o del diagnóstico. En virtud de esta circunstancia, el Tribunal Supremo admite el recurso para la unificación de doctrina. Ahora bien, la estimación de esta cuestión procesal no obsta para que el fondo del asunto corra la misma suerte, debiendo regirse éste por el régimen general de responsabilidad civil en materia de inoculaciones transfusionales; tal y como apunta el Alto Tribunal “En consecuencia con la conclusión obtenida en el fundamento anterior, determinante de la casación de la sentencia impugnada, deviene obligado decidir "lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate" (artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional de 1.998), y si al respecto recordamos que ésta Sala viene reiterando, (por todas sentencias de 25 de noviembre de 2.000 y 10 de febrero de 2.001), <<que cuando el virus VHC ha sido inoculado con anterioridad a su aislamiento, (hallazgo ocurrido cuatro años después de la transfusión de sangre a la que se achaca el contagio en el supuesto actual), no era posible detectar su presencia en la sangre transfundida, de manera que en esos de casos no resulta exigible a la institución sanitaria responsabilidad patrimonial alguna por la contaminación sufrida, salvo que hubiera sido dicha sangre donada por un enfermo diagnosticado de hepatitis no A no B, pues si no se había aislado el virus VHC y no existían marcadores para detectarlo la infección no puede considerarse una lesión o daño antijurídico, porque el riesgo de soportarlo recae sobre el paciente>>”¹¹⁸³.

En virtud de esta última afirmación, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, para después desestimar la pretensión de la actora por las razones antedichas: la ausencia de antijuridicidad en el daño sufrido por la paciente y el consiguiente deber que ésta tiene de soportarlo.

(ii) Por cuestiones de prueba.

8. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008¹¹⁸⁴ tiene una argumentación similar. Se trata de una controversia con un marcado carácter procesal, en la que D^a. Sofía fue politransfundida en los meses de mayo y junio de 1989, cuando

¹¹⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001 ... *op. cit.*

¹¹⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001 ... *op. cit.*

¹¹⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008, Sala Tercera, recurso 1226/2004, ponente Puente Prieto.

tenía 5 años de edad, y tres veces más en 1990. Dos años después, tras un análisis clínico, es diagnosticada de Hepatitis C.

D^a. Sofía pretendió ser resarcida por el daño sufrido, pero su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Lo primero a destacar respecto de este supuesto es que esta terapia no se limita a una única fecha, ya que la paciente fue sometida a varias transfusiones sanguíneas, algunas de ellas en 1989 y otras en 1990. La mencionada divergencia temporal es de gran entidad, en la medida en que el último tratamiento se produjo en 1990, precisamente un año que resulta clave para las transmisiones de Hepatitis C, por generalizarse el uso de los reactivos capaces de detectar el virus. Descubrir qué transfusión fue la que provocó la infección es esencial, ya que de haber sido ésta causada por la de 1989, el daño no sería susceptible de indemnización y la paciente tendría la obligación de soportarlo; algo distinto a lo que ocurriría de producirse el contagio en 1990.

Es precisamente esta cuestión la que se dilucida en el presente litigio, pero de nuevo desde una perspectiva procesal: la denegación de la prueba que resultaría determinante a fin de conocer cuál fue la transfusión que causó la enfermedad. La imposibilidad de desarrollar esta actividad probatoria comporta una importante indefensión y el juzgador se hace eco de ello cuando señala “Es evidente que la falta de admisión de la prueba documental propuesta por la recurrente y que afectaba al contenido de su escrito de proposición en relación con la cuarta, quinta y sexta, así como la relativa a la prueba pericial segunda, supone una quiebra del derecho de defensa en cuanto que la articulación de dicha prueba iba dirigida a acreditar, con la aportación de la historia clínica y demás documentos interesados por la recurrente así como con dicha prueba pericial, circunstancias esenciales para la resolución del pleito cuyas pretensiones han sido objeto de desestimación por la sentencia de instancia partiendo de la fundamental consideración de entender no acreditado el contagio como consecuencia de transfusiones realizadas en el año 1.990 que, afirma la sentencia, que no consta que se hubieran efectivamente practicado”¹¹⁸⁵.

Se trata de una resolución de corte procesal en la que no se esclarece si la contaminación daría lugar o no a una responsabilidad, sino la indefensión que sufrió la

¹¹⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 ... *op. cit.*

paciente, al ver limitada su capacidad de prueba en un aspecto esencial, como lo es dilucidar qué transfusión causó la inoculación¹¹⁸⁶.

c) Sentencias contrarias a la tónica general.

Las resoluciones hasta ahora estudiadas se dividían entre cuestiones procesales que motivaban la admisión de supuestos de hecho, en principio no reprochables, y relatos fácticos con elementos dudosos que obligaban al Tribunal a inclinar la balanza hacia el paciente. Sin embargo, la clave de las siguientes controversias que serán objeto de análisis, es el reproche de las actuaciones sin una razón fundada aparente.

9. El primero de estos asuntos es la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2002¹¹⁸⁷, en la que D. Eduardo recibió un total de 13 transfusiones sanguíneas como consecuencia de un accidente de tráfico que sufrió en 1987. Escaso tiempo después, en un análisis rutinario, le fue diagnosticada una Hepatitis C que en año y medio fue calificada como Hepatitis crónica, susceptible de degenerar en cirrosis.

Las pretensiones indemnizatorias del paciente fueron admitidas en primera instancias y confirmadas en apelación, en virtud de lo cual la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un supuesto tipo como los anteriormente estudiados, en el que sin embargo no concurre ningún elemento justificador de un cambio de actitud tal por parte del Alto Tribunal. Es por ello por lo que resulta sorprendente que el Tribunal Supremo señale sobre el presente contagio transfusional, más si cabe teniendo presente la fecha, lo siguiente “El motivo segundo del recurso de casación alega la infracción de los artículos 1104 y 1253 del Código civil, pese a que en el desarrollo del motivo no se vuelve a mencionar el artículo 1104 sobre la culpa en el incumplimiento de las obligaciones, que no es el caso presente, sino que se combate sólo la prueba de

¹¹⁸⁶ Dado que la siguiente resolución objeto de estudio resulta prácticamente idéntica a la anterior, en la medida en que se fundamenta en una indefensión probatoria, la vamos a relegar a un segundo plano. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2009 (Sala Tercera, recurso 2381/2004, ponente Robles Fernández). En este caso la transfusión sanguínea se practicó en 1986 y la parte perjudicada no tuvo acceso a documentos probatorios del banco de sangre, celebrándose el juicio, a pesar de la insistencia de los mismos a este respecto. Esta indefensión fue su caballo de batalla en casación y así lo admite el Tribunal Supremo, entendiendo que aunque no se hubiesen descubierto y comercializado aún los reactivos que podían localizar la Hepatitis C, los bancos de sangre sí que tenían una serie de protocolos a respetar (tal y como hemos señalado con anterioridad). La ausencia de una documentación que así lo acredite, pone en entredicho el cumplimiento de las obligaciones de estos organismos.

¹¹⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2002, Sala Primera, recurso 711/1998, ponente O’Callaghan Muñoz.

presunciones; la sentencia de instancia declara como hecho probado, incólume en casación, en base a la prueba de presunciones, correctamente aplicada, que la hepatitis tuvo su causa en las transfusiones de sangre practicadas en el centro médico. Ciertamente, es hecho demostrado que el paciente carecía de hepatitis, sufrió transfusiones y apareció la enfermedad, de lo que se deduce, con enlace preciso y directo, que la hepatitis tuvo por causa aquellas transfusiones”¹¹⁸⁸. Y añade a efectos condenatorios “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”¹¹⁸⁹.

Nos encontramos ante una resolución en la que se enjuicia un contagio que se produjo en 1987. Se trata de una fecha lejana al descubrimiento de los sistemas de detección de la Hepatitis C, por lo que la opción de acudir al desarrollo de los conocimientos en la materia, no parece posible. Tampoco lo es optar por una contaminación por manipulación deficiente del instrumental médico, dado que nada se señala a este respecto. Menos aún se apunta sobre una posible omisión informativa, y es probable que de concurrir, ésta se encontrase solapada por la aparente urgencia de la práctica de las transfusiones; no en vano debemos tener presente que el paciente sufrió un accidente de coche y requirió 13 transfusiones de sangre. Nada se señala sobre una responsabilidad del banco de sangre proveedor, como ha ocurrido en supuestos de hecho anteriormente estudiados. Además de las mencionadas circunstancias, tampoco podemos sentar hipótesis sobre una línea argumentativa autónoma de la Sala Primera, porque existe una sentencia prácticamente idéntica a la ahora estudiada, que proviene de la Sala Tercera y que también resulta objeto de reproche, sin un elemento de justificación aparente¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2002 ... *op. cit.*

¹¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2002 ... *op. cit.*

¹¹⁹⁰ Conviene que destaquemos, que tal y como hemos comentado, un cambio jurisprudencial como el presente no implica un fenómeno totalmente aislado. Quizás sí lo resulte en la década estudiada en este capítulo, que tiene como característica principal la armonía de sus resoluciones y la regularidad en los pronunciamientos de éstas. Es por ello por lo que podemos encontrar cierto desasosiego ante sentencias como ésta. Sin embargo, la tónica general de equilibrio que hemos mencionado que caracteriza la primera década del presente siglo, no podemos considerarla la regla general seguida por el juzgador en materia de sangre contaminada a lo largo de la historia. No en vano, como ejemplo podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999, también de la Sala Primera, que es comentada por SALVADOR CORDECH y SEUBA TORREBLANCA. El supuesto de hecho es muy similar, se trata de un contagio de Hepatitis C provocado en 1986, como consecuencia de un tratamiento transfusional que recibió un paciente. A pesar de que se trataba de una época de escaso desarrollo en el conocimiento de la enfermedad, el enfermo vio sus pretensiones indemnizatorias satisfechas ante el Tribunal Supremo. A este respecto los mencionados autores señalan “Nótese que las tres cuestiones o temas que la Audiencia trató conjuntamente, y que el Tribunal Supremo despacha en un párrafo, probablemente no admiten una

10. Continuamos con la última de las controversias que examinaremos en este subapartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000¹¹⁹¹. En el presente caso D. Benito sufrió una pancreatitis severa de la que tuvo que ser tratado en el Hospital Valle de Nalón, requiriendo además la práctica de varias transfusiones, que le fueron efectuadas en 1986. Años después, en 1990, se le diagnostica el virus de la Hepatitis C, conociéndose como única vía de contagio las mencionadas transfusiones.

El paciente interpuso una demanda con finalidad indemnizatoria contra el Insalud, siendo sus pretensiones inadmitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un supuesto de hecho que ocurre con anterioridad a 1990, año que puede considerarse “de corte” para las transmisiones de VHC, y que sin embargo, resulta condenado sin mayores razones que justifiquen su admisión, señalando el Juez a este respecto “Comprobada la realidad del daño, existiendo nexo causal entre la transfusión y el haber contraído la terrible enfermedad, siendo el hecho mismo del contagio imputable a la Administración, y tratándose de un daño antijurídico -es decir,

respuesta unitaria: está clara la relación de causalidad, si se aceptan los hechos probados y se descarta la objeción sobre la brevedad del periodo de incubación de la enfermedad que se alegó en instancia; es más que discutible el requisito de imputación objetiva de causalidad adecuada pues, dado que en la fecha de comercialización del producto así como la del tratamiento no se había identificado el VHC, se puede sostener que ni siquiera el observador diligente y mejor situado podría haber previsto la producción del daño. Ciertamente a ello se puede objetar la posibilidad del conocimiento de una hepatitis calificada como no A no B. Finalmente, incluso para quienes distinguen imputación objetiva de culpa y se refieren a ésta como imputación subjetiva (tesis que InDret discute pero que no trata en este artículo) parece claro que el actor no actuó de forma negligente, dado el estado de los conocimientos existentes en el momento de comercialización del producto”. SALVADOR CODERCH, Pablo, SEUBA, Joan Carles, RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, LUNA YERGA, Álvaro y RUIZ, Juan Antonio, “Hepatitis y riesgos de desarrollo”, en *InDret*, nº 1, 2000, pps. 1 a 14; concretamente en página 6. Se observa la divergencia de opinión de los autores respecto de esta resolución, a pesar de la cual nos demuestran que tampoco se trata de un fenómeno aislado en la década de los años noventa, especialmente a finales de la misma, ya que nos citan un número de resoluciones (todas de la Sala Primera) que siguen la misma línea de reproche de contagios anteriores a 1989, sin razón aparente: sentencia de 10 de noviembre de 1999, 9 de marzo de 1999, 28 de diciembre de 1998 y 11 de febrero de 1998. Con esta referencia comprobamos que quizás con anterioridad al año 2000 este tipo de casos no resultaban tan llamativos, al no existir una tónica general tan marcada como lo hay en la década estudiada. Por todo ello podríamos llegar a considerar esta resolución como un resquicio evolutivo de esta época de incertidumbre en materia condenatoria. Resoluciones más recientes hacen especial hincapié en esta teoría de la evolución. Los supuestos en materia de Hepatitis C son los siguientes: sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 6323/2008, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 6445/2006, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 3736/2007, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 2556/2010, ponente Lecumberri Marti) y sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2012 (Sala Tercera, recurso 6310/2010, ponente Lecumberri Marti).

¹¹⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo 30 de octubre de 2000, Sala Tercera, recurso 8549/1999, ponente González Navarro.

un daño que el lesionado no tiene el deber de soportar- es patente que existe una responsabilidad extracontractual del INSALUD”¹¹⁹².

Parece que el juzgador no realiza ningún esfuerzo argumentativo y se limita a relacionar lo que resulta evidente, el nexo causal existente entre el daño (contaminación) y la actuación médica (la transfusión). Debemos destacar además, que los hechos son escuetos, por lo que no puede inferirse mucho de los mismos, dado que no concurre ninguna incidencia destacable que justifique este viraje doctrinal, encontrándonos nuevamente ante un litigio como el anteriormente comentado.

A nuestro parecer la condena del presente asunto, así como la del anterior, no debería haber sido tale. Aunque la relación causal es innegable, huelga señalar que los riesgos del desarrollo no inciden en la misma, sino en la antijuridicidad. Nada especial caracteriza estos supuestos, por lo que en lugar de acudir a afirmaciones como la arbitrariedad de la resolución, nos queda una última opción justificativa: la evolución jurisprudencial¹¹⁹³.

De los casos hasta ahora analizados se pueden hallar tres líneas doctrinales principales, que en principio parecen las de carácter preponderante: aquellas resoluciones cuyo reproche viene motivado por un elemento fáctico de la controversia, aquellas que son estimadas por cuestiones procesales, y finalmente, las dos últimas, cuya justificación se limita a una hipótesis.

A pesar de que la línea doctrinal elaborada por el Tribunal Supremo consiste en la no admisión de pretensiones indemnizatorias que tuviesen como fundamento un contagio transfusional anterior a 1990, hemos podido confirmar que existen excepciones a esta regla general, siendo precisamente las resoluciones ahora estudiadas ejemplo inequívoco de ello. Toda transfusión debe encontrarse envuelta por actuaciones acordes a la *lex artis*, por lo que cualquier duda sobre la higiene o control del material utilizado, supondría el reproche de la inoculación.

En segundo lugar se destacan dos premisas básicas sobre esta cuestión: la información y la necesidad. Respecto de la información, el paciente debe conocer todas las terapias que le serán aplicadas, así como los riesgos inherentes a las mismas; por supuesto, una transfusión no es una excepción a esta regla. Cualquier enfermo que

¹¹⁹² Sentencia del Tribunal Supremo 30 de octubre de 2000 ... *op. cit.*

¹¹⁹³ Un análisis de controversias actualizadas en materia de VIH arroja una conclusión similar a la obtenida en materia de VHC: estos supuestos aislados son excepciones, tal y como se deduce de los siguientes litigios: sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2010 (Sala Tercera, recurso 2828/2008, ponente Menéndez Pérez) y sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2011 (Sala Tercera, recurso 3645/2007, ponente Pico Lorenzo).

pudiese ser transfundido debía ser informado sobre la posibilidad de transmisión de VIH y VHC, ya que de lo contrario éste no habría prestado su debido consentimiento y consecuentemente, no asumiría el riesgo.

En tercer lugar, la transfusión debe ser una necesidad, de existir alguna posibilidad de evitarla o de acudir a una terapia alternativa, ésta sería considerada superflua. La esencia de esta premisa radica en que al tenerse pleno conocimiento de la peligrosidad de esta técnica, su uso debe limitarse a un número muy acotado de supuestos, caracterizados por la gravedad de la situación. Por ello, acudir a una transfusión no indispensable o sustituible por otra terapia, entrañaría una actividad transfusional innecesaria y el consiguiente aumento del riesgo; por lo que nuevamente la responsabilidad quedaría en manos del facultativo que tomó la decisión, o en su defecto, del centro sanitario.

Es por ello por lo que, eludiendo las dos últimas sentencias, hemos podido comprobar que la línea seguida por el Alto Tribunal es más o menos constante en sus afirmaciones y que sus argumentaciones son regulares. De ahí que hayamos podido extraer las anteriores conclusiones y podamos justificar la razón por la cual supuestos que en principio no deberían ser reprochados, resultan indemnizados, a pesar de la existencia de las mentadas lagunas.

2. Supuestos de hecho en los que contagios posteriores a la generalización del uso de los tests reactivos no son objeto de reproche.

a) Cuestiones fácticas que justifican la ausencia de reproche. El periodo de ventana.

(i) Sentencias que siguen la línea general del periodo ventana.

1. Comenzamos el estudio del presente bloque de excepciones jurisprudenciales a la línea general, con la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007¹¹⁹⁴. D. Eusebio tuvo que ser intervenido quirúrgicamente en junio de 1990, requiriendo después de la cirugía una transfusión de dos unidades concentradas de hematíes (días 20

¹¹⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 6417/2002, ponente Herrero Pina.

y 22 de junio del mismo año). Escaso tiempo después (menos de un mes), debido a un prolongado estado de malestar físico, se le practicaron una serie de análisis en los que se le detectó que había sido contagiado de Hepatitis C. Desde el 10 de enero de 1990 el hospital donde fue operado D. Eusebio ya contaba con reactivos para detectar el virus de VHC, y de hecho la sangre que le fue transfundida había sido analizada, arrojando ésta resultado negativo.

Las pretensiones indemnizatorias del paciente no fueron admitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual el actor recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Partimos de un hecho que parece tener la entidad suficiente como para llegar a barajar que nos encontramos ante una resolución arbitraria: la fecha del contagio. Éste se produjo en el año 1990, el mismo de la comercialización de los reactivos que detectaban el virus del VHC. No se trata de un supuesto de hecho en el que éstos no se utilizaron, bien por no estar protocolizados o por no haberse legislado al respecto, ya que en este caso el daño sería objeto de reproche, de acuerdo con la filosofía seguida por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2000 ya estudiada. En esta resolución estamos barajando otra situación, y es que el uso de la prueba en cuestión ya se había generalizado en el hospital, meses antes de la cirugía de D. Eusebio, y de hecho la sangre que le fue transfundida al paciente fue sometida a los mencionados tests, pero éstos arrojaron un resultado negativo; entendiéndose que la sangre se encontraba libre de toda contaminación.

La única argumentación posible que justifique el no reproche de una inoculación producida en 1990 es el estado de la ciencia, pero estudiado desde otra perspectiva: la del periodo ventana. El descubrimiento de los reactivos se dio en 1989 y en 1990 la práctica totalidad de los países ya habían obligado a sus centros sanitarios a analizar todas las unidades de sangre con los mencionados test, que se practicaban con más o menos suerte. Se trataba de reactivos de primera generación, que si bien resultaban útiles, eran falibles, y de hecho, este caso es un ejemplo de sus límites. A pesar del mencionado control sobre la sangre transfundida, era posible que el virus de la Hepatitis C escapase a la capacidad de detección de los reactivos, y que por lo tanto se diesen transmisiones con carácter posterior a 1990; más concretamente entre 1990 y julio de 1992, fecha en la que se elaboraron los tests de segunda generación, capaces de detectar con menor margen de error la Hepatitis C.

El escenario de este litigio parece encajar en la idea del periodo ventana, por el cual, aunque la ciencia había tenido un importante avance, no había ganado aún la

batalla contra el virus del VHC. Así lo afirma el Tribunal Supremo cuando señala “Por lo demás, los test de control iniciales no presentaban el mismo grado de fiabilidad que los de segunda y tercera generación que se aplicaron desde julio de 1992, pero todo ello no altera el hecho de que la Administración aplicó los medios y las técnicas existentes a este efecto y de las que disponía incluso antes de que fuesen obligatorias, dando un resultado negativo a la infección por VHC de las dos unidades de plasma que fueron transfundidas al recurrente, sin que de acuerdo con el estado de la ciencia en aquel momento pudiera detectarse el virus en el llamado periodo ventana ni exigirse al test aplicado un grado de fiabilidad mayor que el que la técnica presentaba en aquellos momentos, fiabilidad que en definitiva es lo que se pone en cuestión por la parte cuando se refiere a los reactivos empleados e índices a partir de los cuales existe riesgo de contaminación de la sangre por VHC, puesto que el resultado negativo del test inicialmente existente y aplicado es un hecho igualmente asumido por la Sala de instancia, que no queda desvirtuado por las manifestaciones del recurrente, teniendo en cuenta que la fijación de los hechos y valoración de la prueba corresponde al Tribunal a quo y no puede ser objeto de revisión en casación salvo los concretos casos que la jurisprudencia establece, que no se han ejercitado en este caso. En consecuencia, ha de entenderse que la Administración actuó conforme exigían las técnicas y métodos de la detección del VHC en las transfusiones realizadas al aquí recurrido, que debía asumir los riesgos subsistentes a pesar del empleo de los medios existentes para su detección y por lo tanto el daño producido no es antijurídico, excluyendo así la responsabilidad de la Administración sanitaria, en adecuada aplicación e interpretación de los arts. 139 y 141 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por todo ello ha de concluirse que las apreciaciones de la Sala de instancia se ajustan a la doctrina jurisprudencial establecida para estos casos y, por lo tanto, no incurre en la infracción denunciada en este motivo de casación, que en consecuencia debe ser desestimado”¹¹⁹⁵.

Del estudio de este caso parece poder inferirse, que no se trata de una resolución arbitraria en la que las pretensiones de la víctima han sido desestimadas sin motivo aparente. En su lugar, no indemnizar un caso como el presente tiene su razón de ser en el concepto genérico del estado de la ciencia, pero matizando que se trata de una parte

¹¹⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007 ... *op. cit.* Conviene matizar una afirmación que realiza el juzgador, ya que si bien es cierto que los tests de segunda generación se comercializaron a partir de julio de 1992, los de tercera generación no vieron la luz hasta 1994. La resolución nos da a entender que ambas tests fueron generalizadas el mismo año 1992.

específica de esta amplia figura, el periodo ventana; construcción doctrinal que acompaña a las imperfecciones y limitaciones de los medios de detección de la Hepatitis C, hasta casi 1992.

2. La segunda sentencia sigue una línea muy similar a la anterior, al tratarse de una transfusión practicada tras el descubrimiento y comercialización de los reactivos capaces de detectar el virus de la Hepatitis C. De nuevo se trata de una relación fáctica englobada dentro del lapso temporal conocido como periodo ventana, en el que algunos contagios no eran considerados antijurídicos. Con estos antecedentes comenzamos el estudio de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006¹¹⁹⁶, en la que D^a. Melisa, a consecuencia de un accidente de tráfico, tuvo que ser intervenida quirúrgicamente y sometida a 14 transfusiones de sangre, todas ellas practicadas antes del 31 de mayo de 1990. En un análisis de sangre posterior se le diagnostica de Hepatitis C, cuya única vía de transmisión fueron las múltiples transfusiones que recibió.

La paciente pretendió la indemnización del daño sufrido, siendo sus intenciones inadmitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Como hemos señalado escasas líneas atrás, nos encontramos de nuevo ante el ya mencionado fenómeno del periodo ventana, en el que el desarrollo de los sistemas de detección resultaba limitado, hasta el punto de que incluso aplicándose éstos, el virus podía pasar desapercibido y producirse la contaminación. Es por ello por lo que, de extremarse todas las medidas posibles, el perjuicio no podría ser reprochado.

El Tribunal Supremo se hace eco de todo lo aquí señalado (fecha, reactivos de primera generación, etc.) cuando apunta a este respecto “...aun cuando todavía no se había dispuesto la practica de la prueba, es decir, no se había dictado la Orden de 3 de octubre de 1.990, se habían aplicado los medios que la ciencia ponía a disposición de la Administración sanitaria a efectos de detectar el contagio de la hepatitis C y en todos los casos con resultado negativo, por lo que entiende la Sala que tanto bajo el prisma de inexistencia de contagio por las transfusiones, como por el hecho de que aplicado el test que en aquel momento permitía el estado de la ciencia no pudo detectarse, se estima que la asistencia sanitaria incorporó todos los medios disponibles según el estado de la ciencia en aquel momento. Por ello falta el requisito de la antijuricidad exigido por la

¹¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006, Sala Tercera, recurso 7619/2002, ponente Puente Prieto.

jurisprudencia de esta Sala para apreciar la existencia de responsabilidad de la Administración. Apreciación ésta que es absolutamente conforme con las prevenciones contenidas en el *artículo 106 de la Constitución, 139 y 141 de la Ley 30/1.992* y en la jurisprudencia de esta Sala interpretativa de dichas normas en lo que se refiere al contagio del virus de la hepatitis C”¹¹⁹⁷.

Entiende el juzgador que la utilización de todos los medios conocidos en el momento, implica la observancia y cumplimiento de la *lex artis*, y consecuentemente la falta de antijuridicidad del daño.

3. La tercera resolución también tiene como característica principal el periodo ventana, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2007¹¹⁹⁸. En el litigio que ahora nos ocupa D. César fue intervenido el día 1 de mayo de 1991 mediante laparotomía, requiriendo tras su operación varias transfusiones de sangre, siendo infectado en una de las mismas de Hepatitis C.

Realizando la obligada mención al *iter* procesal, conviene apuntar que la demanda de D. César fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Todas las unidades transfundidas habían sido identificadas, habían pasado los obligados controles, y asimismo, se les había practicado el necesario test, a fin de detectar una posible contaminación. A pesar de que se adoptaron todas las medidas señaladas, el virus de la Hepatitis C pasó desapercibido a los exámenes desplegados (reactivos de primera generación).

Se trata de un nuevo litigio que forma parte del fenómeno periodo ventana de los sistemas de detección, en los que aunque existía obligación de aplicarlos, y de hecho resultaban efectivos en la mayoría de las ocasiones, lo cierto es que en algunos casos la enfermedad escapaba a estos controles; causando como consecuencia de ello, contagios con el virus de la Hepatitis C. El Tribunal Supremo parece decantarse por esta misma idea cuando afirma “Se desprende de todo ello la justificación de la adecuada praxis médica en relación con la intervención efectuada al recurrente en el año 1991 y el control de las transfusiones practicadas al mismo de acuerdo con los métodos entonces existentes, descartándose la antijuridicidad del daño”¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006... *op. cit.*

¹¹⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 1217/2004, ponente Herrero Pina.

¹¹⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2007 ... *op. cit.*

4. La cuarta y última controversia, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2001¹²⁰⁰, conforma una nueva excepción propia del periodo ventana. Este asunto puede resultarnos un tanto dispar en relación a los anteriormente estudiados, dado que si bien se desestima la pretensión indemnizatoria de la paciente, esto se hace de una manera distinta. Esta controversia gira en torno a una inoculación de Hepatitis C producida entre los días 10 y 13 de julio de 1990, habiendo sido las unidades transfundidas analizadas con los tests ya existentes, a los efectos de localizar el virus de del VHC.

Las pretensiones de la paciente no fueron admitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El escenario que se nos presenta es muy similar a los hasta ahora estudiados, se trata de la transfusión de una o varias unidades de sangre, que a pesar de haber sido sometidas a los reactivos de Hepatitis C del momento, la escasa fiabilidad de los mismos no permitió la detección de ésta, de manera que se produjo una contaminación. En la práctica totalidad de casos de este tipo, salvo por la convergencia de un tercer elemento que justifique su reproche, el paciente debe soportar el daño sufrido, porque en el momento en el que se practicó la transfusión, los tests no se encontraban lo suficientemente desarrollados como para detectar de forma fiable el VHC.

Sin embargo, esto no es lo que ocurre en el presente asunto. En este litigio el Alto Tribunal afirma la inexistencia de una relación de causalidad entre el daño sufrido, es decir, el contagio, y la transfusión. Su razonamiento es el siguiente: las unidades de sangre que le transfundieron al paciente fueron testadas y arrojaron un resultado negativo, de lo que debe deducirse que la sangre estaba limpia y por ello no podía ser el foco de la Hepatitis C. De esta forma lo afirma el juzgador “En efecto el recurrente basa los tres motivos a que nos referimos en el hecho de que en su opinión ha quedado perfectamente acreditado en autos que la Hepatitis C que padece tuvo su origen en las transfusiones sanguíneas antes referidas, conclusión diametralmente opuesta a la que alcanza la Sala "a quo" al valorar la prueba, ya que ésta concluye en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida que no ha sido tal el mecanismo de contagio, conclusión a la que llega tras analizar la prueba documental de la que resulta que todas las unidades transfundidas al recurrente fueron testadas previamente para la detección de la Hepatitis C con resultado negativo, siendo además retestados 44 de los 54 donantes

¹²⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2001, Sala Tercera, recurso 8159/1997, ponente Sieira Míguez.

utilizados dando nuevamente todos ellos resultado negativo y los restantes no pudieron ser retestados al no acudir al requerimiento que se les efectuó”¹²⁰¹.

Este cambio de argumentación es llamativo, al centrarse en la ausencia de un nexo causal entre la transfusión y el daño. Es por ello por lo que tenemos que acudir a la cuestión cronológica y evolutiva como única vía de justificación. Debemos tener presente que esta resolución es del año 2001, mientras que todas las demás son posteriores en el tiempo, por lo que barajar la evolución jurisprudencial como un posible motivo para el cambio de actitud, no debe parecernos ilógico.

Aunque el resultado es el mismo, el no reproche del daño, los motivos son distintos, ya que en aquellos litigios en los que se admite la existencia de un periodo ventana, no se niega la relación causal entre el contagio y la transfusión, sino la antijuridicidad, a diferencia de lo que ocurre en el presente asunto.

(ii) Excepciones en el periodo venta.

a’ Por motivos de carácter fáctico.

5. Encabezamos el análisis de este bloque con la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007¹²⁰², un supuesto de hecho en el que D. Pedro recibió dos transfusiones de sangre, los días 9 y 10 de noviembre de 1990, siéndole diagnosticada Hepatitis C en febrero del año siguiente.

A pesar de que la contaminación se produjo dentro de los límites del periodo ventana, el daño de este caso fue reprochado. No obstante, no se trata de una resolución arbitraria, ya que la condena viene justificada por la actitud negligente del centro sanitario, que a pesar de someter las unidades de sangre transfundidas a los reactivos, no realizó ninguna prueba más, lo que incrementó de forma alarmante las posibilidades de inoculación. Es lógico pensar, que dadas las limitaciones inherentes a los propios reactivos, era necesario reforzar el nivel de medidas a adoptar. Sin embargo, y en lugar de tomar las mentadas cautelas, el hospital limitó su actividad a los tests de detección, a sabiendas de su naturaleza imperfecta. El tribunal Supremo parece seguir esta misma idea cuando asegura “... la transfusión aparece como único factor de riesgo de la

¹²⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2001 ... *op. cit.*

¹²⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007, Sala Primera, recurso 4051/2000, ponente Xiol Ríos.

infección y que la enfermedad recibe en algunos informes la calificación de postransfusional; se tienen en cuenta, entre otros factores, las circunstancias de la atención médica prestada y la secuencia temporal entre la transfusión y el diagnóstico de hepatitis; se advierte que las pruebas practicadas en los donantes de modo inmediato a la donación no son suficientes para descartar la posibilidad de infección; se toma en consideración que no consta un nuevo análisis ni interrogatorios y otras pruebas practicadas a los donantes; y se llega a la conclusión de que la transfusión es la causa “más probable” de la infección”¹²⁰³.

El motivo por el que el daño causado por la transfusión ha sido reprochado, reside en que no se efectuaron las pruebas necesarias para descartar cualquier posibilidad de contaminación en la sangre a transfundir, al limitarse éstas a los reactivos¹²⁰⁴.

6. Algo similar ocurre en las dos siguientes resoluciones que mencionaremos a continuación, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006¹²⁰⁵ y la de 16 de julio de 2004¹²⁰⁶. En el primero de los casos, la controversia del año 2006, la transfusión sanguínea se efectuó en mayo de 1990, y con ella se produjo un contagio de

¹²⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007 ... *op. cit.*

¹²⁰⁴ Comentando esta misma resolución LEGAZ ALFONSO llega a la misma conclusión “... el elemento determinante lo constituye el estudio de la atención médica prestada, en la que se advierte que las pruebas practicadas no han sido suficientes para descartar el riesgo de contagio, tales como la identificación de los donantes, no constando un nuevo análisis, ni interrogatorios, ni otro tipo de pruebas relevantes a los efectos de prevenir la infección”. A lo que añade esta misma autora, en la página 1227 “Y, por otra parte, se le podría imputar responsabilidad por los daños originados en el correcto uso de los servicios, considerando que, por la propia naturaleza del producto, era necesario garantizar determinados niveles de eficacia o seguridad, en condiciones subjetivas de determinación. Asimismo se deberían haber llevado a cabo controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario, controles que no se llevaron a cabo produciéndose como resultado la citada enfermedad”. LEGAZ ALFONSO, Edurne, “Comentario a la sentencia de 4 de diciembre de 2007”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 78, 2008, pps. 1207 a 1233; concretamente en página 1224. A pesar de que la tónica general sería la irreprochabilidad del contagio, dado que nos encontramos en el periodo ventana, la ausencia de medidas de control básicas supone necesariamente el reproche del asunto. En esta misma línea se pronuncia SEUBA TORREBLANCA cuando señala, respecto de la falta de cumplimiento de obligaciones básicas impuestas en materia transfusional, lo siguiente “La jurisprudencia española ha utilizado el control sobre el cumplimiento de los requisitos de la hemodonación como criterio para imponer responsabilidad. Y así, en casos en los que no se ha podido identificar a los donantes, no se ha acreditado la práctica de pruebas obligatorias de detección de virus, se ha utilizado un hemoderivado que no estaba registrado, no estaba identificado el laboratorio que había producido o comercializado el producto o, genéricamente, en casos en los que se ha producido un incumplimiento de alguna obligación en materia de hemodonación, se ha procedido a dictar una sentencia condenatoria. Incluso se ha condenado simplemente con la constatación de la contaminación, afirmándose que ésta es la muestra más evidente de que no se llevó a cabo una correcta selección de los donantes”. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas* ... *op. cit.*, página 246.

¹²⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006, Sala Tercera, recurso 7392/2001, ponente Puente Prieto.

¹²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2004, Sala Tercera, recurso 7002/2000, ponente Martínez – Vares García.

Hepatitis C. Este caso también fue indemnizado por algo parecido a lo ocurrido en el primer asunto, sólo que se trata de una situación más grave. A pesar de que era el mes de mayo, y como consecuencia de ello ya se había generalizado el uso de los tests reactivos, éste no se aplicaba en el centro sanitario en cuestión, y consecuentemente, tampoco a las unidades sanguíneas que le fueron transfundidas al paciente. La falta de realización de una prueba obligada y generalizada, implica necesariamente el reproche del daño.

Lo ocurrido en el segundo litigio (del año 2004) es similar, en la medida en que se trata de una transfusión que se practicó a principios del año 1992 (desconocemos la fecha exacta), cuando la prueba de detección ya estaba generalizada, hasta el punto de que nos encontramos prácticamente al final del denominado periodo ventana de los primeros reactivos. Sin embargo, la sangre que le fue transfundida al paciente no fue testada con carácter previo a la transfusión, con la consiguiente omisión en las actuaciones y aumento del riesgo.

El reproche del daño en estos tres casos tiene una fundamentación clara, que escapa a la arbitrariedad. Todo ello porque en las tres sentencias concurre una evidente falta de diligencia en lo que a las pruebas se refiere, destacando la omisión de medios como elemento común a todos los casos¹²⁰⁷.

¹²⁰⁷ Refuerza esta premisa BERNARD PÉREZ cuando señala “En el caso de que dicha actuación poco diligente de los sanitarios se produjera, es decir, que las pruebas no se realizaran de forma adecuada, o bien éstas fueran incompletas, indudablemente, y siempre y cuando, se determinara que la infección por VHC ha sido consecuencia de la transfusión y no tuvieron otro origen, se generaría responsabilidad profesional”. BERNARD PÉREZ, Luisa, “Problemas médico – legales de las infecciones postransfusionales por el virus de la Hepatitis C” ... *op. cit.*; concretamente en página 102. Por su parte SALVADOR CODERCH, entre otros, nos acerca una obligación relativa a todo tipo de productos, y a pesar de que la utilice desde la única perspectiva del fabricante, lo cierto es que puede ser de utilidad. Señalan estos autores que uno de los principales deberes de todo fabricante consiste en la actualización de sus conocimientos y técnicas respecto de un artículo o producto, ya que una obsolescencia en el ámbito científico no le exoneraría de responsabilidad, en caso de concurrir un defecto en el bien comercializado, del que se tuviese conocimiento por la evolución del “estado de la ciencia”. Algo similar ocurre en estos litigios, se tiene plena constancia de que la posibilidad de contagio en una transfusión es una realidad, dado que en todos los casos el estado del conocimiento está bastante desarrollado. Sin embargo, no se acude a técnicas actualizadas para paliar posibles daños, como son los test detectores o los controles añadidos a los mismos, lo que provoca que se transfunda sangre contaminada. Concretamente señalan estos autores “El fabricante ha de tener en cuenta el estado más reciente de los conocimientos en el momento de la puesta en circulación. El fabricante debe considerar primero cuál es el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de la puesta en circulación, y observar después, si conforme a dicho estado, el defecto es cognoscible”. SALVADOR CODERCH, Pablo, SOLÉ FELIU, Josep, SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, CARRASCO MARTÍN, Jordi y LUNA YERGA, Álvaro, “Los riesgos de desarrollo”, en *InDret*, nº 1, 2001, pps. 1 a 30; concretamente en página 12.

b' Por motivos procesales.

7. En este bloque se analizarán las dos últimas resoluciones dentro del concepto de periodo ventana, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2001¹²⁰⁸ y la de 9 de enero de 2003¹²⁰⁹. Su examen separado de los anteriores asuntos se justifica porque la admisión de ambas controversias tiene un marcado corte procesal. En el primero de los litigios, el del año 2001, se produjo una contaminación por transfusión en junio de 1990. Tras este acto médico se tuvo conocimiento de que uno de los donantes se encontraba enfermo de Hepatitis C. El centro sanitario fue incapaz de probar en tiempo y forma que la enfermedad del donante fuese posterior a la fecha de la donación y la transfusión, por lo que el caso fue indemnizado.

Por su parte, en la resolución del año 2003, se produjo un contagio el 28 de abril de 1992, un estadio tardío del periodo ventana si tenemos presente que los reactivos de segunda generación comenzaron a utilizarse en julio de ese mismo año. El reproche del perjuicio del presente litigio se fundamenta en la cuestión probatoria, el centro sanitario fue incapaz de demostrar que practicó todas las pruebas obligatorias en el momento en el que se realizó la transfusión.

Del breve examen realizado de estas seis últimas resoluciones, cuya finalidad no es otra que la de abarcar todas las sentencias de contagios por transfusiones de VHC entre 1990 y 1992, hemos podido comprender la línea general, y por qué casos concretos sí que fueron indemnizados, no tratándose de resoluciones arbitrarias.

Del análisis casuístico del periodo ventana llegamos a la conclusión de que se trata de un lapso temporal en el que el conocimiento en materia de Hepatitis C se encontraba muy desarrollado, hasta el punto de que existían métodos de detección de la enfermedad en sangre. A pesar del mencionado progreso científico, las inoculaciones se seguían dando, en la medida en que los reactivos eran imperfectos.

b) Contagios ajenos al periodo ventana.

En este subapartado se estudiarán supuestos de hecho en los que se desestiman contagios de Hepatitis C posteriores al año 1992. Se trata de elementos fácticos, que

¹²⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2001, Sala Tercera, recurso 9435/1996, ponente González Navarro.

¹²⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2003, Sala Tercera, recurso 7002/2000, ponente Sieira Míguez.

lejos de tener carácter procesal o conformar una excepción, como el periodo ventana, rompen la línea general, con el consiguiente viraje doctrinal.

8. El primero de los casos es la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007¹²¹⁰, un litigio en el que se practicó una transfusión de sangre en 1997, a los efectos de paliar la hemorragia que D^a. María Ángeles había sufrido como consecuencia de una intervención a la que tuvo que someterse. Meses después fue diagnosticada de Hepatitis C. Debemos tener presente que las cuatro unidades que le fueron transfundidas a la paciente fueron debidamente testadas, arrojando cada una de ellas resultado negativo, es decir, ausencia de agentes contaminantes.

Las pretensiones indemnizatorias de la actora fueron desestimadas en las instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata del año 1997, época en la que se había superado el ya conocido periodo ventana, con un amplio desarrollo y conocimiento de los test de detección de Hepatitis C, dado que éstos fueron comercializados en 1990. Habiendo transcurrido siete años desde la puesta en circulación de los reactivos de VHC, es complicado, o por lo menos extraño, que una sangre testada con resultado negativo se encuentre contaminada y provoque una inoculación de Hepatitis C. Precisamente el juzgador se hace eco de esto último, reconociendo la existencia de un elemento perturbador en el litigio que nos ocupa: la imposibilidad de obtener la cronología de la enfermedad. Ello provoca serias dudas en el juzgador, hasta el punto de motivar que se barajen otras posibles vías de transmisión, incluso anteriores a la intervención, dado que la paciente ya mostraba signos de Hepatitis C antes de la misma. Concretamente el Tribunal Supremo señala “Del contenido del referido informe se desprende, por consiguiente, que queda descartada la posibilidad de que el contagio de la enfermedad proviniera de las deficientes condiciones de esterilización del medio quirúrgico y del material y personal sanitario utilizado para realizar la intervención quirúrgica de fijación transpendicular a que fue sometida la recurrente en el Hospital General de Alicante en fecha 23 de julio de 1997. Por último, en el referido informe de la Inspección Médica se contiene también que no se puede establecer una cronología de la infección y, por tanto, determinar si ésta era antigua o reciente...”¹²¹¹.

¹²¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007, Sala Tercera, recurso 273/2006, ponente Herrero Pina.

¹²¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007 ... *op. cit.*

El Alto Tribunal da especial relevancia al grado de desarrollo de conocimientos en materia de reactivos de VHC, en la medida en que estima muy remota la probabilidad de que se errasen los tests. Sin embargo, este hecho no es clave por sí mismo y requiere un complemento, el cual se encuentra precisamente en la imposibilidad de conocer la cronología de la enfermedad, ya que nos sitúa en la hipótesis de que la paciente ya estuviese contagiada antes de la cirugía. Ante esta tesitura, cualquier opción de reproche resulta compleja, ya que a fin de salvar las circunstancias ahora mencionadas, requeriríamos de otro escenario, como por ejemplo un donante infectado, materiales en mal estado, etc.

9. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2009¹²¹² es la siguiente resolución a analizar. D. Cosme recibió tres transfusiones de sangre el 17 de marzo de 1990, como consecuencia de las lesiones sufridas en un accidente de tráfico. Las unidades que le fueron transfundidas habían sido debidamente testadas, arrojando todas ellas resultado negativo, y ninguno de los donantes fue diagnosticado con carácter posterior de Hepatitis C. A pesar de todo lo mencionado, ocho años después, a D. Cosme le fue detectada Hepatitis C.

Las pretensiones de la víctima no fueron admitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Lo primero que debemos destacar del presente supuesto de hecho es que se trata de una transfusión situada en el margen de tiempo conocido como “periodo de ventana”, y sin embargo, no la hemos incluido en el mencionado subapartado por no existir mención alguna del juzgador al respecto. Si bien es cierto que existe otra resolución que sigue una dinámica semejante (la de 7 de diciembre de 2001), no citando si quiera la mentada noción, la situación es distinta en el presente asunto. La resolución del año 2001 menciona el periodo ventana y señala de forma categórica que no cabe relación causal alguna entre el contagio de VHC y la transfusión, tomando como base el hecho de que las unidades de sangre transfundidas habían sido analizadas, arrojando resultado negativo. Sin embargo, lo que ocurre en este litigio es distinto, ya que no es esta afirmación la que rompe el nexo causal. No se descarta un posible error de los reactivos (sin llegar a barajar el periodo ventana), porque concurre un hecho clave: el paciente había sido toxicómano antes y después de las transfusiones. Si a este factor le añadimos que las unidades de sangre arrojaron resultado negativo y que ninguno de los

¹²¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2009, Sala Tercera, recurso 1193/2005, ponente Puente Prieto.

donantes fue diagnosticado de VHC, la posibilidad de indemnizar el daño es prácticamente imposible. El Alto Tribunal parece abogar por este mismo argumento cuando afirma “Mas en el presente caso hay que tener en cuenta que, con independencia de la situación de riesgo inherente a los antecedentes que se recogen en la sentencia, es lo cierto que las unidades transfundidas aparecen en autos perfectamente identificadas, al igual que los dos donantes, y existiendo constancia en el informe incorporado a los autos de que tanto la donación concreta realizada al actor como el resto fueron testadas frente a los marcadores virales de la hepatitis C por técnica de E.I.A, siendo siempre negativas y, más en concreto, en la segunda donación se volvieron a repetir, respecto al donante, los test serológicos, descartando la existencia de los marcadores del virus de la hepatitis C a fecha 23 de noviembre de 1998, lo que evidentemente significa que el contagio de la hepatitis C sufrido por el recurrente no tiene causa en las transfusiones realizadas en abril y mayo de 1990 en el centro sanitario autonómico, con lo que decae cualquier posibilidad de reclamación de responsabilidad de dicha Administración”¹²¹³.

Es probable que el juzgador no haya acudido a la idea del periodo ventana, no porque el resultado de los análisis fuese negativo o ninguno de los donantes padeciese VHC, sino porque el paciente entraba dentro de las categorías “de riesgo”, siendo su toxicomanía el principal foco de infección.

(i) Motivos procesales que justifican la ausencia de reproche.

Las resoluciones a estudiar en este apartado son casos no reprochados, no por la concurrencia de un factor externo, sino por una cuestión procesal, bien argumentativa, probatoria, etc.

a’ Por dificultades con la prueba.

10. Comenzamos con la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2006¹²¹⁴, en la que D. Luis recibió una transfusión sanguínea en septiembre de 1990, tras ser intervenido de una serie de lesiones que padecía en un pie. Años después fue diagnosticado de Hepatitis C.

¹²¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2009 ... *op. cit.*

¹²¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2006, Sala Primera, recurso 1016/2000, ponente Seijas Quintana.

Tanto en primera instancia como en apelación, las pretensiones de la parte actora fueron inadmitidas, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de una relación de hechos susceptible de ser incluida en el grupo de contaminaciones producidas en el periodo ventana, pero esta opción no se baraja en ningún momento, por existir un escollo procesal de tal magnitud, que imposibilita cualquier opción de sopesar si quiera la indemnización: la causa del contagio no fue demostrada.

Esta incapacidad probatoria supone la imposibilidad de estudiar el fondo del asunto, tal y como señala el Tribunal Supremo “La carga de la prueba del nexo causal corresponde en todo caso al demandante que afirma la concurrencia de culpa extracontractual y pretende la indemnización pecuniaria y esta relación de causalidad, que la prueba de los hechos niega, constituye requisito indispensable para que puedan ser imputadas las consecuencias del daño originado, por lo que no es casacionalmente revisable mediante la invocación de un precepto como el artículo 1902 CC. Es razón por la que la sentencia no entra a valorar el requisito de la culpa o negligencia en el agente que causa el daño, que si es una cuestión jurídica, por cuanto no quedó debidamente acreditado el hecho generador del virus de la hepatitis C en el establecimiento sanitario de la entidad demandada, bien por transfusiones de sangre, bien por el tratamiento seguido para su curación”¹²¹⁵.

Estimamos que la magnitud de la cuestión procesal es lo suficientemente relevante, como para no llegar a mencionar si quiera el concepto del periodo ventana.

11. El segundo litigio que encaja en esta temática es la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006¹²¹⁶. Este caso resulta curioso, en la medida en que no ha sido probada ninguna transfusión, pero sí que la paciente fue diagnosticada de VHC en 1993. No obstante, lo que sí se pudo demostrar es que la enferma fue transfundida en 1995, dos años después de haber sido diagnosticada de Hepatitis C.

No debe parecernos extraño que la demanda de la actora no fuera estimada en instancias inferiores, siendo éste el motivo por el que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de una controversia cuanto menos curiosa, motivada sin duda, por cuestiones procesales en temas de prueba. La paciente infectada por VHC fue incapaz

¹²¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2006... *op. cit.*

¹²¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006, Sala Tercera, recurso 5045/2003, ponente Puente Prieto.

de demostrar que le fueron practicadas varias transfusiones antes de ser diagnosticada de Hepatitis C. Concretamente sobre este aspecto señala el Alto Tribunal “Con respecto a la historia clínica del Hospital de San Carlos en el escrito de demanda la recurrente no concreta transfusión alguna realizada en dicho centro sanitario, que tampoco refiere en el escrito de proposición de prueba, por lo que la misma no ha asumido la carga de acreditar con dicha prueba hechos oportunamente aducidos en el proceso y necesarios de tal actuación probatoria, de donde se infiere la inexistencia también en el presente caso de indefensión. Por último, y en lo relativo a la Clínica Puerta de Hierro, la historia clínica resulta innecesaria toda vez que la supuesta transfusión sanguínea, según la propia recurrente alega, se produjo en 1.995 habiendo sido diagnosticado el contagio del virus de la hepatitis C en la paciente en el año 1.993 según recoge la sentencia y resulta de lo informado por el propio perito procesal y de lo constatado como hecho acreditado en la sentencia recurrida, de donde cualquier supuesto contagio posterior a la fecha sería irrelevante a efectos de determinar la responsabilidad de la Administración”¹²¹⁷.

No es necesario que destaquemos que nos encontramos ante una imposibilidad probatoria concluyente, la actora no ha podido demostrar que recibió varias transfusiones antes de su contagio, algo que elimina cualquier pretensión indemnizatoria.

12. La última resolución de este subapartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2005¹²¹⁸. En este asunto D^a. Asunción recibió dos transfusiones sanguíneas, ambas el mismo día, el 6 de septiembre de 1993; siendo diagnosticada posteriormente de Hepatitis C.

Ninguna de las instancias inferiores estimaron la demanda de la actora, en virtud de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El supuesto es sencillo, sobre todo por un factor: se había superado con creces el periodo ventana, algo que en principio hubiese significado un reproche casi seguro. Sin embargo, esto no fue así por motivos meramente procesales, en la medida en que la actora no llegó a probar la relación existente entre el daño y la transfusión, mientras que la Administración sanitaria consiguió demostrar que las unidades transfundidas habían sido sometidas a los controles necesarios. Se trata de un litigio de imposibilidad probatoria, o falta de idoneidad de la prueba practicada, tal y como parece señalar el

¹²¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006 ... *op. cit.*

¹²¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2005, Sala Tercera, recurso 5916/2001, ponente Puente Prieto.

Tribunal Supremo “Debe resolverse ante todo la cuestión planteada por la recurrida en relación con la inadmisión del presente recurso fundada en la circunstancia de que, conforme exige el *artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción*, el escrito de preparación no cumple los requisitos formales exigidos para la admisión por cuanto que no se verifica en el mismo el juicio de relevancia acerca de que la infracción de una norma estatal o comunitaria, infringida por la sentencia recurrida, ha sido relevante y determinante del fallo.” A lo que añade el juzgador “Por lo demás, la inexistencia de responsabilidad hemos de recordar que surge, en consideración del juzgador de instancia, del hecho de que no está acreditada la existencia del nexo causal cuya prueba correspondía al recurrente y por el contrario, sí está acreditado que en las pruebas practicadas por la Administración sanitaria antes de la transfusión no se detectó la existencia del virus que determinó el contagio, ni del mismo eran portadores los donantes de las unidades transfundidas. Por ello procedía, como hizo la sentencia de instancia, la desestimación del recurso ante esta falta de acreditación del nexo causal”¹²¹⁹.

b’ Por recurso para la unificación de doctrina incompleto.

13. La primera de las dos resoluciones que se estudiarán en este subapartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2006¹²²⁰, un litigio en el que D^a. Nieves, como consecuencia de la leucemia que sufría, fue tratada con una transfusión sanguínea en 1996. Al año siguiente, en 1997, le fue diagnosticada Hepatitis C, lo que supuso que no pudiese recibir los tratamientos necesarios a fin de paliar la leucemia que padecía, falleciendo poco después.

Las pretensiones de los familiares de la fenecida no fueron admitidas en ninguna de las instancias inferiores, de forma que acudieron en casación al Tribunal Supremo.

En principio, podríamos considerar que estamos ante un asunto claro y sencillo, cuyo daño debería ser indemnizado, en la medida en que se trata de una transfusión practicada en el año 1997, una época en la que los reactivos ya se encontraban muy desarrollados y perfeccionados. Ahora bien, esto no fue así, y D^a. Nieves resultó contagiada de Hepatitis C, a pesar de que en principio el grupo de donantes al que pertenecía la sangre transfundida, no formaba parte de ningún colectivo de riesgo.

¹²¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2005 ... *op. cit.*

¹²²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2006, Sala Tercera, recurso 312/2005, ponente Herrero Pina.

En base a los hechos mencionados resultaría complicado, por no decir imposible, acudir a una exoneración de responsabilidad, salvo prueba inequívoca del pleno cumplimiento de la *lex artis*. De nuevo la cuestión gira en torno un detalle de carácter procesal: se trata de un recurso para la unificación de doctrina, acompañado de una desafortunada argumentación. Los casos a comparar con el supuesto concreto, no cuentan con los puntos en común necesarios para la correcta formulación del recurso, y consecuentemente, éste no puede ser observado. Así lo señala expresamente el Tribunal Supremo cuando afirma “En efecto en la sentencia que ahora se recurre la Sala de instancia estima no probado que la sangre transfundida a la recurrente estuviera contagiada del virus de la hepatitis C, en tanto que en el caso de la sentencia de contraste se admite como cierto tal presupuesto fáctico, circunstancia ésta que justifica la diferencia en el fallo de una y otra sentencia”¹²²¹.

Si acudimos a la instancia inferior, a los efectos de entender por qué la demanda no fue estimada, la cuestión vuelve a girar sobre aspectos procesales, aunque en esta ocasión son de prueba. La parte actora no llegó a demostrar que la inoculación fue como consecuencia de una transfusión.

14. Algo similar ocurre en la segunda controversia, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2008¹²²². En el presente litigio un paciente que había sido operado para la implantación de un Bypass en agosto de 1993, requirió de varias transfusiones de sangre, siendo contagiado de Hepatitis C en una de ellas, y diagnosticado en 1996.

En ninguna de las instancias inferiores las pretensiones de la parte actora fueron admitidas, por lo que éste recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El presente caso es un supuesto parecido al anterior, en la medida en que se trata de dos transmisiones producidos en fechas posteriores al pleno desarrollo de los medios de detección de la Hepatitis C. Quizás este asunto pueda resultar más llamativo aun, porque partimos de la base de que se demostró que la sangre que le fue transfundida al paciente se encontraba infectada por VHC.

No obstante, este recurso sufrió la misma suerte desestimatoria que el anterior, también por motivos procesales, concretamente por tratarse de un recurso para la

¹²²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2006 ... *op. cit.*

¹²²² Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2008, Sala Tercera, recurso 130/2007, ponente Puente Prieto.

unificación de doctrina sin puntos en común equiparables con las resoluciones que fueron objeto de comparativa.

En este caso, al igual que en el anterior, hemos acudido nuevamente a la decisión del Tribunal Superior de Justicia, a los efectos de dilucidar por qué el contagio fue desestimado antes de llegar al Tribunal Supremo. La dirección argumentativa del juzgador se basa en que, dado que la sangre fue debidamente testada y controlada, y que la Hepatitis C es una enfermedad de fácil contaminación, es más probable que la infección se produjese por una vía distinta a la transfusión.

c' Otro tipo de eventualidades procesales.

15. La primera de las tres resoluciones de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2007¹²²³. D^a. María Luisa, tras un parto por cesárea en 1993, tuvo que recibir vacunas anti – D, por ser RH negativo, fármaco que es elaborado con plasma y sangre humana. Años después le fue diagnosticada una Hepatitis C, siendo el suministro del mentado preparado la única vía posible de contaminación.

Las pretensiones indemnizatorias de la parte actora fueron infructuosas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nos encontramos nuevamente ante una situación “tipo”, en la medida en que la inoculación se produce en fechas posteriores a julio de 1992, más concretamente, en 1993. A pesar de lo mencionado, de nuevo el daño no es indemnizado por una cuestión procesal, la falta de litisconsorcio pasivo necesario: la actora demandó al hospital, en lugar de al laboratorio que elaboró la vacuna.

La problemática del caso radica en que fue el medicamento el que le causó la inoculación, y no tanto la actividad médica; no es una transfusión en la que el hospital debe ejercer un férreo control sobre las unidades de sangre, así como sobre los donantes. En lugar de eso, se trata de un preparado elaborado con plasma y sangre, sustancias potencialmente provocadoras de la enfermedad que aqueja a la actora, siendo esta vacuna confeccionada por un laboratorio y distribuido a distintos centros sanitarios. De pretender imputársele la responsabilidad a alguien del proceso, ésta debería dirigirse contra el productor del fármaco y no contra el hospital, cuya actuación se ha limitado a

¹²²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2007, Sala Tercera, recurso 2519/2003, ponente Robles Fernández.

administrar la vacuna. De admitirse lo contrario, nos encontraríamos ante la tesitura de responsabilizar al centro médico de todos los medicamentos que sean suministrados o recetados por el mismo. Así lo expresa el Tribunal Supremo cuando señala a este respecto “Si la vacuna anti-D hubiese sido la causa del contagio, la responsabilidad no sería del Hospital Juan Canalejo, sino del laboratorio que la suministró, y si considera la actora que por el centro hospitalario se le han ocultado datos relevantes, ello podría permitir la formulación de otras reclamaciones a dicho centro hospitalario, pero no sería procedente la responsabilidad patrimonial que se reclama, pues partiendo como debemos hacerlo de los hechos tenidos por probados por la Sala de instancia, y aun cuando la apreciación de la relación causal sea una cuestión jurídica, no puede deducirse que fuesen las actuaciones medicas a las que se refiere la actora la causa del contagio, es decir, no cabe deducir que fuese la practica de la cesárea, ni la administración en cuanto tal de la vacuna, las que determinaron dicho contagio de la hepatitis C, por cuanto como hemos dicho, aun cuando se aceptase que fue la vacuna la causante de aquel, la responsabilidad no sería imputable al Centro hospitalario, sino al laboratorio que la suministró”¹²²⁴.

16. La segunda de las controversias de este subapartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006¹²²⁵, un caso en el que D. Salvador recibió una transfusión de dos bolsas de concentrado de hematíes, tras ser operado de la pelvis, el 11 de diciembre de 1999. Un año después D. Salvador comenzó a sentir un constante malestar, por lo que se sometió a una serie de exámenes médicos, siendo diagnosticado de Hepatitis B. Tras esta diagnosis, a uno de los donantes de las unidades de sangre transfundidas a D. Salvador le fue practicado un análisis, arrojando éste resultado negativo; no ocurrió lo mismo con el otro, pues no se llegó a conocer su estado de salud, por motivos que se ignoran.

¹²²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2007 ... *op. cit.* WIERZBA se muestra de esta misma opinión al pronunciarse en una línea similar “También en los Estados Unidos, la mayor parte de las acciones por responsabilidad ligadas al SIDA han involucrado juicios por la transfusión de sangre o hemoderivados contaminados. Las demandas por responsabilidad contra hospitales o bancos que proveen de sangre infectada pueden basarse en el hecho que el proveedor administró un producto inadecuado para uso del paciente. Los fundamentos para el reclamo de los daños en ese tipo de supuestos, han sido variados: el incumplimiento de una garantía implícita, la responsabilidad objetiva, la falta de consentimiento informado, la negligencia, y el llamado “ataque intencional a la persona” (*battery*)”. WIERZBA, Sandra M., *Sida y responsabilidad civil* ... *op. cit.*, página 61. Esta autora evidencia la posibilidad real y factible de iniciar acciones legales contra los bancos de sangre y productores de hemoderivados.

¹²²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006, Sala Tercera, recurso 8272/2004, ponente Puente Prieto.

La demanda de D. Salvador fue desestimada en instancias inferior, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Dada la fecha de la transfusión, podríamos considerar que nos encontramos ante un caso sencillo, en el que el daño debería ser indemnizado, más si cabe cuando el hospital fue incapaz de probar que todos los donantes estaban sanos. A esta afirmación conviene añadir el hecho de que la variante de Hepatitis de que se trata, es la de tipo B y no C, cuyo conocimiento se encontraba mucho más extendido, en lo que a los métodos de detección se refiere. Sin embargo, y a pesar de lo señalado, el daño no fue indemnizado, por una cuestión procesal: los hechos no fueron demostrados en instancias inferiores y el recurrente pretendió alcanzar esa meta en casación, lo que es imposible, dada la naturaleza del mentado recurso. Así lo apunta expresamente el Tribunal Supremo cuando señala “No cabe, por tanto, ahora, y en el ámbito de esta casación, proceder a realizar no una auténtica integración de hechos sino una reconsideración de la valoración de esos elementos probatorios profusamente analizados por el Tribunal de instancia y que condujo a la desestimación del recurso; como tampoco existe base alguna para entender que la nueva argumentación del recurrente que introdujo en trámite de conclusiones obligara a la Administración a acreditar un correcto uso y asepsia del material empleado en la operación o antes o después de la misma cuyo contagio descarta el Tribunal de instancia como causante de la infección por lo que no resulta por ello aplicable lo dispuesto en el *artículo 217 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* sobre la carga de la prueba ya que, y pese a que el Tribunal de instancia debía enjuiciar la cuestión sobre la base de las cuestiones planteadas en el escrito de demanda, éste tomo en consideración incluso la nueva argumentación del recurrente posterior al trámite probatorio para, en base precisamente a los elementos de prueba existentes en el proceso, descartar la justificación de que el contagio pudiera proceder de esa otra vía relacionada con el uso de material estéril o con la asepsia de los trabajadores sanitarios, que el informe del propio Doctor aportado por el recurrente en vía administrativa descartó al considerar que resultaba poco probable la contaminación por otra vía que no sea la transfusión”¹²²⁶.

17. Finalmente, procedemos al análisis de la última resolución de este bloque, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006¹²²⁷. No conviene ahondar en

¹²²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006 ... *op. cit.*

¹²²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006, Sala Tercera, recurso 5252/2003, ponente Puente Prieto.

exceso en los hechos del presente asunto, por lo que seremos breves. Se trata de un contagio de Hepatitis C que sufrió D^a. Marisol, en un momento posterior al descubrimiento de los reactivos, y probablemente en una etapa de evolución desarrollada (desconocemos la fecha concreta).

Esta controversia es un caso curioso, en la medida en que la parte actora pretende la indemnización, no sólo para la persona que sufrió el contagio, sino también para cuatro individuos más. Es cuanto menos llamativo, que en el afán de búsqueda de sujetos a indemnizar, se haya ignorado por completo que el montante indemnizatorio total por cada uno debe ser el suficiente como para acceder a la casación, y que de no llegarse al mismo, el asunto no podrá ser enjuiciado. Lo que ocurre en el litigio que nos ocupa es que la suma completa de la indemnización solicitada, sí supera el mínimo establecido por el Tribunal Supremo en la casación (25 millones de pesetas en esa época), pero que al haber cuatro recurrentes y dividirse la cuantía total entre los mismos, el recurso de cada una no llega a ese mínimo. Así lo evidencia el Tribunal Supremo “Al ser cuatro los reclamantes de la indemnización, la madre y los tres hijos, cónyuge e hijos del supuestamente contagiado por la inoculación del virus, el valor económico de la pretensión a tener en cuenta a efectos de este recurso ha de ser el valor de lo interesado por cada uno de los recurrentes y no la suma de todos, y ello de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción* , como hemos declarado en reiterada doctrina jurisprudencia de esta Sala, recogida como más reciente y en lo que afecta a reclamación similar a ésta en la de 21 de septiembre de 2.005 (recurso 4590/2001). Por ello y siendo la cuantía de lo reclamado por cada recurrente la de 15 millones de pesetas, en aplicación de lo dispuesto tanto en el *artículo 393 del Código Civil como en el 1.138 del mismo texto legal* , el presente recurso resulta inadmisibile en virtud del *artículo 86.2.b) de la Ley de la Jurisdicción* que limita la posibilidad del mismo en supuestos en que la cuantía de la pretensión no alcance los 25 millones de pesetas, con la única excepción de que se trate de procedimiento especial para la defensa de derechos fundamentales, supuesto no concurrente en el presente caso”¹²²⁸.

De las líneas anteriores parece poder deducirse que, aunque 1990 se define como fecha clave en materia de tests reactivos (además del año 1989 como fecha del descubrimiento), lo cierto es que podríamos considerar que el momento en el que se

¹²²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006 ... *op. cit.*

inicia un nuevo estadio es julio de 1992. No en vano, tenemos constancia de que aquellos contagios que se produjeron entre 1990 y julio de 1992, salvo por circunstancias excepcionales, como las que ya hemos podido analizar, no eran indemnizados, por encontrarse dentro de lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia denominaron “el periodo ventana”.

Tras la fecha de corte por excelencia, julio de 1992, si un contagio no se indemniza, debe justificarse. Es por ello por lo que, todos aquellos casos que no dan lugar a responsabilidad tras esta fecha, han de tener una base sólida, que por regla general cimienta sus pilares, bien en un elemento externo de carácter procesal, bien en un hecho concluyente, debiendo tener la entidad suficiente para desdibujar el daño.

2. Excepciones en materia de Sida.

Este bloque engloba las resoluciones que conforman una excepción en los contagios de Sida. Conviene destacar en primer lugar, que el número de sentencias es manifiestamente inferior en relación al apartado anterior, al ser la línea seguida por el juzgador más regular. Es por ello por lo que no existen casos admitidos con anterioridad al año 1985 (fecha del hallazgo de los reactivos) y el número de controversias que fueron desestimadas tras la mencionada fecha, es muy escaso.

1. Resoluciones desestimadas tras la comercialización de los tests reactivos para detectar el VIH.

Dado que todos los contagios existentes datan del mismo año, 1985, vamos a empezar con la única resolución de carácter divergente en la materia, por una simple cuestión de organización.

1. Comenzamos con la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004¹²²⁹. En esta controversia D. Inocencio, tras ser intervenido de una dolencia que padecía, requirió una transfusión de sangre que le fue practicada el 19 de junio de 1985. En la mencionada transfusión le fue inoculado el virus del Sida.

Ninguna de las instancias inferiores admitió las pretensiones del actor, en virtud de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

¹²²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004, Sala Tercera, recurso 260/2003, ponente Lecumberri Marti.

Debemos tener presente que el descubrimiento de los reactivos del VIH se dio en 1983 y que no fue hasta dos años después, cuando se comercializaron en los hospitales y bancos de sangre. Es por ello por lo que en principio, el presente daño debería ser indemnizado, ya que a pesar de que la Orden Ministerial de generalización de los tests es de febrero de 1987, esta descoordinación era fruto de la natural relación entre la realidad y el Derecho.

Sin embargo, el caso que nos ocupa no es admitido, fundamentándose esta cuestión en un mero elemento procesal: se trata de un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que no concurren los elementos de convergencia necesarios a los efectos de que sea estimado. Esta circunstancia tiene la entidad suficiente, como para justificar la desestimación del litigio.

2. Sentencias estimadas en el propio año 1985.

2. El primero de los tres casos a estudiar en este bloque es la sentencia el Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007¹²³⁰, en la que D^a. Rita sufrió un accidente de tráfico el 7 de diciembre de 1985, requiriendo varias cirugías, a fin de tratar las fracturas que había sufrido, así como una transfusión de seis unidades de sangre (tres de las mismas procedían de sus hermanos), para paliar la anemia que padeció a consecuencia de las intervenciones. Un año después de estos hechos, a D^a. Rita se le practicó una analítica, en la que le fue diagnosticado VIH, falleciendo años más tarde, como consecuencia de los efectos del mencionado padecimiento.

En este asunto las pretensiones de la víctima y de sus familiares fueron admitidas en instancias inferiores, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El caso resulta sencillo, si desde abril de 1985 todo contagio de VIH era objeto de reproche, no cabe duda alguna en este litigio, ya que la transfusión fue practicada en diciembre de 1985. Sin embargo, la parte recurrente acude a la normativa vigente del momento, señalando que no había una obligación legal de testar las unidades de sangre a transfundir, dado que no se estableció la mencionada imposición hasta el 18 de febrero de 1987. No obstante, como ya hemos señalado líneas atrás, el estado de la legislación no exonera de responsabilidad, cuando el estado de la ciencia y de la técnica permiten

¹²³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007, Sala Tercera, recurso 784/2003, ponente Robles Fernández.

detectar patologías tan graves como la presente. De esta misma opinión parece mostrarse el Tribunal Supremo cuando asevera “La recurrente en casación alega, como hemos dicho, que aun aceptando como causa de contagio las transfusiones de sangre realizadas, hasta la Orden de 18 de Febrero 1987 no era obligatorio la práctica de prueba de detección, y reconoce que no realizó las mismas, considerando por ello que el daño causado no sería antijurídico. Sin embargo, tal conclusión no puede aceptarse, por cuanto como ha dicho la jurisprudencia a que nos hemos venido refiriendo, con independencia de cuando se dictase la Orden, a la que alude la recurrente, a partir del año 1.985, los conocimientos de la técnica ya permitían detectar la existencia de VIH en sangre, por lo que desde esa fecha la Administración sanitaria (a los efectos de determinación de si el daño causado es o no antijurídico) debía realizar las correspondientes pruebas de detección de anticuerpos, como se plasmó incluso en la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad y Consumo de 6 de Septiembre de 1.985”¹²³¹.

Si bien es cierto que la normativa que regía las cuestiones en materia de reactivos de VIH establecía la obligación generalizada de utilización de los mismos a partir de febrero 1987, su uso ya era habitual, por lo que no podemos considerar esta cuestión como exoneradora de dicho deber, ya que prácticamente dos años antes ya se había generalizado la utilización de estos tests¹²³².

¹²³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 ... *op. cit.*

¹²³² De esta misma opinión se muestra SEUBA TORREBLANCA cuando señala “Los casos difíciles de resolver cuando el criterio de imputación es el culpabilístico son aquéllos que se producen, especialmente en el caso del VIH, cuando no existe una obligación legal de realizar unas determinadas pruebas o de realizar una determinada conducta que podía haber evitado el contagio. Además, como he comentado anteriormente, téngase presente que los conocimientos científicos van perfilando la diligencia exigible. En esta sede, la cuestión que debe ser resuelta es la de en qué medida la conducta del causante del daño es o no negligente. Y es que es pacífica en Derecho de daños, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, la afirmación según la cual no es suficiente para exonerarse de responsabilidad acreditar que se cumplieron las disposiciones legales vigentes, sino que la conducta debe ser considerada como diligente. Dicho de otra forma, el nivel de diligencia no viene establecido únicamente por la legislación aplicable, sino también por los usos y por el desarrollo científico y tecnológico. En este sentido, es de destacar la STS, Sala 1ª., de 30 de diciembre de 1999 (RAJ 1999, 9752), que resolvió una controversia de transmisión de VIH producido en julio de 1986, es decir, con anterioridad al establecimiento de la obligación a nivel estatal de practicar pruebas de detección sobre la sangre: <<[L]a culpa o negligencia origen de responsabilidad civil no se funda en el incumplimiento de normas reglamentarias sino en la omisión de la diligencia debida atendidas las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar>>”. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas* ... *op. cit.*, página 247 y 248. Concluye este autor afirmando que la falta de diligencia encuentra su forma de medición, no únicamente en el incumplimiento de las medidas legales existentes en la materia, sino más bien en las exigencias reales del momento. En esta misma línea se pronuncia MARÍN LÓPEZ cuando asevera “El estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes <<no es el estado de la legislación>>, por lo que para probar ese estado de conocimientos en un determinado momento <<no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia de una regulación legal aplicable al caso>>”. MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Daños por productos: estado de la cuestión*, Tecnos, Madrid, 2001, página 113.

3. Algo semejante a lo acontecido en este último litigio ocurre en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2004¹²³³. En este supuesto D^a. Cecilia fue transfundida, por razones que no atañen a nuestro trabajo, en junio de 1985, siendo diagnosticada con carácter posterior a esta fecha de VIH.

El supuesto es claro y las pretensiones de la parte actora fueron parcialmente admitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual los demandados recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de una transmisión que se produjo en junio de 1985, dos años antes de la obligación legal de utilizar los reactivos para detectar el VIH en la sangre donada, de lo que se podría colegir, que el daño sufrido por D^a. Cecilia no debería indemnizarse. Sin embargo, este litigio es reprochado por las mismas razones que el anterior: el desfase entre los medios legales y técnicos. Esta controversia es indemnizada porque en junio de 1985 el uso de los tests de detección de VIH se encontraba implícitamente asumido, y de hecho era una obligación para los centros sanitarios y proveedores de sangre. El Tribunal Supremo se pronuncia en una línea similar, en lo que al desfase legislativo se refiere “...resulta irrelevante que el contagio se haya producido con anterioridad a que se hubiese impuesto reglamentariamente el deber de analizar la sangre destinada a transfusiones, siempre que aquél hubiese tenido lugar una vez aislado el virus y comercializados los marcadores para detectarlo, dada la posibilidad científica y técnica de efectuar las comprobaciones para descubrirlo en la sangre, pues no siempre el ordenamiento jurídico es reflejo del estado de la ciencia y a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración lo que tiene trascendencia es el estado del saber y no el estado de la legislación o de la norma...”. A lo que añade el juzgador “La Administración sanitaria demandada, y ahora recurrente, admite, y así resulta

Conviene citar a GARCÍA VARELA, que se muestra tajante cuando comenta esta cuestión “Esta sentencia del Tribunal Supremo señala que, aunque en la fecha de los hechos no regían las Ordenes Ministeriales de 4 de diciembre de 1985 y 18 de febrero de 1987, que exigen reglamentariamente un reconocimiento externo y la práctica de pruebas analíticas a todo donante de sangre, no cabe ignorar el hecho de que, en aquella época, no sólo en el ámbito científico, sino también en el de la opinión pública generalizada, se sabían, al menos, las consecuencias fatales del SIDA, los grupos de riesgo y las posibles fuentes de contagio, entre las que se encontraba la transfusión de sangre infectada realizada en los centros hospitalarios, lo que lleva a la Sala, siguiendo el camino de la responsabilidad patrimonial cuasi-objetiva derivada de actos dañosos efectuados por la Administración pública a través de sus autoridades y demás personal, a proclamar la responsabilidad patrimonial de la parte recurrida...”. GARCÍA VARELA, Román, “Responsabilidad de la Administración hospitalaria por infección de SIDA mediante transfusión sanguínea”, en *Diario La Ley*, nº 2, 1999, pps. 1780 a 1781; concretamente en página 1781. Este autor sigue la misma línea marcada por la doctrina, así como por el propio juzgador en el presente supuesto: la ausencia de una obligación legal expresa no exime de la práctica de pruebas de amplio conocimiento y aceptación en la sociedad, si éstas son necesarias.

¹²³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2004, Sala Tercera, recurso 8842/1999, ponente Sieira Míguez.

incluso de su escrito de proposición de prueba, que en la fecha de la afección era posible la detección del virus VIH mediante pruebas analíticas, que afirma se practicaban. El motivo por tanto debe ser desestimado en este extremo”¹²³⁴.

4. Finalmente abordamos la última de las resoluciones a analizar en el presente bloque, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2001¹²³⁵. En este caso D^a. Rosa, tras someterse a una cesárea programada, requirió la práctica de una transfusión sanguínea de dos concentrados de hematíes, el día 10 de agosto de 1985. Dos años después de la misma, le fue diagnosticado VIH.

En base a las mencionadas circunstancias la paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda estimada en primera instancia y confirmada en apelación. Dada la situación, la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El caso que nos ocupa es parecido a los anteriores, al tratarse de una inoculación producida antes de septiembre de 1985, concretamente en agosto. A pesar de lo polémico de la fecha, lo cierto es que esta cuestión ni si quiera fue mencionada en las argumentaciones del recurrente, ni tampoco en las del juzgador. Todo ello probablemente porque concurre una circunstancia que ostenta un protagonismo innegable: una omisión informativa.

La desinformación desplaza cualquier posible alusión a la problemática existente en torno a la fecha. La razón es sencilla, la obligación informativa sobre la naturaleza y los riesgos de las transfusiones existía mucho antes que los propios reactivos, por lo que cualquier incumplimiento podría dar lugar a una indemnización por un daño no

¹²³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2004 ... *op. cit.* De esta misma opinión se muestra MÚRTULA FUENTE “La existencia de una normativa legal, prescribiendo la obligatoriedad de las pruebas para la detección en la sangre donada de anticuerpos del virus VIH, ha suscitado la cuestión sobre la antijuridicidad de las conductas anteriores a la citada normativa. En este sentido hay que decir que lo antijurídico, a efectos del Derecho de daños, no se limita – como se desprende de la sentencia que nos ocupa – a la no adecuación de la conducta del sujeto agente a lo preceptuado en la norma, sino que va más allá, pudiendo considerarse antijurídica la simple causalidad del daño, cuando con arreglo a los criterios derivados de la responsabilidad civil exista un sujeto imputable al que se le pueda atribuir el daño causado”. MÚRTULA FUENTE, Virginia, “La responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio del virus del SIDA a través de transfusión de sangre [comentario a la STS (Sala 1.^a) de 28 de diciembre de 1998]” ... *op. cit.*; concretamente en página 1716. De manera muy similar se pronuncia GUERRERO ZAPLANA al señalar “...lo relevante debe ser el momento en el que técnicamente fue posible la identificación del virus y no el momento en que el ordenamiento jurídico estableció definitivamente las normas para evitar las inoculaciones y ello pues ni el estado de la ciencia y la técnica es identificable con estado de la legislación, ni la consideración de un daño como antijurídico puede depender del desarrollo normativo que se decida realizar sobre una determinada materia”. GUERRERO ZAPLANA, Jose, “Sobre una ¿inadvertida? modificación de la jurisprudencia en materia de hepatitis c”, en *Diario La Ley*, nº 7, 2002, pps. 1686 a 1688; concretamente en página 1878.

¹²³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2001, Sala Primera, recurso 867/2000, ponente, Martínez – Calcerrada Gómez.

notificado provocado en una transfusión, a pesar de que la enfermedad contagiada no pudiese ser detectada en el momento en que se practicó la terapia médica en cuestión¹²³⁶.

El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma idea cuando apunta “Por ello se tenía que haber informado a la paciente de los riesgos de la transfusión sanguínea y entre ellos la posibilidad de contagio de tal gravísima enfermedad, que se ha denominado con justeza y razón la pandemia del siglo XX, así como las alternativas posibles a tal medida. Habida cuenta de que la inoculación y el contagio se debieron a que el día 10 de agosto de 1985, se le pasaron por indicación del médico de guardia dos concentrados de hematíes, detectándose la enfermedad el 23 de septiembre de 1987, resulta que fue incumplido tan primordial deber de informar a la paciente. Tal información pretende iluminar al enfermo para que pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención”¹²³⁷.

Del análisis efectuado de estas excepciones en materia de VIH, hemos podido deducir que la línea seguida por la jurisprudencia es bastante regular, aunque probablemente esto tenga su origen, no en una cuestión doctrinal, sino en que la problemática jurídica que ha envuelto la enfermedad del Sida, ha sido menor en relación

¹²³⁶ En este punto conviene recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004, antes estudiada. En esta resolución se produjo un contagio de VHC en 1985, siendo ésta una fecha muy lejana a la del descubrimiento y perfeccionamiento de los reactivos. A pesar de la mencionada circunstancia, medió una desinformación tal sobre los riesgos de la práctica transfusional, que acaparó todo el protagonismo del asunto, hasta el punto de que provocó el reproche del daño sufrido por la víctima.

¹²³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2001 ... *op. cit.* De esta misma opinión se muestra PARRA LUCÁN, cuando comenta esta misma sentencia “En la sentencia objeto de este comentario, el Tribunal Supremo, a la vista de que no se informó de la necesidad de recibir la transfusión, ni de los riesgos de contagio de sida y de la alternativa de recibir la transfusión de familiares o allegados, afirma que <<hay que concluir que no se prestó consentimiento válido, pues aunque se reputase necesaria la transfusión ... ello no impedía que se hubiera utilizado la transfusión de un tercero una hora o más después de aquella en que se practicó>>. De ahí, como un salto, se deduce la responsabilidad por los daños producidos: el contagio de sida”. PARRA LUCÁN, María Ángeles, “Comentario a la sentencia de 17 de octubre de 2001” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 335 y 336. Considera esta autora que la falta de información tiene tal entidad en el presente asunto, sobre todo porque la urgencia era prácticamente inexistente al tratarse de una cesárea programada. Concretamente esta autora disecciona este supuesto en la página 337 de la misma obra, cuando arroja luz sobre la cuestión, al afirmar “Desde esta perspectiva, en la sentencia objeto de este comentario, a estos efectos, resultan fundamentales los siguientes datos: 1) que era conocido el riesgo del contagio de la transfusión; 2) que existían alternativas a la transfusión practicada (en particular, la transfusión con sangre de familiares y allegados, aunque se hubiese practicado más tarde); 3) que la demandante era paciente del centro en el que se le practicó la transfusión: se trataba de una intervención sanitaria conocida, porque la práctica de la cesárea se previó cuatro meses antes de la fecha del alumbramiento”. PLAZA PENADÉS se reafirma en esta tesis, cuando respecto de la responsabilidad derivada de contagios de VIH producidos antes de la implantación de los reactivos, con motivo de omisiones informativas, asevera que no informar se traduce en una ignorancia que imposibilita al paciente para prestar un consentimiento informado válido, transformándose así los riesgos jurídicos en antijurídicos. PLAZA PENADÉS, Javier, “Responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria por contagio de VIH y VHC” ... *op. cit.*; concretamente en página 4.

a la de la Hepatitis C. Desde su descubrimiento en 1981, hasta el hallazgo de los reactivos en 1985, hubo un lapso temporal mínimo. A esto debemos añadirle otra cuestión primordial, y es que la comercialización y generalización de los reactivos fue muy rápida, ya que en abril de 1985 la utilización de los mismos era habitual en la práctica totalidad de los centros sanitarios y por ello, obligatoria. Sin embargo, la distinción de mayor entidad se fundamenta en el hecho de que en materia de VIH no existe una cuestión tan problemática, como la que hay en la Hepatitis C: el periodo ventana.

V. CONSECUENCIAS SOCIALES DEL ESCÁNDALO DE LA SANGRE CONTAMINADA: LAS AYUDAS A LAS VÍCTIMAS DE CONTAGIOS DE SIDA Y HEPATITIS C.

El escándalo de los contagios transfusionales llevó a la sociedad a un estado de malestar generalizado con los poderes públicos, por lo que éstos se vieron prácticamente obligados a crear ayudas para aquellas personas que habían sufrido un contagio, bien por una transfusión, bien por un tratamiento con un hemoderivado; cuyo daño no podía ser indemnizado en sede judicial. Respecto de la naturaleza de estas ayudas SEUBA TORREBLANCA las califica como “Estas ayudas, de contenido y naturaleza diferentes, se aprueban como medidas a las cuales los afectados se pueden acoger y se encuentran entre la solidaridad social y la indemnización”¹²³⁸.

Huelga señalar que estas ayudas han sido polémicas desde el momento mismo en el que vieron la luz, siendo tiznadas de indemnizaciones encubiertas, a fin de reparar el perjuicio sufrido por las víctimas en una cuantía muy inferior a lo que éstas hubiesen percibido acudiendo a los Tribunales¹²³⁹. Incluso han podido llegar a considerarse un sistema de coacción, ya que frente a la incertidumbre que engloba a todo proceso judicial, las ayudas estatales se mostraban como una apuesta segura, pudiendo influir en la decisión de las víctimas de los contagios.

¹²³⁸ Este autor define las mismas como “Las ayudas concedidas por los diferentes legisladores a las personas que han sido contagiadas por el VIH o por el VHC tienen un carácter muy diferente: desde prestaciones hospitalarias a asistencia personalizada, pasando por las ayudas de contenido económico. Nosotros nos detendremos en estas últimas, pues son las que presentan una relación más estrecha con el Derecho de daños, como a continuación veremos. Este tipo de leyes, de contenido indemnizatorio y dictadas por razones de solidaridad, encuentran sus precedentes o modelos en las leyes que otorgan indemnizaciones aquellas personas que han sufrido un daño por causa de una vacuna que era obligatoria”. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas ... op. cit.*, páginas 136, 359 y 360.

¹²³⁹ Por su parte PELAYO PARDOS califica estas ayuda como “Las ayudas son gestos de buena voluntad y concesión graciable, mientras que las indemnizaciones son actos de estricta justicia, y pueden existir afectados que soliciten o deseen sólo lo justo y no lo benevolente”. PELAYO PARDOS, Santiago, “La Hepatitis C y la Sala III del Tribunal Supremo ... op. cit.”; concretamente en página 208.

1. Ayudas para los contagiados de Sida.

Las ayudas estatales a contagiados por el Sida recogidas en el Real Decreto Ley 9/1993¹²⁴⁰, tienen como finalidad dar una respuesta a la tensa situación social creada por el Sida transfusional. A pesar de tratarse de un daño no antijurídico y que obliga a la víctima a soportarlo, la presión generada por esta cuestión fue de gran entidad, hasta el punto de instituirse este tipo de ayudas a los efectos de mitigar el daño¹²⁴¹.

De la naturaleza de las mismas se desprende que era necesario renunciar a toda acción de responsabilidad contra la Administración sanitaria o personal de la misma, tal y como señalaba el artículo 3.2 del Real Decreto – Ley citado¹²⁴².

Un ejemplo de estas ayudas es la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003¹²⁴³, en este asunto se produjo un contagio por transfusión en 1974, que tras su enjuiciamiento no fue indemnizado. La dificultad de llegar a resarcir este caso radica en la fecha de la inoculación, más de una década antes del descubrimiento de los reactivos. Las bases para la concesión de la ayuda consisten en la existencia de una transmisión de VIH en una transfusión, porque cuando ésta se practicó no había medios de detección de la enfermedad, que además no conforme un daño antijurídico (por

¹²⁴⁰ Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se conceden ayudas a los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público.

¹²⁴¹ Estas ayudas también podemos encontrarlas a nivel internacional, por lo que parece conveniente que realicemos un recorrido por el Derecho comparado. En el caso de Dinamarca, fueron aprobadas en septiembre de 1987, en el Reino Unido en noviembre de 1987, en Francia en septiembre de 1990, en Suiza en diciembre de 1990, en Australia en mayo de 1991, en Italia en febrero de 1992, en Canadá en septiembre de 1993, en Alemania en julio de 1995, en Irlanda diciembre de 1995 y finalmente, en Estados Unidos en 1998.

¹²⁴² PLAZA PENADÉS se muestra receloso respecto de esta obligada renuncia a acciones judiciales, al considerar que se trata de dos ámbitos distintos, y que en principio no afectarían el uno al otro, sobre todo teniendo presente que la finalidad de la acción judicial no es otra que compensar un daño provocado. PLAZA PENADÉS, Javier, “Responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria por contagio de VIH y VHC” ... *op. cit.*; concretamente en página 10. Opinión compartida por PARDO GATO, al estimar este autor que la naturaleza de la prestación no tiene una finalidad resarcitoria sino social, algo en principio compatible con la acción judicial. PARDO GATO, José Ricardo, “La excepción de los medicamentos respecto a las causas de exoneración de responsabilidad civil por *riesgos de desarrollo*. Un antes y un después de la sentencia de 10 de mayo de 2001 del TJC”, en *Diario La Ley*, nº 5810, 2003, pps. 1 a 30; concretamente en página 3. Además de la mencionada exigencia, era necesario cumplimentar una serie de requisitos añadidos: la persona debía haber sido contagiado por una transfusión o por un hemoderivado y la inoculación debía haber sido causada en el sistema público de salud. Estas exigencias son trasladables a las transmisiones de Hepatitis C.

¹²⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003, Sala Tercera, recurso 11423/1998, ponente Baena del Alcázar.

conurrencia de algún factor externo, como por ejemplo una posible desinformación) y que no haya sido indemnizado en otro procedimiento¹²⁴⁴.

2. Ayudas para los contagiados de Hepatitis C.

Junto con las ayudas a los casos de contaminaciones de Sida causadas antes de la existencia de reactivos, también se crearon ayudas en materia de Hepatitis C, para las inoculaciones de VHC anteriores a 1990 (por ser la fecha en la que se estableció la obligatoriedad de practicar las pruebas de detección). Estas ayudas se instauraron en la Ley 14/2002 de 5 junio¹²⁴⁵, y estaban dirigidas a hemofílicos que habían sido transfundidos y contagiados en el sistema sanitario público, en épocas anteriores al hallazgo de los tests de detección¹²⁴⁶.

¹²⁴⁴ Procede citar otras resoluciones en esta misma materia de ayuda a infectados de VIH por transfusiones, como la sentencia de 9 de julio de 2003 (Sala Tercera, recurso 192/2000, ponente Soto Nieto) y la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007 (Sala Tercera, recurso 8841/2004, ponente Martí García), entre otras.

¹²⁴⁵ Ley 14/2002, de 5 de junio, por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público, y otras normas tributarias. Tiene su origen en el artículo 80 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social; en el que se previó la necesidad de fomentar una ayuda social para paliar los nefastos efectos de contagios masivos sufridos por hemofílicos, en épocas anteriores al conocimiento de los reactivos de detección del VHC.

¹²⁴⁶ A pesar de que en el texto legal se haga referencia a que únicamente aquellos hemofílicos contagiados por una transfusión serían beneficiarios de esta ayuda, lo cierto es que esta cuestión fue enmendada para incluir también a aquellos que sufrieron una inoculación como consecuencia de suministrársele un hemoderivado contaminado, no obstante lo cual, no consta expresamente.

VI. RELACIONES ENTRE EL CASO FORTUITO, LA FUERZA MAYOR Y LOS CONTAGIOS TRANSFUSIONALES.

Por último, parece conveniente acudir a dos construcciones doctrinales muy cercanas, por las circunstancias que envuelven a los contagios transfusionales, como lo son el caso fortuito y la fuerza mayor.

Huelga señala que podría llegar a considerarse posible tratar de equiparar una transmisión de VIH o VHC a una circunstancia exoneratoria de la responsabilidad civil, al concurrir en torno a la controversia una sombra de desconocimiento e inevitabilidad¹²⁴⁷. De hecho, se trató de una práctica habitual hasta que se elaboraron conceptos como los del periodo ventana y el estado de la ciencia. Hasta construirse las mencionadas figuras, las contaminaciones por transfusiones que se provocaban antes de la fecha de descubrimiento de los reactivos, podían llegar a calificarse como casos fortuitos o incluso, fuerza mayor; siendo prueba inequívoca de ello las resoluciones que estudiaremos a continuación¹²⁴⁸.

¹²⁴⁷ Por esta misma idea se decanta DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, cuando respecto del caso fortuito y la fuerza mayor en materia transfusional apunta “Aquí encajaría perfectamente la problemática derivada de las transfusiones de sangre contaminada con el virus del SIDA o de la Hepatitis C cuando no podía preverse o evitarse tales daños conforme al estado técnico y científico del momento (los denominados <<riesgos del desarrollo>>)”. DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, *Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006, página 13.

¹²⁴⁸ Resulta relevante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997 (Sala Cuarta, recurso 1969/1997, ponente González Peña). En esta resolución una inoculación de Hepatitis C se calificó como un caso de fuerza mayor, por la externalidad y ajenidad del daño. Sin embargo, y de forma completamente antagónica, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999 (Sala Tercera, recurso 2132/1995, ponente González Navarro). En esta controversia se destacaba la no externalidad del daño (del contagio), afirmación a la se que añadía que la antijuridicidad debía matizarse, en función de la intención de evitar de un mal mayor. Por su parte, MÚRTULA LAFUENTE considera inadecuada la aplicación de ambas figuras a esta noción “En general no resulta aventurado afirmar que en la materia que es de nuestro interés el caso fortuito o fuerza mayor no actuarían como causas de exoneración de la responsabilidad, desde el mismo momento que se conoce que un producto puede potencialmente producir un daño. La responsabilidad por parte de cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso de extracción, conservación y manipulación de la sangre y demás productos hemoderivados vendrá dada por la aplicación del adecuado criterio de imputación que corresponda en cada caso. Y desde luego, no se hace depender del eventual cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio de la actividad desarrollada, cuando objetivamente fuera posible adoptar otras medidas que aquéllas que efectivamente fueron adoptadas”. MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, “La responsabilidad por los daños causados por contagio del virus del Sida o de la Hepatitis C a través de transfusiones de sangre u otros productos hemoderivados”, en MARTÍNEZ – CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (Director), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil* (volumen II) ...*op. cit.*, página 1580.

Dado que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor son analizados en su capítulo correspondiente, no procede que volvamos sobre los mismos, por lo que comenzaremos directamente el breve estudio fenomenológico.

1. La primera de las dos resoluciones que vamos a examinar es la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003¹²⁴⁹, en la que nos situamos en el año 1989, cuando al menor de tan sólo 12 años, Constantino, se le diagnosticó leucemia linfoblástica aguda, comenzándose su tratamiento con quimioterapia al día siguiente de su diagnosis. Además, los días 20 y 21 de septiembre le fueron practicadas sendas transfusiones de sangre, a lo que debemos añadir, que los días 29 de septiembre y 3 de octubre le fueron transfundidas plaquetas; siendo parte de esta sangre de sus familiares.

En abril de 1990 Constantino se sometió a unos controles rutinarios, donde le fue hallada una importante elevación de las transaminasas. Tras las pruebas hepáticas necesarias, se le diagnosticó de Hepatitis C. Los familiares del menor fueron llamados a los efectos de someterse a las pruebas de diagnóstico del VHC, arrojando todos ellos un resultado negativo, de lo que se dedujo que la sangre infectada no era de éstos, sino que provenía de un banco de sangre.

Los afectados pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, siendo sus intenciones parcialmente admitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo. Este recurso fue estimado por el Alto Tribunal, por lo que el daño no fue indemnizado.

Se trata de un contagio transfusional producido en 1989, fecha anterior a la comercialización y uso de los reactivos capaces de detectar la Hepatitis C, lo que significa la práctica imposibilidad de hallar la dolencia en cuestión. En este punto la parte recurrente acude a la noción del caso fortuito, en la medida en que como bien sabemos, concurre una circunstancias conocida pero remota (previsible), que se desarrolla en la esfera interna de la actividad médica y que es inevitable.

A pesar de la pretensión de la parte recurrente, el juzgador no opta por la mencionada vía de exoneración de responsabilidad, al considerar que no se dan los presupuestos de la misma, por concurrir otra figura, como lo es la de los riesgos del desarrollo o el estado de la ciencia. Concretamente el Alto Tribunal afirma “Consecuencia de lo anterior es que la imposibilidad de detección del virus en septiembre- octubre de 1.988, fecha de las transfusiones que determinaron el daño

¹²⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003, Sala Tercera, recurso 9783/1998, ponente Sieira Míguez.

causado al recurrente, hace que la lesión no sea antijurídica y por tanto el particular venía obligado a soportarlo, razón por la que el motivo debe ser estimado, lo que hace innecesario proceder al análisis del motivo sexto articulado, referido a los intereses de la indemnización concedida en instancia”¹²⁵⁰.

2. En una línea muy similar se pronuncia el juzgador en la siguiente resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2006¹²⁵¹. En este asunto D. Jose María fue contagiado de Hepatitis C en una transfusión que le fue practicada en 1989, una fecha anterior a la del descubrimiento del reactivo.

El paciente pretendió ser indemnizado por el daño sufrido, no siendo sus pretensiones admitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La argumentación de este caso es muy similar a la del litigio anteriormente estudiado, ya que nuevamente el Alto Tribunal parece sobrevolar el concepto del caso fortuito, e incluso de la fuerza mayor, y sin embargo, los descarta, al considerar que no concurren los requisitos necesarios para la admisión de ambas nociones. Concretamente señala “...tanto si se considera, como hace la Sala Cuarta, un hecho externo a la Administración sanitaria como si se estima un caso fortuito por no concurrir el elemento de ajeneidad al servicio, que esta Sala ha requerido para apreciar la fuerza mayor (...) lo cierto es que resultaba imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus C de la hepatitis, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo tal transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquella y ésta se realizasen para atender al restablecimiento de su salud, razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial...”¹²⁵².

¹²⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003... *op. cit.* SEUBA TORREBLANCA no considera adecuado acudir al caso fortuito o la fuerza mayor en materia de sangre contaminada, por la existencia de un conocimiento previo sobre el riesgo en cuestión. Aunque sí estimaría correctas estas fórmulas para aquellos contagios anteriores al descubrimiento de la enfermedad. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas ... op. cit.*, páginas 292 y 293. PARRA LUCÁN baraja una idea similar, al calificar como inapropiada esta pretensión exoneratoria cuando la causa del daño no es ajena. PARRA LUCÁN, M^a. Ángeles, “Comentario a la sentencia de 5 de octubre de 1999” ... *op. cit.*; concretamente en página 237.

¹²⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2006, Sala Tercera, recurso 148/2002, ponente Robles Fernández.

¹²⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2006 ... *op. cit.*

El Tribunal Supremo finaliza sus argumentaciones afirmando “...sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley, sin que sean 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 existentes en el momento de producción de aquéllos, pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales...”¹²⁵³.

De estas páginas parece poder deducirse que la línea doctrinal seguida por el juzgador en materia de contagios transfusionales, se aleja del concepto del caso fortuito y la fuerza mayor¹²⁵⁴.

¹²⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2006 ... *op. cit.*

¹²⁵⁴ Respecto de la fuerza mayor SEUBA TORREBLANCA es concluyente “Por otra parte, tenemos que decir que, pese al éxito del uso de la expresión <<fuerza mayor>> en los casos de sangre contaminada tanto a nivel legal, como jurisprudencial y doctrinal, creemos que las características que de ella se predicen no concurren en los casos que nos ocupan. En primer lugar, falta la característica de exterioridad, pues la sangre o el producto estaban contaminados desde el primer momento sin que se debiera a una actuación o hecho externo”. Prosigue este autor argumentado al hilo de una sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1999, (Sala Tercera, recurso 9655/1995, ponente Xiol Ríos), en la que parte de un principio por el cual ninguna infección sobrevenida, como consecuencia de un tratamiento médico, puede considerarse “producto de la intervención de acontecimientos exteriores o extraños” a la actividad médica. Este autor se mantiene en la misma línea que antes ha seguido, aseverando la imposibilidad de equiparar los supuestos que aquí son objeto de estudio, con casos de fuerza mayor. Como añadidura, apunta que la vía más correcta a los efectos exoneratorios en materia transfusional, es la de los riesgos del desarrollo que venimos mencionando a lo largo del trabajo y señala las diferencias existentes entre esta idea y la fuerza mayor, en las páginas 296 y 297 de la misma obra “La principal diferencia entre los riesgos de desarrollo y la fuerza mayor consiste en cómo afectan al producto en concreto: mientras que aquéllos hacen que el producto sea originariamente defectuoso, la fuerza mayor actúa sobre un producto que no lo es necesariamente. Puede afirmarse así que la fuerza mayor opera *ex post facto*, mientras que los riesgos presuponen que el producto es originariamente defectuoso”. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas* ... *op. cit.*, página 294. PEÑA LÓPEZ aboga por la imposibilidad de aplicar la noción exoneratoria en un contagio de VIH o VHC, por ser un riesgo propio de la actividad médica de las transfusiones, algo que quebraría el núcleo conceptual de la figura. PEÑA LÓPEZ, Fernando, “Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 1998”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 47, 1998, pps. 777 a 796; concretamente en página 794. De esta misma opinión se muestran SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIÚ, cuando respecto de la fuerza mayor en materia de riesgos del desarrollo, señalan “Por último, se ha planteado la cuestión de si los riesgos de desarrollo constituyen un supuesto de fuerza mayor o si ambas ideas son distintas. Procede acoger esta última opinión: la fuerza mayor consiste, según la doctrina dominante, en un acontecimiento que tiene lugar *ex post facto*, que es de naturaleza externa y que, por lo tanto, ocurre más allá de la esfera de control del afectado. Se trata de “acontecimientos ajenos al responsable”, en el sentido de que quedan fuera de su ámbito de control. En cambio, los riesgos de desarrollo se refieren a un producto originariamente defectuoso, es decir, a uno que ya lo era en el momento de su comercialización: aquí, el acontecimiento es histórico e interno, tiene lugar dentro de la esfera de influencia del fabricante”. SALVADOR CODERCH, Pablo y SOLÉ FELIÚ, Josep, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto* ... *op. cit.*, páginas 42 y 43. MUGA MUÑOZ acude a una hipótesis ya apuntada líneas atrás, las transmisiones de VIH anteriores a 1985 pueden ser calificadas como fuerza mayor, por resultar éstas, no sólo ilocalizables, sino que la enfermedad también era desconocida. MUGA MUÑOZ, José Luis, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por el contagio de Sida”... *op. cit.*; concretamente en páginas 289 y 290. De forma manifiestamente contraria se pronuncia SALVADOR

VII. CONCLUSIONES.

1. La transfusión de sangre se erigió como un gran avance científico en el área de la Medicina, un logro frente a la naturaleza humana, que permitía subsanar los errores de la misma y prácticamente devolver la vida a enfermos condenados a fallecer. Desde sus primeros e imperfectos comienzos, el ser humano pudo apreciar el valor de esta técnica, que tenía como principal protagonista la sangre.

Ahora bien, toda magnífica evolución supone un sacrificio, y por supuesto las transfusiones no son una excepción a esta regla, salvo porque en este caso era completamente desconocido. Cuando surgieron los primeros problemas con la sangre transfundida, no sólo la comunidad médica se hizo eco de ello, sino que la sociedad al completo fue presa del pánico. Aquellos pequeños errores con los grupos sanguíneos o las leves infecciones causadas por enfermedades transmisibles por vía parenteral, causaron un cierto recelo en la población, respecto de esa técnica que tan libremente se había desarrollado. Sin embargo, lo peor aún estaba por llegar, cuando al acecho de los primeros contagios, el Sida y la Hepatitis C sacudieron a la sociedad, creando un clima de desconfianza hacia las transfusiones.

2. Esta aplastante realidad se vio reflejada en nuestros Tribunales: desde la primera resolución del Tribunal Supremo en materia de transfusiones en 1981, hasta la actualidad. A pesar de la novedad y gravedad de los supuestos enjuiciados, lo cierto es, que de acuerdo con lo que hemos podido observar a lo largo del capítulo, la respuesta

CODERCH, entre otros, al partir de la idea por la cual el producto contaba con un defecto desde el momento mismo de su fabricación, esto es, es intrínseco al mismo. Acuden estos autores precisamente a la obligada tarea investigadora del fabricante que busca, entre otras cosas, la seguridad de sus productos. Se observa que esta labor se encuentra dentro de las obligaciones del fabricante y consecuentemente, dentro de la esfera interna del mismo, algo que se aleja de la idea de la fuerza mayor. SALVADOR CODERCH, Pablo, SOLÉ FELIU, Josep, SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, CARRASCO MARTÍN, Jordi y LUNA YERGA, Álvaro, “Los riesgos de desarrollo” ... *op. cit.*, pps. 1 a 30; concretamente en página 8. No podemos omitir la existencia de una resolución que conforma una excepción a la regla general mantenida por el Tribunal Supremo y la doctrina, en relación a la fuerza mayor en los contagios transfusionales. SEUBA TORREBLANCA nos acerca la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997 (Sala Cuarta, recurso 1969/1997, ponente González Peña). Este autor comenta una relación fáctica muy similar a las que han sido objeto de análisis a lo largo de este apartado: se trata de una transmisión de Hepatitis C que se produjo en el año 1985. Tras ser desestimada la pretensión de la víctima en instancias inferiores, ésta acudió en casación con un recurso para la unificación de doctrina, por considerar la existencia de una contradicción con doctrina jurisprudencial de sentencias afines. Esta equiparación fue admitida por el Tribunal Supremo, a pesar de lo cual no admitió las pretensiones de la parte recurrente, por estimar la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor en la inoculación, ya que se desconocían los medios de detección de la dolencia. Se trata de una excepción a la regla general, pero también de un supuesto aislado, que en principio no ha dado lugar a posteriores resoluciones en esta misma línea. SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, “Hepatitis C”, en *InDret*, nº 1, 2000, pps. 1 a 10; concretamente en página 8.

del Alto Tribunal fue coherente y lineal, incluso en etapas de gran confusión (periodo ventana).

3. La clave para los años de incertidumbre en esta técnica transfusional se basa en tres aspectos esenciales, en base a los cuales una transfusión podrá ser o no objeto de reproche, indistintamente haya mediado una contaminación de Hepatitis C o de Sida.

En primer lugar conviene acudir a una regla genérica, como lo es el cumplimiento de la *lex artis* en todas las actuaciones previas a la transfusión, en el cuidado e higiene del material, así como en la práctica médica misma; es decir, ésta debe efectuarse guardando las debidas cautelas y con una actitud diligente. En caso contrario, no estaríamos ante un asunto de sangre contaminada *per se*, sino simplemente ante un incumplimiento de la *lex artis*.

En segundo lugar la transfusión debe ser la última *ratio*, el último recurso al que acudir cuando ya no cabe ninguna otra posibilidad de tratamiento, y en el caso de que exista una terapia alternativa, deberá aplicarse ésta, aunque resulte menos efectiva; siempre y cuando pueda llevar a la curación.

En tercer lugar tenemos el elemento información. De realizarse el acto médico con arreglo a la *lex artis*, y habiéndose agotado cualquier otra vía de sanación, queda pendiente la información que debe facilitarse al paciente. Aunque ésta es un deber genérico en cualquier tipo de actividad sanitaria, lo cierto es que en materia de transfusiones adquiere una especial relevancia. El facultativo tiene la obligación de hacer partícipe al enfermo que va a ser transfundido de todos los riesgos inherentes a esta técnica, entre los que se encuentra, por supuesto, la posible transmisión de enfermedades como la Hepatitis C y el Sida.

4. ¿Y qué ocurre con aquellas inoculaciones en las que se respetan estas tres premisas? Aunque pueda resultarnos sorprendente, la respuesta a esta pregunta depende de una serie de circunstancias y factores.

Lo primero a destacar es un término lapidario: el concepto estado de la ciencia o riesgos del desarrollo, con sus variantes como principio de precaución y periodo ventana. Como bien hemos podido observar a lo largo del presente capítulo, esta construcción doctrinal supone la exoneración de responsabilidad de cualquier daño provocado por un producto o servicio que contase con un defecto desde el momento mismo de su invención y comercialización, pero que debido a las limitaciones de la ciencia, no fue localizable. La idea de la sangre contaminada encaja perfectamente en esta descripción, ya que se trata de un “producto” que es defectuoso desde un principio

(no en vano, ya está infectado desde la extracción), aspecto que no obstante, se desconoce. Irroga daños a un consumidor del mismo (paciente) y requiere del paso del tiempo a los efectos de evidenciar que el desarrollo científico de aquel momento, era incapaz de detectar el mentado defecto.

Este concepto de los riesgos del desarrollo o estado de la ciencia es una categoría jurídica problemática, sobre todo en lo que a su aplicación se refiere. Concretamente el artículo 141.1 de la LRJPAC determina, que una vía exoneratoria de responsabilidad de la Administración es precisamente ésta, los riesgos del desarrollo. Esta premisa debe llevarnos a la conclusión por la cual, todos aquellos contagios producidos en la sanidad pública, que hubiesen respetado las tres reglas anteriormente enunciadas, no darían lugar a indemnización alguna; por lo que las víctimas deberían soportar la afección transfundida. Por otro lado está la sanidad privada, donde la cuestión no resulta tan sencilla. La normativa aplicable en este ámbito es la relativa a la defensa de los consumidores y usuarios, con las implicaciones que ello entraña, dado que el artículo 140.3 es lapidario cuando señala que la noción exoneradora de los riesgos del desarrollo o estado de la ciencia no será aplicable en daños inflingidos por medicamentos y alimentos.

La diferencia existente como resultado de haber sido tratado en el sistema público o en el privado, es abismal. Es por ello por lo que, con finalidad meramente igualitaria, el Estado promovió la creación de un fondo de ayudas para las víctimas del progreso, que habían sido contagiadas, tanto de Hepatitis C como de Sida, en dependencias de la Administración sanitaria pública.

5. Finalmente, parece adecuado destacar como principal característica de esta materia, la seguridad existente en la misma. El Tribunal Supremo ha seguido prácticamente desde sus primeros pronunciamientos en esta cuestión una línea doctrinal muy clara, por lo que salvo excepciones, puede asegurarse que se trata de uno de los conceptos más uniformes en la responsabilidad sanitaria.

CAPÍTULO VIII

LAS DEFICIENCIAS ASISTENCIALES, EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL Y LAS INSPECCIONES HOSPITALARIAS

A modo de introducción:

1. Aunque el análisis conjunto de estas dos figuras pueda parecer arbitrario, lo cierto es que a ambas las une un concepto común, como lo es la responsabilidad objetiva de los centros sanitarios en el ejercicio de sus funciones. Tanto las infecciones hospitalarias como las deficiencias asistenciales, son dos construcciones doctrinales que se dan en el seno de la relación hospitalaria y no del acto médico. Algo que permite trascender del tradicional esquema de subjetividad de la responsabilidad civil y rozar la responsabilidad objetiva, siempre que la norma aplicable lo permita.

2. La responsabilidad civil tradicional y preeminente recogida en el Código Civil es de naturaleza subjetiva, es decir, para que un daño sea indemnizado debe mediar culpa o dolo en la causación del mismo. Esta formulación histórica ha sido más que suficiente a fin de satisfacer las limitadas necesidades de una sociedad eminentemente rural y de riesgo moderado. No obstante, cuando la evolución social, científica e industrial modificaron este escenario, la representación subjetiva se mostró insuficiente para algunos casos concretos. De la nueva situación se desprendió la necesidad de un cambio, surgiendo en los albores del siglo XIX la idea de la responsabilidad objetiva. La cuna de este concepto la encontramos en países como Austria, Alemania e Italia, donde el “maquinismo” hacía insuficiente el sistema tradicional de responsabilidad civil, viéndose la necesidad de una regulación más compleja para casos específicos, que abarcase los conceptos de riesgo y garantía.

El esquema usual de la responsabilidad, con su base subjetiva, aunque sigue siendo el sistema general, en ocasiones tiene una capacidad de reacción limitada; por lo que de manera expresa y con una base legal, se crearon algunos supuestos excepcionales en los que la responsabilidad objetiva diese respuesta a esas situaciones. En esta idea se encuentra el origen de los conceptos que se estudiarán a lo largo del presente capítulo: las deficiencias asistenciales y la responsabilidad por funcionamiento normal y anormal.

3. Para abordar este trabajo, en primer lugar se examinarán las construcciones doctrinales de funcionamiento normal y anormal como equivalentes a la noción de deficiencias asistenciales, por su relación con la responsabilidad objetiva; tanto desde su perspectiva genérica, como en su aplicación a la Medicina. Esto nos permitirá un estudio fenomenológico pormenorizado del que podrán extraerse conclusiones en relación al material no sanitario, instrumental médico y personal.

La segunda parte de este capítulo examinará las infecciones hospitalarias, desde su concepto, pasando por su regulación legal y evolución. Esto permitirá un exhaustivo análisis tópico, que comenzará con la incidencia de las infecciones hospitalarias y el equipo sanitario, pasando por el grado de afectación que el personal puede tener sobre las mismas, a fin de acabar con el estudio de las instalaciones de los centros médicos, como origen del problema.

1. Los conceptos de funcionamiento normal y anormal.

1. El concepto de responsabilidad por funcionamiento normal y anormal viene recogido en el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública, entendiéndose por ambos, la actividad o servicio que es propio de la Administración Pública, cuyo desarrollo puede ser normal (y correcto) o anormal (e incorrecto)¹²⁵⁵.

Tanto de una forma de actuación como de la otra, puede derivar un daño indemnizable. Huelga señalar, que cualquier pretensión indemnizatoria será mucho más sencilla en un litigio de funcionamiento “anormal”, en el que el centro prestador de servicios no ha cumplido las expectativas mínimas del mismo¹²⁵⁶.

Toda actividad, tanto pública como privada, requiere de unas condiciones mínimas para ser efectuada, tanto en materia de personal, como de medios; precisamente a los efectos de ofertar el servicio para el que ha sido concebida. La falta de alguno de estos ingredientes comportarían lo que podría llamarse un “funcionamiento anormal”. De esta definición parece poder deducirse dónde se encuentra la frontera entre el funcionamiento normal y el anormal. Un acto que se desarrolla sin los recursos, ni el personal suficiente, o de contar con éstos, su despliegue es tardío, puede ser calificado como “anormal”. Como contrapartida, una actuación con todos los elementos necesarios para la consecución de su objetivo, será calificada como “normal”¹²⁵⁷.

¹²⁵⁵ De la naturaleza de la idea puede inferirse que ésta sólo es de aplicación en la Sala Tercera, y sin embargo, tal y como podrá observarse a lo largo del estudio, también analizaremos resoluciones de la Sala Primera. Ello es debido a que la Sala de lo Civil acude a un concepto casi idéntico “conjunto de deficiencias asistenciales”, cuyo fundamento se encuentra en la Ley de Consumidores y Usuarios. Un análisis de ambas construcciones doctrinales por separado sería repetitivo, por lo que se procederá a su estudio conjunto bajo la denominación común de “funcionamiento anormal”.

¹²⁵⁶ Por supuesto, para que la conducta desplegada tenga como actor principal a la Administración, tal y como de las palabras de RODRÍGUEZ LÓPEZ se desprende, es imprescindible el cumplimiento de los siguientes requisitos: en primer lugar, que la persona física causante del daño se encuentre integrada en una organización Administrativa, y en segundo lugar, que la actuación dañosa fuese realizada en el ejercicio de sus funciones. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 310.

¹²⁵⁷ MEDINA ALCOZ, María, “El debate histórico de la subjetividad *versus* la objetividad de la responsabilidad civil en Francia y su proyección en España. El equilibrio de su convivencia actual en el derecho español”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P (Coordinadores), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (volumen II), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pps. 3213 a 3235, página 3215.

REYES MONTERREAL, analizando esta construcción doctrinal desde el punto de vista de la Administración de justicia, añade que el personal de cualquier entidad, pública o privada, debe actuar con la intención de alcanzar el cumplimiento efectivo de sus funciones. Todas aquellas actividades u omisiones que se encaminen en otra dirección, dan lugar a una responsabilidad por parte de la Administración o empresa privada (*in vigilando* o *in ommitendo*), todo ello englobado por el concepto del funcionamiento anormal¹²⁵⁸.

GONZÁLEZ MORÁN, al interpretar el funcionamiento normal y anormal, lo equipara al sistema de responsabilidad objetiva, al no requerirse ni de culpa ni de dolo, a fin de hacer responder a la Administración de cualquier daño. Asegura este autor, que esta noción de la responsabilidad gira en torno a la idea de que la colectividad debe resarcir a las personas que resultan dañadas por la actividad pública¹²⁵⁹.

1. El concepto de funcionamiento normal.

2. Deslindar el concepto de funcionamiento normal del de anormal es complejo, dado que es necesario hallar los límites de la “anormalidad”, siendo precisamente ésta la única que ha sido definida como tal. Como factor añadido a su complejidad tenemos la siguiente paradoja, se trata de un daño indemnizable por una actuación legal y acorde a la *lex artis*; esto es, una actividad que ha cumplido con todos los parámetros necesarios y obligados, y que sin embargo ha causado un perjuicio.

BELLO JANEIRO se hace eco de esta problemática, al apuntar algunos escenarios (tres en concreto), en los que la noción de funcionamiento normal se puede diferenciar de la de “anormal”, con cierta facilidad. En primer lugar, en aquellos supuestos en los que exista un aumento del riesgo por parte de la Administración y se produzca el daño, éste sería reprochable por la idea de funcionamiento normal (un ejemplo serían los daños que pueden causar las fuerzas de seguridad). En segundo lugar, la ruptura del principio de igualdad en las cargas públicas también puede ser un escenario perfecto, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad de la Administración, pero en el ejercicio de sus funciones, un colectivo concreto es dañado de forma desigual y en mayor medida

¹²⁵⁸ REYES MONTERREAL, José María, *La responsabilidad del estado por error y anormal funcionamiento de la administración de justicia*, Colex, Madrid, 1995, páginas 34 y 38.

¹²⁵⁹ GONZÁLEZ MORÁN, Luis, “¿Crisis de la responsabilidad objetiva de las administraciones públicas sanitarias?”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los Avances del Derecho ante los avances de la Medicina ... op. cit.*, pps. 157 a 173.

respecto del resto; siendo dicha eventualidad constitutiva de un menoscabo susceptible de indemnización (un ejemplo sería el daño provocado por obras públicas que afectan a los cimientos de un único edificio, y no a los colindantes). En tercer lugar, el último de los ejemplos en los que puede encontrarse un funcionamiento normal dañoso, sería el enriquecimiento sin causa de la Administración, es decir, aquellos casos en los que una persona o un grupo sufren algún tipo de perjuicio desempeñando una función beneficiosa para el ente público, siempre y cuando no sean empleados del mismo (un ejemplo sería el fallecimiento de un voluntario)¹²⁶⁰.

Por su parte, RODRÍGUEZ LÓPEZ se muestra cauteloso al evidenciar las dificultades propias de un concepto como el funcionamiento normal, que es además indemnizable. Este autor explica esta idea por el método de la exclusión, al entender que es necesario matizar un sistema excesivamente generoso. De esta forma excluye todo menoscabo provocado por circunstancias o situaciones accidentales, así como aquel irrogado a una generalidad. Conviene añadir además escenarios dañosos, como lo son los perjuicios indirectos o la concurrencia de culpa de la víctima o de terceros. De las palabras de este autor se desprende que no existe un concepto concreto y cerrado del funcionamiento normal, sino que es necesario acudir a la exclusión y a la fenomenología¹²⁶¹.

Para PANTALEÓN PRIETO la noción de funcionamiento normal, a efectos de poder ser correctamente explicado y delimitado, debe ponerse en relación con el principio de igualdad de cargas públicas y restringirse a lo que este autor denomina “daños cuasiexpropietarios o de sacrificio”. Para ello caracteriza estas eventualidades como “daños colaterales” de actividades lícitas de la Administración y que llevan aparejado un daño como una “secuela natural”, que además el perjudicado no tiene el deber de soportar¹²⁶².

2. El concepto de funcionamiento anormal.

3. Una explicación especialmente gráfica permitiría relacionar el funcionamiento anormal con “lo infrecuente”, o la concurrencia de circunstancias que modifican la

¹²⁶⁰ BELLO JANEIRO, Domingo, “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 37, 2006, pps. 1 a 14; concretamente en página 6.

¹²⁶¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 314.

¹²⁶² PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, página 82.

marcha habitual de la prestación de un servicio¹²⁶³. No obstante, esta exposición es matizada por BELLO JANEIRO al añadir este autor, que a fin de que se dé el funcionamiento anormal, no es necesario únicamente que se vulneren normas legales de obligado cumplimiento, sino que también puede darse un funcionamiento anormal por un quebrantamiento de las reglas técnicas¹²⁶⁴.

De las palabras de este autor se colige que el funcionamiento anormal es la antítesis del funcionamiento normal, pero también un complemento del mismo. La pregunta que es necesario que nos formulemos es, qué es realmente el funcionamiento anormal. Es conveniente acudir a la doctrina francesa por lo clarificador de su teoría, al apuntar tres elementos básicos a fin de que concurra un funcionamiento anormal de la Administración: la no prestación de un servicio, su prestación tardía y por último, su prestación defectuosa.

El primero de los escenarios, la inexistencia del servicio, es un motivo de reproche claro que se provoca porque la Administración no está cumpliendo sus funciones. Ejemplos clásicos de esta opción serían la ausencia de fuerzas de policía ante una contingencia en la red pública viaria. En segundo lugar, se encontrarían las eventualidades del servicio realizado, pero tardíamente. Conviene tener presente que la prestación de un servicio a destiempo resulta casi tan gravoso como la inactividad. Un ejemplo sencillo y gráfico es que un servicio público, como los bomberos, llegue con retraso a un accidente de tráfico o a un incendio, con fatales consecuencias. La última de las vertientes es la del servicio defectuoso. En este asunto concreto, la actividad a desplegar por la Administración existe y se desarrolla en el tiempo debido, con la excepción de que o bien se hace de forma incorrecta, o se utilizan medios defectuosos. Un ejemplo clarificador, y que además observaremos en los casos a analizar, es el de actuaciones sanitarias realizadas por personal no cualificado¹²⁶⁵.

Esta división también es compartida por CUETO PÉREZ, quien asegura que el funcionamiento anormal se da en tres circunstancias, cuando el servicio, *per se*, es

¹²⁶³ ALMAGRO NOSETE, José, “La responsabilidad judicial civil (España)”, en *Actualidad Civil*, tomo 2, nº 15, 2005, pps. 1797 a 1811; concretamente en página 1803.

¹²⁶⁴ BELLO JANEIRO, Domingo, “La responsabilidad patrimonial de la Administración” ... *op. cit.*; concretamente en página 6.

¹²⁶⁵ Idea que también comparte MERINO MOLINS, cuando a este respecto de la definición del funcionamiento anormal apunta “La responsabilidad por el funcionamiento anormal del servicio comprendería lo que la Doctrina del Consejo de Estado francés denomina falta de servicio (*faute de service*), y englobaría tanto los supuestos de funcionamiento defectuoso del mismo, como el supuesto de que dicho servicio no ha funcionado o cuando éste ha funcionado tardíamente”. MERINO MOLINS, Vicente, “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad”, en *Actualidad Administrativa*, nº 6, 2003, pps. 135 a 157; concretamente en página 145.

defectuoso; cuando no hay actuación alguna (culpa *in ommitendo*) y cuando la actividad se despliega a destiempo¹²⁶⁶.

2. El funcionamiento normal y anormal en Medicina.

1. Dada la naturaleza de la Medicina, huelga señalar que la noción objeto de análisis debe aplicarse con cautela, ya que prácticamente cualquier actuación en Medicina puede causar un daño. Es por ello por lo que es necesario fijar límites, tal y como RODRÍGUEZ LÓPEZ apunta. Para este autor el menoscabo que sufre la víctima debe resultar extraordinario, no asumido y antijurídico¹²⁶⁷.

La responsabilidad en base al funcionamiento anormal es más sencilla, ya que se encuentra relacionada con algún tipo de defecto en el servicio prestado, por lo que salvo la construcción doctrinal de los riesgos del desarrollo y las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil (caso fortuito y fuerza mayor), el supuesto debe ser objeto de reproche. Precisamente por ello este apartado se centrará únicamente en la vertiente normal del funcionamiento, dada la claridad de la “anormal”.

La especialidad del concepto de funcionamiento normal nos lleva a cuestionarnos la razón de ser por la cual cualquier actividad diligente deba ser reprochada, al mediar un daño a consecuencia de la misma. CUETO PÉREZ justifica esta idea, al señalar que los poderes públicos obtienen un beneficio de una actuación concreta, a pesar de que ésta pueda ser riesgosa para el público en general. Precisamente por ello, independientemente del grado de diligencia desplegado, si alguien resulta lesionado y no debe soportarlo, ha de ser indemnizado por ello¹²⁶⁸.

¹²⁶⁶ CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, en Tirant Monografías, Valencia, 1997, página 350 a 352. Opinión compartida por MIR PUIGPELAT, que además asevera que en estos casos se produce una suerte de inversión de la carga de la prueba, todo ello tomando como base la facilidad probatoria con la que cuenta el centro sanitario, en detrimento del paciente. MIR PUIGPELAT, Oriol, “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 140, 2008, pps. 629 a 652; concretamente en página 644.

¹²⁶⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 319. Contrariamente, GILI SALDAÑA considera, que incluso en el ámbito de salud, la Administración debe responder por funcionamiento normal y anormal. GILI SALDAÑA, Marian, “Responsabilidad de la Administración por el posible contagio de la nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt – Jakob”, en *InDret*, nº 1, 2006, pps. 1 a 20.

¹²⁶⁸ CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria ... op. cit.*, página 220. Opinión muy similar mantiene MEDINA ALCOZ cuando apunta, aludiendo a la responsabilidad objetiva, que ésta se refiere a aquellos daños que son causados por actividades que intrínsecamente suponen un importante riesgo, que puede desencadenarse únicamente por causa fortuita, esto es, sin mediar culpa o negligencia en el *iter*. MEDINA ALCOZ, María, “El debate histórico de la subjetividad *versus* la objetividad de la responsabilidad civil en Francia y su proyección en España. El

2. Ahora bien, para aplicar esta idea a la Medicina es necesario hallar un límite, ya que lo contrario llevaría a la errónea idea de que todo daño debe ser indemnizado, convirtiéndose la responsabilidad patrimonial del Estado, tal y como de las palabras de RODRÍGUEZ LÓPEZ se desprende, en una suerte de Sistema Nacional de Seguridad Social; esto es, un garante de prestaciones¹²⁶⁹.

La necesidad de hallar un medio que limite esta cuestión en el ámbito sanitario es acuciante. RODRÍGUEZ LÓPEZ apunta dos posibles opciones: la *lex artis* y el nexo causal. Para comenzar, la *lex artis* es un criterio que permite diferenciar la normalidad de la anormalidad, pero también lo reprochable de lo no indemnizable. Es decir, cuando se da un despliegue de medios y actividades acordes a la *lex artis*, nos encontramos ante un funcionamiento normal y probablemente no indemnizable¹²⁷⁰.

En segundo lugar está el nexo causal, como forma de evitar la indemnización de todos y cada uno de los daños que se produzcan. Es por ello por lo que si el perjuicio deriva directamente de una actuación de la Administración, con todos los demás elementos necesarios, el supuesto será reprochado. Algo que no ocurrirá si la relación

equilibrio de su convivencia actual en el derecho español”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P (Coordinadores), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García ... op. cit.*, página 3230.

¹²⁶⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 313. Idéntica opinión es la que tiene PANTALEÓN PRIETO, al considerar descabellada la idea de que el simple hecho de que una norma no recoja que un daño no debe ser soportado por un particular, dé lugar a que éste sea indemnizable. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración ... op. cit.*, página 84. CUETO PÉREZ se acerca a esta misma perspectiva en la que se justifica este alejamiento de la responsabilidad objetiva legalmente establecida, admitiendo que incluso al haber sido aceptada esta idea en un primer momento, la jurisprudencia ha procrastinado. Todo ello porque ha llegado a cuestionarse que la institución de la responsabilidad objetiva se ha desbordado, porque de aplicarse la normativa a ultranza, se llegaría a unos costes sociales muy elevados, ya que en el ámbito sanitario cualquier fallecimiento o daño debería ser objeto de indemnización; independientemente de la actuación desplegada. CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria ... op. cit.*, página 226. BURZACO SAMPER considera un despropósito lo que para algunas opiniones es motivo de orgullo, la amplia cobertura. Estima este autor, que la responsabilidad objetiva es “inusualmente garantista” y que la amplitud de responsabilidades es insólita; por lo que mantener una actitud así convertiría a la Administración “en una suerte de garante universal de cualquier clase de daño”. El mencionado autor aboga porque, por lo menos en materia sanitaria, la responsabilidad se limite a los casos de funcionamiento anormal. BURZACO SAMPER, María, “Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria y estándares generales del servicio: perspectiva jurisprudencial”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los Avances del Derecho ante los avances de la Medicina ... op. cit.*, pps. 141 a 157, página 145.

¹²⁷⁰ MIR PUIGPELAT parte de una premisa por la cual el criterio de diligencia que divide la buena, de la mala praxis, no es otra que la *lex artis*; o lo que es lo mismo, lo que separa lo indemnizable de lo no reprochable. Este autor sienta serias dudas sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, más si cabe si tenemos presente que se considera que en un litigio en el que concurre el componente de la *lex artis*, el daño no es antijurídico, y como tal no debe ser indemnizado. Hasta tal punto llega el escepticismo de este autor, que niega la responsabilidad objetiva como concepto, porque la única forma de aplicarla en el ámbito sanitario es con la fórmula del funcionamiento anormal. MIR PUIGPELAT, Oriol, “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)” ... *op. cit.*; concretamente en página 646.

no es directa, aunque evidentemente existen grietas en esta última afirmación, sobre todo cuando la concausa es la acción de un tercero¹²⁷¹.

De los párrafos precedentes se desprende que la responsabilidad objetiva o responsabilidad por funcionamiento normal, suscita dudas sobre su aplicación en la actividad médica. GONZALEZ MORÁN es tajante sobre esta cuestión, al afirmar que la responsabilidad objetiva puede exigirse en el ámbito sanitario pero con claros límites, uno de ellos, y desde luego el más importante, es el del acto médico. Ninguna actuación médica puede indemnizarse por esta vía, algo que no ocurre con las obligaciones del centro sanitario. El acto médico en sí, al ser una obligación de medios y quedar sujeto al sistema de responsabilidad por culpa, no puede reprocharse acudiendo a la responsabilidad objetiva. No obstante, no ocurre lo mismo cuando la cuestión que se dilucida gira en torno a las obligaciones del hospital (materiales, personas, instalaciones, etc.), ya que en estos casos se trataría de una obligación de resultado y se podría acudir a la fórmula de la responsabilidad objetiva, siempre y cuando hubiere alguna norma que así lo permitiese¹²⁷². Este punto de corte DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN lo sitúa en el concepto de la *lex artis*, al calificarlo como un “parámetro de deslinde”, que permite diferenciar qué daños han de ser soportados por el paciente y cuáles no. De esta forma el cumplimiento de todas las medidas necesarias y el despliegue de la actividad médica respetando la *lex artis*, harán que el perjuicio deba ser soportado “so pena de incurrir en un despropósito tal que determinará, lisa y llanamente, que se le exija a la Administración garantizar siempre la curación del paciente”¹²⁷³.

¹²⁷¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria ... op. cit.*, páginas 321 y 322. De esta misma opinión se muestra PANTALEÓN PRIETO, al apuntar el carácter inestimable del nexo causal “E indudable me parece – convendrá señalarlo – que no le es el nexo de causalidad: herramienta adaptada para trabajar en el campo de la imputación de consecuencias dañosas a una conducta o a una esfera de riesgo, y no en el de la imputación de conductas o esferas de riesgo a sujetos para hacerles responder. La conocida historia jurisprudencial de la relación causal <<directa, inmediata y exclusiva>>, ejemplo patente de encubrimiento bajo el manto de la causalidad de problemas de imputación subjetiva, suministra una nueva prueba de que, como advirtiera Llewellyn, <<cover Tools are not reliable tools>>”. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración ... op. cit.*, página 90.

¹²⁷² GONZÁLEZ MORÁN, Luis, “¿Crisis de la responsabilidad objetiva de las administraciones públicas sanitarias?”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los Avances del Derecho ante los avances de la Medicina ... op. cit.*, página 158.

¹²⁷³ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “La doctrina de la prueba indubitada. ¿Nueva vuelta al paradigma de la responsabilidad objetiva?”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los Avances del Derecho ante los avances de la Medicina ... op. cit.*, página 179. Idea compartida por GONZÁLEZ MORÁN, Luis, “¿Crisis de la responsabilidad objetiva de las administraciones públicas sanitarias?”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los Avances del Derecho ante los avances de la Medicina ... op. cit.*, página 169. Parece conveniente apuntar, que existen requisitos añadidos cuyo cumplimiento es ineludible, a fin de que el supuesto sea indemnizado. En primer lugar, el acto debe ser susceptible de

provocar un riesgo generalizado, pudiendo entenderse esta generalidad también como “grupos”, siempre y cuando sean numerosos e identificados. En segundo lugar, el riesgo que ha generado el daño debe ser provocado por la actividad de la Administración, esto es, tiene que ser algo inherente a dicha acción y debe cesar tras el fin de la misma. Por último, no ha de tratarse de un peligro socialmente asumido, tal y como podría ser la práctica de deportes o la conducción de vehículos de motor.

II. ANÁLISIS FENOMENOLÓGICO DEL FUNCIONAMIENTO NORMAL / ANORMAL Y LAS DEFICIENCIAS ASISTENCIALES.

1. El funcionamiento normal / anormal y el material no sanitario.

En este apartado se analizarán las deficiencias asistenciales (funcionamiento normal o anormal) en relación al material no sanitario. Dado que se trata de un concepto amplio, que puede abarcar desde una ventana hasta una cama, podrán extraerse conclusiones interesantes y de gran relevancia.

1. Material defectuoso y pacientes comunes.

a) Supuestos en los que la figura es reprochada.

1. El primero de los casos a analizar en este apartado es bastante representativo de la temática a estudiar. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2003¹²⁷⁴, en la que D^a. Catalina sufrió un accidente en unas fiestas populares, al ser arrollada por una vaquilla, que tras un encierro volvió sobre sus pasos. De entre las muchas lesiones que el animal le provocó, destaca sobre todo una en un hombro, para cuyo restablecimiento requería de una cirugía. La paciente fue rápidamente trasladada al centro sanitario más cercano al lugar del percance, donde tras los primeros exámenes preliminares, fue tumbada en una camilla de dimensiones reducidas, sin ningún tipo de protección lateral y sin compañía alguna. Ésta sufrió un leve desvanecimiento y dadas las características de la cama en la que estaba, nada la contuvo, por lo que se cayó al suelo, golpeándose precisamente el hombro lesionado; lo que le provocó un severo agravamiento de la lesión, para cuyo reestablecimiento parcial necesitó dos operaciones.

D^a. Catalina asegura que la camilla en la que fue depositada no estaba en condiciones para una paciente que se encontraba en sus circunstancias, por lo que su caída no debería ser únicamente achacable a la pérdida de sentido, sino a la ausencia de medidas de protección. No obstante, sus pretensiones fueron inadmitidas en primera

¹²⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2003, Sala Primera, recurso 2846/1997, ponente Auger Liñán. Resolución también analizada desde el punto de vista de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en el capítulo correspondiente.

instancia, pero admitidas ante la Audiencia Provincial competente, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Los hechos de la controversia son especialmente identificativos en relación al concepto de las deficiencias asistenciales en material no sanitario. La paciente es correctamente atendida, salvo por el agravamiento del daño sufrido como consecuencia del mal estado del material no sanitario, la camilla. Del caso se desprende que la cama en cuestión era estrecha y que además no contaba con las medidas de seguridad básicas, como lo son las protecciones laterales. Ambas características hacen que ésta resulte especialmente riesgosa, más si cabe para una persona que ha sufrido una lesión severa y dolorosa, algo que le puede provocar un desvanecimiento y que además no se encuentra en compañía de nadie. Aunque la camilla no causase directamente la caída de la paciente (por una posible ruptura), es una pieza clave del accidente y agravamiento de la lesión de D^a. Catalina, por una sencilla razón: ésta no cumplía su función. La cama de un hospital debe cubrir necesidades especiales, como son las de los enfermos. No es extraordinario, ni muchos menos llamativo, que un paciente, por su estado de salud o padecimiento, sufra un desvanecimiento; y es precisamente por ello por lo que el mobiliario del centro sanitario, especialmente las camas, deben contar con un plus de seguridad.

Ante las mencionadas circunstancias no es de extrañar que el Tribunal Supremo se muestre tajante, cuando da por hecho que el centro sanitario debe responder mancomunadamente con la organización de festejos, al haber agravado la lesión de D^a. Catalina, como consecuencia del estado de la camilla; dando forma así al concepto de “conjunto de deficiencias asistenciales”. Aunque las argumentaciones del juzgador se centran únicamente en el carácter mancomunado, y no solidario de la responsabilidad, de sus afirmaciones parece poder deducirse que el origen de la responsabilidad sanitaria es precisamente la deficiencia asistencial “Asímismo (sic) declara que acudió, por sentir molestias, al Servicio de Urgencias del Hospital Príncipe de Asturias de Alcalá (sic) de Henares; y una vez en el mismo fue depositada en una camilla de reducidas dimensiones durante un largo periodo de tiempo y en tal situación sufrió un desvanecimiento perdiendo el control y la conciencia, cayendo al suelo debido a la falta de protección de la camilla en la que la habían depositado; y se produjo importantes traumatismos en el hombro fracturado como consecuencia de tal caída (sic); y que la demandante tuvo que someterse al menos a otra intervención quirúrgica (sic) para retirar el material de osteosíntesis empleado en la primera intervención, habiendo permanecido

incapacitada para sus funciones habituales, hasta haber sido dada de alta con importantes secuelas que han derivado en la pérdida de su empleo habitual como empleada de hogar al no poder efectuar las funciones propias del mismo”¹²⁷⁵.

2. La segunda resolución de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009¹²⁷⁶, sigue una línea argumentativa muy similar a la ahora analizada. En este caso D. Isaac sufrió un accidente de tráfico que le causó severas lesiones, teniendo que ser intervenido de algunas de ellas y siendo dado de alta días después, con planificación de visitas rutinarias de control al centro sanitario en ambulancia. Fue precisamente en la primera de éstas en la que, encontrándose D. Isaac en la camilla de la ambulancia y al proceder el técnico sanitario a bajarlo del vehículo, la cama, que no cumplía los estándares mínimos de seguridad, se desplomó y el paciente se cayó; causándose la rotura del calcáneo del pie izquierdo.

Conviene añadir además, que tras la primera cirugía el enfermo comenzó a mostrar un elevado nivel de transaminasas, probablemente fruto de las múltiples transfusiones a las que tuvo que ser sometido. A lo que es necesario sumar, que un año después de los acontecimientos D. Isaac tuvo que volver a ser operado, por iniciativa de éste, en un centro privado, a los efectos de que le fuese extraído un hilo metálico que le había quedado dentro de la rodilla tras la primera actividad quirúrgica a la que se le sometió, tras el accidente de tráfico.

D. Isaac consideró que había sido víctima de una deficiencia asistencial, y aunque sus pretensiones fueron admitidas por la consejería de salud de la Comunidad Autónoma en cuestión, no conforme con el *quantum* indemnizatorio, recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este litigio es muy similar al anterior, en la medida en que el objeto deficiente vuelve a ser una camilla. Sin embargo, en esta resolución existen elementos añadidos que evidencian que la cama sólo fue un elemento más en la cadena de errores y deficiencias del sanatorio.

Lo primero a analizar es el fallo sufrido por la camilla. En este litigio la cama, a diferencia de lo que ocurría en el caso anterior, debía tener unas condiciones añadidas de calidad exigibles, no en vano no se trataba de una cama de hospital normal, sino de

¹²⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2003 ... *op. cit.*

¹²⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009, Sala Tercera, recurso 4109/2005, ponente Díez – Picazo Giménez. Litigio también estudiado desde el punto de vista de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en el capítulo correspondiente.

una camilla de transporte de ambulancia. De la naturaleza y funciones de este tipo de material se desprende que estas camillas deben ser más sólidas, por lo que requieren de una resistencia añadida, dado que serán objeto de golpes y movimientos bruscos. Lo ocurrido en este litigio, en el que la cama se desplomó como consecuencia una manipulación correcta (ya que en caso contrario nos encontraríamos ante otra idea), es prueba inequívoca de una deficiencia asistencial, fruto probablemente de lo que se conoce como la fatiga de los materiales.

En segundo lugar, están los factores añadidos que deberían sumarse al de la camilla y que conforman el concepto de las deficiencias asistenciales, como lo son las consecuencias de las transfusiones y el hecho de que un hilo metálico quedase olvidado en la rodilla del paciente.

Todos estos factores justifican la decisión adoptada por el juzgador, que aunque sería sumamente interesante, no podremos conocer, al limitarse la casación a la cuestión del *quantum* indemnizatorio (incrementándose).

3. La última controversia de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2008¹²⁷⁷, cuenta con unos hechos muy parecidos a los de los casos anteriores. En este asunto D. Domingo se encontraba hospitalizado en un centro sanitario tras una intervención de una hernia de disco. La cirugía se practicó correctamente y su evolución fue satisfactoria, pero se vio interrumpida por un fallo mecánico de la cama de D. Domingo, a la que se le dobló el fleje y provocó una variación de su postura. Las piernas pasaron de estar elevadas (como debía ser), a estar por debajo del nivel de su cuerpo, y este cambio de posición le provocó severas lesiones en la zona operada. La contingencia sufrida por el fleje fue consecuencia de una fatiga de los materiales, dado que se trataba de una cama que tenía más de diez años.

D. Domingo consideró que las lesiones que sufrió fueron consecuencia del defecto de la cama, que pudo darse por un mantenimiento negligente o por la falta de renovación de la misma. Su demanda fue estimada en primera instancia y confirmada en apelación, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata nuevamente de una cama que no cumple las expectativas de seguridad, aunque en este litigio sea menos llamativo, porque no provoca la precipitación del paciente. No obstante, el hecho es igualmente grave, dado que un enfermo que se estaba

¹²⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2008, Sala Primera, recurso 39/2002, ponente Sierra Gil de la Cuesta.

recuperando de una actividad quirúrgica, vio dicha evolución interrumpida por cuestiones ajenas a la dolencia, como lo es el fallo mecánico de útiles hospitalarios.

De los hechos se desprende que existió un déficit asistencial en el material no sanitario, pues se trataba de una cama de diez años que había tenido un uso continuado, de lo que se puede colegir que tanto el mantenimiento como la política de renovación de materiales, resultaron deficientes. A ello conviene añadir, que el hecho de que no se advirtiese la modificación de la postura que sufrió D. Domingo, también denota una falta de atención.

Poco más puede apuntarse sobre este supuesto, más si cabe cuando la casación se centró en el *quantum* indemnizatorio y no se menciona absolutamente nada sobre la responsabilidad por el fallo mecánico de la cama, al darse ésta por hecho.

b) Litigios en los que la figura no resulta reprochada.

4. La primera de las resoluciones desestimadas que analizaremos en este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006¹²⁷⁸. En este litigio D. Eugenio, un hombre de 83 años con la movilidad bastante reducida por su edad, se encontraba ingresado en un hospital por una infección de orina, cuando al quinto día de su estancia, éste se cayó de la cama, falleciendo escasos días después, a consecuencia del golpe recibido.

Los parientes de D. Eugenio consideraron que el accidente por éste sufrido fue porque no se utilizaron las barandillas de seguridad en la cama, esto es, una deficiencia asistencial. Su demanda fue desestimada tanto en primera instancia como en apelación, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un litigio muy parecido a los que se estudiaban páginas atrás y que sin embargo, ha tenido una suerte desestimatoria. En ambos casos un paciente sufre una caída desde su cama por las deficiencias de la misma, pero en esta ocasión la decisión del Tribunal Supremo se justifica porque en esta controversia la cama que ocupaba D. Eugenio contaba con barras laterales, que además funcionaban, pero que tanto el cuadro médico como la familia las consideraban innecesarias. De este hecho se desprende, que ciertamente no existía una deficiencia material en la cama, ésta contaba con todos los medios necesarios, pero nada indicaba que éstos debían utilizarse, ya que incluso la

¹²⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006, Sala Primera, recurso 4019/1999, ponente Seijas Quintana.

familia consideró que las protecciones únicamente entorpecían a D. Eugenio cuando salía o entraba en la cama.

De lo señalado en el párrafo anterior se desprende la lógica seguida por la resolución, ya que cualquier tipo de reproche sería infundado: el centro contaba con los medios necesarios y no es imputable al mismo que un paciente decida no hacer uso de éstos, o en su defecto, su familia. Así parece afirmarlo el Tribunal Supremo “El ingreso hospitalario plantea sin duda una serie de riesgos, independientemente del proceso por el que se ingresa; riesgos que, en el caso de los ancianos, se acentúan en razón a factores propios derivados de la edad y de las alteraciones degenerativas, que se concretan muy especialmente en las caídas de la cama o en otros espacios del Centro. Ahora bien, la caída de la cama no es un riesgo en sí mismo, sino una situación asociada al incumplimiento por parte del centro médico de la obligación que tiene de identificar las causas por las que produce y de adoptar, en su vista, las medidas de seguridad y vigilancia pertinentes, por lo que para responder, no basta con que esta se produzca ya que de aceptarse esta conclusión, quedaría consagrada una responsabilidad en todos los casos en que se derivase el daño, objetivando la responsabilidad de las personas por las que se tiene que responder, con olvido de los requisitos de culpa y relación de causalidad. (...) Es hecho probado de la misma que la paciente no utilizaba barandillas habitualmente y que ningún familiar había solicitado del personal sanitario que las colocasen en la cama, ni existían factores de riesgo identificados con arreglo a las reglas de la experiencia propias de un servicio de enfermería que conoce y controla la situación de los internos, que pudiera derivarse de la enfermedad de la desorientación de la paciente en el momento de su ingreso, o que fuera advertida durante los días y la actividad prestada por la demanda, puesto que ningún incumplimiento hubo de posibles deberes de vigilancia y cuidado de la enferma que permitan imputarle el daño de una forma simplemente especulativa y desproporcionada, como se pretende en el motivo”¹²⁷⁹.

¹²⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006 ... *op. cit.* Idéntica opinión es la de SEIJAS QUITANA respecto de este caso, en el que considera que la necesidad de las barreras laterales, dadas las circunstancias, era residual “Es razón por la que no cabe tachar el razonamiento de la sentencia de instancia de ilógico, arbitrario o irracional, pues con absoluta independencia de que una casa no es un hospital, y de que la interrelación del paciente con el medio hospitalario origina riesgos evidentes, es hecho probado de la misma que la paciente no utilizaba barandillas habitualmente y que ningún familiar había solicitado al personal sanitario que las colocasen en la cama, ni existían factores de riesgo identificados con arreglo a las reglas de la experiencia propias de un servicio de enfermería que conoce y controla la situación de los internos, que pudiera derivarse de la enfermedad o de la desorientación de la paciente en el momento de su ingreso o que fuera advertida durante los días en que estuvo hospitalizada, por lo que ninguna relación de causalidad se advierte entre la caída y la actividad prestada por la

5. Sigue una línea muy parecida la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2007¹²⁸⁰, en la que D. José Manuel, un paciente de 83 años ex alcohólico y de carácter fuerte, fue ingresado en un centro a fin de que se le extirpase una hernia inguinal. La primera noche el paciente no durmió, mostrándose agitado, desorientado y enfadado. Dado su estado se colocaron las barandillas de seguridad de su cama, que fueron retiradas a los efectos de que éste se levantase y permanecieron así mientras desayunaba. Durante el desayuno D. José Manuel sufre un episodio sincopal, y al no encontrarse colocadas las barandillas, éste se precipitó al suelo desde la cama, sufriendo una fractura de apófisis odontoides de la segunda vértebra cervical, a consecuencia de la cual falleció.

Los familiares del fenecido consideraron que la no utilización de las barandillas fue una actuación negligente por parte del centro sanitario, por lo que pretendieron el reproche del asunto en cuestión, en base al concepto de deficiencias asistenciales. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Las semejanzas entre este supuesto y el anterior son más que evidentes, pues en ambos casos las camas contaban con protecciones laterales y fue precisamente cuando éstas no estaban siendo usadas, cuando se produjeron sendas caídas de los pacientes. Tal y como se señalaba en el litigio anterior, la idea de las deficiencias asistenciales no es aplicable a este caso, por el simple hecho de que éstas no existen, ya que se contaba con los medios necesarios a los efectos de salvaguardar la salud y seguridad de los pacientes.

Dadas las similitudes entre ambos asuntos, y que en el último que ahora nos ocupa el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre este extremo, no parece necesario ahondar en mayor medida respecto de esta resolución.

demandada, puesto que ningún incumplimiento hubo de posibles deberes de vigilancia y cuidado de la enferma que permitan imputarle el daño de una forma simplemente especulativa y desproporcionada, como se pretende en el motivo”. SEIJAS QUINTANA, José Antonio, “Responsabilidad civil médico sanitaria”, en O’ CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (Coordinador), *Supuestos de responsabilidad civil*, La Ley, Madrid, 2010, pps. 7 a 290, página 276. Sigue esta misma línea doctrinal la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 1343/2007, ponente Menéndez Pérez).

¹²⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2007, Sala Tercera, recurso 30/2007, ponente Herrero Pina.

2. Material defectuoso y enfermos mentales.

a) Controversias en las que la figura es reprochada.

6. Las siguientes resoluciones que analizaremos en este apartado estarán relacionados con pacientes psíquicos que sufren un daño por deficiencias asistenciales materiales. La primera de las dos estimadas, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2006¹²⁸¹, es una controversia, que a diferencia de todos los demás casos analizados en esta tesis, no ocurre en un centro sanitario, sino en una residencia de ancianos. No obstante, dada su adaptabilidad para tratar enfermos, hemos considerado oportuno analizar el litigio en cuestión. En este caso D. Rubén, un hombre de avanzada edad aquejado de Alzheimer, fue ingresado por sus familiares en una residencia de ancianos, al serles especialmente dificultoso su cuidado, por encontrarse la enfermedad en un estado avanzado. Aunque se trataba de una residencia de ancianos y no de un sanatorio mental, el centro en cuestión se encontraba provisto de habitaciones especiales y de personal capacitado para la vigilancia y tratamiento de pacientes psiquiátricos. Sin embargo, una semana después de su ingreso, D. Rubén, después de desayunar, fue acompañado por uno de los trabajadores desde la zona de “seguridad” hasta una dependencia común que había en la planta baja, donde la vigilancia era más laxa. Aprovechando el escaso control de la zona común, el paciente consiguió salir de ésta sin que nadie lo detectase y subir a la segunda planta, donde encontró una ventana desde la que se arrojó. La caída le provocó lesiones muy severas, de las que falleció escasos días después del accidente¹²⁸².

Los familiares del finado consideraron que el grado de atención al que estuvo sometido el paciente en las zonas comunes era limitado, más propio de un paciente en plenas condiciones mentales, que de un enfermo de Alzheimer. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas tanto en primera instancia como en apelación, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

¹²⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2006, Sala Primera, recurso 2519/1999, ponente González Poveda.

¹²⁸² Conviene añadir un apunte que no será analizado en el estudio del caso, por escapar a la materia objeto de examen, como lo es la naturaleza contractual o extracontractual del asunto. Aunque el Tribunal Supremo analiza este aspecto desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, GALLEGO DOMÍNGUEZ considera que se trata de un caso más bien contractual, ya que la familia del fallecido acordó una relación de obligaciones, entre las que se encontraba el cuidado de D. Rubén. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, “Comentario a la sentencia de 23 de febrero de 2006”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 73, 2007, pps. 265 a 280; concretamente en página 276.

Tal y como se ha comentado con anterioridad, aunque no se trata de una controversia de responsabilidad sanitaria propiamente dicha (porque no se desarrolla una actividad médica y tampoco se despliega en un centro sanitario), lo cierto es que al tratarse de un paciente con Alzheimer internado en una residencia, hemos encontrado suficientes puntos en común como para que este litigio pueda ser estudiado en este apartado. Debemos partir de que se trata de un centro que estaba adaptado (tanto en materia de personal como de instalaciones) a los efectos tratar a personas con enfermedades similares a la que padecía D. Rubén¹²⁸³.

De los hechos se desprende que la atención que recibía el interno era correcta, ya que se encontraba acomodado en habitaciones adaptadas para personas incapaces de autogobernarse. No ocurría lo mismo en el resto de las instalaciones, donde los medios desplegados no eran tan estrictos. La residencia no contaba con lugares comunes acondicionados especialmente para internos como D. Rubén, por lo que éstos se veían forzados a compartir espacios con medios de control limitados, algo que requería de un aumento en la vigilancia o la mayor presencia de personal en la zona, cuando enfermos como D. Rubén se encontraban en esa sala. Un análisis preliminar del asunto puede llevarnos a la errónea conclusión de que este caso debería ser estudiado en el apartado de deficiencias asistenciales por falta de personal, dado que uno de los principales escollos de este litigio fue precisamente la vigilancia. No obstante, conviene tener presente que esta necesidad derivaba de la naturaleza del centro, que aunque admitía enfermos psíquicos y tenía habitaciones adaptadas, no ocurría lo mismo con el resto del establecimiento. De esta afirmación se desprende la penuria de las instalaciones, que no cumplían con los requisitos mínimos a fin de admitir un enfermo mental, y aun así se cometía la imprudencia de permitir su internamiento.

El segundo aspecto criticable en este litigio es el de la vigilancia. A pesar del riesgo que asumía el paciente al encontrarse en zonas comunes, el nivel de supervisión no se incrementaba de manera proporcional. Prueba inequívoca de ello es que el enfermo salió de la zona común, subió un piso y se lanzó por la ventana, sin que nadie lo viese.

El Tribunal Supremo se muestra de una opinión idéntica a la que ahora hemos apuntado, para lo cual parte de la idea de que el Alzheimer se caracteriza por ser una

¹²⁸³ De esta misma opinión se muestra GALLEGO DOMÍNGUEZ al comentar este supuesto. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, “Comentario a la sentencia de 23 de febrero de 2006”... *op. cit.*; concretamente en página 278.

afección mental que puede encuadrarse dentro de las que reciben el nombre de “demencias”, cuya característica básica es el déficit cognoscitivo que sufre el paciente, que le hace perder sus capacidades psíquicas de forma gradual. Aduce el Tribunal Supremo que el padecimiento de D. Rubén era de sobra conocido por el personal de la residencia, por lo que un déficit atencional como el que sufrió es indemnizable “La obligación de guarda y asistencia de las personas internas en el centro, que debe cumplirse teniendo en cuenta las circunstancias de cada una de aquéllas imponía, respecto del fallecido, una obligación de control del mismo para conocer en todo momento en qué lugar del establecimiento se encontraba y someterlo a la vigilancia adecuada a su estado psíquico. No se trataba de que una persona estuviese constantemente al lado del interno, sino de que se tuviese conocimiento, en cada momento, de dónde se encontraba, de ahí que desde su habitación fuese conducido a la sala común sita en la planta baja, en la que, reconoce la propia demandada, se encontraba personal del centro vigilando a los internos que allí estaban. Fue precisamente allí, donde, por una falta de diligencia o más bien por negligencia del personal del centro, el interno eludió el control a que se hallaba sometido, salió de la estancia y deambulando por el establecimiento llegó a la planta alta de una zona distinta de aquella en que tenía su habitación, sin que su recorrido fuese advertido por personal de la residencia. Hubo una conducta negligente por parte del personal de la residencia en cuanto a su obligación de cuidado y vigilancia del interno, afectado, se repite, por la enfermedad de Alzheimer, deber de diligencia que de haber sido cumplido teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y lugar (art. 1104 del CC) habría evitado el luctuoso resultado producido”¹²⁸⁴.

¹²⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2006 ... *op. cit.* RODRÍGUEZ LÓPEZ es especialmente esclarecedor cuando trata la cuestión de las instalaciones en este tipo de situaciones. Este autor apunta el deber del centro, no sólo de contar con las infraestructuras básicas, sino que también requieren de un mantenimiento y vigilancia debidos, a los efectos de su óptimo funcionamiento. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria* ... *op. cit.*, página 352. Por su parte, GALLEGU DOMÍNGUEZ califica el presente caso como una “sentencia de libro”, por las circunstancias concurrentes en la misma, todo ello a pesar de que media un suicidio, algo que podría considerarse una ruptura del nexo causal, que sin embargo en este litigio no tendría cabida, tal y como el antes mencionado autor afirma “Hay un tema que sobrevuela la sentencia y es la posibilidad de suicidio de Don Rubén y sus consecuencias jurídicas, en particular rompiendo el nexo de causalidad entre la negligente actuación del personal de la residencia y el triste resultado. Frente a esta última idea apuntada debemos reaccionar. Ciertamente es defendible que en aquellos casos en los que un sujeto voluntariamente en pleno uso de sus facultades se arroje por una ventana no surja responsabilidad para los sujetos que tengan la obligación de guardia y vigilancia, pero ello no ocurre en el supuesto resuelto por la STS que nos ocupa. En nuestro caso hay un dato básico que impediría tal consideración, cual es la situación mental del interno. D. Rubén se encontraba aquejado de Alzheimer, lo que conllevaba un déficit cognitivo severo, por lo que en principio cabría entender la falta de una voluntad hábil en Derecho para considerar su actuación como una actuación querida (...) el TS no emplea la palabra <<suicidio>> en la sentencia, por lo que añadamos

7. La última controversia estimada que analizaremos tiene muchos puntos en común con la anterior, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007¹²⁸⁵. En este litigio D. Juan Carlos, diagnosticado de esquizofrenia paranoide, tuvo que ser ingresado en un centro psiquiátrico como consecuencia de un brote especialmente violento, con alucinaciones e ideas delirantes, tras haber tenido unos días muy agresivos. El paciente se encontraba muy bloqueado cuando llegó al hospital, pero pasados los primeros instantes comenzó a ubicarse y no mostró especial resistencia al ingreso, aunque sí a la medicación. Pasó durmiendo toda la primera noche, y el resto del día siguiente se mostró colaborativo, salvo en lo que a los fármacos se refiere. A partir del mediodía, teniendo permitidas las visitas, estuvo acompañado por sus padres y posteriormente por sus tíos, permaneciendo tranquilo toda la tarde, hasta el momento en el que éstos se despidieron para marcharse. En ese instante el paciente salió a la carrera y se lanzó por una ventana situada a 7 metros del suelo, que no contaba con las medidas de seguridad suficientes, provocándose severas lesiones.

Los familiares de D. Juan Carlos consideraron que el centro psiquiátrico no tenía a su disposición los medios necesarios a fin de tratar enfermos mentales y que fue precisamente como consecuencia de ese conjunto de deficiencias asistenciales, por las que el paciente pudo arrojarse desde una ventana no segura. No obstante, éstos vieron sus pretensiones inadmitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

El litigio que ahora nos ocupa se presenta especialmente interesante, sobre todo por las disquisiciones del Tribunal Supremo. El paciente fue ingresado en un centro sanitario, algo que resultó excepcional, ya que aunque éste se encontraba diagnosticado de esquizofrenia paranoide, sus padres sólo veían la necesidad de internarle cuando

realmente resulta indiferente a los efectos que ahora nos ocupan que el interno se hubiese arrojado por la ventana o que por accidente hubiese tropezado y caído por la misma. No hay un consentimiento y una actuación de un sujeto que jurídicamente pueda considerarse rompa el nexo de causalidad entre la omisión de la diligencia necesaria a guardar por el personal de la residencia en el cumplimiento de sus funciones y el fatídico resultado de muerte con el que nos encontramos”. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, “Comentario a la sentencia de 23 de febrero de 2006”... *op. cit.*; concretamente en página 273. Idea compartida por LLAMAS POMBO, cuando respecto de los suicidios en centros psiquiátricos o de funcionalidad semejante, apunta que éstos tienen un “inexcusable cometido de vigilancia y control”, precisamente para evitar conductas autolesivas de sus pacientes. A los efectos de cumplir esa función deben contar con los medios y el personal necesario, y si como consecuencia de la ausencia de los mismos se produce algún daño en un paciente, el centro debe responder por deficiencias asistenciales. LLAMAS POMBO, Eugenio, “Suicidio de enfermo mental y deber de vigilancia”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 94, 2011, pps. 1 a 2; concretamente en página 1.

¹²⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 276/2003, ponente Robles Fernández. Resolución también estudiada desde el punto de vista de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente.

sufría crisis o conatos de la afección que padecía, tal y como ocurrió en esta ocasión. De estos hechos se desprende que el enfermo, aunque no podía autogobernarse, no era peligroso para sí mismo, ya que no requería de un internamiento, propio de pacientes con instintos autolesivos. Esto es, D. Juan Carlos no sufría procesos de autolisis. Ahora bien, estimamos que esta circunstancia concreta no es justificación suficiente para la laxitud en las medidas de seguridad, ya que aunque la situación del enfermo era más o menos estable, lo cierto es que había sufrido una severa crisis de más de cinco días de evolución, que lo había vuelto especialmente agresivo; hasta tal punto de que para ser tratado tenía que reducirse e inyectársele la medicación.

Entendemos que al ser un paciente inestable, aquejado de un trastorno mental severo y que había sido ingresado en un centro, precisamente a fin de poder ser controlado, no debía de encontrarse en una zona sin ventanas de seguridad, por lo que este hecho conforma una deficiencia reprochable. De la naturaleza de estos sanatorios se desprende que tienen que ser seguros para sus enfermo, con lo que ello implica, ya que entre otras cosas, éstos no pueden gobernarse a sí mismos y son imprevisibles¹²⁸⁶.

De una opinión muy similar se muestra el Tribunal Supremo, al considerar que aunque el paciente no hubiese tenido instintos de autolisis, una ventana asegurada, a los efectos de evitar que un enfermo se arroje por ella, conforma un mínimo exigible en un centro mental “La Sala de instancia tiene por probado que el actor con antecedentes psiquiátricos e ingresos previos en el mismo hospital por trastorno esquizofrénico, es ingresado por reagudización del cuadro psicótico con alucinaciones auditivas e ideas delirantes, quedando precisamente internado en la unidad de psiquiatría donde al menos en dos ocasiones tal y como reconoce el propio tribunal “a quo”, tiene dos episodios de agitación que le llevan a rechazar la medicación, lo que exige que se le haya de sujetar para poder proporcionársela. También reconoce el tribunal “a quo” que en la sección de psiquiatría no había medidas de protección especial que evitase que los pacientes se arrojasen por las ventanas salvo unos topes para dificultar su apertura, lo que acepta la propia Inspección Médica que reconoce por ello la responsabilidad patrimonial de la

¹²⁸⁶ Díez – Pícazo Giménez apunta un principio básico, como lo es que se trata de supuestos de responsabilidad hospitalaria y no así de responsabilidad sanitaria, ya que en este litigio las deficiencias (tanto de personal, de material, etc.) las sufre el centro sanitario, que al actuar como una empresa, debe responder por la ausencia de medios en el hospital, así como por culpa *in vigilando*. Todo ello por el principio de confianza que rige las relaciones de los hospitales, del que se desprende entre otras cosas, que los pacientes mentales no sólo serán tratados en estos sanatorios, sino también protegidos de sí mismos. Díez – Pícazo Giménez, Gema, “La responsabilidad civil por los daños derivados del suicidio” ... *op. cit.*; concretamente en página 115.

Administración, sin embargo concluye el Tribunal "a quo" que la forma rápida en que se produjeron los hechos y el lanzamiento por la ventana excluirían la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Las conclusiones de la sentencia recurrida no pueden ser aceptadas. El actor padecía antecedentes psiquiátricos, que habían determinado ingresos anteriores en el mismo hospital, que era conocedor de aquellos y que acuerda su ingreso precisamente en la unidad de psiquiátrica cuando es trasladado por sus padres al centro hospitalario tal y como tiene por probado la sentencia de instancia, presentando reagudización del cuadro psicótico con alucinaciones auditivas e ideas delirantes, unidad psiquiátrica que la propia Inspección Médica reconoce que carecía de mecanismos de protección tendentes a evitar defenestraciones u otros intentos de autolisis. De ello debe concluirse como decimos en nuestra Sentencia antes citada de 5 de Febrero de 2.007 que el actor no se encontraba en condiciones de normalidad y ello era conocido por el servicio sanitario que decide mantenerle ingresado en observación, precisamente en unidad médica especialmente cualificada, y que tenía por tanto el deber de vigilarle cuidadosamente, pues como se desprende de lo referido ninguna duda hay de que el paciente se encontraba privado de una capacidad normal de discernimiento debido a su alteración mental y tal alteración hacía previsible que se comportase creando riesgos como el de un intento de suicidio que efectivamente efectuó. Así las cosas debe concluirse que no se tomaron por el Centro hospitalario, que carecía de medidas de especial protección en las ventanas, aquellas otras medidas de previsión y cuidado necesarios para prevenir el intento de suicidio que finalmente tuvo lugar, sin que pueda considerarse que la conducta del actor constituyera una ruptura del nexo causal, porque sin perjuicio de tener en cuenta esa conducta a la hora de moderar la indemnización procedente, lo cierto es que debido a su alteración mental, que era precisamente la causa de su hospitalización, era previsible que se comportase creando riesgo que cualquier persona en situación de normalidad eludiría, mientras que el conocimiento de todas esas circunstancias imponía a la Administración sanitaria el deber de vigilar cuidadosamente su comportamiento, lo que no ocurrió en el caso de autos, determinando esa omisión del deber de cuidado que el recurrente se lanzase por una ventana con los resultados lesivos que recoge el Tribunal "a quo" en su sentencia¹²⁸⁷.

¹²⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007 ... *op. cit.*

De las palabras del juzgador podemos colegir lo que se comentaba líneas atrás: un centro psiquiátrico no puede permitirse deficiencias asistenciales en materia de seguridad, independientemente de la naturaleza de los síntomas de sus enfermos.

b) Supuestos en los que la figura no resulta reprochada.

8. La última de las resoluciones de esta temática, y la única de este subapartado de desestimadas, es la sentencia del Tribunal Supremo 19 de julio de 2007¹²⁸⁸, en la que D. Cornelio, un joven de 24 años de edad, ingresó en el servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia con un cuadro de brote psicótico, apreciación de ideas delirantes y autoagresión. Al llegar a este centro fue atendido por un médico residente de primer año, que estaba cursando la especialidad de psiquiatría, que a fin de formular el diagnóstico correcto y conseguir un tratamiento adecuado, telefoneó al médico titular, que no se encontraba en ese momento en urgencias. Dada su situación, le fueron suministrados varios sedantes (Haloperidol, Sinogan y Akineton) y se ordenó su traslado a otro hospital para una mejor atención, al que llegó sobre las 8 de la tarde, dormido por la medicación. Fue ingresado en una habitación especial del ala psiquiátrica, donde permaneció en un estado de letargo, tal y como se comprobó en la última de las visitas que efectuaron las enfermeras de esa sección. Sin embargo, algo antes de las doce de la noche se escuchó un fuerte estruendo que provenía de su habitación, y al acudir las enfermeras raudas, comprobaron que D. Cornelio colgaba de la cinta de la persiana de su habitación; pudiéndose únicamente certificar su defunción.

En la autopsia de D. Cornelio se confirmó que éste había fallecido a causa del ahorcamiento, así como que tenía heridas poco profundas en las flexuras de ambas muñecas, de evolución inferior a 24 horas; es decir, se las había provocado estando en el hospital.

La madre del fenecido consideró, que de haberse mantenido una vigilancia más estricta, éste no habría logrado suicidarse. Su demanda fue desestimada en primera instancia y parcialmente admitida en apelación, de manera que todas las partes del proceso recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La relación de hechos del asunto no dista mucho de los litigios antes estudiados, aunque en este caso el Tribunal Supremo toma una decisión completamente distinta. El

¹²⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007, Sala Primera, recurso 3500/2000, ponente García Varela.

facultativo que ordenó la primera medicación era un médico residente y aunque estuvo en contacto telefónico con el psiquiatra titular, éste último no llegó a ver al enfermo, por lo que su diagnóstico y tratamiento se basaron en las apreciaciones de su estudiante; algo que conforma una actuación bastante arriesgada. No obstante, esta actividad resultó matizada por la precaución de trasladar al paciente a otro centro, donde sí le reconoció un psiquiatra.

El enfermo se encontraba fuertemente sedado, de ahí que no se despertase en ningún reconocimiento posterior que se le practicó al llegar al segundo hospital. En virtud de esta circunstancia, y en previsión de que éste no se desadormecería (por la naturaleza de los fármacos suministrados), el personal sanitario del centro no consideró necesaria una inmovilización, limitando las actuaciones para con D. Cornelio a una vigilancia regular. Es evidente que el grado de sedación del paciente no llegaba a las cotas que el personal sanitario previó. Es un dato objetivo que éste tuvo oportunidad de provocarse lesiones, que aunque tenían la finalidad de acabar con su vida, fueron demasiado leves para ello, probablemente por el grado de letargo. De esta actuación puede desprenderse que la medicación suministrada no era tan fuerte como debía, bien porque el paciente fingía, bien porque pudo tener momentos en los que se despertó.

Esta última opción se puede confirmar por el simple hecho de que el enfermo debía permanecer dormido, de ahí que no se adoptase ninguna cautela añadida (como por ejemplo, una contención) y que sólo fuese sometido a controles rutinarios (propios del ala de psiquiatría), en la creencia de que estaba fuertemente sedado. Aunque el paciente se despertó y consiguió acabar con su vida.

A pesar de las irregularidades del supuesto, el Tribunal Supremo no lo reprocha, basándose en el elemento “sedación”. El paciente se encontraba fuertemente medicado, algo que lo invalidaba para cualquier tipo de actividad autolesiva y en virtud de ello no era necesario el despliegue de mayores medidas. Es precisamente por ello por lo que, precauciones como la que pretendía la madre del fallecido, consistentes en que éste se encontrase en compañía constante de una enfermera, eran excesivas; además de contrarias a la dinámica del centro, ya que obligaría a que muchos enfermos quedasen con un bajo nivel de vigilancia. Así lo afirma el Alto Tribunal “Respecto del médico de urgencias, la sentencia recurrida ha precisado que no está acreditado que fuera especialista en psiquiatría, además de que por ser residente de primer año precisaba de la supervisión superior, lo que observó al llamar por teléfono al psiquiatra encargado en tales momentos del servicio de psiquiatría, que fue quién aconsejó el internamiento;

igualmente, carece de sentido la imputación de no haber examinado al fallecido, pues se encontraba dormido profundamente según revela expresamente la historia clínica, la cual también pone de manifiesto que los datos del enfermo los obtuvo de su madre, la actor: amén de que, como el facultativo no era especialista en psiquiatría, no prescribió medida específica alguna, en consecuencia del estado de sedación en que se encontraba el enfermo, sino que se puso en contacto con el psiquiatra “de 2ª llamada”, que ordenó el ingreso en la planta de dicha especialidad. (...) (respecto a la responsabilidad del resto del personal) ... en la Asistente técnica sanitaria y auxiliar de clínica, pues ambas, como personal profesional subordinado a las órdenes directas de los médicos, cumplieron en todo instante sus obligaciones de cuidado y vigilancia ordinaria en la planta de psiquiatría, no les fueron impartidas observaciones especiales y tenían a su cargo 21 pacientes y a todos había de procurar la adecuada atención; la presencia permanente en la habitación del fallecido, como exige la demandante, debió prescribirse por el especialista en psiquiatría, al supone una dedicación extraordinaria, diferente a la habitual en la planta, ya que ello supondría dejar de vigilar al resto de enfermos, en función de su número y la existencia de sólo dos enfermas”¹²⁸⁹.

Nos quedan dos cuestiones que el Tribunal Supremo deja sin respuesta: la no inmovilización del paciente y la existencia de una cinta de persiana en la habitación de un enfermo mental.

A pesar de los instintos de autolisis, D. Cornelio no fue inmovilizado en ningún momento, todo ello porque se confiaba en el grado de sedación por la medicación suministrada. Consideramos que en este punto existe una atención deficitaria, ya que se trataría de una cautela de escasa entidad y que sin embargo, hubiese cambiado completamente el curso de los acontecimientos.

Al párrafo anterior conviene añadir que nos resulta sorprendente que el Tribunal Supremo no haya hecho mención alguna a la existencia de una cinta de persiana en una habitación adaptada a pacientes psiquiátricos. En el capítulo relativo a la omisión de medios, se observa cómo la falta de medidas de seguridad o el hecho de que un enfermo mental tenga objetos peligrosos a su alcance, implica un reproche por parte del juzgador; algo que no ocurre en este caso, pero que queda sin respuesta por parte del Alto Tribunal.

¹²⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007 ... *op. cit.*

2. El funcionamiento normal / anormal y el material sanitario.

En este apartado el análisis se centrará en una cuestión más específica que la anterior, el material sanitario, lo que permitirá un estudio más pormenorizado, de supuestos tan dispares como el daño provocado por el defectuoso mantenimiento de un monitor quirúrfano o la ausencia de instrumental médico.

1. Defectos en el material quirúrgico.

a) Asuntos en los que la figura resulta reprochada.

1. El primero de los casos de este apartado, y el único estimado, es especialmente representativo, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2001¹²⁹⁰, un litigio en el que D^a. Raquel, una menor de 14 años, fue intervenida a fin de reparar una fractura de diáfisis de fémur que había sufrido. La operación se desarrolló con plena normalidad, pero cuando se le estaba suturando la herida quirúrgica, la paciente tuvo una parada cardíaca, de no menos de dos minutos, que no fue detectada por ninguno de los miembros del equipo médico, porque el monitor al que estaba conectada D^a. Raquel no funcionaba correctamente y su alarma sonora no cumplía su función. No fue hasta que el anestesista comprobó que no manaba sangre de la herida, cuando se supo de la parada y se comenzó una reanimación de urgencia. Aunque la paciente consiguió sobrevivir, le quedaron severas lesiones por la anoxia cerebral sufrida, quedando D^a. Raquel en estado vegetativo.

Los familiares de la paciente consideraron que las condiciones en las que se encontraba el material del quirófono no eran las adecuadas, ya que las consecuencias que sufrió su hija fueron debidas a una deficiencia asistencial. Sus pretensiones indemnizatorias fueron parcialmente admitidas en primera instancia y confirmadas en apelación, a pesar de lo cual tanto la parte demandada como la demandante, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Como anunciábamos al inicio del análisis de la controversia, este asunto es un ejemplo paradigmático de la responsabilidad derivada de la falta de diligencia en el

¹²⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2001, Sala Primera, recurso 136/1996, ponente García Varela. Resolución también estudiada desde la perspectiva de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en el capítulo correspondiente.

mantenimiento del material sanitario, o lo que podemos denominar deficiencias asistenciales. En esta resolución la operación que se le practicó a D^a. Raquel fue impecable, a pesar de lo cual sufrió un paro cardíaco, algo que puede ocurrir por efecto de la anestesia o por cualquier otra circunstancia exógena, y que necesariamente no tiene por qué comportar una actitud negligente. El problema fue el hecho de que, aunque el monitor cumplía parte de sus funciones, como lo era comprobar las constantes vitales de la paciente, uno de sus cometidos, la alarma, estaba desactivada o no funcionaba.

Los medios desplegados en este litigio eran los suficientes, pero no el estado de los mismos, de ahí que este supuesto pueda ser calificado como una deficiencia asistencial. El mantenimiento de un instrumental tan básico y de tal relevancia en el quirófano, como lo es el monitor de frecuencia cardíaca, debe ser minucioso, y la práctica de comprobaciones regulares, ya que verificar su estado es indispensable; algo que de los hechos del asunto se desprende que no ocurrió.

La existencia de una deficiencia asistencial es tan evidente en el litigio que nos ocupa, que no es necesario ahondar en mayor medida en los hechos. De las contundentes palabras del Alto Tribunal se desprende la naturaleza del reproche “El motivo quinto del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del artículo 1253 del Código Civil, ya que, según manifiesta, la sentencia traída a casación ha establecido, en base a las presunciones, el mal funcionamiento del monitor como única causa de la parada cardíaca de dos minutos de duración mínima de la paciente, pero la misma pudo tener otras varias, como que el anestesista no hubiera conectado aquel u otros aparatos o que no lo hubiera hecho adecuadamente o que no estuviera presente en ese momento en el quirófano o, en cualquier caso, que no prestara la debida atención- se desestima porque las conclusiones obtenidas mediante la prueba de presunciones no pueden ser destruidas a través de meras conjeturas como las indicadas por la recurrente en el motivo”¹²⁹¹.

La relación de hechos del caso no deja lugar a dudas, ya que la deficiencia asistencial es flagrante al tratarse de un monitor que no cumplió su función principal: avisar de cualquier cambio o eventualidad en una cirugía.

¹²⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2001 ... *op. cit.*

b) Conflictos en los que la figura no resulta reprochada.

2. El segundo litigio de este apartado es prácticamente idéntico al anterior, pero sufre una suerte desestimatoria, por lo que conseguiremos conclusiones de gran interés con la lectura de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004¹²⁹². En esta controversia D. Gabriel, un menor de 10 años, acudió al servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia con un cuadro de dolor abdominal agudo, siendo diagnosticado de apendicitis. Se le practicaron todas las pruebas necesarias, arrojando éstos resultados de normalidad, por lo que se procedió a la extirpación del apéndice. La intervención se desarrolló correctamente, utilizándose un bisturí eléctrico, pero al provocar éste interferencias con el monitor, se silenció la señal acústica de éste último, pero no así su alarma. Fue precisamente cuando ya se estaba suturando la herida quirúrgica, cuando se produjo una parada en el paciente, que fue rápidamente asistida, recuperándose el menor, pero restándole lesiones cerebrales que padeció durante toda su vida.

Los padres de D. Gabriel consideraron, que de haberse mantenido la señal acústica del monitor, se habría podido observar que el menor estaba sufriendo una parada cardíaca, de la cual no se tuvo constancia hasta que ésta se dio. Sin embargo, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Tal y como se comentaba al comienzo del análisis del asunto, se trata de un caso con mucho puntos en común con la sentencia anterior, dado que en ambas el elemento problemático es el monitor que recoge las constantes vitales de la persona que está siendo operada. No obstante, existe una diferencia esencial entre ambas resoluciones y que es precisamente la que motiva la decisión adoptada por el juzgador: el monitor del presente asunto estaba en perfecto funcionamiento y la alarma no se encontraba neutralizada, sino la señal acústica. Debemos recordar que lo que ocurrió en el caso anterior es que el monitor, aunque funcionaba, su alarma o estaba desconectada o no estaba operativa, y cuando la paciente sufrió una parada, éste no avisó de ello. La relación de hechos es distinta en el litigio que nos ocupa, por la simple razón de que lo que fue desconectado (no por mal funcionamiento, sino por actuación médica) fue la

¹²⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004, Sala Tercera, recurso 8382/1999, ponente González Navarro. Resolución también estudiada desde la perspectiva de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, en el capítulo correspondiente.

constante señal acústica, ya que se acoplaba con el bisturí eléctrico, pero la alarma seguía funcionando, y fue precisamente la que avisó con tiempo al equipo médico de que el paciente estaba sufriendo un paro. A esta afirmación conviene añadir, que la constante señal acústica no hubiese resultado de ayuda para una actuación más temprana en la parada. Es precisamente aquí donde se encuentra el punto que diferencia ambas controversias, en un asunto el monitor no estaba desarrollando sus funciones debidamente y en el otro éste se encontraba en perfectas condiciones y cumpliendo con su actividad, tal y como de las palabras del Alto Tribunal se colige “Por último, nos parece necesario recordar también -conectando con lo que más arriba hemos dicho sobre los riesgos de una exacerbación de esa naturaleza objetiva de la responsabilidad que nos ocupa- que el hecho de que en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como objetiva apunta al dato de que no es necesario la concurrencia de dolo o culpa en el agente, y no permite extraer la consecuencia de que deba declararse su existencia, sin más, por el mero hecho de que el resultado lesivo se haya producido con ocasión de la actuación de un centro sanitario público. No sería razonable -antes al contrario: sería manifiestamente absurdo- entender que esa objetivación determina que, por ejemplo, la Administración deba responder siempre que en una clínica gestionada por ella y de ella dependiente fallece un enfermo. Y como en la controversia que nos ocupa, no puede decirse que el daño sea imputable a un funcionamiento normal o anormal del servicio público, y tampoco cabe sostener su antijuridicidad, este Tribunal tiene que desestimar la demanda y así lo declaramos”¹²⁹³.

2. Defectos en el material sanitario en general.

a) Casos en los que la figura resulta reprochada.

3. El primero de los casos de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2005¹²⁹⁴, es bastante representativo de la noción de las deficiencias asistenciales. D. Héctor, de cuatro años de edad, fue llevado por sus padres al servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia, con un cuadro de dificultad

¹²⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004 ... *op. cit.*

¹²⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2005, Sala Primera, recurso 4112/1998, ponente Ferrandiz Gabriel.

respiratoria. Observándose el estado del niño, se pautó un tratamiento intensivo, a los efectos de que mejorase su capacidad de saturación de oxígeno. Éste dio sus frutos, ya que una hora más tarde de su ingreso, una gasometría evidenció que su estado había mejorado ligeramente, por lo que fue remitido del box en el que se encontraba, a una habitación de planta, dado que el centro no contaba con una unidad de cuidados intensivos. Se pautaron gasometrías con mucha regularidad y en la práctica de una se observó que el estado del paciente se había deteriorado mucho, por lo que se puso sobre aviso a la pediatra que le había atendido. El menor sufrió un empeoramiento súbito y para cuando llegó la pediatra, el niño se encontraba en una parada cardiorrespiratoria. La médico solicitó una intubación rápida, así como un desfibrilador, pero ninguna de las dos peticiones pudo efectuarse antes de 10 minutos. El médico reanimador no se encontraba en el hospital, ya que no estaba contratado para realizar guardias (aunque fue localizado en su domicilio y acudió con la mayor urgencia posible). En lo referente al desfibrilador, el instrumento en cuestión del piso en el que se encontraba el paciente, no estaba operativo y fue necesario utilizar el de otra planta, que no llegó a tiempo porque el ascensor se encontraba cerrado con un cerrojo en el piso del paciente, por lo que se tuvo que volver al nivel de origen y bajarlo por las escaleras.

A pesar de todos los esfuerzos desplegados, el menor falleció a causa de la parada.

Los padres del paciente consideraron que la atención que le fue prestada a su hijo resultó insuficiente y que fue víctima de un conjunto de deficiencias asistenciales. No obstante, sus pretensiones indemnizatorias no fueron parcialmente admitidas hasta llegar al grado de apelación, lo que llevó a la parte demandada a recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Las deficiencias asistenciales de este litigio pueden verse en prácticamente todos los aspectos del asunto, por lo que conviene reparar en cada una de ellas.

En primer lugar, el hospital carecía de una unidad de cuidados intensivos, siendo esto lo que motivó a la pediatra que atendió al menor, a remitirlo a una habitación habitual, sometido a severos controles, pero que no dejaba de ser una instalación no adaptada a contingencias urgentes; prueba inequívoca de ello era que el desfibrilador de la zona se encontraba inoperativo. Obviamente aquí puede hacerse una matización, y es que de acuerdo a las limitaciones del centro, puede ponerse en tela de juicio la actuación de la pediatra, al no remitir al menor a otro sanatorio donde pudiese ser atendido en

mejores condiciones. Ahora bien, quizás las circunstancias del mismo lo desaconsejaban, o nada apuntaba a un empeoramiento tan súbito como el que sufrió.

En segundo lugar, el hospital no contaba con un médico reanimador contratado para guardias, una nueva deficiencia destacable. Ello provocó que la atención sanitaria no pudiese darse a tiempo, ya que fue necesario localizar al facultativo en su domicilio, lo que acarreó una tardanza añadida.

En tercer lugar, el desfibrilador de la planta donde estaba ingresado el menor no funcionaba, algo que es sorprendente y que evidencia un mantenimiento pobre y escaso, así como una severa deficiencia asistencial, al permitir que toda una planta de pacientes vea limitadas sus posibilidades de reanimación.

En cuarto y último lugar, el desfibrilador que iba a ser usado no llegó a tiempo por el inexplicable hecho de que la puerta exterior del ascensor estaba cerrada con cerrojo. Quizás su finalidad fuese la de evitar que los pacientes de esa planta, probablemente todos niños, hiciesen un uso indebido del ascensor, no obstante, de los hechos se desprende que no existía ningún tipo de control sobre el mismo, dado que su utilización no fue removida al quedar el desfibrilador de la planta fuera de servicio.

No parece necesario añadir ningún argumento más a fin de comprender por qué el Tribunal Supremo adoptó la decisión de reprochar el asunto que nos ocupa, tal y como apunta "... (carencia de una UCI abierta permanentemente o en disposición de ser abierta de forma inmediata; carencia de un intensivista; falta de contratación de un facultativo adscrito regularmente a la UCI, limitado tal extremo a la eventualidad de llamar con urgencia al domicilio del Dr. Gaspar; sorprendente e injustificada existencia de un cerrojo exterior en la puerta del ascensor de la cuarta planta. (...)) Ello sentado, la conclusión a que llegó el Tribunal de apelación sobre el deficiente funcionamiento de la organización hospitalaria de la recurrente en el momento en que necesitaba de ella el niño Héctor, deben ser mantenidas, dado que responden a una valoración correcta de los hechos probados, esto es, de no disponer el establecimiento de una unidad de cuidados intensivos operativa ni de instrumentos portátiles que hubieran permitido la respiración asistida (carencia ésta declarada probada en otra parte de la sentencia recurrida) y de haber surgido un obstáculo anormal (en el ascensor) y evidentemente dilatorio para el inmediato traslado del desfibrilador a la habitación que ocupaba el menor. También es correcta la afirmación de la aportación causal de tales deficiencias y el fallecimiento del enfermo. El que, según la regulación administrativa aplicable, la unidad de cuidados intensivos no fuera exigible en hospitales del tipo de San Rafael, como afirma la

recurrente, no elimina aquella relación causal, ya que no es lo mismo aparecer ante los potenciales usuarios como carente de ella, que figurar como dotado de la misma y e hecho no tenerla operativa. Lo propio cabe decir que la pediatra demandada no hubiera interesado la puesta en funcionamiento de la unidad para el tratamiento en ella del menor, ya que el tiempo que debería transcurrir entre la solicitud y el efectivo funcionamiento de aquella no permitiría considerar dicha opción como la óptima, una vez desencadenados los acontecimientos en la habilitación de la cuarta planta, y debió influir, en algún momento, en la decisión del pediatra”¹²⁹⁵. A lo que conviene añadir, que también consideró que la actuación de la pediatra fue negligente, al no trasladar al menor a otro centro “La impericia de la recurrente se afirma en la Sentencia de apelación por no haber tomado una decisión que le era exigible a la *lex artis*, en la situación antes descrita (comprobada extrema gravedad del niño por insuficiencia respiratoria). Es decir, no haber iniciado a tiempo los trámites para el ingreso del mismo en la unidad de cuidados intensivos del hospital, con respiración asistida, a lo que hay que añadir, ante las deficiencias de tal unidad (que no estaba en funcionamiento y se ponía en marcha previa petición del médico que la reclamara), y la urgencia del caso, su inmediato traslado a otro centro en el que pudiera recibir el tratamiento que su salud reclamaba. Con otras palabras, la recurrente no graduó la gravedad del caso y no le dio el tratamiento excepcional que reclamaba”¹²⁹⁶.

Si existe un protagonista indiscutible en este caso, es la noción de las deficiencias asistenciales, ya que ésta impregna toda la relación obligatoria.

4. En el segundo y penúltimo litigio, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2002¹²⁹⁷, D. Idelfonso, un menor de 8 años, fue diagnosticado de apendicitis al llegar a un centro sanitario aquejado de dolor abdominal. La intervención y el postoperatorio se desarrollaron con normalidad, pero 24 horas después de la cirugía comenzó a formársele un marca en el abdomen. Ésta era una quemadura provocada por el yodo utilizado durante la actividad quirúrgica. Dicha lesión cutánea tuvo que ser operada, obteniéndose un resultado satisfactorio¹²⁹⁸.

¹²⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2005 ... *op. cit.*

¹²⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2005 ... *op. cit.*

¹²⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2002, Sala Primera, recurso 3475/1996, ponente Auger Liñán.

¹²⁹⁸ Las quemaduras de yodo pueden darse, bien por una descuidada actuación por parte del personal del centro o por una concentración de yodo más elevada de lo habitual, que unido a la luz calorífica, hacen el yodo agresivo para la piel del paciente.

Los padres del menor consideraron que su hijo sufrió un padecimiento innecesario, todo ello fruto de una deficiencia asistencial, al no prestarse especial atención al efecto que el yodo podía provocar en la piel del menor. Su demanda fue parcialmente admitida en primera instancia y revocada en apelación, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un litigio en el que convergen las deficiencias asistenciales, desde el punto de vista del material sanitario y del personal. Tal es el caso, que se barajan dos posibles hipótesis para las lesiones sufridas por el menor, una incorrecta manipulación del yodo en primer lugar, o que éste se calentase indebidamente; bien por encontrarse en mal estado, bien por ser las luces del quirófano especialmente caloríficas.

Cualquiera de las dos opciones da lugar a responsabilidad, tal y como de las palabras del Tribunal Supremo parece desprenderse “A este respecto, las cuestiones litigiosas quedan referidas, por una parte, a la determinación de la causa o causas determinantes de la aparición de la quemadura en el abdomen y del hidrocele en el testículo derecho; y hay que concluir que el motivo fue debido a un contacto con el antiséptico que habitualmente se usa, tintura de yodo, lo que revela que en la asistencia dispensada al menor no fue completa la diligencia, siendo el conjunto de posibles deficiencias asistenciales el originador del daño, por lo que la sentencia de instancia, que en este aspecto acoge plenamente la sentencia impugnada en casación, imputa a la entidad demandada, como responsable directa del funcionamiento que se produjo, que puede considerarse anormal y reprochable, en cuanto que la tintura de yodo tenía una concentración más elevada de lo normal, unida al factor lumínico calorífico de la lámpara de quirófano (sic)”¹²⁹⁹.

5. En la tercera y última resolución de este subapartado de casos estimados, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2007¹³⁰⁰, D. Braulio, que padecía de encondromatosis múltiple, de la que ya había sido intervenido en cuatro ocasiones; al someterse a una prueba habitual, le fue detectado un esterocondroma de gran tamaño, que se encontraba situado en el poplíteo izquierdo y que afectaba al paquete vasculonervioso. A los efectos de mejorar su estado requería de una operación, que aunque se desarrolló correctamente, en el postoperatorio se evidenciaron parestias, edema y dolor en la extremidad sometida a cirugía. Todo ello abocó en una hemorragia

¹²⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2002 ... *op. cit.*

¹³⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2007, Sala Tercera, recurso 1298/2003, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente.

intensa que requería de su drenaje, pero que no pudo practicarse por una avería en el material sanitario en cuestión, siendo necesario retrasar dicha actuación hasta el día siguiente, extrayéndose un total de 680CC de líquido. Esta tardanza en las actuaciones provocó en el paciente un síndrome compartimental, que a pesar de los múltiples tratamientos recibidos (el paciente solicitó el alta voluntaria para ingresar en otra clínica), acabó en una amputación.

El actor consideró que fue víctima, tanto de una omisión de medios (por no haber sido trasladado a otro centro), como de un funcionamiento anormal o déficit asistencial, ya que el material sanitario que necesitaba no se encontraba disponible. Sus pretensiones indemnizatorias fueron parcialmente admitidas en instancias inferiores, pero recurrió en casación ante el Tribunal Supremo por cuestiones indemnizatorias.

Las deficiencias asistenciales de esta resolución son casi tan llamativas como las que se dieron en la sentencia de 29 de marzo de 2005 (desfibrilador). Un paciente sufre una hemorragia que requiere un drenaje urgente, ya que puede sufrir severas lesiones en el miembro intervenido, sobre todo por la alarmante cantidad de líquido que tenía en la pierna (680CC); no obstante, esta actuación no puede practicarse, no por la situación clínica del enfermo, sino porque el instrumental se encuentra averiado. Se trata de una deficiencia asistencial bastante evidente, que además se enlaza con el concepto de omisión de medios, al no tomarse la decisión de trasladar al paciente.

Aunque hubiese resultado de sumo interés conocer la opinión del Alto Tribunal al respecto, al ser el *quantum* indemnizatorio lo único dilucidado en casación, esto no será posible.

b) Supuestos en los que la figura no resulta reprochada.

6. La primera de las resoluciones desestimadas de este apartado es bastante representativa, y precisamente por ello la hemos situado en primer lugar, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2007¹³⁰¹. En este asunto D^a. Regina, que había sufrido veinte años atrás un cáncer de pecho, acudió a su médico de familia por presentar disfonía de varios días de evolución, por lo que éste le remitió de manera urgente al servicio de otorrinolaringólogo, donde se le diagnosticó de parálisis en las cuerdas vocales. Al no encontrarse ninguna explicación a lo que estaba sufriendo

¹³⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2007, Sala Tercera, recurso 2529/2003, ponente Herrero Pina.

la paciente, fue remitida a oncología, quedando ingresada en el hospital, para practicársele una batería de pruebas a efectos diagnósticos. Dos noches después del ingreso, la paciente sufrió severos mareos, vómitos y convulsiones, cuyo origen se desconoce; síntomas que además que no fueron tratados por las enfermeras, porque se había perdido el historial clínico de la enferma.

Al día siguiente de esta crisis, D^a. Regina sufrió una parada cardiorrespiratoria, de la que tras largas maniobras se consiguió recuperar, pero con un daño cerebral irreversible, quedando la paciente en estado vegetativo.

Los familiares de D^a. Regina consideraron que el extravío de algo tan vital en un paciente, como el historial clínico, provocó que ésta no pudiese ser correctamente atendida cuando se presentaron los primeros síntomas de la parada que iba a sufrir. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La pérdida del historial clínico de una paciente que se encuentra ingresada en un hospital para el diagnóstico de una enfermedad desconocida, es algo alarmante y un indicio de déficit asistencial. Sin embargo, el Tribunal Supremo adoptó una actitud desestimatoria para con este litigio, por lo que a fin de responder a la cuestión de qué pudo motivar dicho cambio de opinión, debemos formularnos la pregunta de si fue el extravío del historial clínico lo que provocó los daños sufridos por la enferma. En los casos anteriormente analizados se ha podido observar cómo la inexistencia de un material sanitario (el desfibrilador), su mal funcionamiento (el monitor) o su falta de mantenimiento (la bomba de extracción); provocaban daños severos en los pacientes, pero no ocurre lo mismo en este asunto. Aunque es cierto que un desliz con un historial clínico es un grave error, e incluso inexcusable, no puede equipararse a los supuestos anteriormente analizados. Distinto sería el caso en el que dicha pérdida motivase una doble medicación o incluso una sobredosis, hasta la posible utilización de un fármaco al que la paciente tenía alergia. En estos ejemplos hubiese sido precisamente este extravío el origen del daño. Pero el hecho de que las enfermeras se abstuviesen de medicar a la enferma, únicamente porque éstas no tenían el historial clínico, no pudo ser de ninguna manera el origen de la parada que sufrió D^a. Regina horas después.

La inexistencia de un nexo causal hace imposible cualquier reproche del litigio en base a la ausencia del historial clínico, por lo que el concepto de las deficiencias asistenciales no parece correcto como método de imputación. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando afirma “En este caso, descartada la falta de

motivación e incongruencia de la sentencia, las apreciaciones de la recurrente responden a una valoración que pretende sustituir la efectuada por la Sala de instancia, sin que se justifique la concurrencia de alguna de esas otras vías que según la jurisprudencia permiten revisar las apreciaciones de la instancia, que en otro caso deben prevalecer. En todo caso, las alegaciones de la parte no desvirtúan dicha valoración de la instancia, pues es claro que el extravío de la historia clínica no ha impedido tomar en consideración sus aspectos relevantes, que se han aportado al proceso reflejados en otros documentos pertenecientes a la misma, como el informe de alta o el informe de la UCI, constando la hipertensión que presentó la paciente en la noche del 28 al 29 de julio y la administración de Adalat, y en cuanto a la valoración de los informes médicos, aunque la parte pueda discrepar de la misma e incluso aprecie un error en la referencia del informe Don David sobre la actuación que entiende conforme a la *lex artis* (la llevada a cabo en la UCI), lo cierto es que aparece justificada y apoyada en los demás informes técnicos, de manera que no resulta arbitraria o carente de lógica, no pudiéndose sustituir por la valoración de la parte, pues, como señala la sentencia de 18 de abril de 2005, no basta con justificar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser, a juicio de la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable, o conduce a resultados inverosímiles (Ss. 1-3-05, 15-3 05)”¹³⁰².

Los razonamientos derivados de esta relación fáctica evidencian, que si bien la pérdida de una historia médica es un error grave y que además, podría ser objeto de reproche en algunos casos, al no ser el elemento principal que provocó el padecimiento de D^a. Regina, el daño no puede ser indemnizado. La parada cardíaca que sufrió la paciente no vino motivada por la falta de actuaciones a consecuencia de la pérdida del historial, sino por el estado en el que se encontraba

7. La última resolución que analizaremos, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2001¹³⁰³, no es tan representativa como la anterior. D^a. Araceli, una mujer con severas limitaciones de visión, se sometió a una intervención ocular a los efectos de mejorar su agudeza visual. No obstante, la cirugía no consiguió los resultados pretendidos porque el catéter que se estaba utilizando en la misma se desvió de su

¹³⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2007 ... *op. cit.*

¹³⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2001, Sala Tercera, recurso 8406/1997, ponente Peces Morate.

posición inicial, restándole tras la operación una pérdida mayor de agudeza visual (en torno al 0,5% en ambos ojos) y estrabismo.

D^a. Araceli considera que la desviación del catéter vino provocada por su estado defectuoso y que de dicho error derivaron las severas consecuencias que padece, prácticamente una ceguera. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

De la lectura de los hechos se desprende que el catéter que se estaba utilizando durante la actividad quirúrgica, por razones que no llegan a conocerse, se desvió del lugar correcto, y asegura la paciente, que fue precisamente eso lo que causó los daños que padece. A lo que añade, que el movimiento incorrecto vino provocado por el mal estado del material sanitario, por lo que considera que fue víctima de una deficiencia asistencial. Este hecho efectivamente se dio y además no ha sido justificado, algo que genera una confusión, dada la dirección de las argumentaciones del Tribunal Supremo. Sin embargo, éstas vienen razonadas por la inexistencia de una relación causal entre la desviación del catéter y la ceguera de la paciente.

El catéter se movió durante la operación y aunque se desconoce qué pudo motivar dicho desplazamiento, ello no es susceptible de generar responsabilidad alguna, ya que la repercusión de esta eventualidad es muy limitada en relación a la lesión sufrida por el enferma, tal y como lo apunta el Tribunal Supremo “Pues bien, en este caso, de la prueba pericial, a la que la Sala sentenciadora confiere una mayor fuerza de convicción, a pesar de las dudas que refleja a la vista de los demás informes médicos, no se deduce que las secuelas e incapacidad que sufre la recurrente hayan sido producidas por la intervención quirúrgica que se le practicó, pero es más, aun aceptando su tesis de que la causa de sus actuales limitaciones está en dicha intervención quirúrgica, lo que no se puede negar es que ésta, según el aludido informe del especialista en neurocirugía, fue realizada correctamente de acuerdo con el estado del saber en la actualidad y que la incidencia postoperatoria fue resuelta correctamente, de modo que estaríamos ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, recogida en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no ha venido sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto, según el cual «no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el

momento de producción de aquéllos». Aun aceptando, pues, que algunas de las secuelas que sufre la recurrente tuvieran su causa en la intervención quirúrgica a la que fue sometida y no en su previo padecimiento, lo cierto es que la técnica quirúrgica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, de manera que sus resultados no habrían podido evitarse según el estado de los conocimientos de dicha técnica quirúrgica, y, en consecuencia, el daño producido, de acuerdo con el citado artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común, no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que la paciente tiene el deber de soportar. En definitiva, aunque concurriese el requisito del nexo causal, que la Sala de instancia pone en duda, nos encontramos ante la inexistencia de lesión o daño antijurídico, que es otro de los requisitos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, razón por la que el motivo de casación invocado no puede prosperar»¹³⁰⁴.

A pesar de que podría tratarse de un caso claro en el que las deficiencias asistenciales provocaron un daño a un paciente, la desviación del catéter (tal y como ocurrió en la sentencia de 23 de octubre de 2007) no tiene una relación directa con el daño, por lo que no procede reproche legal alguno.

3. El funcionamiento normal / anormal y el personal sanitario.

En este último apartado se abarcará una perspectiva casuística distinta, ya que los hechos girarán en torno a los trabajadores de los hospitales. Ahora bien, no se analizarán eventualidades relacionadas con actuaciones negligentes desarrolladas por los profesionales sanitarios de un centro, sino la responsabilidad de éste con motivo de la ausencia de personal o la falta de organización del mismo.

1. Las deficiencias de personal sanitario y los enfermos mentales.

a) Supuestos en los que la figura resulta reprochada.

1. El primero de los litigios de este apartado en el que la deficiencia asistencial viene motivada por el personal de un sanatorio, es la sentencia del Tribunal Supremo de

¹³⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2001 ... *op. cit.*

22 de mayo de 2007¹³⁰⁵, en la que D^a. Elena se encontraba ingresada en un centro de rehabilitación mental, dado que era incapaz y deficiente psíquica. Una noche la paciente se mostró especialmente agitada, por lo que las enfermeras barajaron la opción de inmovilizarla, aunque el médico consideró suficiente sedarla. A pesar de ello, D^a. Elena no dejó de mostrarse alterada, por lo que las enfermeras optaron por inmovilizarla, y precisamente cuando fueron a notificar este cambio al médico responsable, surgió una urgencia que tuvieron que atender y no pudieron llegar a comunicarlo. La paciente se quedó sola, en compañía de otras enfermas, y en un intento desesperado de soltarse de sus ataduras (vendas), le pidió a una compañera un mechero. Ésta logró su objetivo, pero también se provocó severas lesiones.

Conviene destacar que no había nadie vigilando a los enfermos, ya que el hospital únicamente contaba con una enfermera por cada cincuenta pacientes.

Los padres de D^a. Elena consideraron que su hija fue víctima de una deficiencia asistencial motivada por el escaso personal del centro. Sus pretensiones indemnizatorias fueron parcialmente admitidas en primera instancia y confirmadas en apelación, por lo que la parte demandada decidió recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Probablemente este asunto sea uno de los más paradigmáticos de esta noción. Se trata de un sanatorio mental que contaba únicamente con una enfermera para cada 50 pacientes, una cifra muy llamativa, que puede ser desconcertante en el escenario de un hospital al uso, pero que desde luego es cuanto menos chocante en un centro de estas características. El cuidado especial que requerían este tipo de pacientes no podía ser dispensado por razones evidentes, no había personal suficiente. Prueba inequívoca de ello es que uno de los internos tenía un mechero en su poder, esto es, un artillugio especialmente peligroso para una persona de salud mental débil. Este hecho es una evidencia de la ausencia de medios de control, como por ejemplo, registros diarios en busca de objetos riesgosos para los pacientes.

Por otro lado, también puede observarse un deficiencia asistencial en el simple hecho de que en cada habitación había un número importante de enfermos, y que nadie los vigilaba, es decir, quedaban sin compañía.

¹³⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2007, Sala Primera, recurso 2306/2000, ponente Montes Penadés. Resolución también estudiada desde la perspectiva de la omisión de medios y las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en los capítulos correspondientes.

Finalmente, la penuria de medios de este caso destaca más aún, cuando se repara en que para inmovilizar a la paciente únicamente se utilizaron vendas, no medios de contención homologados.

Todo este cúmulo de circunstancias no son sino la suma que da lugar a la construcción doctrinal que conocemos con el nombre de conjunto de deficiencias asistenciales, que aquí encuentra su razón de ser en las limitaciones de personal del centro mental. El Tribunal Supremo parece decantarse por esta misma idea cuando asevera "... la actora ejerce una acción de reparación de daños que fundamenta en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, y se dirige contra los profesionales sanitarios que intervinieron o participaron en el hecho dañoso y también contra el centro sanitario... cuya gestión y organización, corresponde a la entidad demandada "Servicio Andaluz de Salud". La actora alude al incumplimiento de los deberes de atención por parte del persona, pero también a la existencia de un "vacío temporal en la vigilancia y custodia del enfermo", que sugiere un incumplimiento por parte del Centro Hospitalario." (...) "Las sentencias de instancia han justificado la conducta llevada a efecto por los profesionales demandados, en base a que no les era exigible mayor diligencia, dados los medios con que contaban y la organización establecida." (...) "La prestación de atenciones sanitarias no puede eximirse desde la perspectiva de un mero contacto social cuando, como ocurre en el caso que nos ocupa, se realiza en el marco de un servicio público lo que, dejando ahora de lado si en consecuencia de lo indicado ha de tratarse como un supuesto de prestación obligatoria de un servicio que no puede ser valorada de modo distinto en los supuestos de haberse establecido la relación por vía de contrato o por vía de cobertura del servicio, ha de llevar a la consideración de que la prestación del servicio implica a los profesionales que es presupuesto necesario de la responsabilidad del establecimiento como "responsabilidad por hecho ajeno" y se subsume en el artículo 1903.IV CC... sino también como una responsabilidad que cabe reclamar directamente del establecimiento o centro hospitalario cuando la prestación del servicio es irregular o defectuosa por omisión o por incumplimiento de los deberes de organización, de vigilancia o de control que le son directamente imputables. Toda vez que se trata, más que de una responsabilidad por hecho ajeno en sentido propio, de una responsabilidad por la prestación de un servicio al que está obligada la entidad y que se

desarrolla a través de profesionales idóneos, cuya organización, dotación y coordinación le corresponde”¹³⁰⁶.

Tal y como se apuntaba al comienzo del examen del litigio, se trata de un asunto llamativo, al encadenarse un deficiencia asistencial tras otra.

b) Litigios en los que la figura no resulta reprochada.

2. El segundo de los litigios, y el primero de los no reprochados, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007¹³⁰⁷, es un caso similar al anterior, en el que D. Camilo, un paciente de un centro de salud mental que se encontraba ingresado en el mismo desde hacía más de 20 años, fue atacado por otro interno, que utilizó un cinturón para causarle la muerte por asfixia. El atacante, aunque era agresivo para sí mismo, jamás lo había sido para los demás, por lo que no requería de aislamiento, ni de vigilancia especial.

La familia del fenecido consideró que D. Camilo murió a consecuencia de la escasa vigilancia del centro (deficiencias asistenciales en materia de personal). Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La relación de hechos de esta controversia es muy similar a la del litigio anterior, en el que las limitaciones del centro y del personal a la hora de revisar los utensilios de los internos, eran la base de la problemática; algo que también ocurría en la sentencia de 23 de febrero de 2006 (paciente afectado de Alzheimer que se suicida).

No existen grandes diferencias entre los ejemplos citados y el caso que nos ocupa, pero las que hay son muy significativas. En primer lugar, en la sentencia anterior, el hecho de que un enfermo mental tenga en su poder un objeto tan peligroso como un mechero, es prueba inequívoca de un deficiente control de los pacientes. En el asunto que nos ocupa el arma era un cinturón, algo escasamente riesgoso, pudiendo incluso calificarse como un utensilio habitual.

En segundo lugar, mientras que en el caso del paciente con Alzheimer el enfermo tenía que estar sometido a una férrea vigilancia, y precisamente la ausencia de la misma fue lo que permitió que éste atentase contra su vida; ocurre todo lo contrario

¹³⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2007 ... *op. cit.*

¹³⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007, Sala Tercera, recurso 332/2006, ponente Robles Fernández.

en el asunto que ahora nos ocupa. En este supuesto se trataba de un interno más, que hasta el momento no había tenido ningún antecedente agresivo y precisamente por ello no requería ni reclusión, ni vigilancia especial. Se trataría de una reacción no predecible (algo también propio de enfermos mentales), pero que no encajaba en el perfil del paciente. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando afirma, respondiendo a la comparativa sentada por los familiares del finado entre un sanatorio mental y un centro penitenciario “En las sentencias de contraste se hace referencia a hechos ocurridos en Centros penitenciarios en los que la Ley General Penitenciaria y su Reglamento imponen a las autoridades penitenciarias un deber de vigilancia y cuidado sobre los internos ingresados en aquellos, realizando las sentencias de contraste un examen sobre las obligaciones impuestas por esa normativa a las autoridades penitenciarias en relación a las medidas de vigilancia y seguridad a adoptar respecto a los internos privados de libertad. En el caso ahora objeto de enjuiciamiento los hechos ocurren en una Unidad Rehabilitadora del Servicio de Salud Mental dependiente de la Unidad Provincial de Toledo, en que tanto agredido como agresor estaban ingresados voluntariamente, por lo que es obvio que no concurre el presupuesto necesario de la sustancial identidad para la viabilidad del recurso de casación para unificación de doctrina, pues los centros penitenciarios están sujetos a una normativa propia en la que se imponen unas obligaciones a las autoridades penitenciarias, que en modo alguno pueden resultar de aplicación a un Centro hospitalario como aquel donde ocurrieron los hechos, al que no son exigibles aquellas medidas de vigilancia que sí lo son en el ámbito penitenciario. Por consiguiente aun cuando hipotéticamente pudiera considerarse que hubiera sido conveniente un mayor control sobre Don. Darío , en el estrecho marco del recurso de casación para unificación de doctrina, es imprescindible analizar, si en los términos referidos, existe sustancial identidad entre la cuestión examinada en las sentencias impugnada y las contempladas en la sentencia de contraste y faltando la misma, por las razones expuestas únicamente puede concluirse con la desestimación del recurso interpuesto”¹³⁰⁸.

¹³⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007 ... *op. cit.*

2. Las deficiencias de personal sanitario en general.

a) Asuntos en los que la figura resulta reprochada.

3. El primero de los casos de este bloque, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002¹³⁰⁹, aunque no es tan llamativa como las anteriores, también es un buen ejemplo de las deficiencias asistenciales en materia de personal. En este litigio D^a. Eva acudió al servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia con evidentes síntomas de parto, habiéndose pasado 10 días de la fecha estimativa de nacimiento, siendo primípara y teniendo el útero estrecho. Al llegar le fue colocado el monitor (poco antes de las diez de la mañana) y no se interrumpió el control hasta las ocho de la noche. A la mañana siguiente, sobre las 10, le fue puesto de nuevo, advirtiéndole la matrona que era probable que el parto se diese en menos de una hora. No obstante, éste no se producía, por lo que le fue retirado el monitor hasta las cuatro de la tarde. Sobre las seis de la tarde le fue practicada una nueva monitorización, en la que se observó que el feto se encontraba sufriendo una severa braquicardia, por lo que el alumbramiento debía darse con rapidez. La matrona dio aviso urgente al ginecólogo de guardia, que no tenía contratadas guardias presenciales, aunque llegó en un corto espacio de tiempo. A pesar de ello, el parto se encontraba muy evolucionado y ya no podía acudir a la cesárea. Finalmente, nació un niño en estado de parada cardiorrespiratoria, que tras las pertinentes maniobras de recuperación consiguió superarla, a pesar de lo cual falleció escasas horas después de nacer, por las severas lesiones cerebrales que padecía.

Los padres del menor fenecido consideraron que la atención recibida no fue correcta, dado que el hospital no contaba con un ginecólogo de guardia, algo que era un déficit asistencial. Sus pretensiones indemnizatorias no fueron admitidas hasta llegar al grado de apelación, donde fueron parcialmente estimadas, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un asunto muy similar a otro analizado con anterioridad, en el que sin embargo, el déficit asistencial se encontraba en otros aspectos de la relación de hechos, hablamos de la sentencia de 31 de julio de 2002 (desfibrilador). En este litigio la

¹³⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002, Sala Primera, recurso 281/1997, ponente Martínez – Pereda Rodríguez. Resolución también analizada desde la perspectiva de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, la omisión de medios y la pérdida de oportunidad, en los capítulos correspondientes.

actuación del reanimador no fue objeto de reproche, al no ser el menor su paciente, dado que no tenía la obligación de conocer de la existencia y estado de todos los pacientes que podían necesitar de sus servicios, por lo que al abandonar el hospital no cometió ningún tipo de imprudencia. La cuestión es distinta en el caso que ahora nos ocupa, en el que fue el ginecólogo responsable de esta paciente el que abandonó el sanatorio porque no tenía contratadas guardias presenciales, a pesar de que conocía de D^a. Eva, primípara y con el cuello de útero estrecho, así como del carácter limitado de las mediciones con monitor. Es precisamente en este punto en el que se encuentra una evidente deficiencia asistencial, primero porque el centro no contaba con un ginecólogo de guardia presencial y segundo porque el propio médico no se quedó, aun a sabiendas de que la situación podía complicarse.

Huelga señalar que el hecho de que los controles con el monitor fetal fuesen tan laxos, por sólo existir uno, es también prueba inequívoca de una deficiencia en materia instrumental.

La ausencia de personal cualificado al inicio del parto (a fin de practicar una cesárea), obligó a que tuviese que acudirse necesariamente al parto natural, con lo que ello supuso para el feto. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando afirma a este respecto “Y es dos horas más tarde cuando la Comadrona comprueba alarmada y, por primera vez, bradicardia (sic) y desaceleraciones y sufrimiento fetal y aunque ordena avisar urgentemente al demandado que se presentó rápidamente, se encontró con una situación ya irreversible, en el último periodo expulsivo de la parturienta, coronando ya, porque cuando llegó la cabeza fetal estaba apoyada en el perineo, en período expulsivo avanzado y solo precisaba de una Episiotomía y una Kristeller para la expulsión total de la criatura que presentaba circular de cordón y procidencia de mano, padeciendo el niño una brodicardia severa que, previa reanimación por Anestesista y Pediatra, fue enviado al Hospital Materno-Infantil de Málaga, pero que pese a los cuidados allí prestados falleció el 13 de mayo de 1989. Evidentemente, desde que se detecta el agudo sufrimiento, precisa que la salida del feto sea inmediata, pero hasta el parto pasan dos horas y cuarto. Cuando el Tocólogo llega ya no es posible la cesárea y, pese a que conoce que hay pluralidad de riesgos, cuya única defensa es la actuación inmediata y, pese a existir en el Centro dos mujeres de parto, se marcha a su domicilio. Ello proclama que no ha prestado a su paciente los cuidados precisos y en su justo momento. Si hubiera estado allí podría haberse evitado el fatal desenlace. Por ello no puede aceptarse, como pretende el motivo, que se haya

vulnerado el art. 1902 del Código Civil, cuando se ha demostrado su correcta aplicación. El motivo silencia datos fácticos y por ello parece inexcusablemente. Vuelve el recurrente a reiterar producida por la sentencia a quo la vulneración del art. 1902 del Código Civil, negando ahora la relación de causalidad entre la conducta del Tocólogo y el resultado producido. Pero no es el único reproche, que se le hace, su ausencia de la Clínica, sino su salida a la vista de los datos señalados en el anterior fundamento jurídico. La Matrona o comadrona está destinada dentro del Sistema Sanitario para actuar en partos normales y sin graves complicaciones y aquí son de destacar como advertencia a la conducta del agente, de ser la mujer primípara y, sobre todo su estrechez de cuello uterino y marcharse el médico, sin que en la fecha se hubiera monitorizado a la parturienta. Por ello, colaboró y cooperó activamente en el resultado dañoso que su presencia hubiera evitado o minorado sensiblemente con otras técnicas obstétricas. Si el ginecólogo monitoriza a la gestante y detecta el sufrimiento llama al anestesista y realiza una cesárea, que no puede realizar la Matrona. Pero, no sólo debe pensarse en la alternativa de cesárea, sino otras técnicas que su título exige conocer y aplicar, en su caso”¹³¹⁰.

Esta resolución es especialmente valiosa, porque permite efectuar una comparativa y observar en qué supuestos la no permanencia de un trabajador en el centro puede ser objeto de responsabilidad.

4. La siguiente controversia sigue una línea muy similar a la anteriormente analizada, al centrarse de nuevo en la falta de permanencia de un profesional en su lugar de trabajo. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007¹³¹¹, en la que D^a. Elena, que padecía de un quiste ovárico, se sometió a una intervención a los efectos de que le fuese extirpado, aun no siendo éste maligno. A pesar de que la cirugía se desarrolló con plena normalidad, la labor anestésica fue complicada porque la paciente no pudo ser intubada, teniendo que ser ventilada manualmente. Esto le provocó un broncoespasmo, por lo que se dio aviso al anestesista, que estaba en otro quirófano, para que practicase una traqueotomía, mientras se le medicaba para conseguir ventilación. Esta actuación debería practicarse en un plazo máximo de 1 a 2 minutos, pero que al no estar el anestesista en su puesto de trabajo se retrasó en torno a

¹³¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002 ... *op. cit.*

¹³¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007, Sala Primera, recurso 4595/2000, ponente Seijas Quintana.

15 – 20 minutos. Si bien no le restaron lesiones neuronales a la paciente, sí que sufrió una parálisis en la cuerda vocal derecha.

D^a. Elena consideró que fue víctima de un concepto que nos acerca esta resolución “coordinación asistencial deficiente” (idéntico al que nos encontramos estudiando), y que de haber estado el personal necesario en el quirófano, la traqueotomía se habría podido efectuar con mayor celeridad. Sus pretensiones indemnizatorias fueron admitidas en primera instancia, pero revocadas en apelación, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Como señalábamos al comienzo del litigio, las semejanzas entre los dos casos son patentes. La actividad quirúrgica a la que se tenía que someter D^a. Elena no era de extrema gravedad, por lo que la presencia del anestesista, una vez desarrolladas sus funciones, no era necesaria. No obstante, las circunstancias de la cirugía se vieron modificadas por el hecho de que el proceso anestésico fue complicado, hasta el punto de no poder practicarse una intubación, de lo que derivó que la ventilación tuviese que ser manual; algo que complicó la situación de la paciente y también de la operación. La opción correcta, dado que podían surgir complicaciones añadidas, hubiese sido permanecer en ese quirófano. Sin embargo, el anestesista tuvo que ausentarse por ser requerido en otro, algo que complicó el cuadro de la enferma cuando sufrió un broncoespasmo.

El retraso en la actuación no fue leve, ya que teniendo en cuenta que el tiempo máximo de seguridad son 2 minutos, el anestesista casi tardó 20, de lo que se desprende que no se respetaron las medidas mínimas de cercanía.

Los párrafos precedentes no deben llevarnos a la errónea idea de que la actuación imprudente del asunto fue la del médico, tal y como ocurrió en el litigio anterior, sino que ésta tuvo como principal protagonista al centro. Aunque el anestesista abandonó una cirugía potencialmente peligrosa, lo hizo porque fue requerido en otro quirófano por una urgencia, porque era el único anestesista disponible. Que un hospital en el que se simultanean cirugías sólo cuente con un anestesista, da lugar a la idea de falta de “coordinación asistencial”. Así lo afirma el juzgador “En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 1903 del CC para responsabilizar al centro médico de la consecuencias lesivas sufridas por la demandante. El motivo se estima. El defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios es susceptible de determinar la existencia de responsabilidad por hecho de otro con arreglo al artículo 1903 CC, salvo que no haya dependencia funcional con el cirujano a quien se imputa la causación del daño (por

todas Sts de 5-1-2007), y es evidente que los hechos probados de la sentencia son suficientes para entender que hubo falta de negligencia en el funcionamiento del Centro en el que se atendió a Doña Estela, y, a su vez, ausencia de agotamiento de medios que debieron ponerse a su disposición para evitar el daño. A la evidente falta de coordinación asistencial, que impidió ofrecer una respuesta sanitaria correcta en el momento en que era necesaria, se debe añadir la serie de circunstancias que rodearon la intervención y que son en mismas relevantes para poner de manifiesto la ausencia de medios o de capacidad de quienes, ante la posibilidad de que pudiera producirse un incidente anestésico en el curso de la extracción de un quiste ovárico, no habían previsto una solución alternativa, rápida y eficaz para solucionarlo, más allá que la que finalmente tomaron de sacar a un especialista del quirófano próximo, en el que se encontraba operando, para trasladarlo al suyo con escaso espacio de tiempo para practicar una traqueotomía de urgencia. Esta actuación negligente tuvo lugar en el círculo de actividad del centro demandado y frustró sin duda las legítimas expectativas de seguridad de quien espera una respuesta distinta, como responsable global del enfermo, tanto de su curación, como de la prevención y promoción de la salud a partir de la adopción de las medidas y medios necesarios para evitar objetivamente el daño, con independencia de que no hubieran podido identificarse de los concretos sujetos responsables”¹³¹².

Las palabras del Alto Tribunal son lapidarias: el centro sanitario no contaba, bien con el personal suficiente, bien con la organización necesaria, provocando ello que la paciente fuese víctima de una falta de coordinación asistencial¹³¹³.

5. La antepenúltima controversia de este apartado también es una muestra inequívoca de lo que lo que sería un déficit asistencial, y no tanto una descoordinación. En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001¹³¹⁴, D. Felipe, carnicero de profesión, acudió a una clínica concertada con la mutua que tenía contratada, por haber sufrido una herida incisa en el dorso del dedo pulgar de la mano derecha mientras trabajaba. Dada la urgencia relativa, al paciente se le pudo hacer un amplio reconocimiento, dejando éste constancia de que no tenía ninguna alergia conocida a

¹³¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007...*op. cit.*

¹³¹³ De esta misma opinión se muestra SEIJAS QUINTANA, al considerar que no se cumplieron las medidas de seguridad básicas para cualquier cirugía, como lo es la presencia en el quirófano de especialistas preparados a fin de lidiar con crisis como la acontecida. SEIJAS QUINTANA, José Antonio, “Responsabilidad civil médico sanitaria”, en O’ CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (Coordinador), *Supuestos de responsabilidad civil... op. cit.*, página 273.

¹³¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001, Sala Primera, recurso 1185/1996, ponente García Varela.

medicamentos, incluso cuando se le preguntó por uno concreto (que probablemente tuviese que suministrársele). Éste comentó que ya había tenido que tomar con anterioridad el fármaco en cuestión, y que no había mostrado ningún efecto adverso. Al día siguiente del ingreso, y tras las pruebas pertinentes, D. Felipe fue intervenido para tratar el corte sufrido, desarrollándose la cirugía con normalidad. En el postoperatorio le fue administrado Britapen por una ATS por vía intravenosa (compuesto sobre el que se le había preguntado expresamente). Ésta no se encontraba capacitada para este tipo de actividad y como consecuencia de ello suministró la medicación por vía parenteral de manera incorrecta, provocándole al paciente una parada cardiorrespiratoria, de la que falleció en el acto.

La mujer de D. Felipe consideró que su marido fue víctima de un déficit asistencial, al ser atendido por personal no apto. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Un paciente sufre un corte en una mano, para cuya sanación requiere de una actividad quirúrgica menor. Dada la falta de urgencia, el paciente es sometido a un riguroso cuestionario sobre posibles alergias medicamentosas, en el que además se contempla la probable necesidad de suministrársele un fármaco concreto, que de acuerdo con lo señalado por el enfermo, éste no le había causado daños con anterioridad. Podría tratarse de la materialización misma del caso fortuito, y sin embargo el Tribunal Supremo ha considerado que el daño es indemnizable.

A fin de comprender esta decisión es necesario tener en cuenta la forma de suministrar el preparado. El médico que intervino a D. Felipe ordenó que éste fuese medicado con Britapen, no obstante, o bien no señaló el modo, o bien éste se pasó por alto. Esta actuación fue acometida por una ATS, un personal sanitario entre cuyas funciones no se encuentra la de suministrar fármacos por vía parenteral. Se colige que la trabajadora había excedido de su campo de trabajo, pero no por ello optó por la forma incorrecta. Lo que resultó errado fue que el Britapen, dada su naturaleza, preferiblemente debe administrarse por otras vías, dado que la intravenosa incrementa las posibilidades de un shock anafiláctico.

Podríamos sentar la hipótesis de que el daño sufrido por el paciente fue consecuencia de una imprudencia profesional del personal sanitario, pero la responsabilidad del fallecimiento de D. Felipe recae sobre el centro y no sobre la trabajadora. Ello encuentra su justificación en la deficiente organización del mismo, dado que no contaba con enfermeras suficientes, por lo que era habitual que muchas de

las funciones de éstas fuesen suplidas por profesionales no competentes para ello, como las ATS. El Tribunal Supremo parece optar por esta misma hipótesis cuando asevera "Distinta es la situación de doña Ana, auxiliar de clínica, ya que, por una parte, aplicó "BRITAPÉN" al paciente por vía intravenosa, cuando no eran esas las instrucciones impartidas por el doctor don Juan Manuel, y por otra, no estaba habilitada legalmente para administrar medicamentos por vía parenteral según el artículo 6 del Decreto sobre competencia profesional de 17 de noviembre de 1960 y el artículo 75.9 del Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario y Auxiliar de Clínica, aprobado por Orden de 26 de abril de 1973, cuya conducta incide en la responsabilidad determinada en el artículo 1902 del Código Civil, ya que ha habido por su parte una acción sanitaria negligente, un perjuicio gravísimo y una relación causal entre ambos acontecimientos. La Sala de instancia expone que, por los informes médicos de autos, no se deduce que el fallecimiento ocurriera por exceso de dosis o por administración del medicamento en vía inadecuada, ya que los mismos ponen de manifiesto la existencia de múltiples casos de muerte por inyección intramuscular, aun antes de retirar la aguja, y describen supuestos en que el óbito se ha producido por ingestión de comprimidos, cuya absorción es bastante mas lenta; sin embargo, esta posición de la sentencia recurrida constituye un juicio de valor y no un hecho probado, y se rebate aquí por la existencia de múltiples supuestos en la practica sanitaria, donde precisamente la reacción fatal se ubica primero en la utilización de la forma intravenosa, de muy difícil recuperación en general, y, en grado descendente, en la de los medios intramuscular y oral, donde, tras una atención inmediata, cabe muchas veces la reparación de los efectos nocivos que, en determinados casos, pueden inferirse del tratamiento con antibióticos. Por razones de solidaridad con la "CLÍNICA SAN PEDRO" -la cual no ha sido demandada, pero presenta evidente desorganización en su funcionamiento, como la anomalía que proviene de la actuación en este caso de doña Ana , quién, en el cuadro de sus actividades laborales, desarrolló sin cortapisa alguna una tarea sanitaria, para la que no estaba legalmente capacitada, por encargo de una auxiliar de enfermería-, la responsabilidad se extiende a la "MUTUA PATRONAL DE ACCIDENTES DE TRABAJO LA PREVISIÓN", toda vez que aquel establecimiento estaba concertado con esta entidad. Por último, en atención a las circunstancias concurrentes y, especialmente, al ponderar la edad de la víctima (36

años) y la situación familiar tras su fallecimiento, esta Sala considera adecuada la indemnización reclamada en la demanda”¹³¹⁵.

6. La penúltima resolución de este apartado es prácticamente idéntica a la anterior, en la medida en que toda la responsabilidad sanitaria vuelve a girar en torno a una auxiliar que ejerce funciones que no le son propias. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2002¹³¹⁶, en la que D. Luis, afectado de úlcera gástrica, es sometido a una intervención conocida como “anillo de sello”, a los efectos de practicársele una gastrectomía subtotal ampliada a ambos epiplones con linfaadenectomía de curvatura menor hasta hiato y con gastroenteroanastomosis antecólica mecánica. La cirugía se desarrolló con plena normalidad, así como el postoperatorio, pero en el *iter* del mismo al paciente le fueron suministradas dos dosis de Mitomicina C, un fármaco que se encuentra dentro del campo de la quimioterapia, por lo que debía ser inyectado en vena, previa disolución en suero salino, durante un periodo de unas tres horas, más o menos. De la administración de dicho fármaco se encargó una ATS, que tras varios intentos para hacer la maniobra de la canalización correctamente, comenzó a inyectar la Mitomicina, dejando a D. Luis sólo. Dada la naturaleza del tratamiento, la punción debe ser muy exacta, ya que cualquier extravasación es sumamente peligrosa, razón por la cual además el paciente debe encontrarse en compañía de personal sanitario durante todo el tratamiento. No obstante, la ATS abandonó la habitación del mismo, hasta que fue avisada por D. Luis de que sufría dolores y picores (síntomas propios de la extravasación), para lo cual la trabajadora, tras suspender el tratamiento, le prescribió una pomada; sin dar aviso al médico de D. Luis.

El paciente fue dado de alta días después, aunque seguía con molestia en la zona lesionada, hasta el punto de comenzar a sufrir una necrosis que requirió de dos operaciones, a los efectos de mejorar la situación en la quedaron tanto la piel como los tendones.

D. Luis considera que de haber sido tratado por una persona capacitada y haber estado bajo los controles debidos, la extravasación o bien no se habría producido, o se habría evitado a tiempo. Su demanda fue desestimada en primera instancia, pero el

¹³¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001 ... *op. cit.*

¹³¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2002, Sala Primera, recurso 109/1997, ponente Sierra Gil de la Cuesta. Resolución también mencionada en el capítulo conceptual.

recurso de apelación fue estimado ante la Audiencia Provincial competente, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un caso muy similar al anterior, en el que nuevamente una ATS aborda funciones de personal sanitario de mayor cualificación (enfermeras), con fatales consecuencias para el paciente. Aunque en este asunto la vía de administración fue correcta, la trabajadora tuvo severas dificultades para practicar la punción, algo que debería haberle puesto sobre aviso de requerir la ayuda de una enfermera, o por lo menos de incrementar el grado de vigilancia sobre el paciente. Sin embargo, no se adoptó ninguna de estas dos cautelas. Ello no era posible por las limitaciones de personal del centro, razón por la cual una ATS estaba obligada a ejercer funciones que no le eran propias, y también es lo que justifica por qué el paciente se quedó sólo: la auxiliar tenía que atender a otros enfermos, ya que no había trabajadores suficientes en el hospital.

Parece conveniente apuntar, que es cuanto menos llamativo, que para suministrar una sustancia tan peligrosa, como lo es la de un fármaco del grupo de la quimioterapia, no se utilizase personal con mayor cualificación, que pudiese advertir una extravasación con más celeridad y no se limitara a tratarlo con una pomada. De una opinión similar se muestra el Tribunal Supremo “Desde luego y como principio esencial en el momento de la subsunción jurídica de dichos hechos con la relación fáctica antedicha, hay que proclamar que la recurrente tenía que saber necesariamente que la quimioterapia que estaba siendo aplicada al paciente de extravasarse -como así ocurrió- podía producir graves lesiones, a pesar de lo cual no tuvo la precaución necesaria de controlar de forma, ni siquiera semi-permanente tal operación, es más, cuando fue avisada de los síntomas de la extravasación, no interrumpió la transfusión, ni siquiera comunicó a los doctores la emergencia, por lo que no pudo dicho paciente ser atendido de inmediato. Todo lo cual sin necesidad de apelar a la tesis emanada de los principios generales aplicables a la determinación de la responsabilidad médica por actuación negligente, es preciso proclamar la existencia de dicha negligencia, que esta fuera de toda "lex artis", y que supone una culpa incontestable que ha quedado plenamente constatada, y que ha provocado directamente unas graves lesiones.” (...) “Efectivamente, también es conocida la doctrina jurisprudencial reiterada en numerosas sentencias que determina que cuando la demanda por negligencia sanitaria se dirige contra una entidad especializada, se establece una responsabilidad prácticamente objetiva, siempre que quede acreditada la culpa de algún profesional sanitario

dependiente de la misma; lo que desemboca en la tesis de "conjunto de posibles deficiencias asistenciales" o de "defectuoso funcionamiento", por todo lo cual se debe declarar la responsabilidad del centro sanitario -en este caso el Insalud- y que supone una perfecta aplicación del artículo 1903 del Código Civil, cuando establece la responsabilidad civil del empresario (S.S. de 7 de abril de 1.997, 22 de mayo de 1.998 y 9 de junio de 1.998, entre otras)”¹³¹⁷.

De nuevo nos encontramos ante un litigio que da forma al concepto de déficit asistencial, dada la escasez de personal del centro, que no sólo provoca desatención, sino que obliga a que trabajadores no cualificados ejerzan funciones para las que carecen de competencia.

7. El último de los casos de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2000¹³¹⁸, no conforma una controversia de responsabilidad sanitaria propiamente dicha, pero dado lo llamativo del déficit asistencial, hemos optado por proceder a su examen. En este caso D. Antonio llegó a un hospital, siendo remitido desde otro, con una grave hemorragia digestiva provocada por una cirrosis hepática, ingresando en el segundo sanatorio en estado de coma y falleciendo al día siguiente. El cadáver pasó a la sala mortuoria, donde fue olvidado durante ocho días, hasta que un miembro del personal de limpieza se percató de que el cuerpo llevaba mucho tiempo allí y el centro sanitario llamó a la policía para localizar a la familia del finado. Cuando éstos recogieron el cadáver, el hospital les obligó a indemnizar los gastos de embalsamamiento que había tenido el cuerpo.

Los familiares del fallecido consideraron que el olvido del cadáver les provocó un daño moral irreparable, así como la obligación de abonar una cuantía dineraria por el hecho de que nadie se percatase de que los restos mortales de D. Antonio seguían en la morgue. Sus pretensiones indemnizatorias fueron parcialmente admitidas en primera instancia y confirmadas en apelación, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El grado de diligencia desplegado en el asunto que ahora nos ocupa, en lo relativo al control y seguimiento de los pacientes fallecidos en las instalaciones del sanatorio, es prácticamente inexistente. Un cadáver fue olvidado durante ocho días y nadie, salvo el personal de limpieza, se percató de ello. Bien por falta de trabajadores

¹³¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2002 ... *op. cit.*

¹³¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2000, Sala Primera, recurso 2423/1995, ponente Villagómez Rodil.

(deficiencia asistencial) o bien por motivos logísticos (organización), las funciones de guarda no se cumplieron debidamente, al no intentarse, en primer lugar, localizar a la familia del fallecido; y en segundo lugar, informar a las autoridades competentes en un plazo razonable.

No son necesarias mayores argumentaciones a los efectos de comprender qué motivó al Tribunal Supremo a adoptar la decisión de conceder una indemnización por daños morales a los familiares del fenecido, así como a obligar al hospital a acarrear con los gastos. Concretamente señala a este respecto “La negligencia de los servicios hospitalarios, dependientes del Servicio Valenciano de la Salud, se impone y resulta correctamente decretada por el Tribunal de Instancia, pues concurrió un notorio y lamentable «olvido» del cadáver del paciente que había sido atendido por el cuerpo médico, al limitarse a depositarlo en la cámara, despreocupándose por completo del mismo, lo que acredita descontrol sanitario-burocrático y también censurable desatención y despojo de elementales sentimientos de respeto y atención hacia una persona fallecida, pues solo cuando se recibió el aviso de alerta de una empleada, es cuando se acuerda recurrir a la policía, lo que muy bien pudo llevarse a cabo tanto en los momentos anteriores al desenlace mortal, como al ocurrir al mismo, poniéndose así de manifiesto un alto «plus» de actuación negligente, en el tiempo inmediatamente posterior a haber ocurrido el óbito, y con independencia de que no exista afectiva reglamentación de llevar a cabo avisos, pues se trata de una ética fundamental, inherente a la solidaridad humana, más exigible en las relaciones clínico-paciente. La impugnación que desarrolla el recurso está dirigido a combatir la indemnización que la sentencia otorga por daño moral, para lo que se parte del supuesto de que el demandante se había desentendido por completo de su padre y de su estado de salud, hasta el punto de que acudió solo al centro médico, y por ello la falta de disponibilidad del cadáver por el período de ocho días no se la puede considerar como causa determinante para justificar una indemnización por daños reclamados, en este caso muy modesta, ya que se fijó en quinientas mil pesetas. La sentencia en recurso no integra en el «factum» que se diera plena falta de vínculos afectivos entre el demandante y el fallecido y lo único que se apunta es que la relación efectiva con su familia era algo relajada. Los argumentos del recurso carecen de intensidad impugnatoria casacional suficiente para decretar que no se ha generado en el caso de autos daños morales, que se presenten consecuentes del actuar negligencia de los servicios y personal del ente demandado, ya que no se puede dejar de lado la relación paterno-familiar, que aunque en ciertas

ocasiones llegue a crear distanciamiento, en los momentos transcendentales normalmente surge con toda la fuerza de la vinculación sentimental que lleva consigo”¹³¹⁹.

b) Supuestos en los que la figura no resulta reprochada.

8. El primero de los litigios de este grupo de resoluciones desestimadas, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006¹³²⁰, es un asunto muy llamativo por su semejanza con los anteriores, así como por la dirección de las argumentaciones del Alto Tribunal. D. Ignacio acudió al servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia con una pericarditis aguda, pero en el reconocimiento que se le practicó no se observaron síntomas de especial gravedad o urgencia, por lo que fue remitido a la sala de espera, hasta que quedase libre un box. Tras un periodo de espera de entre 20 a 30 minutos, el paciente se desplomó, siendo rápidamente atendido de lo que parecía una hipoglucemia. Lo que realmente ocurría es que la pericarditis se había agravado de manera irreversible, falleciendo D. Ignacio en el propio servicio de urgencias¹³²¹.

Los familiares del fenecido consideraron que de haberse atendido a D. Ignacio con mayor celeridad, éste no habría muerto, siendo dicha tardanza provocada por la escasez de personal del centro (déficit asistencial). No obstante, su demanda fue desestimada en primera instancia y apelación, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un caso muy parecido a los del apartado anterior, de manera que la decisión del juzgador puede resultar un tanto desconcertante. Un paciente llega a un servicio de urgencias con una dolencia grave, como lo es una pericarditis, y a pesar de ello es remitido a la sala de espera en torno a 30 minutos. Esta espera fue necesaria, dado el reducido número de médicos con los que contaba el centro, que obligaba a priorizar los casos más urgentes, aunque éste también lo era. El déficit asistencial es la tónica general de todo el litigio y sin embargo el Tribunal Supremo no ha estimado que en esta controversia haya un daño indemnizable, algo que viene justificado por una

¹³¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2000 ... *op. cit.*

¹³²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006, Sala Primera, recurso 4116/1999, ponente Almagro Nosete.

¹³²¹ A pesar de que de la lectura de los hechos se desprende más un error de diagnóstico que una deficiencia asistencial, hemos considerado que no existen los elementos suficientes para esta noción, más si cabe cuando los derroteros argumentativos del Tribunal Supremo se han encaminado hacia el concepto que está siendo estudiado en el presente bloque.

cuestión de causalidad. Retrasar la atención a un enfermo con pericarditis (aunque no arrojase síntomas de gravedad) es un atentado contra la *lex artis*, pero en este caso poco podía hacerse por D. Ignacio. Aunque las pruebas que le fueron practicadas al paciente no detectaron el estado de gravedad en el que se encontraba, para cuando D. Ignacio llegó al servicio de urgencias, poco podía hacerse por su vida, ya que la pericarditis le había causado daños irreparables.

De lo antedicho se desprende, que aunque la actuación médica fuese contraria a la *lex artis*, siendo motivada dicha omisión por la falta de personal suficiente en el centro (deficiencia asistencial), no existe una relación directa entre esta inactividad y el fallecimiento del enfermo (el daño), por lo que no cabe indemnización alguna. El Tribunal Supremo parece decantarse por esta opción cuando asegura "... el dictamen pericial forense viene a descartar que la tardanza, el tiempo transcurrido en atender al paciente, como causa o circunstancia de influencia en la muerte de D. Ignacio, tuviera relevancia, lo cual ha de conectarse con la afirmación forense de que si la situación del fallecido cuando acudió al Centro de urgencias era prácticamente irreversible. (...). Faltando la prueba sobre la relación de causalidad, que es uno de los presupuestos básicos e insoslayables de la responsabilidad extracontractual, ésta no puede entenderse concurrente, pues aún admitiendo que pasaron 20 minutos hasta atender al paciente una vez que el mismo desfalleciera, así como una cierta falta de medios en el Servicio de urgencias, no se puede encontrar la relación de causa a efecto, un nexo causal, entre la falta de atención inmediata y la muerte del paciente, y ni siquiera se puede establecer su influencia sobre la misma. Por otra parte, no se ha declarado probado que los médicos de guardia en el centro de urgencias tuvieran conocimiento de la concreta sintomatología del enfermo antes de proceder a atenderle, y de la propia formulación del recurso se desprende que la misma parte recurrente tiene dudas al respecto, sin que ésta cuestione el quehacer de los médicos una vez atendido el enfermo, no existiendo prueba de actuación incorrecta, sino al contrario, teniendo en cuenta el dictamen forense, que sostiene que la actuación de los médicos demandados fue correcta”¹³²².

9. El último de los litigios no es tan llamativo como el anterior, pero nos permitirá extraer conclusiones de gran interés para nuestro trabajo. Se trata de la

¹³²² Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006 ... *op. cit.* De esta misma manera lo entiende SEIJAS QUINTANA, al considerar que las opciones del paciente eran limitadas, dado el grave estado en el que se encontraba, algo que a la vez hace que el autor muestre sus reservas respecto de la actividad diagnóstica desplegada, ya que no llegó a observar este aspecto; aunque ello tampoco entrañase reproche alguno. SEIJAS QUINTANA, José Antonio, “Responsabilidad civil médico sanitaria”, en O’ CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (Coordinador), *Supuestos de responsabilidad civil ...op. cit.*, página 275.

sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006¹³²³, un caso en el que un neonato de escasos dos días de vida, fue llevado por sus padres a un centro sanitario por unos síntomas alarmantes, que fueron provocados por niveles altos de bilirrubina. Cuando el recién nacido fue estabilizado, éste se encontraba bajo severos controles, arrojando en todos ellos resultados de normalidad. En un último examen los niveles de bilirrubina se incrementaron notablemente, por lo que el médico que lo estaba tratando decidió su traslado urgente a otro hospital. A pesar de esta rápida actuación, para cuando llegó al sanatorio en cuestión, ya padecía de una ictericia irreversible, que le causó tales daños cerebrales, que falleció tres días después.

Los padres del menor consideraron que su hijo no se encontró lo suficientemente vigilado, por lo que fue víctima de una deficiencia asistencial, siendo éste el motivo del incremento de bilirrubina que ocasionó su muerte. Sus pretensiones indemnizatorias fueron parcialmente admitidas en primera instancia y confirmadas en apelación, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

A simple vista esta controversia gira en torno a una preocupante deficiencia asistencial, ya que de haberse trasladado al paciente al segundo centro desde un principio, se habría evitado su defunción. Sin embargo, el Tribunal Supremo nos sorprende al estimar el recurso de los recurrentes. Esta decisión viene motivada por una cuestión muy sencilla, la actuación médica fue acorde a la *lex artis* en todo momento, el niño fue tratado como se debía a fin de estabilizar los niveles de bilirrubina que tenía y los controles a los que se le sometió fueron constantes. El aumento desmesurado de bilirrubina que sufrió el menor no fue como consecuencia de la asistencia recibida, sino de lo que parece un caso fortuito. Dadas las circunstancias en las que se encontraba el recién nacido, que llevaba varias horas con valores de bilirrubina constantes, no era necesario su traslado, ya que moverlo habría sido contraproducente para su salud. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo “Lo que la sentencia apelada hace es poner a cargo del centro médico el daño derivado de la falta de las atenciones sanitarias necesarias para evitarlo, prescindiendo de cualquier referencia a que actuar era exigible para impedir el resultado, y es evidente que no se da en el caso una causalidad adecuada entre la omisión que se reprocha a la clínica y el resultado dañoso, porque lo impide el hecho de que en su configuración el control de la situación

¹³²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006, Sala Primera, recurso 3785/1999, ponente Seijas Quintana. Resolución también analizada desde la perspectiva de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, en el capítulo correspondiente.

correspondía al pediatra que cumplía su contrato con la aseguradora, a cuyo cuadro médico pertenecía y ninguna posibilidad normal tuvieron los responsables del centro de conocer su estado y de adoptar las medidas oportunas cuando no eran ni necesarias, ni previsibles, en el momento en que el niño estaba bajo su control hospitalario, con medidas pautadas por el pediatra. De la relación de hechos que se contiene en el fundamento jurídico quinto, aceptando los de la sentencia de primera instancia, se desprende que en un recién nacido a término y con un índice de bilirrubina de 19 mgr/dl, el tratamiento adecuado era la fototerapia que le proporcionó el pediatra, estimándose correcto en estas condiciones hacer controles de bilirrubina cada 4/6 horas. Este nivel se conoció sobre las 17 horas del día 11 de mayo de 1992, mientras que el índice 38 lo dio recién llegado al hospital general, al que fue trasladado, remitido por el pediatra. No estamos, por tanto, ante lo que esta sala ha calificado de “conjunto de posibles deficiencias asistenciales”, que han reconducido de una forma razonable la responsabilidad por negligencia sanitaria, pues no era previsible, dentro de lo que era normal y razonable en estos casos, exigir al centro médico, con dotación suficiente de causalidad, que adoptara medidas distintas de las que adoptó el médico a fin de evitar su empeoramiento, ni afirmar que el resultado era evitable en condiciones óptimas de asistencia. Esos datos, sin alteración del elemento fáctico, imponen una calificación jurídica distinta en el sentido de que no es posible determinar si de haberse reconocido al niño unas horas antes no se hubiera producido el aumento de la bilirrubina, pues no se deduce de los mismos la causa por la cual se produjo ese aumento repentino, más allá de las simples conjeturas, deducciones o presunciones, como tampoco las medidas que pudieran adoptarse por la clínica pues ninguna le reprocha la sentencia, salvo la de haber prescindido de la asistencia inmediata por parte del personal médico de guardia, lo que resulta insuficiente para advertir qué comportamiento concreto era exigible, fuera de las medidas ordenadas por el pediatra, cuya puesta en práctica hubiera evitado el gravísimo resultado producido, y que opera en cualquiera de los ámbitos normativos aplicados, al afectar al nexo causal”¹³²⁴.

¹³²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006 ... *op. cit.*

III. LAS INFECCIONES HOSPITALARIAS.

1. Las infecciones.

1. Por infección debemos entender lo que GIL MEMBRADO define como “Por infección nosocomial entiende la ciencia médica aquella adquirida a través del medio ambiente o de las personas del hospital, a partir, por ejemplo, de una esterilización del instrumental no realizado de modo correcto o de un lavado de manos insuficiente. Sucede en la mayor parte de las ocasiones cuando un paciente presenta una herida o está inmunodeprimido”¹³²⁵.

La relación entre el ser humano y las infecciones existe desde tiempos inmemoriales, hasta el punto de que la mayor causa de mortalidad a lo largo de la Edad Moderna fueron precisamente las infecciones. No obstante, este estrecho vínculo no se limita a esa época, ya que incluso en la actualidad las infecciones son la causa directa de un tercio de las muertes a nivel mundial¹³²⁶.

La incidencia de las infecciones hospitalarias o nosocomiales es indiscutible, hasta el punto de que COELHO, entre otros, las califica como uno de los problemas de mayor gravedad en la asistencia sanitaria pública. El grado de afectación de este tipo de contingencias es elevado y un alto porcentaje de las mismas tienen un resultado fatal, algo que evidentemente conforma un lastre para el sistema sanitario, al implicar mayores gastos de hospitalización y atenciones para con el paciente contaminado¹³²⁷.

¹³²⁵ GIL MEMBRADO, Cristina, “La responsabilidad civil por infección nosocomial”, en *Actualidad de Derecho Sanitario*, nº 183, 2011, pps. 426 a 435; concretamente en página 426.

¹³²⁶ YOSHIKAWA se formula una pregunta interesante y que puede ser aplicable a este capítulo ¿qué motivó que las infecciones hospitalarias dejaran de ser la primera causa de mortalidad? Las medidas de higiene, sin lugar a dudas. Éstas han pasado a tener un protagonismo inexcusable, a los efectos de evitar que los contagios nosocomiales se convirtiesen en verdaderas pandemias, tal y como ocurría en centurias anteriores. YOSHIKAWA, Thomas T., “Epidemiology of Aging and infectious diseases”, en YOSHIKAWA, T. Thomas y Norman, DEAN C. (Editores), *Infectious disease in the aging*, Humana Press, New York, 2009, pps. 3 a 9, página 3.

¹³²⁷ COELHO, MS., SILVA ARRUDA, C., FARIA SIMÕES, SM, “Higiene de manos como estrategia fundamental en el control de infección hospitalaria: un estudio cuantitativo”, en *Enfermería Global*, nº 21, 2011, pps. 1 a 12; concretamente en página 3. A fin de evidenciar la incidencia real y práctica de las infecciones en las actividades sanitarias, acudimos a los datos objetivos que nos ofrece un estudio del que se extrae que de 163 pacientes que han tenido que ser intervenidos por fractura de cadera (contando con el factor añadido de que al no tratarse de una cirugía “limpia”, puede incrementarse el número de infecciones), un 33% sufrió algún tipo de contaminación; algo que evidencia la grave e importante repercusión de la idea objeto de análisis. AA.VV., “Infección postoperatoria en las fracturas de cadera: la transfusión y su efecto inmunomodulador”, en *Revista Española de Cirugía Osteoarticular*, vol. 38, nº 216, 2003, pps. 151 a 156. A estos datos conviene añadir, que incluso en infecciones nosocomiales tan habituales, como lo son las provocadas por *staphylococcus aureus*, el índice de afectación es

Conviene citar un análisis que se hizo en Estados Unidos sobre la repercusión estadística de las infecciones, que aunque desactualizado, es un método objetivo que permite comprobar la relevancia del concepto objeto de estudio. En este trabajo se plasmó la demoledora realidad de que el número de fallecidos en el antes mentado país por infecciones hospitalarias, arrojaba una cifra muy superior al total de decesos por accidentes de tráfico¹³²⁸. Esta estadística no puede ser aplicable a la actualidad, pero de la misma podemos colegir la relevancia y entidad de esta eventualidad sanitaria, que no es residual, sino que se trata de una problemática real y grave.

Un ejemplo de la entidad de las infecciones es el sobradamente conocido *Staphylococcus aureus*, que desde que fue descrito en 1961, sigue ostentando el puesto al patógeno más oportunista, ya que se halla en la piel y fosas nasales de entre el 25 – 30% de la población. Este dato, unido a su resistencia a la meticilina, lo convierte en uno de los principales protagonistas de las infecciones hospitalarias, contra las que no existen métodos radicales¹³²⁹.

2. Uno de los principales exponentes en materia de infecciones fue Ignaz Semmelweis, quien al incorporarse como profesor adjunto al Hospital Central de Viena, que contaba con dos salas de obstetricia (una atendida por médicos en formación y otra por comadronas en las mismas circunstancias), observó que la principal diferencia entre ambas estancias era que en la primera la mortandad era mucho más elevada que en la segunda. Después de múltiples disquisiciones y tras analizar el fallecimiento de un compañero de profesión por un corte con un bisturí que se estaba utilizando para practicar una autopsia, Semmelweis se percató de que era precisamente la

preocupantemente alto, al darse en torno al 13 – 14% de la población general. Las principales vías de infección son los tejidos blandos, las infecciones respiratorias, los catéteres y la colonización nasofaríngea. ARRIZABALAGA, J. y HORCAJADA, J.P., “Otras infecciones bacterianas oportunistas en el paciente infectado por el VIH”, en NÁJERA MARRONDO, R. y GÓNZALEZ LAHOZ, J. M. (Directores), *Infecciones oportunistas: bacterias y virus. Profilaxis y tratamiento*, Sociedad Española Interdisciplinaria del SIDA, Madrid, 1995, pps. 52 a 71, página 59.

¹³²⁸ DURÁN BELLIDO, M. y AGUILAR PUIG, D., “Infección hospitalaria”, en *Revista ROL de enfermería*, nº 34, 1981, pps. 72 a 77; concretamente en página 73. De un estudio más reciente (2009) se desprenden aun unas cifras muy elevadas de infecciones hospitalarias. Siendo de nuevo Estados Unidos el lugar donde se toma la muestra, existen en torno a 1,5 millones de infecciones nosocomiales al año. AA. VV., “Características de los pacientes que presentan infección por *Staphylococcus aureus* resistente a meticilina”, en *Enfermería Clínica*, nº 19, 2009, pps. 69 a 75; concretamente en página 70. VIÑES RUEDA señala que en la actualidad el fallecimiento por infecciones hospitalaria se encuentra entre las diez primeras causas de muerte, aunque no está contabilizado como tal, porque la Clasificación Internacional de Enfermedades las codifica en función de la lesión que originan. VIÑES RUEDA, José Javier, “Responsabilidad por contagio al paciente: desde el profesional y desde el medio. Una visión asistencial”, en *Derecho y Salud*, vol. 10, nº 2, 2002, pps. 35 a 46; concretamente en página 38.

¹³²⁹ FONTECHA GÓMEZ, Benito Jesús y SÁNCHEZ FERRÍN, Pau, “Infecciones por *Staphylococcus aureus* en unidades de geriatría de agudos”, en *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, vol. 45, nº 1, 2010, pps. 3 a 4; concretamente en página 3.

contaminación de células cadavéricas, la que provocaba estas muertes; estableciendo acto seguido un protocolo de higiene de manos¹³³⁰.

Huelga señalar que desde los primeros atisbos de infecciones hospitalarias hasta la actualidad, el conocimiento y medios destinados a combatirlas han logrado que someterse a una cirugía no resulte extremadamente riesgoso, con motivo de las infecciones; aunque algunas aún sean inevitables¹³³¹. Sin embargo, esto último no es óbice para que la incidencia de una infección en el curso de una cirugía, prueba o tratamiento, no deba ser reprochada por un Tribunal. La evolución de las técnicas de higiene y control sanitario ha permitido un escenario completamente distinto, en el que una infección es prácticamente sinónimo de incumplimiento de las cautelas básicas y de no alcanzar los requisitos mínimos de pureza e higiene que todo centro sanitario debe tener¹³³².

3. Antes de tratar la regulación legal de la infección hospitalaria, conviene apuntar que el primer caso de infección que se enjuició en España fue en el año 1987, en la sentencia de 16 de diciembre de 1987¹³³³; siendo precisamente esta resolución en la que se dio forma al concepto de “conjunto de deficiencias asistenciales”¹³³⁴. Con esta

¹³³⁰ VIÑES RUEDA, José Javier, “Responsabilidad por contagio al paciente: desde el profesional y desde el medio. Una visión asistencial” ... *op. cit.*; concretamente en página 35.

¹³³¹ VIÑES RUEDA destaca entre otros a los siguientes innovadores en materia de infecciones nosocomiales “Naturalmente, hay otras célebres personalidades que le han acompañado en la lucha contra la infección nosocomial, como puede ser J. Lister, que a partir de 1865 inicia la antisepsia; E. Von Bergmarn en 1886 introduce la esterilización de vapor de agua de las ropas; E. Bassini impone en 1888 la desinfección y el afeitado de la piel; W. S. Halsted en 1890 establece las técnicas quirúrgicas adecuadas con una estricta hemostasia e introduce guantes finos para las intervenciones; en 1894 S. Mikulicz utiliza mascarilla e instrumental estéril, y en el año 1895 C. Meck cierra el círculo, por así decirlo, con el traje ritual de las intervenciones quirúrgicas”. VIÑES RUEDA, José Javier, “Responsabilidad por contagio al paciente: desde el profesional y desde el medio. Una visión asistencial” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 36 y 37.

¹³³² De acuerdo con lo afirmado por VIÑES RUEDA, existen tres elementos básicos como factores de riesgo de las infecciones nosocomiales: la fuente de infección, el mecanismo de transmisión y la receptividad del individuo. De los mecanismos de transmisión es necesario citar el elemento estrella, las manos, seguido por el aire, la autoinfección, los instrumentos, la vulnerabilidad del paciente y los factores intrínsecos (como patologías propias del enfermo). VIÑES RUEDA, José Javier, “Responsabilidad por contagio al paciente: desde el profesional y desde el medio. Una visión asistencial” ... *op. cit.* La responsabilidad que puede derivar de esta situación de falta de cumplimiento de las condiciones mínimas, aunque desde una perspectiva penal, nos la acerca SILVA SÁNCHEZ, al apuntar que se subdivide en dos: las omisiones que permiten el contagio y aquellas que una vez producido éste, no evitan los daños que de la misma derivan (dado que existen infecciones inevitables). SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La responsabilidad penal por contagio hospitalario”, en *Derecho y Salud*, vol. 8, nº 1, 2000, pps. 47 a 58; concretamente en página 51.

¹³³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1987, Sala Primera, ponente Granizo Fernández. En este asunto una menor, tras acudir en tres ocasiones al servicio de urgencias más cercano a la localidad de su residencia, fue diagnosticada de apéndice perforada. Fue intervenida de manera inmediata, desarrollándose la cirugía con normalidad, así como el postoperatorio. Sin embargo, al día siguiente de la operación se le colocó un suero que requería de un filtro, pero no se hizo uso del mismo, éste se enturbió y se precipitó; provocándole a la niña ceguera, derivada de una infección.

¹³³⁴ Dado que no hay ninguna especialidad mencionable respecto de los daños por infección hospitalaria, no procede un análisis *ad hoc*. De esta manera autores como SÁNCHEZ GÓMEZ, analizando un supuesto de

fórmula el Tribunal Supremo procede por primera vez a responsabilizar, por las actuaciones internas del centro sanitario, al propio hospital. Se trata de la antesala de lo que sería la aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios, previamente vigente¹³³⁵.

2. Regulación legal de las infecciones hospitalarias y su evolución.

1. Origen normativo.

1. Tras la sucinta introducción sobre el concepto a analizar, parece conveniente estudiar la normativa, a los efectos de observar la responsabilidad derivada de la figura y la evolución sufrida por la misma.

Como principal punto de referencia tenemos la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, cuyo origen reside en el artículo 51 de la Constitución, que encuentra su primera materialización con la Ley 26/1984, de 19 de julio; cuya finalidad principal era la de proteger, tanto a personas físicas como jurídicas, cuando éstos fueran consumidores.

La relevancia de esta regulación se fundamenta, no sólo en ser la primera que expresamente legisla el consumo y las influencias entre las diferentes partes del mismo, sino por hacerlo de una manera diferente, con un régimen propio. El legislador estableció un doble sistema de responsabilidad, recogiendo por un lado una responsabilidad civil general, esto es, el procedimiento subjetivo de la presunción de culpa (recogido en los artículos 26 y 27); mientras que por otro lado existe un régimen antagónico y especial, que se caracteriza por escapar del sistema subjetivo hacia el objetivo (artículos 28 y 30). Con este método, la mera existencia de un daño conformaría un presupuesto suficiente para dar forma al reproche, existiendo como una única contramedida por parte del fabricante (o responsable), la demostración de la culpa exclusiva de la víctima, o en su defecto, relegar esa responsabilidad en otro miembro de la cadena de consumo. Equiparable a esta norma, pero aplicable al ámbito público, en

una osteomilitis postquirúrgica, cuantifica las eventualidades dañosas como los gastos de curación (ya que el paciente acudió a un centro sanitario privado), el riesgo para su salud derivado de la propia infección (como riesgo añadido a la intervención quirúrgica), el daño moral y la incapacidad transitoria añadida provocada por la contaminación. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, “Comentario a la sentencia de 30 de mayo de 1997”, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 45, 1997, pps. 1059 a 1079.

¹³³⁵ SEIJAS QUINTANA, José Antonio, “Responsabilidad civil médico sanitaria”, en O’ CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (Coordinador), *Supuestos de responsabilidad civil ... op. cit.*, página 265.

concreto a la sanidad pública, se encuentra la ya mencionada Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común.

2. Huelga señalar, que en un sistema legal y jurisprudencial, cuyo pilar básico de responsabilidad civil descansa sobre el concepto de culpa, la aceptación de una normativa como la señalada recorrería un camino tortuoso; más si cabe en la responsabilidad sanitaria. Aun no llegando a aplicarse a la actividad médica en sí (entendida como acto médico), su admisión por parte del Tribunal Supremo y de la doctrina, fue lenta y poco progresiva¹³³⁶.

Una aplicación a ultranza de la teoría de la Ley de Consumidores en el ámbito sanitario entrañaría severas complicaciones, ya que cualquier daño que fuese irrogado a un paciente sería susceptible de indemnización (salvo ruptura del nexo causal), incluidos supuestos tan dispares como el fallecimiento de pacientes terminales, por los que nada puede hacerse.

2. Etapas de la aceptación de la Ley de Consumidores en el ámbito sanitario por el Tribunal Supremo.

3. En los párrafos precedentes se ha apuntado la idea de que la aplicación de la Ley de Consumidores en la sanidad fue compleja, ya que tuvo una evolución lenta y accidentada. La razón de ser de esta complicación se basaba en que en sus primeros estadios, esta normativa no era admitida por el Tribunal Supremo en lo que a la actividad médica se refiere. Ésta colisionaba con todo aquel cuerpo jurisprudencial existente hasta el momento que giraba sobre el eje de que las obligaciones del personal sanitario eran de medios y no de resultado, por lo que su responsabilidad debía medirse con criterios de culpa y no de objetividad.

El cambio que motivó al Alto Tribunal a acudir a esta doctrina fue la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997¹³³⁷, una resolución en la que se hizo una

¹³³⁶ Prueba inequívoca de ello es la opinión que a este respecto mantiene RODRÍGUEZ LÓPEZ, quien afirma que en un principio los servicios sanitarios (concepto más amplio que el del acto médico) no eran admitidos dentro del régimen de aplicación de la Ley de Consumidores “Teniendo en cuenta las bases anteriores, debemos señalar que la jurisprudencia en este punto ha sido bastante cambiante. En un principio no eran admitidos los servicios sanitarios dentro del régimen de responsabilidad civil contenido en la Ley de Consumidores; por ello, el Tribunal Supremo vino manteniendo, como ya hemos visto, que la responsabilidad derivada de servicios médicos es una responsabilidad por culpa, no operando la inversión de la carga de la prueba, que sí se ha admitido para los daños de otro origen ...”. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 169.

¹³³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997, Sala Primera, recurso 1937/1993, ponente Almagro Nosete.

clara distinción entre la responsabilidad por la actividad del personal sanitario (esto es, el acto médico en sí) y la responsabilidad del centro. Sin duda alguna, esta sentencia sentó un precedente y creó un antes y un después en materia de consumidores. No obstante, la evolución de esta normativa resultó algo más compleja, ya que no fue plenamente asumida entonces, por lo que vamos a remitirnos a una opción evolutiva a la que acude GALÁN CORTÉS, que es de sumo interés¹³³⁸.

El primer período se sitúa entre 1984 y 1994, esto es, los diez primeros años de vigencia de la ley. Esta etapa se caracteriza por la total y absoluta ausencia de referencias a la misma en la jurisprudencia, todo ello a pesar de las muchas y reiteradas invocaciones que recibía en los distintos procesos que se dirimían ante el Tribunal Supremo.

El segundo ciclo se limita a los años 1994 a 1997, fecha esta última en la que el Tribunal Supremo hace la primera referencia a la entonces Ley de Consumidores, pero fuera del sistema sanitario. Sin embargo, GALÁN CORTÉS considera que el comienzo de esta etapa viene marcado por dos resoluciones, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 29 de julio de 1994, dos pronunciamientos en los que se invoca la Ley de Consumidores en materia sanitaria, no siendo esta opción normativa rechazada.

La tercera etapa comienza con la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997, antes mencionada. Esta controversia creó un importante hito por el cambio que se generó respecto de la antes rechazada Ley de Consumidores. Se trataba de un caso de una cirugía de rodilla, tras la que una paciente sufrió una infección que le derivó en una amputación. Por primera vez el Tribunal Supremo estimó, ex profeso, un supuesto de responsabilidad sanitaria, cuya única base era la vulneración de la Ley de Consumidores.

4. De la naturaleza de la Ley de Consumidores se desprende que es necesaria una doctrina que separe lo reprochable por esta vía objetiva, de aquello que debe regirse por la subjetiva. Esta línea se desprende de la propia naturaleza de la relación médica, ya que si por algo viene caracterizada, tal y como se deduce del capítulo de Medicina satisfactiva, es por ser una obligación de medios y no de resultados, salvo excepciones puntuales; lo que implica una responsabilidad por culpa. No es necesario destacar las similitudes existentes entre la responsabilidad objetiva que recoge la Ley de Consumidores y el contrato de obra, donde la simple falta de obtención de resultados se

¹³³⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 281.

traduciría en una indemnización. Es precisamente esta piedra de toque de la que se sirve RODRÍGUEZ LÓPEZ cuando a este respecto afirma “Ahora bien, aunque escape de nuestro análisis, es importante señalar que la actuación del médico sigue encontrándose sometida a una obligación de medios, por lo que la extensión de la responsabilidad no debería dejar de ser sino una inversión de la carga probatoria, pues otra cosa sería establecer, en todo caso, una obligación de resultado que no ha sido admitida por la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica, según ya hemos visto. La concreción de una responsabilidad objetiva – como luego se verá – es enormemente compleja en la prestación sanitaria, pues la actividad médica conlleva una incertidumbre y una dificultad implícita: estado del paciente”¹³³⁹.

GALÁN CORTÉS se decanta por una línea muy similar a la del anteriormente señalado autor, cuando asevera que la Ley de Consumidores no afecta a los actos médicos en sí, al regirse éstos por el criterio de la *lex artis*, de forma que, en el ámbito sanitario, esta normativa de consumidores sólo encuentra aplicación en aspectos organizativos¹³⁴⁰.

Esta misma senda es la que adopta RIVERA FERNÁNDEZ cuando parte de la idea por la cual, a pesar de que la mayor parte de la asistencia sanitaria de este país tenga carácter público, ello no supone necesariamente que la responsabilidad derivada de la misma deba ser objetiva, sobre todo en lo que al acto médico se refiere. Porque la obligación del médico no es curar al paciente, sino utilizar todos los medios necesarios a este efecto¹³⁴¹.

Idea con la que también se identifica CUETO PÉREZ, quien afirma tajantemente que la responsabilidad sanitaria siempre se ha dilucidado en la subjetividad, porque así se extrae de su propia naturaleza, a pesar de los muchos intentos de cambio. La

¹³³⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 171.

¹³⁴⁰ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 293. A lo que añade este autor, que además de en casos de infecciones hospitalarias, esta regulación también es aplicable en las figuras del daño desproporcionado, sangre contaminada o fallos de dispositivos de implante o quirúrgicos. Opinión compartida por SEOANE SPIEGELBERG, quien además apunta que la utilización de esta normativa, sobre todo en infecciones nosocomiales, tiene su razón de ser, no en la actividad médica, sino en una posible vulneración de la seguridad de los centros sanitarios o por el mal estado del instrumental utilizado. Se trata del mínimo objetivo exigible a un hospital para que éste realice sus funciones. SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “Apuntes sobre la responsabilidad civil médica: su tratamiento ante los tribunales”, en BELLO JANEIRO, Domingo (Coordinador), *Régimen Jurídico de la responsabilidad sanitaria ... op. cit.*, página 98.

¹³⁴¹ Este autor asevera “En conclusión, al personal sanitario sólo le es exigible la responsabilidad cuando en su actuación se incurra en culpa o negligencia, con indiferencia de que realice su actividad en un centro público o privado entre los que el régimen no debe inferir”. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La responsabilidad médico – sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1997, página 30.

obligación del médico es de medios y por ello el único criterio de reproche es la vulneración de la *lex artis*¹³⁴².

Mantiene una opinión prácticamente idéntica BONILLA SÁNCHEZ, al tomar como base la idea de que la obligación médica se limita a los medios y no se puede pretender la obtención de un resultado. Por ello este autor esclarece que la responsabilidad de cualquier facultativo que se vea afectada por la aplicación de la Ley de Consumidores, escaparía a la misma y volvería al sistema subjetivo de culpa, siendo el “servicio sanitario” sobre el que recaería la responsabilidad objetiva. Por supuesto, BONILLA SÁNCHEZ apuesta por un sistema garantista, para lo cual apunta algunos elementos añadidos exigibles al supuesto, a los efectos de que la aplicación de la normativa no se realice a ultranza. Se exige que el paciente o usuario del servicio sanitario haya actuado conforme a lo debido en el mismo, es decir, que el uso haya sido acorde a las reglas del sano juicio; a lo que añade, que el servicio prestado debe tener un matiz defectuoso, cuyo corte de reproche lo podríamos equiparar al concepto *lex artis* en la responsabilidad subjetiva del personal sanitario. De la concurrencia de una infección se parte la premisa de que ha existido algún tipo de déficit de control en el sanatorio, salvo supuestos concretos, en virtud de lo cual no se ha llegado a traspasar la frontera de la *lex artis*¹³⁴³.

GIL MEMBRADO opta por la idea de contraponer la actividad del médico a la del hospital, para justificar por qué el acto médico es de medios, mientras que las funciones del centro son de resultado, y por ello puede exigirse una responsabilidad objetiva¹³⁴⁴.

Opinión manifiestamente contraria es la que tiene DÍAZ – REGAÑÓN, al afirmar que la Ley de Consumidores en ningún momento debe limitar su aplicabilidad a la actividad de los hospitales, por lo que dado el silencio legislativo, sería posible que la actuación de los profesionales sanitarios pudiese ser analizada desde esta perspectiva¹³⁴⁵. Doctrina a su vez compartida por BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO,

¹³⁴² CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria ... op. cit.*, página 229.

¹³⁴³ BONILLA SÁNCHEZ, Juan J., *La responsabilidad médica extracontractual ... op. cit.*, página 145.

¹³⁴⁴ GIL MEMBRADO, Cristina, “La responsabilidad civil por infección nosocomial” ... *op. cit.*; concretamente en página 432.

¹³⁴⁵ DÍEZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, “Comentario a la sentencia de 8 de mayo de 2003” ... *op. cit.* GALÁN CORTÉS se muestra contrario a esta opinión, señalando que la lectura del artículo 148 TRLCU requiere un análisis conjunto de sus dos primeros párrafos, ya que aunque del primero puede inferirse que la responsabilidad es plenamente objetiva, extrapolar esto del segundo de los párrafos es desmedido. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 303. Tiene una opinión muy similar RIVERA FERNÁNDEZ, al considerar que el segundo párrafo del ya derogado artículo

quien estima que si de una cirugía deriva un daño, el acto médico desplegado por el facultativo también ha colaborado al resultado final, indistintamente de la responsabilidad del sanatorio, por lo que la posibilidad de aplicar la Ley de Consumidores es viable¹³⁴⁶.

5. Partiendo de esta premisa por la cual la Ley de Consumidores no puede ser aplicable a los actos médicos, conviene que demos respuesta a la pregunta de en qué ámbito puede aplicarse. La solución es sencilla, en aquellas actividades hospitalarias que trasciendan del concepto de acto médico, esto es, toda actuación dañosa que se encuentre relacionada con el material sanitario, productos médicos e instalaciones en general¹³⁴⁷. Es precisamente en esta triple categoría donde encaja la noción de las infecciones hospitalarias (en sus diversas vertientes), de forma que tiene cabida dentro de la legislación de consumo vigente.

Afirmaciones como las anteriores no deben llevarnos a la errónea concepción por la que toda infección hospitalaria (por material, por personal o por instalaciones), que tenga su origen en el sanatorio y que ha ocasionado daños graves en el paciente, debe ser susceptible de indemnización, ya que volveríamos a la aplicación a ultranza de nuevo de la idea de la responsabilidad objetiva; algo que como ya hemos visto líneas atrás, ni siquiera en estos casos sería correcto. Es por ello por lo contamos con la existencia de una limitación conceptual, estudiada en el capítulo de sangre contaminada: los riesgos del desarrollo¹³⁴⁸. Se trata de una excepción derivada de las limitaciones

28, tiene un marcado carácter subjetivista. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La responsabilidad médico – sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública ... op. cit.*, página 86.

¹³⁴⁶ No obstante, el mentado autor efectúa una matización a esta afirmación cuando apunta “En definitiva, como ya he señalado en alguna otra ocasión, la responsabilidad en el campo de la sanidad no implica una utópica garantía de curación, sino simplemente una garantía de indemnización cuando, sin que medie fuerza mayor ni culpa de la víctima, no se alcancen los resultados normalmente previsibles y exigibles, de acuerdo con la *praxis* médica existente”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo, “Comentario a la sentencia de 1 de julio de 1997”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 45, 1997, pps. 1059 a 1079; concretamente en páginas 1219 y 1221. Opinión que además comparte con LLAMAS POMBO, Eugenio, “Comentario a la sentencia de 4 de noviembre de 1992” ... *op. cit.*; concretamente en página 1003.

¹³⁴⁷ Llegados a este punto nos surge la siguiente pregunta, ¿por qué las infecciones hospitalarias no se achacan a los actos médicos? ¿por qué su responsabilidad siempre recae sobre el centro hospitalario? Por una razón muy sencilla, porque los posibles factores que pueden llevar a que un acto médico provoque una infección de este tipo son extremadamente amplios, pero a la vez prácticamente imposibles de demostrar. MARÍN PRAT, Andrés, “Infección nosocomial y responsabilidad sanitaria”, en *Todo Hospital*, nº 38, 1987, pps. 47 a 50; concretamente en página 47.

¹³⁴⁸ La construcción doctrinal de los riesgos del desarrollo conforma una cláusula de exoneración que nuestro ordenamiento jurídico recoge desde 1999 (artículo 141.1 LRJ – PAC) y que se traduce en que todos aquellos daños provocados por las limitaciones científicas del conocimiento, aun utilizándose todos los medios posibles, no deben ser reprochados, precisamente porque se han extremado todas las cautelas. No obstante, nos aclara MIR PUIGPELAT, que el estándar por culpa tiene un carácter más laxo, pues no se exige para estimarse cumplida la *lex artis* la utilización de todos los medios posibles, sino todos aquellos

técnicas del momento, bien por desconocimiento de una infección o porque a pesar de saberse de su existencia, poco o nada puede hacerse contra la misma¹³⁴⁹.

3. El paciente como cliente y el centro sanitario como empresario.

6. Sólo nos queda aplicar todo lo señalado al ámbito sanitario, a fin de comprender qué derroteros adoptó el Tribunal Supremo para equiparar el consumidor al paciente, y el empresario al centro sanitario.

La Ley de Consumidores define al usuario como la persona física o jurídica, que actuando al margen de cualquier actividad empresarial o profesional, sea el destinatario final de cualquier producto o servicio. La idea del paciente puede encajar en esta construcción como una persona física, destinataria final de un servicio, independientemente de la naturaleza pública o privada del mismo; así como de su carácter individual o colectivo.

En segundo lugar, el empresario vendrá definido como una persona física o jurídica, que actúa dentro del marco de una actividad empresarial (pública o privada). Esta segunda noción genera una mayor problemática, al extrapolarse a los hospitales, por lo menos en la sanidad pública, porque los sanatorios no tienen esa función empresarial; algo que sin embargo, no suscita dudas en el ámbito privado. Este aspecto se ha salvado con una interpretación amplia que ha permitido esta equiparación.

que tengan un coste proporcional al riesgo de que se materialice el daño, que precisamente pretende evitarse. MIR PUIGPELAT, Oriol, “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)” ... *op. cit.*; concretamente en página 637.

¹³⁴⁹ GALÁN CORTÉS es especialmente claro al delimitar qué es lo exigible, o lo que por lo menos, qué se espera de un centro sanitario “Los niveles presumidos por ley de eficacia o seguridad deben impedir, por regla general, las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario o su reactivación en el referido ámbito. Cuando estos controles de manera no precisada fallan, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario, al desvanecerse las legítimas expectativas de seguridad del mismo, y no cabe duda de que este criterio de imputación no se separa significativamente de los que derivan de la aplicación del principio culpabilístico”. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica* ... *op. cit.*, página 312. En prácticamente idénticas palabras se pronuncia RIVERA FERNÁNDEZ, cuando apunta respecto de las obligaciones de toda institución de salud “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 una intervención quirúrgica adquiridas, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisa falla, o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicios sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos”. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La responsabilidad médico – sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública* ... *op. cit.*, página 89.

Esta regulación resulta idónea para ser aplicada a las infecciones hospitalarias, porque tal y como BONILLA SÁNCHEZ afirma, la materialización de la Ley de Consumidores debe acotarse a bienes o servicios (en nuestro caso se trataría de lo segundo), en cuyo seno han de existir unas condiciones mínimas exigibles que garanticen la pureza, eficacia y seguridad; no siendo obligatorio alcanzar un acuerdo sobre estas cuestiones si éstos vienen impuestos reglamentariamente, o si se desprenden de la propia naturaleza del producto¹³⁵⁰.

GALÁN CORTÉS gira en torno a la misma idea que apunta el anterior autor, es más, asegura que las infecciones hospitalarias son el ejemplo paradigmático del artículo 148 TRLCU, al centrarse su fundamento jurídico en la obligación inherente del centro sanitario de aplicar todos los medios de seguridad necesarios para evitar procesos nosológicos. Destaca este autor que se trataría de lo que la sentencia de 5 de enero de 2007 propugna como “legítimas expectativas del servicio”¹³⁵¹. Añade además, que en lo relativo a la pureza y calidad del centro sanitario, la cadena de asepsia debe pasar por el instrumental, aire del quirófano, personal (tanto sanitario, como parasanitario), preparación al paciente, etc¹³⁵².

El punto clave es la exigencia de pureza, eficacia y seguridad, ya que en principio estas medidas básicas impiden las infecciones nosocomiales. La aparición de las mismas deriva la gran mayoría de las veces de una función atípica, y dado que este riesgo sólo es asumido por el centro sanitario, es éste el que debe ser responsable¹³⁵³.

¹³⁵⁰ Añade este autor, que en base al régimen legal a aplicar, las exigencias probatorias del paciente son mínimas, al existir prácticamente una causalidad lógica entre una potencial deficiencia higiénica y el daño por éste sufrido “Modestamente considero al precepto como puramente objetivista. El paciente no ha de acreditar la culpa médica en el servicio sanitario prestado, ni la farmacéutica respecto de las especialidades y productos farmacéuticos dispensados, ni la del centro sanitario en orden a los alimentos, productos, suministros y demás elementos que facilita al hospitalizado (sistema subjetivo), ni aquella se presume desplazándose a éstos la prueba contraria (sistema *quasi* objetivo), ni aquella se presume desplazándose a éstos la prueba contraria (sistema *quasi* objetivo), sino que sólo ha de corroborar que el daño que ha soportado fue ocasionado por el consumo del producto o por el uso del servicio médico”. BONILLA SÁNCHEZ, Juan J., *La responsabilidad médica extracontractual ... op. cit.*, páginas 139 y 140. Este autor se muestra firme cuando sobre esta aplicación señala inequívocamente “Resumiendo la Sentencia podemos decir que estando los servicios sanitarios sometidos al régimen del art. 28, producido un daño no buscado ni deseado, en contra de lo previsto y por causa exógena, surge la responsabilidad del hospital. Los niveles de pureza y seguridad del servicio deben impedir la infección hospitalaria subsiguiente a una intervención. Si fallan tales niveles los daños deben asumirlos el servicio objetivamente”. BONILLA SÁNCHEZ, Juan J., *La responsabilidad médica extracontractual ... op. cit.*, página 144.

¹³⁵¹ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 299.

¹³⁵² GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 297.

¹³⁵³ GALÁN CORTÉS realiza además una subdivisión de posibles escenarios de infección que puede ser de sumo interés, ya que en función de una situación fáctica u otra, las obligaciones probatorias del hospital pueden relajarse o extremarse. En primer lugar, apunta este autor que la regla general, o el escenario más común, sería el de una cirugía limpia, esto es, que el paciente no se encuentre inmunodeprimido y que no

haya ningún agente externo que pueda provocar una infección (una fractura abierta, por ejemplo). Si en estos casos de “cirugía limpia” se presenta una infección, es muy probable que haya habido una vulneración de la cadena de asepsia, por lo que la carga probatoria se encontraría en el centro sanitario, siendo ésta especialmente compleja. En segundo lugar, estarían los supuestos en los que la cirugía no es “limpia”, en estos casos el esfuerzo probatorio lo tienen que seguir haciendo los hospitales, demostrando el pleno cumplimiento de los mínimos de asepsia, así como que el origen infeccioso es externo. El último de los escenarios sería el del paciente inmunodeprimido, donde nuevamente la carga probatoria recae en el sanatorio, que además de evidenciar el pleno cumplimiento de sus obligaciones, debe demostrar el carácter inmunodeprimido del paciente. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 297. Opinión idéntica mantiene NORMAN, cuando al estudiar la incidencia de las infecciones en los pacientes, establece distintos aspectos susceptibles de influir e incrementar las posibilidades de contagio, tales como el carácter inmunodeprimido o no de del paciente, las enfermedades crónicas que padece, una posible desnutrición, etc. NORMAN, Dean C., “Factors predisposing to infection”, en YOSHIKAWA, T. Thomas y Norman, DEAN C. (Editores), *Infectious disease in the aging ... op. cit.*, pps. 11 a 19, página 11. VERGER GARAU y LÓPEZ – VALEIRAS efectúan una distinción muy parecida a la desarrollada por GALÁN CORTÉS, pero centrándose únicamente en los tipos de intervención y su repercusión en el campo de las infecciones. Parten señalando que las cirugías se pueden dividir entre limpias, potencialmente contaminadoras y sucias. Las operaciones limpias serían aquellas que están programadas, sin drenajes ni prótesis, donde el único elemento séptico es la propia piel del paciente. Al ser la cantidad de gérmenes que inciden en la misma mínima, el índice de infección no supera el 5%. En segundo lugar, se encuentran las actividades quirúrgicas potencialmente contaminadoras, caracterizadas porque las zonas operadas son especialmente contaminantes (orofaríngeas, vías digestivas, respiratorias, etc.). Aunque los factores exógenos también pueden incidir en un contagio, los protagonistas absolutos son los endógenos, llegando a existir una posibilidad de contagio que oscila entre el 10 y el 20%. Finalmente y en tercer lugar, se encuentran las que VERGER GARAU y LÓPEZ – VALEIRAS califican como “intervenciones sucias”, que son aquellas en las que existe una infección previa o ésta se produce durante la operación por una “contaminación grosera”. Generalmente este escenario se presenta en cirugías traumáticas asistidas con retraso, perforaciones viscerales, etc., superándose en estos supuestos el índice del 40% de infección. VERGER GARAU, G. y LÓPEZ – VALEIRAS, María Luisa, “Higiene Hospitalaria. Infección quirúrgica”, en *Revista ROL de enfermería*, nº 42 – 43, 1981, pps. 26 a 33; concretamente en página 27.

1. Las infecciones hospitalarias y material sanitario.

1. El caso concreto de las prótesis.

Siguiendo la idea mantenida por VERGER GARAU y LÓPEZ – VALEIRAS, todas las cirugías que analizaremos en este bloque formarán parte de la antes mencionada categoría de “sucias”, al consistir en la colocación de un implante protésico, potencialmente infeccioso. Esta circunstancia estará presente en todos los casos objeto de análisis y será protagonista cuando se incida sobre cuáles son los niveles mínimos de higiene y pureza exigibles en el quirófano y tratamiento del paciente. Elementos tales como la terapia antibiótica con carácter previo y coetáneo a la cirugía, la higienización de las instalaciones y del propio material protésico, ostentan un papel protagonista en estos litigios.

a) Supuestos en los que la figura es reprochada.

1. La primera de las resoluciones de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2000¹³⁵⁴. En esta controversia D. Vicente sufrió una caída en la que se fracturó la tibia, el peroné y cápsula de la pierna izquierda. Dada la magnitud de la lesión requirió ser intervenido a fin de reducir las fracturas y osteosíntesis, por abordaje de ambos maleolos y colocación de placa en la fractura del peroné y tornillos en el maleolo tibial; consiguiéndose, en principio, una adecuada estabilización. La cirugía se desarrolló correctamente, así como el postoperatorio, por lo que diez días después fue dado de alta. No obstante, y a pesar de que había recibido tratamiento antibiótico, tanto con carácter previo como posterior a la actividad quirúrgica, al de un mes de la operación la herida comenzó a supurarle a nivel tibial, por lo que no se consiguió que ésta se cerrase. Se observó que el problema era de los implantes, ya que éstos estaban infectados, por lo que le tuvieron que ser removidos. Ello supuso una nueva cirugía, con graves consecuencias para el paciente.

¹³⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2000, Sala Tercera, recurso 8635/1995, ponente González Navarro.

D. Vicente consideró que la infección que sufrió era indemnizable, ya que no se efectuaron las debidas comprobaciones sobre las piezas protésicas antes de su utilización. Su demanda fue estimada en primera instancia, pero revocada en apelación, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Lo primero que conviene destacar de este supuesto es que, tal y como comentábamos líneas atrás, la intervención se encuentra en la tercera de las categorías establecidas por VERGER – GARAU y LÓPEZ – VALERIAS, al tratarse de una operación traumática (fractura), en la que además se utilizó material protésico. Se trataría de un cuadro que encaja en la categoría de “cirugía sucia”, donde el índice de infección supera el 40% de los casos, de lo que evidentemente se desprende que las medidas de control y asepsia debían de extremarse al máximo.

En segundo lugar, y en relación al reproche por la infección contraída, no hay mucho más que señalar, además de lo establecido con carácter previo. Se trataba de una actividad potencialmente infecciosa para la que no se tomaron especiales cautelas, prácticamente condenando al paciente a sufrir una contaminación. Como factor añadido a esta ausencia de precauciones en las instalaciones, concurre el aspecto complementario de que la terapia antibiótica que se le impuso a D. Vicente resultó ser la habitual para cualquier cirugía, sin tomarse en cuenta las circunstancias excepcionales añadidas del asunto; algo que también contribuyó a incrementar el riesgo de infección.

En tercer lugar, conviene apuntar que aunque se adoptaron algunas medidas de asepsia medicamentosa, la diligencia de este hecho quedó ensombrecida con la actitud mantenida cuando se dieron los primeros síntomas de infección, al no actuarse con la debida celeridad. El error reprochable añadido se encuentra en el hecho de no administrar un fármaco más adecuado a los efectos de contrarrestar los primeros indicios de la infección, algo que quizás habría podido evitar una actuación tan invasiva como lo es una nueva cirugía, más si cabe cuando el paciente tenía capacidad para resistir una terapia antibiótica agresiva, dado que se trataba de un hombre joven, sin ningún tipo de afección que lo desaconsejase.

El Tribunal Supremo se muestra de una opinión prácticamente idéntica, incidiendo precisamente en estos dos puntos “En primer lugar, no se indaga el alcance de la infección del hueso a partir de las principales pruebas que para la confirmación del diagnóstico eran aconsejables, ni se instaura un tratamiento antibiótico parental, más agresivo e intenso, cuando la herida comienza a supurar en el mes de julio, siendo así que la osteomielitis no es una complicación extraña, por infrecuente, sino una

complicación asociada a la problemática traumatológica, que no se elimina por el hecho de que el paciente decidiera marcharse, por cuanto los siete días transcurridos no pueden reputarse significativos para que se evidenciaran síntomas que no fueran los ya aparecidos con anterioridad. En segundo lugar, se produjo en el curso de la intervención quirúrgica y no el momento de sufrir la fractura, sin que por parte del centro se hiciera “todo lo posible para erradicar los factores y agentes que, desencadenan aquel proceso infeccioso”, teniendo en cuenta que cuando se intervino al actor no padecía déficit inmunológico o enfermedades graves, lo que pone en evidencia que con la adopción de estas medidas se hubiera evitado objetivamente el daño. Concurren 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 comprende la evitación de infecciones hospitalarias o nosocomiales subsiguientes a la intervención”¹³⁵⁵. De la lectura de ese caso se desprende, que si bien el centro sanitario adoptó las medidas de asepsia habituales, no acomodó éstas a la situación del paciente, cuyo cuadro traumático y protésico requería de una actuación más efectiva en materia de control de posibles infecciones¹³⁵⁶.

2. El segundo y último litigio estimado que analizaremos es muy similar al anterior, con la excepción de que el juzgador no se centra en la idea de la infección en la prótesis, por lo que la aportación del supuesto será menor. En la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2002¹³⁵⁷, D. Jesús Miguel se sometió a una intervención de prótesis de cadera programada, desarrollándose tanto ésta como el postoperatorio correctamente, salvo porque el paciente fue dado de alta cuando aún padecía molestias en la zona operada; evolucionando éstas hasta llegar a provocarle una impotencia funcional al deambular. Año y medio más tarde, al no mejorar su situación, le tuvo que ser removida la prótesis, encontrándose una gran infección en la misma, a pesar de los antibióticos que le habían sido suministrados. El paciente se recuperó satisfactoriamente

¹³⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2000 ... *op. cit.*

¹³⁵⁶ BOTANA GARCÍA comenta un caso similar, pero con una temática distinta. Se trata de un litigio (Audiencia Provincial de A Coruña, sección tercera, de 16 de diciembre de 2005) en el que un paciente sufre no una, sino tres infecciones, como consecuencia de la implantación de una prótesis en una de sus rodillas, descubriéndose que el foco no eran las prótesis, sino el quirófano donde se practicaban las cirugías. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “Daños derivados de infecciones nosocomiales contraídas en un quirófano por un paciente”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 40, 2006, pps. 1 a 3; concretamente en página 2.

¹³⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2002, Sala Tercera, recurso 8635/1996, ponente González Navarro. Resolución también analizada desde la perspectiva del error de diagnóstico, en el capítulo correspondiente.

de esta segunda actividad quirúrgica, pero meses después sufrió una trombosis venosa profunda, que requirió una nueva cirugía y un largo proceso de recuperación en el hospital, en el que uno de los ejercicios básicos era la deambulaci3n, la cual deba hacer acompa1ado, por el riesgo de caa de D. Jes3s Miguel. Una tarde lo tuvo que hacer solo, por falta de personal, sufriendo un peque1o accidente y cay3ndose. Ello le provoc3 un traumatismo craneo encef3lico, del que falleci3 d3as despu3s.

Los familiares del paciente consideran que, en primer lugar no se adoptaron las medidas de asepsia necesarias, y en segundo lugar, de haberse encontrado el enfermo mejor atendido, no habr3a sufrido una caa que le provocase las severas lesiones de las que acab3 muriendo. Sin embargo, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que 3stos recurrieron en casaci3n ante el Tribunal Supremo.

De los hechos del litigio que nos ocupa se desprende que se trata de un caso muy parecido al anterior, en el que nuevamente una infecci3n hospitalaria se instala en un material prot3sico que requiere una intervenci3n *ad hoc* para su extracci3n, con las consecuencias que ello acarre3 para el paciente. Si bien es cierto que D. Jes3s Miguel sigui3 una terapia antibi3tica, tambi3n lo es que la bacteria que ten3a alojada en su pr3tesis era hospitalaria, y por tanto deb3a haberse evitado. Todo ello evidencia que el nivel de exigencia m3nima de higiene del centro sanitario no era el apropiado.

Por otro lado, el paciente, todav3a con severas molestias derivadas probablemente de la infecci3n, fue dado de alta tras la primera cirugía; y a pesar de que mostraba s3ntomas inequ3vocos de infecci3n en la pr3tesis, 3sta no le fue removida hasta un a1o y medio despu3s, con las consecuencias que de ello derivaron.

Del examen de los hechos pueden deducirse conclusiones muy similares a las que obten3amos en la sentencia anterior, con el elemento a1adido de que en 3ste la intervenci3n era programada. Esto es, la operaci3n no fue urgente como en la primera sentencia, por lo que el enfermo pudo ser preparado a fin de evitar infecciones. A pesar de ello, esto no se hizo y no se paut3 ning3n tratamiento previo, aun encajando la actividad quirúrgica en la categor3a de las “sucias”. La falta de adopci3n de esas medidas m3nimas de asepsia increment3 las posibilidades de contagio, ya de por s3 altas. A lo que conviene a1adir, que el paciente fue dado de alta cuando presentaba s3ntomas de una posible contaminaci3n, algo temerario, m3s si cabe cuando no se hab3a instaurado un tratamiento antibi3tico ante los evidentes signos de infecci3n, cre3ndose as3 un escenario perfecto para 3sta.

Finalmente, y aunque sería de sumo interés conocer la opinión del juzgador a este respecto, lo cierto es que las argumentaciones del mismo van por derroteros distintos, por lo que al no pronunciarse sobre el tema, no podremos conocer sus afirmaciones¹³⁵⁸.

b) Controversias en las que la figura no es reprochada.

3. El primero de los litigios desestimados es un asunto muy similar a los anteriormente analizados, pero cuenta con un pequeño detalle que hace que el Tribunal Supremo haya adoptado una decisión distinta. Comenzamos el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2006¹³⁵⁹, en la que D^a. Estela, al sufrir una caída, se fracturó el trimaleolar del tobillo derecho, requiriendo en la primera atención de una reducción manual y una bota de escayola. Seis días más tarde, en una revisión, se comprueba el desplazamiento de algunos de los fragmentos, por lo que se decide una intervención quirúrgica, con colocación de material protésico para una mejor fijación. Aunque la operación se practicó y desarrolló correctamente, así como el postoperatorio, surge una infección en una de las placas utilizadas, que es tratada con antibióticos y consigue erradicarse; no restando consecuencias, ni necesitándose una cirugía de extracción.

La paciente consideró que de haberse mantenido un mínimo de higiene en los materiales protésicos, se hubiese evitado la infección que padeció. No obstante, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este litigio es prácticamente idéntico a los anteriores y sin embargo, recibe una solución contraria. Una paciente sufrió una contaminación como consecuencia de la colocación de placas de fijación, cuyo origen no era ningún tipo de afección previa de D^a. Estela, al no encontrarse ésta inmunodeprimida, ni aquejada de indisposición alguna. El supuesto es similar a los dos anteriores, pero el Tribunal Supremo ha optado por una decisión contraria. Esta opción se justifica por el simple hecho de que, si bien ha habido una infección y ésta debería ser reprochada, no existe ningún daño como consecuencia de la misma. De los hechos se desprende que el contagio fue atajado con

¹³⁵⁸ Cuenta con esta misma doctrina jurisprudencial la más reciente sentencia de 26 de febrero de 2010 (Sala Tercera, recurso 572/2008, ponente Lecumberri Marti).

¹³⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2006, Sala Tercera, recurso 6380/2002, ponente Herrero Pina.

un tratamiento conservador y la enferma consiguió superarlo en escasos días, no restándole ningún tipo de secuela. De esta forma lo apunta el Tribunal Supremo cuando asevera “Por lo que se refiere a la invocada infracción de los *arts. 106.2 de la Constitución y 139 a 146 de la Ley 30/92* y la jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial, alega la parte el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, ajena a la vulneración o no de la *lex artis* e invocando la interpretación del dictamen pericial emitido en el proceso, concluye: que la infección y celulitis del pie y tobillo es una complicación resultado de la intervención quirúrgica y que determinó sucesivas intervenciones y tratamientos y sus consecuencias que deben ser indemnizadas, pues son en todo caso consecuencia de una actuación médica (intervención quirúrgica) o una omisión médica (falta de profilaxis). Finalmente alega que la actuación medica, en todos sus aspectos, no fue adecuada a la *lex artis*, con referencia al dictamen del Dr. Herranz y el alcance de las consecuencias derivadas de la intervención de los servicios médicos”¹³⁶⁰.

La decisión del Alto Tribunal, aunque a simple vista pueda parecer contradictoria, es clara: la inexistencia de un daño impide cualquier tipo de responsabilidad por la infección padecida por la paciente.

5. Distinta es la naturaleza de la siguiente resolución, ya que a diferencia de la anterior, sí que concurre un daño efectivo, por lo que será necesario hallar otro elemento que justifique la desestimación. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007¹³⁶¹, en la que D. Jorge se sometió a una disectomía de hernia discal, con artrodesis intersomática de injerto óseo e instauración de una placa de titanio. La actividad quirúrgica y el postoperatorio se desarrollaron con plena normalidad, con la excepción de que después del alta, concretamente tras la tercera revisión a la que acudió (cinco meses después de la cirugía), comenzó a acusar severas molestias en la zona operada. Realizadas las pruebas pertinentes (radiografías) y al comprobarse que el implante se encontraba correctamente situado, éstas se achacaron a la cirugía. Un mes más tarde de esta última revisión el paciente ingresó en un centro sanitario con síntomas de herniparesia y signos de irritación meníngea, teniendo que ser intervenido hasta en tres ocasiones, hallándose en la última de ellas la razón de ser de su malestar: una infección en las piezas de titanio que le habían sido colocadas.

¹³⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2006 ... *op. cit.*

¹³⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007, Sala Primera, recurso 1667/2000, ponente Montes Penadés. Controversia también analizada desde la perspectiva del daño desproporcionado, en el capítulo correspondiente.

Como consecuencia de las operaciones sufridas (tres en total) y del largo lapso de tiempo que estuvo infectado (seis meses), al paciente le restó una tresparesia de la que no ha logrado recuperarse.

El enfermo consideró que la infección en cuestión era indemnizable, al tener su origen en una insuficiencia de las medidas de higiene desplegadas. A lo que suma la falta de práctica de las pruebas necesarias a fin de comprobar qué le estaba ocurriendo (un análisis hubiese evidenciado que padecía una infección). Sus pretensiones indemnizatorias fueron parcialmente admitidas en primera instancia, para ser confirmadas en apelación, de forma que la parte demanda recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El asunto que ahora nos ocupa es diferente al anterior, en el que aunque existían todos los ingredientes necesarios para su reproche, no había daño que indemnizar, algo que no ocurre en la presente controversia. El paciente sufrió una infección en una prótesis, cuyo origen no puede ser otro que una muy posible laxitud en las medidas higiénicas del centro sanitario. No siendo esto suficiente, el enfermo comenzó a acusar molestias que no eran propias de la cirugía y a pesar de ello no se desplegaron los medios de pruebas suficientes, permaneciendo la infección seis meses en el cuerpo del paciente. Ante este escenario la pregunta que debemos formularnos es, qué motivó al Tribunal Supremo a adoptar una decisión desestimatoria. La justificación es muy sencilla, la infección hospitalaria era inherente a la actividad quirúrgica, y por ello inevitable, indistintamente del despliegue de medios. Nos encontramos ante la ya conocida excepción en materia de infecciones de “los riesgos del desarrollo”, que por su naturaleza no es reprochable¹³⁶².

No obstante, el caso es muy llamativo, así como el daño sufrido por el paciente, que ciertamente es reprochado, pero no en lo referente a la infección, sino a una cuestión que escapa a este concepto, la omisión de medios. Dado que las argumentaciones del Tribunal Supremo van por derroteros distintos a los que son objeto de análisis, no procede una cita literal, al no tratar la cuestión de la infección¹³⁶³.

¹³⁶² Un litigio similar, pero referente a una infección en un glóbulo ocular, es el que nos viene de la mano de BOTANA GARCÍA, en el que la relevancia de la ya analizada noción de los riesgos del desarrollo es destacada. Esta autora vuelve sobre la idea de que una actuación médica correcta, de acuerdo con el saber del momento, aunque a *posteriori* se tenga conocimiento de su incorrección, no debe ser objeto de reproche. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “Endoftalmitis aguda, contagiada en un quirófano, que provoca pérdida de visión en un ojo”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 28, 2005, pps. 44 a 51; concretamente en página 48.

¹³⁶³ Una controversia prácticamente idéntica a ésta es la de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2007 (Sala Primera, recurso 4428/2000, ponente Ferrándiz Gabriel), en la que un paciente

6. El último de los casos, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2002¹³⁶⁴, muestra una diferencia realmente interesante en relación a las dos resoluciones anteriores: la naturaleza de la infección que padece el paciente. En este litigio D. José Antonio sufrió una fractura de estallido en la tibia izquierda, como consecuencia de un accidente de circulación, requiriendo una operación a fin de reducirla, para lo cual fue trasladado a un centro distinto, ya que aquel al que fue remitido tras el percance no contaba con los medios suficientes. La cirugía se desarrolló correctamente, así como el postoperatorio, más allá de que tras retirada de los puntos y aún inmovilizado, el paciente comenzó a acusar dolor y molestias en la zona, siendo diagnosticado de una infección en el sector intervenido. Se acudió con carácter previo a un tratamiento conservador (antibiótico), pero la escasez de resultados hizo necesaria una nueva actividad quirúrgica, de la que le restó a D. José Antonio una severa cojera.

El paciente consideró que las medidas de asepsia que se adoptaron fueron deficientes y que la infección que padeció fue precisamente por ese motivo. Sin embargo, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un supuesto muy similar al que escasas líneas atrás analizábamos, por el cual derivan una serie de daños graves, no tanto con motivo de la infección, como por otro fenómeno; no obstante en esta ocasión los riesgos del desarrollo no son los protagonistas. El contagio podía evitarse, pero si no se reprocha, es por el origen de la infección. Ésta, a diferencia de las anteriores, se encontraba en la propia piel del paciente. Aunque era evitable, prueba inequívoca de ello es que existen antibióticos, y de hecho éstos le fueron suministrados al paciente; la actuación sanitaria desplegada fue correcta, en cuanto le fueron administrados todos los fármacos necesarios a los efectos de prevenir dicha contaminación.

que se sometió a una intervención de prótesis de cadera sufrió una infección (concretamente en el material protésico) y que aunque tuvo su origen en el déficit higiénico del centro sanitario, no fue reprochado por una razón tan sencilla como un problema procesal surgido en primera instancia. Idéntica dinámica es la que sigue la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2009 (Sala Tercera, recurso 175/2007, ponente Trillo Alonso) en la que una paciente, que se sometió a una operación a fin de colocarse una prótesis de rodilla sufrió una infección en la misma, adquirida en el hospital y que sin embargo, no fue indemnizada. La razón de ser que justifica esta decisión reside en que lo que se interpuso ante el Tribunal Supremo fue un recurso para la unificación de doctrina y la inexistencia de puntos fácticos en común con la resolución objeto de comparativa, supuso que no se entrase a conocer el fondo del asunto. Sobre esta misma idea de la limitación de los conocimientos y las infecciones imposibles de evitar, independientemente los medios interpuestos, se pronuncia la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 1468/2010, ponente Lecumberri Marti).

¹³⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2002, Sala Primera, recurso 68/1997, ponente García Varela.

De lo hasta ahora señalado se desprende que ciertamente, aun siendo la infección evitable, al adoptarse cuantas prevenciones existían en el momento del acto médico, el daño no puede ser indemnizado. El Alto Tribunal parece decantarse por esta misma idea al afirmar “El recurso particulariza la responsabilidad derivada de la infección sufrida por el paciente en el "HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS", pero no existe dato alguno que advere su planteamiento, pues la actuación médica y clínica observada con el paciente ha sido correcta, y el nivel de asepsia en el referido centro era óptimo; en efecto, la intervención quirúrgica fue necesaria y se practicó según las pautas de la "lex artis"; y como prevención contra la infección se utilizó la cobertura antibiótica adecuada”¹³⁶⁵.

De las palabras del juzgador se desprende que nos encontramos ante un asunto distinto a los anteriores, en el que la infección, siendo soslayable, no es consecuencia de una actuación negligente del centro sanitario en materia de higiene, sino del cuerpo del propio paciente. Huelga señalar, que la decisión del Alto Tribunal hubiese sido distinta de no haberse respetado mínimos de seguridad y asepsia (antibióticos)¹³⁶⁶.

2. El caso concreto del instrumental médico en general.

Tal y como del título del subapartado se desprende, el marco de infección a abordar en este bloque será el que viene provocado por el instrumental médico en general, bien de tratamiento, bien de cirugía. Trascendemos del bloque anterior, en el que nos limitábamos a las prótesis quirúrgicas, para abarcar un concepto más amplio, del que se extraerán conclusiones de sumo interés.

¹³⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2002 ... *op. cit.*

¹³⁶⁶ Comparte esta opinión BOTANA GARCÍA cuando respecto de este mismo supuesto, y poniendo énfasis en que tanto el pleno cumplimiento de las obligaciones de asepsia, como el respeto a las *lex artis* hacen el caso irreprochable, señala “No existe dato alguno que advere una responsabilidad derivada de la infección sufrida por el paciente en el hospital, pues la actuación médica y clínica observada con el paciente ha sido correcta, y el nivel de asepsia en el referido centro era óptimo. La intervención quirúrgica fue necesaria y se practicó según las pautas de la *lex artis* y como prevención contra la infección se utilizó la cobertura antibiótica adecuada. Se ha considerado que la infección ha sido imprevisible dentro de la normal previsión que las circunstancias exigían al caso, lo que, según el art. 1105 del Código Civil, elimina la responsabilidad”. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “La consideración de una infección como imprevisible elimina la responsabilidad extracontractual de los profesionales sanitarios”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 1, 2003, pps. 51 a 52; concretamente en página 52.

a) Supuestos en los que la figura es reprochada.

1. La primera de las resoluciones es especialmente identificativa en relación a la temática de este apartado. En la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008¹³⁶⁷, D. Ricardo, un enfermo de riñón, tras comenzar un tratamiento de diálisis, fue diagnosticado en una de las pruebas rutinarias de Hepatitis C, cuyo único origen era precisamente la diálisis a la que se sometía; llegando a probarse que la causa fue el estado de la máquina.

D. Ricardo consideró que la infección que sufrió fue como consecuencia de un negligente mantenimiento del aparato de diálisis. Sus pretensiones indemnizatorias fueron admitidas en primera instancia, de manera que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Es un caso tan evidente, que el Alto Tribunal apenas utiliza más que unas líneas para confirmar la dirección de la decisión de las instancias inferiores. Se trata de un paciente que no entra dentro de ninguno de los que podríamos denominar “grupos de riesgo”, más allá de por el hecho de tener que someterse a diálisis. Como elemento añadido, al no habersele practicado ninguna transfusión, la diálisis es el único medio de contaminación, de lo que se desprende una descuidada conservación del instrumental.

La infección se produjo por una actitud desidiosa, derivando de la misma un daño para D. Ricardo, como lo es la Hepatitis C que sufre. Esta controversia cuenta con todos los elementos necesarios para ser reprochada, tal y como el Tribunal Supremo afirma “Aplicando lo anteriormente indicado al caso que aquí nos ocupa estando probado que el demandante ha contraído la enfermedad como consecuencia de las operaciones propias de la diálisis a que estaba siendo sometido (Vd.Informe de la Sra.Inspectora de la Seguridad Social obrante a los folios 12 a 18 del expediente) habiendo de excluirse la concurrencia de fuerza mayor por tratarse de un riesgo que en modo alguno puede catalogarse como imprevisible o inevitable, sino derivar, por el contrario, de una deficiente utilización del instrumental médico utilizado en la diálisis, es, en definitiva, por todo ello por lo que debe concluirse en la concurrencia de la clase de responsabilidad a que más arriba nos hemos referido en la administración sanitaria demandada”¹³⁶⁸.

¹³⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008, Sala Tercera, recurso 261/2006, ponente Robles Fernández.

¹³⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008 ... *op. cit.*

Poco más puede añadirse a las palabras del juzgador. La diálisis es un tratamiento de riesgo, sobre todo porque en el caso de D. Ricardo se hacía con cierta regularidad. Una higiene y un mantenimiento óptimos de la máquina de diálisis son indispensables, por lo que cualquier descuido mínimo puede entrañar la contaminación de la misma y el consiguiente contagio de la sangre que después se procese en ésta, tal y como ocurrió en el caso que nos ocupa¹³⁶⁹.

2. El segundo asunto guarda muchas similitudes con el anterior, al ser nuevamente el elemento clave una máquina de diálisis. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2007¹³⁷⁰, una controversia distinta a las que hemos estudiado a lo largo de la tesis, ya que consiste en una acción judicial múltiple, de un total de 48 enfermos, que habiendo recibido tratamiento de diálisis en el mismo centro sanitario, fueron contagiados de hepatitis C. 16 de ellos ya tenían la patología con carácter previo a la terapia, 22 posteriormente, y otros 10 no llegaron a contraer el VHC. Efectuando cálculos más o menos precisos y teniendo en cuenta el plazo de incubación del virus, es muy probable que el contagio se produjese por la utilización de la misma máquina de diálisis, que evidentemente no estaba siendo manipulada de forma correcta.

Conviene añadir, que muchos de los afectados se encontraban en un estado delicado de salud, algo que evidentemente resultó agravado por la hepatitis, que aunque no supuso el fallecimiento de ninguno, sí que acarreó severos daños y consecuencias.

Los pacientes contagiados estimaron que el mantenimiento de la máquina de diálisis era negligente y que las medidas de higiene que se utilizaban no eran suficientes. No obstante, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Tal y como comentábamos al principio, el litigio es casi paradigmático. Probablemente el origen del problema se encuentre en un paciente enfermo de Hepatitis C que se sometía a diálisis en una máquina que no contaba con una higienización óptima, al permanecer el virus en la misma y contagiar a posteriores usuarios de ésta. A

¹³⁶⁹ Sobre esta misma temática de instrumental médico – quirúrgico infectado se pronuncian las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 4872/2006, ponente Lesmes Serrano) y sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 5358/2009, ponente Menéndez Pérez).

¹³⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2007, Sala Tercera, recurso 6133/2003, ponente Robles Fernández.

pesar de la aparente simplicidad del caso, es necesario tener diversos factores en cuenta, como por ejemplo si es o no evitable la transmisión.

Lo primero que debe destacarse es que un enfermo con una afección como el VHC, tenga acceso a un tratamiento como la diálisis, si la necesita. Si partimos de que esto es posible, cabe formular una premisa, ya que si una persona con esta dolencia puede utilizar una máquina de diálisis que después será usada con personas “sanas”, ello tiene que ser porque existen métodos de desinfección lo suficientemente eficaces como para evitar una contaminación; lo contrario sería un atentado contra el principio del deber de cuidado, y por supuesto, contra la *lex artis*. Ante esta hipótesis, huelga señalar que la contaminación es evitable, por lo que escaparíamos del concepto de riesgos del desarrollo. Es por ello por lo que la única justificación posible para la infección es un mantenimiento negligente.

Dada la relación existente entre la transmisión de la Hepatitis y la actividad médica desplegada, así como la inexistencia de un elemento exógeno que justifique el error, el reproche es inexcusable, tal y como lo apunta el Tribunal Supremo “Por tanto de treinta y dos pacientes que no se hallaban contagiados durante el periodo comprendido entre Octubre de 1.997 y Marzo de 1.998, resultan afectados de VHC veintidós de ellos, lo que supone un porcentaje de transmisiones del 68%, muy superior a los antes citados que según los estudios médicos resultan inevitables en un grupo de riesgo elevado como es el de los pacientes sometidos a hemodiálisis. Toda vez que no se ha combatido que los contagios se produjeron en la realización de las actividades de hemodiálisis practicadas en centro médico concertado con el INSALUD, y que como hemos expuesto el número de contagios en el citado periodo de tiempo excede con creces de los que los estudios médicos consideran inevitables, no cabe decir como hacen los Informes recogidos por la Consejería de Bienestar Social de Extremadura, con especial referencia a los Informes del Centro Nacional de Epidemiología y del Jefe del Servicio de Microbiología diagnóstica del Centro Nacional de Microbiología, que no pueden precisarse cuál o cuáles habrían sido las variables causantes del contagio, pues como hemos dicho en reiteradas sentencias (por todas citaremos la de 20 de Marzo de 1.997 -Rec. 7915/2003) en supuestos como el que nos ocupa hubiera incumbido a la Administración sanitaria acreditar que el número de contagiados que excedía con creces de aquel médicamente inevitable, había resultado igualmente imposible de evitar pese a tomarse las medidas de prevención y cuidado necesarias. Sin embargo, la Administración no procede en esos términos, mediante la prueba que le hubiese

incumbido. Como hemos dicho no ha podido descartarse como causa del contagio ninguna de las variables estudiadas, lo que es indicativo que cualquiera de ellas pudo provocarlo. Del mismo modo en los Informes del Centro Nacional de Microbiología se llega incluso a decir que "parece como si durante un periodo corto de tiempo, quizá no más de cuatro o seis semanas, las medidas preventivas que se aplicaban en la Unidad se hubiesen relajado", incluso Dra. Antonieta en su informe dice "la causa más probable del contagio se encuentra en la inobservancia de alguna de las medidas universales de prevención de VHC en las unidades de hemodiálisis". No acreditado pues por la Administración que el altísimo porcentaje de contagiados hubiera sido médicamente inevitable, debe concluirse que se ocasionó a los recurrentes, a los que nos estamos refiriendo afectados por contagio en la clínica concertada con el INSALUD en el periodo comprendido entre Octubre de 1.997 y Marzo 1.998 un daño antijurídico, según lo que antes hemos expuesto al hablar de la antijuridicidad del daño, como requisito de concurrencia necesaria para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, y por tanto el segundo motivo de recurso debe ser estimado al concurrir todos los requisitos configuradores de esta"¹³⁷¹.

De las palabras del juzgador se desprende que el contagio del asunto vino motivado por una actitud de escasa diligencia en el mantenimiento y limpieza de la máquina de diálisis¹³⁷².

3. El siguiente litigio que analizaremos es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007¹³⁷³, una controversia en la que D. Tomás, un joven de 24 años de edad, tuvo que ser intervenido para que se le drenase un absceso en el pilodinal, practicándose este acto médico con anestesia general. A pesar de que la operación se desarrolló con plena normalidad y el postoperatorio también, un mes después de la cirugía el paciente comenzó a acusar severas molestias como lumbalgia, fiebre y cefalea intermitente, requiriendo para la cicatrización de la herida dos meses

¹³⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2007 ... *op. cit.*

¹³⁷² CASTELL y GUTIÉRREZ nos aclaran los hechos del caso y nos presentan tres posibles hipótesis. Se trata de un centro sanitario donde había únicamente tres máquinas de diálisis, por lo que aunque éstas se limpiaban tras cada uno de sus usos, se evitaba que los pacientes con afecciones contagiables (como la VHC) utilizasen las mismas máquinas que los demás. Al inicio del tratamiento se practicaba un análisis, a los efectos de comprobar estos extremos, que se repetía semestralmente durante la pendencia del mismo. Los posibles escenarios que nos presentan los autores son tres: que a un paciente no le fuese detectada la hepatitis (y consiguientemente compartiese máquina), que el instrumento no se limpiase correctamente (como consecuencia directa de la primera opción) o que se mezclasen los pacientes positivos y negativos. CASTELL, Juan y GUTIÉRREZ, Gonzalo, "Brote de 18 casos de hepatitis C en una unidad de hemodiálisis", en *Gaceta sanitaria*, nº 19, 2005, pps. 214 a 220.

¹³⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 5791/2002, ponente Robles Fernández.

más de lo habitual. Cuatro meses más tarde de la actividad quirúrgica presentó además un dolor en la cara posterior de la pierna izquierda, por lo que se le efectuó una punción lumbar por sospecha de meningitis infecciosa, dando ésta resultado positivo. A pesar del despliegue de medios, al paciente le restaron importantes secuelas.

D. Tomás consideró que el proceso de meningitis infecciosa que soportó fue como consecuencia del estado en el que se encontraba el material quirúrgico. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo¹³⁷⁴.

El escenario que se nos presenta es el de una cirugía “sucia”, dado que consistía en un drenaje, algo que exigía unas condiciones higiénicas añadidas, que si bien se cumplieron en algunos aspectos, no fue así en otros. Precisamente el drenaje, que era lo que más controlado debía estar por su potencialidad de contaminación, estaba infectado. Existen evidencias de ello en todo el proceso de sanación, prueba inequívoca es que el paciente tardó dos meses más de lo habitual en cicatrizar la herida, aunque no se actuó en consecuencia, siendo el enfermo dado de alta sin ningún tratamiento conservador que pudiese prevenir la dolencia y sus graves consecuencias.

Se trataría de un supuesto de responsabilidad por descarte, y que además el Tribunal Supremo soluciona en pocas líneas “Que el Cabo METMP, D. Tomás, operado de un quiste pilonidal, padece una debilidad de origen multirradicular lumbosacra, originada por aracnoiditis lumbosacra, secundaria a paquimeningitis crónica de etiología infecciosa (por *Pseudallecheria boydii*), incluible en el *artículo 3000, apartado g, coeficiente 5 I* del Cuadro Médico de Exenciones, que le incapacitan de forma permanente para las funciones propias del servicio. Lesiones irreversibles. Que sí existe relación causa efecto con el quiste pilonidal congénito fistulizado. Que no le incapacita de forma absoluta y permanente para toda profesión u oficio. Menoscabo global de la persona según Tablas AMA del 20%”. Resultando pues documentado que las lesiones por las que reclama trajeron su causa en una deficiente asistencia médica, traducida en falta de higiene y cuidado de la herida derivada de la intervención quirúrgica, debe concluirse que se dan los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial, y por

¹³⁷⁴ Este asunto no ha sido incluido en el apartado de “contagio en instalaciones”, porque aunque ello puede desprenderse de los hechos, lo cierto es que en el pleito fue demostrado que se desplegaron todos los medios necesarios en lo que a las instalaciones se refiere, pero no ocurrió lo mismo en lo que a los materiales atañe.

tanto surge la obligación de indemnizar, según los parámetros recogidos en el *art. 141 de la Ley 30/92*¹³⁷⁵.

4. La última de las resoluciones de este apartado resulta de sumo interés, no tanto por el carácter infeccioso del material utilizado, como por las actuaciones desplegadas una vez detectados los primeros síntomas. Finalizamos este bloque de casos estimados con el examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2003¹³⁷⁶, un caso en el que D^a. Paloma, que se encontraba aquejada de molestias en su rodilla izquierda, que se podían traducir en dolor, inflamación, sensación de bloqueo y signos meniscales positivos; fue diagnosticada de meniscopatía. Fue intervenida cinco días más tarde de la valoración, practicándosele una artroscopia y artrotomía, para extraérsele el menisco izquierdo, que tras un estudio del mismo, se comprobó que tenía un quiste. A pesar de que la operación se desarrolló con total normalidad, tres días después de la misma la paciente comenzó a acusar un fuerte dolor en la rodilla con inflamación, enrojecimiento y aumento de calor en la misma; por lo que le fue practicada una punción articular, de la que se obtuvo líquido exudado, que sin embargo no fue analizado, y se comenzó una terapia antibiótica. Tres días más tarde de esta decisión el estado de la pierna de D^a. Paloma se vio agravado, y al efectuársele una nueva punción, el líquido extraído arrojó resultados de infección por *pseudomona aeruginosa*; pudiéndose iniciar un tratamiento con Bacidal, un antibiótico específico. No obstante, el grado de contaminación era tal, que la paciente se vio en la necesidad de someterse a dos cirugías, una para paliar ésta y otra para mejorar el grado de movilidad que le restó tras la infección.

D^a. Paloma consideró que el material con el que se le intervino (astroscopia), no cumplía las medidas de higiene necesarias y que no se adoptó una política antibiótica a tiempo. Sus pretensiones indemnizatorias fueron parcialmente admitidas en instancias inferiores, de forma que fue la parte demandada la que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La bacteria que afectó a la paciente es habitual en este tipo de cirugías por artroscopia y acostumbra a alojarse en el material quirúrgico mismo. Si bien es cierto que pueden existir supuestos en los que por las circunstancias de la operación o del paciente hagan casi inevitable el contagio, en la gran mayoría de casos no lo es. Para

¹³⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007 ... *op. cit.*

¹³⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2003, Sala Tercera, recurso 10509/1998, ponente Sieira Míguez.

ello son necesarias, en primer lugar, unas medidas de higiene correctas en el instrumental, algo que permite limitar las posibilidades de transmisión, aspecto que no fue probado por el centro sanitario. En segundo lugar, es indispensable un factor añadido, como lo es una actuación preventiva, esto es, la farmacológica: suministrar a la paciente antibióticos, con carácter previo o coetáneo a la intervención, a los efectos de evitar posibles contaminaciones. Aquí se encuentra el segundo escollo, que prácticamente asegura el reproche, ya que a la paciente no se le trató de forma preventiva, ni con carácter previo a la operación, ni tras la misma. Es más, la administración de medicamentos no comenzó hasta que ésta empezó a mostrar los primeros síntomas de infección, y en la primera asistencia que recibió únicamente le fueron prescritos antibióticos de amplio espectro. Fue necesaria una segunda atención, para que el líquido exudado fuese examinado y arrojase el resultado infeccioso que permitió fijar un tratamiento *ad hoc*. El Tribunal Supremo se pronuncia de una manera muy similar, en relación a los puntos destacados, cuando afirma “Sostiene la administración que la actuación médico quirúrgica ha sido correcta y que conforme a abundante literatura jurídica, dice, pese a los controles y medidas preventivas existe un porcentaje de infecciones inherentes a la propia intervención quirúrgica que no es posible modificar. El motivo no puede prosperar en este punto por cuanto, de una parte, no se ha acreditado por la Administración que el pseudomona aeruginosa, elemento causante de la infección sufrida por la demandante, no pudiera ser detectado ni eliminado por los servicios de salud encargados y responsables de la debida esterilización de los quirófanos y demás instalaciones sanitarias. No cabe tampoco olvidar que la Ley 26/84 establece sin lugar a dudas la responsabilidad por daños originados por el correcto uso de los servicios cuando por su propia naturaleza o estar así establecido reglamentariamente, exijan la garantía de determinados niveles de seguridad y controles técnicos sistemáticos, considerando sometidos a este régimen los servicios de salud, correspondiendo a los servicios sanitarios efectuar dichos controles conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sanidad 14/86, artículo 18.11, no habiéndose acreditado, como queda dicho, que dichos controles no pudiesen técnicamente detectar la presencia del elemento causante de la infección. Pero es más, la sentencia de instancia declara como probado que el tratamiento con "Bacidal", aún cuando se estimase correcto, no se estableció hasta transcurridos varios días que fueron determinantes para la terapéutica adecuada, de donde infiere la Sala "a quo" que hubo funcionamiento anormal por el retraso en el tratamiento, retraso que no cabe discutir en

casación al no haberse articulado un motivo por infracción del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, único medio para combatir la valoración de la prueba pericial efectuada por el Tribunal de Instancia”¹³⁷⁷.

De los hechos se desprende, que aunque la bacteria que afectó a D^a. Paloma era inherente a la práctica médica en cuestión, ésta podía llegar a evitarse si se utilizaban medidas de asepsia suficientes, las cuales no fueron demostradas en el presente proceso.

b) Conflictos en los que la figura no resulta reprochada.

5. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006¹³⁷⁸ es el primer litigio de este bloque de resoluciones desestimadas, en el que D^a. Almudena se sometió a una intervención, de la cual no conocemos más detalles, desarrollándose ésta y el postoperatorio con normalidad. Sin embargo, meses después de esta cirugía la paciente comenzó a sentir cierto malestar, por lo que se le practicaron una serie de pruebas, que detectaron que padecía Hepatitis C.

D^a. Almudena consideró que había sido contagiada de VHC en la operación, por la falta de asepsia del material utilizado. No obstante, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de una controversia muy similar a los dos primeros casos analizados en el bloque anterior, en el que un supuesto mantenimiento inadecuado del material médico provoca una infección de VHC. Mientras que los asuntos del apartado precedente sufren una suerte estimatoria, en éste la decisión del juzgador es contraria. La razón de ser de este viraje doctrinal es que el hospital demostró que fue plenamente diligente en el mantenimiento de su material y de su personal. Todo el instrumental que fue utilizado en la cirugía de la paciente había sido correctamente esterilizado y no había ningún brote en el sanatorio, por lo que la infección no pudo tener su origen las instalaciones.

Estas dos premisas nos llevan a una conclusión clara: no existe un nexo causal. No hay ningún tipo de relación entre la actividad quirúrgica desplegada y la enfermedad que le fue diagnosticada a D^a. Paloma con carácter posterior, de lo que se desprende que no cabe reproche legal alguno a las actuaciones médicas desplegadas. El Tribunal

¹³⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2003 ... *op. cit.*

¹³⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006, Sala Tercera, recurso 2239/2003, ponente Puente Prieto.

Supremo parece decantarse por esta idea cuando afirma “Al efecto conviene precisar, que por un lado, la recurrente no ha propuesto prueba alguna en el procedimiento de instancia tendente a acreditar dichas irregularidades en el funcionamiento de la Administración sanitaria pública, irregularidades que suponían un auténtica infracción de las normas sanitarias que exigen el debido control y asepsia que supone un anormal funcionamiento de la Administración e infracción de los principios que regulan la *lex artis* en la Sanidad y que le correspondía a ella acreditar por cuanto que de la exactitud o no de su afirmación se derivaba la acreditación del nexo causal. No basta, como la recurrente afirma, con las alegaciones formuladas por la misma respecto a la inexistencia de otras vías de contagio, ante la imprecisión de esas posibles vías, no concretadas en el mundo científico según se deduce del Informe de Academia obrante en las actuaciones y aportado en el período probatorio del Instituto de Salud Carlos III, de la Real Academia de Medicina, de la Sociedad Española de Transfusión Sanguínea y de la Sociedad Española de Virología, y en el que se afirma que "el hecho de que exista un antecedente de transfusión de sangre o hemoderivados industriales sin que el paciente infectado por VHC pueda recordar ningún episodio o suceso que explique la infección no basta, en rigor, para achacar su infección a esa intervención terapéutica, aun cuando se hubiera producido con anterioridad a 1.990", insistiendo más adelante en lo "complejo y trabajoso" de caracterizar con certeza la fuente de infección y el mecanismo de transmisión en cada caso individual. De ello cabe concluir que no puede apreciarse, siquiera por vía indiciaria o presuntiva, la acreditación de una infección, descartada la derivada de la transfusión, por el mero hecho de haber permanecido la recurrente sometida a una intervención quirúrgica en centro sanitario público y dado que la misma no se ha ocupado siquiera de acreditar -insistimos, siquiera indiciariamente- esa supuesta falta de asepsia existente en el centro sanitario o la posibilidad de contagio por parte del personal sanitario, pues ninguna prueba ha realizado tendente a demostrar esas afirmaciones que, al carecer de cualquier base probatoria, han de ser por ello rechazadas y de lo que se infiere la inexistencia de acreditación del necesario nexo causal entre la actuación derivada de la intervención sanitaria y su mera estancia en el centro hospitalario y la infección del virus de la hepatitis C que, conforme la sentencia objeto de recurso ha declarado, no fue producida por las transfusiones realizadas”¹³⁷⁹.

¹³⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006 ...*op. cit.*

El caso es un magnífico ejemplo, que permite hallar la frontera entre la responsabilidad y el reproche de una infección hospitalaria. Se trata de un litigio que tiene todos los ingredientes para ser indemnizado, pero que falla en lo esencial, la causalidad. No fue demostrado que la paciente no tuviese ninguna otra vía de contaminación, a diferencia de lo que ocurrió con la actividad probatoria del centro sanitario, que evidenció un celoso cumplimiento de las obligaciones de higiene en todos sus campos (material, personal e instalaciones). Ello comportó una ruptura del nexo causal insalvable, al no haber forma de relacionar la cirugía con el daño¹³⁸⁰.

6. La segunda resolución es prácticamente idéntica a la anterior, por lo que no será necesario un análisis profuso, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2004¹³⁸¹. En este supuesto D^a. Leticia tuvo la necesidad de someterse a un legrado, por razones que ahora no nos atañen, y aunque éste se practicó correctamente y no hubo problemas en el postoperatorio, un análisis de sangre posterior detectó que ésta se encontraba contagiada de Hepatitis C.

D^a. Leticia consideró que no se guardaron las cautelas debidas en lo relativo a la higiene del material que se utilizó, permitiendo esto que fuese contagiada. Sin embargo, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

De los hechos se desprenden dos aspectos de sumo interés. En primer lugar, ni el cirujano ni el anestesista padecían de VHC, por lo que ninguno de los dos podría haber provocado la infección. En segundo lugar, otro tanto ocurrió con el material, ya que el hospital consiguió probar que los niveles de control e higiene fueron los debidos, cumpliéndose las exigencias del momento en el que se practicó el legrado.

Conviene además hacer un inciso en la cuestión de la temporalidad, ya que es de sumo interés. El centro sanitario no consiguió demostrar que los materiales no estaban contaminados, a diferencia de lo que ocurría en el asunto anterior, sino que éstos cumplían con todos los requisitos de higiene del momento en el que fueron utilizados. Esta matización se justifica porque cuando D^a. Leticia fue operada, la hepatitis C aún era una gran desconocida y no existían métodos concretos de detección en materiales quirúrgicos, así como técnicas añadidas para la inmunización. Es por ello por lo que el

¹³⁸⁰ Sobre esta misma idea de contagio de Hepatitis C se pronuncia la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 3538/2009, ponente Pico Lorenzo), con la diferencia de que en esta controversia no había posibilidad de localizar y evitar la infección, por la limitación de los medios.

¹³⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2004, Sala Tercera, recurso 4060/2000, ponente Martínez – Vares García.

sanatorio hizo todo cuanto pudo para prevenir el contagio, pero las limitaciones del conocimiento no permitieron la total asepsia.

Huelga señalar que se trataría de un posible “riesgo del desarrollo”, por el cual el instrumental había sido correctamente higienizado, de acuerdo con los cánones de la época, desconociéndose qué más podría hacerse para evitar la VHC. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo “Es decir, que tampoco puede deducirse que el contagio fuera hospitalario, sobre todo cuando la Administración acredita en el expediente que ni el cirujano ni el anestesista, que en su día practicaron el legrado, estaban infectados del virus de la hepatitis C. Y es que existe un porcentaje de supuestos en los que es imposible determinar la procedencia del contagio, y ello, sin olvidar, como ocurría en este supuesto, que si en la fecha del legrado no existían al alcance de la Administración los medios para detectar la presencia del virus, no es posible en ningún caso establecer relación alguna entre el contagio y la actuación de la Administración sanitaria que sea imputable a ésta”¹³⁸².

El valor añadido de la controversia que nos ocupa radica en los riesgos del desarrollo, que evidencian que se utilizaron todos los medios posibles, pero no los necesarios, por el simple hecho de que éstos aún no existían.

7. El último de los asuntos de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2009¹³⁸³, en la que D^a. Brígida, que padecía de cólicos biliares recurrentes, se sometió a una colecistectomía por laparoscopia, a los efectos de que éstos cesasen y mejorase su estado de salud. La intervención se desarrolló con plena normalidad, así como el postoperatorio. Los problemas surgieron como consecuencia de un catéter que tenía para el drenaje, a través del cual sufrió una infección de la que le derivaron consecuencias severas.

D^a. Brígida consideró que el contagio que padeció tuvo su origen en la ausencia de medidas de higiene del catéter que le fue colocado. Esta hipótesis fue parcialmente admitida en instancias inferiores, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

No se trata de un litigio distinto a los demás, ya que nuevamente la infección tiene como vértice un material médico concreto, en este caso un catéter. Sin embargo, de nuevo el Tribunal Supremo adopta una postura contraria a la del bloque anterior,

¹³⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2004 ... *op. cit.*

¹³⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2009, Sala Tercera, recurso 10185/2006, ponente Puente Prieto.

todo ello porque no existe un nexo causal. Si bien es cierto que D^a. Brígida sufrió una contaminación encontrándose en el centro sanitario, prácticamente podría aseverarse que ésta era inevitable. La paciente estaba siendo debidamente medicada con antibiótico, precisamente para prevenir algo como lo ocurrido, y el centro demostró que sus instalaciones se encontraban correctamente higienizadas, así como el catéter en cuestión. Se desplegaron todos los medios posibles y necesarios a los efectos de precaver la contaminación, y aun así ésta se produjo. El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma opción “En el presente caso, se trata de un paciente afectada en litiasis vesicular de varios años de evolución, con una frecuencia elevada de episodios de cólicos biliares que hacían indicada la extirpación de la vesícula. La programación mediante laparoscopia debe considerarse correcta ya que es actualmente la técnica más utilizada y, en cuanto a la profilaxis antibiótica, se actuó igualmente de forma prudente y adecuada>>. Concluye en dicho informe, nuevamente, que <<la indicación quirúrgica, así como el tratamiento profiláctico, el proceso diagnóstico y los posteriores tratamientos médicos y quirúrgicos permiten afirmar que, en este caso, se utilizaron todos los medios diagnósticos y terapéuticos necesarios y las complicaciones se presentaron a pesar de unas actuaciones médicas correctas y adecuadas a la Lex Artis>>. 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”¹³⁸⁴.

2. La infección hospitalaria y el personal sanitario.

Este apartado se centra en una casuística concreta, la de las infecciones provocadas por el personal sanitario, esto es, aquellos asuntos en los que un tratamiento o una cirugía se ven comprometidos porque uno de los miembros del equipo médico llega a inocular al paciente una bacteria o virus.

¹³⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2009 ... *op. cit.*

1. Asuntos en los que la figura es reprochada.

1. La primera y única de las resoluciones que analizaremos en este apartado de estimadas, es la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2007¹³⁸⁵, un asunto en el que D. Mauricio, que fue intervenido de una dolencia que es ajena al estudio en el que nos encontramos inmersos, tras una correcta actividad quirúrgica y postoperatoria, fue diagnosticado de Hepatitis C. El paciente carecía de otra forma de contagio que no fuese la cirugía, ya que no se le practicó ninguna transfusión, ni formaba parte de un colectivo de riesgo.

Sus pretensiones indemnizatorias fueron parcialmente admitidas en instancias inferiores, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La controversia que ahora nos ocupa no es distinta de las anteriormente analizadas, pero se centra en una única vertiente, el personal del hospital. Fue precisamente en este punto en el que se observó la posibilidad de reprochar el caso, por una cuestión muy sencilla y es que el sanatorio fue incapaz de probar que los miembros del equipo médico que atendieron a D. Mauricio, no se encontraban afectados por ninguna enfermedad, y más concretamente, de Hepatitis C.

Conviene apuntar además, que aunque en el momento en el que se produjo el contagio no existían medios de detección de la Hepatitis C, ya se conocía la dolencia y las posibilidades de transmisión. Las exigencias de higiene debían llevarse prácticamente al extremo, tanto en lo relativo a las instalaciones, al material, como a los trabajadores. Esa incapacidad probatoria del centro sanitario en lo relativo al estado de salud de los miembros del equipo médico que operaron al paciente (ya que en materia de instalaciones y material, la actividad probatoria fue correcta), fue la que motivó el reproche del caso.

A pesar de que sería de sumo interés conocer los argumentos del Tribunal Supremo respecto de este caso, lo cierto es que por cuestiones procesales el juzgador no llegó a pronunciarse sobre las infecciones hospitalarias¹³⁸⁶.

¹³⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2007, Sala Tercera, recurso 221/2006, ponente Robles Fernández.

¹³⁸⁶ A pesar del limitado número de resoluciones con el que contamos en este apartado, lo cierto es que no consideramos procedente analizar de forma individual otra que también fue estimada, por el simple hecho de que resulta prácticamente idéntica, por lo que la aportación sería mínima. Ese es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2004 (Sala Primera, recurso 1339/1998, ponente Zabalegui Muñoz) en la que una paciente es intervenida de una hernia de disco y sufre una severa infección. Tal y

2. Supuestos en los que la figura no es reprochada.

2. La segunda controversia vuelve a girar en torno a la cuestión del nexo causal, pero en esta ocasión con una especialidad añadida, por lo que este asunto resultará de sumo interés. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004¹³⁸⁷, un caso en el que D^a. Diana, en el curso de un parto natural, requirió de la práctica de una cesárea; y tras la misma, en un análisis posterior, le fue detectada Hepatitis C.

La paciente consideró, dado que no requirió transfusión alguna, que su contagio tuvo su causa en algún miembro del personal sanitario que la atendió, ya que con carácter previo, en ninguno de los análisis arrojaba resultados positivos en este virus. No obstante, sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Se trata de un litigio muy similar al anterior, con la diferencia de que en esta ocasión ni el cuidado de los materiales, ni las instalaciones, ni la salubridad del personal del centro sanitario entran en conflicto. Tal contradicción tiene una justificación muy sencilla y es que la duda fundamental gira en torno al contagio y trazabilidad de la enfermedad de D^a. Diana, en relación a su grado de evolución.

Por parte de D^a. Diana resultó probado que antes de la cesárea ésta no padecía de VHC, dado que le fueron practicados análisis en los que esta afección no se reflejaba. Sin embargo, la cuestión litigiosa se centra precisamente en este aspecto, dado que el plazo de incubación descarta cualquier posibilidad de que la Hepatitis le fuese contagiada en la cesárea. De acuerdo con lo señalado por la literatura médica (y admitido por el Tribunal Supremo), el tiempo medio para incubar el virus de la Hepatitis C es de 6 a 7 semanas, algo compatible con que la enferma estuviese previamente contagiada, dado que tan sólo cuatro semanas después de la operación arrojó el resultado positivo. Esto es, la hepatitis C de la paciente no guarda el periodo de incubación necesario respecto de la cesárea, ya que ésta dio positivo a las cuatro semanas, y el tiempo mínimo de incubación es de seis. Esto apunta a que la enferma se

como se desprende de las afirmaciones del Tribunal Supremo, ésta fue consecuencia de la falta de higiene y control de su personal sanitario.

¹³⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004, Sala Tercera, recurso 3031/2001, ponente Robles Fernández.

había contagiado previamente y precisamente con motivo de la incubación, ninguno de sus análisis detectó la Hepatitis C antes de la cirugía.

A este factor, que sienta una importante duda respecto de la causalidad, conviene añadir además, que su hija, nacida en esa cesárea, no se encuentra afectada por Hepatitis C, algo que hace más complicado si cabe, barajar la posibilidad de que la infección se produjese durante la operación; ya que de haber sido así, probablemente la menor padecería la misma afección que su madre.

Todo ello hace que el nexo causal del proceso que nos ocupa sea muy débil, tal y como el Tribunal Supremo afirma “Se ha recogido anteriormente la argumentación que lleva a la Sala de instancia a desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por entender que a su juicio no ha quedado acreditada cuál fue la vía de contagio de la hepatitis C de la recurrente, auxiliar de enfermería, ni que el contagio se hubiera producido a consecuencia de la actividad de la Administración. Aún cuando se aceptase la argumentación de la actora en el sentido de que la documental no practicada era fundamental, a efectos de acreditar la vía del contagio de la enfermedad, lo cierto es que la misma no pidió la subsanación de la falta de práctica de la prueba en el momento procesal oportuno, lo que hubiera supuesto un requisito ineludible para entender producida la vulneración del *art. 88.1.c) de la ley jurisdiccional*. En efecto, la recurrente no impugnó la resolución dictada acordando tener por concluso el periodo de prueba, sino que se limitó a tener por solicitada la celebración del trámite de conclusiones, sin hacer ninguna mención a la trascendencia de la prueba no practicada a efectos de no generarle indefensión. Posteriormente en el escrito de conclusiones solicita que la Sala proceda al amparo del *art. 61.2 de la ley jurisdiccional* y acuerde se reclame a la Administración el cumplimiento de los oficios remitidos y cuando la Sala en la providencia de 6 de Octubre de 2000 acuerda no haber lugar a ello, sin perjuicio de unir los documentos que fueran llegando, tampoco recurre esa denegación ni las providencias en las que se declara el procedimiento concluso y pendiente de votación y fallo”¹³⁸⁸.

Se trata de un caso muy interesante, que nos presenta una ruptura del nexo causal de una manera poco habitual, como lo es la evolución o trazabilidad del virus¹³⁸⁹.

¹³⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004 ... *op. cit.*

¹³⁸⁹ Igualmente se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de junio de 2008 (Sala Tercera, recurso 9790/2003, ponente Herrero Pina), un asunto en el que una paciente es contagiada de Hepatitis C tras una histerectomía, pero que por ausencia de nexo causal no es susceptible de reproche.

3. Finalmente tenemos la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2006¹³⁹⁰, en la que D. Luis, como consecuencia de un accidente de tráfico, sufrió una fractura de gran envergadura en su pie derecho, de la que tuvo que ser intervenido para su reducción y después requirió otras dos cirugías más, a fin de mejorar el estado de su pie. Cuatro años más tarde de la última operación, D. Luis pretendió donar sangre para un familiar, detectándose en el análisis de la extracción, que éste padecía de Hepatitis C.

D. Luis consideró, que de haberse mantenido mayores controles en lo que al personal respecta, el contagio no se habría producido. No obstante, su demanda fue desestimada en primera instancia, sufriendo la misma suerte su recurso de apelación ante la Audiencia Provincial competente, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

En esta controversia el centro sanitario probó que tanto las instalaciones como el material se encontraban en perfecto estado, así como el pleno cumplimiento de las exigencias higiénicas en el momento en el que se produjeron las actividades quirúrgicas. A lo que por supuesto conviene añadir, que no consta que ninguno de los miembros del equipo médico que operó a D. Luis padeciese de VHC, algo que rompe cualquier tipo de causalidad entre el daño y la actuación médica. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando apunta, refiriéndose a la cuestión probatoria “La carga de la prueba del nexo causal corresponde en todo caso al demandante que afirma la concurrencia de culpa extracontractual y pretende la indemnización pecuniaria y esta relación de causalidad, que la prueba de los hechos niega, constituye requisito indispensable para que puedan ser imputadas las consecuencias del daño originado, por lo que no es casacionalmente revisable mediante la invocación de un precepto como el artículo 1902 CC. Es razón por la que la sentencia no entra a valorar el requisito de la culpa o negligencia en el agente que causa el daño, que si es una cuestión jurídica, por cuanto no quedó debidamente acreditado el hecho generador del virus de la hepatitis C en el establecimiento sanitario de la entidad demandada, bien por transfusiones de sangre, bien por el tratamiento seguido para su curación”¹³⁹¹.

¹³⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2006, Sala Primera, recurso 1106/2000, ponente Seijas Quintana.

¹³⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2006 ... *op. cit.*

3. La infección y las instalaciones hospitalarias.

En el último de los apartados se analizarán los contagios provocados por las instalaciones del propio centro sanitario, siendo precisamente éstas las que contienen los gérmenes que provocan la infección, dejando a un lado los supuestos en los que el personal o el material son la cuestión problemática.

1. Casos en los que la figura resulta reprochada.

1. El primero de los casos de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007¹³⁹², trata de un litigio en el que D. Luis Pedro tuvo que someterse a una intervención, por haber sufrido una fractura en el fémur y requerir su reducción. A pesar de que la cirugía y el postoperatorio se desarrollaron con plena normalidad, el paciente contrajo una osteomielitis postquirúrgica, de origen hospitalario, que en un principio fue tratada con antibiótico; pero debido a los escasos resultados que se lograban con esta terapia, se optó por acudir a la vía quirúrgica. Fueron necesarias un total de seis operaciones, a lo largo de 23 años, y no fue hasta que en la última de las mismas, en la que le fue extraído el foco infeccioso, es decir una parte ósea infectada del fémur, que la infección se logró paliar. Como consecuencia del largo tratamiento recibido por D. Luis Pedro, le restó una severa cojera que le provoca una importante inestabilidad, así como una atrofia considerable.

D. Luis Pedro consideró, que de haberse mantenido un exhaustivo control sobre los niveles de higiene del centro sanitario, y no tanto del material o del personal, la grave infección que arrastró durante 23 años se habría evitado, así como las severas secuelas que le restaron. Sus pretensiones indemnizatorias fueron admitidas en instancias inferiores, por lo que fue la parte demandada la que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La relación de hechos es bastante sencilla, un paciente sufre una infección de origen quirúrgico de tal severidad, que requiere un total de 6 intervenciones, en un lapso de tiempo no inferior a 23 años. Este germen se encuentra, por regla general, en las instalaciones de los quirófanos y en los hospitales, y no tanto en el instrumental utilizado, el personal o el propio enfermo. Es más, el centro sanitario llegó a probar que

¹³⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 6585/2003, ponentes Puente Prieto.

el material se encontraba en perfecto estado y que se habían cumplido todos los protocolos de higiene. Algo también aplicable a los trabajadores del sanatorio. Sin embargo, no ocurrió lo mismo con las instalaciones, pues no pudo ser demostrado que éstas fuesen completamente higiénicas. A este hecho debemos añadir la cuestión de que no era una bacteria inevitable, no en vano podía conseguirse la asepsia. Esto es, se trataba de un virus previsible, conocido y evitable. No prevenirlo supuso un atentado contra la *lex artis* en lo relativo a las medidas de asepsia exigibles, creándose la presunción de que el hospital no había desplegado la diligencia debida en el mantenimiento e higiene de las instalaciones sanitarias y el quirófano. Hecho al que conviene añadir un factor importante, al enfermo no le fue instaurado un tratamiento antibiótico desde un primer momento, algo que incrementó aun más las posibilidades de que la infección se asentase en la zona ósea intervenida.

No es necesario destacar que la decisión del juzgador hubiese resultado manifiestamente contraria de haber sido la infección inevitable, bien por sus características, las de la lesión o las del propio paciente. El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma idea al apuntar “Es cierto que el Tribunal de instancia, al apreciar rotundamente la existencia del nexo causal entre la actuación sanitaria y el contagio padecido por el recurrente, advirtió la inexistencia de culpa de los sanitarios intervinientes, mas ello no quiere decir que no exista el daño antijurídico que impide que el particular haya de asumir las consecuencias de la actuación administrativa puesto que, en el momento en que se aprecia la existencia del nexo causal, la concurrencia de cualquier causa obstativa al reconocimiento del resarcimiento por parte de la Administración ha de ser alegada y acreditada por la Administración partiendo del principio de responsabilidad objetiva que proclama los *artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1.992* en desarrollo del principio general del *artículo 106 de la Constitución*. En virtud de tal principio, y el de la prueba fácil para la Administración, es a ésta a quien le correspondía acreditar la inexistencia de antijuricidad del daño producido y ello con absoluta independencia, puesto que aquí no se está juzgando la conducta de dichas personas, la existencia o no de negligencia en el actuar de las personas que intervienen dentro de la Administración sanitaria ya que, como decimos, el principio de responsabilidad objetiva y la concurrencia indubitada en el presente caso del nexo causal declarada por el Tribunal de instancia hacía que pesara sobre la Administración la carga de acreditar la inexistencia de la antijuricidad en el daño producido. En el cuarto de los motivos, se denuncia como infringido el *artículo 141.2 de la Ley 30/1.992*

cuestionando la cuantía de la indemnización, sin más argumento de que la misma no se acomoda a los supuestos daños reclamados, considerándola excesiva, argumento que, efectivamente, no puede ser suficiente para la reducción pretendida puesto que, como es conocida y reiterada doctrina de la Sala, la cuantificación del daño, como cuestión de hecho, pertenece en definitiva a la soberana apreciación del Tribunal de instancia, y no puede ser combatida en casación si no es razonando la arbitrariedad o lo ilógico de la determinación de la misma o invocando como infringidos preceptos sustantivos sobre valoración y alcance de prueba, cosa que en el presente caso, ni se alega por la recurrente”¹³⁹³.

2. La segunda resolución es igual de representativa y a pesar de que el Tribunal Supremo no se pronuncia expresamente sobre la infección, su relación fáctica es de sumo interés. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2008¹³⁹⁴, en la que a D^a. Juana se le practicó una vitrectomía del ojo izquierdo, así como la eliminación de una catarata, por lo que la cirugía consistió en una focoemulificación, colocación de lente intraocular y vitrectomía. Ésta se desarrolló con plena normalidad, cursando alta la paciente al día siguiente y acudiendo cuatro días más tarde a la primera revisión. En ésta se comprobó que sufría de una endoftalmitis, por lo que fue trasladada a otro hospital, para iniciarse el tratamiento necesario. En el segundo centro le fue diagnosticado un *streptococo pneumniae* de origen quirúrgico, que le provocó la pérdida de visión del ojo intervenido, algo que fue especialmente dramático, dado que había padecido con anterioridad una isquemia en el otro, por lo que tampoco veía de ese; de modo que la paciente se quedó ciega.

D^a. Juana consideró, que de haberse adoptado las obligadas medidas de asepsia en el sanatorio, el contagio no se hubiese producido y no se habría quedado ciega. Sus

¹³⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 ... *op. cit.* Parece conveniente destacar, que la osteomielitis es una infección ósea, que en principio no afecta gravemente a huesos “intactos”. No obstante, no ocurre lo mismo cuando concurren circunstancias como la de este asunto: un traumatismo y las limitaciones higiénicas del centro sanitario. LANKARANI – FARD, Azadeh y LIU, Paul Y. y FANG, Meika, “Osteomielitis and septic arthritis” en YOSHIKAWA, T. Thomas y Norman, DEAN C. (Editores), *Infectious disease in the aging* ... *op. cit.*, pps. 201 a 217, página 201. Un supuesto prácticamente idéntico es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2009 (Sala Primera, recurso 2189/2002, ponente García Varela) en el que una paciente sufrió una meningitis como consecuencia de una bacteria de la que se contagió al ser intervenida de una hernia de disco. Lo único que fue discutido en casación fue el *quantum* indemnizatorio, por lo que hemos relegado la resolución a nota a pie. La más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 6194/2006, ponente Díez – Picazo Giménez), sigue una línea doctrinal muy similar, aunque es mucho más llamativa. La infección del paciente se produjo al ser éste operado en un quirófano contiguo a uno que estaba en obras, donde los trabajadores hacían su labor sin las medidas de higiene necesarias. Esto hizo que la zona estéril se colmase de agentes contaminantes.

¹³⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2008, Sala Primera, recurso 653/2002, ponente Almagro Nosete.

pretensiones indemnizatorias fueron admitidas en primera instancia y parcialmente revocadas en apelación, de manera que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

De nuevo nos encontramos ante una infección evitable. Ésta no pudo provenir ni del personal, ni del material, porque podía controlarse e incluso evitarse, tal y como ocurría en el supuesto anterior. Probadas ambas cuestiones, el centro sanitario se encontró limitado al intentarlo respecto de sus instalaciones, más si cabe si tenemos en cuenta que la bacteria que afectó al ojo de D^a. Juana tiene un inequívoco carácter quirúrgico.

Conviene apuntar además, que dadas las circunstancias de la paciente, era necesaria una especial atención a este tipo de eventualidades, todo ello teniendo presente que ésta sólo veía por el ojo operado. Aunque el diagnóstico fue correcto y rápido, quizás fue temerario no medicar con carácter preventivo a la enferma, precisamente para evitar complicaciones derivadas de una infección, que podía dejarla ciega.

Aunque sería de sumo interés conocer las afirmaciones del juzgador a este respecto, lo cierto es que al centrarse la casación en cuestiones internas de la aseguradora con el centro hospitalario, esto no será posible¹³⁹⁵.

3. La tercera resolución, que sigue una línea argumental muy similar a la de las dos controversias anteriores, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008¹³⁹⁶, nos acerca un asunto en el que D. Luis se sometió a una intervención, con motivo de un padecimiento que desconocemos. En la misma se le colocó un catéter intravenoso cuya finalidad era doble, durante la cirugía servía de vía de canalización de la anestesia y durante la recuperación, como forma de alimentación. Aunque en principio el catéter fue correctamente instalado, éste se rompió, quedando dentro del paciente en torno a treinta centímetros del mismo. La operación se desarrolló con plena normalidad, pero en el postoperatorio le surgió a D. Luis una grave infección

¹³⁹⁵ Es similar el supuesto que estudia la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2003 (Sala Tercera, recurso 939/2001, ponente González Navarro) en la que una paciente desarrolló un germen poco habitual, pero debido a que no se utilizaron los medios necesarios (sobre todo en materia de antibióticos), la actuación del centro sanitario resultó reprochada. Línea jurisprudencial seguida por las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 4674/2006, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 3339/2006, ponente Trillo Alonso), sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 2371/2007, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 5267/2010, ponente Lecumberri Martí) y sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 1464/2011, ponente Lecumberri Martí).

¹³⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008, Sala Primera, recurso 3467/2001, ponente Seijas Quintana.

ocasionada por un *pseudonoma aureginosa*, cuyo origen no fue el catéter, sino la cirugía. Como consecuencia del contagio sufrido, D. Luis tuvo que someterse a una nueva actividad quirúrgica y seguir durante muchos meses un severo tratamiento, restándole importantes lesiones.

D. Luis consideró, que de haberse adoptado todas las medidas de asepsia necesarias, no se habría visto afectado por la bacteria. Su demanda fue parcialmente admitida en primera instancia, sufriendo la misma suerte en apelación, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nos encontramos ante un caso muy similar al anterior, en el que nuevamente hay una infección que es evitable con la debida asepsia y que se encuentra, no tanto en el personal o el material, sino en las instalaciones hospitalarias en general.

Al igual que ocurría en el litigio anterior, las circunstancias del paciente exigían una especial atención, mientras que en el litigio precedente la enferma iba a ser intervenida del único ojo del que veía, en este asunto a D. Luis le había quedado un catéter de treinta centímetros dentro, algo que evidentemente requería de cautelas añadidas, a los efectos de evitar infecciones derivadas del mismo. Sin embargo, éstas no se adoptaron.

La falta de higiene necesaria del centro se presume al ser éste incapaz de demostrar lo contrario, a lo que conviene añadir, que tampoco se tomaron cautelas añadidas en relación a la situación del paciente, como por ejemplo una medicación preventiva, dadas sus circunstancias (catéter). Cuando el hospital pretende acudir a la figura del caso fortuito, el juzgador apunta “Y es evidente que dentro de los riesgos a evaluar o investigar por el Centro Médico estaba el que finalmente produjo el daño por la existencia de un quirófano que no se encontraba en las condiciones idóneas de esterilización el día que se intervino al actor, debiendo estarlo de haberse hecho los controles pertinentes. No estamos, por tanto, ante un suceso imprevisible dentro de la normal y razonable previsión que sobre los quirófanos puede establecer el Centro Médico, ni que sea inexistente la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el comportamiento de la entidad codemandada, y, además, no hay ausencia de culpa pues se estima la omisión de medidas y el incumplimiento de los deberes relativos a los controles necesarios para evitar el daño que son equivalentes a la idea de culpa en sentido lato”¹³⁹⁷.

¹³⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 ... *op. cit.* Mantienen una línea idéntica respecto de este mismo supuesto SALVADOR CORDECH y RAMOS GONZÁLEZ, cuando al comentar el litigio

4. La última resolución de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2003¹³⁹⁸, es muy similar a las anteriores. En esta controversia D^a. María Trini se sometió a una intervención por motivos que ignoramos, y a pesar de que ésta se desarrolló con plena normalidad, la paciente falleció en el postoperatorio como consecuencia de un germen *aspergillus*, que aparentemente se encontraba en el sistema de aire acondicionado del quirófano.

Los familiares de D^a. María Trini consideraron, que de haberse adoptado todas las medidas de higiene, este contagio no se habría producido, y por ende la muerte de la enferma. Sus pretensiones indemnizatorias fueron admitidas en instancias inferiores, siendo la parte demandada la que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Este asunto, aunque es prácticamente idéntico a los hasta ahora estudiados, tiene un aspecto reseñable: el germen que padeció la enferma era de suma gravedad, hasta el punto de poder llegar a ser mortal. Si bien es cierto que algunas infecciones o bacterias de menor entidad son inevitables, también lo es que las que tienen tamañas consecuencias no deben serlo, porque en caso contrario el riesgo asumido en cualquier cirugía sería excesivo.

De todo ello se colige que estamos ante una infección eludible, para lo cual es necesario el pleno despliegue de las medidas de higiene necesarias, a fin de garantizar la asepsia del centro sanitario. Aunque las instalaciones del hospital cumplían las exigencias de control obligatorias, no ocurría lo mismo con el sistema de aire acondicionado, donde precisamente se encontraba el virus, motivo por el que el caso que nos ocupa es reprochado. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al afirmar “Este motivo de impugnación debe ser desestimado, pues la congruencia que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva no consiste en el control de la lógica de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para fundamentar su fallo, sino en un desajuste externo entre éste y las pretensiones de las partes, que suponga una alteración sustancial de los términos en que venga planteada la contienda litigiosa, y en el caso que enjuiciamos, el Tribunal a quo valorando las pruebas y actuaciones

aseveran “En primer lugar, la clínica no adoptó las medidas necesarias para evitar cualquier posible infección. En segundo lugar, no concurre caso fortuito, pues no estamos ante un suceso imprevisible dentro de la normal y razonable precisión que sobre los quirófanos puede establecer el centro. Además, ha quedado acreditada la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el comportamiento de la clínica, así como la culpa la de clínica, por haber incumplido sus deberes de control”. SALVADOR CODERCH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (coordinadores), “110 casos de Derecho de daños (2004 – 2010)”, en *InDret*, nº 4, 2011, pps. 1 a 137.

¹³⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2003, Sala Tercera, recurso 1285/1999, ponente Lecumberri Marti.

practicadas en autos conforme a las reglas de la sana crítica y mediante su apreciación conjunta, señala como nexo causal entre la actuación administrativa y el resultado letal producido, el estado de las instalaciones de aire acondicionado ubicadas en el quirófano número 1 del Hospital Clínica Puerta de Hierro donde fueron intervenidas, indicando que el germen *aspergillus*, causa de las muertes, pudo entrar en el quirófano a través de dichas instalaciones de aire acondicionado; conclusión que fundamenta en la prueba testifical practicada a instancia de los recurrentes, y en la confesión en juicio, por vía de informe del Director-Gerente del Hospital Clínica Puerta de Hierro y del Subdirector de Gestión -área de mantenimiento y hostelería- del mismo hospital”¹³⁹⁹.

2. Supuestos en los que la figura no resulta reprochada.

5. La primera de las resoluciones desestimadas que analizaremos es especialmente característica, al permitirnos observar con mucha claridad por qué estos recursos son inadmitidos, así como dónde se encuentra la línea divisoria del reproche en este tipo casuístico. En la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2003¹⁴⁰⁰, D^a. Irene, que había sufrido una perforación de tímpano, se sometió a una miringoplastia para reparar esta lesión. A pesar de que la cirugía se desarrolló sin problemas y de manera acorde a la *lex artis*, la paciente sufrió una severa infección en la zona intervenida, la cual se presenta en el 25% de los casos, y de la que le restaron importantes secuelas, como lo fue una gran pérdida de audición.

D^a. Irene consideró, que de haberse extremado las precauciones de higiene del centro sanitario, la contaminación no se hubiese producido y no se habría visto afectada por las graves consecuencias que de la misma derivaron. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en primera instancia y apelación, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Las circunstancias de la controversia que nos ocupa no son muy distintas de las de los asuntos anteriores, una paciente se somete a una intervención y en el curso de la misma sufre una infección, como consecuencia de que los medios higiénicos necesarios

¹³⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2003 ... *op. cit.* Un supuesto muy similar en el que fue el aire acondicionado el origen de la infección, es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2006 (Sala Tercera, recurso 3414/2000, ponente Lecumberri Marti), en el que la actividad probatoria del centro sanitario no llegó a demostrar que esta instalación cumplía los requisitos básicos de higiene.

¹⁴⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2003, Sala Primera, recurso 2688/1997, ponente Romero Lorenzo.

no fueron los suficientes. La diferencia que hace que este litigio no sea reprochado es precisamente el elemento “evitación”, que tanto hemos tratado líneas atrás. D^a. Irene sufrió una contaminación en un tímpano, la cual se produjo durante la cirugía reparadora del mismo. No obstante, el centro sanitario desplegó todos los medios necesarios, tanto en lo que respecta al material, al personal, como a la asepsia de instalaciones. Es precisamente aquí donde está la diferencia, la infección era inevitable, un riesgo a asumir que se presenta en un 25% de las cirugías de tímpano.

En una de las últimas resoluciones analizadas, concretamente la anterior, encontrábamos que el elemento base de la condena era precisamente el carácter evitable del germen que acabó con la vida de la paciente, ya que al ser la infección prevenible, nada justificaba el contagio sufrido por la enferma; más allá de la inexistencia de medios preventivos. El Tribunal Supremo parece abogar por esta idea cuando asegura “En cuanto a las infecciones postoperatorios se afirma que son bastante comunes y se deben normalmente a las condiciones reinantes en la cavidad y a las condiciones cambiantes durante el período de cicatrización, produciéndose habitualmente por pseudomonas, cuyo tratamiento en la época de autos era casi exclusivamente la gentamina; sin que la aplicación de esta justifique la aparición de hipoacusia unilateral pues ésta, de producirse por esta causa, tendría que ser bilateral y simétrica. Finalmente se dice que la aparición de dos colesteatomas en los meses siguientes a la miringoplastia hacen pensar en la posibilidad de que los mismos ya existieran anteriormente, aclarando que aunque la causa profunda de la aparición de estos colesteatomas es hoy por hoy desconocida, resulta increíble que la misma obedezca a un injerto timpánico que no quedara en su sitio”¹⁴⁰¹.

6. El segundo asunto es prácticamente idéntico al anterior, al ser de nuevo la infección inevitable y conocida, aunque en un porcentaje mayor y con consecuencias

¹⁴⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2003 ... *op. cit.* Igualmente inevitables eran las infecciones de las que tratan las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2010 (Sala Tercera, recurso 4906/2008, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2010 (Sala Primera, recurso 2222/2006, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010 (Sala Tercera, recurso 4794/2006, ponente Díez – Picazo Giménez), sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2011 (Sala Tercera, recurso 5934/2008, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 2243/2007, ponente Marti García), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 3053/2007, ponente Marti García), sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2011 (Sala Tercera, recurso 3622/2007, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2011 (Sala Tercera, recurso 4597/2007, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2012 (Sala Tercera, recurso 569/2010, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 3460/2010, ponente Marti García) y sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 2643/2010, ponente Marti García).

más graves, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2007¹⁴⁰². En este supuesto D. Silvio fue operado una hernia de disco que padecía y en el curso de la cirugía sufrió un infarto, que nada tuvo que ver con ninguna infección. Sin embargo, su corazón quedó seriamente afectado, hasta el punto de requerir un trasplante años más tarde. La actividad quirúrgica en cuestión se desarrolló con plena normalidad, pero tras la misma el paciente se vio afectado por una bacteria de *Aspergillus*, que causó su fallecimiento, una contaminación provocada por un microorganismo que se produce en el 10% de los trasplantes cardíacos, y que aunque tiene tratamiento, su mortalidad oscila entre el 65 y el 100% de los casos. Conviene añadir además, que D. Silvio había sido informado sobre la posibilidad de sufrir un contagio.

La familia del difunto consideró que las medidas de asepsia adoptadas por el hospital no fueron suficientes. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

El litigio que nos ocupa es muy similar al anterior, en el que nuevamente un germen inevitable es el objeto de la controversia. Tal y como se desprende de los hechos, las posibilidades de que se produjese la contaminación de tan grave bacteria oscilaban en torno al 10% de los casos, una cifra relativamente baja, pero que dadas las implicaciones de la infección, era importante.

Huelga señalar que la falta de reproche de un supuesto como éste no tiene otra justificación que no sea el carácter azaroso de la contaminación. Tanto el centro sanitario como el paciente conocían la posibilidad de que se ésta diese, era un riesgo asumido contra el que nada podía hacerse, ya que aun adoptándose todas las medidas de control y asepsia necesarias, la contaminación podía producirse igualmente.

El centro sanitario fue diligente en lo que a las actuaciones desplegadas se refiere, tanto desde el punto de vista de la esterilización del personal, material, como del hospital. Lo mismo puede decirse respecto de los tratamientos preventivos a los que fue sometido el paciente, precisamente para evitar un desenlace fatal. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando a este respecto asevera “Pero es que además ha de tenerse en consideración que dicho infarto que no puede reputarse producido por una mala praxis médica, sería en todo caso la causa remota que obligó al trasplante de corazón del Sr. Bartolomé que se efectúa el 28 de Diciembre de 1.998,

¹⁴⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2007, Sala Tercera, recurso 6804/2002, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde el punto de vista del derecho de información, en el capítulo correspondiente

resultando infectado por *Aspergillus Falvus* en el curso de ese post operatorio, quedando acreditado, tal y como motivó la Sala que la infección por aspergillus no es infrecuente en los trasplantes de órganos y que la mortalidad por infección en estos pacientes oscila entre el 65% y el 100%. Por consiguiente, aun cuando a efectos de otorgar una auténtica tutela judicial efectiva entendiésemos, aunque no lo explicitan, que los actores reputan vulnerada la jurisprudencia relativa a la concurrencia de los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial, debe concluirse que no quedaría acreditado que el fallecimiento del paciente se debiese a una mala praxis médica. La causa del fallecimiento, que tiene lugar el 4 de Marzo de 1.999 es por aspergilosis profunda, por *aspergillus flavus* con afectación pulmonar, cerebral y tiroidea, complicación que se le produce en la evolución del trasplante de corazón que se le practicó el 28 de diciembre de 1.998, siendo esa infección una complicación frecuente en pacientes trasplantados con altos índices de mortalidad. Los actores parecen querer sostener la tesis de que el trasplante de corazón se impuso como consecuencia de un infarto que sufrió el Sr. Bartolomé en el curso de una deficiente intervención quirúrgica de hernia realizada el 15 de Septiembre de 1.994. Tal hipótesis no puede ser aceptada pues aquel tenía antecedentes cardiacos desde 1.984 en que había sufrido ya un infarto, y aun cuando ninguna duda hay de que en el curso de aquella intervención quirúrgica tuvo un infarto, hecho al que se refiere el informe de la Inspección Médica, este no se originó como consecuencia de mala praxis médica , sino de la patología previa del paciente que fue tomada en cuenta a la hora de practicar la intervención”¹⁴⁰³.

De las palabras del juzgador se desprende lo que veníamos señalando, el sanatorio utilizó los medios necesarios (materiales, de personal y de instalaciones), así como las medidas de precaución pertinentes (tratamiento del paciente). La infección en concreto, aunque mortal, era inevitable, hasta tal punto de que el propio paciente se encontraba informado sobre ese extremo.

7. El tercero de los litigios se separa un poco de los dos anteriores, aunque cuenta con un origen común, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2004¹⁴⁰⁴, en la que D^a. María Luisa, una paciente de 64 años que padecía de cataratas, se sometió a una intervención quirúrgica para tratar éstas. Si bien la cirugía se

¹⁴⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2007 ... *op. cit.*

¹⁴⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2004, Sala Tercera, recurso 177/2003, ponente Martínez – Vares García.

desarrolló con plena normalidad, tras la misma la enferma sufrió una endoftalmitis causada por el microorganismo *Moraxella Lacunata*, agente bacteriano productor frecuente de conjuntivitis bacteriana crónica, resistente a la vancomicina. Con este diagnóstico se instauró con carácter urgente un tratamiento precoz, que no alcanzó el resultado pretendido, al no conseguir mermar la infección que padecía la paciente, restándole a la misma una pérdida de visión prácticamente total¹⁴⁰⁵.

D^a. María Luisa consideró, que de haberse extremado las medidas de asepsia y control, o incluso de haberse instaurado una medicación conservadora más efectiva, no habría llegado a perder la visión. No obstante, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Esta controversia, aunque es similar a los anteriores, cuenta con dos aspectos que la hacen especialmente interesante: la escasa frecuencia de la infección y la gravedad de la misma.

Volvemos a encontrar con la posibilidad de evitación. La bacteria de este caso es poco frecuente, hasta el punto de que su contagio es prácticamente imposible. Huelga señalar que las medidas de asepsia respecto de la misma son plenamente exigibles, y que éstas fueron efectivamente adoptadas, tal y como quedó probado en el proceso judicial. El centro sanitario desplegó todos los medios necesarios a fin de evitar el contagio, tanto en lo que respecta al personal, a los materiales, como a las instalaciones. A pesar de todo, éste se produjo, rozando casi el caso fortuito.

Existen tres vías principales de infección de este tipo de bacterias, como lo son la desinfección inadecuada del párpado, una cirugía prolongada o una ruptura de la cápsula posterior; pero ninguna de estas tres se dio en este asunto. El único factor que pudo permitir la transmisión fueron los riesgos del desarrollo, ya que la esterilización completa del párpado es imposible, por lo que siempre queda un escaso margen de error en el que puede producirse la infección (el 0,07 a 0,031% que mencionábamos con anterioridad), que no sólo es remoto, sino también inevitable. Eso fue precisamente lo que le sucedió a la paciente, ésta sufrió un contagio inevitable a pesar de la utilización de cuantas medidas fueron necesarias, con la gravedad añadida de que la evolución negativa estaba prácticamente asegurada (en torno al 60% de los casos). El Tribunal Supremo se pronuncia en esta misma línea cuando afirma “Concluye desestimando la

¹⁴⁰⁵ Contaminaciones como la padecida por D^a. María Luisa son bastante remotas, hasta el punto de limitarse de un 0,07 a un 0,31%, con una posibilidad de ceguera en torno al 60% de los casos.

reclamación por "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 por el que se reclama (página 9 del expediente), por un lado, y la falta de prueba pericial- el informe facultativo aportado con la demanda carece del valor de tal- demostrativa de la etiología de la infección en el concreto caso planteado, conducen, por tanto, a la desestimación de la pretensión deducida, sin que, por lo demás venga en aplicación al caso el criterio sentado en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000 , citada por la parte demandante, en virtud del resultado de la prueba realizada en este proceso y de las particularidades que presenta (órgano afectado, fuentes de infección, etcétera) el supuesto en el mismo planteado"¹⁴⁰⁶.

8. En la cuarta resolución de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007¹⁴⁰⁷, D. Jose Enrique sufrió una punción accidental con un alambre en uno de sus ojos. Como consecuencia de la misma se provocó una herida corneal perforante y una catarata traumática. El paciente fue intervenido de urgencia para paliar la lesión sufrida, requiriendo para ello de dos cirugías, cuyos resultados fueron limitados, dado que había perdido el cristalino.

D. Jose Enrique tenía severas limitaciones visuales, por lo que se le recomendó someterse a un trasplante de cornea, que se produjo meses después y fue plenamente satisfactorio. A pesar de ello, el paciente comenzó a sufrir fuertes neuralgias, por lo que ante la sospecha de una posible infección, fue operado de manera urgente, practicándosele una vitrectomía en la que le fue hallada una infección por *stafilococcus aureus*, lo que provocó la pérdida total de visión de ese ojo, así como la imposibilidad de un nuevo trasplante.

D. José Enrique consideró, que de haberse adoptado las medidas de asepsia necesarias, la contaminación no habría llegado a producirse y con ella la pérdida de visión del ojo. No obstante, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en primera instancia, y parcialmente admitidas en apelación, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

¹⁴⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2004 ... *op. cit.* Idéntica dinámica es la seguida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de noviembre de 2008 (Sala Tercera, recurso 7408/2004, ponente Puente Prieto), en la que un paciente que se sometió a una intervención de una hernia de disco, se vio afectado por un germen de quirófano, que además de extraño, era prácticamente inevitable.

¹⁴⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007, Sala Primera, recurso 161/2000, ponente Xiol Ríos.

La semejanza entre este litigio y el anterior se encuentra en lo extraño de la infección y en la inexistencia de medios reales para evitarla. De los hechos se desprende que las posibilidades de que se produzca una infección ocular en un trasplante de cornea son muy limitadas, pero más si cabe que la evolución de la misma sea positiva, a pesar de que se adopten tratamientos de urgencia, que en este asunto concreto fueron de gran calado (cirugía).

Aunque resultaría de sumo interés conocer las argumentaciones del Tribunal Supremo a este respecto, al no pronunciarse sobre esta cuestión, sino sobre aspectos procesales, esto será imposible¹⁴⁰⁸.

9. El quinto litigio de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006¹⁴⁰⁹, sigue una línea diferente a la de los casos anteriormente analizados. En esta controversia D. Ángel Daniel, que padecía una hidatosis con afección ósea, por lo que se trataba de una enfermedad con largos años de evolución, se vio en la necesidad de someterse a varias intervenciones para mejorar su estado de salud. En total fueron cuatro las cirugías, cuya finalidad no era otra que drenar los quistes que tenía en los glúteos, considerando el paciente que la necesidad de cuatro

¹⁴⁰⁸ Esta controversia puede ser especialmente instructiva, no tanto por su relación fáctica, como por sus implicaciones doctrinales. No en vano, debemos tener presente que en muchas ocasiones la infección es un riesgo propio de la cirugía, tal y como GALÁN CORTÉS señala respecto de los gérmenes que el mismo enfermo porta en su organismo o en la herida a intervenir. Precisamente por esta cuestión este autor considera que este asunto habría tenido que reprocharse acudiendo a la Ley de Consumidores, por haberse vulnerado las legítimas expectativas de seguridad del servicio. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 5 de enero de 2007”... *op. cit.*; concretamente en página 1011. En una línea significativamente parecida se sitúa GIL MEMBRADO, cuando comentando este mismo litigio afirma “En el caso concreto abordado por la STS de 5 de enero de 2007, no queda probado en la instancia que el *stafilococcus aureus* sea un germen específicamente hospitalario o que la infección ocular sea causada por la omisión de medidas profilácticas o higiénicas. De las periciales se extrae que el hábitat de dicho germen es la piel y que no podía ser detectado sino mediante pruebas extraordinarias, en concreto, mediante un cultivo de la zona que se presume infectada. No obstante, la existencia de una <<probabilidad cualificada>>, lleva al Alto Tribunal a determinar la concurrencia de un <<nexo fenomenológico entre la actuación del servicio hospitalario y el daño producido>>, que considera suficiente para entender concurrente el nexo causal – de hecho demuestra que se encontraba en el hospital el hecho de que la bacteria se hubiera hecho resistente por la administración de antibióticos”. GIL MEMBRADO, Cristina, “La responsabilidad civil por infección nosocomial”, en *Actualidad de Derecho Sanitario* ... *op. cit.*; concretamente en página 434. Sigue una idea muy similar la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006 (Sala Tercera, recurso 1590/2002, ponente Herrero Pina) en la que un paciente sufre una infección de origen hospitalario no achacable al centro sanitario, por el simple hecho de que éste desplegó todas las medidas de asepsia necesarias. Algo parecido a lo que ocurre en los casos de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004 (Sala Tercera, recurso 2794/2000, ponente González Navarro) y de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 (Sala Tercera, recurso 204/2000, ponente Trillo Torres), resoluciones ambas en las que tras una cirugía ósea (sendas de reducciones de fractura) los pacientes desarrollan infecciones nosocomiales, que aunque de origen hospitalario, al haberse desplegado todos los medios necesarios (personal, material y en instalaciones), no cabe reproche alguno al centro sanitario.

¹⁴⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006, Sala Tercera, recurso 1891/2002, ponente Robles Fernández.

operaciones y no una, fue como consecuencia de que la primera se practicara en régimen ambulatorio. Ello comportó que desarrollase una infección, para cuyo tratamiento requirió un total de 3 actividades quirúrgicas más.

El paciente estimó, que de haberse adoptado unas cautelas mínimas en la práctica médica, como por ejemplo un ingreso, se habrían evitado las subsiguientes cirugías. Sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Comentábamos líneas atrás que se trata de un caso distinto a los anteriores, porque la cuestión litigiosa no es tanto el carácter evitable o inevitable de la infección, como la decisión tomada tras la actuación quirúrgica, de no procederse al ingreso del paciente. Considera D. Ángel Daniel, que el contagio no tuvo otra causa que no fuese esa, ya que las medidas de asepsia en su hogar no eran las de un centro hospitalario, y de ello derivó una contaminación que requirió de tres intervención para su sanación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se muestra contrario a esta idea, al no reprochar este asunto, por una cuestión especialmente llamativa: la inexistencia de una infección nosocomial. No llegó a ser probado que lo que hizo necesitar tres operaciones adicionales al enfermo fuese un contagio y no la propia evolución de la dolencia, es más, en ningún análisis posterior a la primera actividad quirúrgica se hallaron restos bacterianos. Si bien es cierto que se requirieron cuatro cirugías en lugar de una, ello fue consecuencia del estado en el que se encontraba la hidatosis que padecía el enfermo.

Dado que el Tribunal Supremo no llegó a aceptar la existencia de una infección, no se pronunció a este respecto¹⁴¹⁰.

10. La penúltima resolución de este apartado tiene una relación de hechos distinta a lo hasta ahora estudiado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005¹⁴¹¹. En esta controversia D^a. Rosario, una mujer de 28 años que se encontraba embarazada por primera vez, acudió al centro de salud más cercano a su localidad de residencia con síntomas de parto, y al observarse la inminencia del mismo (tan sólo quedaban cuatro días para la fecha estimada), se decidió la utilización de oxitocina para provocar el alumbramiento, requiriendo el feto de ventosa obstétrica,

¹⁴¹⁰ Idéntica situación es la que nos presenta la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2003 (Sala Tercera, recurso 4591/1999, ponente González Navarro) en la que una paciente sufre una complicación tras una cirugía que achaca a una posible infección, la cual realmente no fue probada porque no existió.

¹⁴¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005, Sala Tercera, recurso 7260/2001, ponente Gómez Navarro. Resolución también analizada desde el punto de vista del daño desproporcionado y el derecho de información, en los capítulos correspondientes.

pero naciendo éste en perfectas condiciones. En la revisión del canal posparto se observó un desgarro en cara la lateral y anterior izquierda, que se suturó. Pero el sangrado no cesó, por lo que se procedió a una nueva unión más cerrada, que tampoco arrojó resultados positivos. Hasta tal punto llegó la gravedad de la paciente, que requirió de la práctica de una histerectomía a los efectos de lograr la detención del sangrado, algo que mejoró su estado. No obstante, encontrándose la enferma en la unidad de cuidados intensivos sufrió un pico febril, así como hipertensión ocular con ocupación vítrea, por lo que ante la sospecha de una posible infección, se instauró un tratamiento conservador. En análisis posteriores se comprobó que D^a. Rosario se encontraba afectada de un *estreptococo agalactie*, un germen común que se encuentra en el 30% de las mujeres en edad fértil, cuyo resultado positivo no es sinónimo de enfermedad, ya que los hemocultivos son poco fiables durante las primeras 12 a 48 horas. Por lo tanto, la extirpación del útero fue la actuación más lógica ante la situación en la que se encontraba la paciente y no así la búsqueda de un germen. Como secuelas le restaron a la enferma la pérdida del útero y la visión de un ojo.

D^a. Rosario consideró que las medidas de asepsia no eran las suficientes y que, de haberse hallado con carácter previo la infección que padecía, ésta hubiese podido tratarse y ello habría evitado la pérdida del útero y la visión de un ojo. Su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

En este litigio la paciente se encontraba afectada por un germen, cuyo diagnóstico tardío provocó, no sólo la pérdida de visión de uno de los ojos de D^a. Rosario, sino también su esterilidad; todo ello teniendo presente que se trataba de una mujer joven, de 28 años. En principio nos encontraríamos ante los ingredientes básicos para un caso de infección hospitalaria susceptible de responsabilidad, pero la decisión del juzgador toma derroteros distintos. Esta opción jurisprudencial se basa en dos aspectos.

En primer lugar, aunque es cierto que D^a. Rosario estaba afectada por un *estreptococo agalactie*, también lo es que el origen de este germen no es hospitalario, tal y como se desprende de los hechos. Se trata de una bacteria que se encuentra en el organismo del 30% de las mujeres fértiles, algo que podría llevarnos a otra conclusión que podría abocar en un reproche: por qué, a sabiendas que podía darse esta situación, no se tomaron medidas añadidas. La respuesta es sencilla y es que parece ilógico tratar

con antibióticos de amplio espectro a todas las mujeres que dan a luz, únicamente porque tengan un porcentaje inferior al 50% de padecer una infección.

En segundo lugar, tenemos el problema de la detección de la infección, sobre lo que la paciente consideró que el diagnóstico fue muy tardío. A fin de no reprochar este aspecto, el Tribunal Supremo acude a la justificación de la urgencia. La paciente mostraba un sangrado severo, hasta el punto de que su vida peligraba, por lo que la actuación más lógica y recomendable era la práctica de una histerectomía. Fue precisamente esta actividad radical la que permitió que cesara el sangrado y se analizaran los síntomas con más calma.

Todas estas cuestiones, esto es, el carácter no hospitalario de la bacteria, la necesidad de acudir a la histerectomía y el obligado plazo de observación de los síntomas, hacen que el asunto no pueda ser indemnizado, tal y como de las palabras del Alto Tribunal se desprende “Tampoco concurrió el requisito de la rotura prolongada de bolsa (>24 horas), pues ya se ha especificado que decidida la inducción mediante oxitocina intravenosa comenzó a las 11.30 del día 20 de julio y terminó a las 23.15 horas del mismo día. Y de ningún modo queda constancia de la concurrencia de los otros requisitos exigidos. Lo anterior determina por tanto la desestimación de las tesis impugnatorias de la parte actora. Por otra parte, si bien no es posible descartar la existencia del germen al que se ha hecho referencia en el canal del parto si no se efectúan técnicas específicas de detección ha de tenerse en cuenta que, como igualmente se afirma en el Informe Pericial, este germen es común hasta en un 30% de las mujeres en edad fértil y su positividad no es sinónimo de patogeneidad. En este mismo sentido, se afirma que ante gestantes no controladas con desconocimiento de si es o no portadora -lo que no ocurre en el presente supuesto en donde consta que la paciente había estado periódicamente controlada durante su embarazo- la realización de técnica rápida de detección del antígeno en el frotis vaginal, que en todo caso tiene baja sensibilidad teniendo en cuenta que un resultado negativo no nos permitiría tampoco descartar la posible infección por este germen y los hemocultivos son poco efectivos para conocer los resultados en el momento, pues precisan de 12 a 48 horas de crecimiento y 24 horas más para la realización del antibiograma, caso de ser positivos. La conclusión a la que se llega en el Informe Pericial del especialista en Hematología que al preguntarse si una vez surgida la complicación de la CID [coagulopatía intravascular disfuncionada] son inevitables las consecuencias de la extirpación del útero y la afección ocular es que las complicaciones específicas serían difíciles de prever ya que las lesiones isquémicas en

la microcirculación pueden afectar a cualquier lugar del organismo. El hecho de que hayan aparecido secuelas en el ojo izquierdo tales como la lesión hemorrágica del vítreo con hipertonía ocular y endoftalmitis metastática no pasa de ser una posibilidad. Y referente a la extirpación del útero parece poder justificarse dicha opción terapéutica en el caso que nos ocupa, dada la revisión del canal del parto y la laparotomía exploradora efectuada. No existiendo en los Informes periciales pronunciamiento alguno en relación con la sepsis padecida por el hijo recién nacido, pues ninguna pregunta se les formuló al respecto por la parte actora que fue la que solicitó el recibimiento a prueba del actual litigio y la práctica de las periciales aludidas>>”¹⁴¹².

11. Algo similar es lo que ocurre en la última resolución a analizar, en la medida en que el germen cuenta con unas características similares, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2001¹⁴¹³. En este supuesto D. José Manuel se sometió a una intervención para tratar una hernia de disco que padecía, y a pesar de que la cirugía se desarrolló con plena normalidad, tras la misma el paciente comenzó a acusar severos dolores, que en un principio se achacaron a la propia operación. Con carácter posterior se tuvo conocimiento de que se trataba de una infección causada por un *stafilococcus epidermis*, un germen de origen cutáneo que le provocó una recuperación más lenta, pero que no supuso daño añadido alguno.

D. José Manuel estimó, que de haberse extremado las medidas de higiene del complejo hospitalario, no se hubiese visto afectado por la bacteria que le provocó una evolución lenta y dolorosa. Sin embargo, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en primera instancia, no así en el grado de apelación, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nos encontramos ante el escenario perfecto para que la infección sea reprochable, dado que un paciente se ve afectado por una bacteria, que si bien no le provocó lesiones añadidas, sí que le acarreó un periodo de recuperación más largo. El Tribunal Supremo adopta una posición contraria a esta idea, al señalar que la infección que sufrió D. José Manuel, la *stafilococcus epidermis*, no tiene origen en las instalaciones del centro sanitario, ni en el material, ni en el personal, sino única y exclusivamente en la piel del paciente. Las posibilidades de hallar este tipo de bacterias

¹⁴¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005 ... *op. cit.*

¹⁴¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2001, Sala Primera, recurso 567/1996, ponente Almagro Nosete.

en la piel son muy remotas y el tratamiento preventivo sería desmesurado, ya que entrañaría un importante coste sanitario y un exceso de medicación en los pacientes.

Aunque sería de sumo interés conocer las afirmaciones del Tribunal Supremo a este respecto, sus pronunciamientos se limitan únicamente a aspectos procesales que llevaron al Alto Tribunal a estimar el recurso interpuesto y considerar el supuesto no indemnizable.

V. CONCLUSIONES.

1. La opción de efectuar un examen conjunto de las dos figuras de este capítulo es fruto de una decisión pausada y sosegada, y no la consecuencia de una cuestión práctica o incidental. Del análisis tanto doctrinal como fenomenológico, se desprenden las similitudes, e incluso identidades, existentes entre ambas nociones; comenzando la primera y más importante en la responsabilidad objetiva.

2. La idea de la responsabilidad objetiva surge de la necesidad básica del Derecho de atender a los menesteres especiales de la sociedad. Una característica propia de nuestra ciencia es y ha sido siempre, la de perseguir los derroteros de la ciudadanía, pero jamás llegar a alcanzarla. Ese fue precisamente el problema con el que se encontró el Derecho ante las nuevas formas de daño que la realidad le presentó. Un ordenamiento jurídico diseñado para solventar conflictos entre particulares, era insuficiente para dar solución a algunos supuestos específicos y concretos.

3. De esta idea surgió la nueva visión de la responsabilidad civil, para la cual la mera existencia del daño era presupuesto suficiente para el reproche, quedando la labor probatoria en la parte generadora del perjuicio. El agente causante del problema adopta una actitud de aceptación respecto de un acto potencialmente dañoso para terceros, pero que le reporta importantes beneficios. Ante esta idea se parte de la hipótesis de que todo menoscabo causado en el curso de la actividad tiene su origen en ésta y que por ello el evento indemnizable debe ser reprochado, quedando en esta parte la carga probatoria de demostrar lo contrario.

4. Conseguir encajar esta idea en aspectos puntuales de la responsabilidad sanitaria (como las infecciones hospitalarias y las deficiencias asistenciales) no es una tarea sencilla. Esta construcción es inaplicable al concepto de acto médico, es decir, la actuación médica desarrollada por el personal sanitario en aras de restaurar o mejorar la salud de un paciente. No obstante, no ocurre lo mismo en otros aspectos de la actividad sanitaria, como lo es el ámbito hospitalario, esto es, la responsabilidad del centro.

5. Esta construcción sí que permite acudir a este concepto. Se trataría únicamente de enjuiciar supuestos de hecho en los que el daño haya venido provocado, no por una actuación médica, sino por una deficiencia del centro sanitario; que pueden ir desde la ausencia de material, que éste sea defectuoso, la inexistencia de personal o la

vulneración de las necesidades básicas en materia de higiene. Es precisamente en esta línea en la que cobra sentido nuestro trabajo.

En el concepto de funcionamiento anormal o normal, la responsabilidad civil gira en torno a que el centro sanitario no cumple las “legítimas expectativas” que debería, bien por ausencia de medios, de personal o por un funcionamiento incorrecto. De la lógica misma de la idea de la infección hospitalaria se desprende que su naturaleza es idéntica. Aunque algunos contagios son inevitables o tengan su origen en el propio paciente, la práctica totalidad tienen su razón de ser en una deficiente actuación del hospital, en lo que a mantenimiento e higiene se refiere.

6. Esta opción modificativa, que surgió como consecuencia de las vicisitudes que el “maquinismo” trajo al Derecho, años más tarde encontró su lugar en el campo sanitario. Del mismo modo que la actividad industrial debía responder de un daño provocado por no respetar las normas básicas de cuidado, otro tanto ocurre con los centros sanitarios, que se ven obligados a mantener un umbral mínimo de calidad que los Tribunales utilizan como línea divisoria a fin de reprochar los daños que se provocan cuando éste no se alcanza.

Capítulo IX
Wrongful Birth

A modo de introducción:

No se concibe un estudio completo de la responsabilidad civil sanitaria sin acudir a uno de sus conceptos más llamativos, controvertidos y también criticados: la figura de *wrongful birth*.

Las incógnitas que se plantean en torno a esta noción son tales, que no parece extraño que los errores se sucedan sin aparente solución. Tanto los problemas éticos y morales que sobrevuelan esta construcción doctrinal en todos sus aspectos, como las cuestiones técnicas como el daño o la relación causal, hacen que la idea de *wrongful birth* se vea envuelta por un cúmulo de interrogantes; aspecto además agravado por el escaso número de resoluciones que se han dictado en la materia. La pretensión de este capítulo es aclarar, en la medida de lo posible, algunas de las controversias que giran alrededor de este tema, para que pueda encontrarse una línea general en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que permita dilucidar los pormenores de este concepto.

Con esa intención, tras una breve introducción conceptual y del origen de *wrongful birth*, se efectúa una distinción de esta materia respecto de ideas afines que puedan generar algún tipo de confusión. A continuación se tratará la cuestión de la legitimación en la figura, seguida por el siempre polémico daño, a fin de acabar con un estudio sobre la relación causal, que dará pie al análisis fenomenológico.

1. Concepto.

1. La construcción doctrinal de *wrongful birth* es una noción de corte jurisprudencial, joven y polémica, que ha seguido una trayectoria errante tanto en la dogmática como en la jurisprudencia; no en vano, la primera idea que nos suscita es la de “nacimiento injusto”, un concepto con una importante carga ética y moral.

Esta figura parte de una acción judicial que ejercitan los padres de un niño contra un centro sanitario o profesional médico en concreto, por haberse visto imposibilitados para acudir a la interrupción voluntaria del embarazo, con motivo de taras físicas o psíquicas en el feto; pudiendo éstas ser detectadas en pruebas prenatales. Esta definición engloba el escenario básico de la idea, al que pueden incorporarse múltiples variantes, desde la práctica defectuosa de una actividad diagnóstica, hasta la omisión de un dato que apunta a una posible anomalía genética; pasando por la simple negligencia en la custodia de las muestras obtenidas.

Una máxima que debe estar presente en esta noción es que la enfermedad que padece el menor es inherente a la concepción misma, esto es, la actuación sanitaria no la ha provocado, sino que se ha limitado a no diagnosticarla.

2. MACÍA MORILLO define este concepto como “... la reclamación de responsabilidad que interponen uno o ambos progenitores, en la que solicitan la reparación de un daño consistente en la privación de la facultad de decisión, así como en los gastos unidos al nacimiento del niño”¹⁴¹⁴.

GALÁN CORTÉS estructura de forma clara y ordenada esta construcción doctrinal, por lo que su exposición es una de la más idóneas a los efectos comprender esta noción “En la acción de *wrongful birth* los progenitores, actuando en su propio nombre y derecho, alegan que, al no haberse detectado (bien por error en el diagnóstico o por no aconsejar sobre la conveniencia de llevarlo a cabo) o no habérseles informado en momento oportuno (aun sin haber error de diagnóstico, no se comunica éste en tiempo y

¹⁴¹⁴ Añade esta autora que todas las acciones de *wrongful birth* encierran una importante repercusión moral y ética, dado que sobrevuelan sobre la idea de que los padres hubiesen preferido no tener un hijo a que éste se encuentre enfermo. La coyuntura que subyace bajo esta figura es que “es mejor no vivir que vivir en condiciones enfermas”. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)* ... op. cit., páginas 80 y 86.

debida forma) sobre la posibilidad de que la madre concibiese un niño con malformaciones, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre el procrear o no, o sobre si dar lugar o no al nacimiento”¹⁴¹⁵.

EMALDI CIRIÓN acude a una descripción más concisa de esta idea “...se trata de una demanda que entablan los padres del niño contra el médico que no detectó en un diagnóstico prenatal la afección fetal o que, incluso, no les propuso someterse a las pruebas diagnósticas oportunas...”¹⁴¹⁶.

Conviene mencionar la interpretación que ROTH hace de la figura de *wrongful birth*. Éste se pronuncia en la misma línea que los anteriores autores y resulta igualmente clarificador cuando señala “The claim of “wrongful birth” is advanced by the parents of a child born with genetic defects wherein a physician or technician, for example, failed to order, carry out, or interpret appropriate tests during the pregnancy that would have disclosed the presence of the defect, allowing the physician or technician to inform the parents of its presence”¹⁴¹⁷.

3. De las tesis destacadas se desprenden aspectos clave que precisan el concepto de esta categoría jurídica y matizan sus diversas vertientes. La acción de *wrongful birth* parte del nacimiento de un niño con graves malformaciones, no habiendo sido ninguna de ellas descubierta durante la gestación, a pesar de que era posible. Esta omisión se traduce en una falta de información que impide a los padres decidir libremente entre continuar o interrumpir el embarazo. En relación a esta última afirmación, conviene aclarar que el litigio promovido por los progenitores recibe el nombre de *wrongful birth*, mientras que si el recurrente es el propio hijo afectado, la acción pasa a denominarse *wrongful life*¹⁴¹⁸.

¹⁴¹⁵ GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 76, 2008, pps. 279 a 290; concretamente en página 286.

¹⁴¹⁶ EMALDI CIRIÓN, Aitziber, “La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos”, en *Diario La Ley*, nº 5, 2001, pps. 1602 a 1612; concretamente en página 1605.

¹⁴¹⁷ ROTH, Robert, “Congenital disabilities and the Law”, en *Clinics in perinatology*, nº 34, 2007, pps. 263 a 273; concretamente en páginas 264 y 265.

¹⁴¹⁸ La variante de *wrongful birth*, conocida como *wrongful life*, es una construcción doctrinal muy controvertida, en gran medida porque se esgrime como daño “el derecho a no haber nacido”. Tomando como base el mencionado hecho indemnizable, su aceptación no sólo es difícil, sino prácticamente inconcebible. Ahora bien, a pesar de la polémica ante la que nos encontramos, esta figura ha sido estimada por algunos Tribunales, bien intencionadamente, bien por descuido; como veremos que ha ocurrido en nuestro país, al llegar a admitirse demandas conjuntas de *wrongful birth* y *wrongful life*, precisamente por no diferenciarse las partidas indemnizatorias. Aunque no procede que nos detengamos excesivamente en esta cuestión, sí que cabe incidir en la frase clave “derecho a no haber nacido”, pues puede no ser el único daño de este concepto. De esta misma opinión se muestra DE ÁNGEL YÁGÜEZ cuando señala “Si lo que se invoca es que *habría sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones en que lo hace*, me parecen fundados los argumentos por los que la demanda se desestima. Cuestión distinta es que el hijo demandante reclame la reparación de los daños económicos que acarrea su

Conviene destacar que el elemento clave de la construcción doctrinal de *wrongful birth*, no reside tanto en el desconocimiento del estado de salud del *nasciturus* (por una razón u otra), como en la limitación de opciones que sufren sus padres, al ignorar la dolencia que afecta a su futuro hijo¹⁴¹⁹.

2. Origen.

1. El origen de este concepto de *wrongful birth* se encuentra en la jurisprudencia de Estados Unidos, en el caso *Gleitman vs. Cosgrove*, de la Corte de Nueva Jersey (1967). Una mujer se contagió de rubéola el segundo mes de su gestación y como consecuencia de ello dio a luz a un niño con graves problemas de salud. Dado que en ningún momento se le informó sobre el efecto que la rubéola podía tener en el feto, promovió la primera acción judicial en esta materia, al considerar que no se le había dado la oportunidad de interrumpir el embarazo. Sin embargo, el asunto no fue indemnizado porque el Tribunal estimó que el daño invocado era abstracto y no cuantificable, y por ende no indemnizable. Asimismo, otro de los motivos esgrimidos fue la imposible valoración de este tipo de litigios, por ser contrarios a “la santidad de la vida”¹⁴²⁰.

Fue necesario aguardar hasta la década de los años setenta a fin de ver admitida una controversia de *wrongful birth*. Esto ocurrió también en Estados Unidos, en el caso *Becker vs. Schwartz*, de la corte de New York (1978). Se trataba de una mujer con alto riesgo de concebir un hijo aquejado de síndrome de *Down* por su avanzada edad, aspecto sobre el que no fue informada. El triste desenlace se tradujo en el nacimiento de un niño enfermo de la trisomía del cromosoma 21, que llevó a la madre a iniciar una acción judicial para ser indemnizada por el daño sufrido, traducido en el

vida enferma. Si es esto lo que ocurre, no veo razones de peso por las que la demanda haya de ser desestimada”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “*wrongful birth*”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, en *Revista de Derecho y genoma humano*, nº 17, 2002, pps. 179 a 202; concretamente en página 191.

¹⁴¹⁹ ALISTE SANTOS se hace eco de esta situación al aseverar “El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia. No obstante, debido tanto a la escasez de los fallos como a los pronunciamientos diametralmente distintos, no podemos hablar de una jurisprudencia francamente favorable a la consolidación de estas demandas, ni tan siquiera de una línea jurisprudencial clara, reinando sobre el asunto la contradicción de sentencias, que no aporta sino incertidumbre y dudas”. ALISTE SANTOS, Tomás – Javier, “El *favor nascituri* y su aplicación por el Juez ante las demandas de *wrongful life* y *wrongful birth*”, en *Práctica de daños: Revista de responsabilidad civil y seguros*, nº 49, 2007, pps. 5 a 17; concretamente en página 7.

¹⁴²⁰ Conviene añadir sobre este asunto, que no sólo fue pionero en materia de *wrongful birth*, sino que también lo fue en *wrongful life*, al ser demandantes de la acción tanto la madre como el hijo.

desconocimiento de la posibilidad de tener un hijo enfermo. El Tribunal dictaminó a su favor, pero sin aludir a gastos especiales más allá de los propios del daño moral y los específicos del embarazo (lucro cesante).

2. En nuestro caso hubo que esperar al año 1997 para que se enjuiciara el primer litigio de *wrongful birth*, concretamente a la sentencia de 6 de junio de 1997¹⁴²¹. Aunque esta resolución será comentada en el apartado correspondiente, conviene repasar brevemente los hechos de la misma. Se trataba de una mujer cuyo embarazo fue calificado de alto riesgo, porque ya había dado a luz a otro hijo con síndrome de *Down*, por lo que se le aconsejó que se sometiese a una amniocentesis, dadas sus circunstancias. Se le practicaron no una, sino dos de estas pruebas, por ser la primera defectuosa. A pesar de su predisposición, la segunda de ellas también fue infructuosa, pero en esta ocasión la paciente no fue informada. Para cuando ésta tuvo conocimiento de las circunstancias de la actividad diagnóstica, se había sobrepasado el plazo legal para el aborto por motivos terapéuticos.

¹⁴²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997, Sala Primera, recurso 165/1993, ponente Sierra Gil de la Cuesta. Dado que se trata de la primera resolución dictada en esta materia, conviene mencionar que la primera vez que un órgano judicial se pronunció sobre esta cuestión, que fue este mismo asunto, fue el 10 de junio de 1991, en el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valencia.

II. CONCEPTOS AFINES A LA FIGURA DE *WRONGFUL BIRTH*.

Existe un pequeño número de construcciones jurídicas muy similares a la de *wrongful birth* que pueden dar lugar a equívoco, por lo que conviene analizarlas brevemente para evitar confusiones.

1. *Wrongful life*.

El ya mencionado concepto de *wrongful life* es tan similar al de *wrongful birth*, que es habitual que ambos sean estudiados de manera conjunta.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ define esta noción como “En la acción de *wrongful life*, en cambio, el hijo demandante argumenta que, <<de no haber sido por>> el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad”¹⁴²².

Las semejanzas entre ambas ideas son manifiestas, hasta el punto de que sólo existe un aspecto que las diferencia: el actor. En los supuestos de *wrongful life* es el propio hijo, quien una vez alcanzada su mayoría de edad, inicia un proceso judicial contra el médico que no le diagnosticó del padecimiento que le aquejaba en el útero materno, alegando su “derecho a no haber nacido”¹⁴²³. Huelga destacar que si la figura de *wrongful birth* es polémica, el grado de controversia se incrementa cuando se pretende hacer valer el derecho de alguien a no haber nacido.

Toda esta polémica tiene como resultado el rotundo rechazo hacia este concepto por la práctica totalidad de ordenamientos jurídicos, desde la primera ocasión en la que fue invocado ante un Tribunal, en el ya mencionado asunto *Gleitman vs. Cosgrove*, en el que se inició tanto una acción de *wrongful birth* como de *wrongful life*.

¹⁴²² DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos”, en MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luis y DE LORENZO, Ricardo (Directores), *Derecho Médico* (tomo I), Colex, Madrid, 2001, pps. 93 a 195, página 117.

¹⁴²³ PACHECO JIMÉNEZ define esta construcción doctrinal como “La acción de *wrongful life* es aquella demanda judicial que interpone en su propio nombre el hijo – o sus representantes legales – que ha nacido con algunas enfermedad o anomalía congénita contra el médico solicitando una reparación por el daño que experimenta: su propia vida”. PACHECO JIMÉNEZ, M^a. Nieves, “El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal: acciones de <<*wrongful birth* y *wrongful life*>>”, en CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pps. 1801 a 1812, página 1809.

No obstante lo señalado, existen grietas en ese muro de contención creado por la jurisprudencia y la doctrina, entre las que se han colado litigios, que no sin repercusión, han sido estimados. Un ejemplo emblemático es el del caso *Perruche*, un supuesto de *wrongful life* que llegó a la *Cour de Cassation* francesa, dando lugar a una extraordinaria polémica. Una mujer se contagió de rubéola durante su embarazo, porque su hija la padeció en esa época. Conociendo el riesgo que esta enfermedad podía tener para el feto, se sometió a las pruebas pertinentes a fin de conocer si ella también se había infectado, ya que de ser así procedería a la interrupción del embarazo. Aunque la paciente estaba contagiada, se le notificó lo contrario, así como que el feto estaba sano. Dados los alentadores resultados obtenidos, ésta continuó con su embarazo, dando a luz a un niño gravemente enfermo. Años después los padres del menor, Nicolás, demandaron a los responsables del diagnóstico erróneo, viendo sus pretensiones admitidas e indemnizadas. Pasado un tiempo de esta resolución, y con la finalidad de asegurar que Nicolás estuviese atendido durante toda su vida, sus padres iniciaron una nueva acción judicial, pero en esta ocasión en nombre de su hijo (es decir, se pretendía indemnizar al menor por el hecho de haber nacido), que corrió la misma suerte que la anterior, estimándose el día 17 de noviembre del año 2000 por la *Cour de Cassation* francesa. La trascendencia del caso fue inmediata y los colectivos médicos se hicieron eco de ello, hasta tal punto, que la Asamblea francesa vio la necesidad de reunirse y poner fin a la doctrina *Perruche* el día 10 de enero de 2002. Se estableció la premisa por la cual nadie puede beneficiarse de un perjuicio que tenga origen en su propio nacimiento, esto es, nadie puede ser indemnizado por nacer, independientemente de sus circunstancias¹⁴²⁴.

¹⁴²⁴ Nótese además la incorrecta decisión de acudir a ambas ideas, ya que una excluye a la otra. No en vano, es una condición *sine qua non* para el ejercicio de la figura de *wrongful life*, que los padres de esta persona no hayan acudido en su momento a la acción de *wrongful birth*, algo que sí ocurrió en este asunto. El continente europeo, en su práctica totalidad, sigue esta misma línea de repulsa hacia cualquier intento de admisión de supuestos de *wrongful life*. Existe una excepción en Holanda, donde los casos de *wrongful life* sí son aceptados, pero por una cuestión terminológica y conceptual, ya que en este país *wrongful life* se traduce como *wrongful birth*, por lo que en realidad la indemnización no se otorga al nacido enfermo. ROMERO COLOMA apunta hacia dónde debería dirigirse la justificación del daño en los asuntos de *wrongful life*, a fin de que éstos fuesen indemnizados: la opción más correcta no es pretender indemnizar la vida, sino la vida enferma. ROMERO COLOMA, Aurelia María, “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 722, 2010, pps. 2559 a 2608; concretamente en página 2570. No podemos cerrar esta nota a pie sin mencionar pequeños descuidos y olvidos de los Tribunales españoles en los que acciones de *wrongful birth*, que tienen como actores a los padres del menor, en nombre propio y en representación del mismo, son estimadas sin distinción alguna entre los sujetos activos; provocando la admisión de supuestos de *wrongful life*. No obstante, estas resoluciones no dejan de ser anecdóticas, porque el juzgador no se pronuncia sobre esta noción, lo que evidencia, como hemos señalado al principio, que se trata más de una indiscreción que de una intención. Ejemplos de estos

2. *Wrongful conception o wrongful pregnancy.*

En segundo lugar está el concepto de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*. A pesar de la semejanza léxica que comparten ambas figuras, lo cierto es que éstas son muy dispares entre sí, ya que la problemática del supuesto de hecho no gira en torno al nacimiento de un niño con graves afecciones físicas o psíquicas, sino sobre la concepción y posterior alumbramiento de un hijo sano pero no deseado; previa práctica de una esterilización quirúrgica (vasectomía o ligadura de trompas). Es decir, se trata de un embarazo no deseado tras una esterilización, que tenía precisamente esa finalidad, evitar una concepción.

Esta figura, aunque pueda parecer controvertida, goza de una amplia aceptación en nuestros Tribunales, requiriendo para su admisión únicamente la diligencia del paciente en sus actuaciones (proceder de acuerdo a las prescripciones médicas, etc.) y que en la actividad sanitaria haya mediado algún tipo de omisión negligente, bien en materia informativa, bien en la práctica de la intervención.

3. Lesiones al feto.

En tercer lugar se encuentran los supuestos de hecho en los que nace un niño con importantes taras, tanto físicas como psíquicas, pero que tienen un origen distinto al de los casos de *wrongful birth*. La causa de las lesiones no es la propia concepción, sino un acto médico. Ahora bien, no se trata de un concepto como el del tipo penal de lesiones al feto, sino que es una figura más amplia que engloba las lesiones preconceptivas, las que se irrogan durante la gestación y las que pueden provocarse en el propio parto.

Se trata de una construcción doctrinal que envuelve por un lado aquellos perjuicios que son causados, al padre o a la madre, con carácter previo a la concepción y que acarrearán una enfermedad o tara al futuro feto; y por otro lado los menoscabos directamente ocasionados al *nasciturus* en formación, bien en una intervención, bien en una prueba o incluso en las actuaciones dirigidas a una interrupción voluntaria del embarazo. Finalmente se encuentran aquellos daños que se producen al feto en el

pequeños errores son la sentencia del Tribunal Supremo 18 de diciembre de 2003 (Sala Primera, recurso 776/1998, ponente Corbal Fernández) y la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006 (Sala Primera, recurso 3337/1999, ponente Seijas Quintana), entre otras.

momento mismo de su nacimiento (fórceps, vueltas de cordón umbilical, sufrimiento fetal, etc.).

4. Procreación irresponsable.

En cuarto lugar tenemos la construcción doctrinal relativa a la procreación irresponsable. Este concepto es especialmente complejo, al consistir en una acción judicial iniciada por un hijo contra sus propios progenitores, cuyas actuaciones han dado lugar a que éste se encuentre afectado por una malformación o una enfermedad. El escenario requiere que el padre o la madre (o ambos), por su actuación irresponsable durante el embarazo o la concepción (consumo de sustancias, falta de adopción de cautelas, etc.), expongan a su prole, traduciéndose ello en consecuencias tras su nacimiento.

Otra situación sería la de aquellos padres, que aun conociendo que su futuro hijo se encuentra afectado por una enfermedad tratable en el claustro materno, rechazan cualquier posibilidad de sanación.

Por último se nos presenta el contexto de las dolencias hereditarias o contagiosas, supuesto de hecho en el que uno o los dos ascendientes, o son portadores, o están aquejados de una patología, a pesar de la cual deciden procrear. Ello provoca que su descendencia nazca enferma de la misma afección que ellos padecen.

La complejidad de esta noción se desprende de su propia naturaleza, al ser una acción que un hijo ejercita contra sus propios padres. Las consecuencias éticas y sociales de esa idea son importantes, y quizás precisamente por ello, esta construcción es prácticamente desconocida en la jurisprudencia internacional y aún no se ha llegado a invocar ante nuestros Tribunales.

5. *Disadvantaged o dissatisfied life.*

La última de las ideas afines a la de *wrongful birth* es todavía más llamativa que la inmediatamente estudiada, nos referimos al concepto de *disadvantaged* o *dissatisfied life*. Estas construcciones doctrinales siguen la misma línea que la anterior, en la medida en que vuelve a ser el hijo el que demanda a sus progenitores, con la especialidad de que en esta ocasión el motivo es diferente. El actor nace sano y sin problemas de salud destacables, por lo que su pretensión indemnizatoria se fundamenta en el hecho de

haber nacido en un entorno poco apropiado, bien por condiciones raciales, bien económicas o políticas. Éstas le han privado de una infancia normal, por haber sufrido exclusión social o penurias¹⁴²⁵.

¹⁴²⁵ Un ejemplo clásico de esta categoría jurídica es el litigio *Zepeda vs. Zepeda* (1963), en el que un niño demandó a su padre por haber nacido ilegítimo. Éste había mantenido relaciones con su madre, con la promesa de un futuro matrimonio que no se produjo jamás, algo que obligó al menor a vivir estigmatizado por su condición extramatrimonial. PACHECO JIMÉNEZ, Nieves, “Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica”, en *Facultad de ciencias sociales de Cuenca*, nº 2, 2011, pps. 1 a 16; concretamente en página 6.

III. LA LEGITIMACIÓN EN LA FIGURA.

1. La acción de *wrongful birth* únicamente puede ser ejercitada, bien por ambos progenitores (conjuntamente), bien por la madre en solitario; pero nunca por el padre, ya que éste no tiene capacidad procesal para ser el actor de la misma.

La justificación de esta cuestión es sencilla, el aborto es una práctica, que de acudir a ella, es inherente a la mujer; se trata de una decisión exclusiva y personalísima de la misma, y por lo tanto intransferible. Esta afirmación nos lleva a la conclusión de que, dado que la esencia del concepto de *wrongful birth* gira en torno a la lesión del derecho a la información, dirigido hacia una eventual interrupción del embarazo, la decisión de pretender una indemnización sólo puede ser de la madre, al ser ésta la única que ha visto lesionado su derecho¹⁴²⁶.

El Tribunal Supremo no admite réplicas a esta cuestión, a pesar de que no existen muchos ejemplos que puedan ilustrarnos. Tan sólo contamos con una única resolución en la que fue un padre el que pretendió la indemnización, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007¹⁴²⁷. En este litigio la iniciativa la adoptó el padre de la criatura, que fue inadmitida precisamente por falta de litisconsorcio activo necesario. El juzgador consideró que la interrupción del embarazo es una facultad propia e intransferible de la mujer, y al derivar la idea de *wrongful birth* de ésta, no puede ser ejercida por nadie que no sea ella misma, o en su defecto por los dos progenitores, pero nunca por el padre en solitario¹⁴²⁸.

2. Existe no obstante una fuerte polémica, no tanto sobre las personas legitimadas para ejercitar la acción, sino sobre las que pueden solicitar una

¹⁴²⁶ MACÍA MORILLO apunta que el daño en la idea de *wrongful birth* se divide entre el feto y la madre, por lo que el estado civil de ésta es irrelevante. Ahora bien, no hay que confundir esta cuestión, esto es, el hecho de que en la construcción doctrinal los únicos legitimados sean madre e hijo, con que el padre, así como el resto de la familia, no puedan ser indemnizados en relación a otros daños relacionados con el concepto (shock psicológico, daño moral, etc.). MACÍA MORILLO, Andrea, “El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 23, 2011, pps. 83 a 98; concretamente en página 85.

¹⁴²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007, Sala Tercera, recurso 92/2007, ponente Puente Prieto.

¹⁴²⁸ Concretamente señala el Tribunal Supremo a este respecto “...la facultad de optar por la interrupción del embarazo constituye, en circunstancias normales, un derecho personal e intransferible de la madre, conforme resulta del artículo 5 de la Ley General de Sanidad, artículo 417 bis del Código Penal y 9 del Real Decreto 2.409/86 y fundamento decimotercero de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1.985, lo que se convierte en obstáculo para la reclamación formulada con carácter exclusivo por el padre con dicho fundamento...”.

indemnización, es decir, los terceros afectados. Nos referimos a los parientes próximos al menor, como lo pueden ser los hermanos y los abuelos.

A fin de esclarecer si estos familiares cercanos pueden ser incluidos en la reclamación, es necesaria la existencia de un daño personal o patrimonial en su vida, algo que en principio se presume con los padres, al suponerse este dolor y sufrimiento moral, así como el menoscabo patrimonial.

Autores como ROMERO COLOMA califican esta situación de hecho como una “reclamación del daño de rebote”, cuyo fundamento no es el parentesco, sino la incidencia que la enfermedad del nuevo ser pueda tener en la esfera personal y patrimonial de terceros que cohabiten con él¹⁴²⁹. Imaginemos por ejemplo hermanos o abuelos que convivan con esta persona afectada por graves dolencias, la repercusión que pueda tener en la vida diaria y el impacto psicológico y moral que puede entrañar, son indiscutibles. Es habitual, y de hecho existen muchos ejemplos jurisprudenciales de reclamaciones conjuntas de los padres en nombre propio y en el de sus hijos menores (hermanos del afectado), tomando como base precisamente, estas circunstancias antedichas.

¹⁴²⁹ ROMERO COLOMA, Aurelia María, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)” ... *op. cit.*; concretamente en página 2569.

1. El nacimiento de un hijo como daño.

1. Lo primero a destacar sobre el daño en la noción de *wrongful birth* es que éste jamás puede fundarse en el nacimiento de un hijo, independientemente del estado de salud del mismo. Esta afirmación conforma un principio básico ampliamente desarrollado y aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Todo ello, a pesar de que la primera resolución que se dictó en la materia, la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997, parece señalar lo contrario; en la medida en que en sus argumentaciones podía entreverse que el Alto Tribunal traducía el principal perjuicio del supuesto de *wrongful birth*, precisamente en el nacimiento de un hijo enfermo¹⁴³⁰. No es necesario tener que aludir a conceptos como la “santidad de la vida” o “que la bendición del nacimiento de un hijo traslapa todo tipo de daños inherentes al mismo”, para negar cualquier posibilidad de que el nacimiento de un hijo pueda equipararse a un daño¹⁴³¹. Tan sólo debemos acudir a la dignidad de la persona, a los efectos de considerar imposible dicha opción dañosa.

De esta opinión se muestra ALISTE SANTOS al pronunciarse sobre esta cuestión “En definitiva, de los argumentos expuestos se deduce, que en nuestro sistema jurídico vigente no hay margen para la aceptabilidad de las pretensiones en que se fundamentan las demandas de *wrongful life* y *wrongful birth*. Y esto, siempre que se invoque la posibilidad de abortar como interés jurídico lesionado y el daño sea el hijo tarado o malformado genéticamente”¹⁴³². Entiende este autor, compartiendo su criterio con la doctrina mayoritaria, que considerar el nacimiento de un hijo como un daño, supondría la inviabilidad de las acciones de *wrongful birth*. Parte de la idea de que no existe

¹⁴³⁰ Concretamente señala esta resolución “... un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el síndrome de Down (mongolismo); lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales”. No obstante, autores como DE ÁNGEL YÁGÜEZ estiman que la intención del juzgador no era la de afirmar que el daño de la controversia era el nacimiento de un hijo enfermo. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)”, en *Revista de Derecho y genoma humano*, nº 4, 1996, pps. 105 a 117 y “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)”, en *Revista de Derecho y genoma humano*, nº 5, 1996, pps. 141 a 156.

¹⁴³¹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado”, en *Revista Española de Seguros*, nº 57, 1989, pps. 47 a 87.

¹⁴³² ALISTE SANTOS, Tomás – Javier, “El *favor nascituri* y su aplicación por el Juez ante las demandas de *wrongful life* y *wrongful birth*” ...*op. cit.*; concretamente en página 15.

conexión causal cuando se argumenta que el perjuicio tiene como fundamento el nacimiento de un niño con taras que se desconocían. Sin embargo, matiza que el nexo causal es robusto cuando el menoscabo que se baraja es la vulneración del derecho de información¹⁴³³.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ sigue una línea argumentativa muy similar a la del anterior autor, al apuntar que el objeto de indemnización no es el nacimiento de un niño, ya que ninguna persona puede ser un daño en sí misma. Ahora bien, el perjuicio económico que puede ocasionar el nacimiento de un ser enfermo, sí que puede considerarse un menoscabo, siempre y cuando la afección fuese desconocida, como consecuencia de una información deficiente¹⁴³⁴.

VIVAS TESÓN por su parte, rechaza cualquier pretensión indemnizatoria fundamentada en el nacimiento de una persona, basándose para ello en el principio de la dignidad de la misma y en su libre desarrollo de la personalidad¹⁴³⁵.

SALÀS DARROCHA descarta cualquier alusión a un “derecho a la calidad de vida”, por su abstracción. Admitiendo no obstante partidas económicas adicionales, como el coste añadido de la crianza del hijo enfermo¹⁴³⁶.

PÉREZ – TENESSA se pronuncia de forma más drástica cuando enuncia, que al encontrarse los padres obligados a soportar este tipo de contingencias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 154.1 del Código Civil, el nacimiento de un niño enfermo no puede ser un daño¹⁴³⁷.

2. A pesar de que no existe una teoría constante y pacífica sobre cuál es el perjuicio a indemnizar, se ha podido apuntar una hipótesis más o menos aceptada por la

¹⁴³³ Aboga este autor por amoldar nuestra legislación a la *Loi n° 2002 – 2003 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* francesa, por la cual se garantiza el resarcimiento de las anomalías que son consecuencia de una vulneración del derecho de información, pero no tomando como base el daño moral sufrido por los padres, sino la omisión informativa misma.

¹⁴³⁴ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “*wrongful birth*”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”...*op. cit.*

¹⁴³⁵ VIVAS TESÓN, Inmaculada, “Responsabilidad médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial”, en *Revista de Derecho patrimonial*, n° 11, 2003, pps. 403 a 416; concretamente en página 408.

¹⁴³⁶ SALÀS DARROCHA, Josep Tomàs, “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción Contencioso – Administrativa”, en *Actualidad Administrativa*, n° 22, 2005, pps. 2692 a 2711; concretamente en página 2701.

¹⁴³⁷ PÉREZ – TENESSA, Antonio, “Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad”, en *Revista de Administración pública*, n° 154, 2001, pps. 47 a 62; concretamente en páginas 55 y 56. LENOIR, por su parte, nos ofrece una visión comparativa con la jurisprudencia francesa por la cual, aunque ésta también es firme en este aspecto, matiza que cabe la concurrencia de supuestos especiales, en los que el fracaso de un aborto sí puede ser un daño, pero no lo especifica. LENOIR, Noëlle, “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países (y II)”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 3, 1995, pps. 127 a 148; concretamente en página 144.

práctica generalidad de la doctrina, por la cual el nacimiento de un niño no puede considerarse un daño. Es posible que el consenso radique precisamente en este punto concreto, en no admitir la posibilidad de estimar el nacimiento de una persona como un perjuicio, no siendo necesaria una doctrina unánime sobre las demás partidas indemnizables, ya que éstas pueden ser múltiples. Una muestra de ello son las posturas eclécticas que pueden adoptar los Tribunales ante el enjuiciamiento de las controversias que ahora estudiamos¹⁴³⁸.

2. El derecho a la información.

1. Descartada cualquier opción de acudir a la primera vertiente del daño mencionado, el derecho a la información se presenta como una de las vías de indemnización más plausibles.

A una paciente se le priva de una información necesaria, que en función del caso concreto, incide de una forma u otra, pero el resultado final es siempre el mismo: una omisión informativa.

El defecto de información puede tener su origen, bien en posibles actividades diagnósticas a practicar, que en el supuesto específico fuesen recomendables, bien en la frustración de una prueba desplegada, etc.

Esta desinformación provoca que la paciente sea incapaz de tomar una decisión razonada y coherente con sus principios, dado que cualquier resolución que adopte se encontrará ofuscada por el desconocimiento que padece. Ello provoca una vulneración de la dignidad de la persona, al atentarse contra el artículo 15 de la Constitución, que recoge el derecho a la libre procreación.

3. La pérdida de oportunidad.

1. Parte de la doctrina considera que una de las vertientes dañosas de la figura de *wrongful birth* es la pérdida de oportunidad. Aunque no procede la elaboración de un

¹⁴³⁸ Sobre este punto concreto se pronuncian KLEIN y MAHONEY cuando señalan “Damages have been awarded based on varying combinations of the expenses that are directly attributable to the physician’s negligence. These include the costs incurred solely as a result of the child’s disability. In some jurisdictions, damages have been awarded to the parents for emotional pain and suffering. A court may also permit a damage award for emotional injuries but must offset them with an estimate of the disabled child’s positive value to the family. The law in this area can be murky and varies based on the estate in which a provider practices”. KLEIN, Roger D. y MAHONEY, Maurice J., “Medical legal issues in prenatal diagnosis”, en *Clinics in perinatology*, nº 34, 2007, pps. 287 a 297; concretamente en página 294.

análisis exhaustivo de este concepto, ya que ha sido objeto de examen en un capítulo *ad hoc*, sí que conviene efectuar un breve inciso.

La pérdida de oportunidad (*perte de chance*) se entiende como una suerte de suma y resta aritmética de oportunidades. La idea es sencilla, ante una posibilidad de curación o mejora, un elemento azaroso irrumpe en la actividad médica, provocando que ésta no pueda desplegarse completamente, o simplemente que nada pueda hacerse; con severas consecuencias para el paciente.

2. Existe un elemento clave en esta construcción doctrinal: la incertidumbre. Se desconoce si el paciente, de someterse a la práctica médica debida, habría podido ser diagnosticado o tratado. No obstante, hay un aspecto claro: éste se ha visto prácticamente condenado, al limitarse sus posibilidades de tratamiento a cero.

Un importante sector doctrinal considera que en los litigios de *wrongful birth* el daño puede traducirse en una pérdida de oportunidad, no en vano el escenario del que se parte es similar. Un feto se encuentra aquejado de una enfermedad que no se conoce hasta el momento mismo de su nacimiento, a pesar de que podía ser diagnosticada durante la gestación. Esta situación viene provocada por una omisión informativa, debido a la cual la madre no tiene posibilidad alguna de someterse a una prueba esclarecedora.

El grado de incertidumbre es semejante, ya que se ignora si de haber sido los padres informados sobre esta sospecha de enfermedad, se hubiesen sometido a una prueba prenatal, y de haberlo hecho, si habrían acudido a la interrupción del embarazo.

3. Como precursores de esta corriente doctrinal se encuentran autores como VIVAS TESÓN, que mantiene que una vertiente del perjuicio indemnizable en los supuestos de *wrongful birth*, es precisamente la pérdida de oportunidad. Esta autora estima que el menoscabo se encuentra en la pérdida de posibilidades de decisión por parte de los progenitores, tanto de someterse a una prueba, como de interrumpir el embarazo¹⁴³⁹.

LENOIR, comentando un supuesto concreto en el que una muestra de cultivo de una amniocentesis era insuficiente, apunta que el reproche no puede basarse en una extracción defectuosa. El error se encuentra en que los padres no fueron informados sobre este extremo, perdiendo cualquier posibilidad de interrumpir el embarazo. Ambos autores barajan la teoría de que el elemento clave en el concepto de *wrongful birth* es la

¹⁴³⁹ VIVAS TESÓN, Inmaculada, “Responsabilidad médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial” ... *op. cit.*

pérdida de oportunidad que sufren los progenitores, al no poder decidir sobre el futuro de su hijo¹⁴⁴⁰.

DÍEZ – PICAZO GIMÉNEZ se muestra menos ecléctica con esta cuestión, al afirmar que el único daño indemnizable en esta idea es precisamente la pérdida de oportunidad, traducida en arrebatar cualquier posibilidad de decisión a la madre del *nasciturus* enfermo¹⁴⁴¹.

Aunque GALÁN CORTÉS comparte esta teoría, lo hace de una forma más matizada, tomando como base la doctrina francesa. Este autor apunta que la determinación de interrumpir o continuar con el embarazo, no es una opción que resida únicamente en la madre, sino que también se encuentra englobada por un elemento aleatorio, ajeno a la misma. GALÁN CORTÉS halla un escollo prácticamente insalvable en la aplicabilidad de la pérdida de oportunidad: calificar el no nacer como un beneficio esperado, un elemento esencial para este concepto¹⁴⁴².

4. Esta duda da pie a que aquellos sectores doctrinales detractores de esta idea se pronuncien. MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ parten de lo discutible del ya mencionado “suceso favorable”. Estos autores centran su argumentación en que la principal característica de la pérdida de oportunidad es el azar, por lo que el daño en ningún caso puede verse afectado por la voluntad del paciente. Dado que la construcción doctrinal de *wrongful birth* depende de la decisión de la madre, la pérdida de oportunidad no se presta a ser una opción dañosa a invocar¹⁴⁴³.

Entre estos dos extremos se sitúa NAVARRO MICHEL, con una teoría intermedia sobre la aplicabilidad de la pérdida de oportunidad en el concepto de *wrongful birth*. Esta autora afirma que la cuestión no se dilucida entre abortar o no, sino en la imposibilidad de decidir. Esto es, esta autora resume la pérdida de oportunidad en la limitación decisoria que sufre la madre, como consecuencia de un elemento ajeno a su

¹⁴⁴⁰ LENOIR, Noëlle, “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países (y II)”... *op. cit.*; concretamente en página 145

¹⁴⁴¹ DÍEZ – PICAZO GIMÉNEZ, Gema, “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, en *Diario La Ley*, nº 3, 1998, pps. 1700 a 1710; concretamente en página 1706.

¹⁴⁴² GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 287 y 288.

¹⁴⁴³ MARTÍN CASALS, Miquel y MARTÍN CASALS Josep, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 60, 2002, pps. 1097 a 1122; concretamente en página 1115. ROMERO COLOMA aboga por esta misma idea, al considerar que la pérdida de oportunidad se caracteriza por el azar, elemento que no se encuentra en la figura de *wrongful birth*, al mediar la voluntad de la madre. ROMERO COLOMA, Aurelia María, “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)” ... *op. cit.*; concretamente en página 2597.

voluntad, encontrándose así el factor azar y el “suceso favorable” en esta formulación¹⁴⁴⁴.

5. De las opiniones doctrinales expuestas extraemos, que aunque en un principio esta idea de considerar la pérdida de oportunidad como un daño en la figura de *wrongful birth* pueda parecernos correcta, incluso idónea a efectos condenatorios, lo cierto es que nos presenta un escenario con más problemas que soluciones. Ya que solo es necesario acudir a dos elementos para dismantelar cualquier teoría que pretenda utilizar esta opción dañosa: la situación final beneficiosa y la cuestión azarosa.

La pérdida de oportunidad se caracteriza por una imposibilidad de diagnóstico o tratamiento, motivado por el azar, de la que derivan importantes consecuencias para la salud del enfermo. Trasladando esta afirmación a la noción de *wrongful birth*, el escenario se complica porque el “hecho beneficioso” o el “restablecimiento de la salud”, deberían equipararse al aborto.

En segundo lugar existe otro obstáculo: la cuestión azarosa. La suerte o el azar conforman un elemento imprescindible en la relación de hechos de la pérdida de oportunidad. Si lo trasladamos a los casos de *wrongful birth*, no hay posibilidad de hallar un concepto afín, ya que en su lugar se encuentra la voluntad de la madre, traducida en su decisión, bien de interrumpir su embarazo, bien de proseguir con el mismo.

4. El perjuicio económico.

1. El menoscabo económico que sufren, tanto los padres como la familia más directa (es decir, aquellos que convivan con el menor), se divide en dos partidas: el daño económico por la enfermedad del niño por un lado y el perjuicio pecuniario por imprevisión, por el otro.

Aunque el nacimiento de una persona enferma no es un daño indemnizable, esta afirmación no impide que algunos aspectos del alumbramiento de este nuevo ser, no puedan resarcirse¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴⁴ NAVARRO MICHEL, Mónica, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 72, 2006, pps. 1637 a 1658; concretamente en página 1651. Opinión compartida por MEDINA al apuntar ésta “La falta del deber de información en el caso del nacimiento con discapacidad se relaciona: ya con la pérdida de chance de la posibilidad de decidir sobre la continuación del embarazo...”. MEDINA, Graciela, “Responsabilidad por nacimiento con discapacidad. Wrongful birth. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, nº 5, 2008, pps. 469 a 491; concretamente en página 487.

El primero de los perjuicios económicos motivado por la enfermedad de la criatura, debemos entenderlo desde la perspectiva de los gastos añadidos a la crianza habitual de un hijo, cuya base es la dolencia que aqueja al mismo. Cualquier pretensión de los padres de ser indemnizados por los gastos de crianza habituales (artículos 142 y 143 del Código Civil) es imposible, al ser estos una obligación inherente a la paternidad, tal y como viene recogido en el artículo 151 del Código Civil. Estos deberes son una obligación personalísima de los progenitores y por ende intransferibles, motivo por el cual su satisfacción no podría reclamarse a un centro sanitario o a un médico, independientemente de la incidencia que hubiesen tenido en el nacimiento del menor.

Esta última afirmación no es impedimento para la existencia de desembolsos que trascienden de los gastos habituales, y que derivan de la propia enfermedad del menor. Un niño o niña afectado por algún tipo de tara física o psíquica, tiene necesidades especiales en lo relativo a la educación, vivienda, adaptación del coche familiar, etc. Todos estos costes son añadidos y su origen es la enfermedad de la criatura. No sería desacertado que los progenitores acudiesen al auxilio judicial, a los efectos de ver satisfechas estas partidas económicas. Se trata de algo habitual y que cuenta con una amplia aceptación por parte de los Tribunales.

2. La otra vertiente del daño patrimonial toma como base estos mismos gastos añadidos, pero incidiendo en su incremento proporcional como consecuencia de una falta de previsión, todo ello fruto del desconocimiento del estado de salud del menor hasta el momento mismo del alumbramiento.

Para que pueda acudir a esta opción indemnizable es necesario algo más que el simple nacimiento de un niño con graves taras, se requiere la convergencia de un segundo elemento: la imprevisión.

¹⁴⁴⁵ De manera acorde a las afirmaciones del Tribunal Supremo, respecto de que los únicos gastos indemnizables en un supuesto de *wrongful birth* son aquellos que tienen carácter extraordinario, se pronuncia NAVARRO MICHEL al señalar “Si lo indemnizable solo es el <<plus que resulta de la discapacidad>> (digo <<solo>> pero puede alcanzar cifras muy elevadas), los gastos que derivan de la enfermedad o discapacidad del hijo no incluyen los gastos ordinarios de alimentación ya que, por sus características, el deber legal de alimentos (su carácter personalísimo, recíproco, indisponible e irrenunciable) no puede ser objeto de tráfico jurídico”. NAVARRO MICHEL, Mónica, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005” ... *op. cit.*; concretamente en página 1654. De esta misma opinión se muestra VIVAS TESÓN, al enumerar como únicos gastos indemnizables aquellos que son “especiales o extraordinarios” derivados de la enfermedad, no debiéndose incluir los desembolsos propios de la crianza. Destaca esta autora como gastos resarcibles: gastos médicos, educación especial, adaptación de la vivienda y del transporte, entre otros. VIVAS TESÓN, Inmaculada, “Responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial” ... *op. cit.*; concretamente en página 408.

El aumento de esta partida económica reside en la premura que envuelve estos gastos, motivada por la desinformación sufrida por los padres del neonato, que confiaban en el buen estado de su hijo. No son insólitos los casos en los que se asevera el buen estado de salud de un feto hasta su nacimiento, momento en el que se evidencian afecciones hasta entonces desconocidas. Esta situación obliga a los padres a actuar de manera rauda y urgente, dado que sin poder reponerse de la impresión de ver nacer a un ser enfermo que se vaticinaba sano, deben iniciar todos los trámites pertinentes, a fin de cubrir las necesidades de su nuevo hijo.

Ahora bien, limitar esta partida indemnizatoria únicamente a aquellos supuestos en los que se desconoce el estado del feto hasta el instante mismo del parto podría ser incoherente, pues un conocimiento a escasos días del alumbramiento no varía la imprevisión económica. Esto es, una información tardía debería equipararse a un desconocimiento. Sin embargo, de esta afirmación no debe entenderse una equiparación de escenarios, siendo necesaria una ponderación que permita dilucidar el grado de indemnización en cada caso concreto, en función de la lejanía o cercanía de la información con el nacimiento.

Esta baremación se fundamenta en que la sorpresa no se desnaturaliza por ser anunciada con escasos días de antelación, es decir, que aunque la imprevisión es menor, ésta sigue ocasionando un perjuicio económico real. En virtud de ello podría entenderse que aquellos escenarios en los que los padres reciben la fatal noticia tras la práctica de una prueba escasos días antes del alumbramiento (un mes por ejemplo), también deberían ser indemnizables, tomando como base este concepto de la imprevisión económica.

5. Impacto o *shock* psicológico.

1. Esta vertiente del daño se entiende como la conmoción moral o psicológica que sufren los padres del menor al ver, en el momento mismo del nacimiento, que el hijo sano que esperaban se encuentra gravemente enfermo. Esta opción indemnizable sigue una línea muy similar a la de la anteriormente comentada, dado que se centra en el elemento sorpresivo.

Aunque esta idea puede resultar llamativa, se encuentra ampliamente respaldada por la doctrina. Un ejemplo es GALÁN CORTÉS, quien estima que una falta de

preparación psicológica de los padres debe indemnizarse, por las consecuencias morales que supone¹⁴⁴⁶.

Línea doctrinal compartida por MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, quienes además matizan esta noción, destacando una diferencia entre esta partida indemnizatoria y la inmediatamente anterior. Consideran estos autores que es factible indemnizar el impacto psicológico de los padres, si éstos desconocían el verdadero estado de su hijo, incluso de forma autónoma al concepto de *wrongful birth*, en el caso de que éste hubiese sido rechazado. Sin embargo, sientan también una importante limitación, la imposibilidad de invocar este daño cuando los progenitores ya conocen el estado del feto, aunque se les haya notificado escasos días antes del alumbramiento. En este punto encontramos la principal diferencia entre este daño y el anterior¹⁴⁴⁷.

No obstante, esta partida indemnizatoria no se encuentra libre de críticas. NAVARRO MICHEL rechaza la opción de dividir la acción de responsabilidad por *wrongful birth*, más si cabe cuando el eje central del perjuicio indemnizable, la propia acción, es rechazada¹⁴⁴⁸.

2. Tras las obligadas aclaraciones doctrinales conviene finalizar con una cuestión que ya se apuntaba líneas atrás: la distinción entre la partida indemnizable del *shock* psicológico y la imprevisión económica. A pesar de las aparentes semejanzas entre estos dos conceptos, existe un elemento claramente diferenciador: cualquier conocimiento previo al nacimiento desnaturaliza este daño y la posibilidad de indemnizarlo. Esta limitación es lógica, dado que la base del resarcimiento estriba precisamente en el impacto que sufren los padres al descubrir, en la culminación del parto, la enfermedad de su hijo.

Ahora bien, es posible matizar esta afirmación, ya que aunque cualquier información anterior invalida la posibilidad de que este daño sea resarcido, ello no obsta para que pueda ser graduado. Un conocimiento previo es un importante escollo para las posibles indemnizaciones y es precisamente en el mismo donde se encuentra la posibilidad de hallar una solución para los supuestos de hecho que queden en entredicho. No consideramos equiparable una sospecha de malformación tras la práctica

¹⁴⁴⁶ GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007”... *op. cit.*; concretamente en página 237.

¹⁴⁴⁷ MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 1115 y 1116.

¹⁴⁴⁸ NAVARRO MICHEL, Mónica, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005” ... *op. cit.*; concretamente en página 1653.

de una prueba de escaso calado, frente a una “casi aseveración” tras una amniocentesis, donde el porcentaje de error es prácticamente nulo.

En este escenario también podría regularse el grado de impacto psicológico, en función de la gravedad de la sospecha, utilizándose para tal fin el criterio objetivo de la fiabilidad de la prueba que arroja el resultado dudoso. No son necesarias muchas explicaciones cuando comparamos una ecografía de Nivel I con una de Nivel IV. Mientras que unos exámenes arrojan leves dudas, otros muestran conjeturas fundadas, siendo precisamente estos últimos los que quedarían fuera del margen de indemnización.

La cuestión consiste en discernir si la duda se acerca más a una sospecha o a una certeza, para lo cual es conveniente utilizar el criterio objetivo de la fiabilidad del análisis del que procede el diagnóstico, y a su vez, el dato perturbador en cuestión.

Esta opción quizás podría aplicarse, no sólo a los casos de diagnóstico dudosa, sino también a supuestos de hecho en los que en un principio se ha detectado una patología en el feto y después se ha descartado (erróneamente), o en aquellas situaciones en las que la madre se ha sometido a un tratamiento médico que puede afectar al *nasciturus* (como rayos X o fármacos), cuando desconocía su estado. En ambos ejemplos existe una sombra de duda que se perpetúa durante toda la gestación.

6. El daño moral.

1. El daño moral en los casos de *wrongful birth* se puede presentar como un amplio abanico de posibilidades, desde el sufrimiento de los padres por el nacimiento de un hijo enfermo, hasta la contemplación del desarrollo de un niño con malformaciones; pasando por situaciones de impotencia, zozobra, ansiedad y angustia¹⁴⁴⁹.

ESPIAU ESPIAU define de forma escueta el daño moral, y aunque no se refiere concretamente a la noción de *wrongful birth*, la claridad de su exposición hace que sea igualmente aplicable. Este autor explica este menoscabo como un padecimiento que se

¹⁴⁴⁹ PACHECO JIMÉNEZ, M^a. Nieves, “El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal: acciones de <<wrongful birth y wrongful life>>”, en CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Retos de la abogacía ante la sociedad global ... op. cit.*, página 1809.

prolonga durante un cierto tiempo, algo que nos permite diferenciarlo del impacto psicológico¹⁴⁵⁰.

GARRIGA GORINA elabora un cuidadoso listado de padecimientos que pueden traducirse en el daño moral. Esta autora enumera los siguientes “...el hecho de traer al mundo un hijo con discapacidades, que requerirá de los padres una dedicación personal mucho más intensa y prolongada que un hijo sano y también el sufrimiento que provoca la incertidumbre sobre quien lo cuidará en el caso en que les sobreviva”¹⁴⁵¹.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ complementa esta idea de los sufrimientos, al calificar el daño moral como una aflicción que sufren unos padres por un hijo gravemente enfermo, aquejado de una dolencia irremediable. Consideramos que este aspecto concreto debe tener un especial relieve en la valoración del daño moral, ya que una afección irreparable es una práctica condena al sufrimiento y la ausencia de toda esperanza de mejora¹⁴⁵².

A pesar de esta aparente armonía, la naturaleza del daño moral en la noción de *wrongful birth*, también cuenta con voces discordantes. Tal es el caso de CECCHINI ROSELL y ROMERO COLOMA, quienes estiman que el origen de esta vertiente dañosa se encuentra en la imposibilidad de decidir que han sufrido los padres.

El primero de ellos resulta claro “La cuestión que provoca los daños materiales y morales es la privación del derecho de opción entre interrumpir el embarazo o tener un hijo con síndrome de Down.” Las palabras de este autor no admiten lugar a réplica sobre esta cuestión¹⁴⁵³. Por su parte ROMERO COLOMA afirma de manera casi idéntica

¹⁴⁵⁰ En relación al daño moral como consecuencia de perjuicios en el transporte aéreo, este autor apunta “La STS de 31 de mayo de 2000 será objeto de cita, probablemente, por acoger un criterio jurisprudencial que admite o incluye, el denominado <<daño moral>> en la responsabilidad contractual. En efecto, después de recordar que << [l]a situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico >> (FD 2º), se plantea << si la doctrina es aplicable a la aflicción producida por el retraso en un transporte aéreo >> (id), llegando a una respuesta afirmativa. Con ello, la sentencia culmina un proceso de extensión o ampliación del ámbito de aplicación de la noción de <<daño moral>> que ha venido desarrollando el TS a partir de la sentencia de 9 de mayo de 1984 ...”. ESPIAU ESPIAU, Santiago, “Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2000”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 54, 2002, pps. 1277 a 1287; concretamente en página 1282.

¹⁴⁵¹ GARRIGA GORINA, Margarita, “Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002”, en *Indret*, nº 3, 2003, pps. 1 a 14; concretamente en página 8.

¹⁴⁵² DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 110 y 111.

¹⁴⁵³ CECCHINI ROSELL, Xavier, “El deber de información del médico. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm. 581/2002 (Sala de lo Civil), de 7 de junio (RJ 2002, 5216). Recurso de casación núm. 3834/1996”, en *Revista de derecho patrimonial*, nº 10, 2003, pps. 181 a 192; concretamente en página 190.

que “El daño moral resarcible ha de ser circunscrito al que sufre la madre por haber sido privada de la facultad de interrumpir el embarazo...”¹⁴⁵⁴.

Estas divergencias no se limitan a la naturaleza aplicable a este concepto del daño moral, sino que también trascienden a la titularidad del ejercicio de este derecho. Al ceñirse el perjuicio en la figura de *wrongful birth* a la imposibilidad de abortar, se impide invocar el daño moral a toda persona que no sea la madre, con las consecuencias que ello acarrea.

2. Las vertientes dañosas comentadas permiten formular una hipótesis sobre la que, aún a día de hoy, se siguen vertiendo ríos de tinta: la posibilidad de demandar daños propios de la noción de *wrongful birth* ante Tribunales de países que no reconocen el aborto.

La idea se justifica porque no se pretende iniciar una acción de *wrongful birth* ante un ordenamiento jurídico donde la interrupción del embarazo no sea posible, sino invocar daños derivados de esta figura, como por ejemplo, el *shock* psicológico y la imprevisión económica. Esta reflexión se encuentra avalada por una resolución del Tribunal Supremo, que sienta las bases de esta hipótesis (sentencia de 18 de diciembre de 2003, que será analizada en el apartado correspondiente).

¹⁴⁵⁴ ROMERO COLOMA, Aurelia María, “Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica”, en *Diario La Ley*, nº 7231, 2009, pps. 1 a 16; concretamente en página 4.

V. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LOS CURSOS CAUSALES NO VERIFICABLES.

1. El nexo causal en el concepto *wrongful birth* resulta tan complicado como la propia construcción doctrinal, no siendo necesario esforzarnos mucho para comprender cuál es el motivo de la complejidad a la que estamos haciendo referencia: la decisión de la mujer se engloba dentro de la causalidad¹⁴⁵⁵.

De aplicarse estrictamente el concepto del nexo causal, los padres del recién nacido, y en concreto la madre, se verían en la obligación de probar que su intención, al conocer el verdadero estado de salud del feto, sería acudir a la interrupción voluntaria del embarazo; algo que es prácticamente imposible, al verse implicada la voluntad interna de la persona. Precisamente con el propósito de evitar este tipo de actividad probatoria inalcanzable, se acude a la construcción doctrinal de los cursos causales no verificables. Esta idea, originaria de la jurisprudencia estadounidense, conforma una suerte de presunción legal que facilita la prueba, por la cual se deduce que lo que movió a la madre a someterse a un examen, no era únicamente conocer cómo estaba el *nasciturus*, sino actuar en consecuencia de la información obtenida.

2. DE ÁNGEL YÁGÜEZ señala que los cursos causales no verificables son únicamente aplicables a aquellos litigios en los que la causalidad posible entre dos eventos, no pueda fundamentarse de forma científico – natural. Los cursos causales no verificables se configuran como un puente entre dos hechos en los que media una conexión, imposible de demostrar por las vías habituales¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵⁵ Conviene aclarar sobre este extremo, tal y como señala GALÁN CORTÉS, que esta problemática causal no es aplicable a todos los daños derivados de la noción de *wrongful birth*, siendo ejemplo de ello el daño moral y el impacto psicológico, entre otros. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 428.

¹⁴⁵⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)” ... *op. cit.*; concretamente en página 146. Este autor se reafirma en otra publicación cuando señala “Ahora bien, creo así mismo que la manifestación de la madre no puede ser puesta en tela de juicio. Entiendo que si hubiera conocido la enfermedad de su criatura hubiese abortado, su manifestación al respecto es suficiente, sin que, por ejemplo, pueda ser rebatida mediante el argumento de que su trayectoria personal revela unas convicciones morales que hacen inverosímil que hubiese abortado si hubiera conocido un diagnóstico acertado sobre la dolencia”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de Febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 10, 1999, pps. 117 a 115; concretamente en página 130. Se ratifica este autor sobre esta cuestión cuando apunta “Dicho de otro modo, y en principio como digo, creo que la circunstancia misma de que la madre acudiera al diagnóstico prenatal constituye por sí sola un indicio suficientemente significativo de que habría abortado si hubiese conocido la enfermedad del feto. Por este motivo, considero que al menos debe producirse una inversión de la carga de la prueba, de suerte que sea el médico el que tenga que demostrar que la madre no habría abortado”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ presume que acudir a una prueba prenatal diagnóstica tiene su razón de ser en conocer el estado del feto,

BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO muestra recelos hacia esta idea que permite construir el nexo causal de forma artificial. Considera este autor que es prácticamente imposible conocer cuál sería la reacción de una persona ante una circunstancia tan impactante, como la de optar entre interrumpir un embarazo o continuar con el mismo¹⁴⁵⁷.

VIVAS TESÓN es más exigente al estimar un elemento indispensable, pero no suficiente, que la madre de alguna manera haya afirmado su clara determinación de interrumpir el embarazo, en caso de conocer que el hijo que espera está enfermo¹⁴⁵⁸.

3. La dificultad de prueba del médico o del centro sanitario es evidente, al rozar prácticamente la imposibilidad. Por ello el juzgador, con el desarrollo de la jurisprudencia, ha creado una serie de juegos de presunciones que facilitan el esfuerzo probatorio de éstos, basadas en la naturaleza de las actividades prenatales a las que la paciente se ha sometido.

Las pruebas se clasifican en dos grupos, en función del riesgo y fiabilidad de las mismas: por un lado análisis peligrosos como la amniocentesis y la biopsia corial, y por otro los exámenes menos riesgosos y con mayor margen de error, como son las ecografías y el triple *screening*. El juzgador estima que el hecho de que la madre se someta a una prueba prenatal, tiene una clara finalidad: conocer el estado del feto y actuar en consecuencia. Sin embargo, esta afirmación impediría cualquier opción para el facultativo, por lo que debe ser matizada.

Entiende el Tribunal Supremo que el propósito de la gestante es manifiesto si se ha sometido a pruebas prenatales que entrañan un cierto riesgo para el feto, y que por ello son más fiables. La idea es la siguiente: la paciente ha asumido un peligro para la vida de su hijo (más o menos amplio), de lo que se deduce que su intención no era únicamente conocer el estado de salud del mismo, sino alcanzar una certeza para actuar en consecuencia. No es necesario señalar que caben excepciones a esta regla general (creencias religiosas, afirmaciones, etc.).

y en caso de que éste se encuentre afectado por alguna enfermedad grave, interrumpir el embarazo. Considera el mencionado autor que la carga probatoria de la gestante se limita al sometimiento de la prueba diagnóstica y que cualquier otra hipótesis debe ser probada por el facultativo. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de *“wrongful birth”*...*op. cit.*; concretamente en páginas 191 y 192.

¹⁴⁵⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 59, 2002, pps. 857 a 868; concretamente en página 864.

¹⁴⁵⁸ VIVAS TESÓN, Inmaculada, “Responsabilidad médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 410 y 411.

En la otra cara de la moneda están aquellas actividades diagnósticas con mayor margen de error y que no comprenden riesgo alguno para el feto (ecografías y triple *screening*). En estos supuestos la gestante no ha asumido ninguna contingencia, ni para sí, ni para el feto, y aunque se ha sometido a una actividad diagnóstica a fin de conocer el estado del *nasciturus*, su compromiso ha sido menor; por lo que salvo prueba en contrario, el juzgador tiende a no indemnizar este tipo de supuestos.

GALÁN CORTÉS especifica como un caso claro de cursos causales no verificables, aquel en el que una paciente se somete voluntariamente a una diagnosis de alta fiabilidad, de lo que se colige su intención, no sólo de conocer el estado del feto, sino también de interrumpir el embarazo, de encontrarse éste enfermo. Por supuesto se trata de una presunción, pudiéndose desprender de las circunstancias vitales de la paciente lo contrario. Por otro lado, el escenario se torna diametralmente distinto cuando el estudio prenatal no resulta concluyente, por lo que salvo circunstancias concretas, la presunción no mediará¹⁴⁵⁹.

Por su parte NAVARRO MICHEL, aunque no niega la relevancia que pueda tener acudir voluntariamente a una prueba prenatal invasiva, no la considera determinante si no se encuentra acompañada de algún otro factor añadido¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁹ GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007”... *op. cit.*; concretamente en páginas 236 y 237.

¹⁴⁶⁰ NAVARRO MICHEL, Mónica, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005” ... *op. cit.*; concretamente en página 1656.

VI. FENOMENOLOGÍA.

En este apartado fenomenológico comenzaremos analizando en primer lugar aquellas resoluciones cuyo enjuiciamiento gira en torno a supuestos de hecho en los que una paciente se ha sometido a una actividad prenatal probatoria, que sin embargo resultó frustrada, y a pesar de la relevancia de este hecho, no se le notificó nada al respecto. En segundo lugar los casos que examinaremos versarán sobre pruebas que arrojan un resultado anómalo, y que a pesar de su posible gravedad, este aspecto no es notificado. En tercer lugar abordaremos aquellos supuestos de hecho en los que los progenitores de la criatura sufren una desinformación, en lo que a las pruebas susceptibles de práctica se refiere. En cuarto lugar, analizaremos litigios en los que concurre un error en la comunicación del resultado de las actividades diagnósticas efectuadas y por lo tanto los padres no reciben datos correctos. En penúltimo lugar estudiaremos las relaciones de hechos en las que la noción de *wrongful birth* se entrelaza con el error de diagnóstico, para finalizar con casos de *wrongful birth* provocados por omisiones de medios.

1. Supuestos de *wrongful birth* provocados por una omisión informativa sobre la frustración de una prueba prenatal practicada.

En el bloque jurisprudencial en el que nos encontramos, se procederá al examen de resoluciones cuyo nexo común reside en la práctica de pruebas diagnósticas prenatales (de distinta naturaleza) que resultaron infructuosas, por lo que no se pudo llegar a obtener resultado alguno de las mismas. A pesar de la mencionada situación, en ninguno de los supuestos se notificó este punto a los padres, los cuales no sólo no llegan a conocer el estado en el que se encuentra el feto, sino que además desconocen la frustración de la prueba.

1. En virtud de lo hasta ahora expuesto, iniciamos nuestro análisis con la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997¹⁴⁶¹. D^a. Josefa al quedarse embarazada acudió a su centro de salud habitual, a fin de comunicárselo a su médico y a su ginecólogo. Su embarazo se calificó de alto riesgo, ya que había tenido previamente

¹⁴⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997, Sala Primera, recurso 165/1993, ponente Sierra Gil de la Cuesta.

un hijo aquejado de síndrome de *Down*, por lo que se le recomendó la práctica de algunas pruebas, entre las que se encontraba una amniocentesis. D^a. Josefa se sometió en dos ocasiones a esta actividad diagnóstica, al resultar la primera frustrada. Sin embargo, la segunda prueba sufrió la misma suerte, algo que en esta ocasión no se le notificó, por haber causado baja su ginecólogo habitual y ser sustituido por una compañera no cualificada para atender este tipo de embarazos de riesgo. Cuando la frustración de la prueba fue notificada a D^a. Josefa, ya había expirado el plazo legal para la interrupción del embarazo. Finalmente la paciente dio a luz a un niño afectado de síndrome de *Down*.

D^a. Josefa pretendió ser resarcida por los daños sufridos, a pesar de lo cual no vio sus intenciones estimadas hasta llegar al grado de casación.

Nos encontramos ante el escenario típico de la figura de *wrongful birth*. Una paciente se somete a dos pruebas invasivas, ambas infructuosas, algo sobre lo que no se le informa, a pesar de las circunstancias de su embarazo. Las peores previsiones se materializan con el nacimiento de un niño enfermo de *Down*.

D^a. Josefa acudió a todos los medios posibles a fin de conocer cómo se encontraba su futuro hijo, y sin embargo se vio privada de esa información, pues no llegó a conocer el estado del feto, ni tampoco la frustración de la segunda prueba. No obstante, de aplicarse en puridad la teoría del nexo causal, sería complicado el reproche del supuesto, dada la incertidumbre inherente a la voluntad humana. La necesidad de acudir a la noción de los cursos causales no verificables es acuciante, incluso en un litigio tan claro como el que nos ocupa.

La voluntad de la madre se presume por dos cuestiones, por un lado ya tenía un hijo con síndrome de *Down*, por lo que era consciente del sufrimiento que comportaba esta afección; y por otro, estuvo dispuesta a que le fuese repetida una prueba invasiva, a pesar de las consecuencias que podía tener en su salud y en la de su futuro hijo¹⁴⁶². El

¹⁴⁶² De forma contundente y contraria a esta idea se pronuncia BUSTOS PUECHE “Muy al contrario, en el supuesto de la sentencia de 6 de junio de 1997 el resultado lesivo exigía necesariamente nuevos actos voluntarios y libres de una persona. Y el comportamiento humano no está predeterminado. Por hipótesis, es de imposible demostración que la madre gestante del supuesto hubiera actuado precisamente en la dirección presumida apodícticamente por la Sala. La libertad del hombre impide predecir su comportamiento futuro: podría estar predispuesta, incluso decidida, pero nadie puede negar la posibilidad de que mudase de criterio, máxime en asunto de la trascendencia moral del aborto, cuya decisión final es algo más lacerante y turbadora de lo que parece estimar la sentencia”. Este autor tiene una opinión opuesta a la resolución del Alto Tribunal en el primer asunto de *wrongful birth*, ya que aboga por la, no ya dificultad, sino imposibilidad de predecir las intenciones humanas. BUSTOS PUECHE, José Enrique, “Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997”, en *Diario La Ley*, n° 5, 1997, pps. 1699 a 1702; concretamente en página 1700.

Tribunal Supremo no duda al señalar, que si la gestante hubiese conocido la situación en la que se encontraba el feto, ésta habría interrumpido su embarazo; no en vano declara expresamente “... la voluntad antecedente de la madre de evitarlo legalmente ...”, refiriéndose al nacimiento del neonato afectado por las graves dolencias mencionadas¹⁴⁶³.

La relación entre la omisión informativa y la imposibilidad de tomar una decisión que sufrió D^a. Josefa es clara, por lo que la responsabilidad del supuesto queda acreditada.

Conviene apuntar brevemente por qué este proceso no ha sido analizado desde la perspectiva de la práctica defectuosa de la prueba. Todo acto médico tiene un margen de error y la amniocentesis no es una excepción, por lo que aunque pueda parecer llamativo que una misma prueba sea infructuosa en dos ocasiones, esto es posible. Esta cuestión se ve ensombrecida si se compara con la entidad que tuvo la información omitida, que impidió la adopción de cualquier prevención. De haberse conocido esta circunstancia es probable que la paciente hubiese solicitado la práctica de alguna otra prueba que permitiese conocer el estado del feto. En virtud de todo ello, hemos optado por incluir el caso en este apartado, a pesar de que el elemento desencadenante del mismo sea la insuficiencia o incorrección de una actividad diagnóstica practicada a la gestante¹⁴⁶⁴.

2. La segunda resolución, y penúltima de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006¹⁴⁶⁵, tiene una relación de hechos similar a la del litigio anterior. D^a. Rosario sufrió un aborto espontáneo en marzo de 1994, quedándose

¹⁴⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 ... *op. cit.*

¹⁴⁶⁴ El fallo de esta resolución no se encuentra libre de críticas, comenzando en primer lugar por el daño mencionado por el juzgador (el nacimiento de un hijo enfermo), el cual ha sido desechado por posteriores resoluciones. Sin embargo, existe otro elemento de la resolución en el que nos encontramos con voces discordantes, como lo es la simple admisión de la construcción doctrinal que nos ocupa. Puede ilustrarnos en esta vertiente Díez – Pícazo Giménez al apuntar “A mi juicio, la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Valencia es absolutamente correcta, puesto que estimó que a pesar de que efectivamente hubo un comportamiento médico negligente, faltaba la necesaria relación de causalidad entre éste y la imposibilidad de abortar legalmente (que alega la recurrente), pues «si había fracasado también el cultivo que se practicó en el Hospital Clínico, su conocimiento antes de transcurrir las veintidós semanas de gestación no hubiera variado la situación de la apelante, pues no podría en ningún caso acreditar que se encontraba en la tercera de las circunstancias contemplada en el artículo 417 bis del Código Penal»”. Díez – Pícazo Giménez, Gema, “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil” ... *op. cit.*; concretamente en página 1715. Esta autora considera inadecuada la admisión del concepto de *wrongful birth* en este litigio, dado que al desconocerse el resultado de la amniocentesis practicada, no se privó a la gestante de la información relativa al estado del feto, precisamente porque ésta se carecía.

¹⁴⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006, Sala Primera, recurso 3337/1999, ponente Seijas Quintana.

nuevamente embarazada el día 2 de mayo del mismo año. Dado el aborto sufrido y que tenía un pariente colateral con síndrome de *Down*, acudió a su centro médico habitual a fin de que le fuesen efectuados los obligados controles del embarazo, donde además de las pruebas usuales, se le recomendó la práctica de una amniocentesis. La extracción del líquido amniótico fue llevada a cabo en el mes de julio del mismo año, siendo efectuada en las instalaciones de una mutua que la gestante tenía contratada, pero practicada por un equipo ajeno a la misma y remitida a un laboratorio externo. La amniocentesis arrojó un resultado negativo, es decir, no se había obtenido cultivo suficiente para poder tener un diagnóstico. A pesar de la infructuosidad de la misma, nada de esto le fue notificado a la paciente y cuando el embarazo llegó a su término, nació un niño afectado por síndrome de *Down*.

En virtud de los hechos mencionados en el párrafo anterior, los padres del menor iniciaron acciones de responsabilidad contra el laboratorio que analizó el líquido amniótico, el médico que practicó la prueba y la mutua con la que trataban regularmente. Sus pretensiones fueron parcialmente estimadas en primera instancia, pero en aras de una completa aceptación, los actores acudieron a la apelación, donde su recurso fue plenamente admitido. En base a la situación procesal presentada, los demandados recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

El escenario que se nos presenta vuelve a ser el idóneo para la observación de la noción de *wrongful birth*. La frustración de una prueba no es notificada, lo que ocasiona una doble desinformación: la infructuosidad del acto médico y el estado de salud del *nasciturus*.

El Tribunal Supremo parte de un elemento clave, no existe garantía alguna de la recepción de la información. No se pudo llegar a probar que la información relativa al fracaso de la prueba llegase a la gestante, y es precisamente este hecho el elemento vulnerador del deber de información del facultativo.

Volvemos sobre la problemática de que se ignora cuál hubiese sido la voluntad de la paciente de conocer la frustración de la prueba. Esto es, si se hubiese sometido a otra, si ésta hubiese arrojado un resultado concluyente y cuál habría sido su actitud ante estas circunstancias. Acudiendo a los métodos habituales de relación de hechos, cualquier intento de responsabilidad hubiese sido imposible, y sin embargo, del relato fáctico se desprende la existencia de un perjuicio.

Nuevamente la necesidad de acudir a los cursos no verificables es palpable, ya que aunque sea necesario realizar un sinnúmero de hipótesis, existe un elemento indemnizable claro: la información omitida y las consecuencias que de ella derivan.

El aspecto clave que comporta el reproche por parte del juzgador, fue precisamente que a la gestante no se le notificara la frustración de la prueba practicada. La consecuencia de este incumplimiento es doble: por un lado, la actora desconoce el estado en el que se encuentra el feto, y por otro, a D^a. Rosario se le impide toda posibilidad de someterse a una segunda prueba que subsane los errores de la primera. Como consecuencia de lo señalado, su derecho de información fue vulnerado, no permitiéndosele actuar desde el conocimiento y tomar decisiones acordes a las circunstancias. Sobre esta idea en concreto se pronuncia el Tribunal Supremo al señalar “Lo cierto es que no se informó y que tampoco se acredita que la gestante renunciara a repetir la prueba. La información debió ser completa, continuada y veraz por cualquier medio fehaciente que no dejara lugar a duda sobre la entrega y recepción de la misma, siendo obligación del facultativo que vigila el embarazo y solicita la prueba analítica controlar la información facilitada a la embarazada, la fecha y características de la misma sobre posibilidades y plazos de tiempo útil para repetirla, así como los riesgos clínicos derivados en caso de hacerla o no hacerla, dadas las consecuencias que pudieran de su falta, de tal forma que en la documentación clínica o en la ficha correspondiente quede registrada la entrega del documento clínico informativo, el curso evolutivo y en su caso la renuncia o negativa de la gestante a someterse a una segunda y nueva prueba, sin perjuicio de que de otra forma se acredite fehacientemente que esta se produjo, lo que niega la sentencia que se hubiera cumplimentado, más allá de lo que los demandantes conocieron sobre el riesgo y mecánica de la prueba para la que se solicitó su consentimiento”¹⁴⁶⁶.

A los efectos de abordar todos los puntos destacables de la resolución, convendría que efectuáramos una breve mención a la situación en la que se encuentra la mutua del supuesto. Ésta fue codemandada con los otros dos recurrentes, siendo sin embargo absuelta por el Tribunal Supremo. La razón de ser de esta absolución radica en que la mutua carecía de relación contractual culpable en los hechos enjuiciados, ya que su protagonismo en el asunto se limitó a ofrecer sus instalaciones¹⁴⁶⁷. Señala

¹⁴⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006... *op. cit.*

¹⁴⁶⁷ En un segundo plano conviene añadir un elemento de detalle, la paciente tenía contratado un seguro médico privado, que fue el que cedió las instalaciones para la práctica de la amniocentesis, mientras que

fugazmente el Tribunal Supremo que “es hecho probado de la sentencia que el paciente no confió a la clínica la realización de los análisis por medio de sus propios facultativos, sino que fue MEDICENTRO quien “directamente había contratado con los demandantes la realización de dicha prueba, percibiendo de estos el coste de su verificación”¹⁴⁶⁸.

Recordando el litigio anterior, comprobamos la semejanza de la relación fáctica objeto de debate en ambas sentencias. Las similitudes de estos supuestos no se encuentran únicamente en los tristes hechos concurrentes en los mismos, sino también en la dirección de las argumentaciones del Tribunal, así como en las conductas que el juzgador estimó indemnizables. No en vano, debemos recordar cómo en la primera sentencia examinada, el único facultativo cuyos actos fueron reprochados fue la segunda ginecóloga que asistió a la gestante, que no informó a la misma sobre la frustración de la amniocentesis practicada. En este proceso nos encontramos ante una tesitura similar, ya que como se ha comprobado, la mutua resulta libre de responsabilidad, precisamente porque no tenía contacto directo con la situación; mientras que tanto el facultativo como el laboratorio son condenados porque eran ambos los que tenía el deber de informar.

Cabe sin embargo sentar una hipótesis que no queda aclarada en la resolución que nos ocupa. La conjetura que se plantea se centra en que es probable que los

el equipo que realizó la prueba era dependiente del laboratorio donde ésta se analizaba. La mutua aseguradora fue absuelta por las razones antes comentadas, dado que únicamente puso a la disposición de la paciente sus instalaciones y éstas en nada incidieron en la práctica probatoria. Por otro lado el ginecólogo y el laboratorio sí fueron condenados. El hecho de que los médicos que practicaron la amniocentesis no viesan su actividad reprochada tiene su justificación en que en principio, nada apunta a que la prueba se realizase de manera incorrecta. Cuestión distinta es la actitud del laboratorio, que si bien efectuó el análisis adecuadamente, con la excepción de que no contaba con líquido amniótico suficiente, asume su parte de culpa por el simple hecho de no notificar, ni al ginecólogo de la paciente, ni a ella misma, el carácter negativo de la prueba. Finalmente está la figura del ginecólogo, quien únicamente entró en esta tortuosa relación aconsejando la práctica de la amniocentesis, sin intervenir en la misma, y sin embargo, su actuación resulta objeto de reproche. La incidencia negativa de su actividad la encontramos en un hecho casual: su carácter garantista. El ginecólogo es el médico garante que ha de solicitar la práctica de las pruebas a las pacientes, pero también debe procurar su recepción y notificación. En este caso, a pesar de que no recibió resultado alguno, no efectuó ninguna indagación, desoyendo sus obligaciones. A este respecto señala de manera expresa el juzgador, que las funciones del ginecólogo, en su labor de garante, son las siguientes “...controlar la información facilitada a la embarazada, la fecha y características de la misma sobre posibilidades y plazos de tiempo útil para repetirla, así como los riesgos clínicos derivados en caso de hacerla o no hacerla...”. Sobre este punto concreto se pronuncian MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU “A primera vista, el razonamiento resulta convincente, aunque olvida que el ginecólogo que prescribió la prueba sí formaba del (sic) cuadro médico y que su actuación fue negligente. La solución adoptada en el caso se aparta de la línea jurisprudencial seguida por el propio Tribunal Supremo en los últimos años, que le ha conducido a imputar, de forma casi automática, a las entidades de seguro de asistencia sanitaria los daños causados a sus asegurados por la negligencia de los centros y profesionales ...”. CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la sentencia de 18 de mayo de 2006” ... *op. cit.*; concretamente en página 525.

¹⁴⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006... *op. cit.*

resultados de la frustración de la amniocentesis no llegaran a ponerse en conocimiento del médico de D^a. Rosario, es decir, que éstos no saliesen del laboratorio. Parece prueba inequívoca de ello, que de haberse procedido a la efectiva notificación, el laboratorio hubiese sido exonerado de su responsabilidad en el caso¹⁴⁶⁹.

Para ir finalizando y a efectos meramente anecdóticos, estimamos oportuno destacar una característica subrayable de esta resolución. En la presente sentencia los actores de la demanda, los padres del menor, actuaron en nombre propio y en representación de su hijo. El dato llamativo reside en que cuando el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, indemniza a los recurrentes sin distinción alguna entre ellos, de lo que se extrae que no sólo las pretensiones de los padres fueron satisfechas, sino también las del hijo representado. Este hecho nos lleva a la conclusión de que podemos hallarnos ante un caso de *wrongful life*¹⁴⁷⁰.

2. Litigios de *wrongful birth* por falta de notificación de un dato perturbador en las pruebas prenatales practicadas.

Las resoluciones que se estudiarán en este bloque cuentan con un elemento común: en esta ocasión las pruebas prenatales se practican correctamente, y de hecho se

¹⁴⁶⁹ Comparten esta misma opinión MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU al señalar “Más, también el ginecólogo demandado que hacía el seguimiento del embarazo, que fue quien solicitó la amniocentesis, actuó de forma negligente al no <<controlar la información facilitada a la embarazada, la fecha y características de la misma sobre posibilidades y plazos de tiempo útil para repetirla, así como los riesgos clínicos derivados en caso de hacerla o de no hacerla, dadas las consecuencias que pudieran derivarse de su falta>> (F.3). En definitiva, en tanto que responsable de seguir el embarazo, al médico le correspondía estar pendiente de los resultados de la amniocentesis, y de informar a la paciente de sus consecuencias, así como de los plazos para repetirla en el supuesto de que el resultado fuese negativo. El incumplimiento de esos deberes permite calificar su conducta como negligente”. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la sentencia de 18 de mayo de 2006”... *op. cit.*; concretamente en página 530.

¹⁴⁷⁰ En esta misma línea se pronuncian MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU al apuntar “En la sentencia comentada, el Tribunal Supremo concede indemnización a los padres, en nombre propio (*wrongful birth*), y en nombre y representación del hijo nacido con síndrome de Down (*wrongful life*), así como de su hermana...” MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la sentencia de 18 de mayo de 2006”... *op. cit.*; concretamente en página 527. Esta afirmación no debe llevarnos a la errónea conclusión de barajar la viabilidad de las demandas de *wrongful life* en nuestro país. Debemos tener presente que el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre la noción, simplemente tiene un descuido en su fallo. Aunque el número de resoluciones en este apartado es limitado, lo cierto es que la identidad de hechos de este asunto con los anteriores, prácticamente nos obliga a situar este supuesto en una nota a pie. En la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008 (Sala Tercera, recurso 4936/2004, ponente Díez – Picazo Giménez) D^a. Rosario se sometió a una amniocentesis que arrojó un resultado negativo, esto es, la prueba fue infructuosa. No obstante, no se le notificó esta cuestión hasta una fecha en la que ya había expirado el plazo legal para la interrupción del embarazo, naciendo una niña afectada por síndrome de Down. De nuevo la omisión informativa, con las consecuencias que acarreó a la paciente, dio lugar a responsabilidad.

obtiene un resultado de éstas, no obstante, dichos exámenes arrojan una anormalidad que no se llegó a notificar a los padres del feto.

1. Supuestos en los que se estima la efectiva concurrencia de la figura.

1. La primera de las resoluciones que analizaremos es la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2006¹⁴⁷¹, en la que a D^a. María Cristina se le realizó la prueba de triple *screening* durante su embarazo. El resultado del análisis arrojó un valor en Alfaproteína superior a la media (27,10 ng/ml en vez de 26,30 ng/ml), a pesar de lo cual el ginecólogo de D^a. María Cristina restó importancia a este dato, del que la gestante no fue informada. Precisamente por esta razón no se practicaron estudios prenatales más exhaustivos, como por ejemplo una amniocentesis.

A pesar de ello, tras dos exámenes ecográficos posteriores, se empezaron a tener sospechas sobre el estado de salud del feto, por lo que la paciente se sometió a una amniocentesis, en la que se pudo observar la existencia de quistes coroideos en disminución. No obstante, debido a lo tardío de la prueba, que no fue practicada ante la primera sospecha, la gestante se encontraba fuera del plazo legal para la interrupción voluntaria del embarazo. Cuando el 13 de abril de 1999 el embarazo llega a su término, nació una niña que presentaba un defecto congénito del tubo neural a nivel lumbosacro (espina bífida).

Los padres de la menor pretendieron la indemnización de los daños sufridos, pero su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que los actores acudieron en casación al Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal comienza su labor argumentativa centrándose en la idea del daño, señalando que éste no puede fundamentarse únicamente en el nacimiento de un hijo con taras, pues este hecho no puede ser considerado un perjuicio. El juzgador aboga por la existencia de un daño moral, cuyo fundamento reside en el hecho de que el derecho de autodeterminación de los padres de la menor fue infringido, y con ello, su dignidad también se vio lesionada. Nos encontramos ante un valor jurídicamente protegido como es la dignidad, tal y como estableció el Tribunal Constitucional en su

¹⁴⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2006, Sala Tercera, recurso 217/2005, ponente Lecumberri Marti.

sentencia 53/1998 de 11 de abril¹⁴⁷². Es decir, la omisión informativa sufrida por los padres del *nasciturus* (la falta de notificación de la salvedad hallada en la prueba de triple *screening*), provocó en los progenitores una vulneración de su derecho de información, algo que conforma un atentado contra su dignidad. Es por ello por lo que, de acuerdo con las afirmaciones del Tribunal Supremo, este evento sería susceptible de ser indemnizado¹⁴⁷³.

En este supuesto la omisión informativa es diferente en relación a los casos del bloque anterior, e incluso podríamos aventurarnos a calificarla de mayor gravedad. No se trata de una prueba negativa, de la que nada puede deducirse (ni la salud, ni la enfermedad del feto), sino que se parte de un indicio preocupante que se omite.

La problemática del supuesto, aunque únicamente la abordamos desde la perspectiva de la información (precisamente aquella a la que acude el Tribunal Supremo), también puede observarse desde la omisión de medios: no se actúa ante un resultado dudoso, ya que éste ni se notifica, ni se investiga¹⁴⁷⁴. Se trata de una conjunción de hechos, una omisión informativa y una omisión de medios¹⁴⁷⁵.

A pesar de lo señalado, la problemática causal se vuelve a centrar en la posibilidad de concatenar hechos, sólo que en esta ocasión tiene un matiz diferente. No sólo es necesario relacionar la actuación de la paciente al conocer la afección del feto, sino que la naturaleza específica de este bloque de hechos suma una problemática añadida. De haberse actuado de forma acorde a la *lex artis*, desplegándose todos los medios necesarios ante el primer signo de alarma de padecimiento fetal, ¿habría resultado la prueba posterior definitiva? Se suscita la duda de si la enfermedad que afectaba al feto hubiese podido ser localizada desde sus primeros estadios, además de si

¹⁴⁷² En el fundamento octavo de la mencionada resolución constitucional señala el Tribunal “...nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (*artículo 10*)”.

¹⁴⁷³ La vía argumentativa condenatoria utilizada por el Tribunal Supremo es la ya mencionada teoría de los “cursos causales no verificables”, que por razones obvias, no procede volver a estudiar.

¹⁴⁷⁴ LENOIR es esclarecedor en este punto “La detección en el feto de una anomalía, revelada en el momento de una ecografía, que constituya entonces una <<llamada de atención>> que invite a un diagnóstico más detenido”. LENOIR, Noëlle, “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países (y II)”... *op. cit.*; concretamente en páginas 128 y 129. A pesar de que el autor mencione únicamente la ecografía, podemos entender que este principio es aplicable a cualquier prueba. La actuación diligente ante una sospecha sobre el estado del feto, sería practicar un diagnóstico más detenido, es decir, más exhaustivo.

¹⁴⁷⁵ LLAMAS POMBO trata un supuesto de hecho muy similar al ahora estudiado y de sus palabras se desprende que lo que debe ser reprochado en un litigio como éste, es la omisión informativa que sufre la paciente, a consecuencia de la cual no se practican nuevas pruebas o no se baraja ninguna otra alternativa posible. LLAMAS POMBO, Eugenio, “Un buen ejemplo de la responsabilidad por *wrongful birth*”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 32, 2005, pps. 3 a 6; concretamente en página 4.

la madre se habría sometido a prácticas probatorias más agresivas (algo que está prácticamente confirmado, porque ya lo hizo en un momento posterior de su embarazo). A todo esto es necesario añadir la incertidumbre de cuál hubiese sido la decisión de la gestante de conocer el estado del *nasciturus*, esto es, si habría decidido interrumpir el embarazo.

Todas estas hipótesis hubiesen acarreado la imposibilidad de conectar el daño con la relación de hechos, por lo que si este supuesto da lugar a responsabilidad, es porque media una clara omisión informativa negligente y una omisión de medios.

Sobre este punto se pronuncia el Tribunal Supremo al señalar “resulta evidente que en los supuestos de daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial. No cabe duda, pues, que la Sentencia recurrida contiene una doctrina contraria a la recogida en las sentencias de contraste, las cuales por el contrario, se pronuncian en los términos que hemos recogido”¹⁴⁷⁶.

2. El segundo litigio a examinar es la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005¹⁴⁷⁷. En este supuesto D^a. Ángela se quedó embarazada en 1992, a los cuarenta años, habiendo sido ya madre de tres hijos. Dada su edad, acudió a su centro de salud a fin de solicitar la práctica de pruebas prenatales, desde el cual (Hospital Virgen del Camino de Pamplona), fue remitida al Hospital de Basurto. En el mencionado centro sanitario se le sometió a una biopsia corial transabdominal bajo control ecográfico, sobre todo con la finalidad de diagnosticar un posible padecimiento cromosómico del feto. Los resultados arrojados por la prueba fueron de plena normalidad, salvo por un dato perturbador, al cual no se le dio importancia, por lo que no fue comunicado a la gestante. En su lugar se le notificó la normalidad del embarazo hasta en tres ocasiones, primero por vía telefónica (a fecha de 10 de junio) y después por sendas cartas, los días

¹⁴⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2006... *op. cit.* En esta misma línea se pronuncia el juzgador en la más reciente sentencia de Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 (Sala Tercera, recurso 3021/2008, ponente Martínez – Vares García).

¹⁴⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005, Sala Primera, recurso 1986/1999, ponente Seijas Quintana.

2 y 8 de julio. En todas las comunicaciones se señalaba que la fórmula cromosómica era la de un varón sano. Sin embargo, cuando el embarazo llegó a su término, D^a. Ángela dio a luz a un niño afectado por síndrome de *Down*.

Ante las mencionadas circunstancias los padres del menor invocaron la construcción doctrinal de *wrongful birth* ante el órgano judicial competente. Tanto en primera instancia como en apelación, sus pretensiones fueron desestimadas. Ante estas circunstancias los actores acudieron en casación al Tribunal Supremo.

De la lectura de los hechos de la presente sentencia se desprende que la gestante se sometió a una prueba invasiva, con sus consiguientes riesgos, a los efectos de conocer el estado del feto. Sin embargo, y a pesar de que se halló una alteración en el diagnóstico, se optó por no notificar este punto concreto, comunicando a los progenitores la absoluta normalidad cromosómica del *nasciturus*. Precisamente en este hecho es donde se apoya el eje central de la problemática del proceso: esta falta de notificación se tradujo en una omisión informativa que impidió a la paciente tomar una decisión consciente y consecuente con su situación.

La cuestión que aquí se plantea respecto de la información a notificar no es sencilla de resolver, en la medida en que es necesario decidir si el médico se encuentra obligado a informar acerca de todos los datos obtenidos en una prueba practicada, aun cuando aparentemente sean de escasa relevancia; o si haciendo uso de su sana crítica, éste está autorizado para discernir y soslayar parte de la información, cuando la estime irrelevante. La dificultad de esta cuestión es de tal magnitud que carece de una respuesta sencilla. Por ello será necesario efectuar dos hipótesis, ambas en función de la relevancia o entidad del dato perturbador obtenido, así como de la fiabilidad de la prueba en cuestión.

En primer lugar deberíamos abordar aquellos supuestos en los que el resultado de una prueba arroja un dato perturbador y que a pesar de ello tiene escasa relevancia. Podría entenderse que en este escenario la falta de notificación de este punto en concreto no supondría una omisión informativa, precisamente por la nula entidad del aspecto no comunicado. Esta situación podría darse, por ejemplo, en el curso de actividades diagnósticas de fiabilidad limitada, así como en datos perturbadores que carezcan de una relación directa con la salud del feto (dudas sobre el sexo, etc.).

La situación se torna diametralmente distinta cuando el aspecto dudoso omitido tiene una entidad superior, bien porque se ha inferido de una prueba prenatal que cuenta

con un índice de resultado de mayor exactitud, bien porque éste puede incidir de forma directa sobre la salud del feto (datos relativos a una enfermedad grave e intratable).

En virtud de lo hasta ahora señalado, no toda ausencia de notificación entraña necesariamente una omisión informativa. Ahora bien, de materializarse la problemática hallada en una severa afección en el feto, habiendo sido rechazado el indicio por su escasa repercusión, estimamos que la responsabilidad del médico y del centro hospitalario dependería de si la decisión de ocultar el resultado se tomó de acuerdo con la sana crítica del profesional, acorde al principio de la *lex artis*; o por el contrario, si la determinación fue arbitraria¹⁴⁷⁸.

El criterio de corte de esta *lex artis*, además de con la naturaleza del daño y la fiabilidad de la prueba practicada, también debe relacionarse con el paciente en concreto. Esto es, además de estos dos aspectos objetivos, es necesario tener presentes las condiciones propias de la gestante. Factores como la edad, su estado de salud, antecedentes de enfermedades, propensión a dolencias concretas, actividad laboral que desempeña, etc.; pueden ser elementos clave a los efectos de dirimir la relevancia de un dato perturbador.

La intrínseca dificultad que entraña la aplicación práctica de estos criterios es obvia, ya que una vez materializado el riesgo que había sido tímidamente evidenciado en el resultado de una prueba, más o menos fiable, la actuación del médico está en entredicho. Por ello, siempre y cuando se encuentre acreditado que la prueba efectuada cuenta con limitaciones técnicas o márgenes de error, con la suficiente entidad como para rechazarse un dato objeto de alarma, la omisión informativa no deberá ser indemnizada, siempre y cuando no concurren factores añadidos. Lo mismo ocurriría si el problema hallado en la prueba tuviese escasa relevancia para la salud del feto.

Volviendo al asunto que nos ocupa, nos encontramos ante la tesitura de discernir si concurrió un atentado contra el derecho de información, o si por el contrario la falta de notificación del dato perturbador carecía de la entidad suficiente como para calificar la actividad del médico contraria a la *lex artis*.

¹⁴⁷⁸ DE ÁNGEL YÁGÜEZ opina que de desprenderse una mínima entidad del mencionado “dato perturbador”, no se trataría de una omisión informativa, sino de una negligencia profesional por atentar contra la *lex artis*. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La quinta sentencia del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth: se puede decir ya que existe una «jurisprudencia» en la materia”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 38, 2006, pps. 1 a 20; concretamente en página 14.

Conviene comenzar señalando que el resultado omitido, si bien se trataba de una mera sospecha, entrañaba una duda sobre la posibilidad de que el feto se encontrase afectado por síndrome de *Down*, es decir, una afección grave.

En segundo lugar, la prueba que le fue practicada a la gestante fue una biopsia corial. Esta cuestión es relevante, en la medida en que se trata de una actividad diagnóstica de una alta fiabilidad. Llegados a este punto se cumplen dos de las circunstancias necesarias para barajar un atentado contra la *lex artis* en la toma de la decisión de no informar: una prueba de alta fiabilidad y una enfermedad grave.

A estos dos factores debemos añadir otro elemento que no habíamos tenido en cuenta hasta el momento: la edad de la gestante. Tal y como señalamos en su momento, D^a. Ángela se quedó embarazada de su cuarto hijo cuando tenía 40 años. Dada la especial atención que requieren aquellos embarazos en los que la madre se encuentra en edades complicadas para la gestación, estimamos que las precauciones debieron extremarse al máximo. En virtud de lo señalado consideramos que el dato de la edad de la gestante inclina la balanza hacia una omisión informativa indemnizable¹⁴⁷⁹.

De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al asegurar “Este dato perturbador se conoce a través de la biopsia corial practicada a la Sra. Ángela (Porta 4/2,8-81/47xy + G?), y no fue comunicado a los demandantes, antes al contrario se les aseguró que el feto era cromosómicamente normal 46 xy , y que no padecía síndrome de Down, permitiendo la continuación de la gestación. No cabe duda de que, tratándose de una prueba diagnóstica prenatal, la información referente a que el feto estuviera afectado del síndrome de Down, era el objeto propio y específico de la misma...”¹⁴⁸⁰.

De las palabras del juzgador se desprende la naturaleza de la información ocultada y las consecuencias legales de esta acción.

¹⁴⁷⁹ MACÍA MORILLO asevera en esta misma línea “Por otra parte, la falta de información sobre la existencia de un riesgo, por sí misma, no priva de la facultad de abortar, puesto que tal facultad requiere como presupuesto que se constate la existencia en el *nasciturus* de un defecto grave. La existencia de un indicio de riesgo, por sí sola, no es suficiente para que la gestante disponga de la facultad del artículo 417 bis. 1.3º Cp; es necesario realizar un diagnóstico en que se acredite la concreción del mal en el embrión o feto. De igual forma, la comprobación de un indicio de riesgo preconcepcivo no se constituye por sí misma en información relevante para la adopción de una decisión informada sobre la concepción futura, sino que tal información la proporciona el diagnóstico que, en su caso, se practique”. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life... op.cit.*, página 513.

¹⁴⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005... *op. cit.*

3. El siguiente caso que vamos a analizar, la sentencia de 23 de octubre de 2007¹⁴⁸¹, tiene una relación de hechos muy similar a la anterior. D^a. Mariana dio a luz por cesárea a Gerardo en octubre de 1996, un niño sin afecciones aparentes. Sin embargo, a partir de febrero del año siguiente (1997), el menor empezó a tener problemas de salud, comenzando por la necesidad de una intervención de una hernia inguinal en febrero, en noviembre una gastroenteritis y en mayo tuvo que ingresar nuevamente por una alteración de Urea y Creatinina, siendo el diagnóstico definitivo la carencia de un riñón, concretamente el derecho. Sufría de insuficiencia renal y el único tratamiento posible era un trasplante.

Esta malformación era de nacimiento y no fue observada en ninguno de los estudios que se le practicaron al feto, aunque la gestante sufrió oligoamnios durante el embarazo, un factor muy unido a las malformaciones del aparato excretor; aspecto del que no fue informada y sobre el que tampoco se hicieron mayores indagaciones.

Ante estas circunstancias los padres del menor pretendieron ser resarcidos por los daños sufridos. No obstante, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que acudieron en casación al Tribunal Supremo.

La controversia de este supuesto tiene matices diferentes en relación a los casos hasta ahora estudiados de *wrongful birth*, sobre todo en lo que a la afección de la criatura se refiere. Sin menospreciar su gravedad, una comparación con patologías como el síndrome de *Down* o la espina bífida, nos obligan a replantearnos si un litigio como el presente puede incluirse dentro de este concepto.

Este asunto debemos abordarlo desde la perspectiva de que, al igual que ocurría en los otros casos de *wrongful birth*, la falta de notificación de un dato perturbador grave ha privado a los padres del niño de la posibilidad de una actuación informada. Aunque quizás los hechos no sean apropiados para valorar la opción de acudir a una interrupción del embarazo, es innegable que la omisión informativa acarreó un daño a los progenitores de la criatura. Un conocimiento temprano de la afección que padecía el feto, hubiese permitido una actuación preventiva. El menor sólo contaba con un riñón, por lo que se podría haber acudido a tratamientos o cuidados especiales que evitasen, o por lo menos dilatasen en el tiempo, la necesidad una terapia tan agresiva como un

¹⁴⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2007, Sala Tercera, recurso 6676/2003, ponente Herrero Pina. Resolución también analizada desde el punto de vista de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente.

trasplante. Más si cabe cuando la afección padecida por éste podía haberse detectado en el útero materno, dados los indicios durante la gestación.

Nuestra propuesta es abordar la problemática desde la perspectiva de la dolencia que se desconocía que sufría el hijo de los recurrentes, la cual pudo haber sido detectada durante el embarazo y que sin embargo, no fue diagnosticado hasta un año después del nacimiento del menor. Es probable que la situación hubiese resultado menos traumática en caso de haberse conocido el estado del *nasciturus*, ya que aunque lejos de la idea de la interrupción eugenésica del embarazo, abogamos por la opción de un tratamiento efectivo y temprano¹⁴⁸².

Sobre todas estas mismas cuestiones el Tribunal Supremo se pronuncia señalando “Refiere que la Inspección médica hace constar que en dos momentos de la evolución del proceso se dispusieron de indicios que no fueron debidamente investigados y podían ser interpretados como alteración de la función renal y que con un diagnóstico más temprano el tratamiento correcto del reflujo intrarenal probablemente hubiera modificado la evolución de (sic) proceso. Entiende que ante los antecedentes que en el periodo de gestación presentaba la madre y el feto y la ausencia de los estudios pertinentes que debe cualquier profesional tener en consideración ante las irregularidades que se presentan, ayuda a dudar seriamente de la corrección de la asistencia prestada, tanto en cuanto a la evidencia del cuadro médico presentado en el periodo prenatal como en el neonatal y postnatal, manteniendo que un diagnóstico precoz hubiera podido paliar o en su caso no llegar a dicha consecuencia por la prevención de la misma”¹⁴⁸³.

¹⁴⁸² MACÍA MORILLO afirma de manera tajante que el caso que nos ocupa es propio de la figura de *wrongful birth*, por darse en el mismo los elementos básicos de esta construcción doctrinal (afección de un feto no detectada durante la gestación). Es especialmente ilustrativo el asunto *Park v. Chessin* (New York, 1977), en el que nació una niña afectada de una enfermedad poliquística de riñón, que en un principio se consideró que no era hereditaria, pero que tristemente así lo fue, dado que un hijo anterior de la pareja también la padecía. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales* ... *op. cit.* El comentario que realiza DE ÁNGEL YÁGÜEZ sobre el mencionado supuesto es revelador “Se alegó que los padres habían perdido la oportunidad de tomar una <<decisión informada>> a efectos de evitar el nacimiento. El Tribunal (que puntualizó que la niña demandante no reclamaba daños por haber nacido, como tales, sino por el dolor sufrido *después* de su nacimiento y a consecuencia de su actuación – la de los médicos- anterior a la concepción), estimó la demanda. Dado que no existía ningún precedente en la misma línea, la sentencia razonó de forma muy especial el porqué de su decisión, sobre la base del derecho de los padres a no tener un hijo. El tribunal dijo que este derecho se extiende a supuestos en que puede establecerse con razonable certeza médica que el niño nacerá deformado. Y la violación de este derecho constituye un atentado injusto <<al derecho fundamental de un niño a no nacer como un todo, como un ser humano funcional>>...”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)” ... *op. cit.*; concretamente en página 114.

¹⁴⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2007... *op. cit.* En una línea similar se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011 (Sala Primera, recurso 128/2008, ponente

4. Hemos dejado para el final la que probablemente sea la resolución más llamativa de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003¹⁴⁸⁴. D^a. Ana dio a luz a su hijo Armando en junio de 1997, naciendo éste con graves malformaciones, destacando entre ellas la falta del riñón izquierdo, así como el miembro inferior y la pelvis de ese lado. Estas deformidades eran detectables en el claustro materno, a pesar de lo cual no fueron observadas en las pruebas prenatales.

D^a. Ana fue sometida a un total de 4 ecografías a lo largo del embarazo. En la primera, practicada en la semana 20 de la gestación, se barajó la posibilidad de que el cordón umbilical tuviese un único vaso sanguíneo, circunstancia que suele estar relacionada con importantes malformaciones en el feto. A pesar de la mencionada sospecha, ésta no se verificó, ni tampoco se notificó nada al ginecólogo; prescribiéndose controles rutinarios de seguimiento del embarazo. Dos semanas después de la primera ecografía se realizó una nueva exploración en la que se aseguró que el cordón umbilical era perfectamente normal y que las extremidades del niño se encontraban bien formadas. Con fecha de 27 de mayo de 1993 se le practicó otra ecografía, la tercera, en la que se arrojaron nuevas sospechas de una posible arteria umbilical única; pero dada la falta de certeza, no se solicitaron estudios anatómicos del feto. Con fecha muy cercana al nacimiento de la criatura (el día anterior al alumbramiento), se realizó la última de estas pruebas, y nuevamente no se señaló nada de la malformación que sufría el embrión, es más, se aseguró la normalidad de sus extremidades.

Tomando como base los hechos mencionados, los padres iniciaron una acción de *wrongful birth*, viendo sus pretensiones parcialmente admitidas en primera instancia y revocadas en apelación. Ante tales circunstancias los demandantes acudieron en casación al Tribunal Supremo.

A la paciente se le practicaron cuatro ecografías durante su embarazo. En la primera de ellas se tuvo la sospecha de que el cordón umbilical sólo contaba con un vaso sanguíneo, hecho de gran relevancia. Sin embargo, no se le comunicó nada al ginecólogo de la paciente, por lo que éste no pudo solicitar más pruebas. La segunda ecografía se encuentra envuelta por una sombra de negligencia, dado que apunta, no sólo que el cordón umbilical contaba con las tres vías sanguíneas habituales, sino que además las extremidades del feto eran normales. En la tercera prueba se volvió sobre la

Seijas Quintana), en la que la información que se facilitó a los progenitores de la criatura fue incorrecta, quienes decidieron en base a la misma proseguir con el embarazo.

¹⁴⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003, Sala Primera, recurso 776/1998, ponente Corbal Fernández.

sospecha de una posible arteria umbilical única, pero no se actuó en consecuencia, y la cuarta ecografía confirmó la normalidad del feto un día antes de su nacimiento.

El Tribunal Supremo se muestra tajante cuando se pronuncia sobre este asunto “El 27 de mayo de 1.993 (edad de gestación DUM: 33 semanas; edad de gestación ecográfica 32 – 33 semanas) se extiende un informe de ecografía por los Drs. Juan Ignacio y Matías en los que se hace constar: líquido amniótico normal; Doppler normal; probable arteria umbilical única aunque no se puede afirmar rotundamente. No consta se haya realizado examen anatómico del feto porque las casillas están en blanco. El juicio que merece la anterior prestación médica es que no se actuó con la diligencia exigible”¹⁴⁸⁵.

El juzgador reprocha con contundencia que una sospecha o probabilidad remota de arteria umbilical única no se investigase en profundidad, dada su gravedad. Es más, el Alto Tribunal centra su atención en lo llamativo del hecho de que no se detectase la deficiencia que sufría el feto en la tercera ecografía, durante el octavo mes de gestación. Esta cuestión se agrava si tenemos en cuenta que el día anterior al alumbramiento se practicó una nueva prueba, en la cual nada se señaló sobre la deficiencia física que sufría el *nasciturus*.

Dada la complejidad del caso, conviene matizar las responsabilidades de cada uno de los ecografistas y del ginecólogo. Poco puede decirse en relación a este último, que resultó absuelto porque su actuación fue conforme a la *lex artis*. Éste actuó guiado por los informes de sus compañeros, en los que no se advertía nada sobre una posible arteria umbilical única, por lo que su decisión de no acudir a un mayor despliegue de medios fue correcta¹⁴⁸⁶.

Por otro lado están los ecografistas y su actuación en los distintos estadios de la gestación. Es necesario apuntar que mientras que las dos primeras ecografías se practicaron dentro de las primeras 22 semanas de embarazo (y por tanto cabía la posibilidad de acudir a la interrupción del mismo), el escenario de las dos últimas es distinto. Las responsabilidades de unos y otros profesionales serán diferentes en función del momento en el que desempeñaron su labor.

¹⁴⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003... *op. cit.*

¹⁴⁸⁶ Sobre este concreto extremo señala el Tribunal Supremo “... no se aprecia responsabilidad concreta en el Dr. Jose Augusto, Ginecólogo, porque actuó en la confianza del informe ecográfico del Dr. Carlos Antonio -que no contenía ningún dato de alarma o riesgo...”. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003... *op. cit.*

La diferencia del primero de los ecografistas respecto de los otros dos se fundamenta en que las dos primeras pruebas (efectuadas ambas por este mismo profesional), se encontraban dentro del plazo legal para el ejercicio del aborto. De lo que se desprende, que de haberse notificado la sospecha de una arteria umbilical única, se hubiese podido acudir a pruebas prenatales que permitiesen investigar ese dato en profundidad, algo que se habría traducido en una información completa a los progenitores.

Las dos últimas ecografías estaban fuera del plazo legal para la interrupción del embarazo, lo que hace que estos dos médicos se encuentren en una posición muy distinta a la de su compañero. Aunque su responsabilidad es innegable, el daño ocasionado por los mismos tiene otra naturaleza, al no llegar a privar a los padres del menor de su capacidad de decidir entre continuar o no con el embarazo, ya que el estadio en el que se encontraba la gestación había superado el plazo legal establecido para ello. No obstante, esta última afirmación no es sinónimo de ausencia de daño, ya que sus acciones ocultaron una posible dolencia fetal. Éstos no permitieron a los progenitores del recién nacido prepararse psicológicamente para el *shock* que iban a sufrir, ni tampoco planificarse económicamente.

El Alto Tribunal tiene presente esta división de responsabilidades cuando procede a una condena selectiva, en la que no sólo exonera al ginecólogo, sino que aboga por una sanción más contundente para el primer ecografista y una más leve para los otros dos profesionales. Prueba inequívoca de ello es la cuantía a indemnizar por los tres radiólogos, siendo la del primero ostensiblemente superior a la de los posteriores¹⁴⁸⁷. Concretamente señala el Tribunal Supremo “Y teniendo en cuenta la

¹⁴⁸⁷ La rotundidad de la resolución no ha dejado de ser objeto de crítica por algunos autores, sobre todo por la dificultad fáctica del supuesto. La falta de claridad sobre las ecografías practicadas y el momento en el que se produjo la sospecha de una posible arteria umbilical única, han llevado a autores a dudar si efectivamente se trata de una controversia de *wrongful birth*. MACÍA MORILLO es esclarecedora al señalar “... con los hechos presentes en el caso, resulta patente que, aunque el ecografista hubiera informado de la malformación del feto en el momento, la gestante no habría podido optar por interrumpir el embarazo en curso sobre la base del precepto indicado. No concurrían, pues, los presupuestos del aborto embriopático, por lo que no es posible apreciar un daño por privación de facultad de decisión sobre el aborto (pues esa facultad no existía ya), por los daños derivados de la condición enferma del niño (pues no se podía haber evitado el nacimiento de acuerdo con la legislación vigente) o por la propia vida de éste (pues sus padres no podrían haber optado por abortar)”. MACÍA MORILLO, Andrea, “Comentario a la sentencia de 18 de diciembre de 2003”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 66, 2004, pps. 1023 a 1040; concretamente en página 1037. Estima esta autora que cuando se tuvo conocimiento de la posible malformación del feto, la gestante se encontraba fuera del plazo legal para el ejercicio del aborto, y es por ello que no tuvo opción de interrumpir el embarazo, lo que desfigura el concepto de *wrongful birth*. De ahí que la mencionada autora estime que la resolución es una “indemnización encubierta”, cuya esencia se fundamenta en la justifica material. Sin embargo, esta teoría puede ser matizada, en la medida en que puede entenderse que el supuesto *wrongful birth* tuvo su razón de ser en la sospecha hallada, pero

diferente entidad de las negligencias y consecuencias de las mismas, se establece que el Dr. Carlos Antonio debe responder de la suma de cuarenta y cinco millones de pesetas, y los Drs. Juan Ignacio y Paula, con carácter solidario, de los quince restantes”¹⁴⁸⁸.

2. Controversias en las que la figura no ha sido observada.

5. En este apartado se analizará la única resolución con esta misma temática que fue desestimada. Comenzamos el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de

no aclarada, de la primera ecografía practicada a la gestante. La cuestión toma relieve si se observa que en la primera prueba exploratoria la actora se encontraba dentro del plazo legal para el aborto. La falta de notificación de esa cuestión supuso que el ginecólogo no pudiese actuar en consecuencia, proponiendo pruebas más concluyentes. Aboga por esta misma idea MEDINA cuando apunta “Entendemos acertado (sic) la distribución de responsabilidades realizadas por los magistrados del Tribunal Supremo porque solo con el accionar del médico que practico (sic) la segunda ecografía se lesionó la facultad de decidir sobre la interrupción del embarazo, ya que los actos culposos de los Dres. Gómez y Carrera relativos a la tercera y cuarta ecografía, carecían de relevancia a los efectos de ejercitar la facultad de abortar pues los plazos para su ejercicio ya habían transcurrido”. MEDINA, Graciela, “Responsabilidad por nacimiento con discapacidad. Wrongful birth. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”...*op. cit.*; concretamente en página 476. No obstante, matizan esta idea MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU “Su responsabilidad, pues, junto con la del Hospital Valle de Hebrón, debería cubrir la totalidad de los daños patrimoniales y morales mencionados anteriormente, sin que operase distribución de responsabilidad alguna con los demás ecografistas demandados, que nada tuvieron que ver con la citada lesión y los consiguientes daños. Por el contrario, la negligencia de los Dres. Gómez y Carreras se produjo en un momento en que ya no era posible interrumpir legalmente el embarazo, por lo que su negligente interpretación de las ecografías y la consiguiente falta de información a los padres, sólo puede dar lugar a una responsabilidad distinta, ajena a cualquier lesión de la facultad de abortar de la madre. También respecto de ese segundo fundamento, el Hospital debería responder de forma solidaria”. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)”, en *Indret*, nº 2, 2004, pps. 1 a 12; concretamente en página 10.

¹⁴⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003... *op. cit.* Finalmente, y a título anecdótico, estimamos oportuno mencionar que podemos encontrarnos ante un nuevo supuesto de *wrongful life* que pasa desapercibido ante los ojos del juzgador, ya que esta demanda fue interpuesta por los padres del niño, en nombre propio y en representación del mismo. MACÍA MORILLO se inclina por esta misma idea “En cambio, en este caso la demanda se plantea por los progenitores del niño discapacitado, <<en nombre propio y en representación de su hijo>> (F.1), y así llega efectivamente hasta el Tribunal Supremo, puesto que consta que el recurso de casación había sido interpuesto igualmente por los demandantes. Se reclama, pues, aparentemente, no sólo por *wrongful birth*, sino también por *wrongful life*”. MACÍA MORILLO, Andrea, “Comentario a la sentencia de 18 de diciembre de 2003”... *op. cit.*; concretamente en página 1033. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2008 (Sala Primera, recurso 1894/2003, ponente Seijas Quintana) es prácticamente idéntica a la anterior, por lo que su análisis individualizado sería repetitivo. Una paciente, al someterse a las pruebas prenatales habituales en un embarazo, arrojó en uno de los resultados un dato perturbador que podía ser un indicio de una posible espina bífida. Sin embargo, esta cuestión no fue tenida en cuenta, no se le notificó a la paciente y no se practicaron análisis añadidos, a fin de descartar la sospecha. Cuando el embarazo llegó a su fin, nació un niño aquejado de espina bífida. Sobre esta controversia MACÍA MORILLO apunta, que es necesario diferenciar que lo que aquí concurrió fue una omisión informativa que imposibilitó a la gestante el acceder a una prueba, pero no a interrumpir el embarazo “Dicho de otra forma, en este caso no es que se esté privando a la gestante de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, sino que se la está privando de la posibilidad de someterse a la prueba que serviría para diagnosticar el estado de salud de su hijo antes del nacimiento. El contexto, por tanto, es ligeramente diferente al propio de las acciones de *wrongful birth*”. MACÍA MORILLO, Andrea, “Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth*”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 18, 2008, pps. 189 a 210; concretamente en página 200.

noviembre de 2005¹⁴⁸⁹, en la que D^a. Patricia, al quedarse embarazada, acudió a su centro médico para solicitar el seguimiento de su gestación y someterse a las pruebas necesarias durante la misma, entre las que se encontraba la de triple *screening*. El resultado de este análisis arrojó un dato anormal, que indicaba la posibilidad de una afección fetal, por lo que eran recomendables mayores indagaciones. A pesar de este resultado perturbador, D^a. Patricia no fue informada al respecto, ni tampoco lo fue la unidad de diagnóstico prenatal. Cuando el embarazo llegó a su término, nació un niño afectado por síndrome de *Down*.

Los padres del menor pretendieron ser resarcidos en base a una acción de *wrongful birth*, para lo cual tuvieron que acudir en casación al Tribunal Supremo, al ser su demanda desestimada en instancias inferiores.

A pesar de la semejanza de los hechos de este caso con los de los supuestos anteriores, en este litigio el Tribunal Supremo muestra una opinión distinta, por lo que es obligado preguntarnos qué pudo motivar dicho viraje doctrinal.

La opción desestimatoria adoptada por el Tribunal Supremo no se encuentra en la relación fáctica, por lo que debemos averiguar dónde está la justificación que quiebra la línea general seguida por el juzgador. Parece que podemos hallar la respuesta a esta pregunta en la vía argumentativa utilizada por los recurrentes. Tal y como señala el Tribunal Supremo, en un primer momento éstos tratan de hacer un análisis comparativo, en el que contraponen el fallo de la Audiencia Nacional que ellos recurren, con otra resolución en la que el pronunciamiento del órgano judicial fue completamente distinto. La cuestión versaba sobre el daño moral, los recurrentes abogaban por considerar como daño moral, no el nacimiento del hijo de ambos, sino el nacimiento del mismo en el estado en el que se encontraba.

No obstante, es doctrina generalizada la no admisibilidad del nacimiento de un hijo como un daño en sí mismo, independientemente del estado de salud de éste. Esta idea supondría la inadmisión de uno de los motivos objeto de recurso¹⁴⁹⁰.

La segunda causa por la que esta controversia fue desestimada se encuentra en el derecho a la información. De los hechos narrados se desprende que la paciente no llegó a conocer el resultado de la prueba practicada, por lo que fue víctima de una omisión

¹⁴⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2005, Sala Tercera, recurso 5377/2001, ponente Puente Prieto.

¹⁴⁹⁰ Por otro lado, y de manera residual, conviene mencionar que el Tribunal Supremo también procede a la desestimación del motivo por cuestiones procesales. Estima el juzgador que la comparación no puede limitarse sólo a una resolución, requiriéndose una mayor fundamentación para que ésta tenga entidad suficiente para ser admitida.

informativa, que de nuevo por una cuestión argumental no puede ser indemnizada. Los recurrentes centran su razonamiento en el derecho de información, considerándolo como un daño en sí mismo, en lugar de centrar su discurso en los perjuicios irrogados por esta omisión informativa. Sin embargo, la mera vulneración del derecho de información, si no se materializa en un daño concreto, no da lugar a responsabilidad alguna. Señala a este respecto el Alto Tribunal “ha de destacarse que esta Sala en su más reciente jurisprudencia ha venido a afirmar que, como declara la sentencia de 26 de febrero de 2.004, aún cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede *per se* dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente, y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina, en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico...”¹⁴⁹¹.

El Tribunal Supremo es consciente de lo controvertido de su decisión, ya que la semejanza con otros casos que sí fueron objeto de indemnización, es evidente. Es por ello por lo que con gran acierto se pronuncia sobre este extremo “Por todo ello, y encontrándose limitadas las facultades de este Tribunal en el recurso de casación a juzgar dentro de los motivos expresamente invocados por la actora, independientemente de la existencia del daño indudable producido a la madre actora con el nacimiento de un hijo aquejado del síndrome de Down por una anormal actuación de la Administración, la apreciación de la existencia de tales daños que, en definitiva, constituye lo que intenta poner de manifiesto la recurrente, con independencia del daño reconocido por la sentencia recurrida, no puede conseguirse a través de los motivos impugnatorios facilitados en el escrito de interposición, únicos que esta Sala dado el carácter excepcional del recurso de casación puede enjuiciar y considerar en el recurso, y que no resultan hábiles para entrar a examinar la cuestión de fondo planteada consistente como decimos en precisar si existió algún otro tipo de daño, aparte del reparado por la sentencia recurrida en la cifra de 10.000.000 de pesetas ser por lo que denomina falta de su facultad de autodeterminación, que no pudo ejercer al verse privada la actora de la debida información”¹⁴⁹².

¹⁴⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2005... *op. cit.*

¹⁴⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2005... *op. cit.*

De este segundo apartado podemos concluir la uniformidad del Tribunal Supremo en sus argumentaciones, a pesar del carácter beligerante de esta última resolución. El juzgador marca unas pautas claras al señalar que no toda eventualidad diagnóstica en una prueba prenatal debe informarse, ni investigarse. No obstante, esta regla general tiene excepciones, como la fiabilidad de la prueba, la gravedad de la duda y las circunstancias propias de la paciente.

3. Supuestos de *wrongful birth* en los que no se informa sobre la posibilidad de practicar pruebas durante la gestación.

En este bloque se analizará otra variante fenomenológica del concepto de *wrongful birth*, que tiene lugar como consecuencia de un atentado contra el derecho de información. Ahora bien, en esta ocasión la vulneración informativa se da porque los padres no han sido informados sobre la posibilidad de acudir a prácticas probatorias recomendadas¹⁴⁹³.

1. Supuestos en los que se estima la efectiva concurrencia de la figura.

1. La primera resolución que abordaremos en este bloque es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2007¹⁴⁹⁴, en la que D^a. Leonor se quedó embarazada a los cuarenta años. Precisamente por su edad, ésta puso especial énfasis en someterse a cuantas pruebas fuese necesario. Sin embargo, la matrona que la atendió le señaló que no había motivo de preocupación, dado que previamente había tenido hijos y ninguno de ellos padecía ninguna afección. Por esta razón no fue informada de la posibilidad de acudir a pruebas diagnósticas prenatales, tales como la amniocentesis y el triple *screening*. Ninguno de los ginecólogos que atendieron a D^a. Leonor (cada uno en

¹⁴⁹³ NAVARRO MICHEL considera que en estos asuntos en los que una gestante no recibe información sobre pruebas a las que puede someterse, no se produce una omisión informativa, sino un error de diagnóstico prenatal. Afirma concretamente esta autora “No será siempre fácil separar con nitidez la falta de información del error de diagnóstico prenatal, pues éste generalmente conlleva aquélla, como puede ocurrir cuando el ginecólogo no recomienda una prueba de diagnóstico prenatal a la mujer con un embarazo de riesgo, sea por su edad o por sus antecedentes familiares o por cualquier circunstancia que lo hace aconsejable según la ciencia médica. Entiendo que en estos casos lo que prima es el error de diagnóstico prenatal, pues la falta de información vendría a ser una consecuencia de ese fallo en el diagnóstico”. NAVARRO MICHEL, Mónica, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005” ... *op. cit.*; concretamente en página 1646.

¹⁴⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2007, Sala Primera, recurso 4469/2000, ponente Roca Trías.

estadios distintos del embarazo) estimaron la existencia de riesgo alguno. De ahí que el seguimiento de la gestación fuese el habitual, arrojando todas las actividades diagnósticas practicadas resultados de normalidad. No obstante, cuando el embarazo llegó a su término, D^a. Leonor dio a luz a una niña afectada por síndrome de *Down* y con una grave dolencia cardíaca.

Ante las circunstancias mencionadas, los padres de la menor iniciaron acciones judiciales tomando como base un supuesto de *wrongful birth*. Tanto en primera instancia como en apelación su demanda fue desestimada, por lo que acudieron en casación al Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal se muestra contundente cuando afirma que el embarazo de D^a. Leonor, más allá de los calificativos que recibió por parte de su ginecólogo, es “de riesgo”¹⁴⁹⁵.

Los padres de la menor se vieron privados de toda información relativa a la posibilidad de acudir a actividades diagnósticas, a pesar de que la gestante denotaba una clara preocupación respecto de lo que su avanzada edad podía suponer para el feto.

Sobre este aspecto concreto se pronuncia el Tribunal Supremo al señalar “...la información constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación esencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico”, de modo que la falta de información “no es irrelevante” desde el punto de vista de la autonomía del individuo, puesto que se le priva de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas actuaciones que pudiera considerar adecuada”¹⁴⁹⁶.

En el relato fáctico se evidencia la existencia de más de un ginecólogo, por lo que tal y como ocurría en la sentencia de 18 de diciembre de 2003, es necesario

¹⁴⁹⁵ Comparten esta misma opinión KLEIN y MAHONEY al apuntar “Although testing for Down syndrome and other aneuploidies in women of advanced maternal age remains the most common indication for invasive prenatal testing, in utero diagnosis of growing list of diseases and anomalies by analysis of fetal DNA is increasing in frequency”. KLEIN, Roger D. Y MAHONEY, Maurice J., “Medical legal issues in prenatal diagnosis”... *op. cit.*; concretamente en página 288. Afirman estos autores que uno de los factores que motiva acudir a pruebas como la amniocentesis, es precisamente la edad de la gestante, ya que las anomalías en el ADN se incrementan de manera proporcional a los años de la misma. Sigue esta misma línea doctrinal MÉNDEZ SERRANO al apuntar “Es cierto que en la STS de 19 de junio de 2007, mencionada en la que es objeto de comentario, la situación personal de la paciente no permitía incluirla en ninguno de los factores de riesgo aludidos, siendo desestimada su pretensión por omisión del deber de información. En esta misma línea, conviene destacar del caso que nos ocupa que la paciente presenta el riesgo de edad avanzada y se considera, por tanto, que se ha infringido por parte de los facultativos el deber de información de acuerdo con las exigencias de la *lex artis* del momento en el que tuvieron lugar los hechos”. MÉNDEZ SERRANO, María del Mar, “Comentario a la sentencia de 23 de noviembre de 2007” ... *op. cit.*; concretamente en página 861. Esta autora vuelve sobre la idea de que el factor edad es determinante para apreciar el riesgo en un embarazo.

¹⁴⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2007 ... *op. cit.*

identificar la responsabilidad de cada uno ellos. Parece necesario averiguar si existe la posibilidad de reprochar la conducta de los médicos que trataron a la paciente tras sus primeras 22 semanas de embarazo, pero no con motivo de la figura de *wrongful birth*, dado que ya no podía acudir al aborto. Contrariamente, la única actividad que dio lugar a responsabilidad fue la desplegada por el primero de los profesionales sanitarios, ya que fue la que no permitió a la paciente tomar una decisión informada, porque su omisión informativa se tradujo en una ignorancia forzada de los progenitores, que desconocían la posibilidad de acudir a pruebas, que eran más que recomendables.

Ahora bien, dada la similitud entre este supuesto y el de los ecografistas, en el que todos los médicos que incidieron de forma negligente en las pruebas prenatales vieron su actividad reprobada, es necesario hallar una razón para este cambio de doctrina. La justificación para un giro argumentativo de esta envergadura se encuentra en la propia relación de hechos. Mientras que en este asunto la omisión informativa estriba sobre la posibilidad de acceder a pruebas diagnósticas, en la sentencia de los ecografistas la conducta censurable era un diagnóstico erróneo. Quizás este último escenario sea de mayor gravedad, dado que la desinformación versó sobre un dato perturbador, mientras que en este litigio el asunto giró en torno a la posibilidad de practicar pruebas.

La capacidad de actuación de la gestante se encontraba absolutamente limitada, algo en lo que la desinformación en estadios finales del embarazo, poco o nada tuvo que ver. Partimos de un principio por el cual es doctrina del Alto Tribunal, que la vulneración informativa en sí misma no entraña responsabilidad alguna, a pesar de que conforme un atentado contra la *lex artis*. Sin embargo, como bien sabemos, el único daño indemnizable no es sólo la frustración de cualquier posibilidad de aborto, sino también la imprevisión psicológica y económica. Si observamos esta perspectiva del daño, sería posible afirmar que los últimos agentes intervinientes han contribuido al perjuicio causado con su omisión informativa.

Aunque la opción jurisprudencial adoptada por el juzgador nos llame la atención, es posible que encuentre su justificación en la fragilidad del nexo causal, dada la necesidad de acudir a una deducción de hipótesis en cadena. Es necesario presuponer qué haría la madre de haber sido correctamente informada sobre las posibles pruebas a practicar, esto es, si se hubiese sometido a ellas; más si cabe cuando ya se había superado la barrera de las 22 semanas y la finalidad de las actividades prenatales no trascendería de la mera información, dado que no se podría actuar de manera radical si

se hallase una afección fetal grave. Es probable que el juzgador estime que aunque la paciente estaba predispuesta a que se le practicasen pruebas, lo fuese tan sólo cuando éstas tuviesen una finalidad preventiva, pero no únicamente informativa.

2. El segundo y último supuesto que estudiaremos en este apartado es la sentencia de 6 de julio de 2007¹⁴⁹⁷, en la que D^a. Concepción, al quedarse embarazada, no fue informada de la posibilidad de someterse a pruebas prenatales más allá de las ecografías¹⁴⁹⁸. En noviembre de 1996, D^a. Concepción dio a luz a un niño afectado por síndrome de *Down*.

Las pretensiones de los padres del menor, actuando en nombre propio y en el de su hijo, fueron parcialmente admitidas en primera instancia, para ser revocadas en apelación. Ante la desestimación total de su demanda, acudieron en casación al Tribunal Supremo.

Es llamativo que la paciente no fuese informada sobre la posibilidad de someterse a una simple prueba de cribado, que no supondría ningún peligro para la vida del *nasciturus*. Aunque las limitaciones técnicas de esta actividad prenatal son altas (40% de margen de error en el diagnóstico de síndrome de *Down*), ésta cumple una importante función de prevención.

La vulneración informativa coartó las facultades de decisión y actuación de la paciente, al limitar las pruebas a las que podía acudir. Esta omisión supone una afrenta a los intereses de la gestante, en la medida en que acota el ámbito de actuación de la misma dentro de los márgenes de la ignorancia provocada. A este respecto señala el Alto Tribunal “De esta omisión informativa trae causa la culpa y el daño causado al patrimonio jurídico de los actores pues se les ha privado del derecho a la información que les asiste, impidiéndoles decidir de una forma consciente y responsable sobre la oportunidad de someterse a unas pruebas posteriores de confirmación y de tomar en su vista la solución más favorable a sus intereses”¹⁴⁹⁹.

La actitud del Tribunal Supremo en este proceso es llamativa al centrar el reproche, no en la omisión informativa, sino en el daño moral. Basa dicha justificación en el hecho de que la prueba de triple *screening*, aunque es de una utilidad innegable, tiene grandes limitaciones técnicas. De esta última afirmación podría concluirse que la

¹⁴⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2007, Sala Primera, recurso 3036/2000, ponente Seijas Quintana.

¹⁴⁹⁸ La prueba de triple *screening* ya se aconsejaba por aquel entonces por el Colegio de Médicos de Barcelona, a pesar de que no se encontraba impuesta en los protocolos de la Generalitat.

¹⁴⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2007... *op. cit.*

fiabilidad de la prueba es un factor de relevancia, ya que repercute en la indemnización, de forma que el daño se verá incrementado de manera proporcional a la infalibilidad de la actividad diagnóstica. Es por ello por lo que quizás la omisión informativa de un análisis de sangre, como el triple *screening*, es objeto de una indemnización menor, en comparación con la que podría darse en el supuesto de que la ignorancia versase sobre una prueba invasiva.

Este análisis de sangre no es determinante por sí mismo, por lo que cualquier indicio que pueda arrojar requiere una comprobación posterior con otras pruebas. El criterio adoptado por el Tribunal Supremo gira en torno a la fragilidad del nexo causal, dado que una omisión informativa sobre una prueba menor y de escasa fiabilidad, sienta importantes dudas sobre la posibilidad de llegar a un diagnóstico certero. Conviene añadir a esta afirmación, la necesidad de sumar una hipótesis al hallazgo de un dato perturbador en la prueba de cribado: que la gestante se someta a una actividad diagnóstica de mayor calado, y de arrojar ésta una patología fetal grave, cuál sería su reacción.

Por último, cabe apuntar que estaríamos ante otro posible caso de *wrongful life*, dado que los padres del menor actuaron en nombre propio y en el de su hijo, pero al diferenciar el Tribunal Supremo la indemnización final, se evitó un nuevo descuido sobre esta cuestión.

2. Conflictos en los que la figura no ha sido observada.

3. La primera resolución de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002¹⁵⁰⁰, en la que D^a. María Dolores se quedó embarazada cuando tenía 35 años, habiendo sufrido previamente un aborto espontáneo. Preocupada porque tanto su edad como sus antecedentes podían afectar al feto, acudió a su ginecólogo para someterse a las actividades diagnósticas necesarias. Sin embargo, éste les restó importancia y en ningún momento le recomendó, ni siquiera le informó, de la posibilidad de acudir a pruebas prenatales que permitiesen conocer el estado del *nasciturus*. Todo ello, a pesar de que lo que unía a la gestante con su médico era algo más que una simple relación profesional, ya que ésta regentaba un bar al que su

¹⁵⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002, Sala Primera, recurso 3834/1996, ponente González Poveda.

ginecólogo acudía con asiduidad. Finalmente nació un niño afectado por síndrome de *Down*, una cardiopatía y una hepatopía.

Ante las mencionadas circunstancias, los progenitores del recién nacido demandaron al ginecólogo que les atendió, así como al seguro del mismo. Tanto en primera instancia como en apelación, las pretensiones de los actores fueron parcialmente estimadas, lo que llevó a la parte demandada a acudir en casación al Tribunal Supremo.

Las similitudes entre unos y otros asuntos son palpables, a pesar de lo cual el dictamen del Tribunal Supremo es completamente distinto.

Nos encontramos ante un supuesto prácticamente idéntico a los anteriores y que a pesar de ello sufre una suerte desestimatoria. El Tribunal Supremo basa su argumentación en la inexistencia de un nexo causal entre la conducta del médico y la enfermedad del hijo de la actora, todo ello fundamentado en la imposibilidad científica de tratar enfermedades genéticas en el útero. Esta premisa se basa en una compleja hipótesis insalvable, ya que es utópico vaticinar la decisión de la gestante, de haber sido informada. Es decir, si se hubiese sometido a pruebas prenatales, si éstas arrojarían resultados concluyentes y cuál sería su actitud antes las mismas. Concretamente señala el Alto Tribunal “El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues como declara probado la sentencia de primera instancia, sin que ello se contradiga por la de apelación «la Sra. R. en ningún momento quiso abortar»; no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto”¹⁵⁰¹.

Con estas palabras el Tribunal Supremo se separa de una línea doctrinal firme y jurisprudencial: los cursos causales no verificables. Apunta el Alto Tribunal la importancia de enlazar la omisión informativa con la imposibilidad de intervenir el embarazo, algo para lo que precisamente fue concebida esta construcción doctrinal.

¹⁵⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002... *op. cit.*

Es sorprendente el giro argumentativo del Tribunal Supremo en esta cuestión. A pesar de las semejanzas entre este litigio y el anteriormente estudiado, las divergencias doctrinales son evidentes. Mientras que en la anterior sentencia de 6 de julio de 2007 se indemnizó un caso de *wrongful birth* por daño moral, en el litigio que ahora nos ocupa el Tribunal Supremo se centra únicamente en la ausencia de un nexo causal entre la falta de información y el nacimiento del niño enfermo, sin tomar en consideración el daño que la omisión informativa pudiese haber ocasionado a la gestante.

Consideramos necesario recordar que tenemos otro ejemplo de esta inusual exigencia probatoria de la intención de la madre, como es el de la sentencia de 30 de junio de 2006. En la mencionada resolución ocurría algo similar, en la medida en que también se le conminó a la gestante, en instancias inferiores, a probar su intención de interrumpir el embarazo. Cuando el recurso llegó a casación, el Tribunal Supremo acudió al concepto de los cursos causales no verificables. No obstante, encontramos una posible explicación que fundamenta este cambio argumentativo. Ésta se apoya en los propios hechos, y es que en la sentencia del año 2006 se había practicado una actividad diagnóstica, lo que comporta necesariamente una presunción de intención, mientras que en el asunto que nos ocupa la gestante no se sometió a prueba alguna. Es quizás esta falta de predisposición de la paciente, la que pudo motivar en el juzgador un cambio de actitud de tal magnitud.

Ahora bien, tal y como la doctrina ha señalado, consideramos que este aspecto no es una justificación suficiente para desestimar un caso como el presente, en el que existe una omisión informativa culpable¹⁵⁰².

¹⁵⁰² De manera disconforme al fallo de la resolución comentada se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO al apuntar que no cabe argumento alguno que justifique esta decisión, ya que no es necesario que la madre pruebe su intención de abortar, dado que la cuestión principal del supuesto es la imposibilidad de decidir. Asegura este autor que la única vía argumentativa que pudiese justificar esta opción es que la madre diese muestras inequívocas de su firme intención de continuar con el embarazo, independientemente del estado del feto, algo que no ocurre en este asunto. BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”... *op. cit.*; concretamente en páginas 864 y 865. De forma análoga, en el análisis de la misma resolución, se pronuncia GARRIGA GORINA al incidir en la escasa relevancia del nexo causal frente a la existencia evidente de un daño: la omisión informativa. GARRIGA GORINA, Margarita, “Negligencia en el diagnóstico prenatal. *Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002*”... *op. cit.*; concretamente en página 9. Ambos autores sostienen la teoría por la cual, situar a la gestante ante la tesitura de probar su intención de interrumpir el embarazo de haber conocido el estado del feto, es una vía de escaso acierto, más si cabe si tenemos presente que medió una omisión informativa grave por parte del médico. CECCHINI ROSELL afirma con especial contundencia que se trata de una sentencia desafortunada en la que se dan todos los ingredientes de la responsabilidad civil y sin embargo se absuelve una conducta negligente, porque a pesar de la dificultad de probar las intenciones de la madre, la actitud culpable del ginecólogo es un dato objetivo. CECCHINI ROSELL, Xavier, “El deber de información del médico. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm. 581/2002 (Sala de lo Civil), de 7 de junio (RJ 2002, 5216). Recurso de casación núm. 3834/1996” ... *op. cit.*; concretamente en página 190.

4. La segunda sentencia que estudiaremos en este bloque es la resolución del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2008¹⁵⁰³, en la que D^a. Rosario, al quedarse embarazada, acudió a su ginecólogo, quien le realizó las pruebas diagnósticas propias de un embarazo normal. Además de las ecografías, le fueron practicadas algunas actividades diagnósticas añadidas, así como un análisis de triple *screening* que arrojó un resultado de normalidad.

La única cuestión mencionable de la gestación, fue el hallazgo de anticuerpos positivos de cardiolipina, lo que fue tratado con AAS. Los efectos que puede tener la cardiolipina sobre el feto consisten en un posible retraso de su crecimiento, pero no está relacionada con malformaciones.

Sin embargo, cuando el embarazo llegó a su término nació un niño con múltiples deformaciones: mielomeningocele lumbar, genitales con hidrocele derecho, fontanelas amplias con diastasis de sutura sagital, pies de equino e hidrocefalia.

En base a estos hechos, los padres del menor acudieron a la vía judicial a los efectos de solicitar una indemnización, siendo sus pretensiones desestimadas tanto en primera instancia, como en apelación. En virtud del mencionado *iter* procesal, acudieron en casación al Tribunal Supremo.

Los recurrentes aducen como motivo de casación, que sufrieron una vulneración informativa, ya que no tuvieron conocimiento de la posibilidad de someterse a una prueba invasiva, como la amniocentesis, que arrojaría un resultado certero y veraz del estado del feto. Es por ello por lo que éstos no pudieron actuar de manera informada, ya que desconocían el estado de salud real de su futuro hijo. Basan dicha afirmación en que uno de los deberes del ginecólogo es el de notificar a la gestante y poner en su conocimiento, toda la información necesaria sobre los medios a los que puede acudir para detectar posibles malformaciones del feto. Conviene tener presente que este deber / derecho no puede ser ilimitado, debiendo ceñirse el grado de información de cada paciente a las circunstancias propias de su embarazo.

Aplicando esta premisa al caso concreto, se desprende que la información facilitada por el ginecólogo a su paciente fue acorde a la *lex artis*, partiendo del hecho objetivo por el cual la gestación en cuestión carecía de riesgo aparente alguno, por lo que su seguimiento y tratamiento fueron los habituales para estos casos; es más, incluso se practicaron pruebas no previstas en el protocolo en cuestión. Sobre este aspecto

¹⁵⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2008, Sala Primera, recurso 1560/2008, ponente Seijas Quintana.

concreto señala el Alto Tribunal “El deber de información sobre la posibilidad de práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto estuviera afectado por malformaciones, con el fin de permitir a la gestante hacer efectivo su derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las 22 semanas de embarazo, “únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencian o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* la existencia de un riesgo de que el feto presenta algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias”¹⁵⁰⁴.

La “limitación” informativa por la que se aboga es llamativa, sobre todo teniendo en cuenta que partimos de un principio por el cual el derecho de información del paciente es amplio, pero limitado por los aspectos remotos del tratamiento, prueba o enfermedad. Concluimos por tanto, que la paciente no sufrió una omisión informativa, dado que ésta conocía todas las pruebas que se le debían practicar, incluso algunas más. Ninguna de éstas arrojó un resultado alarmante, por lo que fueron desplegados todos los medios indispensables a fin de controlar la evolución del embarazo. Nada apuntaba a la necesidad de más exámenes, de forma que no fue necesario informarle sobre los mismos¹⁵⁰⁵.

Dado que se desplegaron todos los medios (en materia informativa y diagnóstica) y que no había ninguna sospecha de patología fetal, es imposible reprochar este caso, sean cuales sean las malformaciones que aquejen al menor¹⁵⁰⁶.

¹⁵⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2008 ... *op. cit.*

¹⁵⁰⁵ Comparte esta misma doctrina respecto del derecho de información MACÍA MORILLO “... la mayoría de la doctrina se muestra acorde en señalar que la calificación del comportamiento omisivo como negligente ha de reducirse en estos casos al supuesto de que concurrieran indicadores de riesgo en el paciente, cognoscibles para el profesional sanitario de acuerdo con el estado de la ciencia (concretamente, elevada edad de la gestante, antecedentes familiares de descendientes o parientes afectados por enfermedades, afecciones maternas durante el embarazo, origen racial relevante, evolución obstétrica desfavorable, historial de abortos espontáneos y exposición a agentes teratógenos: hormonas, agentes químicos o farmacológicos, enfermedades infecciosas, radiación). Si tales factores se encontraban presentes en el paciente, ha de considerarse que el comportamiento diligente del profesional consistiría en aconsejar la práctica de un diagnóstico preconceptico o prenatal, a fin de comprobar el estado de salud del embrión o feto o los posibles riesgos que amenazan a la descendencia futura”. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales* ... *op. cit.*, páginas 227 y 228. Aboga esta autora por una doctrina semejante a la seguida en la resolución por el Tribunal Supremo, por la cual el derecho de información no es ilimitado, sino que éste se encuentra acotado a las circunstancias de la controversia. En los supuestos de *wrongful birth* esto podríamos traducirlo en indicios de riesgo en la gestante, ante cuya concurrencia una omisión informativa sería indemnizable.

¹⁵⁰⁶ Sobre esta misma idea de pleno cumplimiento de las obligaciones se pronuncia el juzgador en las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 3443/2010, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 4353/2009, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2012 (Sala Tercera, recurso 43/2010, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo 20 de febrero de 2012 (Sala Tercera, recurso 527/2010, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal

5. Finalmente la última de las resoluciones a estudiar es la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007¹⁵⁰⁷, un supuesto en el que D^a. Virginia se quedó embarazada en un delicado momento psicológico, pues se encontraba sumida en una profunda depresión, por la cual estaba siendo medicada. Además, como consecuencia de su malestar físico y de diversas dolencias, se vio obligada a someterse a ciertas exploraciones, algunas de ellas con rayos X. Todo ello encontrándose ya embarazada, pero sin tener ésta conocimiento de ello.

Cuando la gestante acudió por primera a su ginecólogo tras percatarse de que se encontraba embarazada, destacó con vehemencia estos puntos en concreto (el tratamiento farmacológico y los rayos X), así como que tenía antecedentes de *Down* en la familia, por la posible incidencia que estas circunstancias podían tener en el feto. Sin embargo, su ginecólogo no dio mayor entidad a estas cuestiones, y tras suspender la terapia que la gestante venía siguiendo, consideró que el embarazo en cuestión carecía de riesgo específico alguno, por lo que su seguimiento debía ser el habitual; de forma que no informó a la paciente sobre la posibilidad de someterse a pruebas prenatales más allá de las protocolizadas, como por ejemplo las invasivas. D^a. Virginia tenía 29 años de edad en ese momento y los hechos se sitúan en 1994, época en la que las actividades diagnósticas agresivas, como la amniocentesis, entrañaban un elevado riesgo, por lo que sólo se utilizaban en supuestos muy graves.

Cuando el embarazo llegó a término, nació un niño afectado por síndrome de *Down*.

Ante estas circunstancias los padres del menor pretendieron el reconocimiento del daño sufrido con una acción de *wrongful birth*. Éstos vieron sus intenciones estimadas en primera instancia, pero revocadas en apelación; por lo que acudieron en casación al Tribunal Supremo.

Debemos partir del hecho objetivo por el cual el embarazado que nos ocupa, aparentemente carecía de riesgo alguno, por lo que de su normalidad se desprende que la información a recibir por la paciente, tal y como ocurría en el supuesto anterior, debía estar acotada a las circunstancias de la gestante. En virtud de ello, informarle sobre la

Supremo de 7 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 6190/2010, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 6454/2010, ponente Lecumberri Martí) y sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 4113/2010, ponente Lecumberri Martí).

¹⁵⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007, Sala Primera, recurso 2047/2000, ponente Xiol Ríos.

existencia de pruebas invasivas especialmente riesgosas para la época (1994), carecía de fundamento, más si cabe cuando nada apuntaba la necesidad de las mismas.

No obstante estas afirmaciones, el caso que nos ocupa tiene varios factores que conviene traer a colación: el tratamiento farmacológico, los rayos X y el antecedente de *Down* en la familia. No es que estas tres cuestiones sean eludidas por el Tribunal Supremo, sino que de acuerdo con lo apuntado por los informes periciales, debe restársele importancia. Las dos primeras incidencias médicas son inocuas para el feto en sus primeros estadios, no así el antecedente familiar. Este último punto no llegó a ser probado por D^a. Virginia, por lo que no pudo tomarse en consideración a los efectos del pleito¹⁵⁰⁸.

De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al apuntar “En efecto, de los informes periciales valorados detalladamente por la sentencia de apelación se desprende que todas y cada una de las circunstancias que alega la parte recurrente como demostrativas del riesgo de que el feto estuviera afectado por el síndrome de Down no tienen este carácter en opinión de los peritos, a excepción de la existencia de un pariente de la embarazada nacido con el expresado síndrome; pero este último hecho no aparece recogido como probado en la sentencia y, aunque la parte recurrente hace referencia reiteradamente a él, no identifica un medio de prueba, del que se desprenda su existencia, que manifiestamente haya podido ser valorado de manera errónea por la sentencia de apelación, pues únicamente se hace referencia a la prueba de confesión del facultativo, de cuya lectura no se desprende en absoluto el reconocimiento del expresado hecho”¹⁵⁰⁹.

Nuevamente nos encontramos ante una resolución en la que un elemento de carácter procesal, la prueba de un antecedente de *Down*, impide una condena.

¹⁵⁰⁸ Con una finalidad meramente comparativa conviene destacar que la doctrina seguida por el Tribunal Supremo sobre la posible incidencia que pueden tener factores como los indicados en la sentencia, sería contraria a la mantenida por el sistema italiano. La sentencia del *Tribunale di Perugia* de 7 de septiembre de 1998 resolvió de manera opuesta un supuesto muy similar al que ahora hemos estudiado. Se trataba de una mujer que durante la gestación, sin conocer su estado, estaba siendo tratada con fármacos y fue sometida a rayos X. Ante tales circunstancias su médico le recomendó la interrupción del embarazo, por los efectos que podían haber tenido ambas actividades médicas en el feto. Sin embargo, la madre optó por continuar con su embarazo, ya que acudió a otro ginecólogo, que tras varias ecografías, le aseveró que el feto era completamente normal. No obstante, nació una niña afectada por el síndrome de Apert. El Tribunal falló a favor de la mujer, que alegó el daño psicológico sufrido por la falta de preparación para la situación. Concretamente el Tribunal señaló “*l'apprensione della notizia nel corso della gravidanza avrebbe permesso sicuramente di rinvenire tempestivamente un supporto psicologico e materiale più adeguato, tale da consentire un graduale adattamento alla situazione onde affrontare la nascita con un ben diverso grado di sensibilizzazione ed accettazione*”.

¹⁵⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007... *op. cit.*

4. Supuestos de *wrongful birth* como consecuencia de errores en la comunicación de pruebas diagnósticas correctamente practicadas.

En este apartado se estudiarán litigios de *wrongful birth* en los que el elemento determinante es un error producido en la comunicación de los resultados de las pruebas practicadas. Es decir, la equivocación no se da en el desarrollo de la actividad diagnóstica o el análisis de la misma, sino en la notificación.

1. Comenzamos con el examen de la única resolución del apartado, en la que además se reprocha la noción de *wrongful birth*, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007¹⁵¹⁰. Este supuesto parte el 16 de octubre de 1992, fecha en la que D. Darío confirmó a D^a. María Luisa que ésta se encontraba embarazada, contando la gestante en la mencionada fecha con 41 años de edad y antecedentes familiares de síndrome de *Down*. En virtud de las circunstancias personales de D^a. María Luisa, ésta solicitó la práctica de pruebas prenatales, a los efectos de detectar posibles anomalías en el feto, ya que de ser así, ésta afirmó que procedería a la interrupción del embarazo. En noviembre del mismo año se le sometió a una amniocentesis, remitiéndose el líquido amniótico extraído a D. Juan María, para que analizase la muestra. Poco tiempo después D. Darío recibió un resultado de normalidad cromosómica en un feto de sexo masculino.

Cuando en abril del año siguiente el embarazo llegó a su término, la gestante dio a luz, por cesárea, a una niña afectada por síndrome de *Down*¹⁵¹¹.

En virtud de los hechos relatados, los padres iniciaron acciones judiciales contra el médico ginecólogo que les atendió durante la gestación, así como contra el médico analista al que le fueron remitidas las muestras de la amniocentesis practicada. Las pretensiones de los actores fueron admitidas en primera instancia, procediendo los demandados a recurrir la decisión, siendo su actuación infructuosa frente al Tribunal de apelación. El médico analista, D. Juan María, acudió en casación al Tribunal Supremo, siendo sus pretensiones nuevamente desestimadas¹⁵¹².

¹⁵¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007, Sala Primera, recurso 2853/2000, ponente García Varela.

¹⁵¹¹ Tras el examen del relato fáctico se observa la imposibilidad de incluir este supuesto en otra de las categorías hasta ahora estudiadas, por la especialidad de sus hechos.

¹⁵¹² Aducía el recurrente que la relación que había entre éste y los padres de la menor afectada por síndrome de *Down*, excedía de los límites de la responsabilidad contractual, siendo en su caso extracontractual; todo ello en la medida en que el único vínculo existente se daba entre la paciente y el ginecólogo. Ahora bien, aclara el Tribunal Supremo que la relación con el analista se fundamenta en el contrato que había entre el propio genetista y el ginecólogo que atendió a los progenitores, como

La singularidad de los hechos es tal, que incluso el Tribunal Supremo no llega a calificar este caso como un asunto de *wrongful birth*, sino de daño desproporcionado.

El esfuerzo realizado por el Alto Tribunal es loable, al intentar introducir la doctrina del daño desproporcionado en este proceso, a pesar de que pueda parecer poco acertado. Un elemento clave de esta noción es que el médico debe causar un perjuicio directo al paciente con una actividad médica desplegada, algo que no se da en este caso. En este supuesto no se lesionó al feto en la práctica de la prueba, como tampoco fue dañada la madre en la mencionada actividad o en el seguimiento del embarazo¹⁵¹³.

En virtud de lo señalado resulta complicado aplicar la figura del daño desproporcionado, precisamente porque la causación del menoscabo se encuentra desvirtuada. Debemos recordar lo indicado hasta el momento sobre el perjuicio en el concepto de *wrongful birth*, el cual tiene múltiples vertientes, pero ninguna de ellas es el nacimiento de un menor, aunque se encuentre gravemente enfermo. También estimamos doctrina firme aquella que asevera que el daño causado por el facultativo, cuya actuación es objeto de responsabilidad, nunca se traduce en la enfermedad del niño, dado que ésta ha sido consecuencia de la concepción misma¹⁵¹⁴.

consecuencia del cual éste recibía una remuneración abonada por los actores. De ahí deduce el Alto Tribunal la concurrencia de una responsabilidad civil contractual y no extracontractual.

¹⁵¹³ Procede citar, a efectos aclaratorios, una definición de GALÁN CORTÉS que podrá permitirnos una mejor comprensión de la figura. “Estamos ante una aplicación de la regla <<res ipsa loquitur>>, procedente del *Common Law* (regla del *Anscheinsbeweis* de la doctrina alemana), esto es, ante una presunción de culpa cualificada que genera un mal resultado, cuando éste por su anormalidad y desproporción con lo que es usual, comparativamente, según las máximas de experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, conforme al estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización. De esta forma, ante ciertos datos empíricos puede deducirse la culpa médica no probada de modo directo, cuando las circunstancias y el sentido indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional”. GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 7 de octubre de 2004”... *op. cit.*; concretamente en página 840.

¹⁵¹⁴ NAVARRO MICHEL es especialmente ilustrativa al tratar esta cuestión “Es importante tener presente que en ninguno de los casos de *wrongful birth* la enfermedad o anomalía del nacido es causada por el médico. No se trata de un feto sano a quien el médico ocasiona unas lesiones imputables sino que el feto, en todo caso, hubiese nacido con una enfermedad congénita”. NAVARRO MICHEL, Mónica, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005” ... *op. cit.*; concretamente en página 1655. Ahora bien, conviene mencionar que a pesar del carácter ajeno que tiene la actuación médica respecto de la enfermedad del feto, ésta se encuentra estrechamente vinculada con el nacimiento del mismo. Sobre este aspecto concreto conviene que citemos a MACÍA MORILLO “En otras palabras, ante la existencia de un sistema en el cual se reconoce la posibilidad de aborto embriopático, en el caso de que el embrión o el feto sufran de un defecto o enfermedad, la concepción por sí sola no es suficiente para producir el nacimiento, sino que es necesario también que se haga uso negativo de la facultad que ofrece a la gestante en estos casos el Ordenamiento, como salvaguarda y protección de sus intereses. (...) En este contexto, la actuación del profesional sanitario, o el evento que produce el diagnóstico erróneo, impide que se constate el presupuesto de hecho sobre el cual ofrece el Ordenamiento esta posibilidad; impide que se pueda alcanzar un diagnóstico que refleje el verdadero estado de salud del embrión o feto. (...) De esta manera, se puede considerar que se <<causa>> el nacimiento, al eliminar el obstáculo que se le podía interponer”. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales* y

Probablemente, abogar por una vulneración informativa hubiese sido doctrinalmente más correcto que una aplicación forzada de la idea del daño desproporcionado. Precisamente por esta razón estimamos la efectiva concurrencia de un supuesto de *wrongful birth* y no de daño desproporcionado. No debemos olvidar que el menoscabo fue causado por la comunicación defectuosa del resultado de la amniocentesis practicada, provocando dicho error una vulneración informativa que motivó que la gestante no pudiese adoptar una decisión informada. La relevancia del error se incrementa cuando observamos la entidad de las circunstancias, ya que no sólo fue fallida la notificación relativa a la salud del feto, sino también de su sexo, algo que evidencia un error patente.

En virtud del escenario que se nos presenta, parece que la opción más lógica pasa por una laxa cadena de custodia, que motivó el extravío o intercambio de la muestra amniótica. Esta hipótesis se fundamenta en que no sólo se erró sobre el estado de salud del feto (algo que es asumible porque ningún acto médico es infalible al 100%), sino también sobre el sexo. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al apuntar “La sentencia recurrida ha manifestado que pesa sobre los demandados recurrentes la carga de destruir la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo ocurrido, finalidad que se puede alcanzar con la prueba de que, dentro de su respectiva esfera de actuación, utilizaron correctamente los medios y cuidados que exigían el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, no obstante, ninguno de ellos ha aportado pruebas que acrediten que el resultado erróneo no guarda relación de causalidad con su respectivo actuar, y así, el ginecólogo codemandado no ha facilitado las que acrediten que la extracción y conservación y envío del líquido amniótico se hizo conforme a la “lex artis” y con los cuidados necesarios, ni el genetista codemandado ha demostrado que, igualmente, el estudio, análisis y lectura de ese líquido se efectuara absolutamente de acuerdo a las normas científicas, y existiendo la posibilidad razonable de una equivocación respecto a la paciente a la cual correspondía la muestra (...)por lo que la consecuencia jurídica de que ninguno de los demandados haya demostrado hecho concreto impeditivo de la normal responsabilidad civil, ni hayan aportado medios suficientes para establecer una exoneración específica y atribuible a uno de ellos en concreto de la responsabilidad

prenatales ... op. cit., página 508. Esta autora considera que, si bien es cierto que la enfermedad que afecta al feto tiene su origen en la concepción misma y no en la actuación del profesional médico, la influencia de éste en los supuestos de *wrongful birth* tiene la entidad de “permitir” el nacimiento.

contractual expresada, tratándose de una responsabilidad contractual civil que atañe a quienes conjuntamente efectuaban una sola prestación, procede declarar la responsabilidad solidaria de ambos demandados”¹⁵¹⁵.

Finalmente, y a los efectos de abordar todos los aspectos de esta resolución, procede que incidamos sobre la responsabilidad de los facultativos, tanto del ginecólogo, como del genetista. Las actuaciones de ambos profesionales fueron objeto de responsabilidad, debiendo responder los dos de manera solidaria. Conviene no obstante contraponer esta resolución con la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003, estudiada con anterioridad, por la cual el ginecólogo de la controversia fue exonerado de toda responsabilidad, recayendo la misma sobre los ecografistas que trataron a la gestante. Sin embargo en este supuesto, que cuenta con una relación fáctica similar, el ginecólogo también resulta condenado. Es probable que esta diferencia se fundamente en la decisión del Tribunal Supremo de acudir al daño desproporcionado. Al desconocerse la autoría del error, esta alternativa doctrinal permite la condena solidaria de todos los eslabones de la cadena de custodia¹⁵¹⁶.

¹⁵¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007... *op. cit.* Conviene cuestionarse cuál fue la razón que llevó al Alto Tribunal a abogar por un concepto como el del daño desproporcionado en un supuesto que nosotros estimamos calificable como *wrongful birth*. Probablemente el Tribunal Supremo se decantó por acudir a la mencionada noción para garantizar la condena de los demandados, al desconocerse la autoría de la negligencia, así como el momento y lugar de la misma; algo que dificulta el reproche. Sin embargo, el daño desproporcionado, con su principio relativo a la culpa virtual, nos permitiría salvar la mencionada incertidumbre y aseguraría una condena efectiva. En esta misma línea se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003 (Sala Primera, recurso 2731/1997, ponente O’Callaghan Muñoz), cuando señala sobre el daño desproporcionado y la doctrina de la culpa virtual “...requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto”.

¹⁵¹⁶ Cuenta con una idéntica relación fáctica las más recientes sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 4403/2008, ponente Menéndez Pérez) y la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2012 (Sala Tercera, recurso 1777/2005, ponente Martí García). Sobre esta controversia en particular se pronuncia MAZZILLI, apuntando que la indemnización recibida por el menor (una pensión vitalicia de 1.500 euros) da forma a una acción e indemnización de *wrongful life* “Pese a la claridad de dicho planteamiento, que permitiría incluso dejar de hablar de *wrongful birth* y no sólo de *wrongful life*, en la STS de 16 de junio de 2010, se vuelve indirectamente a caer en el mismo error: además de la razonable indemnización en concepto de daño moral y patrimonial en favor de los padres, la Sala añade una pensión vitalicia de 1500 euros mensuales a favor del hijo discapacitado, lo que lleva a deducir que el hijo en este caso es también sujeto lesionado y por ello indemnizado. Tras una reflexión sobre cuál es el daño que sufre el hijo, se considera como tal el hecho de haber nacido con discapacidad y se entiende que, siendo imposible la de no nacer. Semejante planteamiento nos lleva a considerar que el Tribunal Supremo ha entendido el nacimiento del niño como un daño moral *per se* y susceptible de indemnización, con la consecuente nueva admisión de la acción de *wrongful life* en el ordenamiento español, no obstante ésta venga siendo formalmente excluida”. MAZZILLI, Elisabetta, “La acción de *Wrongful life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas”, en *Revista Aranzadi Civil – Mercantil*, nº 10, 2012, pps. 79 a 111; concretamente en página 87.

5. Casos de *wrongful birth* como consecuencia de una omisión informativa motivada por un error en el análisis de la prueba.

Los hechos que encajan en la temática de este bloque comienzan con un embarazo sin riesgo aparente, por lo que sólo se acude a las pruebas propias de gestaciones de esta naturaleza. Todas ellas arrojan resultados de plena normalidad, incluidas algunas cuyo desarrollo se encuentra muy próximo al alumbramiento, a pesar de lo cual, no se descubre la existencia de graves taras en el feto hasta el momento mismo de su nacimiento. Es precisamente en esta falta de observancia de las graves afecciones que presenta el *nasciturus*, donde se encuentra la razón de ser de este apartado, es decir, el error diagnóstico.

1. Controversias en las que se estima la efectiva concurrencia de la figura.

1. La primera resolución a analizar es la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007¹⁵¹⁷, en la que D^a. Raquel, que ya había sufrido un aborto previo, se vio expuesta a rayos X cuando ya se encontraba embarazada, aunque lo desconocía. Sin embargo, cuando acudió a su ginecólogo para el obligado seguimiento del embarazo, no mencionó ninguno de los puntos señalados; esto es, no comunicó a su médico nada respecto del aborto sufrido, ni tampoco de la exposición a los rayos X.

Durante el periodo de gestación, D^a. Raquel sufrió algunos problemas propios del embarazo, tales como vómitos y un aumento de peso considerable, siendo ambas complicaciones tratadas debidamente. Del mismo modo, también se encontró bajo el control de la unidad de cardiología con una terapia farmacológica para la diabetes, la cual se retiró al corregirse su intolerancia a la glucosa. Superadas las mencionadas circunstancias, el embarazo de D^a. Raquel continuó con completa y absoluta normalidad.

Al practicársele la última ecografía previa al alumbramiento (a un mes escaso del nacimiento de su hija), no se apreció ninguna anormalidad en el feto. Cuando nació la niña, a fecha de 19 de diciembre, ésta se encontraba afectada de hemimelia de extremidades, es decir, le faltaban ambas piernas y el brazo izquierdo.

¹⁵¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 8017/2002, ponente Robles Fernández.

Ante tales circunstancias, los padres de la menor iniciaron acciones de responsabilidad civil contra la Administración, fundamentadas en un supuesto de *wrongful birth*. Éstas fueron estimadas en instancias inferiores, por lo que la parte demandada acudió en casación al Tribunal Supremo.

La argumentación de este supuesto gira en torno al nexo causal, esto es, la teoría de los cursos causales no verificables. Se vuelve a plantear la duda de cuál hubiese sido realmente la actuación de la gestante de haber sido correctamente informada, todo ello teniendo presente que se trata de un ámbito en el que el elemento central es la conducta volitiva de una persona, algo que es imprevisible.

Tomando como base la inseguridad que envuelve al principio de los “cursos causales no verificables”, el recurrente ha optado por fundamentar la casación en el mismo, atendiendo a las circunstancias especiales del supuesto concreto. En la sentencia que nos ocupa, no nos encontramos ante un embarazo que fuese objeto de especial vigilancia, a pesar de la concurrencia de dos factores que probablemente sí lo aconsejasen, ya que éstos no llegaron a ser notificados, por lo que no existían sospechas de riesgo alguno. Son quizás ambas circunstancias, así como la actitud de la gestante al no comunicar los dos puntos mencionados a pesar de la relevancia que tenían para el embarazo, las que motivaron a los recurrentes a acudir a la mencionada construcción doctrinal, por considerar que la intención de la madre se encontraba en entredicho.

Sin embargo, el Tribunal Supremo aborda la cuestión de los cursos causales no verificables en la misma línea que en las situaciones anteriores: realizando una inversión de la carga probatoria. En virtud de ello, ésta no recae en la gestante, sino en el centro sanitario. Verificada la imposibilidad de prueba, aduce el juzgador la efectiva existencia de un nexo causal entre la omisión informativa y el daño. Señala en concreto el Tribunal Supremo “...incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial”¹⁵¹⁸.

La vulneración informativa que afirma el Alto Tribunal se centra precisamente en aquello que motivó el error en el diagnóstico, no en vano no se hace alusión a ninguna otra falta de información.

¹⁵¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007... *op. cit.*

Admitida la concurrencia de un perjuicio efectivo, el Tribunal Supremo procede a afirmar cuál es, llegando a la conclusión de que se trata del daño moral provocado a los padres de la menor. Señala expresamente el Tribunal Supremo "...el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad. "Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma"¹⁵¹⁹.

Asegurada la existencia y la extensión del daño, conviene apuntar una cuestión de especial relieve en este litigio: la culpa de la víctima, en este caso de la gestante. Se acude a esta fórmula a los efectos de evidenciar la actitud imprudente de ésta, porque no notificó que había sufrido un aborto natural previo, así como que había estado expuesta a rayos X, encontrándose ya embarazada. A pesar de que los recurrentes acudieron también a esta formulación, lo cierto es que su incapacidad probatoria la tornó infructuosa. No debemos perder de vista la entidad de esta actuación por parte de la paciente, ya que probablemente si su médico hubiese conocido estas circunstancias, habría mantenido un control más exhaustivo sobre el embarazo. Esta actitud por parte de la gestante puede incluso llegar a poner en tela de juicio las intenciones de la misma, es decir, hasta qué punto el estado del feto le preocupaba o cuál hubiese sido su decisión, de conocer las malformaciones que le aquejaban. Ahora bien, es conveniente recordar una resolución del Tribunal Supremo ya estudiada con anterioridad, la sentencia de 19 de julio de 2007, en la que se concluyó que una exposición a rayos X en los primeros estadios de gestación no era nociva para el feto. Aplicando esta teoría al presente asunto, debemos concluir que la decisión de la paciente de no comunicar este punto fue menor, idea aplicable también al aborto no mencionado.

El elemento central de la controversia debe observarse desde la perspectiva del error de diagnóstico, dado que aunque a la paciente le fueron practicadas todas las

¹⁵¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007... *op. cit.*

pruebas prenatales necesarias, en ninguna de ellas, ni siquiera la que se hizo un mes antes del alumbramiento, se llegaron a observar las severas malformaciones físicas que afectaban al feto. Este escenario nos plantea dos hipótesis: la preocupante limitación de los medios de prueba habituales, al ser éstos insuficientes para diagnosticar la ausencia de miembros; o una actitud negligente en la actividad diagnóstica. La primera de las ideas pondría en evidencia lo inadecuado de los métodos de diagnóstico prenatales, que tan eficaces han demostrado ser, por lo que dar por válida esta opción atentaría contra la lógica. Es por ello por lo que es precisamente la segunda alternativa la que más se acerca a la realidad: no se adoptaron las cautelas debidas en la práctica de cada una de las pruebas, traducándose ello en un error de diagnóstico indemnizable.

2. Supuestos en los que la figura no ha sido observada.

2. El segundo supuesto a examinar de este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1999¹⁵²⁰, estudia la relación de hechos en la que D^a. Rosalinde se quedó embarazada cuando residía en las proximidades de la central nuclear de Almaraz, lugar donde además su marido desempeñaba trabajos eventuales; sin embargo, ninguno de estos dos puntos le fue notificado a su ginecólogo cuando acudió por primera vez a su consulta. En virtud de las circunstancias de la paciente, su embarazo carecía de riesgos destacables, por lo que se le sometió a las pruebas habituales (Nivel I)¹⁵²¹.

Todas las actividades de diagnosis desarrolladas (ecografías mensuales y análisis de sangre) arrojaron resultados de normalidad. Cuando llegó el momento del alumbramiento, en junio de 1991, D^a. Rosalinde dio a luz a una niña aquejada de múltiples anomalías congénitas, destacando entre las mismas: ausencia de antebrazo y mano derecho, en el brazo izquierdo tenía los dedos de la mano fusionados, carencia de piernas más allá del medio muslo, hipoplasia con anquiloglosia e imperforación anal.

Ante las mencionadas circunstancias, los padres de la menor iniciaron acciones de responsabilidad civil, viendo sus pretensiones parcialmente estimadas en primera instancia, pero revocadas en apelación; acudiendo en casación al Tribunal Supremo.

¹⁵²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1999, Sala Primera, recurso 2236/1994, ponente Marina Martínez – Pardo.

¹⁵²¹ Cabe señalar que la actividad diagnóstica de Nivel I no está dirigida a detectar eventuales malformaciones en el feto, sino que su finalidad es la de control y seguimiento de embarazos normales.

A pesar de las semejanzas existentes entre este supuesto y el anteriormente estudiado, la decisión del Alto Tribunal ha sido divergente. Conviene recordar que en ambos casos existieron datos que podían repercutir en la gestación, que no fueron notificados, en virtud de los cuales las calificaciones de los embarazos no fueron del todo correctas.

La razón de ser de esta decisión contradictoria no se apoya en un cambio doctrinal, sino en una cuestión argumentativa. Los recurrentes acuden a conceptos difícilmente enjuiciables, algo que evidencia el propio Tribunal Supremo.

En primer lugar, el razonamiento del primero de los motivos objeto de recurso se centra en la vulneración de un derecho fundamental de la mujer, en este caso de la gestante, el derecho a la interrupción del embarazo. Conviene tener presente que dicho enunciado es inviable, tal y como señala el propio Tribunal, dada la existencia del artículo 15 de la Constitución, que aboga por el derecho a la vida y la integridad física y moral, entre otros.

Debemos tener presente que en asuntos como el que nos ocupa, no nos encontramos ante un derecho legítimo al aborto, sino ante determinados y tasados supuestos en los que éste se encuentra despenalizado. De ahí que, invocar como resarcible el derecho al aborto de la gestante, no pueda ser observado por el Tribunal Supremo, tal y como apunta “Este motivo carece de virtualidad a efectos de la casación porque el art. 15, que literalmente dice “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”, difícilmente se puede estimar contrariado por la sentencia, por cuanto el derecho a la vida no se ha conculcado; los preceptos del Código Penal contenidos en el art. 417 bis recogen supuestos de impunidad de los abortos producidos en las circunstancias que describen, pero ni de dichos preceptos ni de la TC S 53/1985, de 11 Abr., que reconoció la conformidad de la ley despenalizadora con el texto de la Constitución, puede colegirse la conclusión de que exista derecho al aborto, es simple opción a tomar por la interesada, cuando concurren las condiciones legales, la cual queda impune por un expresa declaración del precepto legal”¹⁵²².

¹⁵²² Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1999... *op. cit.*

El segundo motivo del recurso sufre una suerte similar a la del primero. Parte el juzgador señalando que las pruebas desarrolladas por el facultativo que atendió a la gestante fueron acordes al principio de la *lex artis*, todo ello teniendo presente que no tuvo conocimiento de la información omitida, la cual podría haber variado su criterio de actuación. Una condena al centro hospitalario, cuyo origen radique precisamente en la diligente actuación de un facultativo dependiente del mismo, es ilógica¹⁵²³.

De lo hasta ahora señalado debemos concluir, que a pesar de la similitud existente entre este suceso y el anteriormente estudiado, la actitud del Tribunal Supremo es impecable. La vía argumentativa utilizada en uno y otro caso es divergente, lo que se materializa en un fallo distinto.

A pesar de lo adecuado del pronunciamiento, no podemos omitir el carácter controvertido de la resolución, al separarse de forma brusca de la línea seguida por la sentencia anterior. Prueba inequívoca de ello es la existencia de un voto particular, en el que además de tratar cuestiones relativas a la competencia, señala que aunque la omisión informativa por parte de la gestante fue grave, ello no es óbice para limitar los controles preventivos o eludir las debidas indagaciones. Estima el otorgante del voto particular, que teniendo en cuenta un elemento como la residencia en un lugar cercano a una central nuclear, la omisión de pruebas debería traducirse en una actuación de escasa diligencia. Expresamente señala el Magistrado “Pero, además, habida cuenta de la circunstancia de que el padre de la niña Alicia M. B. trabajaba como empleado en un Centro de Energía Nuclear, el dato del posible riesgo de la incidencia en su cuerpo de la radiactividad correspondía tenerlo en cuenta en todos los espacios relativos a su salud o a la de los suyos, y, desde luego, no cabía omitirlo durante el embarazo de la esposa de

¹⁵²³ DE ÁNGEL YÁGÜEZ se muestra de esta misma opinión al apuntar “Los antecedentes que nos ofrece la resolución nos hablan de una doctora que, en presencia de un embarazo “sin riesgo”, aplica las técnicas propias al caso (la ecografía nivel I), de suerte que no es reprochable su actuación. Porque, por un lado, no le era razonablemente exigible la adopción de otra medida de diagnóstico; y, por otra parte, porque la propia limitación técnica de esa ecografía de nivel I explica que la médico no se apercibiera de las malformaciones de que el feto adolecía”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth*” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 146 y 147. Añade DE ÁNGEL en esta misma obra, páginas 149 y 150 “No veo tan claro, tampoco, que aquella responsabilidad del Insalud se halle en la circunstancia de que la madre gestante tenía que haber sido objeto de especiales pruebas médicas por haber vivido algún tiempo antes cerca de una central nuclear. Si no me convence el argumento es porque, según se desprende de la sentencia del Juzgado (hecho que parece no fue discutido), el Insalud sólo tuvo conocimiento de aquella circunstancia – residencia cerca de una central nuclear – una vez que el nacimiento de la niña se había producido ya”. GALÁN CORTÉS por su parte, se inclina por considerar la actividad sanitaria de escasa diligencia, al estimar vital la práctica de una anamnesis correcta en cada actuación médica, algo que de acuerdo con la opinión de este autor no se produjo en este caso, al no averiguarse cuestiones básicas como el lugar de residencia o el empleo de los cónyuges. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica* ... *op. cit.*; concretamente en página 442.

aquél, de manera que una prestación de servicios médicos sin las comprobaciones relativas a dicha situación, como ha ocurrido en el supuesto del debate, ha de estimarse como defectuosa y negligente”¹⁵²⁴.

De manera afín a lo establecido por el voto particular, estimamos que del mismo modo que la actitud de la gestante puede calificarse de irresponsable, también existe una omisión en la actuación del facultativo. Basamos la mencionada afirmación en la falta de una actuación indagatoria mínima, tal como descubrir el lugar de residencia o la actividad profesional que desempeñan los progenitores. Una actitud diligente sobre este aspecto hubiese permitido, no sólo adecuar el tipo de prueba a efectuar, sino también la información susceptible de ser transmitida a la gestante¹⁵²⁵.

¹⁵²⁴ Sentencia del Tribunal de 4 de febrero de 1999 ... *op. cit.*

¹⁵²⁵ De manera discordante a lo aquí defendido se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO “Me inclino por pensar, de acuerdo con lo dicho, que estamos ante un supuesto de *uso incorrecto* del servicio en cuestión, como consecuencia de esa falta de comunicación al Centro sanitario de la información pertinente por parte de la paciente. Se trata de una conducta culposa que, de acuerdo con el artículo 28.1 LGDCU, excluye la aplicación de la responsabilidad objetiva prevista en el mismo con carácter general, y concretada en el artículo 28.2 a los servicios sanitarios, entre otros servicios y bienes”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo, “Comentario a la sentencia de 4 de febrero de 1999”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 50, 1999, pps. 841 a 859; concretamente en página 857. En esta misma línea de “culpa de la víctima” contamos con tres sentencias cuyo análisis se ha relegado a nota a pie por la escasa relación que los supuestos de hecho tienen con la idea de *wrongful birth*. El primero de los asuntos, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006 (Sala Tercera, recurso 5681/2001, ponente Robles Fernández; resolución también analizada desde la perspectiva del derecho de información, en el capítulo correspondiente), prácticamente no debería ser considerado un supuesto de *wrongful birth*. Se trata de un caso en el que dentro de las 22 primeras semanas de gestación se comprueba que un feto se encuentra afectado por graves deformidades, algo que se notifica a la madre, la cual aun así, decide continuar con el embarazo. Cuando al nacer el menor el diagnóstico es confirmado, ésta pretende ser resarcida por un supuesto de *wrongful birth*. No es necesario ahondar en mayor medida sobre este litigio, dado que la inviabilidad de la acción es patente desde el momento en el que la madre conoció las severas lesiones que padecía su hijo y decidió continuar con el embarazo. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007 (Sala Tercera, recurso 4745/2007, ponente Puente Prieto) una paciente arroja un resultado positivo en toxoplasmosis dentro del plazo legal de interrupción voluntaria del embarazo, y aun conociendo las graves consecuencias que de ello pueden derivar para el feto, decidió continuar con la gestación. Al nacer su hijo y no sólo confirmar sus sospechas, sino también agravarse, ésta pretende una acción de *wrongful birth*; algo nuevamente imposible por su decisión unilateral. Finalmente la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007 (Sala Tercera, recurso 92/2007, ponente Puente Prieto) se centra en un embarazo de riesgo en el que la madre se niega a someterse a pruebas invasivas que hubiesen podido diagnosticar la grave afección que padecía el feto, pretendiendo al nacimiento de éste, una acción de *wrongful birth*. Las circunstancias de estos tres supuestos son semejantes y todos tienen un elemento en común: “la culpa de la víctima”. No obstante, en estos tres últimos sucesos la cuestión se torna más grave, dado que las decisiones de las madres son, o bien no abortar (conociendo las circunstancias de su futuro hijo), o no someterse a pruebas, a sabiendas de lo complicado de su embarazo. Tanto un escenario como el otro, invalidan cualquier posibilidad de acudir a la figura objeto de estudio. Sin embargo, la exclusión por la que hemos optado no se encuentra libre de toda crítica, en la medida en que la autora ELIZARI URTASUN, al hacer un examen global y generalizado del daño en la construcción doctrinal analizada, incluye como supuestos de *wrongful birth* las tres resoluciones que hemos apartado de nuestro estudio. ELIZARI URTASUN, Leyre, “El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, en *Derecho y Salud*, vol. 19 nº 1, 2009, pps. 139 a 163.

6. Litigios de *wrongful birth* como consecuencia de una omisión de medios.

En este bloque se estudiarán las dos últimas resoluciones del capítulo que nos ocupa, cuya relación fáctica se centra en que la noción de *wrongful birth* tiene su origen en una omisión de medios, que se traduce en la falta de práctica de alguna prueba.

1. El primer supuesto es la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007¹⁵²⁶, en la que D^a. Amanda se quedó embarazada, siendo portadora del heterocigoto de alteración genética para la Adreno-leucodistrofia/ Adrenomielopatía ligada al cromosoma X¹⁵²⁷. Al tener conocimiento de su estado, acudió a una unidad de reproducción humana, donde le fue practicada una ecografía abdominal que confirmó que efectivamente se encontraba embarazada de 10 semanas y que se trataba de un feto vivo. Tras estas primeras pruebas contactó con la unidad de genética del hospital Son Dureta, la cual a su vez se puso en comunicación con el instituto de bioquímica Clínica de Barcelona, a los efectos de que le indicase las pautas de extracción y envío de las muestras que se iban a obtener de D^a. Amanda; las cuales también serían analizadas por el University Hospital de Ámsterdam.

Con fecha de 8 de octubre de 1996 se procede a la práctica de una biopsia de corión por vía transvaginal, extrayéndose material coriónico, al que se le adjuntó sangre materna para un estudio prenatal. El laboratorio de genética del Hospital Son Dureta procedió a efectuar el estudio cromosómico del feto, con una pequeña porción de las muestras (el resto fue remitido a Ámsterdam), obteniéndose como resultado la normalidad cromosómica del *nasciturus*, así como el sexo masculino del mismo. Por otro lado, la Universidad de Ámsterdam envió los resultados al Hospital de Dureta, señalando la normalidad de las muestras analizadas.

El sistema protocolario establecido para la mencionada afección, ante el potencial riesgo de falsos negativos, exige una doble práctica de la prueba bioquímica, a efectos confirmatorios; a pesar de la mencionada advertencia sólo se realizó una. La razón de ser de esta omisión se encuentra en la escasez de muestra coriónica que recibió el laboratorio de Ámsterdam, que no permitió un segundo análisis confirmatorio. No

¹⁵²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007, Sala Tercera, recurso 4779/2003, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente.

¹⁵²⁷ El riesgo de transmisión de esta enfermedad es importante, dado que hablamos de un 50% de probabilidad de afectación en varones y un 50% de posibilidades de que las mujeres sean portadoras de la misma. Sin embargo, y a pesar de la gravedad de la mencionada malformación, ésta puede ser detectada en el feto en estadios muy tempranos de desarrollo.

obstante, a los padres del menor se les indicó la normalidad del feto, así como que no había indicio alguno de que el embrión se encontrase afectado de la patología de la que la madre era portadora.

Cuando con fecha de 13 de abril de 1997 nace el hijo de los actores, éste está afectado por Adrenoleucodistrofia ligada a x, en fase asintomática.

Ante esta tesitura los padres del menor pretendieron ser resarcidos por el daño sufrido, por lo que al ser su demanda desestimada en instancias inferiores, acudieron en casación al Tribunal Supremo.

Con carácter previo a iniciar el análisis de las argumentaciones del Alto Tribunal respecto del presente asunto, procede aclarar una cuestión previa. El litigio que nos ocupa tiene una gran semejanza con un relato fáctico ya estudiado, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2008. En el mencionado caso se dilucidaba una resolución en la que en un análisis de sangre practicado a una mujer embarazada se hallaron niveles de alfaproteína superiores a la media, lo que comportaba la necesaria práctica de una serie de pruebas que sin embargo no fueron efectuadas. La similitud entre ambos asuntos puede llevarnos a cuestionar cuál es el motivo por el que estas dos resoluciones no se encuentran en un mismo apartado. La justificación de esta decisión tiene su origen en un pequeño detalle de los hechos. Hemos estimado que en la sentencia ahora estudiada el eje central se fundamenta en la propia omisión de medios, todo ello porque a pesar de que se tuvo conocimiento de que lo limitado de la muestra extraída no permitiría la obligada comprobación del resultado, no se actuó en consecuencia, solicitándose una nueva muestra de tejido, lo que hubiese permitido evidenciar que nos encontrábamos ante un falso negativo. En esta resolución fue precisamente la omisión de medios, es decir, la conducta inadecuada respecto de la práctica de una segunda prueba necesaria, la que provocó la impericia del caso. Sin embargo, en el proceso anteriormente estudiado y que ahora hemos utilizado a efectos comparativos, concurre un elemento que no existe en éste, la falta de notificación de una desviación en los estándares de alfaproteína en sangre materna, esto es, de una sospecha manifiesta.

El Tribunal Supremo centra la argumentación de este supuesto en la omisión de medios, otorgándole a la misma la relevancia que ésta merece en el caso: los padres del menor actuaron de manera consecuente a los datos recibidos de la prueba practicada, aunque ésta se encontraba sin verificar, a pesar de lo indispensable de dicha confirmación. Concretamente señala el Tribunal Supremo a este respecto “Al ofrecer a

los padres como seguros unos resultados que carecían de los contrastes que el estado científico de la medicina ya requería en aquel entonces, otorgaron a estos una información, en relación a un feto varón normal, que no se correspondía con la realidad, pero que hizo que estos confiados en que los servicios médicos especializados a los que habían acudido, habían actuado con arreglo a la "lex artis" y por tanto habían hecho un diagnóstico prenatal correcto, decidieron continuar con el embarazo, no dándoseles opción para optar por la interrupción voluntaria del embarazo”¹⁵²⁸.

La controversia que nos ocupa se presenta como una de los más evidentes hasta ahora analizadas, ya que la omisión de medios afecta a toda la relación de hechos. No practicar un contraanálisis atentó contra la *lex artis* e hizo que toda la actividad médica desplegada fuese inútil¹⁵²⁹.

2. La segunda y última resolución objeto de estudio es la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007¹⁵³⁰, en la que D^a. Esperanza se quedó embarazada a la edad de 36 años, tras haber interrumpido en fechas próximas a la concepción (tres meses antes), un tratamiento farmacológico que había recibido con motivo de un síndrome ansioso – depresivo. Cuando tuvo sospecha de su estado acudió a su médico, que efectivamente le confirmó su embarazo. A partir de ese momento se mantuvo un control habitual de su gestación, ya que ésta carecía de riesgos, y aunque D^a. Esperanza solicitaba con vehemencia la práctica de una amniocentesis, ya que temía las consecuencias que su edad y la terapia psiquiátrica podían tener en el feto; ésta no le fue efectuada. En noviembre, a un mes escaso del nacimiento de la criatura, en una ecografía rutinaria se tuvo la sospecha de una posible malformación en la estructura fetal. Ello motivó que la gestante fuese derivada al hospital más cercano, a fin de que se le realizase una nueva ecografía, en la que se observó en el feto la existencia de braquicefalia, acortamiento femoral, retraso del crecimiento y cardiomegalia. Ante estas

¹⁵²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007... *op. cit.*

¹⁵²⁹ Sobre un litigio similar se pronuncia PÉREZ – TENESSA apuntando “«En los casos de diagnóstico, los tribunales han resaltado, para declarar la responsabilidad, no el hecho objetivo del error de diagnóstico, sino la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles en el establecimiento sanitario para llegar al *diagnóstico adecuado*, posibilitando la correcta valoración de aquellos síntomas que pueden enmascarar otras enfermedades o afecciones al margen de las supuestas inicialmente. Ni el defectuoso diagnóstico ni el error médico son por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes de diagnóstico y que se actuó con la debida diligencia»”. PÉREZ – TENESSA, Antonio, “Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad” ... *op. cit.*; concretamente en página 58. En una línea prácticamente idéntica a esta resolución se sitúa la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010 (Sala Primera, recurso 444/2007, ponente Seijas Quintana).

¹⁵³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007, Sala Tercera, recurso 9768/2003, ponente Robles Fernández.

sospechas los padres del menor compelieron al ente sanitario para la práctica de una funiculocentesis, en la que se confirmó que se trataba de un feto de sexo femenino afectado por trisomía primaria del cromosoma 21. Las sospechas fueron corroboradas cuando el día 15 de diciembre nació una niña afectada por síndrome de *Down*.

Ante las mencionadas circunstancias los padres de la menor pretendieron el resarcimiento del daño que se les había causado. En instancias inferiores su demanda fue desestimada, por lo que acudieron en casación al Tribunal Supremo.

En el asunto que ahora nos ocupa la omisión de medios, aunque no es tan evidente como en el anterior, es igual de llamativa, en la medida en que la gestante solicitó expresamente que se le practicara una prueba invasiva, por miedo a que los factores de riesgo que en ella convergían se tradujesen en algún daño en el feto. Sin embargo, se le negó el acceso a la mencionada prueba de forma reiterada, lo que provocó una omisión de medios, que tuvo como consecuencia una vulneración informativa; al no permitir a los padres de la menor actuar de manera informada.

A juicio del Alto Tribunal, a los progenitores de la criatura les ha sido vetada toda posibilidad de actuación libre y consciente “Teniendo en cuenta que los actores fundan su reclamación en el hecho de que al no habersele practicado una amniocentesis a la Sra. Esperanza a tiempo, no pudieron ejercitar su derecho a decidir libremente si optaban por la interrupción voluntaria del embarazo...”¹⁵³¹.

De la afirmación del Tribunal Supremo se deduce que éste tiene presente que los padres de la menor han sido víctimas de una omisión informativa, en la misma línea que se ha mantenido en los párrafos precedentes. A los efectos de la consecución del efectivo reproche, el Alto Tribunal aboga por estimar la existencia de una vulneración del derecho de información, que el juzgador traduce en daño moral cuando señala “Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma”¹⁵³².

A pesar de que en la fundamentación del Tribunal Supremo no se menciona expresamente la omisión de medios (a diferencia de lo que ocurría en el caso anterior), ésta se deja entrever, sobre todo en la insistencia del Alto Tribunal respecto de la reiteradas peticiones que hacía la gestante para que le fuesen practicadas pruebas prenatales concluyentes. Procede que en este punto concreto cite la argumentación

¹⁵³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007 ... *op. cit.*

¹⁵³² Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007 ... *op. cit.*

que utiliza el juzgador para admitir el recurso de los actores, en el que se entrevé no sólo la omisión de medios, sino también las dudas fundadas que tiene sobre la inocuidad del tratamiento farmacológico al que estuvo sometida la gestante. Concretamente señala el Tribunal Supremo “De cuanto hasta aquí se ha expuesto deviene procedente la estimación del motivo de recurso. La actora solicitó reiteradamente la práctica de la amniocentesis por razones muy concretas no negadas por la Administración Sanitaria cual era la ingesta previa de fármacos contra la depresión que entendía podían afectar al feto. Las razones que sobre los efectos de tal ingesta da la Administración no descartan que dichos fármacos deban reputarse inofensivos para el feto y es lo cierto que a la Administración hubiera correspondido acreditar que la concreta medicación tomada por la gestante con anterioridad a su embarazo no influía en modo alguno en posibles malformaciones, lo que no hizo; sino que incluso utiliza hipótesis cuando dice que "no parece existir" indicación de amniocentesis por ese motivo. El Informe del Jefe del Servicio de Ginecología y del Jefe del Servicio de Genética que recoge la propia sentencia, señala que la única forma de diagnosticar un síndrome de *Down* es haciendo un canotipo en biopsia coral, amniocentesis o cordocentesis. La actora de 35 años solicitó reiteradamente tal y como se declara probado que se le practicara una amniocentesis, con la finalidad de conocer el estado del feto y poder optar en su caso por una interrupción voluntaria del embarazo y esa solicitud no se hizo sin fundamento alguno sino por cuanto concurrían factores tales como su propia edad y sobre todo por el tratamiento farmacológico (sic) al que había estado sometida, cuyas consecuencias sobre el feto no podían ser conocidas y exigían por tanto un control preciso, más allá del meramente ordinario que se le hizo ...”¹⁵³³.

La petición de la paciente, que de forma expresa solicitaba la práctica de una amniocentesis, y que fue rechazada repetidamente, resulta de especial interés. Sobre este aspecto conviene recordar la ya estudiada sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007, resolución en la que se realiza una afirmación que resulta aplicable a este litigio “Si la interesada decidía voluntariamente el sometimiento a la prueba que era práctica habitual en los casos considerados de riesgo, el facultativo, con independencia, de sus propias convicciones está obligado a su práctica, pues la obligación de medios que contrae con su paciente así se lo exige”¹⁵³⁴. Esta controversia asevera que en los embarazos de riesgo la solicitud de práctica de una prueba invasiva por parte de la

¹⁵³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007 ... *op. cit.*

¹⁵³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007... *op. cit.*

gestante vincula al facultativo, independientemente de sus convicciones. Estimamos que el embarazo del supuesto que nos ocupa podía ser considerado como tal, dado que contaba con el factor edad (la paciente tenía 36 años cuando se quedó embarazada) y el tratamiento farmacológico que había sido interrumpido tres meses antes de la concepción.

Ante esta situación de riesgo, la solicitud expresa de la gestante debió obligar a su ginecólogo, por lo que no someter a la paciente a la práctica probatoria solicitada (coherente con su situación en este caso), se tradujo en una omisión de medios reprochable.

VII. CONCLUSIONES.

1. A lo largo del presente análisis jurisprudencial se ha podido encontrar una doctrina más o menos constante por parte del Tribunal Supremo en torno a este concepto de *wrongful birth*, independientemente de la relación de hechos.

Es posible que la incertidumbre que envuelve la idea de *wrongful birth* tenga su razón de ser en la juventud de la figura. Esta característica se encuentra especialmente acentuada en nuestro ordenamiento jurídico, dado que la primera resolución en la materia se dictó en 1997. Desde esta primera sentencia se han sucedido en torno a una veintena de casos, que han estudiado la idea desde distintas vertientes fácticas. Se trata de un número casi anecdótico de litigios, si lo comparamos con otras construcciones doctrinales de mayor tradición.

2. Un ámbito de especial relevancia, por su influencia en la figura de *wrongful birth* es el daño. El aspecto más destacable del mismo es que, a pesar de lo que pudiese inferirse de la primera sentencia de 1997, éste nunca puede fundamentarse en el nacimiento de un hijo, aunque se encuentre enfermo.

En segundo lugar, el perjuicio clave en este concepto es el impedimento que se provoca a los padres para decidir sobre la continuación o interrupción del embarazo. De esta idea se desprende que la figura de *wrongful birth* no puede incoarse en un ordenamiento jurídico donde no sea posible acudir al aborto, precisamente por ser el pilar sobre el que se apoya esta noción.

No obstante, esta afirmación no debe llevarnos a la errónea idea de que tampoco sea posible invocar daños derivados de este concepto en un ordenamiento jurídico en el que no esté permitida la interrupción del embarazo. Tal y como pudo deducirse de la sentencia de 18 de diciembre de 2003, la noción de *wrongful birth* cuenta con daños anexos que trascienden del aborto, y por lo tanto éstos pueden ser alegados en circunstancias concretas.

3. Por último tenemos uno de los aspectos más problemáticos y criticables de la construcción doctrinal objeto de análisis, más incluso que el daño: el nexo causal.

El dilema comienza con un dato objetivo, la afección del *nasciturus* no ha sido provocada por ninguna actuación médica, sino que ésta deriva de la concepción misma. El protagonismo de la clase médica dimana de que sus actuaciones han alentado el nacimiento de la criatura, ya que no han detectado la grave afección que le aqueja, por

un motivo u otro. De esta última premisa comienzan a desarrollarse hipótesis en cadena, ya que la condena del médico no se basa en un daño efectivo, sino en coartar posibilidades de actuación, cuya dirección es desconocida.

Entrelazar un hecho, como el nacimiento de un hijo enfermo, con la práctica errónea de unas pruebas diagnósticas, pasa por teorizar qué hubiesen hecho los padres, de conocer el estado del embrión. De esta hipótesis se desprende que ninguna de las formulaciones clásicas de la relación causal permitiría responsabilidad alguna en estos supuestos. A fin de dar solución a esta cuestión, se acude a la construcción doctrinal de los cursos causales no verificables. Con esa idea se permite, en base a presunciones, colegir cuál hubiese sido la reacción de unos progenitores al conocer el estado de salud del *nasciturus*.

Sin embargo, la subjetividad de este criterio es preocupante, dado que salvo afirmaciones en contrario, en todos los supuestos se partiría de la intención de interrumpir el embarazo, y consecuentemente el litigio debería ser indemnizado. A los efectos de evitar esto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han entretejido una serie de pautas y presunciones con las que se puede llegar a alcanzar un criterio más o menos firme, derivado de un elemento objetivo: la fiabilidad y peligrosidad de la prueba.

De esta forma se entiende que una gestante que somete a su hijo a un riesgo, al acudir a una prueba invasiva, desea conocer el estado del mismo y actuar en consecuencia en función del resultado, salvo prueba en contrario. Esta presunción no puede mantenerse en aquellos asuntos en los que no se ha asumido ningún peligro, porque nada indica que la madre quiera algo más que mantener un simple control sobre el embarazo. Por ello, salvo actuaciones o afirmaciones que evidencien lo contrario, no se estimará que ésta hubiese acudido a la interrupción voluntaria de la gestación.

CAPÍTULO X
RECAPITULACIÓN: DE LOS CONFLICTOS A LOS CONCEPTOS

A fin de comenzar esta materia:

1. La naturaleza de esta tesis es de un marcado carácter tópico, tal y como del título del trabajo se deduce. De la misma manera, de este encabezamiento también se desprende una conclusión y es que de los conflictos, esto es, del análisis pragmático, se coligen los conceptos, y es precisamente esa labor la que se va a acometer en este capítulo; cuya finalidad no va a ser otra que afinar muchas de las nociones ya analizadas, así como otras que han estado latentes durante todo el camino recorrido.

El objetivo de estas páginas es cerrar el círculo de las hipótesis que puedan quedar tras cada uno de los capítulos y definir también las grandes máximas que nos han acompañado a lo largo del trabajo. Para ello, además de retomar antiguas ideas, se van a abordar algunas de las figuras principales de la responsabilidad civil sanitaria, tales como la definición misma de la responsabilidad, el acto médico, la *lex artis*, la jurisdicción competente, etc. Dicho análisis se elaborará bajo la atenta mirada de la jurisprudencia y de la doctrina, aunque con un marcado carácter dogmático, dado que nuestro propósito principal es el de definir y precisar construcciones doctrinales, y no tanto la búsqueda de un conflicto a resolver.

2. A fin de desarrollar este análisis se comenzará con algunas de las ideas que están presentes, de forma subyacente, a lo largo de toda la tesis, es decir, la responsabilidad civil sanitaria como concepto en sí mismo, la descripción del acto médico, la construcción doctrinal de la *lex artis*; y cuestiones prácticas como la legitimación activa para ser indemnizado por un daño médico, la jurisdicción competente y el plazo.

La segunda parte de este capítulo consistirá en plantear aspectos que tienen autonomía propia en la tesis. El fin de esta labor no es repetir conclusiones, sino cerrar el círculo, de los conflictos hacia los conceptos. Para ello se comenzará con los errores de diagnóstico, tratamiento, daño por tratamiento y omisión de medios; a los efectos de continuar con el caso fortuito y la fuerza mayor, seguido del derecho de información, la Medicina satisfactiva, el daño desproporcionado, la pérdida de oportunidad, la sangre contaminada, las infecciones hospitalarias y las deficiencias asistenciales, finalizando con la noción de *wrongful birth*.

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA COMO CONCEPTO.

1. La responsabilidad civil sanitaria, en sus muchas y diversas formas de materialización, ha sido el eje sobre el que ha girado toda la investigación desarrollada a lo largo de las páginas de esta tesis.

La responsabilidad civil, como institución jurídica de larga tradición, probablemente pueda calificarse como uno de los pilares básicos, no sólo del Derecho, sino también de la convivencia. Se trata de la encarnación misma de un orden jurídico, basado en unas reglas sociales de coexistencia, en las que se genera un clima propicio para el desarrollo de las personas, ya que éstas conocen de antemano que se encuentran salvaguardadas por un principio por el cual, cualquier daño que sufran injustamente será resarcido¹⁵³⁵. En honor a este concepto del *alterum non laedere*, las peligrosidades del día a día, propias de una sociedad moderna, no provocan un clima de indefensión al ciudadano de a pie, sino de confianza; generándose así una situación artificial de seguridad¹⁵³⁶.

El origen de la responsabilidad del individuo se encuentra en la susceptibilidad de ser sancionado por el orden jurídico. No obstante, es necesario diferenciar la responsabilidad civil propiamente dicha, de la obligación que de ésta deriva, ya que esta última surge precisamente como consecuencia de la vulneración de los estándares mínimos de prudencia. Esto es, “jurídicamente tenemos la obligación de no dañar y la responsabilidad de pagar cuando causemos un daño con nuestra conducta”¹⁵³⁷.

¹⁵³⁵ CUETO PÉREZ se pronuncia de una manera similar cuando trata de las relaciones de la responsabilidad civil con la sociedad. Señala esta autora que el ser humano, por su naturaleza, se ve obligado a vivir en comunidad, con las consecuencias que de ello derivan; destacando sobre todo, la posible causación de daños. Es precisamente por ello por lo que surgió la responsabilidad civil, como forma de reparación de un resultado lesivo. CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria ... op. cit.*, página 36.

¹⁵³⁶ REGLERO CAMPOS parte de la premisa de que no causar daño a nadie es uno de los tres pilares básicos de la sociedad, idea que motivó que todas las civilizaciones tuviesen medios de castigo para los transgresores de este principio. Sin embargo, la noción de la reparación o compensación es un concepto mucho más moderno, que no llegó a atisbarse hasta las XII Tablas. REGLERO CAMPOS, Luis Fernández, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil ... op. cit.*, pps. 45 a 163, página 46. Opinión similar mantiene LÓPEZ JACOISTE, que desde una perspectiva más filosófica, entiende que la responsabilidad civil es una forma de justicia, en el sentido de que pretende un equilibrio entre el que daña y la víctima. LÓPEZ JACOISTE, José Javier, *La responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, página 57.

¹⁵³⁷ ORTEGA SAN VICENTE, Alejandro, “Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria: responsabilidad objetiva y subjetiva”, en JIMÉNEZ, Salvador, MARTÍNEZ, Víctor M. y BELDA, Enrique (Coordinadores), *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2008, pps. 181 a 213, página 190.

La responsabilidad civil en la época de la codificación tenía un marcado carácter individualista, ya que las relaciones entonces existentes se limitaban al Derecho privado entre individuos. Las actuaciones interpersonales no eran abundantes y tampoco la actividad económica, por lo que una responsabilidad civil por culpa era más que suficiente para cubrir las necesidades del momento. De acuerdo con la opinión de CUETO PÉREZ, esta situación era el reflejo mismo de la idea de *laissez faire, laissez passer*, que con el paso del tiempo, y como consecuencia de la evolución social, fue insuficiente en algunos escenarios; tal y como se ha podido ver a lo largo de la tesis¹⁵³⁸.

Las manifestaciones de la responsabilidad civil podemos encontrarlas desde épocas inmemoriales, siendo claro ejemplo de ello los sistemas jurídicos primitivos. En éstos existía una versión abstracta de la responsabilidad civil, cuya pretensión era un orden social mínimo, que consistía en que cualquier persona que hubiere sufrido un menoscabo, debía ser resarcida por el causante, pero de formas no preestablecidas. Esta situación inicial, caracterizada por la indeterminación, sufrió una brusca evolución al fijarse reglas básicas de convivencia (vivir honestamente, cada uno lo suyo y no causar daño a los demás), cuyo quebranto supondría un resarcimiento para la víctima por parte del causante. De esta forma, la lectura de las Doce Tablas permitía distinguir entre dos tipos de ofensas, los *crimina* que entrañaban un atentado contra el orden público, y los *delicta*, de naturaleza eminentemente privada, que nacían y morían en este ámbito; muy cercanos a lo que hoy conocemos como responsabilidad civil¹⁵³⁹. Fue precisamente esta idea la que permaneció en el seno de Europa y la que se plasmó en Francia en el siglo XIX en el Código Civil Napoleónico, noción de la que ha bebido nuestro Derecho¹⁵⁴⁰.

Ahora bien, la evolución a la que se hacía mención con anterioridad, ha promovido que la responsabilidad civil se acomode a otros escenarios, ya que su

¹⁵³⁸ CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria ... op. cit.*, página 136.

¹⁵³⁹ FERNÁNDEZ COSTALES destaca la relevancia de la responsabilidad civil en el Derecho, y la sociedad en general, dado que ésta deriva de las máximas sociales de *alterum non laedere*, junto con *suum cuique tribuere* y *honestum vivere*. A pesar de sus tímidos comienzos (prueba de ello son los escasos preceptos con los que cuenta el Código Civil), ha llegado a ser una institución de gran importancia social, si se tiene presente el gran número de litigios a los que ha dado lugar ante los Tribunales y el montante económico que llega a mover. Como punto añadido, se trata de una de las construcciones doctrinales con mayor adaptación en el tiempo, esto es, se ha visto obligada a cambiar y ha sabido aclimatarse a nuevos escenarios. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería) ... op. cit.*, página 9.

¹⁵⁴⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria ... op. cit.*, páginas 16 a 18.

naturaleza genérica no permitía su aplicación en todos los ámbitos. Huelga señalar que la responsabilidad sanitaria es un ejemplo innegable de esta última afirmación¹⁵⁴¹.

2. Aunque la responsabilidad civil y la Medicina son viejas conocidas entre sí, el que podría llamarse “fenómeno mediático” de enjuiciamiento por actos médicos, es más reciente¹⁵⁴².

BLAS ORBÁN define la responsabilidad civil sanitaria de una manera muy explícita “Entendemos por responsabilidad la obligación de responder por nuestros actos. Aplicado este concepto a la responsabilidad profesional del médico, significa la obligación que tiene este profesional de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios, e incluso involuntarios dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión”¹⁵⁴³.

¹⁵⁴¹ FERNÁNDEZ COSTALES destaca esta especialidad, cuando define la responsabilidad civil sanitaria de la siguiente manera “Por ello, estimamos que la responsabilidad civil médica es una responsabilidad especial en atención al carácter profesional del médico, puesto que la apreciación de su posible culpa en el cumplimiento del contrato de servicios médicos o en el ejercicio en general de su profesión, conforme al art. 1104 en relación con el art. 1902, ambos CC, pues el concepto de culpa es de mutua aplicación a ambos preceptos, ha de hacerse conforme a las circunstancias de las personas. Y a este respecto, el título profesional del médico, con la relatividad de las circunstancias, determina una especial conducta a seguir en el cumplimiento de las obligaciones”. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, “La responsabilidad civil médica”, en *Diario La Ley*, nº 3, 1986, pps. 633 a 647; concretamente en página 634. GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO realizan una interesante síntesis de la historia de la Medicina en el ser humano. Señalan que la Medicina surgió de una forma natural, del mismo modo que lo hicieron los organismos que atacaban el cuerpo de los seres humanos, esto es, como una respuesta a una necesidad. Ante esta intención del ser humano de curar o sanar sus males, se acabó creando una compleja ciencia que pretendía ser un método de defensa contra agresiones externas, de la que sin embargo, las propias personas también tuvieron que resguardarse, a fin de evitar abusos. Frente a la increíble ciencia que sanaba a los seres humanos, fue necesario crear una figura moderadora de los excesos de la misma, como lo es la responsabilidad civil. GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel y MOLINOS COBO, Juan J., *Manual Práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica*, Comares, Granada, 1995, página 7.

¹⁵⁴² En el caso español no fue hasta la década de los años 80, cuando se comenzó a poner en tela de juicio la regla general por la cual, todo daño que se sufría como consecuencia de un acto médico, debía ser asumido por el paciente, sin posibilidad de acudir a enjuiciamiento alguno. MUNAR BERNAT, Pedro A., “Daños causados por actos médicos” ... *op. cit.*; concretamente en página 1. La tesis de la absoluta irresponsabilidad civil del médico encuentra su esencia en la idea de que el facultativo ejerce sus funciones con buena fe y dentro de los límites de su deber, y como tal no debería estar sujeto a responsabilidad alguna. De estas líneas se desprende que lo único que podía ser reprochable era una actitud dolosa, ya que aun siendo el médico imprudente (bien por falta de reciclaje de conocimientos, bien por incumplimiento de unos mínimos de cuidado), la labor de éste no sería castigada, ya que mediaría buena fe y la actuación se encontraría dentro de los límites del conocimiento. DE LA QUINTANA FERGUSON, Manuel, *La responsabilidad civil del médico* ... *op. cit.*, página 31. La asunción de una noción como la responsabilidad sanitaria, tal y como afirma SEIJAS QUINTANA, no se dio como consecuencia de un cuestionamiento de toda la actividad médica desplegada, ni mucho menos una presunción de constante negligencia, sino que su finalidad fue la de enjuiciar aquellos supuestos en los que se provoca un daño a un paciente, como consecuencia de una vulneración de las reglas básicas de la ciencia médica, es decir, no se trata de una “caza de brujas de bata blanca”. SEIJAS QUINTANA, José Antonio, “Responsabilidad civil médico – sanitaria: ejercicio y condicionamientos” ... *op. cit.*; concretamente en página 301.

¹⁵⁴³ BLAS ORBÁN, Carmen, *Responsabilidad profesional del médico* ... *op. cit.*, página 151.

En una línea muy similar se pronuncia FERNÁNDEZ COSTALES, cuando analiza la responsabilidad sanitaria de una forma gráfica “La responsabilidad legal está constituida por la necesidad jurídica y social de que todo médico responda ante las autoridades humanas, competentes y legalmente constituidas de los perjuicios causados por los daños cometidos con sus actos voluntarios o involuntarios en el ejercicio de su arte, ciencia, oficio y profesión contra las reglas legalmente establecidas”¹⁵⁴⁴.

Por otro lado, ROMEO CASABONA es especialmente perspicaz, al apuntar qué supuestos de la responsabilidad sanitaria deben ser enjuiciados por el Derecho y cuáles han de quedar fuera de la disciplina de los juristas. Este autor es clarividente al señalar, que los errores que al Derecho le interesan son aquellos que son provocados a espaldas de la diligencia. El juzgador debe posar su mirada en la actuación médica desarrollada sin atención, interés o dedicación suficiente, todo ello en base al mencionado criterio de la *lex artis*, propio no sólo del actuar médico, sino de cualquier ámbito profesional¹⁵⁴⁵.

Una definición que abarca las anteriores y que es especialmente gráfica, afirma “De acuerdo con esto, *Responsabilidad Profesional Médica* es la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios, e incluso involuntarios dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión”¹⁵⁴⁶.

3. La primera regulación en materia de responsabilidad sanitaria la encontramos en el Código de Hammurabi (2050 a. de C), donde en función de la naturaleza del paciente (libre o esclavo), el médico que con su actuación provocase un daño no debido, respondería con un castigo físico o económico, respectivamente¹⁵⁴⁷. Esta línea fue mantenida históricamente, siendo ejemplos de ello Alejandro Magno, que instauró la crucifixión para el médico que abandonase a su paciente (no así al que causase daño);

¹⁵⁴⁴ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 79.

¹⁵⁴⁵ ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1988, página 7.

¹⁵⁴⁶ AA. VV., “La Medicina ante el Derecho y la responsabilidad objetiva”, en *Diario La Ley*, nº 14, 1999, pps. 1 a 11; concretamente en página 1.

¹⁵⁴⁷ Concretamente 9 de sus 282 artículos contenían distintos ejemplos de perjuicios por actos médicos y sus consiguientes sanciones, que generalmente pasaban por la amputación de las dos manos del médico actuante. GRACIA GONZÁLEZ, Susana y LABORDA CALVO, Eugenio, “Responsabilidad”, en DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo (Coordinador), *Responsabilidad Legal del Profesional Sanitario ... op. cit.*, pps. 173 a 283, página 173. BONILLA SÁNCHEZ por su parte, considera que el origen de la responsabilidad sanitaria no se encuentra en el Código de Hammurabi, sino en las Tablas de Nippur (3.000 a 2.500 antes de Cristo). BONILLA SÁNCHEZ, Juan J., *La responsabilidad médica extracontractual ... op. cit.* LLAMAS POMBO estima que la primera muestra de un texto legal que recogía lo que hoy recibe el nombre de responsabilidad sanitaria, son leyes de la época de Ur – Namnu del año 2050 a.C., a lo que añade este autor, que lo que realmente contenía el Código de Hammurabi eran reglas de contenido deontológico y no tanto de responsabilidad sanitaria. LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico ... op. cit.*, página 6.

así como la época Egipcia, en la que encontramos el primer ejemplo de un protocolo médico, en el que se señalaba que aquel facultativo que no cumpliera las obligaciones establecidas en el llamado “Libro Sagrado”, sufriría la pena capital.

Esta situación se vio matizada en la etapa romana cuando, eliminándose las distinciones entre libres y esclavos, se establecieron los elementos básicos de un Código Deontológico. Este escenario sufrió un verdadero revés en el periodo visigodo, al ser el Código prácticamente ignorado (hasta la Edad Media), dejándose en manos de la familia de la víctima el hacer esclavo o acabar con la vida del médico dañador. Esta situación se sosegó en la Edad Media, al retomarse la senda del Código Deontológico, aunque con muchos matices religiosos. Desde este momento, la evolución fue más o menos constante (Fuero Juzgo, Novísima Recopilación), no recuperándose los castigos físicos, pero admitiéndose la responsabilidad del médico causante de un perjuicio, e incluso, observándose la figura del intrusismo¹⁵⁴⁸. No obstante, el momento de mayor inflexión histórica fue a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, cuando en Francia se mostró una gran preocupación por la responsabilidad sanitaria¹⁵⁴⁹. El legislador de este país fue una fuente de inspiración, a pesar de que en nuestro Código Civil no se recoja expresamente la responsabilidad sanitaria. Fueron tanto la doctrina como la jurisprudencia, las que elaboraron la senda de esta idea, que encontró su clímax en los años 70, con un auge sin precedentes en las demandas de responsabilidad sanitaria¹⁵⁵⁰.

¹⁵⁴⁸ Respecto del intrusismo, BLAS ORBÁN señala que Carlos IV promulgó las Ordenanzas de los Colegios de Cirugía, donde se castigaba el intrusismo por ser un atentado contra la Medicina y los pacientes, al tratarse de una actividad peligrosa desempeñada por profanos en la materia. BLAS ORBÁN, Carmen, *Responsabilidad profesional del médico ... op. cit.*, página 32. LLAMAS POMBO añade a los textos antedichos Las Partidas, donde también se recogían algunos vestigios de lo que hoy se conoce como intrusismo en la clase médica. LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico ... op. cit.*, página 12.

¹⁵⁴⁹ Una evolución histórica prácticamente idéntica a la ahora apuntada, es la que mantiene JARAMILLO J. cuando a este respecto afirma “La responsabilidad médica, tal y como hoy la conocemos, ha sido obra de centurias, al punto que es el corolario de siglos de decantación y maduración. Ello explica que se aluda, en la ciencia médica, a varias fases y etapas, cada una dueña de singulares características, v. gr. a la medicina prehipocrática, a la hipocrática, a la poshipocrática (todas ellas en función del mérito médico de la antigüedad, HIPÓCRATES), a la alejandrina, a la medieval, a la renacentista, a la barroca, a la de la ilustración, a la decimonónica y a la contemporánea, con sus subdivisiones temporales y tópicas”. JARAMILLO J., Carlos Ignacio, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 42.

¹⁵⁵⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ estima que el incremento de reclamaciones vino motivado por la relevancia social sin precedentes que la Medicina comenzó a tener, tanto desde el punto de vista de su evolución, como de la actitud quasidefensiva de los pacientes, ante la ruptura de la tradicional relación médico – paciente. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 24. GRACIA GONZÁLEZ y LABORDA CALVO consideran en esta misma línea, que el origen de este cambio vino impulsado, además de por las circunstancias sociales cambiantes, por las modificaciones sustanciales que la Medicina sufrió. GRACIA GONZÁLEZ, Susana y LABORDA CALVO, Eugenio, “Responsabilidad”, en DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo (Coordinador), *Responsabilidad Legal del Profesional Sanitario ... op.*

Haciendo honor a la dinámica tópica de nuestro trabajo, de nuevo es el Alto Tribunal, en su sentencia de 8 de marzo de 2004¹⁵⁵¹, el que nos acerca el momento casi histórico, que dio comienzo a la generalización de las demandas de responsabilidad sanitaria. Esto ocurrió en la sentencia de 11 de marzo de 1914, de la Corte de Apelación de Nueva York, que recibió el nombre del caso “Cardozo”, por el ponente que dictó la resolución¹⁵⁵².

Lo que hoy es habitual, en su momento provocó numerosos y profundos debates, tanto en la clase médica, como en la doctrina judicial de Estados Unidos¹⁵⁵³.

cit., página 174. LLAMAS POMBO apunta una serie de causas que llevaron a la situación actual: la despersonalización de la Medicina y el consiguiente quebranto del vínculo tradicional médico – paciente. Esto, según este autor, ha provocado una “desmitificación” de la figura del médico y la pérdida de la “fe” que en esta profesión se profesaba, lo que comportó una fiscalización de las actuaciones del personal sanitario. En último lugar, este autor menciona también la incidencia que los medios de comunicación han tenido en esta cuestión, al hacerse pública, no sólo la existencia de errores médicos, sino también su consiguiente reproche, quebrantando la “inmunidad” de la que gozaba el personal sanitario, con lo que este autor califica como una “neurosis del paciente”. LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico ... op. cit.*, páginas 22 y 23. JARAMILLO J. justifica esto en base a la idea que se tenía de que el médico era más un salvador que un profesional, por lo que sus actuaciones debían quedar fuera de toda responsabilidad. JARAMILLO J., Carlos Ignacio, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 44.

¹⁵⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2004, Sala Primera, recurso 1150/1998, ponente Ruiz de la Cuesta Cascajares.

¹⁵⁵² Se trata del litigio *Schloendorff v. Society of New York Hospital* de la Corte de Nueva York de 1914, un supuesto en el que una paciente acudió a su médico en enero de 1908 con problemas estomacales, siendo diagnosticada de un tumor que había que analizar, a fin de comprobar su malignidad o benignidad. Se le preparó para la prueba exploratoria y se le anestesió. Ésta había consentido la práctica de la misma, pero no la extracción del tumor. Sin embargo, y desoyendo las peticiones de la paciente, el médico extirpó el tumor, causando una gangrena en uno de los brazos de la paciente, que requirió de la amputación de varios de sus dedos. La condena del centro médico se basó en el hecho de que todo adulto tiene el Derecho a decidir qué se va a hacer con su cuerpo, tal y como había hecho la paciente en este asunto, y por ello, cuando un cirujano no tiene en consideración las decisiones del enfermo, está llevando a cabo un atentado contra la confianza del paciente y su decisión adulta; salvo casos de emergencia. Sin quitar relevancia a este asunto, no faltan evidencias históricas que aluden a casos que se enjuiciaron muchos años atrás. En el siglo XIII en Jerusalén, un paciente fue indemnizado por sufrir una amputación en la pierna equivocada. Tras este primer contacto se sucedieron toda una serie de controversias, hasta la actualidad. Así en París, en 1427, se condenó a un médico a una amonestación por provocar la muerte a un enfermo, por suministrarle un brebaje demasiado fuerte. Años más tarde, en Burdeos en 1596, se condenó a pagar una indemnización a un sangrador que perforó la arteria braquial de un paciente. Todos estos ejemplos nos llevan al año 1760, cuando el Parlamento de Burdeos condenó a un cirujano, que tuvo que amputar un miembro por el incorrecto tratamiento de una fractura. DE LA QUINTANA FERGUSON, Manuel, *La responsabilidad civil del médico ... op. cit.*, página 31

¹⁵⁵³ Este enjuiciamiento, según MUNAR BERNAT, ha derivado en una Medicina defensiva férreamente blindada por protocolos hospitalarios, que justifican el cumplimiento de *lex artis*, en muchas ocasiones, con la práctica de pruebas innecesarias. Un ejemplo anecdótico que nos acerca este autor, es uno que data del año 1997, en el que un paciente acudió a su médico con un cuadro de fiebre persistente que no remitía. Como no se halló causa alguna que justificase este síntoma en los análisis, se le sometió a toda una batería de pruebas, llegando incluso a practicársele una laparoscopia exploratoria; hasta que finalmente fue un médico de Medicina general el que dio con el diagnóstico: se trataba de una simple sinusitis. MUNAR BERNAT, Pedro A., “Daños causados por actos médicos” ... *op. cit.*; concretamente en página 2.

Toda esta andadura culminó en la Ley General de Sanidad del año 1986, que reconoció el Derecho a la salud (ya recogido en la Constitución) y la aceptación de la noción “diligencia de las actuaciones médicas”.

GARCÍA GARNICA considera que el origen de este acercamiento del Derecho hacia la Medicina, se encuentra en la toma de conciencia del paciente de su propia naturaleza y dignidad, algo que requirió una modificación y reestructuración absoluta del Código Deontológico Médico; ya que los usuarios, tal y como señala la mencionada autora, estaban “amparados al más alto nivel normativo, tales como su vida, su integridad física, e incluso, su intimidad y su libertad”¹⁵⁵⁴.

¹⁵⁵⁴ GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2010, página 11. Apunta además esta autora, que si bien este logro es loable, también debe matizarse, ya que de llevarse al extremo podría llegar a “asfixiarse” a la clase médica con excesivos rigores; lográndose únicamente una Medicina defensiva que no sería positiva para ninguna de las dos partes.

II. DEFINICIÓN DEL ACTO MÉDICO.

1. El acto médico se puede resumir como toda actividad que se realiza de forma directa sobre un ser humano, más concretamente sobre un enfermo, y que únicamente recibe ese nombre cuando su finalidad es prevenir, tratar o sanar una patología y además, lo realiza un licenciado en Medicina; todos los demás casos recibirán el nombre de acto sanitario¹⁵⁵⁵. Sobre esta idea del personal en concreto que desarrolla la actividad, se pronuncia GARRIDO JIMÉNEZ, quien apunta que cualquier actuación médica (desde la atención primaria, hasta la cirugía), se considerará un acto médico, si ha sido desplegada por un facultativo¹⁵⁵⁶.

ATAZ LÓPEZ define el acto médico como toda actuación legítima (esto es, de profesionales), sobre un cuerpo vivo o muerto, siempre y cuando su finalidad sea curativa, bien de forma directa (una sola actividad) o indirecta (varias acciones)¹⁵⁵⁷.

GARCÍA HERNÁNDEZ describe de forma gráfica este concepto, señalando los diferentes elementos que lo conforman. El acto médico desarrollado debe implicar la utilización de los medios necesarios conocidos por la Medicina, que se encuentren al alcance del médico y que hayan sido previa y adecuadamente informados al paciente. No cesa sin embargo esta idea en esta primera parte, sino que es extensible a la vigilancia del paciente tras la intervención, o en su defecto debe perpetuarse durante todo el tratamiento. Se trata de una labor que se desarrolla de forma continuada en el tiempo¹⁵⁵⁸. ORTEGA SAN VICENTE añade además, que sólo será un acto médico aquel que se practique con el más absoluto respeto a la legalidad y a la *lex artis*¹⁵⁵⁹.

SEGURA y MARTÍNEZ – CALCERRADA matizan esta descripción, al considerar que esta construcción doctrinal se trata como “omnicomprensiva”, cuando sería más correcto acudir también a otras nociones como “prestación médica” o “actuación

¹⁵⁵⁵ AA.VV., “Presupuestos jurídicos del acto médico”, en *Diario La Ley*, nº 5, 1998, pps. 1 a 11; concretamente en página 1.

¹⁵⁵⁶ GARRIDO JIMÉNEZ, José Manuel, “Análisis causal del acto médico y su importancia en el consentimiento informado”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Directores), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios ... op. cit.*, pps. 451 a 462, página 456.

¹⁵⁵⁷ ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil ... op. cit.*, página 47.

¹⁵⁵⁸ GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás, *Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Edisofer S.L., Madrid, 2002, página 21.

¹⁵⁵⁹ ORTEGA SAN VICENTE, Alejandro, “Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria: responsabilidad objetiva y subjetiva”, en JIMÉNEZ, Salvador, MARTÍNEZ, Víctor M. y BELDA, Enrique (Coordinadores), *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria ... op. cit.*, página 186.

médica profesional”, que sirven como criterio de distinción del campo de incidencia o de la necesidad del formalismo de la colegiación¹⁵⁶⁰.

2. De las definiciones analizadas se desprende, en primer lugar, que el acto médico no es sinónimo de asistencia sanitaria, por lo que únicamente una actividad desplegada por un licenciado en Medicina recibirá ese nombre. En segundo lugar, la finalidad curativa debe ir acompañada necesariamente por un celoso cumplimiento de la *lex artis*. En tercer y último lugar, tan sólo queda por destacar de este concepto, que si bien tendrá como principal propósito la mejora del paciente, se trata de una actuación de medios, por lo que jamás podrá exigirse la sanación (obligación de resultado)¹⁵⁶¹.

¹⁵⁶⁰ SEGURA, Carlos y MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luis, “Ordenación administrativa de la licenciatura en medicina y cirugía”, en MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luis (Director), *Derecho Médico* (volumen I), Tecnos, Madrid, 1986, pps. 43 a 198, página 68.

¹⁵⁶¹ AA. VV., “La Medicina ante el Derecho y la responsabilidad objetiva” ... *op. cit.*; concretamente en página 4.

III. LA LEX ARTIS EN LA RESPONSABILIDAD SANITARIA.

1. El criterio del “buen padre de familia”, es decir, el sistema de medición generalizado en el concepto de responsabilidad civil, que permite dilucidar lo diligente de lo negligente, no siempre es aplicable a todas las vertientes de la misma (sobre todo cuando la cuestión se analiza en el actuar profesional), y esto es precisamente lo que ocurre en la Medicina. Este principio propio del campo de las actuaciones cotidianas no puede servir como referencia del mínimo exigible en las actividades técnicas, donde además de la prudencia habitual, deben requerirse los rigores específicos del sector en cuestión, esto es, la *lex artis*¹⁵⁶².

2. GARZÓN REAL define la *lex artis* como el acto médico desarrollado por personal capacitado, de forma acorde a las reglas de su profesión, conocimientos y prácticas de la misma; las cuales debieron ser adquiridas en su etapa formativa y actualizadas, en consonancia con las necesidades de la ciencia¹⁵⁶³. A esta aclaración PUEYO CALLEJA añade, que por *lex artis* debemos entender aquel criterio que valora la corrección de una acción médica en relación a las características de las especialidades en concreto, las circunstancias del paciente y la influencia de factores endógenos¹⁵⁶⁴.

FERNÁNDEZ COSTALES asegura que el ejercicio de la profesión médica está sujeto a una serie de reglas: la *lex artis*. Uno de los aspectos básicos de la misma es

¹⁵⁶² De esta misma opinión se muestra FERNÁNDEZ COSTALES, al considerar que el criterio general no es extrapolable a aquellos ámbitos en los que los requerimientos mínimos son las reglas de la profesión, que difieren mucho de las nociones básicas de cuidado y convivencia. De ahí que la conducta del médico deba ser apreciada en relación a la pericia normal de los profesionales de su categoría. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, “La responsabilidad civil médica” ... *op. cit.*; concretamente en página 642. Este autor se reitera cuando vuelve sobre la idea de que en el medio técnico el concepto del buen padre de familia, como criterio regulador, se ha visto no sólo superada, sino desbordada por la naturaleza de las actuaciones a desarrollar; por lo que será la *lex artis* la forma diferenciadora. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria* ... *op. cit.*, página 83. ATAZ LÓPEZ asegura que el principio del “buen padre de familia” no es extrapolable al ámbito de trabajo, por tener cada uno de estos escenarios sus propias reglas (*lex artis*). ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil* ... *op. cit.*, página 239. VÁZQUEZ BARROS afirma que ambas construcciones doctrinales son aplicables al ámbito profesional, porque en ocasiones el médico se rige por la *lex artis* genérica y otras por la *lex artis ad hoc*. VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Responsabilidad civil de los médicos* ... *op. cit.* página 24. De una manera similar, pero matizada, se pronuncia LLAMAS POMBO, al no entrar a valorar el concepto de *lex artis* y considerar válida la noción del “buen padre de familia”, admitiendo no obstante el carácter cualificado o agravado de la misma. LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico* ... *op. cit.*, página 58.

¹⁵⁶³ GARZÓN REAL, Baltasar, “Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico sanitaria”, en *Diario La Ley*, nº 1, 1987, pps. 809 a 830; concretamente en página 809.

¹⁵⁶⁴ PUEYO CALLEJA, Francisco Javier, “La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil y contencioso – administrativa”, en *Derecho y Salud*, vol. 17, nº 1, 2009, pps. 81 a 100; concretamente en página 83.

cumplir las obligaciones inherentes a su especialización, de forma que si el médico las desconoce, debe abstenerse de cualquier actuación (*spondet pertiaum artis e imperitia culpa adnumeratur*)¹⁵⁶⁵.

GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO equiparan la *lex artis* a la Ley del arte, siendo ésta un conjunto de reglas que determinan cómo desarrollar correctamente esta labor artística de cada profesión, de forma que la *lex artis* genérica es aplicable a todas las profesiones y sólo la concreción de la misma es propia de cada ámbito¹⁵⁶⁶.

MARTÍN LEÓN considera que el concepto de la *lex artis* es una categoría excesivamente utilizada, pero “borrosa e incorrectamente” calificada. Este autor afirma que la responsabilidad médica sólo puede darse si en una actuación media culpa o dolo, algo que se traduce en una vulneración de la *lex artis*¹⁵⁶⁷. PÉREZ VALLEJO complementa esta idea, al apuntar que la *lex artis* es un “criterio de normalidad” en las actuaciones médicas, y aunque se trata de algo fundamental, se define de forma tan genérica, que en muchas ocasiones es necesario el estudio casuístico concreto¹⁵⁶⁸. GUERRERO ZAPLANA reafirma esta cuestión, al relacionar la *lex artis* con el litigio concreto, ya que a los efectos de estimar la concurrencia o no de la misma, es necesario examinar las particularidades de cada controversia en particular¹⁵⁶⁹.

SEGURA y MARTÍNEZ – CALCERRADA apuntan en esta misma línea por la cual, para aplicar la *lex artis* es necesario tener en cuenta las características del acto médico en cuestión, su especialidad, su complejidad, su trascendencia, su urgencia y los factores endógenos¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁵ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, “La responsabilidad civil médica” ... *op. cit.*; concretamente en página 634

¹⁵⁶⁶ GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel y MOLINOS COBO, Juan J., *Manual Práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica* ... *op. cit.*, página 15. En esta misma línea VÁZQUEZ BARROS califica la *lex artis* más como un parámetro, que como una concreción de deberes. VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Responsabilidad civil de los médicos* ... *op. cit.*, página 27.

¹⁵⁶⁷ MARTÍN LEÓN, Antonio, “*Lex artis* y protocolos médicos”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Directores), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios* ... *op. cit.*, pps. 463 a 486, página 469.

¹⁵⁶⁸ PÉREZ VALLEJO, Ana María, “Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional de medicina necesaria o asistencial y medicina voluntaria, perfectiva o satisfactiva”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Directores), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios* ... *op. cit.*, pps. 545 a 583, página 553.

¹⁵⁶⁹ GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria* ... *op. cit.*, página 60.

¹⁵⁷⁰ SEGURA, Carlos y MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luis, “Ordenación administrativa de la licenciatura en medicina y cirugía”, en MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luis (Director), *Derecho Médico* (volumen I) ... *op. cit.*, página 188. Una definición que se sitúa en la misma línea y que reconoce también la relevancia de las circunstancias del paciente, más allá de las simplemente clínicas, es la que recoge lo siguiente “...se puede definir la *Lex Artis ad hoc* como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico

Para finalizar, HAVA GARCÍA define la *lex artis* como una suma de reglas generales técnicas y de experiencia, siempre y cuando estén aprobadas por la comunidad científica. Conclusión a la que llega esta autora, tomando como base dos ideas básicas: dada la naturaleza cambiante de la Medicina, mantener una actualización constante de todos los conocimientos médicos es imposible, y por otro lado condensar el saber en un formato escrito, es cuanto menos utópico¹⁵⁷¹.

3. Desde el punto de vista tópico, una de las principales características de la *lex artis* viene subrayada en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008¹⁵⁷², que describe esta figura como un criterio valorativo, que establece la corrección o no de un acto médico concreto. Sin embargo, el punto más interesante de esta resolución radica en la afirmación por la cual la *lex artis* es una pauta de actuación y de valoración *ad hoc*, cuyas exigencias mínimas, aunque se encuentran estandarizadas, deben analizarse caso por caso.

Un aspecto añadido del concepto de la *lex artis*, que puede ser de sumo interés, es el que recalca la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006¹⁵⁷³, en la que se establece que la *lex artis* va más allá del simple cumplimiento protocolario en actividades de diagnóstico y de tratamiento; de forma que no se asocia al resultado final del acto médico¹⁵⁷⁴. Es más, la *lex artis* no se puede equiparar a los protocolos sanitarios, esto es, no se trata del cumplimiento formal de una serie de obligaciones preestablecidas, sino de la adaptación de la ciencia médica a las necesidades del

ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características del autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos – estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria –, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”. AA. VV., “La responsabilidad civil médica”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 92, 1998, pps. 963 a 1000; concretamente en página 991.

¹⁵⁷¹ HAVA GARCÍA, Esther, *La imprudencia médica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, página 56. Por su parte, PALAU BRETONES considera que se puede llegar a un mínimo de generalización de la *lex artis* con los protocolos médicos, al apuntar éstos las condiciones básicas de atención o umbrales de buena actuación, lo que podría traducirse como *lex artis*. PALAU BRETONES, Antonio, “Responsabilidad personal sanitario” ... *op. cit.*; concretamente en página 5.

¹⁵⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008, Sala Primera, recurso 4984/2000, ponente Seijas Quintana. Resolución también analizada desde el punto de vista de la Medicina satisfactiva, en el capítulo correspondiente.

¹⁵⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006, Sala Primera, recurso 59/2000, ponente Seijas Quintana. Controversia también estudiada desde el punto de vista de la pérdida de oportunidad, en el capítulo correspondiente.

¹⁵⁷⁴ Ejemplo inequívoco es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2003 (Sala Primera, recurso 3272/1997, ponente Martínez – Calcerrada Gómez; litigio también analizado desde el punto de vista del error de diagnóstico y la pérdida de oportunidad, en los capítulos correspondientes) por la cual la *lex artis* se concreta en que al paciente se le proporcionen todos los cuidados necesarios (esto es, obligación de medios y no de resultado), de acuerdo con el estado de la ciencia y de los conocimientos, existiendo como único sistema de corte la *lex artis ad hoc*.

paciente; ya que lo contrario significaría una vulneración de la *lex artis*. Esto mismo apunta la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006¹⁵⁷⁵, en la que se asevera que la *lex artis* va más allá del simple respeto de los protocolos.

Un magnífico ejemplo de la actuación protocolaria es la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007¹⁵⁷⁶, por la cual el uso de una técnica inusual no fue considerado una vulneración de la *lex artis*, aunque ésta no se encontraba en los protocolos, no sólo porque no hubo daño añadido, sino también porque no era inapropiada.

4. En esta labor de definir el concepto de la *lex artis*, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2004¹⁵⁷⁷ es sumamente útil, al complementar a la anteriormente mencionada, con una exposición más amplia. Esta resolución describe la *lex artis ad hoc* como el “criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico”. Esto es, se trata de un concepto que tiene en cuenta las especiales características de la Medicina, así como su complejidad y trascendencia vital para el paciente, siendo acompañados ambos elementos, por las circunstancias exógenas que pueden darse en cada acto médico.

De una manera prácticamente idéntica se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2006¹⁵⁷⁸, al responder a la pregunta de cómo debe entenderse la *lex artis* en la Medicina. Esta resolución asevera que la *lex artis* puede definirse como el despliegue de todos los conocimientos y medios necesarios, a fin de detectar la posible afección de un paciente¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006, Sala Primera, recurso 2761/1999, ponente Xiol Ríos.

¹⁵⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 7394/2002, ponente Puente Prieto. Resolución también analizada desde el punto de vista del derecho de información, en el capítulo correspondiente.

¹⁵⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2004, Sala Primera, recurso 1458/1998, ponente Auger Liñán.

¹⁵⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2006, Sala Primera, recurso 2626/1999, ponente Seijas Quintana. Controversia también estudiada desde el punto de vista del error de diagnóstico, en el capítulo correspondiente.

¹⁵⁷⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO apunta en la misma línea, que la *lex artis* no se limita a que el médico actuante aplique los conocimientos adquiridos en su etapa formativa, sino que el acto médico no será correcto si éstos no se encuentran debidamente actualizados. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica ... op. cit.*, página 53. FERNÁNDEZ COSTALES añade un aspecto más a tener en cuenta en lo que a la *lex artis* se refiere. Esta noción viene definida por las circunstancias mismas del asunto en cuestión: lugar, materiales, personal, etc. De esto se deduce que la *lex artis* es un concepto concreto pero abstracto, por ello debe analizarse dentro de las circunstancias de cada proceso. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 82. GUERRERO ZAPLANA se pronuncia en la misma línea, cuando afirma que la *lex artis* es un “criterio valorativo”, que no conforma una regla universal, sino que se trata de un patrón a aplicar a cada caso individual. GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria ... op.*

1. La legitimación, desde el punto de vista activo, ya que el pasivo ha sido objeto de examen de manera implícita en el apartado fenomenológico, también es uno de los temas que tiene que ser aclarado en este análisis conceptual; dado que más allá de supuestos puntuales, como por ejemplo los de *wrongful birth*, esta cuestión no ha sido estudiada.

Huelga señalar que el paciente perjudicado por un daño derivado de una vulneración de la *lex artis*, en cualquiera de sus vertientes, es el principal interesado en ser indemnizado. Ahora bien, aun sobreviviendo éste al acto médico en cuestión, los parientes próximos al afectado también pueden ser igualmente resarcidos.

2. El enfermo que en el curso de una actividad sanitaria vea deteriorada su integridad física por una causa que atenta contra la *lex artis*, se encuentra facultado a los efectos de iniciar acciones judiciales y ver restituido el menoscabo sufrido, si concurren los requisitos necesarios para tal fin. No obstante, y aunque la lógica nos llevaría a pensar que una vez satisfecha la víctima por estos daños, nadie más tendría capacidad procesal suficiente para ser también indemnizado, la realidad jurídica demuestra que los parientes que se vean aquejados por esta eventualidad, también se encuentran en una posición procesal hábil para solicitar una reparación¹⁵⁸⁰.

Sin embargo, esta afirmación no significa que todo familiar de una víctima de una actividad negligente en Medicina, deba recibir una indemnización. Únicamente aquellos que se vean realmente afectados por el daño sufrido por el enfermo pueden solicitar una reparación conjunta con la del paciente, tal y como se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2008¹⁵⁸¹. Esta resolución apunta ejemplos como menores a cargo del paciente, el cónyuge o un consanguíneo que

cit., página 140. FERNÁNDEZ HIERRO califica de forma muy acertada la *lex artis*, cuando la define como una “norma en blanco”, al ser más un parámetro de conductas, que una concreción de deberes. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica ... op. cit.*, página 203.

¹⁵⁸⁰ PARRA LUCÁN tiene una opinión idéntica, cuando a este respecto señala que aun cuando el acto dañino no afecte directamente a uno de los demandantes, éste se encuentra facultado para personarse, por el simple hecho de que es posible que también él sea víctima de ese menoscabo derivado de la actividad médica. Evidentemente la razón de ser de esta capacidad procesal del tercero no es la misma que la del paciente, por lo que será necesario hallar otro daño indemnizable. PARRA LUCÁN, M^a. Ángeles, “Comentario a la sentencia de 16 de julio de 1991”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n^o 27, 1991, pps. 871 a 889; concretamente en página 885.

¹⁵⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2008, Sala Tercera, recurso 4107/2004, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde el punto de vista del error de diagnóstico, en el capítulo correspondiente.

cohabite con el paciente, y que de alguna manera va a ver su cotidianidad salpicada por la nueva situación del enfermo¹⁵⁸².

3. El escenario es distinto cuando el paciente fallece. Para empezar éste no se encuentra facultado para solicitar por sí mismo resarcimiento alguno, pero en su lugar pueden hacerlos sus familiares, en las mismas coyunturas antes señaladas. Surge no obstante la duda, de en qué condición lo hacen, es decir, en la propia o en la del paciente. Sobre este extremo se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de junio de 2008¹⁵⁸³, al apuntar que la indemnización pretendida por el paciente es en *iure proprio*, por lo que no cabe *iure hereditatis*; de lo que se desprende, que en ningún caso un allegado podrá pedir la compensación económica en nombre del finado¹⁵⁸⁴.

Aunque los parientes no puedan subrogarse en la persona del fenecido, pueden tener un rol de afectación similar al de la hipótesis anterior, pero con una temática distinta, derivada del daño irrogado por el fallecimiento.

¹⁵⁸² PÉREZ PINEDA y GARCÍA BLÁZQUEZ justifican esta idea con un concepto que denominan “secuelas extracorporales”, idea que abarca aquel daño corporal que trasciende al concepto mismo de cuerpo. Es precisamente en torno a esta noción, sobre la que se fundamenta la legitimación activa de terceros relacionados de una u otra manera con la víctima. Estos autores consideran que cuando el daño del afectado llega a afectar también a su entorno, repercutiendo a terceros, éstos deben ser también resarcidos. Ahora bien, estos autores abogan por un sistema de baremación que indemnice en función del perjuicio real de los terceros, para lo cual deberá utilizarse como guía, por un lado la cercanía con el enfermo, y por el otro, la magnitud o gravedad de la lesión. PÉREZ PINEDA, Blanca y GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel, *Manual de valoraciones y baremación del daño corporal*, Comares, Granada, 1994, página 37.

¹⁵⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008, Sala Primera, recurso 2897/2002, ponente Xiol Ríos.

¹⁵⁸⁴ LLAMAS POMBO apunta, que aunque en la perspectiva civil el daño sería *ex iure proprio* y no *hereditatis*, no ocurre lo mismo en el ámbito penal, donde las circunstancias cambiarían al permitirse, por la vía del artículo 105 del Código Penal, llevar a cabo una transmisión de los derechos del fallecido. LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico ... op. cit.*, página 419.

V. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA DIRIMIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA.

1. Aunque el análisis jurisprudencial que se desarrolla en esta tesis es relativamente reciente, hemos sido testigos de cómo tanto la Sala Primera como la Tercera (y en ocasiones la Cuarta), pugnaban por la competencia en materia de responsabilidad sanitaria, cuando la demanda se dirigía contra un ente público de salud y un particular, generalmente el médico; e incluso cuando la acción se entablaba únicamente contra un centro hospitalario de esta misma naturaleza¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸⁵ La entidad de la confusión es tal, que se han sucedido un gran número de sentencias tratando de dirimir precisamente esta cuestión, qué órgano es el competente. Dado que un análisis individualizado de las mismas carecería de sentido, nos limitaremos a las que sean más llamativas o relevantes por su argumentación u originalidad; pero a los efectos de mantener la rigurosidad del examen, se citarán el resto de las resoluciones. Así en la Sala Primera tenemos las siguientes controversias: sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2000 (Sala Primera, recurso 1883/1994, ponente Martínez – Pereda Rodríguez; resolución también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente), sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2001 (Sala Primera, recurso 882/1996, ponente Martínez – Pereda Rodríguez), sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001 (Sala Primera, recurso 1306/1996, ponente Marín Castán), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2002 (Sala Primera, recurso 3475/1996, ponente Auger Liñán), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002 (Sala Primera, recurso 3194/2000, ponente García Varela), sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2003 (Sala Primera, recurso 2846/1997, ponente Auger Liñán), sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2004 (Sala Primera, recurso 682/1998, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2004 (Sala Primera, recurso 1150/1998, ponente Ruiz de la Cuesta Pajares), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2004 (Sala Primera, recurso 2739/1998, ponente Corbal Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2004 (Sala Primera, recurso 3451/1998, ponente González Poveda), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2005 (Sala Primera, recurso 1481/1999, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006 (Sala Primera, recurso 2761/1999, ponente Xiol Ríos), sentencia del Tribunal supremo de 8 de mayo de 2007 (Sala Primera, recurso 1879/2000, ponente Montes Penadés), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 (Sala Primera, recurso 2636/2000, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007 (Sala Primera, recurso 3746/2000, ponente Almagro Nosete), sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2008 (Sala Primera, recurso 537/2001, ponente Almagro Nosete), sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2008 (Sala Primera, recurso 279/2001, ponente García Varela) y sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2008 (Sala Primera, recurso 980/2001, ponente Auger Liñán). Por su parte, en la Sala Tercera hemos recopilado los siguientes pronunciamientos: sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2000 (Sala Primera, recurso 6524/1996, ponente Mateos García), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 (Sala Primera, recurso 9724/1997, ponente Xiol Ríos), sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2000 (Sala Primera, recurso 1016/1998, ponente Sieira Míguez), sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2000 (Sala Primera, recurso 10073/1997, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2000 (Sala Primera, recurso 7498/1997, ponente Xiol Ríos), sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2000 (Sala Primera, recurso 7499/2000, ponente Peces Morate), sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2000 (Sala Primera, recurso 2681/1996, ponente Xiol Ríos), sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2001 (Sala Primera, recurso 895/1996, ponente Peces Morate), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2001 (Sala Primera, recurso 8201/1996, ponente Sieira Míguez), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2001 (Sala Primera, recurso 3243/1997, ponente Mateos García), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2009 (Sala Tercera, recurso 21/2009, ponente Trillo Torres) y sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2009 (Sala Primera, recurso 35/2009, ponente Trillo Torres).

2. Con carácter previo a la legislación del año 1992¹⁵⁸⁶, independientemente de dónde se hubiese prestado el servicio sanitario (sanatorio público o privado), la Sala Primera del Tribunal Supremo se declaraba competente para enjuiciar todos los casos, esgrimiendo el argumento de que la actuación de los hospitales públicos no era propiamente una actividad de la Administración Pública, sino que desempeñaban funciones de naturaleza privada, al procurarse el cuidado de sus pacientes; por lo que se consideraba más una relación de Derecho privado que de Derecho público¹⁵⁸⁷.

Aunque la situación competencial era complicada en la responsabilidad civil en general, más aun lo era en lo que a la responsabilidad sanitaria se refería, todo ello porque cuatro órdenes jurisdiccionales pugnaban por la competencia: civil, contencioso, penal e incluso social. Cada uno de ellos tenía motivos para ello, trascendiendo estas disputas del ámbito judicial, alcanzando el doctrinal¹⁵⁸⁸. Las implicaciones de esta controversia eran relevantes, tal y como BASSOLS MUNTADA destaca, ya que el hecho de que la responsabilidad civil se resolviese en las salas de lo civil, suponía necesariamente una modificación de las reglas del juego; esto es, se aplicaban las normas del Código Civil y no las que regían los organismos públicos¹⁵⁸⁹.

3. Esta situación se modificó con la entrada en vigor de la Ley 30/1992, que pretendía zanjar esta discusión y que toda demanda contra la Administración Pública fuese dirimida por las Salas de lo Contencioso.

¹⁵⁸⁶ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

¹⁵⁸⁷ SEIJAS QUINTANA, José Antonio, “Responsabilidad civil médico – sanitaria: ejercicio y condicionamientos” ... *op. cit.*; concretamente en página 306. De esta misma opinión se muestra GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica* ... *op. cit.*, página 42. De forma sistemática y clarificadora, CASAS justifica esta situación por la cual se consideraba por parte de la jurisprudencia, y la Constitución no era un elemento pacificador, que la actividad que desarrollaba el órgano administrativo en materia de salud, tenía carácter privado y como tal debía enjuiciarse en el ámbito civil. Según esta autora, el origen de esta divergencia se encuentra en que la “culpa del funcionario” se encausaba en la Sala Civil, algo que fue reforzado por la Ley de Régimen Jurídico de 26 de julio de 1957, que apuntó que toda actuación en Derecho privado, independientemente del actuante, debería dirimirse por la Sala Civil. CASAS, Verónica Ester, “La responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria”, en AA. VV (Coordinadores), *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria* ... *op. cit.*, pps. 119 a 344, página 137. CUETO PÉREZ apunta que la Sala Primera, haciendo uso de la *vis attractiva*, no sólo llegó a tratar cuestiones de responsabilidad sanitaria de naturaleza pública, sino todos aquellos supuestos en los que, como consecuencia de la prestación de un servicio de la Administración, ésta era demanda por un daño junto con un particular. CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria* ... *op. cit.*, página 423.

¹⁵⁸⁸ A efectos comparativos, países limítrofes, como por ejemplo Francia, no tuvieron ningún tipo de pugna jurisdiccional, al considerar que toda actividad sanitaria llevada a cabo por un ente público era extracontractual, y como tal debía dirimirse en la jurisdicción contenciosa. CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria* ... *op. cit.*, página 416.

¹⁵⁸⁹ BASSOLS MUNTADA, Nuria, “Estudio del criterio culpabilístico en la responsabilidad civil médica y hospitalaria. Examen de la doctrina actual del Tribunal Supremo Español”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 133, 2007, pps. 271 a 310; concretamente en página 293.

Aunque las premisas eran claras, lo cierto es que existían zonas fronterizas sobre las que disputaban el régimen civil y el contencioso. Esta “tierra de nadie” eran aquellas demandas que un paciente dirigía contra un hospital público, por un daño sufrido en el curso de un acto médico, conjuntamente con su aseguradora o con el médico responsable. La Sala Primera acudía a la conocida *vis attractiva* y reclamaba para sí la competencia del caso, mientras que la Sala Tercera abogaba por la naturaleza pública del órgano prestador del servicio, para hacer lo propio¹⁵⁹⁰.

4. La consecuencia de todo esto fue un fenómeno conocido como “peregrinar entre jurisdicciones”, que implicaba desavenencias doctrinales e incluso contradicciones entre la Sala Primera y la Tercera, algo que no permitía un criterio único y mucho menos una jurisprudencia congruente, tal y como remarca la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007¹⁵⁹¹.

¹⁵⁹⁰ RIVES SEVA considera que el origen de esta *vis attractiva* se encuentra en el artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 11/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), por el cual se determina que todos los asuntos civiles, que salvo regulación expresa están atribuidos a otros órdenes jurisdiccionales, corresponden a los Juzgados de Primera Instancia. RIVES SEVA, José María, “Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil médica y sanitaria. Cuestiones de Derecho sustantivo y procesal en la materia”, en *Diario La Ley*, nº 6011, 2004, pps. 1 a 16; concretamente en página 11. DOMÍNGUEZ LUELMO estima que su origen está en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), por el cual todas aquellas cuestiones que no se encuentran atribuidas a ninguna jurisdicción, serán competencia de la Sala Civil. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica ... op. cit.*, página 72. DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ se pronuncia en esta línea al señalar que, con carácter previo a las normas que mencionaremos a continuación, la competencia de la Sala Primera se daba por hecho en estos aspectos. DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, “Comentario a la sentencia de 7 de marzo de 2000” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 760 y 761. Idéntica idea tiene PARRA LUCÁN cuando escribió a este respecto en el año 1991, que no cabía duda alguna de que la Sala autorizada para enjuiciar demandas contra entidades de salud pública era la Tercera, del mismo modo que tampoco había lugar a réplica si se trataba de una demanda mixta (privado más entidad pública), ya que ésta debía dirimirse ante la Sala Primera. PARRA LUCÁN, M^a. Ángeles, “Comentario a la sentencia de 16 de julio de 1991” ... *op. cit.*; concretamente en página 882. A esto conviene añadir que la Sala de lo Social también pretendía su competencia cuando la responsabilidad civil derivaba de un centro público y la víctima era una persona adscrita a la seguridad social. GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 43. Aunque la mayor trifulca jurisdiccional se dio entre la jurisdicción civil y la contenciosa, la primera de todas ellas fue entre la jurisdicción civil y la social, algo que se solventó sin mayores problemas, con las reformas legislativas pertinentes, que sin embargo, mantuvieron viva la problemática entre la Sala Primera y la Tercera. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, Civitas, Cizur Menor, 2005, página 140. No obstante, SERRA DOMÍNGUEZ, en un artículo del año 1994, y con las consecuencias jurisdiccionales que de ello puedan derivar, afirma que la principal problemática se dirimió una vez la competencia de la Sala de lo Social fue limitada o prácticamente extinguida, ya que entre la Sala Civil y Contenciosa la cuestión era más sencilla. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la administración sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria”, en *Derecho y Salud*, vol. 2, nº 1, 1994, pps. 5 a 16; concretamente en página 16.

¹⁵⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007, Sala Primera, recurso 3746/2000, ponente Almagro Nosete. MUNAR BERNAT apunta esta problemática con una sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de julio de 2001, en la que se plasman a la perfección todas las complicaciones que entrañaba la ausencia de un criterio claro sobre qué jurisdicción era competente. MUNAR BERNAT, Pedro A., “Daños causados por actos médicos” ... *op. cit.*; concretamente en página 12.

La entrada en vigor de la Ley 30/1992 pretendía precisamente cerrar esta puerta y conceder la competencia de la responsabilidad civil sanitaria pública a la Sala Tercera, algo que la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2008¹⁵⁹² destaca. No obstante, y dado que aparentemente seguían surgiendo dudas, fue necesaria una nueva modificación legislativa, que permitiese una tregua entre ambas jurisdicciones¹⁵⁹³.

5. Fue necesario aguardar hasta la promulgación de la Ley Orgánica 6/1998¹⁵⁹⁴, que añadió un segundo párrafo al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el cual se establecía que toda acción judicial conjunta contra la Administración sanitaria y un particular, debía resolverse en la Sala Tercera¹⁵⁹⁵. A pesar de la claridad de dicha normativa, como puede observarse de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2007¹⁵⁹⁶, fue necesaria una nueva, la Ley 4/1999¹⁵⁹⁷, para que se otorgase de manera definitiva la competencia en este tipo de supuestos a la jurisdicción contenciosa¹⁵⁹⁸. A

¹⁵⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2008, Sala Primera, recurso 5077/2000, ponente Seijas Quintana.

¹⁵⁹³ DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ señala claramente que mientras la subdivisión competencial de ambas salas era clara cuando se dirimían asuntos de responsabilidad en entidades públicas o privadas, no ocurría lo mismo cuando la demanda era mixta, donde nuevamente la Sala Primera ejercía la *vis attractiva* y volvía a ser la Sala competente, con las consecuencias que de ello derivaba para la seguridad jurídica. DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, Calixto, “Comentario a la sentencia de 7 de marzo de 2000” ... *op. cit.*; concretamente en página 761. Debemos formularnos la siguiente pregunta ¿por qué este fracaso del año 1992? Tal y como MAGÁN PERALES y MORENO MOLINA aseveran, la pretensión de la Ley de 1992 era la de unificar, bajo el abrigo de la jurisdicción contenciosa, la competencia de enjuiciamiento. Sin embargo, su falta de consecución fue como consecuencia de que esto, en palabras de los mentados autores, se hizo de forma incompleta y ambigua, permitiendo así una dispersión jurisdiccional idéntica a la que había con carácter previo. MAGÁN PERALES, Jose María y MORENO MOLINA, José Antonio, “La eterna discusión: jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la administración: jurisdicción contenciosa vs. Civil, ¿un problema sin resolver?”, en MAGÁN PERALES, Jose María y MORENO MOLINA, José Antonio (Directores), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales*, El consultor, Madrid, 2005, pps. 147 a 182, página 152.

¹⁵⁹⁴ Ley Orgánica, 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹⁵⁹⁵ En palabras de MAGÁN MORALES y MORENO MOLINA, lo que la Ley de 1998 pretendía no era sino “una de las conquistas más laboriosas de la historia del derecho Administrativo español”, como lo era la atribución exclusiva de las reclamaciones de responsabilidad civil a la Sala Tercera, siempre que hubiese un agente público. MAGÁN PERALES, Jose María y MORENO MOLINA, José Antonio, “La eterna discusión: jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la administración: jurisdicción contenciosa vs. Civil, ¿un problema sin resolver?” en MAGÁN PERALES, Jose María y MORENO MOLINA, José Antonio (Directores), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales* ... *op. cit.*, página 3.

¹⁵⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2007, Sala Primera, recurso 3173/2000, ponente Almagro Nosete. En la misma línea destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 (Sala Primera, recurso 2636/2000, ponente Seijas Quintana).

¹⁵⁹⁷ Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 20 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones y del procedimiento administrativo común.

¹⁵⁹⁸ Dada la situación, fue necesaria una nueva reforma, que fue precisamente la del año 1998, cuya pretensión fue la de “dejar zanjado para siempre y de una vez por todas el problema de la dualidad jurisdiccional y la sumisión de la jurisdicción civil a perder el enjuiciamiento de dicha materia”. MAGÁN PERALES, Jose María y MORENO MOLINA, José Antonio, “La eterna discusión: jurisdicción competente en

pesar de la claridad y firmeza de la legislación mencionada, se requirió de una nueva ley, no tanto con carácter definitorio, sino más bien concluyente: la Ley 19/2003¹⁵⁹⁹. En esta nueva regulación se fijó, de forma exclusiva y excluyente, la atribución de la competencia al orden jurisdiccional Contencioso – Administrativo, del conocimiento de todas las acciones de responsabilidad patrimonial en las que, individual o conjuntamente, la Administración se viese inmiscuida.

6. Todo este despliegue legal y jurisprudencial es prueba inequívoca de la gravedad de la situación, ya que no se trataba de una simple pugna entre dos Salas, sino que de ello derivaban toda una serie de problemas que tenían en vilo, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia: la peregrinación jurisdiccional, que sumía en una indeterminación crónica a los litigantes y la inexistencia de una doctrina jurisprudencial regular, como consecuencia de los distintos criterios de cada Sala, en supuestos idénticos¹⁶⁰⁰.

7. El Tribunal Supremo, al observar que ni siquiera un cambio normativo triple había logrado apaciguar las dudas, decidió reunirse en una Sala de conflicto con fecha de 17 de diciembre de 2001 (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007¹⁶⁰¹). En ésta se estableció que cualquier particular que fuese codemandado junto con la Administración, debería ser juzgado ante la Sala Tercera, así como cuando dicha acción judicial se entablase de manera conjunta con una aseguradora. Esta Sala de conflicto fue un hito clave a fin de asentar la jurisprudencia que hoy día conocemos

Sin embargo, para no cerrar la puerta a la Sala Primera, se acordó también, tal y como se colige de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2007¹⁶⁰²,

materia de responsabilidad patrimonial de la administración: jurisdicción contenciosa vs. Civil, ¿un problema sin resolver?” en MAGÁN PERALES, Jose María y MORENO MOLINA, José Antonio (Directores), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales ... op. cit.*, página 4.

¹⁵⁹⁹ Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁶⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2001, Sala Primera, recurso 569/1997, ponente Peces Morate. Un ejemplo inequívoco de ello, y en absoluto aislado, es el de la sentencia de 12 de septiembre de 2007 (Sala Primera, recurso 3360/2000, ponente Seijas Quintana; resolución también analizada desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad, la omisión de medios y las deficiencias asistenciales, en los capítulos correspondientes), por la cual un litigio cuyo enjuiciamiento comenzó en el año 1995, esto es, con carácter posterior a la entrada en vigor de la normativa del año 1992, fue enjuiciado en la Sala Primera, a pesar de que el caso se había dado en la sanidad pública. La sentencia en concreto señala, que a pesar de que debería dirimirse en la jurisdicción contenciosa, al haberse iniciado conjuntamente una acción contra el centro sanitario y el médico, se aplicó la *vis attractiva* del ámbito civil, precisamente a fin de evitar el peregrinaje antes mencionado.

¹⁶⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007, Sala Primera, recurso 2049/2000, ponente Xiol Ríos.

¹⁶⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2007, Sala Primera, 4953/2000, ponente Xiol Ríos.

una opción por la cual, el demandante puede reunir en una misma acción aquella que se dirige contra la Administración y la aseguradora, o separar esta última. En este segundo caso serían dos las demandas, una ante el ámbito Contencioso (aquella que se pretende contra la Administración), y la que se dirige ante la Sala Primera (aseguradora).

Esta posibilidad de dividir el litigio se justifica, de acuerdo con lo afirmado por DE ÁNGEL YÁGÜEZ, porque la demanda contra la aseguradora es una acción directa, y como tal autónoma, distinta de la otra, que se dirige contra el causante del daño¹⁶⁰³. Por su parte MAGÁN PERALES y MORENO MOLINA, acudiendo al auto del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 ya mencionado, señalan que dicha partición tiene su razón de ser en el hecho de que no se contempló la unidad jurisdiccional, como consecuencia de una laguna legal en la Ley de Contrato de seguro¹⁶⁰⁴.

8. A pesar de que la muestra jurisprudencial es relativamente reciente y acotada a una década, lo cierto es que recoge una de las etapas competenciales de mayor incertidumbre.

¹⁶⁰³ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración pública: Jurisdicción competente (contraste - ¿o coincidencia? – entre “conceptos” e “intereses”)?”, en *Diario La Ley*, nº 5574, 2002, pps. 1941 a 1957. Opinión compartida por GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 26.

¹⁶⁰⁴ MAGÁN PERALES, Jose María y MORENO MOLINA, José Antonio, “La eterna discusión: jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la administración: jurisdicción contenciosa vs. Civil, ¿un problema sin resolver?” en MAGÁN PERALES, Jose María y MORENO MOLINA, José Antonio (Directores), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales... op. cit.*, página 4. FERNÁNDEZ COSTALES resume la cuestión competencial de Sala Primera al aseverar “Además de los supuestos indicados la responsabilidad civil sanitario conforme a la normativa civil, será únicamente exigida en la jurisdicción civil en el supuesto del ejercicio de la sanidad privada y en el caso de reserva de acciones civiles cuando se inicie un proceso de responsabilidad penal del personal al servicio de la Administración, ya que si no se efectúa dicha reserva la responsabilidad civil se exigirá ante la jurisdicción penal conforme al art. 121 del Código Penal”. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, “En torno a la responsabilidad médica y a la responsabilidad patrimonial por daños causados al paciente”, en DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Coordinadores), *Estudios de Responsabilidad Civil*, Dykinson, Madrid, 2001, pps. 121 a 133, página 127.

VI. EL INICIO DEL CÓMPUTO DEL DIES A QUO PARA LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA.

1. Desde la primera aproximación del Derecho a la Medicina se han sucedido toda una serie de dificultades. Por supuesto, el plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, así como el inicio del cómputo para el *dies a quo*, que establecerá el fin del mismo, son algunos de esos supuestos sobre los que aún, tanto la jurisprudencia como la doctrina, vierten ríos de tinta en un mar de confusiones¹⁶⁰⁵.

Aclarada la cuestión relativa a la jurisdicción competente, huelga decir que la naturaleza de la controversia será determinante en lo que al plazo se refiere. Por todos es conocido el amplio lapso de la jurisdicción civil (15 años), frente al siempre exiguo año del orden contencioso. Esta cuestión no se dirime aquí, ya que es precisamente en este punto en el que nos sumergimos en constantes debates doctrinales sobre cuándo debe iniciarse el cómputo de los antes mentados plazos: en el alta hospitalaria, el diagnóstico o la estabilización de las lesiones. Si a esta cuestión le añadimos como factor condicional, las diferentes circunstancias clínicas que pueden llegar a darse, la dificultad es evidente.

De las líneas anteriores se desprende que existen supuestos especiales en relación al régimen general de cómputo del *dies a quo*. No obstante, y dado que se trata de pequeños detalles, no deben alejarnos de la regla general; la cual será de aplicación en la práctica totalidad de los supuestos.

2. La primera cuestión a responder es cuándo empieza la prescripción de la acción. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008¹⁶⁰⁶ es clarificadora cuando apunta que el *dies a quo* comienza con el principio conocido como “*actio nata*”, por la cual se inicia el cómputo del plazo para el ejercicio de la demanda.

¹⁶⁰⁵ No obstante, CASTILLO CALVÍN considera que el tema de la *actio nata* conforma una doctrina “reiterada y pacífica”, por la cual afirma, que ni el alta, ni el diagnóstico, salvo excepciones, conforman presupuestos suficientes para iniciar el cómputo del *dies a quo*. CASTILLO CALVÍN, José Miguel, “Repertorio de consideraciones sobre responsabilidad civil médica y hospitalaria”, en *Diario La Ley*, nº 2, 2001, pps. 1 a 11; concretamente en página 3.

¹⁶⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008, Sala Primera, recurso 360/2007, ponente Robles Fernández.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007¹⁶⁰⁷ señala que este cauce procesal sólo se debe iniciar cuando la situación clínica del paciente se encuentre normalizada¹⁶⁰⁸. Esta idea se confirma con las afirmaciones de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2002¹⁶⁰⁹, en las que se muestra inequívocamente, que ni el alta hospitalaria, ni el diagnóstico, son presupuestos suficientes a los efectos de considerar la lesión estabilizada¹⁶¹⁰.

¹⁶⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007, Sala Primera, recurso 1733/2000, ponente Seijas Quintana. Resolución también analizada desde el punto de vista del error de diagnóstico, en el capítulo correspondiente.

¹⁶⁰⁸ Concretamente afirma respecto del supuesto concreto, que cuando el demandante inició su acción, se hizo en un momento poco correcto, porque sus padecimientos psíquicos no se habían estabilizado aún.

¹⁶⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2002, Sala Primera, recurso 109/1997, ponente Sierra Gil de la Cuesta. Controversia también analizada desde el punto de vista de las deficiencias asistenciales, en el capítulo correspondiente.

¹⁶¹⁰ En este litigio concreto el *dies a quo* se inició cuando el paciente fue evaluado por el organismo oficial de incapacidad laboral, y fue precisamente en este momento en el que se comenzó el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción. En esta misma línea, respecto del comienzo de la prescripción, señala GALLARDO CASTILLO “En síntesis, para que se inicie el indicado plazo de prescripción es preciso que se conozca la trascendencia e importancia de los daños que puedan ser objeto de reclamación. Y así, cuando del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible. Ahora bien, este quebranto en la salud puede producirse en un momento determinado y tener carácter permanente e inalterado, o, por el contrario, puede ser continuado, manifestándose día a día. En el primer caso, el período de prescripción se inicia cuando acaece el evento, pues en ese instante cabe evaluar los daños, mientras que en el segundo, al no poder mediarse *ab initio* las consecuencias para la salud, hay que esperar a conocer su identidad o, como dice el citado precepto legal, el <<alcance de las secuelas>>”. GALLARDO CASTILLO, María Jesús, “Acción y procedimiento de responsabilidad”, en GALLARDO CASTILLO, María Jesús y CRUZ BLANCA, María José, (Directores), *La responsabilidad jurídico – sanitaria ... op. cit.*, pps. 495 a 535, páginas 507 y 508. Conviene matizar además, tal y como establece la sentencia de 14 de mayo de 2004 (Sala Tercera, recurso 2480/2000, ponente Vares García), que la degeneración de la patología diagnosticada y estabilizada no es progresión, sino evolución, por lo que no vuelve a iniciarse el cómputo del plazo de *dies a quo*. Línea doctrinal seguida por las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2010 (Sala Primera, recurso 1067/2006, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2010 (Sala Tercera, recurso 126/2006, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2010 (Sala Tercera, recurso 2971/2008, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 3137/2008, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2010 (Sala Primera, recurso 1891/2006, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2010 (Sala Tercera, recurso 4021/2006, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2011 (Sala Primera, recurso 1331/2007, ponente Seijas Quintana), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2011 (Sala Tercera, recurso 5607/2006, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 4586/2009, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2011 (Sala Tercera, recurso 4905/2007, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2011 (Sala Tercera, recurso 4816/2009, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 4829/2009, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 4647/2009, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 2599/2007, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2012 (Sala Tercera, recurso 608/2010, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 6289/2010, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 (Sala Tercera, recurso 5921/2010, ponente Lecumberri Martí) y sentencia del Tribunal Supremo 29 de mayo de 2012 (Sala Tercera, recurso 4952/2010, ponente Lecumberri Martí).

Un buen ejemplo de esta premisa es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2000¹⁶¹¹, en la que el tema objeto de debate es una infección hospitalaria (una discitis, concretamente), cuya estabilización no se dio con el diagnóstico, ni mucho menos con el alta hospitalaria; porque ésta permaneció en la columna de la paciente durante un largo periodo de tiempo. Parece lógico pensar que el momento idóneo para iniciar el cómputo del *dies a quo*, no sea otro que aquel en el que la infección cese y se pueda definir el alcance de las secuelas. Todo ello porque, tal y como apunta el Alto Tribunal en la sentencia de 18 de enero de 2008¹⁶¹², por desgracia existen muchas y diversas enfermedades para las que no existe una cura, por lo que éstas provocan un daño irreversible en la salud del paciente¹⁶¹³.

¹⁶¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2000, Sala Primera, recurso 3314/1995, ponente Marín Castán. Resolución también analizada desde el punto de vista de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente.

¹⁶¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2008, Sala Tercera, recurso 4224/2002, ponente Sieira Míguez.

¹⁶¹³ GUERRERO ZAPLANA describe el problema de manera clarificadora, cuando afirma que fijar en el tiempo la *actio nata* en los supuestos de responsabilidad sanitaria no es una tarea sencilla, ya que rara vez coincide con la fecha de alta médica o la diagnosis, por lo que es necesario acudir a la estabilización de las secuelas; algo cuanto menos complejo, al ser la ciencia médica inexacta por naturaleza. GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria ... op. cit.*, página 83. Opinión compartida por YZQUIERDO TOLSADA, que señala de manera inequívoca que ni la fecha de alta, ni de diagnóstico tienen la entidad suficiente como para ser las únicas de referencia, de no haberse estabilizado las lesiones. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Comentario a la sentencia de 31 de enero de 1990”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 22, 1990, pps. 279 a 290; concretamente en página 288. Idéntica línea es la que presenta PLAZA PENADÉS, cuando respecto del *dies a quo* asevera “El Tribunal Supremo, Sala Primera, ha venido entendiendo, en reiterada y pacífica doctrina, que en los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejoría mediante el oportuno tratamiento continuado de las mismas, el cómputo del plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha de causación de las lesiones o dolencias (fecha de la intervención médica) o desde la fecha del informe de sanidad o de alta, en el que se consignen o expresen las referidas secuelas (fecha del conocimiento inicial de la enfermedad), sino que ha de esperarse a conocer el alcance o efecto definitivo de éstas (fecha del conocimiento real, y en toda su extensión, de la enfermedad)”. PLAZA PENADÉS, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria ... op. cit.*, página 75. Si bien REGLERO CAMPOS considera que el momento idóneo a fin de iniciar el cómputo de *dies a quo* es la fecha del alta por su objetividad, también entiende que su valor es limitado, dado que las lesiones son muchas y muy variadas. No obstante, considera innecesario aguardar a la valoración de las Unidades del Insalud competentes, ya que se trata de dos acciones diferentes y compatibles entre sí. REGLERO CAMPOS, Luis Fernández, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coordinador) ... *op. cit.*, páginas 542 y 543. Una idea muy similar mantiene O’CALLAGHAN MUÑOZ, cuando dice que si bien uno de los momentos clave para el cómputo del *dies a quo* puede ser precisamente el alta, ello no implica que sea el único. O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica” ... *op. cit.*; concretamente en página 27. GALLARDO CASTILLO nos acerca una interesante contraposición entre curación y secuela, por la cual si hay curación es ésta el inicio del cómputo, y si hay lesiones, lo es su estabilización; pero ambas son incompatibles entre sí. GALLARDO CASTILLO, María Jesús, “Acción y procedimiento de responsabilidad”, en GALLARDO CASTILLO, María Jesús y CRUZ BLANCA (Directores), María José, *La responsabilidad jurídico – sanitaria ... op. cit.*, página 509.

3. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 15 septiembre de 2008¹⁶¹⁴ puede ser definitiva, dado que la doctrina que emana de la misma es muy completa. Según esta controversia existen dos tipos de lesiones, aquellas que logran la sanación y aquellas de las que restan lesiones. En este último grupo hay otra subdivisión: la de las consecuencias estáticas o continuadas (esto es, daño continuado)¹⁶¹⁵.

En el primero de los grupos, el plazo comienza cuando las lesiones se afianzan, hecho que generalmente suele coincidir con el momento mismo en el que se produce la secuela (por ejemplo, una cicatriz). Esto no ocurre en la segunda agrupación, donde el alcance de las dolencias no puede especificarse *ab initio* y es necesaria la estabilización de las mismas, a los efectos de fijar la antes mentada *actio nata*. A fin de cerrar esta idea conviene hacer una matización que efectúa la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007¹⁶¹⁶, por la cual un tratamiento continuado no es sinónimo de daño continuado. Esta resolución señala precisamente a este respecto, y de forma muy brillante, una argumentación que no da lugar a dudas de las diferencias entre terapia continuada y menoscabo continuado “El día a quo para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal ha de ser aquél en que se conozcan

¹⁶¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2008, Sala Tercera, recurso 238/2007, ponente Huelín Martínez de Velasco.

¹⁶¹⁵ GALLARDO CASTILLO define la problemática que gira en torno a los daños continuados de la siguiente manera “En el caso de los daños continuados, el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción es la fecha en que cesa la causa que produce el daño, puesto que hasta entonces no es posible evaluar las consecuencias económicas objeto de la pretensión indemnizatoria, por lo que el plazo de prescripción no empezará a computarse sino desde que <<se alcanza el conocimiento de modo cierto que los quebrantos definitivamente ocasionados>>, lo que, desde luego, no significa que deban soportarse estoicamente los daños hasta su finalización, ya que se puede antes solicitar la indemnización por los daños producidos hasta la fecha, sin que ello no suponga tampoco la renuncia a reclamar los que se originen en los sucesivos”. GALLARDO CASTILLO, María Jesús, “Acción y procedimiento de responsabilidad”, en GALLARDO CASTILLO, María Jesús y CRUZ BLANCA, María José (Directores), *La responsabilidad jurídico – sanitaria ... op. cit.*, página 511. CASAS nos acerca esta distinción de una forma muy clara cuando apunta “En derecho sanitario deberemos puntualizar la distinción entre daños permanentes y los continuos. En el primer caso aquellos cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción de un hecho, por ejemplo la pérdida de un brazo, un ojo, etc., el día inicial del cómputo es aquel en que el daño se produjo. Por el contrario, los daños continuos, donde se incluyen los contagios por transfusión de sangre, es decir aquéllos donde el daño se produce de manera continua y sin solución de continuidad, el plazo se computa desde el día en que cesan los efectos”. CASAS, Verónica Ester, “La responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria”, en AA. VV (Coordinadores), *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria ... op. cit.*, página 141. En esta misma línea se pronuncian las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2010 (Sala Tercera, recurso 1784/2008, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2010 (Sala Tercera, recurso 1483/2006, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2011 (Sala Tercera, recurso 1638/2009, ponente Menéndez Pérez) y sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 7011/2009, ponente Martí García).

¹⁶¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 5536/2003, ponente Puente Prieto.

definitivamente los efectos del quebranto o aquél en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas, y una vez establecido dicho alcance definitivo de la enfermedad y sus lesiones, los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud del paciente o la progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad consisten”¹⁶¹⁷.

Por tanto, una vez que la afección se muestra estable, el hecho de que se requiera de un tratamiento de mantenimiento, no es sinónimo de que la consolidación nunca

¹⁶¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 ... *op. cit.* Por motivo de exhaustividad, se procederá a enumerar todas las resoluciones de la última década con fundamentación similar a la ahora mencionada. Así en la Sala Primera tenemos las siguientes: sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2000 (Sala Primera, recurso 1562/1996, Martínez – Calcerrada Gómez), sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2007 (Sala Primera, recurso 2322/2000, ponente Salas Carceller), sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2009 (Sala Primera, recurso 2024/2002, ponente Xiol Ríos), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2009 (recurso 328/2005, ponente Sierra Gil de la Cuesta) y sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2009 (Sala Primera, recurso 2745/2004, ponente Seijas Quintana). Habiendo en la Sala tercera, las siguientes controversias: sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001 (Sala Tercera, recurso 5190/2000, ponente Mateos García), sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001 (Sala Tercera, recurso 6092/1997, ponente Mateos García), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2001 (Sala Tercera, recurso 9995/1997, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2001 (Sala Tercera, recurso 10307/1997, ponente Álvarez – Cienfuegos Suárez), sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2002 (Sala Tercera, recurso 8212/1997, ponente Álvarez – Cienfuegos Suarez), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2002 (Sala Tercera, recurso 925/1998, ponente Sieira Míguez), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2003 (Sala Tercera, recurso 9382/1998, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003 (Sala Tercera, recurso 9783/1998, ponente Sieira Míguez), sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2003 (Sala Tercera, recurso 10509/1998, ponente Sieira Míguez), sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2004 (Sala Tercera, recurso 8782/1999, ponente González Navarro; resolución también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente), sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2004 (Sala Tercera, recurso 3560/1999, ponente González Navarro; resolución también analizada desde la perspectiva de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2004 (Sala Tercera, recurso 8634/1999, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2004 (Sala Tercera, recurso 76/2003, ponente Enrique Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2004 (Sala Tercera, recurso 2460/2000, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004 (Sala Tercera, recurso 5353/2000, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2005 (Sala Tercera, recurso 1258/2001, ponente Robles Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006 (Sala Tercera, recurso 8425/1999, ponente Herrero Pina), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2006 (Sala Tercera, recurso 6458/2001, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2006 (Sala Tercera, recurso 3404/2002, ponente Herrero Pina; resolución también analizada desde la perspectiva del error de diagnóstico y el derecho de información, en los capítulos correspondientes), sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2006 (Sala Tercera, recurso 4230/2002, ponente Puente Prieto), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2007 (Sala Tercera, recurso 7150/2002, ponente Robles Fernández; resolución también analizada desde el punto de vista de la omisión de medios, en el capítulo correspondiente), sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2007 (Sala Tercera, recurso 2908/2003, ponente Robles Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007 (Sala Tercera, recurso 3743/2004, ponente Robles Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2008 (Sala Tercera, recurso 6961/2004, ponente Huelín Martínez de Velasco), sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 (Sala Tercera, recurso 1859/2005, ponente Herrero Pina) y sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2009 (Sala Tercera, recurso 114/2008, ponente Lecumberri Marti).

vaya a darse, sino todo lo contrario. Obviamente, ésta se ha producido en el momento en el que se ha podido instaurar una terapia definitiva¹⁶¹⁸.

Distinto es el caso que nos presenta la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007¹⁶¹⁹, por la cual se considera daño continuado una paraplejía, por el simple hecho de que las lesiones no se habían estabilizado, a pesar de que se había iniciado la rehabilitación. El ejemplo es distinto, ya que la paciente estaba recibiendo tratamiento (rehabilitación), pero dada la complejidad de su afección medular, estas sesiones de recuperación servían para seguir hallando nuevas limitaciones o mejoras, de lo que parece poder inferirse que las secuelas no se encontraban definidas.

4. Ahora bien, lo señalado hasta el momento no debe entenderse como una exclusión del diagnóstico o alta hospitalaria como inicio del cómputo del *dies a quo*. Este criterio es válido en casos en los que el perjuicio no va a sufrir modificación alguna y las consecuencias no van a evolucionar. Existen ejemplos claros como el de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001¹⁶²⁰, en la que el daño que restó al paciente fue una cicatriz en el cuero cabelludo tras un implante capilar. Ésta no iba a sufrir modificación alguna desde el alta hospitalaria, por lo que carecía de sentido aguardar a la estabilización de una dolencia definitiva. Otro ejemplo de inicio inmediato del *dies a quo*, es un supuesto clásico como el que viene recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2008¹⁶²¹, en la que el plazo comienza tras un juicio

¹⁶¹⁸ Así lo apunta REGLERO CAMPOS cuando a este respecto afirma “Debe señalarse, con carácter previo, que a los efectos de que pueda hablarse de daños continuados es necesario que el perjudicado los esté efectivamente sufriendo, pues no puede considerarse que hay actividad dañosa continuada cuando aun prolongándose en el tiempo, el que resultaba perjudicado por ello dejó de serlo en un momento determinado. Es precisamente a partir de este momento cuando comienza el cómputo del plazo de prescripción aunque, como queda dicho, la actividad dañosa continúe, pues que no habiendo perjudicado, no puede hablarse de perjuicio”. REGLERO CAMPOS, Luis Fernández, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil* ... *op. cit.*, página 548.

¹⁶¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007, Sala Tercera, recurso 4581/2003, ponente Robles Fernández. Resolución también analizada desde el punto de vista del daño desproporcionado, en el capítulo correspondiente.

¹⁶²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001, Sala Primera, recurso 1306/1996, ponente Marín Castán.

¹⁶²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2008, Sala Tercera, recurso 5763/2004, ponente Robles Fernández. ALONSO PÉREZ confirma esta hipótesis, al comentar una sentencia civil que con carácter previo fue dirimida en el ámbito penal, en la que el plazo de prescripción para iniciar el segundo procedimiento comenzó a contarse precisamente, desde que la parte demandante tuvo conocimiento de la resolución. ALONSO PÉREZ, María Teresa, “Responsabilidad civil derivada de una actuación médica arbitraria en el seno de una relación trilateral (a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995)”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, nº 1, 1997, pps. 919 a 946; concretamente en página 930. A lo que conviene añadir, que tal y como se desprende de la sentencia de 3 de noviembre de 2009 (Sala Tercera, recurso 2000/2005, ponente Picazo Giménez), aun sin la certeza de todas las circunstancias de la causa del fallecimiento, si se considera que existen datos

penal, cuya prescripción se inició tras la autopsia que certificó el motivo de fallecimiento del paciente.

5. Al inicio de este apartado se adelanto, que además de estas líneas generales, existen supuestos específicos que requieren de una regulación especial, por sus circunstancias; estos casos son los de contagios de Sida y Hepatitis C, y los de *wrongful conception*.

En lo que a las inoculaciones de VHC y VIH respecta, huelga señalar que ni el momento de la transmisión, ni el del diagnóstico pueden ser el comienzo de este lapso temporal para el ejercicio de la acción. El motivo parece claro, ya que tal y como la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2008¹⁶²² apunta, se trata de patologías en las que es necesaria una consolidación de las afecciones, a fin de poder iniciarse su enjuiciamiento, más si cabe si tenemos presente que se trataría de lesiones de las calificadas como “continuadas” (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007)¹⁶²³.

El escenario es distinto cuando el menoscabo se da en una esfera diferente, como lo es la Medicina satisfactiva, y el caso concreto de los *wrongful conception*. La

suficientes para la *actio nata*, cuando se tiene una idea bastante aproximada, un informe preliminar de una autopsia es suficiente.

¹⁶²² Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2008, Sala Primera, recurso 2127/2003, ponente Seijas Quintana.

¹⁶²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 5536/2003, ponente Puente Prieto. El debate en los contagios de Hepatitis C y Sida se dirime en torno a si la prescripción debe iniciarse con el diagnóstico o bien con la estabilización de las secuelas. Aunque GUERRERO ZAPLANA considera que ésta última postura es la más correcta, también apunta un problema en la misma, ya que las consecuencias de este tipo de afecciones rara vez se estabilizan. Esto dificulta mucho la fijación del cómputo del *dies a quo*, algo que lleva aparejada una importante inseguridad jurídica. Ello ha comportado que *de facto*, el inicio de la prescripción se acabe dilatando hasta varios años más tarde de la fecha del diagnóstico, sin que realmente se tome ninguna medida al respecto. GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria ... op. cit.*, página 83. En aras de un análisis exhaustivo, procede citar el resto de resoluciones, que versando sobre esta misma temática de Hepatitis C y Sida, analizan esta misma cuestión: sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2000 (Sala Tercera, recurso 2892/2000, ponente Sieira Míguez), sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000 (Sala Tercera, recurso 8549/1999, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2001 (Sala Tercera, recurso 8237/1997, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2001 (Sala Tercera, recurso 7126/1997, ponente Sieira Míguez), sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2003 (Sala Tercera, recurso 7208/1998, ponente Sieira Míguez), sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2003 (Sala Tercera, recurso 7926/1998, ponente Peces Morate), sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2003 (Sala Tercera, recurso 163/1999, ponente Sieira Míguez), sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004 (Sala Tercera, recurso 2191/2000, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004 (Sala Tercera, recurso 7798/1999, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2004 (Sala Tercera, recurso 6261/2000, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2004 (Sala Tercera, recurso 6954/2000, ponente González Navarro), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2004 (Sala Tercera, recurso 6811/2000, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005 (Sala Tercera, recurso 7191/2000, ponente Lecumberri Marti) y sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2005 (Sala Tercera, recurso 468/2004, ponente Martínez – Vares García).

sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2005¹⁶²⁴ afirma que la prescripción no se inicia con el embarazo, esto es, su conocimiento; sino con el parto, o en su defecto el aborto, idea en la que se reafirma la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005¹⁶²⁵.

6. Concluimos que en lo que al cómputo del *dies a quo* se refiere, ni el diagnóstico, ni el alta hospitalaria son el principal punto de referencia, a pesar de su objetividad, porque rara vez coinciden con la sanación del paciente; lo cual no obsta para que supuestos concretos admitan esta fórmula. La opción más habitual, pero también insegura, es la de la estabilización de las lesiones, que dependerá de las circunstancias del enfermo y de la naturaleza de la secuela.

¹⁶²⁴ Sentencia de 8 de febrero de 2005, Sala Primera, recurso 3760/1998, ponente Ruiz de la Cuesta Cascajares. Resolución también analizada desde el punto de vista de la Medicina satisfactiva, en el capítulo correspondiente.

¹⁶²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2005, Sala Tercera, recurso 145/2004, ponente Lecumberri Marti. Controversia también estudiada desde la perspectiva de la Medicina satisfactiva, en el capítulo correspondiente.

VII. ERROR DE DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO, DAÑO POR TRATAMIENTO Y OMISIÓN DE MEDIOS.

Aunque estas nociones puedan parecer dispares entre sí, lo cierto es que tanto doctrinal como jurisprudencialmente, guardan muchos puntos en común, y es precisamente por ello por lo que se optó en su momento por un examen conjunto de las mismas.

1. Comenzando con el error de diagnóstico, partimos de la idea de que existen dos tipos de fallos, el excusable y el inexcusable. De esta afirmación se desprende que algunos equívocos en la diagnosis son inevitables, por lo que no dan lugar a responsabilidad, mientras que otros por el contrario, deberán ser indemnizados. Por defecto todo error de diagnóstico es excusable, por la naturaleza misma de la obligación médica. Ésta es de medios y no de resultado, y de ello deriva que el facultativo no esté obligado a curar a su paciente, sino a intentar sanar o mejorar su estado; y sólo si yerra en su cometido por no llegar al mínimo exigible (culpa o dolo), su actitud podrá ser reprochada¹⁶²⁶.

Esta regla por la que los errores de diagnóstico, como norma general, son excusables, se fundamenta en que lo contrario significaría una presunción constante de negligencia en todos los actos médicos, que supondría la pérdida del sosiego necesario que todo profesional de la Medicina requiere, a los efectos de desarrollar su actividad diagnóstica. La diagnosis es una actuación completamente subjetiva en la que, salvo algunas pruebas, la gran mayoría de las deducciones se basan en hipótesis y en las palabras del paciente, generalmente profano en esta ciencia¹⁶²⁷.

¹⁶²⁶ Opinión compartida por LLAMAS POMBO cuando afirma “Así, y bajo este punto de vista, la responsabilidad solo puede proceder de una culpa, y el error no entraña responsabilidad si el médico carecía de los elementos suficientemente seguros y aparentes del diagnóstico, y no podía procurárselos, en opinión de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia”. LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico ... op. cit.*, página 67.

¹⁶²⁷ FERNÁNDEZ HIERRO no se separa de esta línea al señalar, que un diagnóstico no es una operación aritmética, por lo que cualquier profesional, actuando de buena fe y usando todos los medios, con un gran conocimiento en la materia, puede sufrir una equivocación de este tipo. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica ... op. cit.*, página 193. En esta misma línea argumentativa se muestra VÁZQUEZ BARROS, cuando respecto del reproche del error de diagnóstico asevera “El médico se mueve en plena hipótesis, en cuyo terreno esa especie de sexto sentido que es el “ojo clínico” le es más útil, que los demás profundos saberes científicos. Ya puede ser sabido y experto, que cada día encontrará una nueva sorpresa ante la que desconcertarse. Casi siempre serán válidos los diagnósticos que se le presentan como posibles y acertados, y tendrá que optar por uno, ya sea porque en él parece caracterizarse más acusadamente, ya porque la parte de “adivino” que hay en todo buen médico se inclina por él. Si acierta, mostrará un gran sentido clínico y una seguridad admirable; pero si yerra, lo hará de buena fe y

De estas líneas parece que podemos concluir que en los errores de diagnóstico, la capacidad de diagnosis (como talento cognitivo) no es la protagonista, sino los medios utilizados y la actitud adoptada por el médico.

2. El error de tratamiento es similar al de diagnóstico, siendo el único elemento de diferencia una divergencia fáctica, esto es, se parte de una valoración correcta, por lo que es la terapia la cuestión litigiosa.

El régimen de reproche es idéntico al que tiene el error de diagnóstico, es decir, el desacierto es excusable como regla general, y de pretenderse lo contrario, esto deberá demostrarse. Si una vez localizada la dolencia a tratar, ello se hace con un amplio despliegue de medios, acorde a las exigencias de la *lex artis*, aun mediando un error y derivando un daño del mismo, el perjuicio no será reprochado. Como contraposición a esto, ante un diagnóstico correcto, si el tratamiento adolece de los elementos necesarios para conseguir el fin perseguido, el menoscabo será indemnizable.

3. Un escenario completamente distinto es el de los daños irrogados por tratamiento. La relación de hechos parte de que tanto el diagnóstico como la terapia son correctos, y sin embargo se provoca un perjuicio con esta última¹⁶²⁸.

Toda terapia, incluso la más simple, supone la asunción de una serie de riesgos, por ello cuando se prescribe una, es necesario elaborar una suerte de suma y resta aritmética, por la cual deben sopesarse por un lado los beneficios y por otro los peligros; a los efectos de barajar si la terapia en cuestión es asumible.

De nuevo la regla general es la de la irreprochabilidad, aunque sufre un cambio de escenario cuando los medios desplegados no son los debidos o se vulnera la *lex artis*.

contra su voluntad. Habrá cometido un error de diagnóstico, pero jamás una falta”. VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Responsabilidad civil de los médicos ... op. cit.*, página 50. Idéntica opinión muestra BLAS ORBÁN al afirmar “Por supuesto, si el error parte de equivocaciones involuntarias, a pesar de que el profesional puso toda la diligencia debida y actuó con la pericia que el caso requiere, su conducta no es legalmente reprochable, aunque el paciente, que sintió frustradas sus esperanzas ante el error cometido por el facultativo, puede vivenciar lo sucedido como el resultado de una negligencia médica. Sin duda alguna, los avances técnicos de los últimos años han permitido alcanzar una mayor esperanza de vida y una mejora en su calidad, y, como consecuencia, el ciudadano puede llegar a confundir el derecho a la salud con el derecho a la vida, olvidándose de la fragilidad de la propia naturaleza humana”. BLAS ORBÁN, Carmen, *Responsabilidad profesional del médico ... op. cit.*, página 192. FERNÁNDEZ COSTALES apunta, que en lo que al error de diagnóstico se refiere, no es tan importante el error en sí como la causa humana del mismo. Esto es, partiendo de la idea de que no se puede equiparar a un profesional en distintos entornos (rural, centro de atención privada, hospitales), el elemento de corte debe ser la diligencia en la utilización de los medios a su disposición, es decir, su despliegue. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería) ... op. cit.*, página 85.

¹⁶²⁸ LLAMAS POMBO asegura que el daño por tratamiento es una de las eventualidades dañosas más objetivas, si se parte de un diagnóstico y tratamiento correctos. Todo ello, porque su único origen posible suele derivar de una administración incorrecta o indebida, algo que es un atentado contra la *lex artis*. LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico ... op. cit.*, página 69.

4. El último de los conceptos a analizar es uno que subyace en estas tres últimas figuras: la omisión de medios. Toda actividad que quede por debajo del umbral mínimo en este sentido, será un atentado contra la *lex artis*, y como tal, entrañará un reproche.

Existe una doble vertiente, médica y hospitalaria. Esto es, el acto médico puede ser pasivo por no practicarse ciertas pruebas, no solicitarse un ingreso o no prescribirse nada; mientras que la inactividad hospitalaria, por regla general, se provoca por un déficit en los materiales, es decir, la inexistencia de medios o que su deficiente mantenimiento los haga inoperables. En todas las actuaciones sanitarias (de una y otra índole) debe exigirse un mínimo de calidad, ya que de no cumplirse estas exceptivas y derivar de ello un daño, éste podrá ser reprochado¹⁶²⁹.

¹⁶²⁹ Tal y como RODRÍGUEZ VARONA asegura, la tenencia de medios para el ejercicio de la actividad médica es una obligación del médico o del centro sanitario, como también lo es el mantenimiento de los mismos. El incumplimiento de cualquiera de estos dos requerimientos conlleva la responsabilidad de los daños que de ello deriven. RODRÍGUEZ VARONA, Marta, “Responsabilidad civil médica, hospitalaria y su aseguramiento”, en *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, vol. 4, nº 6, 1997, pps. 7 a 77; concretamente en página 20. Huelga señalar, que tal y como FERNÁNDEZ COSTALES apunta, el médico sólo será responsable de la omisión de medios cuando venga provocada por éste, al ser de su propiedad los instrumentos, si no es así, será el centro sanitario el responsable. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)...* op. cit., página 91.

VIII. EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR.

1. El caso fortuito y la fuerza mayor son dos circunstancias modificativas de la responsabilidad civil, que a pesar de tener autonomía propia, pueden adaptarse a la responsabilidad sanitaria.

Prueba inequívoca de esto último es el primero de los bloques casuísticos analizados en el capítulo correspondiente, donde en un apartado expreso se estudiaba un fenómeno remoto de los alumbramientos: la distocia de hombros. Esta eventualidad puede ser más o menos predecible en función de las circunstancias del caso, de manera que se puede prever en relación a las características propia del feto y de la madre. Evidentemente la falta de adopción de las debidas cautelas ante las señales de alarma, conforma la antítesis del caso fortuito, por aumentarse el riesgo.

Algo similar es lo que ocurre en los casos en los que la cuestión gira en torno a enfermos mentales, donde las precauciones deben extremarse al máximo, por ser precisamente su incapacidad de autocontrol su característica más llamativa; lo que significa que cualquier actuación imprevisible no pueda encuadrarse en el caso fortuito o la fuerza mayor.

2. Este análisis recordatorio se ha centrado únicamente en estos dos temáticas del capítulo en cuestión, por ser las más representativas de la relación entre el caso fortuito, la fuerza mayor y la responsabilidad sanitaria. La idea principal es que, si bien es cierto que existen muchas eventualidades prácticamente imprevisibles, que en circunstancias normales se verían exoneradas por el caso fortuito, no lo son cuando las posibilidades de que acontezcan se incrementan innecesariamente.

1. El derecho de información es una excepción a la práctica cronicidad que padecen, tanto el Derecho como la Medicina, de actuar tardíamente.

Frente a un sistema paternalista fuertemente arraigado que no había evolucionado en consonancia con la realidad, la sociedad, cada vez más exigente y autónoma, se mostraba disconforme con el rol de incapaz que el paciente ocupaba en la Medicina¹⁶³⁰. Fue precisamente en este punto en el que el Derecho reaccionó (quizás excesivamente) ante un potencial cambio social e impuso sus medidas a la Medicina, que sin embargo fueron recibidas como una injerencia a cumplir a regañadientes¹⁶³¹. El primer intento con la Ley General de Sanidad, no sólo no consiguió el resultado pretendido, sino precisamente lo contrario: el paciente no era informado, pero los formalismos legales eran satisfechos. Ante esta situación de nuevo desfase en el triángulo Derecho – Medicina – Sociedad, el Derecho enmendó su iniciativa temprana, limitando las exigencias formales. Fue precisamente en este último estadio en el que se superó el modelo paternalista y se inició la andadura hacia el de autonomía, en el que los papeles de médico y paciente son representados de manera horizontal y no vertical¹⁶³².

¹⁶³⁰ En la misma línea se pronuncia JARAMILLO J. cuando a este respecto asevera “Este deber, cómo desconocerlo, es uno de los más relevantes en la esfera de la relación médico paciente. y lo ha sido esencialmente en la pasada centuria, aun cuando en los últimos lustros ha adquirido una importancia sin par o inusitada, no sólo en el campo de la medicina, en donde ocupa un *rol* protagónico, como se evidenciará, sino en la órbita de la contratación contemporánea, sobre todo en (sic) tratándose de las relaciones de consumo, signadas por la concurrencia negocial de consumidores y profesionales, en el común de los casos establecidos con base en condiciones – o cláusulas – generales, dictadas por el predisponerte y, en general, en la responsabilidad profesional”. JARAMILLO J., Carlos Ignacio, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 218. De una opinión similar se muestra ATAZ LÓPEZ al afirmar, que un paciente no otorga una carta blanca a su médico para actuar, esto es, no se torna en un incapaz que tenga que acudir a la decisión del médico como única opción. El usuario no deja de ser persona por estar enfermo, por lo que no pierde su inteligencia, ni su moralidad, y por ello debe tener plena autonomía para decidir sobre su salud. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil ... op. cit.*, página 61.

¹⁶³¹ Opinión compartida por GUERRERO ZAPLANA “El consentimiento informado es, sin duda, ajeno a la tradición médica que lo ha venido desconociendo a lo largo de su historia hasta que, ahora, en los últimos años, viene concienciándose de su exigencia como presupuesto de una mayor calidad asistencial”. GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria ... op. cit.*, página 222.

¹⁶³² Se trata probablemente de uno de los puntos de injerencia del Derecho en la Medicina con mayor trascendencia, tal y como GARCÍA GARNICA asegura “Uno de los aspectos en los que más ha evolucionado en los últimos años la relación médico – paciente, ha sido en lo relativo al papel de la voluntad de este último. En un principio, la acentuada concepción paternalista de esta relación que imperaba, determinaba que se considerara que el facultativo debía adoptar las decisiones que estimara oportunas, siendo el paciente un mero sujeto pasivo de la asistencia sanitaria. En la actualidad, sin

ARCOS VIERA define la información como una faceta autónoma de la actividad médica, esto es, por un lado está el acto médico propiamente dicho, y por otro la información respecto de éste. A pesar de que son dos vertientes de la actividad sanitaria, éstas no pueden disociarse, ya que ambas pretenden lo mismo, la sanación del paciente¹⁶³³.

2. Existe una gran discordia sobre dónde está el límite de este Derecho. Conceptos tales como los riesgos comunes, los habituales y los propios, siguen siendo nociones sin definir del todo; salvo por pequeños atisbos de luz jurisprudencial, como es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2009, que sitúa la obligación informativa en torno al 0,4%¹⁶³⁴.

No obstante, esta última afirmación no debe llevarnos a la errónea idea de que la información es un concepto aún sin explorar. Aunque el Derecho a la información ha recorrido un camino tortuoso y con viento en contra, ha llegado a buen puerto. Sin embargo, ello no obsta para que queden aspectos sin resolver. Este concepto es probablemente uno de los terrenos más llanos en la doctrina jurídico – sanitaria, sobre el que sin embargo, se siguen enjuiciando muchos litigios, porque su materialización no es rigurosa.

embargo, se ha consolidado la salvaguarda de la autonomía de la voluntad del paciente, fundamentalmente, a partir de la toma de conciencia de que la decisión de someterse o no a un determinado acto médico supone en última instancia un acto de ejercicio de los derechos fundamentales y de la personalidad del paciente”. GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 97.

¹⁶³³ ARCOS VIERA, María Luisa, *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2007, página 16. Doctrina a su vez apoyada por SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS “Ello determina, que desde el punto de vista de la valoración jurídica de las actuaciones médicas, no sólo deba tomarse en consideración la corrección de la intervención, terapia o acto médico (su adecuación material a la *lex artis*, en cuanto a la prestación de medios y producción de resultados), sino también, que dicho acto, a más de médicamente indicado y correctamente ejecutado, se haya realizado con respeto a todos los derechos fundamentales del paciente atendiendo sobre todo a su propia toma de decisiones, a su autonomía, a su libertad”. SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, José E., “Intervención médica y consentimiento informado: algunas consideraciones sobre el deber de información al paciente”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Directores), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios ... op. cit.*, pps. 63 a 80, página 67. Su relevancia es tal, que su vulneración significa un incumplimiento de la *lex artis*, tal y como GALÁN CORTÉS afirma, aunque la inexistencia de un daño anexo a la misma implique su no reproche. GALÁN CORTÉS, Julio César, “La angiografía en la jurisprudencia civil”, en *Diario La Ley*, nº 6, 1996, pps. 1 a 13; concretamente en página 3.

¹⁶³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2009 (Sala Primera, recurso 137/2002, ponente Marín Castán; resolución también analizada desde el punto de vista del derecho de información, en el capítulo correspondiente). Para PUPPE las restricciones al deber de información no deben existir, ya que es el paciente y no el médico el que pone en riesgo su salud, por lo que éste es el principal interesado en conocer su situación y los posibles tratamientos. PUPPE, Ingeborg, “La justificación de la intervención médica curativa”, en *InDret*, nº 404, 2007, pps. 1 a 14; concretamente en página 4.

1. La Medicina satisfactiva o voluntaria es la máxima expresión de la evolución social y científica del ser humano. Una disciplina cuya función básica era el mantenimiento y restauración de la salud, es reconducida a los efectos de satisfacer las necesidades inconformistas del ser humano¹⁶³⁵.

Este cambio de escenario provocó también una situación legal atípica, que abocó en un debate jurídico todavía inacabado: el relativo a la obligación de medios y de resultados. Se inició toda una batalla legal en la que tanto doctrina como jurisprudencia se desdecían mutuamente, sin alcanzar conclusión alguna. Mientras que un grupo abogaba por la opción de que la Medicina satisfactiva seguía siendo una obligación de medios, cualificada o no, la otra permanecía en la idea de que la falta de necesidad hacía que ésta se tornase en un contrato de obra¹⁶³⁶. Las consecuencias de uno y otro régimen jurídico pudieron observarse a lo largo de varios años de jurisprudencia, no aclarándose esta cuestión hasta el año 2005 (resolución del quehóide, analizada en el capítulo correspondiente). Este litigio permitió una inflexión en la que se cimentaron los conceptos básicos de esta noción: la Medicina satisfactiva, al igual que la Medicina curativa, es una obligación de medios y salvo circunstancias excepcionales (garantía, por ejemplo), jamás podrá exigirse un resultado, sin el cual la obligación no estará satisfecha¹⁶³⁷.

¹⁶³⁵ ATAZ LÓPEZ, aunque respeta la idea del binomio de Medicina curativa y satisfactiva estima, que sin ánimo de generalizar, cabe la posibilidad de considerar que algunos supuestos que encajarían dentro de la Medicina voluntaria, podrían ser considerados curativos por su naturaleza y efectos sobre los pacientes. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil ... op. cit.*, página 113.

¹⁶³⁶ De acuerdo con lo apuntado por YZQUIERDO TOLSADA, el origen de esta división, entre otros puntos, también pudo encontrarse en el hecho de que la Medicina curativa desarrolla su labor sobre un cuerpo enfermo, mientras que la Medicina satisfactiva lo hace en un cuerpo sano, cuya capacidad de respuesta está más normalizada. Esto es, aboga este autor por considerar, que mientras que un cuerpo enfermo es impredecible, por el desconocimiento de la afección, no ocurre lo mismo en uno sano; con el factor añadido de que al tratarse de cirugía embellecedora, ésta debería ser más sencilla. Huelga señalar que ninguna de las dos opciones es especialmente acertada, en primer lugar, porque cualquier entidad biológica tiene la innata capacidad de reaccionar de manera distinta a como lo hace una semejante en similares circunstancias, y en segundo lugar, porque no es necesario que la intervención sea satisfactiva para ser menos compleja que una curativa, ya que el paso del tiempo nos ha enseñado justamente lo contrario. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Comentario a la sentencia de 31 de enero de 1990” ... *op. cit.*; concretamente en página 285.

¹⁶³⁷ Prueba inequívoca de que esta resolución marcó una inflexión en esta noción, son autores como MUNAR BERNAT, que en un texto del año 2004 fundamentaba su discurso en la idea de que cualquier actividad en Medicina satisfactiva debe ser calificada como un contrato de obra, con las consecuencias que de ello derivan. MUNAR BERNAT, Pedro A., “Daños causados por actos médicos” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 3 y 4. Igualmente se pronuncia DÍAZ ALABART, cuando a este respecto señala,

que aunque la asistencia sanitaria sea una obligación de medios como regla general, escapan a esta idea las actividades desplegadas en Medicina satisfactiva. DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario a la sentencia de 29 de octubre de 1992”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 30, 1992, pps. 971 a 984; concretamente en página 983. Esta cuestión de la obligación de medios y de resultados, no sólo fue objeto de incorrecciones en épocas como las antes mencionadas, sino que incluso en el 2004, cerca de la fecha en la que se dictó la famosa sentencia del queloide, y cuando la doctrina se encontraba bastante consolidada a este respecto, autores como RIVES SEVA son un exponente de este tipo confusiones, sobre las que tanta tinta se ha vertido. RIVES SEVA, José María, “Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil médica y sanitaria. Cuestiones de Derecho sustantivo y procesal en la materia” ... *op. cit.*; concretamente en páginas 2 y 3. Prueba inequívoca de esta problemática puede encontrarse en que autores con trabajos más recientes, como es el caso de MAGRO SERVET, sigue barajando la idea de que la Medicina satisfactiva tiene un rol de contrato de obra. MAGRO SERVET, Vicente, “Las nuevas tecnologías aplicadas a la Medicina y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad médica”, en *Diario La Ley*, nº 7873, 2012, pps. 1 a 9; concretamente en página 7. GARCÍA GARNICA es otro ejemplo, cuando en su obra GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica* ... *op. cit.*, página 36, señala precisamente lo que vienen apuntando los autores hasta ahora mencionados, que la Medicina satisfactiva es una obligación de resultados. Por su parte, y de forma contraria, RODRÍGUEZ VARONA es especialmente clarificadora cuando aboga por considerar que la obligación de medios en la responsabilidad sanitaria deriva de una obligación de eficacia, que se centra en los conocimientos técnicos del médico y los medios a los que éste necesite acudir; esto es, se trata del despliegue de todos los medios posibles para la consecución de la sanación del enfermo, por lo que no procede distinción alguna en función de la finalidad. RODRÍGUEZ VARONA, Marta, “Responsabilidad civil médica, hospitalaria y su aseguramiento”, en *Revista de Derecho de los Seguros Privados* ... *op. cit.*; concretamente en página 13. GALÁN CORTÉS acude a una postura ecléctica por la cual afirma, que si bien la Medicina satisfactiva es una obligación de medios, es cualificada o “acentuada”. Es decir, es un contrato de servicios que se acerca al de obras, pero no lo suficiente como para garantizar el resultado, sino que únicamente se exige un grado de información superior a lo habitual. GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica* ... *op. cit.*, página 181. De esta misma idea se muestra VÁZQUEZ BARROS, al calificar la obligación en Medicina satisfactiva de medios, pero intensificada en materia informativa. Esto es, el médico no sólo está compelido a desplegar todos los medios de la forma necesaria, sino también a informar sobre todas las contingencias posibles. VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Responsabilidad civil de los médicos* ... *op. cit.*, página 39. BLAS ORBÁN es especialmente clarificadora cuando apunta, que si bien es cierto que existen diferencias entre la Medicina voluntaria y la curativa, éstas carecen de entidad cuando se observa desde la órbita de la naturaleza obligatoria. BLAS ORBÁN, Carmen, *Responsabilidad profesional del médico* ... *op. cit.*, página 101. MACÍA GÓMEZ define la obligación en Medicina satisfactiva como un contrato de servicios, en el que el médico únicamente debe desplegar todas las actividades necesarias, respetando la *lex artis* y con el debido aumento del caudal informativo. Superadas estas cuestiones, si no se logra el resultado pretendido, éste no será responsable de ello. MACÍA GÓMEZ, Ramón, “La previsible evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad legal en la profesión médica”, en *Diario La Ley*, nº 6997, 2008, pps. 1 a 5; concretamente en página 2. LOBATO GÓMEZ llega a una conclusión aséptica, por la cual determina que la regla general aplicable a la Medicina satisfactiva es la de considerarla una obligación de medios, y que en supuestos excepcionales (en los que medie garantía u omisión informativa), el acto médico podrá ser considerado una obligación de resultado, pero siempre teniendo presente que se trata de casos limitados y extraordinarios. LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad médica”, en AA. VV. (Directores), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez – Picazo* (tomo II), Thomson – Civitas, Madrid, 2003, pps. 2281 a 2295, página 2293. A este respecto DE ÁNGEL YÁGÜEZ apunta, que a pesar de que la gran mayoría de los juristas abogan por considerar toda actividad médica (independientemente del campo) una obligación de medios, “el hombre de la calle” tiene una opinión distinta. Por supuesto, este autor admite la existencia de excepciones en litigios concretos en los que realmente se lleva a cabo un acto médico, que en principio debería ser de medios, pero que por las circunstancias concretas del supuesto, acaba siendo de resultado. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba* ... *op. cit.*, página 19. BADENAS CARPIO sigue una línea prácticamente idéntica, cuando asevera que la obligación que ata al médico y a su paciente es de medios, esto es, el cumplimiento de la *lex artis* implica la liberalización de la obligación. Si bien esta idea se aplica con carácter general a toda la responsabilidad sanitaria (voluntaria y asistencial), admite este autor que caben supuestos excepcionales, los cuales son limitados y acotados. BADENAS CARPIO, Juan Manuel, “La responsabilidad civil médica”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y ÁLVAREZ LATA, Natalia (Coordinadores), *Lecciones de responsabilidad civil* ... *op. cit.*, página 257. Respecto de estos casos extraordinarios, la enumeración de

GALÁN CORTÉS es especialmente convincente a este respecto “El médico, en principio, asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica, siendo, por consiguiente, deudor de una obligación de medios, por cuanto en su actividad se halla siempre presente un elemento aleatorio, en el sentido de que el resultado buscado no depende exclusivamente de su proceder, sino también de otros factores, endógenos y exógenos, ajenos a su actuación y que escapen a su control”¹⁶³⁸.

2. No obstante, los párrafos precedentes no pretenden equiparar completamente ambas vertientes de la Medicina, ya que de lo contrario esta división carecería de sentido. Al ser cualquier actividad de Medicina satisfactiva superflua, la ausencia de ese factor “necesidad” hace que la única vía de decisión del paciente /cliente sea el conocimiento, al que precisamente se llega por la vía de la información. Es esta figura, la del derecho de información, la que debe extremarse al máximo, siendo su única frontera el límite del conocimiento.

HERRERA CAMPOS es bastante exhaustiva “En determinadas especialidades médicas no cabe duda de que existe una obligación de resultado, por ejemplo, si yo voy a un médico analista para que me haga un análisis de sangre, la naturaleza jurídica de la relación entre el médico analista y yo cliente es un contrato de obra que genera una obligación de resultado, el analista está obligado, a trabajar con unas muestras específicas, a obtener unos resultados analíticos, que no sean erróneos”. HERRERA CAMPOS, Ramón, “Las condiciones de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Los daños médicos indemnizables”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Directores), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios ... op. cit.*, pps. 487 a 522, página 497. FERNÁNDEZ COSTALES apunta esta misma idea por la cual, actuaciones como los análisis clínicos, la bioquímica clínica y los radiodiagnósticos, son obligaciones de resultado; porque se trata de actuaciones mecánicas con un alto nivel tecnológico, que son un medio en sí mismas y no un fin. No obstante, este autor considera que aunque esta afirmación se encuentra aceptada, hasta el punto de considerarse una realidad, también es necesario matizarla, ya que cabe la posibilidad de que la sofisticación o dificultad de un análisis llegue hasta tal punto, que el resultado no pueda garantizarse. En estos casos, evidentemente, volveríamos a la obligación de medios. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería) ... op. cit.*, página 60. Parafraseando una sentencia de la Corte de Casación francesa de 8 de diciembre de 1987, FERNÁNDEZ HIERRO diferencia dos tipos de análisis, los específicos y los complicados, que no arrojan resultados homogéneos. Huelga señalar, que en los primeros la obligación será de resultado y en los segundos de medios. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica ... op. cit.*, página 346.

¹⁶³⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica ... op. cit.*, página 37.

XI. EL DAÑO DESPROPORCIONADO.

1. La noción del daño desproporcionado es ambigua, equiparable a una suerte de cajón de sastre, donde tienen cabida supuestos tan dispares como los que se analizaban en el capítulo correspondiente.

Todo ello ha llevado a un uso abusivo de esta idea, hasta el punto de desbordarla, porque a los ojos de los profanos en Medicina todo perjuicio derivado de una actuación médica es “desproporcionado”. Como consecuencia de lo señalado, los Tribunales y la doctrina han observado esta figura con precaución, e incluso con desconfianza, porque su utilización puede llegar a ser desmesurada.

2. Fue necesario apuntalar los cimientos y pilares básicos del concepto de daño desproporcionado, para un uso pacífico del mismo. Lo primero que hubo que desentrañar fue su naturaleza, y responder así a la pregunta de qué es realmente el daño desproporcionado. Se trata de una construcción doctrinal que pretende equilibrar la mejor posición probatoria ante un suceso llamativo o extraordinario, en relación a lo habitual. Esta circunstancia genera una presunción de negligencia, por la cual la parte afectada, que por regla general tiene severamente limitadas sus capacidades probatorias, ve sus obligaciones procesales en materia de prueba relajadas; frente a la cómoda posición que presenta el médico o ente sanitario. A los efectos de facilitar esta hercúlea tarea y equiparar la situación de las dos partes, el daño desproporcionado traslada la carga probatoria a la parte demandada, de forma que ésta debe demostrar el pleno cumplimiento de la *lex artis* en las actividades desplegadas¹⁶³⁹.

BASSOLS MUNTADA define el daño desproporcionado como aquel supuesto en el que se produce un perjuicio fuera de lo habitual en la literatura médica y como consecuencia de ello se presume un atentado contra la *lex artis*, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba. Este concepto no es sinónimo de responsabilidad

¹⁶³⁹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ da forma a una idea que ha preocupado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, como lo es la desventaja probatoria del paciente en relación al médico. Precisamente por esta cuestión se han formulado diversas vías para dar una solución a esta desigualdad procesal. Uno de los ejemplos más claros de esta búsqueda de soluciones es la idea del daño desproporcionado, una construcción doctrinal que pretende aliviar la carga probatoria del paciente, realizando la siguiente deducción, tal y como DE ÁNGEL nos acerca “Es la técnica deductiva que permite concluir que hubo negligencia en el médico *porque la experiencia común revela que en el curso ordinario de las cosas ciertos accidentes no pueden ocurrir si no es por una crasa incompetencia o falta de cuidado*”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos”, en MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luis y DE LORENZO, Ricardo (Directores), *Derecho Médico ... op. cit.*, página 107.

objetiva, porque no se prescinde del elemento culpa, sino que lo que ocurre es que ésta simplemente se presume¹⁶⁴⁰.

GALÁN CORTÉS describe esta idea como una inferencia que comienza con una consecuencia anormal tras un acto médico, desde el punto de vista científico, y que por ello genera una presunción de negligencia¹⁶⁴¹.

PLAZA PENADÉS se pronuncia en esta misma línea, al calificar el daño desproporcionado como aquella eventualidad dañosa excesiva en relación a lo habitual y que el paciente no debe soportar¹⁶⁴².

DOMÍNGUEZ LUELMO explica de manera muy gráfica el daño desproporcionado, cuyo *iter* comienza con la producción de un resultado, que por regla general no ocurre salvo que medie negligencia; esto es, el menoscabo debe ser extraordinario desde el punto de vista de la Medicina¹⁶⁴³.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ reflexiona sobre este concepto y lo califica como un modelo de prueba elíptico basado en deducciones. De forma, que si una terapia arroja un resultado anormal para la ciencia médica, se presumirá una actuación contraria a la *lex artis*, y la carga probatoria del paciente se verá aligerada¹⁶⁴⁴.

3. A pesar de todas estas cautelas, se trata de una noción riesgosa por la presunción de negligencia que la rodea. Precisamente de ahí derivan todos los recelos que se tienen respecto de esta figura, ya que un uso indiscriminado y no reglado de la misma, llevaría a presumir una falta de diligencia constante en la actividad médica como regla general, con las nefastas consecuencias que de ello derivarían¹⁶⁴⁵. Por ello,

¹⁶⁴⁰ BASSOLS MUNTADA, Nuria, “Estudio del criterio culpabilístico en la responsabilidad civil médica y hospitalaria. Examen de la doctrina actual del Tribunal Supremo Español” ...op. cit.; concretamente en página 299.

¹⁶⁴¹ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica* ... op. cit., página 211.

¹⁶⁴² PLAZA PENADÉS, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria* ... op. cit., página 65.

¹⁶⁴³ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica* ... op. cit., página 75.

¹⁶⁴⁴ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba* ... op. cit., página 71.

¹⁶⁴⁵ SÁNCHEZ GÓMEZ incide precisamente en este punto, al asegurar que el daño desproporcionado no pretende una presunción constante de culpa que pese sobre el personal sanitario, sino que se trata de una consecuencia natural de las cargas probatorias entre las partes del proceso por responsabilidad sanitaria, intentándose que aquella que tenga una mayor capacidad, haga uso de sus medios, a fin de evitar desigualdades. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, “Comentario a la sentencia de 2 de diciembre de 1996”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 43, 1997, pps. 341 a 352; concretamente en página 346. DOMÍNGUEZ y CODINA dan tanta entidad en la figura del daño desproporcionado a la traslación de la carga de la prueba, que incluso llegan a considerar este concepto como una excepción a las obligaciones de resultado (dado que en las mismas ocurre algo similar), ya que estiman que el tratamiento de las cargas es parecido, al exigírsele al médico este esfuerzo añadido. DOMÍNGUEZ, Gemma y CODINA, Dolores, “Estudio jurídico de la responsabilidad civil médica”, en *Economist & Jurist*, vol. 13, nº 94, pps. 50 a 61; concretamente en página 51.

tanto la doctrina como la jurisprudencia se afanaron en la búsqueda de una solución, que fue limitar la aplicación de este concepto únicamente a aquellos casos en los que el daño materializado tras la actividad quirúrgica o médica, fuera propiamente dicho “desproporcionado”. Esta construcción doctrinal es útil en aquellos asuntos en los que concurre un perjuicio que para la ciencia y literatura médica es extraño, impropio o imprevisible. Ante este escenario un paciente con escasos o nulos conocimientos médicos, se encuentra en la tesitura de hallar una explicación a ese menoscabo extraordinario que ha sufrido, aun no conociendo qué puede ser habitual en la actuación médica desplegada. Huelga señalar, que la postura del médico es mucho más cómoda, al saber de antemano cuáles pueden ser los derroteros usuales del acto médico en cuestión.

XII. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.

1. Tal y como ocurre con el daño desproporcionado, la pérdida de oportunidad es un concepto complejo y discutido, que a día de hoy sigue siendo fuente de conflicto. La problemática que ha girado en torno a esta noción de origen jurisprudencial es de tal magnitud, que ha sido bautizada por la doctrina como “la hermana pobre” del Derecho de daños, ya que su indeterminación la ha relegado a un segundo lugar.

2. GARCÍA HERNÁNDEZ define la pérdida de oportunidad de una forma muy gráfica y clarificadora “*Perte d’une chance*, doctrina de origen francés (pérdida de oportunidad) denuncia a los profesionales por causar un daño que podía haberse evitado con haber incluido en el acto de la ocasión de realizar algo perfectamente posible, y a su alcance, que hubiera roto la relación de causalidad y el daño, de tal forma que el acto hubiera conseguido el fin propuesto, es decir, la curación del paciente”¹⁶⁴⁶.

Al tratarse de una idea basada en hipótesis, cuyo elemento central son los hechos, la inseguridad es la tónica general en la misma. Este concepto incide en el nexo causal, esto es, genera una presunción de causalidad en torno a la oportunidad perdida. Esta eventualidad es el daño en sí mismo, lo que hace que la indemnización no pueda alcanzar el 100% del perjuicio sufrido. El resarcimiento se atempera en torno al margen de probabilidad, de ser nula o escasa, la figura no será observada, y si supera un mínimo, sobre el que todavía no hay doctrina pacífica, se indemnizará en función de las posibilidades de éxito.

3. Por supuesto, dadas la naturaleza y circunstancias propias de este concepto, es lógico pensar que sea una figura discutida, ya que al tener su base en los hechos, se incrementa la inseguridad de los casos. No obstante, existen aspectos de esta construcción doctrinal que sí son seguros: la pérdida de oportunidad es un daño en sí misma, no se trata de un criterio de facilidad probatoria, sino de una presunción causal y de negligencia; y por supuesto, el menoscabo (la oportunidad perdida) no puede indemnizarse en su totalidad, al existir una sombra de duda en torno al mismo.

¹⁶⁴⁶ GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás, *Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis ... op. cit.*, página 110.

XIII. SANGRE CONTAMINADA.

1. Las transfusiones de sangre fueron una nueva forma del ser humano de rebelarse contra su propia naturaleza imperfecta, como también lo pudo ser en su momento la Medicina satisfactiva. Pero una técnica médica desconocida y experimental como ésta, vino acompañada desde un principio por consecuencias, generalmente motivados por el desconocimiento.

Unas dolencias ignoradas sembraron el pánico en la década de los ochenta, la Hepatitis C y el Sida, llegando incluso a ser bautizadas como “la peste del siglo XX”. La problemática comenzó cuando los afectados por estas enfermedades, que habían sido contagiados con una técnica supuestamente inocua (la transfusión), pretendían ser resarcidos por el daño sufrido.

2. A fin de dar respuesta a esta nueva situación, se crearon tres escenarios diametralmente diferentes entre sí.

El primero y más claro es el de aquellos contagios producidos antes de conocerse las patologías y las formas de infección. El segundo de los estadios, y también objeto de múltiples disputas doctrinales, es el que recibe el nombre de periodo ventana y se sitúa en el marco en el que una vez descubiertos los primeros métodos de detección, éstos no eran del todo certeros, de forma que las transmisiones se seguían produciendo. El tercero y último de los periodos es el de aquellas contaminaciones que se dieron tras la instauración de los reactivos.

Huelga decir que las consecuencias de que una inoculación se diese en una u otra etapa, son muy dispares. En el primero de los casos, la regla general fue la de no indemnizar aquellos contagios provocados con carácter previo al conocimiento de la dolencia, sus vías de infección o sus métodos de detección; con motivo de los riesgos del desarrollo.

La situación es distinta cuando se conoce la afección y sus formas de transmisión, pero no existen reactivos, porque se exige un mayor grado de prudencia. Para ello se establecieron una serie de reglas que intentaban limitar el número de transmisiones: en primer lugar se acudió a la idea genérica de *lex artis*, esto es, todas las transfusiones debían de practicarse de forma acorde a la misma. En segundo lugar, esta técnica debía ser la última opción, hasta el punto de limitarse prácticamente a los casos de urgencia vital o que careciesen de alternativa terapéutica. Finalmente, el paciente

debía ser informado del riesgo que asumía. De esta forma, aquellas inoculaciones en los que todos estos elementos fuesen respetados, no comportarían reproche alguno, mientras que de vulnerarse algunas de estas pautas, el supuesto sería indemnizable.

El segundo escenario, el denominado periodo ventana (sobre todo llamativo en la Hepatitis C), es la expresión misma de las lagunas del desarrollo. Existían métodos de detección pero éstos eran insuficientes, por lo que las contaminaciones seguían produciéndose. La línea doctrinal y jurisprudencial para esta situación es idéntica a la de la anterior, el incumplimiento de los patrones básicos entrañaría un reproche, no así en caso contrario.

El tercero y último de los supuestos parte de una hipótesis de negligencia, ya que no se halla una enfermedad objetivamente localizable, por lo que el reproche se aplica por defecto, salvo excepciones puntuales. MÉJICA GARCÍA se reafirma en esta hipótesis, al aseverar, que lo que ocurre en este tipo de casos es prácticamente una responsabilidad objetiva, de forma que toda infección que quede fuera de los márgenes de los riesgos del desarrollo, deberá ser reprochada, salvo caso fortuito o fuerza mayor¹⁶⁴⁷.

3. Podría concluirse, casi con total firmeza, que la cuestión de la sangre contaminada, quizás por su temporalidad, es una de las problemáticas que con mayor seguridad jurídica cuenta.

¹⁶⁴⁷ MÉJICA GARCÍA, Juan, “Contagios transfusionales: Un repertorio de cuestiones jurídicas y criterios jurisprudenciales”, en MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luis y DE LORENZO, Ricardo (Directores), *Derecho Médico ... op. cit.*, pps. 623 a 752, página 632.

XIV. LAS INFECCIONES HOSPITALARIAS Y LAS DEFICIENCIAS ASISTENCIALES.

1. Las infecciones hospitalarias, como riesgos propios de los actos médicos, son daños colaterales de origen desconocido, con fatales consecuencias para el paciente en muchas ocasiones. La mortandad derivada de este fenómeno es de tal entidad, que puede compararse con otros motivos principales de fallecimiento en países desarrollados (como los accidentes de tráfico, por ejemplo).

El escenario que se presenta es similar al de la sangre contaminada, ya que las primeras infecciones eran desconocidas, así como sus consecuencias y formas de prevención. En esta etapa los “riesgos del desarrollo” eran la tónica general. La situación cambió cuando se tuvo conocimiento de que el motivo de tan elevada morbilidad en cirugías y actuaciones sanitarias, no era otro que la ausencia de medidas de higiene.

2. A pesar de lo señalado, los riesgos del desarrollo son el elemento protagonista de esta idea, incluso en la actualidad, algo que hace que la seguridad jurídica se resienta, ya que hay casos que son reprochados y otros que en circunstancias idénticas, no lo son. Por supuesto, la postura del paciente es casi tan desamparada como la que éste tenía en el daño desproporcionado, por lo que nuevamente tanto el juzgador como la doctrina, acudieron a un concepto que equiparase la situación de ambas partes, las deficiencias asistenciales¹⁶⁴⁸. Por esta vía se crea una ficción jurídica en la que se considera que cualquier daño tiene su origen en una actuación negligente, por lo que es el médico o centro sanitario el obligado a demostrar la plena diligencia en sus actuaciones¹⁶⁴⁹. Ante

¹⁶⁴⁸ REGLERO CAMPOS considera que el origen de la responsabilidad objetiva es anterior al maquinismo, ya que incluso los sistemas de transporte y mercancías evidenciaron que el sistema tradicional de responsabilidad civil no era suficiente para dar respuesta a situaciones concretas. REGLERO CAMPOS, Luis Fernández, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil ... op. cit.*, página 168.

¹⁶⁴⁹ GUERRERO ZAPLANA estima que el elemento nuclear que hace las veces de eje central en la responsabilidad objetiva es la imputabilidad de la Administración, que desplaza la causalidad, así como la naturaleza la actuación que daña. Esta variante de la responsabilidad civil, que ya de por sí es objeto de crítica, en el ámbito sanitario provoca verdaderos despropósitos. GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria ... op. cit.*, página 133. CASAS apunta a una idea que no conviene perder de vista en materia de responsabilidad objetiva, por la cual, si bien legislativamente debe comprenderse que absolutamente todo perjuicio, independientemente de la actitud de la Administración (normal o anormal) debe indemnizarse, la jurisprudencia ha matizado esto por la vía de la causalidad y el deber de la víctima de soportar el daño. Con esta opción el juzgador se encuentra forzado a efectuar una labor de autocontención, ya que de lo contrario la Administración se convertiría en una suerte de asegurador o Seguridad Social. CASAS, Verónica Ester, “La responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria”, en AA. VV (Coordinadores), *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria ... op. cit.*, página 214. Esta misma premisa de la autocontención es la que entiende ASUA

un perjuicio derivado de una infección hospitalaria, se presume que éste se ha debido a una negligencia en las medidas de higiene y control. La prueba de lo contrario se encuentra en el centro sanitario, debiendo éste demostrar que ha utilizado todos los medios necesarios para evitar la contaminación. De probarse este punto se consideraría,

GONZÁLEZ como la única vía a los efectos de limitar las indeterminaciones legislativas. ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad civil médica”, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil ... op. cit.*, pps. 959 a 1032, página 995. FERNÁNDEZ COSTALES también efectúa una mención somera a la idea de que, dadas las circunstancias, debe desarrollarse una labor de moderación, acudiendo a medidas añadidas “En cuanto a la responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos, existe una mayor exigencia en la valoración de la causalidad, partiendo de que se trata de un daño causado por el funcionamiento del servicio en virtud de un riesgo jurídicamente relevante en el sentido de que la actuación debe proceder de un riesgo inherente al servicio, creado por el servicio y exclusivo de su funcionamiento, pues si es provocado por un tercero o por el propio perjudicado que ocurriría cuando el riesgo de padecer el daño se encuentre en su propia situación derivado de su propio estado de salud”. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, “En torno a la responsabilidad médica y a la responsabilidad patrimonial por daños causados al paciente”, en DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Coordinadores), *Estudios de Responsabilidad Civil ... op. cit.*, página 129. CUETO PÉREZ considera no sólo que la institución de la responsabilidad objetiva (la cual no surgió de manera espontánea como consecuencia de una legislación) debe ser matizada, sino que incluso la caracteriza como un concepto que se ha visto desbordado, ya que su finalidad queda muy lejos de la loable intención de indemnizar a los perjudicados. En su lugar, se ha convertido en una suerte de seguridad social, con unos elevados costes sociales. CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria ... op. cit.*, página 226. Respecto de la responsabilidad objetiva, MIR PUIGPELAT se muestra claro y contundente: cuando ésta es invocada ante el Tribunal Supremo, el juzgador acude al concepto de la *lex artis* y tan sólo condena aquellos supuestos en los que ha sido vulnerada. Precisamente porque la *lex artis* es el parámetro básico de la responsabilidad sanitaria, por el cual su vulneración se asemeja a una mala praxis y consecuentemente, su cumplimiento a una actuación diligente. A pesar de que la letra de la ley afirma la existencia de una responsabilidad objetiva, los Tribunales entienden que cuando la *lex artis* ha sido respetada, el daño no es antijurídico y como tal la víctima debe soportarlo. MIR PUIGPELAT, Oriol, “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial objetiva y subjetiva”, en JIMÉNEZ, Salvador, MARTÍNEZ, Víctor M. y BELDA, Enrique (Coordinadores), *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria ... op. cit.*, pps. 151 a 181, páginas 154 a 156. BURZACO SAMPER llega a una conclusión similar, cuando asevera que la realidad de la responsabilidad objetiva se ha alejado de la responsabilidad sanitaria, ya que es casi inaudito observar un reproche por un “funcionamiento normal”. BURZACO SAMPER, María, “Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria y estándares generales del servicio: perspectiva jurisprudencial”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina ... op. cit.*, página 155. Lo apuntado en la cita anterior vino motivado por el hecho que GONZÁLEZ MORÁN resalta que la “avalancha” de reclamaciones acarrea un gasto económico insoportable. Es decir, el sistema legislativo obligaba al juzgador a imponer un régimen sancionador más estricto para las personas jurídico – públicas, que para las jurídico – privadas. Fue precisamente cuando llegados a este punto, la Sala Contenciosa del Tribunal Supremo comenzó a buscar un medio de canalización, ya que de lo contrario estaríamos ante una seguridad social universal y no ante un sistema compensatorio. GONZÁLEZ MORÁN, Luis, “¿Crisis de la responsabilidad objetiva de las administraciones públicas sanitarias?”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina ... op. cit.*, páginas 162 a 165. GUERRERO ZAPLANA presenta una realidad de la aplicación de la responsabilidad objetiva: un aumento desmesurado y sin precedentes de reclamaciones, no sólo en el ámbito sanitario, sino en la Administración en general; algo que supone un aumento en el número de casos y también en la cuantía solicitada. Esta situación es desbordante, ya que todo daño, independientemente de sus circunstancias, debe ser reprochado. Es necesaria una atemperación para que tan sólo los supuestos debidos sean indemnizados, ya que de lo contrario convertiríamos el sistema judicial en una suerte de seguridad social universal. Este autor considera vital una exigencia añadida, esto es, que la relación de causalidad no sea elemento suficiente, sino que además la actuación desplegada haya sido incorrecta; o sea, haya atentado contra el principio de la *lex artis*. GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria ... op. cit.*, páginas 134 y 136.

bien que la infección viene provocada por un factor exógeno, bien que ésta es inevitable¹⁶⁵⁰.

3. Equiparar la infección hospitalaria al concepto de “conjunto de deficiencias asistenciales” es sencillo, ya que la presunción es similar. Ante un daño, de lo más variado porque se trata de una noción muy amplia, en la que existen indicios de algún tipo de déficit asistencial (personal, material, etc.), se crea una suerte de presunción de deficiencia de los medios; y nuevamente es el centro sanitario el que debe demostrar lo contrario.

Se trata de una construcción doctrinal, que si bien fue fruto de la necesidad del momento, su aplicación en el ámbito sanitario supuso una injerencia, en este caso, desmesurada; a diferencia de lo que ocurría con el derecho de información. Por lo que la moderación de la jurisprudencia no ha tenido únicamente un sentido económico, sino de coherencia, dada la naturaleza de la idea objeto de análisis.

¹⁶⁵⁰ GÓMEZ CALLE trata la misma idea que se baraja en el capítulo correspondiente, esto es, la tórpida evolución que sufrió esta normativa en los Tribunales en la responsabilidad sanitaria. Esta dinámica sufrió un importante revés cuando en el año 1997 la doctrina se vio modificada por una resolución del Tribunal Supremo, que hizo olvidar los recelos hacia esta normativa y alentó su aplicación en el ámbito sanitario, pero únicamente en lo relativo a la gestión de los centros; quedando así excluida cualquier actividad desarrollada por personal sanitario, es decir, los actos médicos. GÓMEZ CALLE, Esther, “Comentario a la sentencia de 6 de mayo de 1998”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 48, 1998, pps. 1177 a 1198; concretamente en páginas 1189 a 1194. En este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO pacifica la cuestión, al apuntar que realmente la función de la Ley de Consumidores no es la de convertir en objetiva la responsabilidad sanitaria, y mucho menos garantizar la sanación a los pacientes, sino el establecimiento de un mínimo de calidad asistencial. Es precisamente en este apartado en el que puede encontrarse una responsabilidad objetiva, ya que si no llega a ese mínimo pautado, todo daño derivado de ello será objeto de reproche. BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo, “Comentario a la sentencia de 22 de julio de 1994”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 37, 1995, pps. 149 a 156; concretamente en página 155. De manera clara y concisa SEIJAS QUINTANA asegura que el régimen de responsabilidad de la Ley de Consumidores se centra únicamente en la actividad del centro sanitario, y no en la del personal médico. SEIJAS QUINTANA, José Antonio, “Responsabilidad civil médico – sanitaria: ejercicio y condicionamientos” ... *op. cit.*; concretamente en página 304.

XV. LA FIGURA DE *WRONGFUL BIRTH*.

1. El concepto de *wrongful birth* ha sido, y probablemente sigue siendo, una de las figuras más discutidas de la responsabilidad sanitaria, por las implicaciones morales que entraña; hasta el punto de que en esta ocasión parte de la doctrina considera que la injerencia del Derecho no se ha producido en la Medicina, sino en la ética. Aunque el bien jurídico objeto de debate es una vulneración informativa y una limitación de la capacidad de actuación de un paciente por la ignorancia provocada, lo cierto es que el principal problema gira en torno a la cuestión no informada: el estado de salud de un feto. Desde su origen, a mediados del siglo XX, la polémica que ha girado en torno a esta idea ha salpicado la jurisprudencia de todos los países en los que ha sido contemplada. España, por supuesto no ha sido una excepción, y desde que fue enjuiciado el primero de los casos de *wrongful birth* en 1997, los debates tanto jurídicos como morales, no han cesado.

2. DE ÁNGEL YÁGÜEZ destaca la problemática que gira en torno a la idea de *wrongful birth*, por un lado por la dificultad que el diagnóstico prenatal entraña, ya que aun con el desarrollo tecnológico más avanzado, se trata de un campo complejo; y por otro lado, está la cuestión añadida que gira en torno a la relación de causalidad, cuando se plantea la siguiente hipótesis “En efecto, en los casos que nos ocupan se plantea la obligada pregunta de si *la mujer ya embarazada habría optado por abortar si hubiese conocido la enfermedad que afectaba al feto*”¹⁶⁵¹.

Las principales discusiones en torno a esta noción tienen su origen en el nexo causal, ya que éste llevado a su extremo puede ser inexistente, porque reside en la voluntad humana, imprevisible por naturaleza. Probar la intención de la futura madre al conocer el estado del feto es complejo, si no hay manifestaciones externas. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia, consideran indiciarias algunas actuaciones determinantes, que reciben el nombre de “cursos causales no verificables”. Esto es, se trata de una suerte de presunción, por la cual se estima que algunas actitudes son exteriorizaciones de una concreta opción, traducéndose éstas en el tipo de medio de diagnóstico prenatal que ha ocasionado la controversia. Es decir, de someterse la madre a

¹⁶⁵¹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos”, en MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luis y DE LORENZO, Ricardo, *Derecho Médico ... op. cit.*, página 117.

una práctica probatoria de gran calado y riesgosa, se supondrá que salvo prueba en contrario, la pretensión de la paciente no era otra que conocer el estado del feto para tomar una decisión, probablemente de interrupción del embarazo, en función del diagnóstico obtenido. Todo ello por el simple hecho de que la paciente ha asumido una serie de riesgos en el acto médico concreto, seguramente porque quiere saber cómo se encuentra el *nasciturus*, para actuar en consecuencia.

Lo contrario ocurre con el resto de los casos en los que la actividad prenatal es más leve, como por ejemplo un análisis de sangre, que no entraña peligro alguno. Ello provoca que la presunción de los cursos causales no verificables sea observada desde una perspectiva negativa, es decir, se considera una falta de compromiso el haberse sometido a una actividad diagnóstica sin riesgo. Salvo prueba en contrario, una afirmación por ejemplo, se estimará que la decisión de la mujer al saber el estado del feto, sería la de continuar con el embarazo.

3. Esta idea, junto con otros elementos que han acompañado a la figura de *wrongful birth* durante estos últimos 20 años, ha permitido la construcción de una doctrina firme sobre la que puede apoyarse el juzgador, algo que ha evitado una jurisprudencia vacilante.

CONCLUSIONES

1. Aunque el Derecho y la Medicina son viejos conocidos, no en vano no son extrañas las menciones a la responsabilidad de los profesionales de la salud en textos inmemoriales (Código de Hammurabi, por ejemplo), la doctrina sobre la responsabilidad sanitaria no es tan lejana en el tiempo.

En este sentido parece necesario mencionar un hito histórico en la materia, como lo es el ya conocido caso *Cardozo*. Aunque previamente a esta resolución la responsabilidad sanitaria no era ignota, tras la misma la percepción que tenía el paciente del acto médico, y del personal sanitario en general, cambió por completo. De esta forma el galeno dejó de ser un “salvador”, para pasar a ser un profesional, y el paciente trascendió de su papel de incapaz, para convertirse en un usuario; dando lugar este cambio al fenómeno conocido como “caza de brujas”.

Aunque en nuestro país fue necesario aguardar hasta la década de los setenta, la primera resolución que se dictó en esta materia fue también un pistoletazo de salida, no tanto por una masiva avalancha de demandas, como por el cambio de percepción que acarreó.

2. Quizás esta concienciación tardía fue la causa de que la doctrina de la responsabilidad sanitaria se encuentre tan extensamente estudiada. Precisamente este motivo nos hizo decantarnos por una metodología novedosa, que permitiese, en la medida de lo posible, lograr una aportación original al vasto conocimiento existente en la materia. Para tal fin, el método tópico puede ser el más idóneo, traducido en un análisis de la responsabilidad sanitaria desde una perspectiva jurisprudencial; esto es, desde el problema hacia el concepto.

Por supuesto, tanto la opción metodológica tópica como la dogmática, son formas de análisis adecuadas para el estudio de la responsabilidad civil sanitaria, teniendo ambas alternativas ventajas y desventajas destacables, hasta el punto de que ciertos autores llegan a considerar sendos sistemas insuficientes, siendo indispensable para un examen profuso de un tema, una conjunción de ambos métodos.

Siguiendo las afirmaciones de LEGAZ y LACAMBRA, el Derecho “sirve a la vida o no sirve para nada”, por lo que un estudio que parte desde el problema hacia el concepto parece la vía más acertada, al mantener vivo el espíritu base del Derecho

romano por el que se creaba el Derecho a partir de la casuística, más si cabe en una disciplina tan cambiante como la responsabilidad sanitaria; en la que en ocasiones el Derecho ha tenido que acomodarse a los nuevos escenarios que se le presentaban. Ejemplos clásicos como la sangre contaminada, englobada dentro de los riesgos del desarrollo, o las infecciones hospitalarias; son muestra inequívoca de ello. Se trata de construcciones doctrinales que surgieron siendo problemas para esta disciplina, requiriendo soluciones en función de su aparición y desarrollo, y careciéndose en sus primeros estadios de un armazón doctrinal previo.

Aun admitiendo la aparente idoneidad del método tópico para la temática objeto de estudio, así como su protagonismo casi absoluto en la presente tesis, es necesario recordar las afirmaciones de VIEHWEG, por las cuales una fusión de los métodos deductivo y problemático permite alcanzar un grado de conocimiento superior. No obstante, y aunque no hayamos llegado a unificar ambos sistemas de trabajo, ya que el estudio casuístico resulta preeminente, sí que se han incluido aspectos dogmáticos a lo largo de toda la investigación. Su función ha sido doble, por un lado definitoria y por otro, aclaratoria. De esta manera, cada una de las introducciones a los capítulos de la presente tesis ha permitido conocer la idea a analizar de forma básica y conceptual, algo que posibilita abordar la labor problemática con mayor claridad, al comprenderse los distintos aspectos de cada una de las nociones. Por otro lado, las afirmaciones a pie de página a lo largo del examen tópico, tienen además una finalidad complementaria; en primer lugar apoyar las aseveraciones y en segundo lugar, esclarecerlas.

Huelga señalar que la jurisprudencia es la materialización misma del sistema tópico en el Derecho. Las sentencias nos han permitido partir desde problema hacia el concepto, una línea de trabajo que define el sistema de los *topoi*. Ahora bien, para tal fin ha sido necesario abordar una muestra más o menos amplia, de una década, además de la consiguiente actualización hasta fechas cercanas. Este amplio entramado casuístico nos ha permitido alcanzar la finalidad pretendida por el método pragmático, trabajar desde los hechos hasta las construcciones doctrinales, pero sin separarnos de la problemática concreta. La entidad de la casuística es tal, que incluso la división, no sólo de las nociones a estudiar en la tesis, sino de cada capítulo en particular, se ha basado precisamente en los hechos.

Sin embargo, esta línea de trabajo no está libre de inconvenientes, siendo el más destacable de todos ello, porque afecta directamente a las conclusiones, la compartimentación de cada una de las temáticas, algo que las hace difícilmente

asociables entre sí. La ausencia de un hilo conductor entre los distintos capítulos, obliga a desempeñar una ardua labor para lograr una vinculación entre las distintas nociones estudiadas.

3. Es conveniente apuntar que estas conclusiones no van a ser un resumen que vuelva sobre los conceptos ya analizados. En su lugar, dada la naturaleza independiente de cada uno de los apartados de la tesis, la tarea a desarrollar consistirá en destacar aspectos propios de cada construcción doctrinal, que puedan tener aplicación en las demás. De esta manera, la mencionada división natural podrá ser salvada, algo que permitirá una visión conjunta del trabajo.

Para tal fin, aunque pueda parecer reiterativo, en primer lugar se abordará cada figura en particular, a los efectos de destacar los puntos más llamativos de éstas. En la búsqueda de dichos *puntos comunes* se hallarán también los elementos “generalizados”, que podrán ser aplicados a toda la investigación en su conjunto.

4. Comenzando con el primero de los conceptos de la tesis, que analiza la responsabilidad sanitaria desde la perspectiva de la acción u omisión, se encuentra un capítulo que recibe el nombre de error de diagnóstico, de tratamiento, daño por tratamiento y omisión de medios. Estas cuatro nociones tienen muchos puntos en común, tal y como se justificó en su debido momento, y precisamente por ello su estudio conjunto parece adecuado.

De este bloque, además de unas breves conclusiones, también pueden extraerse principios aplicables a la práctica totalidad de la tesis y a la responsabilidad civil en general, como lo son la irreprochabilidad del error diligente y la proporcionalidad.

La idea de que la diligencia en las actuaciones elimina cualquier posibilidad de reproche, independientemente de las circunstancias, es algo que constituye una máxima aplicable a toda la tesis. Esta diligencia, traducida en la *lex artis*, es una pauta de corte básica que se ha podido ver a lo largo de todo el trabajo y que se ha mencionado en casi todas las resoluciones analizadas.

Cualquier daño que se produzca como consecuencia de una actividad médica, indistintamente de su naturaleza o circunstancias, no será objeto de responsabilidad si la actuación sanitaria se ha visto envuelta por un celoso cumplimiento de la *lex artis*. Aunque esta afirmación no suscite mayores problemas, lo cierto es que observada desde la perspectiva de un error, tal y como se ha visto a lo largo del capítulo correspondiente, puede ser lo suficientemente llamativa como para hacer dudar al Alto Tribunal. Equivocaciones tales como confundir un infarto con una úlcera de estómago, o los

síntomas de un trombo con un simple golpe, pueden ser alarmantes, hasta el punto de que su falta de reproche sea confundida con una opinión arbitraria del Tribunal Supremo.

La regla general de todo error, bien de diagnóstico bien de tratamiento, es la irreprochabilidad. No obstante, esta afirmación hay que matizarla, ya que de lo contrario se generaría un clima de indefensión para el paciente. Si bien es cierto que ésta es la línea habitual, también lo es que para ello es necesaria la concurrencia de la *lex artis*; esto es, que a fin de llegar al diagnóstico correcto se hayan desplegado cuantos medios fuesen necesarios para valorar y tratar adecuadamente la afección, y que a pesar de los mentados esfuerzos, el fallo se haya producido.

De esta última premisa se desprende un principio aplicable a la responsabilidad sanitaria en general: el cumplimiento de la *lex artis* supone la ausencia de toda responsabilidad, aunque medie un daño como consecuencia de la actividad médica. Esta hipótesis también parece trasladable al daño causado por tratamiento, no tanto por el error en la administración del mismo, como por su prescripción. Si el conocimiento que se tenía tanto del fármaco como de las circunstancias del paciente, era adecuado, y aún así se produce un perjuicio; éste no será objeto de indemnización, por mediar un pleno cumplimiento de la *lex artis* en el acto médico.

En segundo lugar, debe tenerse presente el concepto de la proporcionalidad, propio de la omisión de medios, pero también extensible a la responsabilidad sanitaria en general. Esta idea tiene su fundamento en una relación proporcional entre el cuadro sintomatológico del paciente y los medios desplegados a los efectos de tratarlo. De esta afirmación se desprende que si ante concretos síntomas se acude a los medios necesarios, en relación a pruebas, tratamientos y seguimiento, y aun así se produce un daño (bien por una evolución negativa, una reacción adversa, etc.); el supuesto de hecho no podrá ser indemnizado, precisamente por haberse respetado la proporcionalidad.

Este criterio de la proporcionalidad se encuentra latente en prácticamente todas las sentencias que hemos podido analizar a la largo de la tesis, así como en el concepto de la responsabilidad sanitaria en general. La proporcionalidad se muestra como un elemento clave a fin de evitar escenarios descompensados. El punto de partida son las circunstancias, naturaleza y síntomas del paciente, que establecerán con más o menos exactitud, qué actividades médicas deberán ser desplegadas para conocer la dolencia que le afecta y tratarla. Aunque llegar a una regla general sobre esta cuestión sería útil, lo cierto es que se trata de una tarea muy compleja, dada la subjetividad de la

proporcionalidad. Las necesidades de cada asunto concreto deberán ser analizadas por separado e individualmente, pues no es equiparable el mismo cuadro médico en una persona joven que en una edad avanzada, o en un paciente que carece de patologías añadidas, respecto de otro con alguna enfermedad crónica.

Por último, simplemente queda por volver sobre la idea de la amplia aplicabilidad de conceptos aparentemente herméticos, como lo son la diligencia en los medios empleados y la proporcionalidad. Aunque estos dos aspectos únicamente tengan un protagonismo evidente en el capítulo correspondiente, lo cierto es que están latentes en la práctica totalidad de las nociones de la responsabilidad sanitaria, al encontrarse intrínsecamente relacionados con la *lex artis*. Es precisamente este carácter genérico el que permite enlazar estas conclusiones con las del siguiente apartado relativo al caso fortuito y la fuerza mayor. La relación entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil y nociones tales como la forma de actuación y la proporcionalidad, es visible a lo largo del análisis tópico de ambas construcciones doctrinales.

5. En lo que al caso fortuito y la fuerza mayor se refiere, lo primero a destacar es que, a pesar del protagonismo innegable que tienen estas circunstancias modificativas de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario (un dato objetivo evidenciable por el amplio número de resoluciones existentes en la materia), lo cierto es que no son nociones propias de este fenómeno, algo que ha exigido una adaptación.

Aunque no procede volver sobre el debate doctrinal que abarca la naturaleza y diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor, lo cierto es que parece conveniente destacar la práctica imposibilidad de acudir a la fuerza mayor en la responsabilidad sanitaria. Un elemento distintivo básico entre ambas construcciones doctrinales, más allá de las consecuencias de aplicación de una y otra, es el origen del daño. De tal manera que si éste proviene de la esfera interna del campo de actuación del dañador, se considerará caso fortuito, dado que de ello se desprende su previsibilidad, a pesar de su naturaleza remota o inevitable. Contrariamente, si la eventualidad tiene un origen externo, ésta queda fuera del control del responsable, algo que torna lo previsible en imprevisible e incrementa las posibilidades de daño. Esta última afirmación es relevante en lo que a la responsabilidad sanitaria en concreto se refiere, ya que salvo contadas excepciones, la fuerza mayor no tendrá cabida. Todo ello porque excepto situaciones en las que medie la voluntad de la víctima, de un tercero o una circunstancia exterior, el origen del daño siempre será interno o de la propia relación médico – paciente. Esto

supone una interioridad que quebranta la necesaria externalidad que requiere la fuerza mayor.

El daño, junto con el riesgo, es el elemento más definitorio de la relación sanitaria. Incluso la actividad médica más sencilla y básica, como un análisis de sangre, acarrea una consecuencia, que aunque menor, es irremediable. Este escenario genera un clima de desconfianza, ya que las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil parecen ser una vía de escape para toda actuación sanitaria, bien diligente o negligente. Es precisamente en esta frontera en la que los conceptos destacados en el punto anterior vuelven a aflorar.

De nuevo los medios y la proporcionalidad, englobados por la *lex artis*, son el método de corte a fin de diferenciar el daño básico que el paciente está obligado a soportar, de aquel que escapa de las necesidades propias del acto médico en cuestión. De lo contrario, de no acudir a esta opción doctrinal y jurisprudencial de la *lex artis* como medio de diligencia, probablemente se provocaría una situación arbitraria, exigiéndose al paciente soportar perjuicios provocados por una actuación negligente, en la misma medida que si fuesen inevitables.

Un magnífico ejemplo es el de los enfermos mentales, donde un análisis preliminar nos haría inclinarnos más por la fuerza mayor, que por el caso fortuito. La relación de hechos parte de una persona con intenciones de autolisis, incapaz de gobernarse a sí misma. La primera parte de la frase abriría la puerta a la fuerza mayor, mientras que la segunda presenta una perspectiva reflexiva. Dada la naturaleza de estos pacientes, la actitud autolesiva deriva directamente de su dolencia, algo que los convierte en imprevisibles y los acerca a las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil. No obstante, la función del centro mental o servicio psiquiátrico del hospital, es la de suplir esa deficiencia del paciente, incapaz de regirse por sí mismo, y garantizar así su propia seguridad.

Ahora bien, este deber no es indefinido y tiene límites: la *lex artis* y la proporcionalidad. Sin embargo, aplicar estos principios a las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil es complejo, más si cabe en el caso concreto que estamos utilizando de ejemplo. ¿Dónde está la frontera entre la diligencia exigible y el caso fortuito? ¿El suicidio de un enfermo mental en un centro sanitario *ad hoc* debe ser siempre reprochado o caben excepciones? Parece que, tal y como del capítulo correspondiente se puede deducir, las obligaciones del sanatorio son finitas, siempre y cuando éstas sean proporcionales al cuadro clínico del paciente.

La razón de ser de estos escenarios viene motivada por una circunstancia propia de estas nociones, pero también aplicable a la generalidad de la responsabilidad sanitaria: el aumento del peligro de manera innecesaria. Cualquier acto médico entraña riesgos, eso es indiscutible. Como también lo es que en muchas ocasiones, por la complejidad de la situación o la técnica a aplicar, algunos daños son inevitables. Es precisamente aquí donde entra la atemperación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad civil. De forma que, de concurrir una situación especialmente riesgosa para un paciente o una contingencia inevitable, los medios utilizados y la actuación han debido ser acordes a los estándares de diligencia y no haber acrecentado el peligro de manera innecesaria; ya que de lo contrario, aun siendo el perjuicio inevitable, deberá responderse de este extremo.

Este último párrafo nos lleva a la que probablemente sea la conclusión más importante del capítulo, pero también a una extensible a toda la tesis: un daño inevitable, que no imprevisible, no es exonerable como regla general, ya que es necesario que en el curso de la actividad médica hayan mediado las actuaciones necesarias y que éstas se hayan desarrollado de manera acorde a la *lex artis*.

Por lo tanto, inevitabilidad no es sinónimo de irreprochabilidad, sino que a los efectos de que ésta concurra se requieren tres premisas: actuación diligente, pleno despliegue de medios y que no haya un aumento del riesgo.

Esta conclusión parece estar intrínsecamente relacionada con el siguiente concepto a retomar, el derecho de información, cuya finalidad principal es precisamente advertir, entre otras cuestiones, sobre peligros propios de una actividad médica.

6. El derecho de información, junto con la Medicina satisfactiva, son probablemente las dos vertientes de la Medicina que más evidencian la evolución social de esta disciplina. Se trata de una de las más llamativas injerencias del Derecho en la ciencia médica.

No obstante, conviene observar esta construcción doctrinal, no tanto desde la perspectiva del Derecho y la Medicina, como desde el prisma del paciente y la sociedad. La materialización del consentimiento informado fue la plasmación de una necesidad social acuciante que había pasado desapercibida, tanto para el Derecho como para la Medicina: la autonomía de la persona. La evolución social había dado a cada individuo conciencia de sí mismo, algo que chocaba con los ideales paternalistas de la práctica médica, donde el enfermo se encontraba imposibilitado, tanto física como mentalmente.

La intención de la información en la Medicina va más allá del simple formalismo de comunicar al paciente cuál es su situación, los tratamientos posibles y sus riesgos, sino que su pretensión es la búsqueda de una actuación conjunta del personal sanitario y del enfermo, en aras de una mayor seguridad. Un paciente no informado o que desconoce aspectos propios y básicos de su afección, así como de su tratamiento, puede provocar un empeoramiento de su cuadro patológico, a pesar de la terapia, e incluso alargar el proceso de curación.

De las líneas anteriores se desprende que el derecho de información es algo más que un simple documento formal, sino que es un medio idóneo de prevención y control. Es precisamente por ello por lo que, de materializarse una contingencia propia de la actividad médica desplegada, ésta será reprochada si el paciente la desconocía. Otro tanto ocurre cuando el daño se produce porque el enfermo no ha adoptado las precauciones necesarias, fruto también de la desinformación.

Esto nos lleva a una premisa que en ocasiones puede parecer contradictoria, dada la naturaleza preeminente de la información en la actividad médica: una omisión informativa sin un daño anexo no comporta ningún reproche. Esta idea se fundamenta precisamente en lo que veníamos señalando hasta el momento, el acrecentar el riesgo. Un paciente no informado sobre una eventualidad que no sufre, ha sido víctima de un atentado contra su integridad moral como persona, pero no contra su indemnidad física. Es por ello por lo que al no materializarse un daño final, el aumento del peligro concreto no se ha dado, en virtud de lo cual el supuesto no debe ser reprochado.

Parece que la información toma un especial protagonismo cuando se observa desde el binomio Medicina necesaria, Medicina voluntaria. Esta categorización, que se ha examinado en el capítulo correspondiente, tiene entre uno de sus principales factores de distinción, precisamente, el elemento información. La ausencia de cuestiones tales como la urgencia y la necesidad, hacen que la información sea el único medio de decisión del paciente. De ahí que conocer absolutamente todos los fundamentos de la actividad médica a desarrollar (cautelos, consecuencias, posibles riesgos, etc.) sea de vital importancia. La falta de la información necesaria, o su incorrección, no sólo pueden llegar a modificar la naturaleza del contrato (de medios a resultados), sino que entrañan la asunción de peligros innecesarios, de forma que, de concurrir cualquier daño, éste será reprochado.

La diferencia entre la Medicina satisfactiva y la curativa consiste en que la información es el elemento central de la primera, dado que es el único medio de

decisión del cliente. Si un paciente desconoce una contingencia de una cirugía o tratamiento y se somete al mismo, no sólo ha visto incrementado el riesgo para su salud, sino que dicho peligro ha surgido como consecuencia de una omisión informativa, ya que su decisión no es consecuente con su nivel de información. Otro tanto ocurre con la garantía del resultado, pues el paciente asume un peligro en base a una idea errónea, como lo es conseguir un fin no seguro, aspecto que desconoce.

En las dos vertientes de la información, la omisión informativa acrece la inseguridad a la que se somete el paciente. En Medicina curativa, un déficit informativo puede ocasionar la no adopción de medidas de control o precaución necesarias, mientras que en Medicina satisfactiva se puede provocar el peligro y no sólo incrementarlo, ya que una información errónea o inexacta puede ser lo que motive a un usuario a someterse a una cirugía, cuando se le asegura el resultado y se minimiza el peligro.

En el derecho de información se despliegan elementos ya comentados como la *lex artis*, la proporcionalidad (sobre todo de la información) y el aumento de la inseguridad como medio de reproche. Ahora bien, de esta noción también pueden extraerse aspectos aplicables a la totalidad de la responsabilidad sanitaria a modo de conclusión, como lo es la relevancia de la figura del enfermo, esto es, la bilateralidad de la relación médico – paciente, en condiciones de igualdad. Este aspecto de reciprocidad, que supera los antiguos esquemas del paternalismo, parece ser clave a los efectos de tomar decisiones por ambas partes, de forma que subyace en toda la actividad sanitaria.

7. La Medicina satisfactiva está intrínsecamente relacionada con el derecho de información, por ser éste uno de los elementos más identificativos de la misma. Esta variante de la Medicina, propia de una sociedad moderna y exigente, se practica sobre un cuerpo sano, por lo que su intención no es la búsqueda de la salud, sino del bienestar.

El aspecto más destacable de la Medicina satisfactiva es su falta de necesidad real, así como la transmutación que sufre el paciente, al convertirse en un cliente. Se supera la vinculación de la Medicina a la enfermedad, y el consiguiente apuro, buscándose una línea más simplista de la práctica médica, que satisfaga no tanto las exigencias de la salud como los intereses de las personas.

Tanto la mejora del aspecto físico (cirugía estética), como la inhibición de una función biológica (esterilización), son una clara muestra de una evolución social y personal que ha llegado al campo de la Medicina.

La conclusión de amplio espectro que parece que puede extraerse de esta capítulo es doble; por un lado el protagonismo del paciente en la relación sanitaria (algo

que ya se ha evidenciado en materia informativa) y por otro lado, la naturaleza de la obligación.

La etimología misma de la palabra “médico” evidencia esta cuestión, dado que *medeo* debe traducirse como cuidar y no como curar. De ello se desprende que la obligación del médico, cuya responsabilidad es subjetiva por defecto, indistintamente de la categoría sanitaria en la que se desarrolle, es de medios y no de resultados. Esta premisa es necesario unirla con conceptos aplicables a la generalidad de la responsabilidad sanitaria que han ido apareciendo a lo largo de estas páginas, como lo son la proporcionalidad, la *lex artis* en la utilización de medios y la presencia activa del paciente. Si la actuación sanitaria respeta estos tres elementos y su finalidad es pretender lo acordado con el enfermo, la actividad desplegada será correcta, independientemente de que se logre o no el fin pretendido.

Huelga señalar que existen excepciones a esta regla general, como lo son las actuaciones sanitarias que no se ven afectadas por el factor azar (pruebas radiológicas, análisis de sangre, etc.), y aquellas actividades en Medicina satisfactiva que han vulnerado el derecho de información, garantizando el resultado.

Concluimos que el acto médico es una obligación de medios y no de resultados, de forma que una asistencia sanitaria que cuente con todos los elementos hasta ahora destacados, no será objeto de responsabilidad aunque no se alcance la sanación o mejora del paciente, precisamente por la ausencia de factores como el dolo o la culpa.

8. El daño desproporcionado es una noción de origen jurisprudencial que surge para dar solución a la desigual posición de las distintas partes (paciente y médico), en los procesos judiciales por responsabilidad sanitaria.

Esta idea se inicia con una actividad médica en la que se produce, no sólo un daño llamativo, sino “desproporcionado”. Este último concepto debe sustraerse de la percepción de los profanos, para quienes cualquier perjuicio es extraordinario, debiendo ser deducido desde el punto de vista de la ciencia, de tal forma que un resultado adverso, que no sea propio de una actuación sanitaria, será calificado como “desproporcionado” y sobre el mismo pesará una presunción de negligencia. Ahora bien, esta cuestión dudosa no ha equipararse a una responsabilidad objetiva, de forma que cualquier daño desproporcionado deba ser reprochado, sino que el personal sanitario tiene la posibilidad de demostrar su diligencia y con ello el daño deberá ser soportado por la víctima.

La formulación de este concepto parece tener una marcada incidencia sobre la actividad probatoria, produciéndose un trasvase de la carga de la prueba, desde la víctima hacia el personal sanitario. De esta manera, el paciente únicamente debe demostrar el daño sufrido y la magnitud o naturaleza extraña del mismo, mientras que es el médico o el hospital, el que se encuentra obligado a desplegar un mayor esfuerzo probatorio y evidenciar que el menoscabo en cuestión, aunque llamativo, es conocido y que consecuentemente no ha sido fruto de una actividad negligente; para lo cual deberá destacarse el celoso cumplimiento de los protocolos y de la *lex artis*.

El daño desproporcionado, a pesar de su aparente distancia con las demás construcciones doctrinales dada su naturaleza tópica, comparte muchos puntos en común con los conceptos que hemos tratado hasta el momento. En primer lugar, la relación con el derecho de información es innegable, ya que ninguna consecuencia dañosa que haya sido previamente informada puede ser calificada como extraordinaria, precisamente porque se conoce.

En segundo lugar, la *lex artis*, el aumento indebido de riesgos y la proporcionalidad de los medios, también se relacionan con el daño desproporcionado de forma muy estrecha. Estos tres elementos son esenciales a fin de demostrar la diligencia del personal sanitario en sus actuaciones una vez producido el perjuicio, precisamente a los efectos de evitar que el daño desproporcionado sea una suerte de responsabilidad objetiva. Estos tres aspectos quiebran la presunción de negligencia que caracteriza al daño desproporcionado.

En tercer lugar, la relación con la Medicina satisfactiva se desprende de la naturaleza de medios de la actividad sanitaria. El contrato de servicios en el daño desproporcionado se hace más evidente que en otras nociones, dado que parte de la presunción de un daño. Esto es, se presume que cualquier acto médico puede provocar un perjuicio, de forma que si éste es conocido, no puede dar lugar a esta noción.

Destacada la relación con los conceptos anteriores, conviene apuntar el aspecto de esta construcción doctrinal aplicable a la responsabilidad sanitaria en general, una idea que se encuentra muy relacionada con las infecciones hospitalarias y las deficiencias asistenciales: la concurrencia de un daño, independientemente de su naturaleza, no es sinónimo de reproche. Aunque se trata de una idea que subyace en todos los capítulos de la tesis, lo cierto es que en esta construcción doctrinal se hace más evidente, ya que para que ésta se dé es necesario un perjuicio especialmente llamativo, con la presunción de negligencia que ello supone. No obstante, incluso en supuestos

como éste se exige la garantía añadida de elementos que hagan que esta presunción de negligencia escape a la idea de la *lex artis* y que por tanto sea objeto de responsabilidad.

9. La pérdida de oportunidad, al igual que el daño desproporcionado, es otra noción que también hace honor a la metodología tópica de la tesis, ya que la naturaleza de esta construcción doctrinal requiere que se parta de los hechos, esto es, del problema, y en función de los mismos reprochar o no el daño. La principal diferencia entre este concepto y el anterior, es que mientras que el daño desproporcionado no incide en la relación de hechos en sí, sino en la carga probatoria, la pérdida de la oportunidad se centra en la causalidad misma, es decir, enlaza la actividad médica con el daño.

Por supuesto, este funcionamiento ha motivado, no sólo la inseguridad del concepto, sino también que históricamente y en la actualidad, haya sido una construcción doctrinal a la que se acude en último lugar; por la inseguridad que comprende y los excesos que puede motivar. Todo ello ha llevado a que la pérdida de oportunidad haya sido relegada a un segundo plano, hasta el punto de conocerse como “la hermana pobre del Derecho de daños”.

Sin embargo, y a pesar de dichas circunstancias, lo cierto es que la pérdida de oportunidad es una idea de naturaleza tópica concebida para tener una función preventiva, como lo es evitar que las relaciones de hechos poco concluyentes en las que haya un indicio de negligencia, no puedan ser reprochadas por una cuestión de causalidad. Se trata de una concatenación de hipótesis cuya base es una desproporción de medios o un atentado a la *lex artis* que provoca un daño, pero al no existir una relación directa clara entre esta primera premisa y el resultado final, el supuesto no podría reprocharse con una formulación al uso. El juzgador percibió la injusticia de esta solución, pues actuaciones sobre las que pesaba una sombra de duda, no podían ser indemnizadas porque la causalidad se encontraba en entredicho. Precisamente con una finalidad de “puente”, la pérdida de oportunidad se erige como una solución a estas situaciones.

Ahora bien, su curiosa naturaleza y su capacidad de unir hechos y daños, puede dar lugar a arbitrariedades e irregularidades. Para evitar esta problemática, además de una larga tradición doctrinal y jurisprudencial, se adoptó una cautela añadida y es que la propia pérdida de oportunidad tenía que ser un daño en sí misma. El planteamiento de esta idea se basa en la incertidumbre, dado que se desconoce si de haberse actuado con los medios necesarios, o de acuerdo a las pautas de la *lex artis*, el perjuicio final hubiese podido ser evitado.

La vinculación de la pérdida de oportunidad con las ideas anteriormente analizadas es innegable; sobre todo con conceptos como la *lex artis*, la proporcionalidad de los medios, los riesgos acrecentados y la información.

En relación a la *lex artis*, conviene señalar que la pérdida de oportunidad utiliza este criterio a los efectos de cuantificar el daño. De esta manera, cualquier actividad sanitaria en la que medie un perjuicio, pero en la que se hayan cumplido celosamente los estándares propios de la *lex artis*, no podrá ser reprochada aunque se conozca que, de haberse acudido a otra técnica, se habría podido evitar la contingencia final. Esto es, de actuarse de acuerdo con las necesidades del paciente, en atención a los protocolos sanitarios, desarrollándose la atención sanitaria de manera acorde a la *lex artis*, no se considerará que el paciente ha sido víctima de una pérdida de oportunidad, aunque haya sufrido un daño, probablemente porque éste no pudiese evitarse. La otra cara de la moneda es la del menoscabo “evitable”, es decir, aquel acto médico que ha atentado contra los principios básicos de la *lex artis* en la prestación sanitaria al paciente, provocándole un daño que hubiese podido prevenirse.

La vinculación con la proporcionalidad de los medios gira en torno a esta misma idea de la *lex artis*. La utilización, siempre de manera correcta de todos los medios necesarios a fin de diagnosticar y tratar a un paciente, implica que, indistintamente del resultado final, el daño no podrá ser reprochado, porque se ha actuado correctamente.

El derecho de información y la pérdida de oportunidad deben observarse bajo este mismo prisma que venimos comentando. La información al paciente es un elemento de gran relevancia, ya que no sólo le permite optar, sino también adoptar las precauciones necesarias. Un enfermo desinformado puede soslayar detalles importantes de su situación física que pueden ser vitales a la hora de decidirse por un método de diagnóstico o tratamiento. No obstante, la vertiente más llamativa de la omisión informativa desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad, es la de las cautelas del propio paciente. Si éste no es advertido de la posibilidad de un riesgo o de las necesidades de tomar en consideración algunos puntos en relación a su condición de salud, es probable que se eludan aspectos de relevancia por simple desconocimiento, con fatales consecuencias.

Por su parte, el aumento del peligro es el resultado de todo lo hasta aquí señalado, ya que precisamente cuando se da esta situación se está provocando una pérdida de oportunidad. Tanto el atentado contra la *lex artis*, la omisión informativa, como la desproporción de los medios a desplegar, comportan una intensificación

injustificada de la inseguridad a asumir por el paciente, algo que si se materializa en un daño, conforma el escenario ideal para la pérdida de oportunidad.

Sólo falta volver sobre la idea de la naturaleza de medios de la obligación médica, siendo quizás la pérdida de oportunidad una de las construcciones doctrinales que más visible lo hacen. Esta afirmación se basa en la idea de que, de ser la relación médica de resultados, cualquier daño sería susceptible de indemnización, de forma que no habría necesidad alguna de acudir a conceptos como el presente; es más, ni siquiera sería necesario ponderar la indemnización, ya que ésta debería ser del 100%. Sin embargo, en la pérdida de oportunidad la naturaleza de medios de los actos médicos, así como el carácter subjetivo de la responsabilidad por culpa, destacan por el hecho de que, aunque se atente contra los principios antes destacados, el daño final no puede ser completamente indemnizado, al existir una sombra de duda respecto de la posibilidad de que éste no pudiera evitarse.

De la pérdida de oportunidad creemos que también podemos extraer un aspecto aplicable a la totalidad de la responsabilidad sanitaria, como lo es la idea de que no todo daño es indemnizable. Aunque esta premisa subyace en casi todos los conceptos estudiados en esta tesis, y especialmente en el daño desproporcionado, lo cierto es que en éste en concreto destaca en mayor medida. Todo ello teniendo presente que la pérdida de oportunidad nace de un perjuicio, para cuya indemnización es necesario analizar si éste era evitable o inevitable. Es decir, aun concurriendo una eventualidad dañosa llamativa, a fin de que exista la pérdida de oportunidad, es necesario comprobar las actuaciones desplegadas y las circunstancias del litigio concreto, incrementándose más este aspecto cuando la indemnización que se concede no abarca el 100% del menoscabo sufrido, sino simplemente una parte del mismo, que se fija en función de las posibilidades perdidas, esto es, la oportunidad perdida.

10. La sangre contaminada es, junto con la Medicina satisfactiva, una prueba más de cómo las necesidades del ser humano determinan la respuesta de la ciencia. Se trata de una técnica médica que en un principio parecía libre de todo peligro, pero que algunas décadas después de su generalización comenzó a ocasionar tal problemática que incluso una de las afecciones cuyo contagio provocaba, como lo es el Sida, llegó a ser calificada como “la peste del siglo XX”.

La sangre contaminada es otro ejemplo que se caracteriza por adelantarse a la doctrina y nacer de los hechos. Hasta tal punto llega esta vertiente, que incluso la evolución de medios de prevención dependía del desarrollo de la propia técnica de las

transfusiones y de los problemas que ésta iba suscitando. En virtud de ello se crearon tres estadios distintos, con importantes repercusiones para el Derecho. El primero de ellos se encuadró en dos etapas: cuando se desconocía la enfermedad, sus formas de transmisión y los métodos de prevención; y cuando aun conociéndose estos aspectos, no había forma de detectarla. El segundo estadio toma como punto de partida la comercialización de los reactivos, pero éstos no comportaron la solución a las contaminaciones, puesto que en gran medida eran falibles (fase también conocida como “periodo ventana”). El tercero de los escenarios emergió cuando la evolución de los tests de detección había llegado hasta tal grado de perfección, que la dolencia era localizable con un margen de error mínimo.

Huelga señalar que las consecuencias jurídicas de que una transmisión de VIH o VHC se diese en un estadio u otro son muy distintas. En el primero de los supuestos destaca la proporcionalidad de los medios y la falta reproche, por defecto, de todo daño producido por esta actividad médica. Se desconocía absolutamente todo lo relativo a los posibles contagios por una transfusión y las consecuencias que podía acarrear. Precisamente por estas circunstancias, éstos no se indemnizaban, porque tal y como comentábamos líneas atrás, un daño no es siempre sinónimo de reproche. De hecho, en estos estadios de desconocimiento, el celoso cumplimiento de la *lex artis* y la proporcionalidad de los medios eran la clave para que el caso no fuese objeto de indemnización. De forma que, aunque mediase una absoluta ignorancia de las posibilidades de contaminación, sus formas y sus consecuencias, si no se hubiese mantenido este mínimo control, el daño sí que sería indemnizable.

El segundo de los escenarios, también conocido como “periodo ventana”, se caracteriza por un margen de conocimiento mayor, hasta el punto de que había reactivos que podían detectar la patología. No obstante, éstos eran poco fiables, de forma que las contaminaciones se seguían produciendo, aunque en menor medida. Los conceptos característicos de esta segunda etapa, además de los antes mencionadas, son el principio de agravamiento del riesgo y sobre todo el derecho de información, que destacan la naturaleza de medios de la obligación. Desde el punto de vista de la primera de las ideas, dado el exiguo conocimiento que se tenía de la peligrosidad de las transfusiones, éstas debían limitarse a los casos más extremos o a aquellos en los que era el único tratamiento posible, ya que de lo contrario se incrementaba innecesariamente la posibilidad de sufrir un daño, traducido en una inoculación. De forma que, de acudirse a esta terapia sin una necesidad acuciante, el riesgo de que se materializase un perjuicio se

aumentaba de manera innecesaria, lo que llevaba a reprochar una eventual contaminación. Otro tanto ocurría con el factor información, ya que el paciente, además de encontrarse en un estado de tal gravedad, cuya única forma de tratamiento debía ser una transfusión, también tenía que ser informado sobre las inseguridades que asumía, de forma que si éste era infectado, no cabía reproche alguno a la actuación médica desplegada. Por otro lado, de no informarse al paciente, salvo supuestos de extrema urgencia, éste no llegaba a asumir las contingencias a las que se sometía, de manera que la traslación de la responsabilidad no se daba, por lo que cualquier daño derivado de la transfusión debía ser reprochado.

En el último de los estadios la clave es la perfección de los métodos de control y casi el conocimiento absoluto sobre las técnicas de transfusión. Es por ello por lo que la práctica totalidad de los contagios serían resarcibles.

Como conclusión de este capítulo parece que puede extraerse una nueva idea aplicable a la práctica totalidad de la responsabilidad sanitaria. Se trata de una construcción doctrinal que es la protagonista indiscutible de los tres estadios que se han presentado: los riesgos del desarrollo. Esta noción se reafirma en la idea de que la actuación médica es un contrato de servicios, y que salvo dolo o culpa, ningún daño puede ser indemnizado, ni siquiera aquellos que son desconocidos por la ciencia. El personal sanitario está obligado a utilizar cuantos medios tenga a su alcance y siempre dentro de los límites del conocimiento, de forma que si se acudiese a alguna técnica que en el futuro se demuestra dañosa, este acto médico no se reprochará. Este desconocimiento es la clave en los riesgos del desarrollo, ya que su naturaleza no permite que sus consecuencias, indistintamente de la gravedad, puedan ser reprochadas; tal y como ocurría con los primeros contagios producidos por las transfusiones.

11. Las infecciones hospitalarias y las deficiencias asistenciales, son dos nociones que se aproximan a situaciones objetivas. Junto con la peligrosidad inherente de toda actividad quirúrgica, surgieron eventualidades desconocidas, como lo eran las infecciones hospitalarias, con nefastas consecuencias para el paciente; hasta el punto de convertirse en una de las principales causas de mortalidad en la actividad sanitaria. La situación de desamparo del enfermo ante estas circunstancias resultaba tan acuciante, que el legislador decidió tomar cartas en el asunto y acercar este tipo de supuestos a la responsabilidad objetiva. De esta forma, ante una infección hospitalaria, el paciente se vería liberado de sus cargas probatorias, más allá de demostrar sus padecimientos,

debiendo la parte demanda evidenciar el pleno cumplimiento de las exigencias en materia de seguridad e higiene.

La evolución jurisprudencial, no sin antes recorrer un tortuoso camino, admitió una responsabilidad objetiva moderada. Ante una infección hospitalaria, se sienta una presunción de negligencia por parte del centro sanitario, siendo éste el obligado de probar el pleno cumplimiento de sus obligaciones para evitar precisamente la concurrencia de infecciones hospitalarias, o en su defecto la imposibilidad de impedir las mismas, fruto de los riesgos del desarrollo.

Otro tanto ocurre con las deficiencias asistenciales, construcción doctrinal que sienta una presunción de negligencia por parte del centro sanitario (bien de escasez de medios, bien de su defectuoso mantenimiento o de una deficiente organización). De nuevo la responsabilidad objetiva sobrevuela esta idea, por lo que debe ser matizada por la doctrina y la jurisprudencia, de tal forma que, de demostrarse el pleno cumplimiento de la *lex artis*, el supuesto no será reprochado.

Las relaciones con las otras construcciones doctrinales, aunque ya se han observado, son muy estrechas. La *lex artis* y la proporcionalidad de los medios, son dos aspectos que inciden en la responsabilidad objetiva, de forma que aun produciéndose un menoscabo, de alcanzarse el nivel de exigencia establecido por la *lex artis* y ser los medios desplegados los suficientes, el caso no dará lugar a responsabilidad.

Esta última idea de la *lex artis* y los medios utilizados se encuentra intrínsecamente relacionada con la intensificación de los riesgos. La ausencia de estos elementos, tanto en lo relativo a las deficiencias asistenciales como a las infecciones hospitalarias, entraña un aumento del peligro de sufrir una contingencia, de forma que aun siendo ésta inevitable, dicha actuación negligente acarreará el reproche del supuesto.

Desde el punto de vista de la participación del paciente en la cuestión, esto es, en lo que a la información se refiere, ésta es vital, dado que una infección hospitalaria, aunque no conforma una contingencia propia de la actividad quirúrgica en cuestión, es algo inherente a toda actuación médica de esta naturaleza. Cualquier omisión informativa significaría un desconocimiento por parte del paciente y la consiguiente falta de traslación de la responsabilidad del médico hacia éste, lo que derivaría en el reproche de la actuación sanitaria.

En lo que a los riesgos del desarrollo se refiere, existen infecciones hospitalarias inevitables, por lo que el estado de la ciencia aparentemente se muestra como una forma

de limitar las exigencias médicas hasta un punto lógico, así como una vía de exoneración. Es decir, de materializarse bien una deficiencia asistencial, bien una infección hospitalaria (sobre todo esta última) y de cumplirse todas las expectativas sanitarias (*lex artis*, medios, etc.), el supuesto no podrá ser reprochado, precisamente porque escapa al estado del conocimiento en el momento en el que se despliega el acto médico. Por supuesto, la otra cara de la moneda sería la de una infección hospitalaria inevitable o inherente a una actividad médica, pero siendo así que en el curso del acto sanitario no se han respetado los presupuestos mínimos de prevención.

Queda por tratar la cuestión del contrato de servicios. En los párrafos precedentes se ha destacado que la obligación médica es de medios y no de resultado, de forma que salvo culpa o dolo, no media responsabilidad; algo que en principio podría resultar contrario a lo apuntado en estas dos construcciones doctrinales. No obstante, parece conveniente aclarar una cuestión básica sobre este acercamiento a la responsabilidad objetiva, ya que ésta únicamente puede aplicarse a la actuación de los centros sanitarios, a los que se les pueden exigir unos mínimos de calidad e higiene; mientras que la responsabilidad por el acto médico se regirá por los patrones de la culpa. En esta última afirmación parece también encontrarse el elemento de esta noción aplicable a la práctica totalidad de la presente tesis.

12. La última de las ideas, y probablemente una de las más llamativas por su naturaleza e implicaciones morales, es el concepto de *wrongful birth*. Ambas características son una consecuencia lógica de las circunstancias fácticas de esta construcción doctrinal, al radicar éstas en la posibilidad de evitar el nacimiento de un menor afectado por graves taras físicas o psíquicas. La relación de hechos gira en torno a una prueba prenatal no practicada o efectuada incorrectamente, que habría permitido conocer la afección que padecía una criatura en gestación, siempre en fechas previas al final de la etapa legal para interrumpir el embarazo. Esta actuación defectuosa u omisión, no ha permitido a los padres del feto, y sobre todo a la madre, conocer el estado de salud de su hijo y adoptar una decisión informada. Huelga señalar, que el límite temporal para el ejercicio legal del aborto fija la frontera entre la figura de *wrongful birth* propiamente dicha y la posibilidad de iniciar una acción legal por daños derivados de este concepto.

La natural complejidad de esta construcción doctrinal hace que absolutamente todos los aspectos analizados hasta el momento sean visibles. Uno de los más destacados es la información, ya que es esencial dentro de esta noción. Tanto no

proponer una prueba, no informar sobre su naturaleza errónea, como no comunicar un aspecto concreto de un diagnóstico, aunque parezca menor, suponen una omisión informativa. No en vano se provoca un desconocimiento en la madre y se limita su capacidad de decisión, de forma que la gestante no sólo pierde su posibilidad de decidir continuar o no con el embarazo, sino que además se ve privada de toda posibilidad de previsión.

Por otro lado, no informar sobre una prueba a una paciente, o practicarla de manera incorrecta, además de con el elemento información, también se relaciona con el acrecentamiento del peligro, la proporcionalidad de los medios y la *lex artis*.

En lo que a la acentuación del peligro se refiere, éste es patente cuando en una controversia concreta en la que la práctica de una prueba es indispensable, ésta no se efectúa, ya que las posibilidades de no detectar una afección fetal se incrementan innecesariamente, más si cabe cuando se atenta contra los principios básicos de la *lex artis*. Esto es, si las circunstancias de la paciente (su edad, antecedentes, etc.) indican la necesidad de que ésta sea sometida a una prueba por precaución, y si se opta por no acudir a la misma por circunstancias ajenas al interés de la salud de la paciente o del embrión, se genera un clima de inseguridad innecesario, que además atenta contra la *lex artis*.

En segundo lugar, la proporcionalidad de los medios no supone necesariamente que toda mujer embarazada deba someterse a cuantas pruebas se le puedan practicar, sino únicamente a aquellas, que dada su condición, son aconsejables. Ello puede significar que soslayar, o incluso no mencionar pruebas no necesarias, no implique un atentado contra la *lex artis*; mientras que si el cuadro de la paciente requiere de las mismas y se omiten, de nacer un niño enfermo, cabría opción a un reproche por la omisión informativa sufrida y la escasa proporcionalidad de los medios desplegados.

La *lex artis* subyace en los conceptos ahora comentados, por lo que su único límite serían los riesgos del desarrollo. De tal manera que, aunque se practicasen todas las pruebas necesarias de manera correcta (es decir, respetando la *lex artis*), si una enfermedad no pudiese diagnosticarse, no cabría reproche alguno, dado que excederíamos de la frontera de los propios conocimientos científicos.

Como conclusión y peculiaridad propia de esta idea aplicable a la generalidad de la responsabilidad sanitaria, podemos mencionar los cursos causales no verificables, una construcción doctrinal cuya finalidad es solventar los problemas de causalidad en asuntos como los presentes, en los que el principal elemento decisorio es la siempre

voluble voluntad humana. La función de esta idea consiste en crear presunciones en base a hechos objetivos y verificables, que presumen una posible dirección en las decisiones de los pacientes. En el caso concreto del concepto de *wrongful birth*, su aplicación parte de la naturaleza de las pruebas prenatales a las que se ha sometido la paciente, de tal forma que si éstas son de alta fiabilidad y además suponen la asunción de ciertos peligros, se presume que la intención de la madre es conocer el estado de salud de su hijo y actuar en consecuencia en función del mismo; todo ello sin perjuicio de eventuales afirmaciones que apunten en otra dirección, no en vano se trata de una presunción. La otra cara de la moneda por supuesto, tiene lugar cuando las actividades prenatales no son de gran calado y no comprometen la salud del feto, de lo que se desprende, salvo afirmaciones en contrario, que la intención de la madre no era tan firme.

La construcción doctrinal de los cursos causales no verificables, aunque tiene una aplicación limitada, parece que puede apreciarse en cualquier vertiente de la responsabilidad sanitaria en la que la voluntad del paciente sea el elemento determinante, tal y como puede ocurrir con el derecho de información. De tal forma que, cuando las actuaciones del enfermo tiendan hacia una dirección inequívoca, esto debe ser observado por el juzgador a la hora de tomar una decisión.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., “Avances en el diagnóstico y tratamiento de la infección por el VHC en pacientes con y sin infección”, en *Enfermedades infecciosas y microbiología clínica*, nº 23, 2005, pps. 32 a 40.
- AA. VV., “Características de los pacientes que presentan infección por *Staphylococcus aureus* resistente a meticilina”, en *Enfermería Clínica*, nº 19, 2009, pps. 69 a 75.
- AA.VV., “El consentimiento informado en la práctica quirúrgica”, en *Centro Nacional de Cirugía de Mínimo Acceso*, nº 215, 2009, pps. 1 a 9.
- AA.VV., “El error de diagnóstico en el área de ingresos de un hospital de media – larga estancia. Estudio de concordancia diagnóstica”, en *Revista Española de Geriatria y Gerontología*, nº 40, 2005, pps. 195 a 198.
- AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez – Picazo* (tomo I), Thomson – Civitas, Madrid, 2003.
- *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez – Picazo* (tomo II), Thomson – Civitas, Madrid, 2003.
- AA.VV., “Infección postoperatoria en las fracturas de cadera: la transfusión y su efecto inmunomodulador”, en *Revista Española de Cirugía Osteoarticular*, vol. 38, nº 216, 2003, pps. 151 a 156.
- AA. VV., *Información y documentación clínica. Su tratamiento jurisprudencial (1990 – 1999)*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2000.
- AA. VV., “La Medicina ante el Derecho y la responsabilidad objetiva”, en *Diario La Ley*, nº 14, 1999, pps. 1 a 11.
- AA. VV., “La responsabilidad civil médica”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 92, 1998, pps. 963 a 1000.
- AA. VV., “Legibilidad formal de los formularios de consentimiento informado”, en *Enfermería Clínica*, nº 15, 2005, pps. 3 a 7.
- AA.VV., “Los riesgos del desarrollo”, en *Indret*, nº 1, 2001, pps. 1 a 30.
- AA. VV. (Coordinadores), *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2009.
- AA. VV., “Muerte de un paciente mientras se realizaba una tomografía computada. Inexistencia de mala praxis médica. Caso fortuito”, en *Revista de responsabilidad civil*

y seguros: *publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, nº 2, 2012, pps. 245 a 260.

AA.VV., “Presupuestos jurídicos del acto médico”, en *Diario La Ley*, nº 5, 1998, pps.1 a 11.

AA. VV. “Relaciones médico – paciente: un estudio empírico”, en *Medicina y Ética*, nº 18, 2007, pps. 315 a 336.

AA.VV., “Utilización de analgésicos opiáceos en el proceso diagnóstico y de toma de decisiones sobre pacientes con dolor abdominal agudo no traumático”, en *Ciges*, nº 91, 2007, pps. 91 a 96.

AAGARD, Todd S., “Identifying and valuing the injury in lost chance cases”, en *Michigan Law Review*, nº 96, 1998, pps. 1335 a 1361.

ABEL LLUCH, Xavier, “El derecho de información sanitaria”, en *Diario La Ley*, nº 5698, 2003, pps. 1 a 18.

- “El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado: su régimen jurídico en la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 10, 2004, pps. 14 a 125.

ABELLÁN, Fernando y SÁNCHEZ – CARO, Javier, *La responsabilidad médica por la información del medicamento*, Comares, Granada, 2007.

ACEA NEBRIL, Benigno, “El consentimiento informado en el paciente quirúrgico. Reflexiones sobre la Ley Básica Reguladora de la Autonomía de los Pacientes”, en *Cirugía española: Órgano oficial de la Asociación Española de Cirujanos*, vol. 77, nº 6, 2005, pps. 321 a 326.

ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

AGRAMUNT HERRAEZ, Inmaculada I., “Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado sobre la transmisión de Síndrome de Inmunodeficiencia Humana (SIDA). Única donación en un hemobanco privado”, en *Revista General del Derecho*, nº 598 – 599, 1994, pps. 7813 a 7825.

AGUADO BORRAJO, Pilar, “Cirugía estética. Origen y evolución. Cuestiones jurídicas”, en *Archivos de la Facultad de Medicina de Zaragoza*, nº 48, 2008, pps. 50 a 58.

ALARCÓN PONCE, Antonia, “Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas”, en *Actualidad del Derecho sanitario*, nº 184, 2011, pps. 509 a 514.

ALBANÉS MEMBRILLO, Antonio, “La responsabilidad civil del abogado: *quantum indemnizatorio*”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 331, 1998, página 2.

ALISTE SANTOS, Tomás – Javier, “El *favor nascituri* y su aplicación por el Juez ante las demandas de *wrongful life* y *wrongful birth*”, en *Práctica de daños: Revista de responsabilidad civil y seguros*, nº 49, 2007, pps. 5 a 17.

ALMAGRO NOSETE, José, “La responsabilidad judicial civil (España)”, en *Actualidad Civil*, tomo 2, nº 15, 2005, pps. 1797 a 1811.

ALONSO LANZA, José Luis, “La historia clínica electrónica: ideas, experiencias y reflexiones”, *Acimed*, nº 13, 2005, pps. 1 a 20.

ALONSO PÉREZ, María Teresa, “Responsabilidad civil derivada de una actuación médica arbitraria en el seno de una relación trilateral (a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995)”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, nº 1, 1997, pps. 919 a 946.

ALONSO OLEA, Manuel, “El consentimiento informado en medicina y cirugía”, en *Revista de Administración Pública*, nº 155, 2001, pps. 7 a 26.

ÁLVAREZ – CIENFUEGOS SUÁREZ, José María, “¿Existe un derecho a no nacer con limitaciones? Comentario al informe del Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia, con motivo del caso <<Perruche>>”, en *Actualidad Administrativa*, nº 1, 2002, pps. 1 a 7.

- “Humanismo, Medicina y Derecho”, en *Actualidad del Derecho sanitario*, nº 58, 2000, pps. 107 a 124.

ÁLVAREZ – LÓPEZ, R, “La información y el consentimiento: la nueva dimensión de la medicina actual”, en *Angiología*, nº 58, 2006, pps. 179 a 191.

AMARILLA, Manuel y ÁLAMO, Cecilio (Coordinadores), *El consentimiento informado en la utilización de fármacos*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2000.

AMARILLA GUNDÍN, Manuel y AMARILLA MATEU, Nuria, *La responsabilidad contractual terapéutica en el siglo XXI*, European Pharmaceutical Law Group, Madrid, 2002.

AMAYA RICO, Víctor, “El deber médico de información: un derecho humano fundamental”, en *Diario La Ley*, nº 9, 2002, pps. 1831 a 1834.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Coordinador), *Problemas de la eutanasia*, Dykinson, Madrid, 1999.

ARCOS VIEIRA, María Luisa, *Responsabilidad Civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

- *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

ASUA GONZÁLEZ, Clara I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.

BADOSA COLL, Ferrán, “Comentario a la sentencia de 30 de septiembre de 1983”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 3, 1983, pps. 969 a 975.

BASSOLS MUNTADA, Nuria, “Estudio del criterio culpabilístico en la responsabilidad civil médica y hospitalaria. Examen de la doctrina actual del Tribunal Supremo Español”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 133, 2007, pps. 271 a 310.

BARREDA, Iñigo, “Caso Maeso: entre la verdad genérica y la certidumbre jurídica”, en *Actualidad del derecho sanitario*, nº 138, 2007, pps. 367 a 368.

- “Infección nosocomial: ¿complicación o negligencia? (II)”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 205, 2013, pps. 523 a 528.
- “La nueva orientación jurídica del daño desproporcionado en anestesia”, en *Actualidad del Derecho sanitario*, nº 190, 2012, pps. 71 a 73.
- “La nueva orientación jurídica del daño desproporcionado en anestesia (II)”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 191, 2012, pps. 142 a 145.
- “Responsabilidad en Ginecología & Obstetricia: casos judiciales y tendencias doctrinales recientes (II)”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 190, 2012, pps. 65 a 70.

BARRIOS FLORES, Luis Fernández, “Responsabilidad por suicidio como consecuencia del tratamiento antidepresivo”, en *Diario La Ley*, nº 7, 2001, pps. 1 a 29.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “La información en la ley general de sanidad y en la jurisprudencia”, en *Derecho y Salud*, vol. 3, nº 2, 1995, pps. 157 a 174.

BELLO JANEIRO, Domingo, (Coordinador), *Régimen Jurídico de la responsabilidad sanitaria*, Reus, Madrid, 2013.

- “Comentario a la sentencia de 23 de octubre de 2008”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 80, 2009, pps. 779 a 806.

- “Comentario a la sentencia de 13 de octubre de 2009”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 83, 2010, pps. 1147 a 1166.
- “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 37, 2006, pps. 1 a 14.

BÉNABENT, Alain, *La chance et le droit*, R. Pichon & R. Durand – Auzias, París, 1973.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo, “Comentario a la sentencia de 1 de julio de 1997”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 45, 1997, pps. 1059 a 1079.

- “Comentario a la sentencia de 22 de julio de 1994”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 37, 1995, pps. 149 a 156.
- “Comentario a la sentencia de 4 de febrero de 1999”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 50, 1999, pps. 841 a 859.
- “Comentario a la sentencia de 24 de septiembre de 1999”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 52, 2000, pps. 195 a 206.
- “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 59, 2002, pps. 857 a 868.

BERNARD PÉREZ, Luisa, “Problemas médico – legales de las infecciones postransfusionales por el virus de la Hepatitis C”, en *Derecho y Salud*, vol. 5, nº 1, 1997, pps. 97 a 106.

BLAS ORBÁN, Carmen, “Contagio transfusional de VHC. Reflexiones sobre la previsibilidad del daño”, en *Derecho y Salud*, vol. 16, nº 2, 2008, pps. 179 a 216.

- “La voluntad del paciente en la asistencia sanitaria (a propósito de un artículo de prensa)”, en *Derecho y Salud*, vol. 14, nº 2, 2006, pps. 241 a 266.
- *Responsabilidad profesional del médico*, Bosch, Barcelona, 2003.

BONILLA SÁNCHEZ, Juan J., *La responsabilidad médica extracontractual*, Ediciones Laborum, Murcia, 2004.

BORGHETTI, Jean – Sébastien, “La réparation de la perte d’une chance en droit suisse et en droit française”, en *European review of private law*, nº 16, 2008, pps. 1072 a 1082.

BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra, “Aplicación de la doctrina del daño desproporcionado a un paciente que tras ser operado falleció”, en *Diario La Ley*, nº 53, 2007, pps. 1 a 2.

- “Aplicación de la doctrina del resultado desproporcionado a una intervención quirúrgica de hemorroides con secuela definitiva”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 5, 2008, pps. 18 a 21.

- “Aplicación de la doctrina del resultado desproporcionado a una intervención quirúrgica que produce un daño”, en *Práctica de Derecho de daños*, nº 14, 2004, pps. 1 a 2.
- “Condena a la Administración por daños morales y patrimoniales que causó a una paciente la creencia durante 12 años de padecer un tumor maligno”, en *Práctica de Derecho de daños*, nº 11, 2003, pps. 1 a 2.
- “Daños derivados de infecciones nosocomiales contraídas en un quirófano por un paciente”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 40, 2006, pps. 1 a 3.
- “Embarazo posterior a una vasectomía”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 55, 2007, pps. 1 a 4.
- “Endoftalmitis aguda, contagiada en un quirófano, que provoca pérdida de visión en un ojo”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 28, 2005, pps. 44 a 51.
- “Fallecimiento como consecuencia de producirse durante el embarazo una eclampsia asociada a un síndrome de Hellp”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 67, 2009, pps. 1 a 4.
- “Fuga de un enfermo de clínica psiquiátrica”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 115, 2013, pps. 1 a 5.
- “Indemnizada la pérdida de oportunidad”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 113, 2013, pps. 1 a 4.
- “Infracción del deber de información médica en una operación de cirugía estética”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 35, 2006, pps. 1 a 3.
- “Inoculación del virus de inmunodeficiencia en fecha anterior a que la ciencia y la técnica permitiesen conocer si la sangre estaba contaminada en el momento de la transfusión”, en *Práctica de Derecho de daños*, nº 38, 2006, pps. 1 a 3.
- “La consideración de una infección como imprevisible elimina la responsabilidad extracontractual de los profesionales sanitarios”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 1, 2003, pps. 51 a 52.
- “No incurre en negligencia el facultativo de urgencias por resultar su actuación acorde con la denominada *lex artis ad hoc*”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 11, 2003, pps. 1 a 3.
- “Responsabilidad de la Administración Pública por falta de consentimiento informado”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 14, 2004, pps. 1 a 4.
- “Responsabilidad médica por cojera irreversible”, en *Diario La Ley*, nº 8, 2003, pps. 27 a 28.

BRUGUERA, Miguel y FORNS, Xabier, “Hepatitis C en España”, en *Medicina Clínica*, nº 127, 2006, pps. 113 a 117.

BUCKLEY, Frank y BUCKLEY, Sue, “Muertes injustas, vidas legítimas: El diagnóstico prenatal para el síndrome de Down”, en *Revista síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el síndrome de Down*, nº 99, 2008, pps. 138 a 150.

BUERES, Alberto José y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Directores), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1997.

BUSTOS PUECHE, José Enrique, “Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997”, en *Diario La Ley*, nº 5, 1997, pps. 1699 a 1702.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.

- “La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de “Lex Artis” y la carga de la prueba”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, nº 1, 1991, pps. 907 a 919.

CANARIS, Claus – Wilhelm, *El sistema en la Jurisprudencia*, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar en distintas intensidades”, en *Derecho y Salud*, vol. 18, nº 2, 2009, pps. 1 a 21.

- *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, Albacete, 2005.

CARRASCO GÓMEZ, Juan José, *Responsabilidad médica y psiquiatría*, Colex, Madrid, 1990.

CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores), *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

CASAS PLANES, María Dolores, “Daños médicos causados por error de diagnóstico”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 21, 2004, pps. 1 a 23.

CASTELL, Juan y GUTIÉRREZ, Gonzalo, “Brote de 18 casos de hepatitis C en una unidad de hemodiálisis”, en *Gaceta sanitaria*, nº 19, 2005, pps. 214 a 220.

CASTILLO CALVÍN, José Miguel, “Repertorio de consideraciones sobre responsabilidad civil médica y hospitalaria”, en *Diario La Ley*, nº 2, 2001, pps. 1 a 11.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987.

CECCHINI ROSELL, Xavier, “El deber de información del médico. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm. 581/2002 (Sala de lo Civil), de 7 de junio (RJ 2002, 5216). Recurso de casación núm. 3834/1996”, en *Revista de derecho patrimonial*, nº 10, 2003, pps. 181 a 192.

CERDA GIMENO, José, *Estudios sobre jurisprudencia civil* (volumen II), Editorial Madrid: Centro de estudios registrales, Madrid, 1992.

CHUAIRE, Lilian y SÁNCHEZ, Magda Carolina, “Platón y el consentimiento informado contemporáneo”, en *Colombia Médica*, vol. 38, nº 3, 2007, pps. 297 a 300.

COELHO, MS., SILVA ARRUDA, C., FARIA SIMÕES, SM, “Higiene de manos como estrategia fundamental en el control de infección hospitalaria: un estudio cuantitativo”, en *Enfermería Global*, nº 21, 2011, pps. 1 a 12.

COMINGES CÁCERES, Francisco, “Análisis jurisprudencial de responsabilidad administrativa por contagio de Hepatitis C”, en *Revista de Administración Pública*, nº 155, 2001, pps. 193 a 222.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”, en *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 1972, pps. 581 a 642.

COUCEIRO, Azucena (Editora), *Bioética para clínicos*, Editorial Triacastela, Madrid, 1999.

CRESPO MORA, M^a. Carmen, *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2005.

- “Responsabilidad civil del abogado. Especial referencia a la pérdida de oportunidad procesal”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 12, 2004, pps. 207 a 313.

CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, en Tirant Monografías, Valencia, 1997.

DAËL, Serge, “L’affaire du sang contaminé: la responsabilité des centres de transfusion sanguine”, en *Revue Française de Droit Administratif*, nº 4, 1995, pps. 748 a 765.

DAVIDE FERRARA, Santo (Editor), BOSCOLO – BERTO, Rafael y VIEL, Guido (Co – Editors), *Malpractice and Medical Liability*, Springer, Heidelberg, 2013.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Coordinadores), *Estudios de Responsabilidad Civil*, Dykinson, Madrid, 2001.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración pública: Jurisdicción competente (contraste - ¿o coincidencia? – entre “conceptos” e “intereses””, *Diario La Ley*, nº 5574, 2002, pps. 1941 a 1957.

- “Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de wrongful birth: ¿Es posible hablar ya de una “jurisprudencia?””, en *Revista de Derecho y genoma humano*, nº 22, 2005, pps. 179 a 208.
- “Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preoperatorias”, en *Derecho y Salud*, vol. 3, nº 1, 1995, pps. 45 a 86.
- “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)”, en *Revista de Derecho y genoma humano*, nº 4, 1996, pps. 105 a 117.
- “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)”, en *Revista de Derecho y genoma humano*, nº 5, 1996, pps. 141 a 156.
- “El <<resultado>> en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?”, en *Estudios de Deusto*, vol. 53, nº 2, 2005, pps. 49 a 101.
- “La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos: Daños causados por productos defectuosos”, en *Estudios sobre el Derecho de consumo*, 1994, pps. 58 a 107.
- “La quinta sentencia del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth: se puede decir ya que existe una «jurisprudencia» en la materia”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 38, 2006, pps. 1 a 20.
- “La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado”, en *Revista Española de Seguros*, nº 57, 1989, pps. 47 a 87.
- “La responsabilidad civil del abogado”, en *InDret*, nº 1, 2008, pps. 1 a 54.
- “La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de Febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 10, 1999, pps. 117 a 115.
- “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “*wrongful birth*”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, en *Revista de Derecho y genoma humano*, nº 17, 2002, pps. 179 a 202.
- *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999.
- *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Parte general* (tomo I), Instituto de estudios políticos, Madrid, 1949.
- DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín, GANCER MINCHOT, Pilar y ZABALA GUADALUPE, Juan José (Directores), *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*, Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2009.
- DE LA CALLE SANTIUSTE, Ángel, “Pérdida de oportunidad en salud”, en *Ars Médica: revista de humanidades*, vol. 5, 2006, pps. 141 a 147.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “Consentimiento informado, una visión panorámica”, en *Revista Ius et Praxis*, nº 2, 2010, pps. 89 a 120.
- DE LA QUINTANA FERGUSON, Manuel, *La responsabilidad civil del médico*, Estados, Madrid, 1949.
- DE LA TORRE, Javier y PÉREZ MARÍN, Juan (Editores), *Diagnóstico prenatal y discapacidad*, PROMI, Universidad Pontificia Comillas, Villa del Río, 2006.
- DE LA TORRE OLID, Francisco, “Debate en torno a la responsabilidad civil sanitaria en la mala praxis lícita”, en *Diario La Ley*, nº 8185, 2013, pps. 1 a 24.
- DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo, *Derechos y obligaciones de los pacientes*, Colex, Madrid, 2003.
- DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo (Coordinador), *Responsabilidad legal del profesional sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2000.
- DE LOS MOZOS, Jose Luis, *Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1998.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico y ADROBHER BIOSCA, Salomé (Directores), *Los Avances del Derecho ante los Avances de la Medicina*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Consentimiento informado y prueba de la lex artis. La relevancia de la prueba de presunciones”, en *Derecho y Salud*, vol. 21, nº 1, 2011, pps. 75 a 85.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “La responsabilidad médica por el resultado: el caso de los odontólogos”, en *Diario La Ley*, nº 43, 2007, pps. 5 a 17.
- DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Tratamiento jurídico del S.I.D.A.*, Colex, Madrid, 1992.
- DEBOUY, Christian, “La responsabilité de l’Administration française du fait de la contamination par le virus du SIDA”, en *La Semaine Juridique*, nº 5, 1993, pps. 53 a 58.
- DEL OLMO GUARIDO, Natalia, *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen, “El consentimiento informado en menores y adolescentes: Contexto ético – legal y algunas cuestiones problemáticas”, en *Informació psicológica*, nº 100, 2010, pps. 60 a 67.

DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, T. V, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925.

DEWITT ROGERS III, Thomas, “Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing”, en *Shouth Carolina Law Review*, nº 33, 1982, pps. 749 a 752.

DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA - ALCALÁ, Calixto, “Comentario a la sentencia de 1 de junio de 1996”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 42, 1996, pp. 1093 a 1106.

- “Comentario a la sentencia de 7 de marzo de 2000”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 53, 2000, pps. 755 a 770.
- “Comentario a la sentencia de 8 de mayo de 2003”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 63, 2003, pps. 1191 a 1209.
- *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- “Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria”, en *InDret*, nº 180, 2004, pps. 1 a 27.
- *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006.

DÍAZ ALABART, Silvia, “Comentario a la sentencia de 29 de octubre de 1992”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 30, 1992, pps. 971 a 984.

DÍAZ DE TERÁN VELASCO, María Cruz, “El diagnóstico preimplantatorio en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida”, en *Derecho y Salud*, nº 1, 2003, pps. 73 a 84.

DÍAZ PINTOS, Guillermo, “El consentimiento: ¿una garantía de la autonomía moral del paciente o un expediente para eximir de la responsabilidad?”, en *Derecho y Salud*, vol. 6, nº 1, 1998, pps. 25 a 29.

DÍEZ – PICAZO GIMÉNEZ, Gema, “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, en *Diario La Ley*, nº 3, 1998, pps. 1700 a 1710.

- “La responsabilidad civil por los daños derivados del suicidio (A propósito de la STS de 11 de marzo de 1995)”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 49, nº 1, 1996, pps. 161 a 186.

DÍEZ – PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *Estudios sobre la jurisprudencia civil* (volumen I), Tecnos, Madrid, 1979.

DOMINGO MANFORTE, José y ESCRICHE MONZÓN, María del Carmen, “Medicina satisfactiva. Responsabilidad civil médica: ortodoncia – implantología oral”, en *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguros*, nº 5, 2005, pps. 4 a 19.

DOMÍNGUEZ, Gemma y CODINA, Dolores, “Estudio jurídico de la responsabilidad civil médica”, en *Economist & Jurist*, vol. 13, nº 94, pps. 50 a 61.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, Almudena, “La cirugía estética como obligación de resultados”, en *Lex Nova*, nº 52, 2008, pps. 36 a 39.

DURÁN BELLIDO, M. y AGUILAR PUIG, D., “Infección hospitalaria”, en *Revista ROL de enfermería*, nº 34, 1981, pps. 72 a 77.

ECHANO BASALDUA, Juan I (Coordinador), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

ELIZARI URTASUN, Leyre, “El daño en las acciones de wrongful birth y wrongful life”, en *Derecho y Salud*, vol. 19, nº 1, 2009, pps. 139 a 163.

- *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, Tirant Monografías, Valencia, 2012.

EMALDI CIRION, Aitziber, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 2001.

- “La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos”, en *Diario La Ley*, nº 5, 2001, pps. 1602 a 1612.

ESPIAU ESPIAU, Santiago, “Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2000”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 54, 2002, pps. 1277 a 1287.

FENWICK, P y BERAN R.G, “Informed consent – should bolam be rejected”, en *Medicine & Law*, vol. 6, nº 1, 1998, pps. 215 a 223.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, “Comentario a la sentencia de 20 de junio de 1994”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 36, 1994, pps. 1153 a 1164.

- “La responsabilidad civil médica”, en *Diario La Ley*, nº 3, 1986, pps. 633 a 647.
- *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, La Ley, Madrid, 1995.
- *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Edilex, Madrid, 1987.

FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “Diez sentencias del Tribunal Supremo sobre responsabilidad civil (2004)”, en *InDret*, nº 3, 2005, pps. 1 a 13.

FERNÁNDEZ GIMENO, Pascual, “El consentimiento informado en el arrendamiento de servicios. Examen particular del consentimiento informado del acto médico”, en *Noticias de la Unión Europea*, nº 211/212, 2002, pps. 35 a 44.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a Begoña, “La responsabilidad civil del médico: su incidencia en las técnicas de reproducción asistida”, en *Actualidad Civil*, nº 4, 1997, pps. 1073 a 1088.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, Granada, 1997.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Getafe, 2006.

FEUILLET – LE MINTIER, Brigitte, *Le Sida. Aspects juridiques*, Economica, París, 1995.

FONTANILLA PARRA, José Antonio, “Algunas cuestiones relativas a las reclamaciones derivadas de mala praxis médica”, en *Diario La Ley*, nº 6, 1997, pps. 1424 a 1434.

FORTECHA GÓMEZ, Benito Jesús y SÁNCHEZ FERRÍN, Pau, “Infecciones por *Staphylococcus aureus* en unidades de geriatría de agudos”, en *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, vol. 45, nº 1, 2019, pps. 3 a 4.

FORAN, Ellen M., “Medical Malpractice: A lost chance is a compensable interest”, en *Bridgeport Law Review*, nº 12, 1992, pps. 471 a 503.

FRANCO LEGUÍZAMO, Camilo Armando, “Caleidoscopio de la fuerza mayor (Derecho comparado e internacional)”, en *Revist@ e – mercatoria*, vol. 8, nº 1, 2009, pps. 1 a 51.

GALÁN CORTÉS, Julio César, “Comentario a la sentencia de 31 de marzo de 2004”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 67, 2005, pps. 135 a 148.

- “Comentario a la sentencia de 7 de octubre de 2004”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 68, 2005, pps. 831 a 846.
- “Comentario a la sentencia de 21 de octubre de 2005”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 72, 2006, pps. 1435 a 1450.
- “Comentario a la sentencia de 5 de enero de 2007”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 74, 2007, pps. 995 a 1014.
- “Comentario a la sentencia de 29 de junio de 2007”, en *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 75, 2007, pps. 1517 a 1527.
- “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 76, 2008, pps. 279 a 290.

- “Comentario a la sentencia de 30 de junio de 2009”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 82, 2010, pps. 549 a 563.
- “Comentario a la sentencia de 20 de noviembre de 2009”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 83, 2010, pps. 1223 a 1235.
- “Comentario a la sentencia de 16 de enero de 2012”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 91, 2013, pps. 53 a 70.
- “Consentimiento informado y reproducción asistida humana”, en *Diario La Ley*, tomo 6, 1998, pps. 1 a 5.
- *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, Madrid, 1997.
- “La angiografía en la jurisprudencia civil”, en *Diario La Ley*, nº 6, 1996, pps. 1 a 13.
- “La responsabilidad civil y penal del médico anestesista”, en *Diario La Ley*, tomo 1, 1995, pps. 1055 a 1075.
- *Responsabilidad civil médica*, Civitas, Cizur Menor, 2005.
- *Responsabilidad civil médica*, Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2011.
- *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús (Directora) y CRUZ BLANCA, María José (Coordinadora), *La responsabilidad jurídico – sanitaria*, La Ley, Madrid, 2011.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús, “De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual”, en *Actualidad Administrativa*, tomo 2, nº 18, 2009, pps. 2139 a 2149.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, “Comentario a la sentencia de 23 de febrero de 2006”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 73, 2007, pps. 265 a 280.

GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat, “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”, en *CEFLEGAL (Comentarios y casos prácticos)*, nº 111, 2010, pps. 33 a 72.

GARCÍA AMEZ, Javier, “Autonomía del paciente y rechazo al tratamiento. El derecho a decir no”, en *Derecho y Salud*, vol. 23, nº 1, 2013, pps. 27 a 52.

GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel y MOLINOS COBO, Juan J., *Manual Práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica*, Comares, Granada, 1995.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2010.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás, *Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Edisofer, Madrid, 2002.

- “Evolución de la prueba y de la relación de causalidad en los procesos judiciales sanitarios”, en *Diario La Ley*, nº 7, 2000, pps. 1512 a 1517.

GARCÍA ORTEGA, Cesáreo; CÓZAR MURILLO, Victoria y ALMENARA BARRIOS, José, “La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002”, en *Revista Española de Salud Pública*, nº 4, 2004, pps. 469 a 479.

GARCÍA RUBIO, María Paz, “Comentario a la sentencia de 20 de mayo de 1998”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 48, 1998, pps. 1207 a 1222.

- “Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el derecho español”, en *Actualidad Civil*, nº 3, 1998, pps. 853 a 870.

GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (Coordinador), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995.

GARCÍA VARELA, Román, “El diagnóstico del síndrome de Down y la responsabilidad médica”, en *Diario La Ley*, nº 5, 1997, pps. 1776 a 1777.

- “Responsabilidad de la administración hospitalaria por daño desproporcionado”, en *Diario La Ley*, nº 5, 1999, pps. 1 a 3.
- “Responsabilidad de la Administración hospitalaria por infección de SIDA mediante transfusión sanguínea”, en *Diario La Ley*, nº 2, 1999, pps. 1780 a 1781.

GARRIGA GORINA, Margarita, “Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002”, en *Indret*, nº 3, 2003, pps. 1 a 14.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis, “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”, en *Teoría y Derecho*, nº 6, 2009, pps. 191 a 226.

GARZÓN REAL, Baltasar, “Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico sanitaria”, en *Diario La Ley*, nº 1, 1987, pps. 809 a 830.

GIL MEMBRADO, Cristina, “La responsabilidad civil por infección nosocomial”, en *Actualidad de Derecho Sanitario*, nº 183, 2011, pps. 426 a 435.

GILLARD LÓPEZ, Juan, “El balance beneficio riesgo del medicamento (I)”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 147, 2008, pps. 223 a 226.

- “El balance beneficio /riesgo del medicamento (II)”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 149, 2008, pps. 373 a 376.

GILI SALDAÑA, Marian, “Responsabilidad de la Administración por el posible contagio

de la nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt – Jakob”, en *InDret*, nº 1, 2006, pps. 1 a 20.

GIMBERT, Bernadette, “Responsabilité médicale et transfusion sanguine”, en *Les Petites Affiches*, nº 27, 1998, pps. 10 a 15.

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 30, nº 2, 1977, pps. 273 a 335.

GOBERNA TRICAS, Josefina, “Aspectos éticos de la información y asesoramiento en el diagnóstico prenatal de anomalías congénitas”, en *Metas de enfermería*, vol. 10, nº 2, 2007, pps. 17 a 22.

GÓMEZ CALLE, Ésther, “Comentario a la sentencia de 6 de mayo de 1998”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 48, 1998, pps. 1177 a 1198.

GÓMEZ DÍAZ – CASTROVERDE, José María y SANZ LARRUGA, Francisco Javier (Directores), *Lecciones de Derecho sanitario*, Universidad Da Coruña, A Coruña, 1999.

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (Coordinador), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (tomo II), Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2008.

GÓMEZ – HERAS, José María y VELAYOS CASTELO, Carmen (Editores), *Bioética, perspectivas emergentes y nuevos problemas*, Tecnos, Madrid, 2005.

GÓMEZ POMAR, Fernando, “El incumplimiento en el Derecho contractual español”, en *InDret*, nº 3, 2007, pps. 1 a 49.

– “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”, en *InDret*, nº 3, 2003, pps. 1 a 9.

GÓMEZ RIVERO, M^a. Carmen, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, Tirant monografías, Valencia, 1998.

GONZÁLEZ MORÁN, Luis, “Evolución de la responsabilidad civil del médico anestesista”, en *Diario La Ley*, tomo 2, 1989, pps. 1178 a 1193.

– *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P (Coordinadores), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (volumen II), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

GONZÁLEZ SALINAS, Pedro y LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Thomson – Civitas, Madrid, 2004.

GRACIA GUILLÉN, D., “Ocho tesis sobre consentimiento informado”, en *Actas del II Congreso Derecho y Salud*, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, 1994, pps. 115 a 119.

GUERRA GONZÁLEZ, Jorge, *Infection risk and limitation of fundamental Rights by Animal – To – Human trasnplantations*, Verlag Dr. Kovac, Hamburgo, 2010.

GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

- *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- “El consentimiento informado en la Ley de Castilla y León 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 1, 2003, pps. 91 a 140.
- “Sobre una ¿inadvertida? modificación de la jurisprudencia en materia de contagio de hepatitis c”, en *Diario La Ley*, nº 7, 2002, pps. 1686 a 1688.

GUILLÓ SÁNCHEZ – GALIANO, María de los Desamparados, “Aspectos problemáticos de la pérdida de oportunidad”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 16, 2011, pps. 113 a 119.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Comares, Albolote, 2004.

- *Daños causados por productos defectuosos*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

HAVA GARCÍA, Esther, *La imprudencia médica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

HERRADOR GUARDIA, Mariano José (Director), *Derecho de daños 2013*, Thomson – Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

HIGUERA CANCINO, Miguel, “Consentimiento informado e intervención fonoaudiológica. Del consentimiento informado al compromiso”, en *Límite. Revista de Filosofía y Psicología*, vol. 4, nº 20, 2009, 153 a 177.

INESTAL VALERIO, Julio, “El consentimiento informado: derecho a saber; derecho a decidir”, en *Lex Nova*, nº 37, 2004, pps. 26 a 29.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio, *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2010.

- *Responsabilidad Civil Médica*, Colección Ensayos, Bogotá, 2008.

JEFFREY L. ECKER, MD, “Cesárea por sospecha de macrosomía: ineficaz cuando mucho”, en *Clínicas Obstétricas y Ginecológicas*, nº 2, 2004, pps. 337 a 348.

JIMÉNEZ, Salvador, MARTÍNEZ, Víctor M. y BELDA, Enrique (Coordinadores), *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2008.

JIMÉNEZ BOLAÑOS, Jorge, “Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 123, 2010, pps. 69 a 98.

JORDANO FRAGA, Francisco, “Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 258, 1985, pps. 29 a 104.

- “Comentario a la sentencia de 23 de octubre de 1990”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, nº 24, 1990, pps. 1097 a 1114.
- *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.
- “Obligaciones de medios y de resultado”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1, nº 45, 1991, pps. 5 a 96.

JOURDAIN, Patrice, “Responsabilité civile”, en *La Semaine Juridique*, nº 29, 1995, pps. 287 a 290.

KLEIN, Roger D. Y MAHONEY, Maurice J., “Medical legal issues in prenatal diagnosis”, en *Clinics in perinatology*, nº 34, 2007, pps. 287 a 297.

KOURILSKY, Philippe y VINEY, Geneviève, *Le principe de précaution*, Odile Jacob, París, 2000.

LAMBERT – FAIVRE, Yvonne, “L’indemnisation des victimes post – transfusionnelles du Sida: hier, aujourd’hui et Demain”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº 1 enero – marzo, 1993, pps. 1 a 32.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Sant Joan Despi (Barcelona), 1980.

LARIOS RISCO, David (Coordinador), *Error sanitario y seguridad de pacientes*, Comares, Granada, 2009.

LAZO ZBIKOWSKI, Manuel, “Desarrollo de la cirugía plástica en España”, en *Cirugía Plástica Ibero – Americana*, nº 1, 1968, pps. 11 a 20.

LEDESMA MARTÍNEZ, M.^a Julita, *Las obligaciones de hacer*, Editorial Comares, Granada, 1999.

LEGAZ ALFONSO, Edurne, “Comentario a la sentencia de 4 de diciembre de 2007”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 78, 2008, pps. 1207 a 1233.

LENOIR, Noëlle, “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países (I)”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 2, 1995, pps. 113 a 124.

- “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países (y II)”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 3, 1995, pps. 127 a 148.

LEÓN SANZ, Pilar (Editor), *La implantación de los derechos del paciente*, Eunsa, Pamplona, 2004.

LETE DEL RÍO, José Manuel y LETE ACHIRICA, Javier, *Derecho de obligaciones* (volumen II), Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

LLAMAS POMBO, Eugenio (Coordinador), “A vueltas con la culpa en la responsabilidad médica”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 9, 2003, pps. 1 a 3.

- “Comentario a la sentencia de 4 de noviembre de 1992”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 30, 1992, pps. 995 a 1008.
- “Comentario a la sentencia de 25 de abril de 1994”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 36, 1994, pps. 1005 a 1019.
- “El daño por pérdida de oportunidad”, en *Práctica de Derecho de daños*, nº 69, 2009, pps. 1 a 2.
- *La responsabilidad civil del médico*, Trivium, Móstoles, 1998.
- “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad”, en *Práctica de Derecho de daños*, nº 110, 2012, pps. 1 a 3.
- *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010.
- “Suicidio de enfermo mental y deber de vigilancia”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 94, 2011, pps. 1 a 2.
- “Un buen ejemplo de la responsabilidad por wrongful birth”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 32, 2005, pps. 3 a 6.
- “Validez (contra legem) del consentimiento informado en forma verbal”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 73, 2009, pps. 1 a 4.

LLAMAS POMBO, Eugenio; ALONSO PÉREZ, Mariano y GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel (Coordinadores), *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (volumen I), La Ley, Madrid, 2006.

LLOVERAS I FERRER, Marc – Roger, “De nuevo sobre el análisis del suicidio desde el derecho de daños”, en *InDret*, nº 3, 2006, pps. 1 a 13.

- “STS, 1ª 14.02.2000. La responsabilidad de un centro escolar por un intento de suicidio”, en *InDret*, nº 3, 2000, pps. 1 a 4.
- “Suicidio y derecho de daños ¿Responsabilidad de la administración a partir del segundo intento?”, en *InDret*, nº 1, 2000, pps. 1 a 15.

LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1, nº 45, 1992, pps. 651 a 734.

LÓPEZ – CHAPA, Sara, *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, Bosch, Barcelona, 2007.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier, *La responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”, en *Derecho y Salud*, vol. 8, nº 1, 2000, pps. 89 a 106.

LÓPEZ MENUDO, Francisco y GUICHOT, Emilio, “Esterilización frustrada. ¿Responsabilidad administrativa?”, en *Administración de Andalucía: revista andaluza de Administración Pública*, nº 40, 2000, pps. 101 a 132.

LÓPEZ – MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo, *El error sanitario*, Dykison, Madrid, 2003.

LORENZO – REGO, Irene, “El nexos causal en la responsabilidad civil sanitaria”, en *Práctica de Derecho de daños*, nº 103, 2012, pps. 6 a 20.

LUNA YERGA, Álvaro, “Comentario a la sentencia de 31 de enero de 2003”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 62, 2003, pps. 655 a 672.

- “Fractura de rodilla en accidente de esquí y responsabilidad civil médico – sanitaria”, en *InDret*, nº 174, 2003, pps. 1 a 5.
- *La prueba de la responsabilidad civil médico – sanitaria*, Thomson – Civitas, Madrid, 2004 .
- “Mamoplastia fallida”, en *InDret*, nº 261, 2005, pps. 1 a 6.
- “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica”, en *InDret*, nº 141, 2003, pps. 1 a 15.
- “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico – sanitaria”, en *Indret*, nº 288, 2005, pps. 1 a 19.
- “Parálisis cerebral de recién nacida como consecuencia de la duración excesiva del parto. Comentario a la STS, 1a, 23.12.2002”, en *InDret*, nº 142, 2003, pps. 1 a 4.
- “Regulación de la carga de la prueba en la LEC”, en *InDret*, nº 165, 2003, pps. 1 a 27.

LUZÓN PEÑA, Diego – Manuel, “Error objetivamente invencible, caso fortuito, consentimiento presunto: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 2006, pps. 359 a 371.

- “Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 9, 2008, pps. 1 a 32.

MACIÀ GÓMEZ, Ramón I., “ El consentimiento informado”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 158, 2009, pps. 187 a 194.

- “La previsible evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad legal en la profesión médica”, en *Diario La Ley*, nº 6997, 2008, pps. 1 a 5.

MACÍA MORILLO, Andrea, “Comentario a la sentencia de 18 de diciembre de 2003”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 66, 2004, pps. 1023 a 1040.

- “El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 23, 2011, pps. 83 a 98.
- “Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth*.”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 18, 2008, pps. 189 a 210.
- *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant monografías, Valencia, 2005.
- “Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, 2006, pps. 65 a 93.

MACÍAS CASTILLO, Agustín, “Aplicación de la doctrina del resultado desproporcionado derivada de deficiente praxis médica que deja al paciente una incontinencia anal parcial”, en *Práctica de Derecho de daños*, nº 16, 2004, pps. 1 a 2.

- “Consentimiento informado en los actos médicos: distinción entre previsibilidad y frecuencia”, en *Actualidad Civil*, nº 20, 2009, pps. 1 a 3.
- “Consentimiento informado para intervención distinta a la realmente practicada. Daño moral”, en *Actualidad Civil*, nº 15, 2001, pps. 1761 a 1764.
- “Contenido del consentimiento informado en los actos médicos”, en *Actualidad Civil*, nº 18, 2008, pps. 2040 a 2041.

- “Res ipsa loquitur y responsabilidad civil del traumatólogo”, en *Diario La Ley*, nº 43, 2006, pps. 71 a 77.
- “Responsabilidad civil derivada de la práctica de una amniocentesis”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 33, 2005, pps. 60 a 64.

MAGÁN PERALES, Jose María y MORENO MOLINA, José Antonio (Directores) *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales*, El consultor, Madrid, 2005.

MAGRO SERVET, Vicente, “Las nuevas tecnologías aplicadas a la Medicina y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad médica”, en *Diario La Ley*, nº 7873, 2012, pps. 1 a 9.

MALINVAUD, Philippe, *Droit des obligations*, Litec, París, 1992.

MANNSDORFER, Thomas M., “Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, Wrongful life y Tendencias (Especial atención al derecho suizo)”, en *Revista de Derecho y genoma humano*, nº 15, 2001, pps. 85 a 120.

MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio, “El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. A propósito de la sentencia de 11 de mayo de 2001”, en *Diario La Ley*, nº 6, 2001, pps. 1587 a 1602.

MANUEL, Catherine y AUQUIER, Pascal, “Regreso al caso de la sangre contaminada”, en *Mundo Científico*, nº 171, 1996, pps. 710 a 719.

MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Daños por productos: estado de la cuestión*, Tecnos, Madrid, 2001.

MARÍN PRAT, Andrés, “Infección nosocomial y responsabilidad sanitaria”, en *Todo Hospital*, nº 38, 1987, pps. 47 a 50.

MARTÍ MARTÍ, Joaquim, “La certidumbre razonable de la probabilidad del resultado en la responsabilidad civil del abogado”, en *Diario La Ley*, nº 7114, 2009, pps. 1 a 9.

MARTÍN BERNAL, José Manuel, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley, Madrid, 1998.

MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, en *InDret*, nº 3, 2001, pps. 1 a 17.

- “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 60, 2002, pps. 1097 a 1122.
- “Comentario a la sentencia de 29 de mayo de 2003”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia de Civil*, nº 64, 2004, pps. 193 a 218.

- “Comentario a la sentencia de 10 de junio de 2004”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 67, 2005, pps. 361 a 378.
- “Comentario a la sentencia de 18 de mayo de 2006”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 73, 2007, pps. 517 a 544.
- “Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception)”, en *Diario La Ley*, nº 2, 2001, pps. 1640 a 1648.
- “Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)”, en *Indret*, nº 2, 2004, pps. 1 a 12.

MARTÍN IGLESIAS, M^a. Francisca, “Caso fortuito, fuerza mayor y consumidores”, en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, vol. 10, 2000, pps. 101 a 136.

MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luis (Director), *Derecho Médico* (volumen I), Tecnos, Madrid, 1986.

MARTÍNEZ – CALCERRADA, Luis y DE LORENZO, Ricardo (Coordinadores), *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario* (tomo I), Colex, Madrid, 2001.

- *Derecho Médico* (tomo I), Colex, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ – CALCERRADA y GÓMEZ, Luis, “Problemática sobre el informe <<Perruche>>”, en *Diario La Ley*, nº 1, 2003, pps. 1460 a 1464.

- *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil* (volumen II), Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001.

MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María, “Consentimiento informado”, en *Actualidad Civil*, nº 12, 2010, pps. 1446 a 1461.

- “El consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 3, 2003, pps. 5 a 32.

MARTÍNEZ – PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, “Algunos efectos producidos por la implantación del consentimiento informado en España”, en *Diario La Ley*, nº 6524, 2006, pps. 1 a 14.

- “El consentimiento informado en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo (I)”, en *Actualidad del derecho sanitario*, nº 122, 2005, pps. 876 a 891.

- “El consentimiento informado en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo (II)”, en *Actualidad del derecho sanitario*, nº 123, 2006, pps. 15 a 32.

- *La cirugía estética y su responsabilidad*, Comares, Granada, 1997.

- “La imprudencia punible del anestesista según la doctrina del Tribunal Supremo”, en *Actualidad Penal*, nº 15, 1994, pps. 283 a 291.
- “Las listas de espera desde el punto de vista jurídico”, en *Actualidad de Derecho Sanitario*, nº 96, 2003, pps. 557 a 514.

MAZEAUD, Henri, *Nouveau guide des exercices pratiques pour les licences en droit et en sciences économiques*, Éditions Montchrestien, Paris, 1977.

MAZZILLI, Elisabetta, “La acción de *Wrongful life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas”, en *Revista Aranzadi Civil – Mercantil*, nº 10, 2012, pps. 79 a 111.

MEDINA ALCOZ, Luis, “La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla – La Mancha. Reflexiones críticas”, en *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, nº 47, 2009, pps. 107 a 158.

- “La teoría de la pérdida de oportunidad”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 16, 2011, pps. 97 a 112.
- *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2007.

MEDINA CASTELLANO, Carmen Delia, “Consentimiento informado”, en *Revista ROL de Enfermería*, vol. 32, nº 10, 2009, pps. 21 a 26.

MEDINA, Graciela, “Responsabilidad por nacimiento con discapacidad. Wrongful birth. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, nº 5, 2008, pps. 469 a 491.

MÉJICA, Juan, *Legislación sobre sangre humana e infecciones de transmisión sanguínea*, Comares, Albolote, 1999.

- *Régimen jurídico del Sida*, Comares, Albolote, 1999.

MÉNDEZ SERRANO, María del Mar, “Comentario a la sentencia de 23 de noviembre de 2007”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 77, 2008, pps. 853 a 865.

MENDOZA BUERGO, Blanca (Editora), *Autonomía personal y decisiones médicas*, Thomson – Reuters, Cizur Menor, 2010.

MERINO MOLINS, Vicente, “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad”, en *Actualidad Administrativa*, nº 6, 2003, pps. 135 a 157.

MIR PUIGPELAT, Oriol, “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 140, 2008, pps. 629 a 652.

- MONTOYA, Adolfo G., *La cirugía estética. Qué es, qué no es*, Colección Fin de Siglo, Madrid, 1995.
- MORENO QUESADA, Bernardo, “Problemática de las obligaciones de hacer”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 60, 1976, pps. 467 a 502.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Directores), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009.
- MOURE GONZÁLEZ, Eugenio, “El consentimiento informado como derecho fundamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo”, en *Diario La Ley*, nº 7938, 2012, pps. 1 a 17.
- MUGA MUÑOZ, José Luis, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por el contagio de Sida”, en *Revista de Administración Pública*, nº 136, 1995, pps. 277 a 308.
- MULLIS, Alastair, “Wrongful conception unravelled”, en *Medical Law Review*, nº 1, 1993, pps. 320 a 335.
- MUNAR BERNAT, Pedro A., “Daños causados por actos médicos”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 18, 2004, pps. 449 a 484.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, “La responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio del virus del SIDA a través de transfusión de sangre [comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de diciembre de 1998]”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, nº 4, 1999, pps. 1713 a 1726.
- NÁJERA MARRONDO, R. y GÓNZALEZ LAHOZ, J. M. (Directores), *Infecciones oportunistas: bacterias y virus. Profilaxis y tratamiento*, Sociedad Española Interdisciplinaria del SIDA, Madrid, 1995.
- NAVARRO MICHEL, Mónica, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 72, 2006, pps. 1637 a 1658.
- “Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, nº 2, pps. 1197 a 1230.
- O’ CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (Coordinador), *Supuestos de responsabilidad civil*, La Ley, Madrid, 2010.
- “Nuevas orientaciones judiciales en materia de responsabilidad civil médica”, en *Diario La Ley*, nº 1, 2001, pps. 1 a 23.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Algete, 2005 .

ORTI VALLEJO, Antonio (Director) y GARCÍA GARNICA, María del Carmen (Coordinadora), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, *Lecciones de Derecho de Daños*, La Ley, Madrid, 2011.

OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, Eduardo, “El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. 17, nº 59, 2006 pps. 27 a 42.

PACHECO JIMÉNEZ, Nieves, “Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica”, en *Facultad de ciencias sociales de Cuenca*, nº 2, 2011, pps. 1 a 16.

PALAU BRETONES, Antonio, “Responsabilidad del personal sanitario”, en *Diario La Ley*, nº 6, 1999, pps. 1934 a 1957.

PANIZA FULLANA, Antonia, “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del *quantum* indemnizatorio”, en *Revista Aranzadi Civil – Mercantil*, vol. 1, nº 11, 2012, pps. 51 a 64.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995.

PARDO GATO, José Ricardo, “La excepción de los medicamentos respecto a las causas de exoneración de responsabilidad civil por *riesgos de desarrollo*. Un antes y un después de la sentencia de 10 de mayo de 2001 del TJC”, en *Diario La Ley*, nº 5810, 2003, pps. 1 a 30.

PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, “Comentario a la sentencia de 16 de julio de 1991”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 27, 1991, pps. 871 a 889.

- “Comentario a la sentencia de 5 de marzo de 1997”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 44, 1997, pps. 775 a 791.
- “Comentario a la sentencia de 5 de octubre de 1999”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 52, 2000, pps. 223 a 246.
- “Comentario a la sentencia de 17 de octubre de 2001”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 58, 2002, pps. 325 a 350.

PELAYO GONZÁLEZ – TORRE, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada, 2009.

- *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 1997.

PELAYO PARDOS, Santiago, “El futuro del consentimiento informado tras las últimas resoluciones judiciales”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 15, 1996, pps. 179 a 192.

- “La Hepatitis C y la Sala III del Tribunal Supremo”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 70, 2001, pps. 206 a 209.
- “SIDA, hepatitis y artículo 37 de la Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992. «La teoría de los riesgos del desarrollo»”, en *Diario La Ley*, nº 2, 1999, pps. 1709 a 1719.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, “Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 1998”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 47, 1998, pps. 777 a 796.

PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, “Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la <<ciencia>> o de la <<técnica>>”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 104, 1999, pps. 657 a 673.

PÉREZ PINEDA, Blanca y GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel, *Manual de valoraciones y baremación del daño corporal*, Comares, Granada, 1994.

PÉREZ – TENESSA, Antonio, “Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad”, en *Revista de Administración pública*, nº 154, 2001, pp. 47 a 62.

PÉREZ TOLÓN, Ernesto y LARIOS RISCO, David, “La teoría del daño desproporcionado en los dictámenes sobre responsabilidad sanitaria del consejo consultivo de Castilla – La Mancha”, en *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, nº 47, 2009, pps. 65 a 107.

PÉREZ VALLEJO, Ana María, “Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 110, 2012, pps. 14 a 31.

PICASSO, Sebastián, “Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 8, 2006, pps. 42 a 55.

PICAZO, Juan J. y ROMERO VIVAS, José, *Hepatitis y Sida*, Centro de Estudios Ciencias de la Salud, Madrid, 1997.

PIERRE, Philippe, “La réparation du manquement à l’information médicale : d’une indemnisation corporalisée à la mise en œuvre d’un droit créance”, en *Medicine et Droit*, vol. 2011, 2011, pps. 107 a 113.

PLAZA PENADÉS, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

- “Responsabilidad civil por contagio de sida en transfusión sanguínea”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 3, 1999, pps. 267 a 278.

- “Responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria por contagio de VIH y VHC”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 11, 2003, pps. 1 a 16.

PRIETO MOLINERO, Ramiro José, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Dykinson, Madrid, 2005.

PUEYO CALLEJA, Francisco Javier, “La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil y contencioso – administrativa”, en *Derecho y Salud*, vol. 17, nº 1, 2009, pps. 81 a 100.

PUPPE, Ingeborg, “La justificación de la intervención médica curativa”, en *InDret*, nº 404, 2007, pps. 1 a 14.

QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, “Apuntes sobre la responsabilidad civil del facultativo por denegación de asistencia sanitaria”, en *Diario La Ley*, nº 7, 2005, pps. 1 a 18.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis – Felipe, “Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 1997”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 44, 1997, pps. 663 a 674.

RAMÍREZ, José A., “La cirugía estética y el derecho”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3, 1960, pps. 195 a 240.

RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, “Nota sobre las posibles responsabilidades civiles por los daños asociados a la vacuna Gardasil contra el virus del papiloma humano (VPH)”, en *InDret*, nº 1, 2009, pps. 1 a 7.

- “La responsabilidad por medicamento en el Derecho alemán”, en *InDret*, nº 113, 2003, pps. 1 a 26.
- “Responsabilidad Civil por medicamento: el defecto de diseño”, en *InDret*, nº 287, 2006, pps. 1 a 28.

RAYMONDIS, Louis – Marie, “Psychiatrie et droit”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 72, 1974, pps 74 a 100.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

- *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y ÁLVAREZ LATA, Natalia (Coordinadores), *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

REQUERO IBAÑEZ, José Luis, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones”, en *Actualidad Administrativa*, nº 31, 2002, pps. 889 a 937.

REYES MONTERREAL, José María, *La responsabilidad del estado por error y anormal funcionamiento de la administración de justicia*, Colex, Madrid, 1995.

RIBOT IGUALADA, Jordi, “Comentario a la sentencia de 2 de julio de 2002”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 60, 2002, pps. 1159 a 1184.

- “Comentario a la sentencia de 22 de julio de 2003”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 64, 2004, pps. 395 a 418.
- “Comentario a la sentencia de 10 de mayo de 2006”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 74, 2007, pps. 773 a 800.

RICO – PÉREZ, Francisco, *La responsabilidad civil del farmacéutico*, Trivium, Ávila, 1984.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La responsabilidad médico – sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1997.

RIVES SEVA, José María, “Consideraciones generales acerca de la responsabilidad médica y sanitaria. Cuestiones de Derecho sustantivo y procesal en la materia”, en *Diario La Ley*, nº 6011, 2004, pps. 1 a 16.

ROCA TRÍAS, Encarna, “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, en *InDret*, nº 4, 2004, pps. 1 a 17.

RODA GARCÍA, Luis y GALÁN CORTÉS, Julio César, “Nuevas perspectivas en materia de criterios indemnizatorios como consecuencia del contagio del VIH y VHC”, en *Diario La Ley*, nº 3, 1999, pps. 2048 a 2050.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, José Luis, *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “La teoría de la pérdida de oportunidad. Comentario a una reciente monografía”, en *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, nº 1, 2009, pps. 6 a 26.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, “El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial”, en *Diario La Ley*, nº 7358, 2010, pps. 1 a 17.

RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1998”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, vol. 1, 1998, pps. 395 a 402.

- *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Bosch, Barcelona, 2004.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.

RODRÍGUEZ VARONA, Marta, “Responsabilidad civil médica, hospitalaria y su aseguramiento”, en *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, vol. 4, nº 6, 1997, pps. 7 a 77.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1988.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, “En torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria. A propósito de la STS de 3 octubre de 2000”, en *Actualidad Administrativa*, nº 44, 2001, pps. 1 a 19.

- *La medicina ante los derechos del paciente*, Montecorvo, Madrid, 2002.
- “Las acciones de wrongful birth y su problemática jurídica”, en *Diario La Ley*, nº 7231, 2009, pps. 1 a 16.
- “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 722, 2010, pps. 2559 a 2608.
- “Responsabilidad civil y culpa virtual de la Administración Pública sanitaria”, en *Actualidad Administrativa*, nº 9, 2005, pps. 1035 a 1041.

ROMERO PAREJA, Agustín, “Consentimiento informado ante la donación de órganos para trasplante”, en *Diario La Ley*, nº 7544, 2011, pps. 1 a 28.

ROTH, Robert, “Congenital disabilities and the Law”, en *Clinics in perinatology*, nº 34, 2007, pps. 263 a 273.

ROYO – VILLANOVA, Ricardo, *Cirugía estética*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958.

RUBIO TORRANO, Enrique, “Pérdida de oportunidad, falta de consentimiento informado y responsabilidad de la administración sanitaria”, en *Aranzadi Civil*, nº 3, 2009, pps. 2681 a 2684.

- “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”, en *Aranzadi Civil – Mercantil*, vol. 2, nº 3, 2012, pps. 53 a 59.

RUIZ GARCÍA, Carlos Alberto y MARÍN GARCÍA, Ignacio, “Producto inseguro y producto defectuoso”, en *InDret*, nº 388, 2006, pps. 1 a 20.

RUIZ LARREA, Nekane, “El daño en la procreación”, en *Diario La Ley*, nº 1, 1998, pps. 2039 a 2046.

- RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones I*, Universidad Complutense, Madrid, 1981.
- RUIZ VADILLO, E., *La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales*, Instituto de Fomento Sanitario, Madrid, 1996.
- RUVIRA BALLESTER, V., *Sida*, Ediciones Mensajero, Bilbao, 1987.
- SALÀS DARROCHA, Josep Tomàs, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life ante la Jurisdicción Contencioso – Administrativa”, en *Actualidad Administrativa*, nº 22, 2005, pps. 2692 a 2711.
- SALLET, Frédérique, *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, L.G.D.J., París, 1994.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (Coordinadores), “110 casos de Derecho de daños (2004 – 2010)”, en *InDret*, nº 4, 2011, pps. 1 a 137.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; RAMOS GONZÁLEZ, Sonia y LUNA YERGA, Álvaro, “Un ojo de la cara”, en *InDret*, nº 3, 2000, pps. 1 a 24.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, “Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia. Nota a las SSTs 1ª, 5.7.2001 y 17.10.2001”, en *InDret*, nº 2, 2002, pps. 1 a 4.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, SEUBA, Joan Carles, RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, LUNA YERGA, Álvaro y RUIZ, Juan Antonio, “Hepatitis y riesgos de desarrollo”, en *InDret*, nº 1, 2000, pps. 1 a 14.
- SALVADOR CODERCH, PABLO Y SOLÉ FELIU, JOSEP, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, en Marcial Pons, Madrid, 1999.
- “Causalidad y responsabilidad”, en *InDret*, nº 1, 2000, pps. 1 a 14.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, SOLÉ FELIU, Josep, SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, CARRASCO MARTÍN, Jordi y LUNA YERGA, Álvaro, “Los riesgos de desarrollo”, en *InDret*, nº 1, 2001, pps. 1 a 30.
- SÁNCHEZ – CALERO ARRIBAS, Blanca, “El consentimiento informado en el acto médico”, en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 49, 2007, pps. 43 a 68.
- SÁNCHEZ CARO, Javier, “En torno a la certeza en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad”, en *Revista española de la Función Consultiva*, nº 16, 2011, pps. 121 a 126.
- SÁNCHEZ – CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando, *Derechos y deberes de los pacientes*, Comares, Granada, 2003.

SÁNCHEZ – CARO, Jesús y SÁNCHEZ – CARO, Javier, *Consentimiento informado en psiquiatría*, Ediciones Días de Santos, Madrid, 2002.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, “Comentario a la sentencia de 12 de julio de 1994”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 38, 1995, pps. 471 a 488.

- “Comentario a la sentencia de 2 de diciembre de 1996”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 43, 1997, pps. 341 a 352.
- “Comentario a la sentencia de 30 de mayo de 1997”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 45, 1997, pps. 1059 a 1079.
- *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, “Función y desnaturalización de los protocolos de consentimiento informado”, en *Revista jurídica del notariado*, nº 65, 2008, pps. 314 a 342.

SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, “Los riesgos del desarrollo, causa de exoneración en algunos supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *Derecho y Salud*, vol. 7, nº 2, 1999, pps. 49 a 58.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Kyrenia y ALESSANDRINI GONZÁLEZ, Roidel, “Algunas consideraciones éticas sobre la cirugía plástica” en *Revista Cubana de Cirugía*, vol. 46, 2007, pps. 1 a 12.

SANCHO GALLARDO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, en *InDret*, nº 209, 2004, pps. 1 a 25.

SANTESMASES, María Jesús, “Hacia descendencias saludables: algunos orígenes del diagnóstico prenatal en España”, en *Asclepio. Revista de Historia de la Medicina y de la Ciencia*, vol. LX, nº 1, enero – junio, 2008, pps. 129 a 150.

SANTOS BRIZ, Jaime, “La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 68, 1984, pps. 557 a 564.

SANZ ACOSTA, Luis, “Consecuencia de la omisión de riesgos personalizados en el consentimiento informado”, en *Diario La Ley*, nº 4468, 2013, pps. 1 a 3

SANZ CID, Marta, VEGA GUTIÉRREZ, Javier, MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín, *Sida: aspectos médico – legales y deontológicos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

SARRATO MARTÍNEZ, Luis, “En torno a la responsabilidad médica en materia de medicamentos”, en *Actualidad Administrativa*, nº 22, 2006, pps. 2692 a 2703.

- “La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico – sanitaria”, en *Diario La Ley*, nº 6968, 2008, pps. 1 a 3.

SAVATIER R., “L’évolution de la responsabilité du médecin anesthésiste”, en *Cahiers Laënnec*, vol. 2, 1969, pps. 52 a 62.

SEIJAS QUINTANA, Jose Antonio, “Responsabilidad civil médico – sanitaria: ejercicio y condicionamientos”, en *Actualidad Civil*, nº 2, 1995, pps. 301 a 316.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la administración sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria”, en *Derecho y Salud*, vol. 2, nº 1, 1994, pps. 5 a 16.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Elcano, 2000.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, “Ayudas a los contagiados por el VHC en el sistema sanitario público”, en *InDret*, nº 3, 2000, pps. 1 a 6.

- “Comentario a la sentencia de 12 de enero de 2001”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 56, 2001, pps. 719 a 744.
- “Consentimiento informado en sedación. Breve consideración sobre el “caso Leganés”, en *InDret*, nº 278, 2005, pps. 1 a 8.
- “Contagio transfusional del VHC”, en *InDret*, nº 262, 2005, pps. 1 a 5.
- “Hepatitis C”, en *InDret*, nº 1, 2000, pps. 1 a 10.
- “La Ley 14/2002, de 5 de junio, de ayudas sociales a hemofílicos contagiados con el VHC”, en *InDret*, nº 95, 2002, pps. 1 a 5.
- “La responsabilidad civil por uso de sangre o productos hemoderivados contaminados. Un estudio jurisprudencial”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 13, 1999, pps. 379 a 467.
- *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas*, Civitas, Madrid, 2002.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, FARNÓS AMORÓS, Esther y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “Daños causados por personas con trastornos mentales”, en *InDret*, nº 205, 2004, pps. 1 a 28.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, RAMOS GONZÁLEZ, Sonia y LUNA YERGA, Álvaro, “Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades”, en *InDret*, nº 3, 2002, pps. 1 a 14.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia del médico anestesista: la perspectiva del Tribunal Supremo”, en *Derecho y Salud*, vol. 2, 1994, pps. 39 a 58.

- “La responsabilidad penal por contagio hospitalario”, en *Derecho y Salud*, vol. 8, nº 1, 2000, pps. 47 a 58.

SISO MARTÍN, Juan, “La tesis de la pérdida de oportunidad médica (I)”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 154, 2008, pps. 764 a 767.

- *Responsabilidad sanitaria y legalidad en la práctica clínica*, Junta de Andalucía, Granada, 2003.

SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la sentencia de 28 de mayo de 2012”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 91, 2013, pps. 265 a 286.

SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Ediciones Nauta S.A, Barcelona, 1965.

- “Error de diagnóstico. Su valoración penal”, en *Diario La Ley*, nº 6, 2001, pps.1 a 3.

SOUPLET, Isabelle, “Interruption médicale de grossesse abusive et perte de chance”, en *Actualité juridique: droit administratif*, nº 11, 2006, pps. 602 a 603.

SUNN, Antor, *Errores Médicos*, Editorial Polémica, Barcelona, 2003.

TAUB SHEILA, JD, “The limits of liability for pshychiatric malpractice”, en *Legal Medicine*, 1985, pps. 258 a 270.

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, “Responsabilidad civil médica. Doctrina del daño desproporcionado”, en *Revista Crítica de Derecho inmobiliaria*, nº 3, 2003, pps. 3437 a 3442.

- “Responsabilidad sanitaria. Contagio de hepatitis vírica por transfusión de sangre contaminada”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 81, 2005, pps. 1083 a 1089.

TORADO SORIA, Salvador, “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”, en *Derecho y Salud*, vol. 14, nº 1, 2006, pps. 127 a 148.

TRIGO GARCÍA, Belén; GALLAS TORREIRA, Mercedes y PUGA MARTÍNEZ, Amalia, “El consentimiento a la donación de órganos: profesionales sanitarios, pacientes y familiares”, en *Derecho y Salud*, vol. 18, nº 2, 2009, pps. 59 a 69.

TRUCKOR, Michelle L., “The loss of chance doctrine: Legal recovery for patients on the edge of survival”, en *University Dayton Law Review*, nº 24, 1998, pps. 349 a 373.

VADILLO ROBREDO, Goretti, “Notas a los <<riesgos del desarrollo>> o el <<estado de la ciencia>> en la responsabilidad civil por productos defectuosos”, en *Estudios de Deusto*, vol. 1, nº 46, 1998, pps. 227 a 283.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Manuales de metodología jurídica* (volumen I), Fundación Cultural del notariado, Madrid, 2004.

- *Manuales de Metodología Jurídica* (volumen III), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004.
- *Manuales de Metodología Jurídica* (volumen IV), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004.
- *Metodología de la Determinación del Derecho* (volumen I), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

VÁZQUEZ FERREYRA, R. y TALLONE, F., *Derecho Médico y Mala Praxis*, Juris, Rosario, 2000.

VÁZQUEZ – PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, “La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular: la anorexia nerviosa”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 91, 2007, pps. 29 a 62.

VEGA TEJEDOR, Rafael, “Riesgos del desarrollo o caso fortuito intrínseco”, en *Acciones en Investigaciones Sociales*, nº 9, 1999, pps. 125 a 136.

VERGER GARAU, G. y LÓPEZ – VALEIRAS, María Luisa, “Higiene Hospitalaria. Infección quirúrgica”, en *Revista ROL de enfermería*, nº 42 – 43, 1981, pps. 26 a 33.

VIANA CONDE, Antonio y DE SAS FOJÓN, Antón, “El consentimiento informado del enfermo”, en *Diario La Ley*, tomo 2, 1996, pps. 1 a 18.

VICENTE DOMINGO, Elena y BELLO PAREDES, Santiago A., “La responsabilidad de las administraciones públicas por los riesgos del desarrollo en el ámbito sanitario, a la luz de la última jurisprudencia del TJCE”, en *Actualidad Civil*, nº 2, 2002, pps. 535 a 544.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991.

- *Tópica y Jurisprudencia*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2007.

VILAR, Charles, “L’evolution des responsabilités du chirurgien et de l’anesthésiste”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº 74, 1974, pps. 739 a 765.

VINEY, G., y JOURDAIN, P., *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., París, 2006.

VIÑES RUEDA, José Javier, “Responsabilidad por contagio al paciente: desde el profesional y desde el medio. Una visión asistencial”, en *Derecho y Salud*, vol. 10, nº 2, 2002, pps. 35 a 46.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, “La responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencia”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 11, 2003, pps. 403 a 415.

- “Responsabilidad médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial, en *Revista de Derecho patrimonial*, nº 11, 2003, pps. 403 a 416.

WARNER, Mark A., y FAUST, Ronald J., “Risk of Transfusion”, en *Anesthesiology clinics of north america*, nº 8, 1999, pps. 501 a 517.

WEBB, Greg G., “The law of falling objects: *Byrne v. Boadle* and the birth of res ipsa loquitur”, en *Stanford Law Review*, vol. 59, 2007, pps. 1065 a 1109.

WIERZBA, Sandra M., *Sida y responsabilidad civil*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1996.

XIOL RÍOS, Juan Antonio, “El consentimiento informado”, en *Revista española de la función consultiva*, nº 14, 2010, pps. 21 a 84.

- “El daño moral y la pérdida de oportunidad”, en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 1, nº 109, 2010, pps. 9 a 38.

XIOL RÍOS, Juan Antonio y BASTIDA, Francisco José, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012.

YEBRA – PIMENTEL VILAR, Paula – Carolina, *El consentimiento informado: criterios legales y jurisprudenciales*, Difusión Jurídica, Madrid, 2012.

YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A., “Pérdida de oportunidad”, en *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, vol. 6, nº 2, 2011, pps. 1 a 36.

YOSHIKAWA, T. Thomas y Norman, DEAN C. (Editores), *Infectious disease in the aging*, Humana Press, New York, 2009.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Comentario a la sentencia de 31 de enero de 1990”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 22, 1990, pps. 279 a 290.

- “Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 1998”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 50, 1999, pps. 533 a 542.
- *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

I. SALA PRIMERA.

STS, (Sala Primera), 25 – IV – 1994, (rc 1876/1991).
STS, (Sala Primera), 18 – II – 1997, (rc 892/1993).
STS, (Sala Primera), 6 – VI – 1997, (rc 165/1993).
STS, (Sala Primera), 1 – VII – 1997, (rc 1937/1993).
STS (Sala Primera), 22 – VII – 1997, (rc 2467/1993).
STS, (Sala Primera), 11 – II – 1998, (rc 197/1994).
STS, (Sala Primera), 22 – V – 1998, (rc 971/1994).
STS, (Sala Primera), 5 – VI – 1998, (rc 531/1998).
STS, (Sala Primera), 10 – X – 1998, (rc 1496/1994).
STS, (Sala Primera), 9 – XII – 1998, (rc 2159/1994).
STS, (Sala Primera), 4 – II – 1999, (rc 2236/1994).
STS, (Sala Primera), 8 – II – 2000, (rc 1437/1995).
STS, (Sala Tercera), 8 – II – 2000, (rc 1440/1995).
STS, (Sala Primera), 12 – II – 2000, (rc 1562/1996).
STS, (Sala Primera), 17 – II – 2000, (rc 1289/1995).
STS, (Sala Primera), 7 – III – 2000, (rc 1694/1995).
STS, (Sala Primera), 11 – IV – 2000, (rc 2077/1995).
STS, (Sala Primera), 18 – IV – 2000, (rc 2113/1995).
STS, (Sala Primera), 20 – VII – 2000, (rc 2479/1995).
STS, (Sala Primera), 26 – IX – 2000, (rc 4448/1997).
STS, (Sala Primera), 29 – IX – 2000, (rc 2644/1995).
STS, (Sala Primera), 19 – X – 2000, (rc 2423/1995).
STS, (Sala Primera), 22 – X – 2003, (rc 4078/1997).
STS, (Sala Primera), 23 – X – 2000, (rc 3027/1995).
STS, (Sala Primera), 2 – XI – 2000, (rc 3161/1995).
STS, (Sala Primera), 20 – XI – 2000, (rc 3314/1995).
STS, (Sala Primera), 28 – XI – 2000, (rc 1883/1994).
STS, (Sala Primera), 12 – I – 2001, (rc 3688/1995).

STS, (Sala Primera), 5 – II – 2001, (rc 35/1996).

STS, (Sala Primera), 6 – II – 2001, (rc 47/1996).

STS, (Sala Primera), 12 – II – 2001, (rc 136/1996).

STS, (Sala Primera), 19 – II – 2001, (rc 568/1996).

STS, (Sala Primera), 20 – III – 2001, (rc 567/1996).

STS, (Sala Primera), 23 – III – 2001, (rc 954/1996).

STS, (Sala Primera), 26 – III – 2001, (rc 882/1996).

STS, (Sala Primera), 27 – III – 2001, (rc 263/1996).

STS, (Sala Primera), 3 – IV – 2001, (rc 900/1996).

STS, (Sala Primera), 4 – IV – 2001, (rc 913/1996).

STS, (Sala Primera), 4 – IV – 2001, (rc 913/1999).

STS, (Sala Primera), 10 – IV – 2001, (rc 264/1996).

STS, (Sala Primera), 11 – V – 2001, (rc 1044/1996).

STS, (Sala Primera), 4 – VI – 2001, (rc 1071/1996).

STS, (Sala Primera), 11 – VI – 2001, (rc 1360/1996).

STS, (Sala Primera), 12 – VI – 2001, (rc 1185/1996).

STS, (Sala Primera), 16 – VI – 2001, (rc 569/1997).

STS, (Sala Primera), 21 – VI – 2001, (rc 1459/1996).

STS, (Sala Primera), 19 – VII – 2001, (rc 1581/1996).

STS, (Sala Primera), 27 – IX – 2001, (rc 1859/1996).

STS, (Sala Primera), 17 – X – 2001, (rc 867/2000).

STS, (Sala Primera), 26 – XI – 2001, (rc 2245/1996).

STS, (Sala Primera), 11 – XII – 2001, (rc 2017/1996).

STS, (Sala Primera), 11 – IV – 2002, (rc 3422/1996).

STS, (Sala Primera), 17 – V – 2002, (rc 3475/1996).

STS, (Sala Primera), 7 – VI – 2002, (rc 3808/1996).

STS, (Sala Primera), 7 – VI – 2002, (rc 3834/1996).

STS, (Sala Primera), 11 – IV – 2002, (rc 711/1998).

STS, (Sala Primera), 11 – IV – 2002, (rc 3422/1996).

STS, (Sala Primera), 11 – VI – 2002, (rc 3951/1996).

STS, (Sala Primera), 21 – VI – 2002, (rc 3948/1996).

STS, (Sala Primera), 25 – VI – 2002, (rc 68/1997).

STS, (Sala Primera), 2 – VII – 2002, (rc 2769/1996).

STS, (Sala Primera), 10 – VII – 2002, (rc 109/1997).

STS, (Sala Primera), 31 – VII – 2002, (rc 281/1997).
STS, (Sala Primera), 25 – X – 2002, (rc 1121/1997).
STS, (Sala Primera), 18 – XI – 2002, (rc 1144/1997).
STS, (Sala Primera), 29 – XI – 2002, (rc 1270/1997).
STS, (Sala Primera), 18 – XII – 2002, (rc 3194/2000).
STS, (Sala Primera), 23 – XII – 2002, (rc 1761/1997).
STS, (Sala Primera), 31 – I – 2003, (rc 1897/1997).
STS, (Sala Primera), 7 – IV – 2003, (rc 2688/1997).
STS, (Sala Primera), 10 – IV – 2003, (rc 2741/1997).
STS, (Sala Primera), 16 – IV – 2003, (rc 2846/1997).
STS, (Sala Primera), 8 – V – 2003, (rc 2731/1997).
STS, (Sala Primera), 27 – V – 2003, (rc 2837/1997).
STS, (Sala Primera), 29 – V – 2003, (rc 3119/1997).
STS, (Sala Primera), 25 – VI – 2003, (rc 3272/1997).
STS, (Sala Primera), 2 – VII – 2003, (rc 3378/1997).
STS, (Sala Primera), 22 – VII – 2003, (rc 3871/1997).
STS, (Sala Primera), 23 – VII – 2003, (rc 4013/1997).
STS, (Sala Primera), 8 – IX – 2003, (rc 3583/1999).
STS, (Sala Primera), 15 – IX – 2003, (rc 1759/1997).
STS, (Sala Primera), 18 – XII – 2003, (rc 776/1998).
STS, (Sala Primera), 30 – I – 2004, (rc 682/1998).
STS, (Sala Primera), 10 – II – 2004, (rc 756/1998).
STS, (Sala Primera), 12 – II – 2004, (rc 789/1999).
STS, (Sala Primera), 8 – III – 2004, (rc 1150/1998).
STS, (Sala Primera), 12 – III – 2004, (rc 1424/1998).
STS, (Sala Primera), 18 – III – 2004, (rc 1339/1998).
STS, (Sala Primera), 25 – III – 2004, (rc 1449/1998).
STS, (Sala Primera), 26 – III – 2004, (rc 1458/1998).
STS, (Sala Primera), 27 – III – 2004, (rc 1260/1999).
STS, (Sala Primera), 31 – III – 2004, (rc 1572/1998).
STS, (Sala Primera), 7 – IV – 2004, (rc 821/1998).
STS, (Sala Primera), 20 – V – 2004, (rc 1078/1998).
STS, (Sala Primera), 10 – VI – 2004, (rc 2354/1998).
STS, (Sala Primera), 22 – VI – 2004, (rc 2417/1998).

STS, (Sala Primera), 19 – VII – 2004, (rc 3340/1999).
STS, (Sala Primera), 22 – VII – 2004, (rc 2739/1998).
STS, (Sala Primera), 15 – IX – 2004, (rc 2812/1998).
STS, (Sala Primera), 23 – IX – 2004, (rc 2656/1998).
STS, (Sala Primera), 7 – X – 2004, (rc 2522/1998).
STS, (Sala Primera), 29 – X – 2004, (rc 2883/1998).
STS, (Sala Primera), 23 – IX – 2004, (rc 2650/1998).
STS, (Sala Primera), 15 – XI – 2004, (rc 3138/1998).
STS, (Sala Primera), 17 – XI – 2004, (rc 5332/2000).
STS, (Sala Primera), 15 – XII – 2004, (rc 3525/1998).
STS, (Sala Primera), 23 – XII – 2004, (rc 3451/1998).
STS, (Sala Primera), 30 – XII – 2004, (rc 3436/1998).
STS, (Sala Primera), 17 – I – 2005, (rc 3577/1999).
STS, (Sala Primera), 8 – II – 2005, (rc 3760/1998).
STS, (Sala Primera), 24 – III – 2005, (rc 4088/1998).
STS, (Sala Primera), 29 – III – 2005, (rc 4112/1998).
STS, (Sala Primera), 23 – VI – 2005, (rc 647/1999).
STS, (Sala Primera), 25 – VI – 2005, (rc 3272/1999).
STS, (Sala Primera), 29 – IX – 2005, (rc 189/1999).
STS, (Sala Primera), 6 – X – 2005, (rc 1110/1999).
STS, (Sala Primera), 21 – X – 2005, (rc 1039/1999).
STS, (Sala Primera), 24 – XI – 2005, (rc 1481/1999).
STS, (Sala Primera), 24 – XI – 2005, (rc 1557/1999).
STS, (Sala Primera), 5 – XII – 2005, (rc 4932/1999).
STS, (Sala Primera), 21 – XII – 2005, (rc 1986/1999).
STS, (Sala Primera), 8 – II – 2006, (rc 2297/1999).
STS, (Sala Primera), 14 – II – 2006, (rc 2249/1999).
STS, (Sala Primera), 15 – II – 2006, (rc 2626/1999).
STS, (Sala Primera), 23 – II – 2006, (rc 2519/1999).
STS, (Sala Primera), 23 – III – 2006, (rc 3189/1999).
STS, (Sala Primera), 10 – V – 2006, (rc 3476/1999).
STS, (Sala Primera), 18 – V – 2006, (rc 3337/1999).
STS, (Sala Primera), 18 – V – 2006, (rc 3785/1999).
STS, (Sala Primera), 23 – V – 2006, (rc 2761/1999).

STS, (Sala Primera), 26 – V – 2006, (rc 3971/1998).
STS, (Sala Primera), 20 – VI – 2006, (rc 3935/1999).
STS, (Sala Primera), 21 – VI – 2006, (rc 4907/1999).
STS, (Sala Primera), 26 – VI – 2006, (rc 4072/1999).
STS, (Sala Primera), 27 – VI – 2006, (rc 4116/1999).
STS, (Sala Primera), 18 – VII – 2006, (rc 4019/1999).
STS, (Sala Primera), 18 – VII – 2006, (rc 4409/1999).
STS, (Sala Primera), 26 – VII – 2006, (rc 3442/1999).
STS, (Sala Primera), 4 – X – 2006, (rc 2873/1999).
STS, (Sala Primera), 5 – X – 2006, (rc 4856/1999).
STS, (Sala Primera), 15 – XI – 2006, (rc 771/200).
STS, (Sala Primera), 16 – XI – 2006, (rc 1106/2000).
STS, (Sala Primera), 17 – XI – 2006, (rc 793/1999).
STS, (Sala Primera), 18 – XII – 2006, (rc 59/2000).
STS, (Sala Primera), 21 – XII – 2006, (rc 19/2000).
STS, (Sala Primera), 5 – I – 2007, (rc 161/2000).
STS, (Sala Primera), 16 – I – 2007, (rc 5060/2002).
STS, (Sala Primera), 24 – I – 2007, (rc 4278/1999).
STS, (Sala Primera), 6 – II – 2007, (rc 21/2000).
STS, (Sala Primera), 13 – IV – 2007, (rc 1250/2000).
STS, (Sala Primera), 16 – IV – 2007, (rc 1368/2000).
STS, (Sala Primera), 16 – IV – 2007, (rc 1667/2000).
STS, (Sala Primera), 17 – IV – 2007, (rc 1007/2000).
STS, (Sala Primera), 17 – IV – 2007, (rc 1773/2000).
STS, (Sala Primera), 26 – IV – 2007, (rc 1919/2000).
STS, (Sala Primera), 30 – IV – 2007, (rc 1018/2000).
STS, (Sala Primera), 7 – V – 2007, (rc 1871/2000).
STS, (Sala Primera), 8 – V – 2007, (rc 1879/2000).
STS, (Sala Primera), 16 – V – 2007, (rc 1818/1997).
STS, (Sala Primera), 16 – V – 2007, (rc 3173/2000).
STS, (Sala Primera), 22 – V – 2007, (rc 2306/2000).
STS, (Sala Primera), 22 – V – 2007, (rc 2372/2000).
STS, (Sala Primera), 23 – V – 2007, (rc 1940/2000).
STS, (Sala Primera), 23 – V – 2007, (rc 1984/2000).

STS, (Sala Primera), 30 – V – 2007, (rc 1018/2000).
STS, (Sala Primera), 30 – V – 2007, (rc 2049/2000).
STS, (Sala Primera), 12 – VI – 2007, (rc 2322/2000).
STS, (Sala Primera), 19 – VI – 2007, (rc 2047/2000).
STS, (Sala Primera), 29 – VI – 2007, (rc 2094/2000).
STS, (Sala Primera), 4 – VII – 2007, (rc 2636/2000).
STS, (Sala Primera), 6 – VII – 2007, (rc 3036/2000).
STS, (Sala Primera), 10 – VII – 2007, (rc 3746/2000).
STS, (Sala Primera), 19 – VII – 2007, (rc 1733/2000).
STS, (Sala Primera), 19 – VII – 2007, (rc 2853/2000).
STS, (Sala Primera), 19 – VII – 2007, (rc 3500/2000).
STS, (Sala Primera), 20 – VII – 2007, (rc 113/2000).
STS, (Sala Primera), 12 – IX – 2007, (rc 3360/2000).
STS, (Sala Primera), 25 – IX – 2007, (rc 2013/2000).
STS, (Sala Primera), 4 – X – 2007, (rc 4813/2000).
STS, (Sala Primera), 19 – X – 2007, (rc 3107/2000).
STS, (Sala Primera), 19 – X – 2007, (rc 3933/2000).
STS, (Sala Primera), 14 – XI – 2007, (rc 4595/2000).
STS, (Sala Primera), 16 – XI – 2007, (rc 4351/2000).
STS, (Sala Primera), 16 – XI – 2007, (rc 4428/2000).
STS, (Sala Primera), 22 – XI – 2007, (rc 4358/2000).
STS, (Sala Primera), 23 – XI – 2007, (rc 4469/2000).
STS, (Sala Primera), 28 – XI – 2007, (rc 4881/2000).
STS, (Sala Primera), 28 – XI – 2007, (rc 4889/2000).
STS, (Sala Primera), 4 – XII – 2007, (rc 4051/2000).
STS, (Sala Primera), 4 – XII – 2007, (rc 4241/2000).
STS, (Sala Primera), 5 – XII – 2007, (rc 3823/2000).
STS, (Sala Primera), 5 – XII – 2007, (rc 4252/2000).
STS, (Sala Primera), 28 – XII – 2007, (rc 4953/2000).
STS, (Sala Primera), 16 – I – 2008, (rc 4984/2000).
STS, (Sala Primera), 12 – II – 2008, (rc 5419/2000).
STS, (Sala Primera), 12 – III – 2008, (rc 180/2001).
STS, (Sala Primera), 9 – V – 2008, (rc 537/2001).
STS, (Sala Primera), 14 – V – 2008, (rc 621/2002).

STS, (Sala Primera), 15 – V – 2008, (rc 279/2001).
STS, (Sala Primera), 10 – VI – 2008, (rc 2897/2002).
STS, (Sala Primera), 18 – VI – 2008, (rc 3421/2001).
STS, (Sala Primera), 19 – VI – 2008, (rc 3467/2001).
STS, (Sala Primera), 20 – VI – 2008, (rc 980/2001).
STS, (Sala Primera), 17 – VII – 2008, (rc 39/2002).
STS, (Sala Primera), 21 – VII – 2008, (rc 360/2007).
STS, (Sala Primera), 29 – VII – 2008, (rc 541/2002).
STS, (Sala Primera), 17 – IX – 2008, (rc 653/2002).
STS, (Sala Primera), 17 – IX – 2008, (rc 5077/2000).
STS, (Sala Primera), 15 – X – 2008, (rc 2127/2003).
STS, (Sala Primera), 23 – X – 2008, (rc 870/2003).
STS, (Sala Primera), 24 – X – 2008, (rc 1894/2003).
STS, (Sala Primera), 17 – XI – 2008, (rc 1560/2003).
STS, (Sala Primera), 18 – XII – 2008, (rc 3194/2000).
STS, (Sala Primera), 19 – XII – 2008, (rc 2075/2002).
STS, (Sala Primera), 21 – I – 2009, (rc 1746/2003).
STS, (Sala Primera), 23 – I – 2009, (rc 2250/2003).
STS, (Sala Primera), 6 – II – 2009, (rc 2640/2003).
STS, (Sala Primera), 28 – II – 2009, (rc 5344/2000).
STS, (Sala Primera), 3 – III – 2010, (rc 956/2006).
STS, (Sala Primera), 26 – III – 2009, (rc 2024/2002).
STS, (Sala Primera), 20 – V – 2009, (rc 328/2005).
STS, (Sala Primera), 29 – V – 2009, (rc 2745/2004).
STS, (Sala Primera), 12 – VI – 2009, (rc 2189/2002).
STS, (Sala Primera), 30 – VI – 2009, (rc 137/2002).
STS, (Sala Primera), 30 – VI – 2009, (rc 222/2005).
STS, (Sala Primera), 29 – I – 2010, (rc 2318/2005).
STS, (Sala Primera), 16 – III – 2010, (rc 1067/2006).
STS, (Sala Primera), 13 – VII – 2010, (rc 1523/2006).
STS, (Sala Primera), 22 – VII – 2010, (rc 1891/2006).
STS, (Sala Primera), 22 – IX – 2010, (rc 1004/2006).
STS, (Sala Primera), 27 – IX – 2010, (rc 2222/2006).
STS, (Sala Primera), 27 – IX – 2010, (rc 2224/2006).

STS, (Sala Primera), 29 – IX – 2010, (rc 951/2006).
STS, (Sala Primera), 20 – X – 2010, (rc 428/2006).
STS, (Sala Primera), 4 – XI – 2010, (rc 444/2007).
STS, (Sala Primera), 17 – XI – 2010, (rc 1308/2007).
STS, (Sala Primera), 25 – XI – 2010, (rc 1644/2006).
STS, (Sala Primera), 10 – XII – 2010, (rc 860/2007).
STS, (Sala Primera), 19 – I – 2011, (rc 1331/2007).
STS, (Sala Primera), 20 – I – 2011, (rc 1565/2007).
STS, (Sala Primera), 11 – II – 2011, (rc 1888/2007).
STS, (Sala Primera), 4 – III – 2011, (rc 1918/2007).
STS, (Sala Primera), 13 – V – 2011, (rc 83/2008).
STS, (Sala Primera), 31 – V – 2011, (rc 128/2008).
STS, (Sala Primera), 1 – VI – 2011, (rc 791/2008).
STS, (Sala Primera), 16 – I – 2012, (rc 2243/2008).
STS, (Sala Primera), 27 – II – 2012, (rc 343/2009).
STS, (Sala Primera), 30 – III – 2012, (rc 1050/2009).
STS, (Sala Primera), 18 – V – 2012, (rc 2002/2009).
STS, (Sala Primera), 24 – V – 2012, (rc 2128/2009).

II. SALA TERCERA.

STS, (Sala Tercera), 11 – V – 1999, (rc 9655/1995).
STS, (Sala Tercera), 31 – V – 1999, (rc 2132/1995).
STS, (Sala Tercera), 28 – III – 2000, (rc 6524/1996).
STS, (Sala Tercera), 4 – IV – 2000, (rc 8065/1995).
STS, (Sala Tercera), 4 – IV – 2000, (rc 9724/1997).
STS, (Sala Tercera), 13 – IV – 2000, (rc 1016/1998).
STS, (Sala Tercera), 14 – IV – 2000, (rc 10073/1997).
STS, (Sala Tercera), 3 – V – 2000, (rc 7498/1997).
STS, (Sala Tercera), 9 – V – 2000, (rc 7499/2000).
STS, (Sala Tercera), 6 – VI – 2000, (rc 2681/1996).
STS, (Sala Tercera), 3 – X – 2000, (rc 3805/1996).
STS, (Sala Tercera), 7 – X – 2000, (rc 8635/1995).
STS, (Sala Tercera), 10 – X – 2000, (rc 5078/1997).

STS, (Sala Tercera), 17 – X – 2000, (rc 9201/1995).
STS, (Sala Tercera), 19 – X – 2000, (rc 2892/2000).
STS, (Sala Tercera), 30 – X – 2000, (rc 8549/1999).
STS, (Sala Tercera), 27 – XI – 2000, (rc (8252/1996).
STS, (Sala Tercera), 27 – I – 2001, (rc 6360/1996).
STS, (Sala Tercera), 10 – II – 2001, (rc 6806/1996).
STS, (Sala Tercera), 12 – II – 2001, (rc 7513/1996).
STS, (Sala Tercera), 26 – III – 2001, (rc 895/1996).
STS, (Sala Tercera), 17 – IV – 2001, (rc 9435/1996).
STS, (Sala Tercera), 11 – V – 2001, (rc 5190/2000).
STS, (Sala Tercera), 18 – V – 2001, (rc 8201/1996).
STS, (Sala Tercera), 7 – VI – 2001, (rc 538/1997).
STS, (Sala Tercera), 19 – VI – 2001, (rc 1406/1997).
STS, (Sala Tercera), 21 – VI – 2001, (rc 1108/1997).
STS, (Sala Tercera), 3 – VII – 2001, (rc 3243/1997).
STS, (Sala Tercera), 14 – VII – 2001, (rc 2280/1997).
STS, (Sala Tercera), 24 – IX – 2001, (rc 4596/1997).
STS, (Sala Tercera), 2 – X – 2001, (rc 6092/1997).
STS, (Sala Tercera), 6 – X – 2001, (rc 5097/1997).
STS, (Sala Tercera), 17 – X – 2001, (rc 8237/1997).
STS, (Sala Tercera), 14 – XI – 2001, (rc 8397/1997).
STS, (Sala Tercera), 22 – XI – 2001, (rc 7126/1997).
STS, (Sala Tercera), 1 – XII – 2001, (rc 6553/1997).
STS, (Sala Tercera), 7 – XII – 2001, (rc 8159/1997).
STS, (Sala Tercera), 20 – XII – 2001, (rc 9995/1997).
STS, (Sala Tercera), 20 – XII – 2001, (rc 10032/1997).
STS, (Sala Tercera), 21 – XII – 2001, (rc 9652/1997).
STS, (Sala Tercera), 21 – XII – 2001, (rc 10307/1997).
STS, (Sala Tercera), 22 – XII – 2001, (rc 8406/1997).
STS, (Sala Tercera), 25 – I – 2002, (rc 8212/1997).
STS, (Sala Tercera), 26 – II – 2002, (rc 925/2001).
STS, (Sala Tercera), 12 – III – 2002, (rc 364/2000).
STS, (Sala Tercera), 3 – IV – 2002, (rc 3827/2001).
STS, (Sala Tercera), 4 – VII – 2002, (rc 925/1998).

STS, (Sala Tercera), 23 – IX – 2002, (rc 5428/1998).
STS, (Sala Tercera), 7 – X – 2002, (rc 4372/1998).
STS, (Sala Tercera), 7 – X – 2002, (rc 8635/1996).
STS, (Sala Tercera), 14 – X – 2002, (rc 5294/1998).
STS, (Sala Tercera), 21 – X – 2002, (rc 5748/1998).
STS, (Sala Tercera), 5 – XI – 2002, (rc 2203/1998).
STS, (Sala Tercera), 10 – XII – 2002, (rc 3865/2001).
STS, (Sala Tercera), 9 – I – 2003, (rc 7208/1998).
STS, (Sala Tercera), 25 – I – 2003, (rc 7926/1998).
STS, (Sala Tercera), 27 – I – 2003, (rc 8307/1998).
STS, (Sala Tercera), 24 – II – 2003, (rc 9382/1998).
STS, (Sala Tercera), 6 – III – 2003, (rc 9783/1998).
STS, (Sala Tercera), 13 – III – 2003, (rc 10509/1998).
STS, (Sala Tercera), 24 – III – 2003, (rc 10451/1998).
STS, (Sala Tercera), 27 – III – 2003, (rc 11423/1998).
STS, (Sala Tercera), 15 – IV – 2003, (rc 939/2001).
STS, (Sala Tercera), 22 – IV – 2003, (rc 11317/1998).
STS, (Sala Tercera), 16 – V – 2003, (rc 292/1999).
STS, (Sala Tercera), 23 – V – 2003, (rc 11716/1998).
STS, (Sala Tercera), 20 – VI – 2003, (rc 208/2002).
STS, (Sala Tercera), 7 – VII – 2003, (rc 7765/1999).
STS, (Sala Tercera), 9 – VII – 2003, (rc 192/2000).
STS, (Sala Tercera), 25 – IX – 2003, (rc 163/1999).
STS, (Sala Tercera), 7 – X – 2003, (rc 751/1999).
STS, (Sala Tercera), 24 – X – 2003, (rc 1285/1999).
STS, (Sala Tercera), 10 – XI – 2003, (rc 3804/1999).
STS, (Sala Tercera), 14 – XI – 2003, (rc 4591/1999).
STS, (Sala Tercera), 5 – XII – 2003, (rc 4135/1999).
STS, (Sala Tercera), 23 – II – 2004, (rc 528/2000).
STS, (Sala Tercera), 26 – II – 2004, (rc 8656/1998).
STS, (Sala Tercera), 2 – III – 2004, (rc 2652/1999).
STS, (Sala Tercera), 8 – III – 2004, (rc 2474/2000).
STS, (Sala Tercera), 12 – III – 2004, (rc 177/2003).
STS, (Sala Tercera), 15 – III – 2004, (rc 8782/1999).

STS, (Sala Tercera), 18 – III – 2004, (rc 156/2003).
STS, (Sala Tercera), 18 – III – 2004, (rc 194/2003).
STS, (Sala Tercera), 23 – III – 2004, (rc 76/2003).
STS, (Sala Tercera), 2 – IV – 2004, (rc 6279/1999).
STS, (Sala Tercera), 6 – IV – 2004, (rc 3560/1999).
STS, (Sala Tercera), 15 – IV – 2004, (rc 2168/1999).
STS, (Sala Tercera), 15 – IV – 2004, (rc 6229/1999).
STS, (Sala Tercera), 15 – IV – 2004, (rc 8842/1999).
STS, (Sala Tercera), 23 – IV – 2004, (rc 8634/1999).
STS, (Sala Tercera), 26 – IV – 2004, (rc 196/2000).
STS, (Sala Tercera), 7 – V – 2004, (rc 1254/2000).
STS, (Sala Tercera), 11 – V – 2004, (rc 2191/2000).
STS, (Sala Tercera), 11 – V – 2004, (rc 7798/1999).
STS, (Sala Tercera), 14 – V – 2004, (rc 2480/2000).
STS, (Sala Tercera), 17 – V – 2004, (rc 8382/1999).
STS, (Sala Tercera), 28 – V – 2004, (rc 606/2000).
STS, (Sala Tercera), 31 – V – 2004, (rc 1380/2000).
STS, (Sala Tercera), 7 – VI – 2004, (rc 2460/2000).
STS, (Sala Tercera), 18 – VI – 2004, (rc 307/2003).
STS, (Sala Tercera), 24 – VI – 2004, (rc 204/2000).
STS, (Sala Tercera), 9 – VII – 2004, (rc 4060/2000).
STS, (Sala Tercera), 12 – VII – 2004, (rc 260/2003).
STS, (Sala Tercera), 12 – VII – 2004, (rc 1552/2001).
STS, (Sala Tercera), 16 – VII – 2004, (rc 7002/2000).
STS, (Sala Tercera), 19 – VII – 2004, (rc 2794/2000).
STS, (Sala Tercera), 24 – IX – 2004, (rc 3641/2000).
STS, (Sala Tercera), 4 – X – 2004, (rc 5109/2000).
STS, (Sala Tercera), 13 – X – 2004, (rc 6261/2000).
STS, (Sala Tercera), 19 – X – 2004, (rc 7286/2000).
STS, (Sala Tercera), 27 – X – 2004, (rc 5353/2000).
STS, (Sala Tercera), 8 – XI – 2004, (rc 6954/2000).
STS, (Sala Tercera), 9 – XI – 2004, (rc 7834/2000).
STS, (Sala Tercera), 10 – XI – 2004, (rc 6811/2000).
STS, (Sala Tercera), 26 – XI – 2004, (rc 280/2001).

STS, (Sala Tercera), 1 – XII – 2004, (rc 4087/2000).
STS, (Sala Tercera), 10 – XII – 2004, (rc 2911/2001).
STS, (Sala Tercera), 13 – XII – 2004, (rc 1306/2001).
STS, (Sala Tercera), 15 – XII – 2004, (rc 6064/2000).
STS, (Sala Tercera), 20 – XII – 2004, (rc 2117/2001).
STS, (Sala Tercera), 20 – XII – 2004, (rc 2324/2001).
STS, (Sala Tercera), 20 – XII – 2004, (rc 3031/2001).
STS, (Sala Tercera), 12 – I – 2005, (rc 6718/2000).
STS, (Sala Tercera), 18 – I – 2005, (rc 166/2004).
STS, (Sala Tercera), 19 – I – 2005, (rc 1258/2001).
STS, (Sala Tercera), 25 – I – 2005, (rc 7191/2000).
STS, (Sala Tercera), 10 – II – 2005, (rc 1112/2001).
STS, (Sala Tercera), 14 – II – 2005, (rc 1077/2001).
STS, (Sala Tercera), 23 – II – 2005, (rc 145/2004).
STS, (Sala Tercera), 2 – III – 2005, (rc 8125/2000).
STS, (Sala Tercera), 9 – III – 2005, (rc 2562/2001).
STS, (Sala Tercera), 14 – III – 2005, (rc 8107/2000).
STS, (Sala Tercera), 16 – III – 2005, (rc 3149/2001).
STS, (Sala Tercera), 30 – III – 2005, (rc 3184/2001).
STS, (Sala Tercera), 15 – IV – 2005, (rc 7986/2000).
STS, (Sala Tercera), 18 – IV – 2005, (rc 4283/2001).
STS, (Sala Tercera), 20 – IV – 2005, (rc 3831/2001).
STS, (Sala Tercera), 25 – IV – 2005, (rc 4285/2001).
STS, (Sala Tercera), 25 – IV – 2005, (rc 4598/2001).
STS, (Sala Tercera), 9 – V – 2005 , (rc 3546/2001).
STS, (Sala Tercera), 10 – V – 2005, (rc 6595/2001).
STS, (Sala Tercera), 16 – V – 2005, (rc 6792/2001).
STS, (Sala Tercera), 16 – V – 2005, (rc 7260/2001).
STS, (Sala Tercera), 22 – VI – 2005, (rc 4295/2001).
STS, (Sala Tercera), 29 – VI – 2005, (rc 4451/2001).
STS, (Sala Tercera), 12 – VII – 2005, (rc 1379/2000).
STS, (Sala Tercera), 13 – VII – 2005, (rc 435/2004).
STS, (Sala Tercera), 19 – VII – 2005, (rc 468/2004).
STS, (Sala Tercera), 7 – IX – 2005, (rc 1304/2001).

STS, (Sala Tercera), 14 – IX – 2005, (rc 20/2005).
STS, (Sala Tercera), 20 – IX – 2005, (rc 5078/2002).
STS, (Sala Tercera), 30 – IX – 2005, (rc 6009/2001).
STS, (Sala Tercera), 18 – X – 2005, (rc 5139/2001).
STS, (Sala Tercera), 4 – XI – 2005, (rc 5377/2001).
STS, (Sala Tercera), 15 – XI – 2005, (rc 7791/2002).
STS, (Sala Tercera), 16 – XI – 2005, (rc 5916/2001).
STS, (Sala Tercera), 7 – XII – 2005, (rc 6367/2001).
STS, (Sala Tercera), 14 – XII – 2005, (rc 91/2005).
STS, (Sala Tercera), 14 – XII – 2005, (rc 142/2005).
STS, (Sala Tercera), 21 – XII – 2005, (rc 27/2002).
STS, (Sala Tercera), 21 – XII – 2005, (rc 4298/2001).
STS, (Sala Tercera), 21 – XII – 2005, (rc 8385/2002).
STS, (Sala Tercera), 22 – XII – 2005, (rc 19/2005).
STS, (Sala Tercera), 17 – I – 2006, (rc 4301/2001).
STS, (Sala Tercera), 17 – I – 2006, (rc 8425/1999).
STS, (Sala Tercera), 24 – I – 2006, (rc 2777/2001).
STS, (Sala Tercera), 25 – I – 2006, (rc 279/2002).
STS, (Sala Tercera), 26 – I – 2006, (rc 5681/2001).
STS, (Sala Tercera), 30 – I – 2006, (rc 4753/2001).
STS, (Sala Tercera), 7 – II – 2006, (rc 6445/2001).
STS, (Sala Tercera), 14 – II – 2006, (rc 1590/2002).
STS, (Sala Tercera), 21 – II – 2006, (rc 1117/2002).
STS, (Sala Tercera), 8 – III – 2006, (rc 148/2002).
STS, (Sala Tercera), 17 – III – 2006, (rc 6458/2001).
STS, (Sala Tercera), 21 – III – 2006, (rc 125/2002).
STS, (Sala Tercera), 28 – III – 2006, (rc 4426/2002).
STS, (Sala Tercera), 29 – III – 2006, (rc 271/2002).
STS, (Sala Tercera), 29 – III – 2006, (rc 2969/2002).
STS, (Sala Tercera), 4 – IV – 2006, (rc 3404/2002).
STS, (Sala Tercera), 11 – IV – 2006, (rc 164/2002).
STS, (Sala Tercera), 11 – IV – 2006, (rc 6765/2001).
STS, (Sala Tercera), 19 – IV – 2006, (rc 503/2001).
STS, (Sala Tercera), 20 – IV – 2006, (rc 291/2002).

STS, (Sala Tercera), 26 – IV – 2006, (rc 257/2005).
STS, (Sala Tercera), 27 – IV – 2006, (rc 312/2005).
STS, (Sala Tercera), 10 – V – 2006, (rc 3560/2002).
STS, (Sala Tercera), 10 – V – 2006, (rc 4674/2002).
STS, (Sala Tercera), 10 – V – 2006, (rc 4881/2002).
STS, (Sala Tercera), 10 – V – 2006, (rc 7392/2001).
STS, (Sala Tercera), 17 – V – 2006, (rc 488/2003).
STS, (Sala Tercera), 17 – V – 2006, (rc 1579/2003).
STS, (Sala Tercera), 17 – V – 2006, (rc 2239/2003).
STS, (Sala Tercera), 17 – V – 2006, (rc 2921/2003).
STS, (Sala Tercera), 17 – V – 2006, (rc 5045/2003).
STS, (Sala Tercera), 17 – V – 2006, (rc 5252/2003).
STS, (Sala Tercera), 17 – V – 2006, (rc 7619/2002).
STS, (Sala Tercera), 17 – V – 2006, (rc 8272/2004).
STS, (Sala Tercera), 17 – V – 2006, (rc 9317/2003).
STS, (Sala Tercera), 13 – VI – 2006, (rc 222/2005).
STS, (Sala Tercera), 14 – VI – 2006, (rc 3790/2002).
STS, (Sala Tercera), 20 – VI – 2006, (rc 167/2002).
STS, (Sala Tercera), 28 – VI – 2006, (rc 4230/2002).
STS, (Sala Tercera), 30 – VI – 2006, (rc 217/2005).
STS, (Sala Tercera), 24 – VII – 2006, (rc 326/2005).
STS, (Sala Tercera), 12 – IX – 2006, (rc 2367/2002).
STS, (Sala Tercera), 26 – IX – 2006, (rc 1891/2002).
STS, (Sala Tercera), 27 – IX – 2006, (rc 4425/2002).
STS, (Sala Tercera), 10 – X – 2006, (rc 3842/2002).
STS, (Sala Tercera), 11 – X – 2006, (rc 3393/2002).
STS, (Sala Tercera), 24 – X – 2006, (rc 6157/2002).
STS, (Sala Tercera), 25 – X – 2006, (rc 5093/2002).
STS, (Sala Tercera), 26 – X – 2006, (rc 3390/2002).
STS, (Sala Tercera), 21 – XI – 2006, (rc 6380/2002).
STS, (Sala Tercera), 23 – XI – 2006, (rc 3374/2002).
STS, (Sala Tercera), 12 – XII – 2006, (rc 3412/2002).
STS, (Sala Tercera), 21 – XII – 2006, (rc 4672/2002).
STS, (Sala Tercera), 22 – XII – 2006, (rc 3414/2000).

STS, (Sala Tercera), 24 – I – 2007, (rc 5071/2002).
STS, (Sala Tercera), 24 – I – 2007, (rc 5504/2002).
STS, (Sala Tercera), 5 – II – 2007, (rc 4067/2003).
STS, (Sala Tercera), 6 – II – 2007, (rc 8389/2002).
STS, (Sala Tercera), 20 – II – 2007, (rc 5791/2002).
STS, (Sala Tercera), 23 – II – 2007, (rc 3551/2002).
STS, (Sala Tercera), 28 – II – 2007, (rc 5536/2003).
STS, (Sala Tercera), 28 – II – 2007, (rc 6369/2003).
STS, (Sala Tercera), 28 – II – 2007, (rc 6585/2003).
STS, (Sala Tercera), 28 – II – 2007, (rc 7007/2002).
STS, (Sala Tercera), 7 – III – 2007, (rc 5288/2003).
STS, (Sala Tercera), 14 – III – 2007, (rc 6417/2002).
STS, (Sala Tercera), 14 – III – 2007, (rc 6806/2002).
STS, (Sala Tercera), 14 – III – 2007, (rc 8017/2002).
STS, (Sala Tercera), 15 – III – 2007, (rc 4106/2002).
STS, (Sala Tercera), 20 – III – 2007, (rc 7915/2003).
STS, (Sala Tercera), 21 – III – 2007, (rc 276/2003).
STS, (Sala Tercera), 21 – III – 2007, (rc 6151/2002).
STS, (Sala Tercera), 21 – III – 2007, (rc 7050/2002).
STS, (Sala Tercera), 21 – III – 2007, (rc 7394/2002).
STS, (Sala Tercera), 26 – III – 2007, (rc 5538/2003).
STS, (Sala Tercera), 27 – III – 2007, (rc 6887/2003).
STS, (Sala Tercera), 28 – III – 2007, (rc 89/2003).
STS, (Sala Tercera), 18 – IV – 2007, (rc 117/2003).
STS, (Sala Tercera), 20 – IV – 2007, (rc 2519/2003).
STS, (Sala Tercera), 25 – IV – 2007, (rc 273/2003).
STS, (Sala Tercera), 25 – IV – 2007, (rc 784/2003).
STS, (Sala Tercera), 10 – V – 2007, (rc 4779/2003).
STS, (Sala Tercera), 18 – V – 2007, (rc 6804/2002).
STS, (Sala Tercera), 21 – V – 2007, (rc 7150/2002).
STS, (Sala Tercera), 23 – V – 2007, (rc 1317/2003).
STS, (Sala Tercera), 29 – V – 2007, (rc 8841/2004).
STS, (Sala Tercera), 13 – VI – 2007, (rc 9302/2003).
STS, (Sala Tercera), 20 – VI – 2007, (rc 4575/2003).

STS, (Sala Tercera), 21 – VI – 2007, (rc 2908/2003).
STS, (Sala Tercera), 25 – VI – 2007, (rc 1298/2003).
STS, (Sala Tercera), 27 – VI – 2007, (rc 4745/2007).
STS, (Sala Tercera), 28 – VI – 2007, (rc 3000/2003).
STS, (Sala Tercera), 3 – VII – 2007, (rc 4576/2003).
STS, (Sala Tercera), 3 – VII – 2007, (rc 5020/2003).
STS, (Sala Tercera), 4 – VII – 2007, (rc 6245/2002).
STS, (Sala Tercera), 4 – VII – 2007, (rc 8362/2003).
STS, (Sala Tercera), 10 – VII – 2007, (rc 4285/2003).
STS, (Sala Tercera), 11 – VII – 2007, (rc 9558/2003).
STS, (Sala Tercera), 12 – VII – 2007, (rc 92/2003).
STS, (Sala Tercera), 13 – VII – 2007, (rc 6133/2003).
STS, (Sala Tercera), 13 – VII – 2007, (rc 6354/2002).
STS, (Sala Tercera), 17 – VII – 2007, (rc 5535/2003).
STS, (Sala Tercera), 18 – VII – 2007, (rc 4581/2003).
STS, (Sala Tercera), 11 – IX – 2007, (rc 221/2006).
STS, (Sala Tercera), 18 – IX – 2007, (rc 8967/2003).
STS, (Sala Tercera), 25 – IX – 2007, (rc 2052/2003).
STS, (Sala Tercera), 25 – IX – 2007, (rc 2242/2003).
STS, (Sala Tercera), 25 – IX – 2007, (rc 9303/2003).
STS, (Sala Tercera), 2 – X – 2007, (rc 9208/2003).
STS, (Sala Tercera), 3 – X – 2007, (rc 1817/2003).
STS, (Sala Tercera), 10 – X – 2007, (rc 1106/2003).
STS, (Sala Tercera), 15 – X – 2007, (rc 4562/2002).
STS, (Sala Tercera), 16 – X – 2007, (rc 9768/2003).
STS, (Sala Tercera), 23 – X – 2007, (rc 2529/2003).
STS, (Sala Tercera), 23 – X – 2007, (rc 3071/2003).
STS, (Sala Tercera), 23 – X – 2007, (rc 6676/2003).
STS, (Sala Tercera), 30 – X – 2007, (rc 2943/2003).
STS, (Sala Tercera), 30 – X – 2007, (rc 6998/2003).
STS, (Sala Tercera), 2 – XI – 2007, (rc 5765/2003).
STS, (Sala Tercera), 2 – XI – 2007, (rc 9309/2003).
STS, (Sala Tercera), 12 – XI – 2007, (rc 3743/2004).
STS, (Sala Tercera), 12 – XI – 2007, (rc 7418/2004).

STS, (Sala Tercera), 13 – XI – 2007, (rc 162/2004).
STS, (Sala Tercera), 14 – XI – 2007, (rc 3881/2004).
STS, (Sala Tercera), 27 – XI – 2007, (rc 273/2006).
STS, (Sala Tercera), 28 – XI – 2007, (rc 604/2004).
STS, (Sala Tercera), 4 – XII – 2007, (rc 332/2006).
STS, (Sala Tercera), 4 – XII – 2007, (rc 1217/2004).
STS, (Sala Tercera), 4 – XII – 2007, (rc 9761/2003).
STS, (Sala Tercera), 5 – XII – 2007, (rc 92/2007).
STS, (Sala Tercera), 11 – XII – 2007, (rc 1213/2004).
STS, (Sala Tercera), 18 – XII – 2007, (rc 30/2007).
STS, (Sala Tercera), 18 – XII – 2007, (rc 42/2007).
STS, (Sala Tercera), 20 – XII – 2007, (rc 5998/2003).
STS, (Sala Tercera), 23 – XII – 2007, (rc 6676/2003).
STS, (Sala Tercera), 15 – I – 2008, (rc 284/2005).
STS, (Sala Tercera), 15 – I – 2008, (rc 8803/2008).
STS, (Sala Tercera), 16 – I – 2008, (rc 261/2006).
STS, (Sala Tercera), 18 – I – 2008, (rc 4224/2002).
STS, (Sala Tercera), 30 – I – 2008, (rc 1226/2004).
STS, (Sala Tercera), 1 – II – 2008, (rc 2033/2003).
STS, (Sala Tercera), 12 – III – 2008, (rc 130/2007).
STS, (Sala Tercera), 22 – IV – 2008, (rc 5763/2004).
STS, (Sala Tercera), 26 – V – 2008, (rc 1824/2004).
STS, (Sala Tercera), 28 – V – 2008, (rc 1785/2004).
STS, (Sala Tercera), 28 – V – 2008, (rc 4107/2004).
STS, (Sala Tercera), 3 – VI – 2008, (rc 9349/2003).
STS, (Sala Tercera), 3 – VI – 2008, (rc 9790/2003).
STS, (Sala Tercera), 4 – VI – 2008, (rc 1787/2004).
STS, (Sala Tercera), 19 – VI – 2008, (rc 2364/2004).
STS, (Sala Tercera), 19 – VI – 2008, (rc 4415/2004).
STS, (Sala Tercera), 26 – VI – 2008, (rc 4429/2004).
STS, (Sala Tercera), 27 – VI – 2008, (rc 3768/2004).
STS, (Sala Tercera), 7 – VII – 2008, (rc 4776/2004).
STS, (Sala Tercera), 21 – VII – 2008, (rc 201/2007).
STS, (Sala Tercera), 21 – VII – 2008, (rc 309/2006).

STS, (Sala Tercera), 21 – VII – 2008, (rc 400/2007).
STS, (Sala Tercera), 15 – IX – 2008, (rc 238/2007).
STS, (Sala Tercera), 4 – XI – 2008, (rc 4936/2004).
STS, (Sala Tercera), 19 – XI – 2008, (rc 7408/2004).
STS, (Sala Tercera), 26 – XI – 2008, (rc 7856/2004).
STS, (Sala Tercera), 1 – XII – 2008, (rc 6961/2004).
STS, (Sala Tercera), 10 – XII – 2008, (rc 7931/2004).
STS, (Sala Tercera), 10 – II – 2009, (rc 6997/2004).
STS, (Sala Tercera), 10 – II – 2009, (rc 7787/2004).
STS, (Sala Tercera), 23 – II – 2009, (rc 7840/2004).
STS, (Sala Tercera), 25 – II – 2009, (rc 9484/2004).
STS, (Sala Tercera), 31 – III – 2009, (rc 9733/2004).
STS, (Sala Tercera), 5 – V – 2009, (rc 5094/2006).
STS, (Sala Tercera), 19 – V – 2009, (rc 8858/2004).
STS, (Sala Tercera), 23 – V – 2009, (rc 2381/2004).
STS, (Sala Tercera), 2 – VI – 2009, (rc 10403/2004).
STS, (Sala Tercera), 9 – VI – 2009, (rc 1822/2005).
STS, (Sala Tercera), 17 – VI – 2009, (rc 1193/2005).
STS, (Sala Tercera), 30 – VI – 2009, (rc 1859/2005).
STS, (Sala Tercera), 7 – VII – 2009, (rc 2156/2005).
STS, (Sala Tercera), 10 – VII – 2009, (rc 21/2009).
STS, (Sala Tercera), 14 – VII – 2009, (rc 2346/2005).
STS, (Sala Tercera), 23 – IX – 2009, (rc 89/2009).
STS, (Sala Tercera), 23 – IX – 2009, (rc 10185/2006).
STS, (Sala Tercera), 30 – IX – 2009, (rc 263/2008).
STS, (Sala Tercera), 2 – X – 2009, (rc 35/2009).
STS, (Sala Tercera), 7 – X – 2009, (rc 2472/2005).
STS, (Sala Tercera), 20 – X – 2009, (rc 855/2005).
STS, (Sala Tercera), 21 – X – 2009, (rc 114/2008).
STS, (Sala Tercera), 22 – X – 2009, (rc 710/2008).
STS, (Sala Tercera), 27 – X – 2009, (rc 1059/2005).
STS, (Sala Tercera), 3 – XI – 2009, (rc 2000/2005).
STS, (Sala Tercera), 4 – XI – 2009, (rc 2875/2005).
STS, (Sala Tercera), 10 – XI – 2009, (rc 349/2008).

STS, (Sala Tercera), 24 – XI – 2009, (rc 1469/2008).
STS, (Sala Tercera), 24 – XI – 2009, (rc 1593/2008).
STS, (Sala Tercera), 4 – XII – 2009, (rc 3629/2005).
STS, (Sala Tercera), 10 – XII – 2009, (rc 1885/2008).
STS, (Sala Tercera), 18 – XII – 2009, (rc 3810/2005).
STS, (Sala Tercera), 22 – XII – 2009, (rc 4109/2005).
STS, (Sala Tercera), 23 – XII – 2009, (rc 283/2007).
STS, (Sala Tercera), 23 – XII – 2009, (rc 668/2008).
STS, (Sala Tercera), 23 – XII – 2009, (rc 1364/2005).
STS, (Sala Tercera), 20 – I – 2010, (rc 3595/2005).
STS, (Sala Tercera), 20 – I – 2010, (rc 6574/2005).
STS, (Sala Tercera), 26 – I – 2010, (rc 2945/2005).
STS, (Sala Tercera), 27 – I – 2010, (rc 1285/2008).
STS, (Sala Tercera), 3 – II – 2010, (rc 1932/2008).
STS, (Sala Tercera), 17 – II – 2010, (rc 774/2008).
STS, (Sala Tercera), 23 – II – 2010, (rc 1760/2008).
STS, (Sala Tercera), 23 – II – 2010, (rc 3865/2005).
STS, (Sala Tercera), 23 – II – 2010, (rc 4794/2005).
STS, (Sala Tercera), 24 – II – 2010, (rc 1784/2008).
STS, (Sala Tercera), 24 – II – 2010, (rc 2302/2008).
STS, (Sala Tercera), 26 – II – 2010, (rc 572/2008).
STS, (Sala Tercera), 2 – III – 2010, (rc 5436/2005).
STS, (Sala Tercera), 9 – III – 2010, (rc 2091/2008).
STS, (Sala Tercera), 9 – III – 2010, (rc 2413/2008).
STS, (Sala Tercera), 23 – III – 2010, (rc 4925/2008).
STS, (Sala Tercera), 25 – III – 2010, (rc 3944/2008).
STS, (Sala Tercera), 31 – III – 2010, (rc 2828/2008).
STS, (Sala Tercera), 31 – III – 2010, (rc 3372/2008).
STS, (Sala Tercera), 8 – IV – 2010, (rc 2299/2008).
STS, (Sala Tercera), 22 – IV – 2010, (rc 6611/2005).
STS, (Sala Tercera), 23 – IV – 2010, (rc 5173/2005).
STS, (Sala Tercera), 23 – IV – 2010, (rc 9654/2004).
STS, (Sala Tercera), 28 – IV – 2010, (rc 126/2006).
STS, (Sala Tercera), 30 – IV – 2010, (rc 3875/2005).

STS, (Sala Tercera), 4 – V – 2010, (rc 5546/2005).
STS, (Sala Tercera), 4 – V – 2010, (rc 5763/2005).
STS, (Sala Tercera), 11 – V – 2010, (rc 5933/2005).
STS, (Sala Tercera), 13 – V – 2010, (rc 2971/2008).
STS, (Sala Tercera), 25 – V – 2010, (rc 3021/2008).
STS, (Sala Tercera), 25 – V – 2010, (rc 7584/2005).
STS, (Sala Tercera), 1 – VI – 2010, (rc 6222/2005).
STS, (Sala Tercera), 4 – VI – 2010, (rc 3038/2008).
STS, (Sala Tercera), 9 – VI – 2010, (rc 1633/2008).
STS, (Sala Tercera), 11 – VI – 2010, (rc 3996/2008).
STS, (Sala Tercera), 16 – VI – 2010, (rc 4403/2008).
STS, (Sala Tercera), 22 – VI – 2010, (rc 728/2006).
STS, (Sala Tercera), 22 – VI – 2010, (rc 3137/2008).
STS, (Sala Tercera), 22 – VI – 2010, (rc 5540/2008).
STS, (Sala Tercera), 23 – VI – 2010, (rc 3580/2008).
STS, (Sala Tercera), 23 – VI – 2010, (rc 7387/2005).
STS, (Sala Tercera), 25 – VI – 2010, (rc 6551/2006).
STS, (Sala Tercera), 26 – VI – 2010, (rc 4463/2008).
STS, (Sala Tercera), 29 – VI – 2010, (rc 1419/2006).
STS, (Sala Tercera), 30 – VI – 2010, (rc 7412/2005).
STS, (Sala Tercera), 2 – VII – 2010, (rc 2985/2006).
STS, (Sala Tercera), 6 – VII – 2010, (rc 4409/2008).
STS, (Sala Tercera), 13 – VII – 2010, (rc 4906/2008).
STS, (Sala Tercera), 19 – VII – 2010, (rc 5040/2008).
STS, (Sala Tercera), 21 – VII – 2010, (rc 5866/2008).
STS, (Sala Tercera), 27 – VII – 2010, (rc 5836/2008).
STS, (Sala Tercera), 15 – IX – 2010, (rc 1975/2006).
STS, (Sala Tercera), 22 – IX – 2010, (rc 1301/2006).
STS, (Sala Tercera), 23 – IX – 2010, (rc 863/2008).
STS, (Sala Tercera), 28 – IX – 2010, (rc 6234/2008).
STS, (Sala Tercera), 29 – IX – 2010, (rc 857/2008).
STS, (Sala Tercera), 21 – X – 2010, (rc 244/2009).
STS, (Sala Tercera), 25 – X – 2010, (rc 4021/2006).
STS, (Sala Tercera), 26 – X – 2010, (rc 4794/2006).

STS, (Sala Tercera), 29 – X – 2010, (rc 1282/2006).
STS, (Sala Tercera), 3 – XI – 2010, (rc 440/2009).
STS, (Sala Tercera), 16 – XI – 2010, (rc 1483/2006).
STS, (Sala Tercera), 16 – XI – 2010, (rc 6194/2006).
STS, (Sala Tercera), 22 – XI – 2010, (rc 4674/2006).
STS, (Sala Tercera), 30 – XI – 2010, (rc 1866/2009).
STS, (Sala Tercera), 2 – XII – 2010, (rc 4872/2006).
STS, (Sala Tercera), 3 – XII – 2010, (rc 3339/2006).
STS, (Sala Tercera), 14 – XII – 2010, (rc 1954/2009).
STS, (Sala Tercera), 15 – XII – 2010, (rc 6323/2008).
STS, (Sala Tercera), 20 – XII – 2010, (rc 2047/2009).
STS, (Sala Tercera), 21 – XII – 2010, (rc 1637/2009).
STS, (Sala Tercera), 26 – I – 2011, (rc 2573/2009).
STS, (Sala Tercera), 3 – II – 2011, (rc 3009/2006).
STS, (Sala Tercera), 9 – II – 2011, (rc 5934/2008).
STS, (Sala Tercera), 15 – II – 2011, (rc 1638/2009).
STS, (Sala Tercera), 15 – II – 2011, (rc 4201/2006).
STS, (Sala Tercera), 16 – II – 2011, (rc 3747/2009).
STS, (Sala Tercera), 18 – II – 2011, (rc 6444/2006).
STS, (Sala Tercera), 23 – II – 2011, (rc 2693/2009).
STS, (Sala Tercera), 4 – III – 2011, (rc 4634/2006).
STS, (Sala Tercera), 7 – III – 2011, (rc 5028/2006).
STS, (Sala Tercera), 8 – III – 2011, (rc 1882/2009).
STS, (Sala Tercera), 9 – III – 2011, (rc 1773/2009).
STS, (Sala Tercera), 15 – III – 2011, (rc 3621/2009).
STS, (Sala Tercera), 23 – III – 2011, (rc 2302/2009).
STS, (Sala Tercera), 23 – III – 2011, (rc 4972/2006).
STS, (Sala Tercera), 29 – III – 2011, (rc 3258/2009).
STS, (Sala Tercera), 29 – III – 2011, (rc 3460/2007).
STS, (Sala Tercera), 30 – III – 2011, (rc 2939/2009).
STS, (Sala Tercera), 4 – IV – 2011, (rc 5656/2006).
STS, (Sala Tercera), 6 – IV – 2011, (rc 4998/2006).
STS, (Sala Tercera), 7 – IV – 2011, (rc 3483/2009).
STS, (Sala Tercera), 18 – IV – 2011, (rc 5607/2006).

STS, (Sala Tercera), 19 – IV – 2011, (rc 5391/2006).
STS, (Sala Tercera), 20 – IV – 2011, (rc 6226/2006).
STS, (Sala Tercera), 3 – V – 2011, (rc 362/2009).
STS, (Sala Tercera), 3 – V – 2011, (rc 505/2007).
STS, (Sala Tercera), 10 – V – 2011, (rc 233/2007).
STS, (Sala Tercera), 11 – V – 2011, (rc 6445/2006).
STS, (Sala Tercera), 19 – V – 2011, (rc 74/2007).
STS, (Sala Tercera), 19 – V – 2011, (rc 1310/2007).
STS, (Sala Tercera), 19 – V – 2011, (rc 5067/2006).
STS, (Sala Tercera), 19 – V – 2011, (rc 5626/2006).
STS, (Sala Tercera), 24 – V – 2011, (rc 2192/2010).
STS, (Sala Tercera), 25 – V – 2011, (rc 5513/2006).
STS, (Sala Tercera), 31 – V – 2011, (rc 7011/2009).
STS, (Sala Tercera), 7 – VI – 2011, (rc 1120/2007).
STS, (Sala Tercera), 7 – VI – 2011, (rc 1343/2007).
STS, (Sala Tercera), 7 – VI – 2011, (rc 2243/2007).
STS, (Sala Tercera), 7 – VI – 2011, (rc 6546/2006).
STS, (Sala Tercera), 14 – VI – 2011, (rc 2371/2007).
STS, (Sala Tercera), 14 – VI – 2011, (rc 4475/2007).
STS, (Sala Tercera), 15 – VI – 2011, (rc 3246/2007).
STS, (Sala Tercera), 21 – VI – 2011, (rc 3736/2007).
STS, (Sala Tercera), 21 – VI – 2011, (rc 4586/2009).
STS, (Sala Tercera), 28 – VI – 2011, (rc 6372/2009).
STS, (Sala Tercera), 29 – VI – 2011, (rc 497/2007).
STS, (Sala Tercera), 29 – VI – 2011, (rc 2950/2007).
STS, (Sala Tercera), 5 – VII – 2011, (rc 6777/2009).
STS, (Sala Tercera), 6 – VII – 2011, (rc 3622/2007).
STS, (Sala Tercera), 6 – VII – 2011, (rc 3645/2007).
STS, (Sala Tercera), 7 – VII – 2011, (rc 3903/2007).
STS, (Sala Tercera), 19 – VII – 2011, (rc 4500/2009).
STS, (Sala Tercera), 20 – VII – 2011, (rc 4037/2006).
STS, (Sala Tercera), 20 – VII – 2011, (rc 4613/2007).
STS, (Sala Tercera), 27 – IX – 2011, (rc 3443/2010).
STS, (Sala Tercera), 27 – IX – 2011, (rc 4149/2007).

STS, (Sala Tercera), 27 – IX – 2011, (rc 6209/2009).
STS, (Sala Tercera), 30 – IX – 2011, (rc 3536/2007).
STS, (Sala Tercera), 7 – X – 2011, (rc 4709/2007).
STS, (Sala Tercera), 7 – XI – 2011, (rc 4597/2007).
STS, (Sala Tercera), 10 – X – 2011, (rc 1033/2007).
STS, (Sala Tercera), 10 – X – 2011, (rc 1935/2009).
STS, (Sala Tercera), 11 – X – 2011, (rc 3664/2007).
STS, (Sala Tercera), 11 – X – 2011, (rc 4305/2007).
STS, (Sala Tercera), 13 – X – 2011, (rc 4895/2007).
STS, (Sala Tercera), 14 – X – 2011, (rc 4905/2007).
STS, (Sala Tercera), 19 – X – 2011, (rc 5893/2006).
STS, (Sala Tercera), 24 – X – 2011, (rc 4816/2009).
STS, (Sala Tercera), 25 – X – 2011, (rc 5528/2009).
STS, (Sala Tercera), 2 – XI – 2011, (rc 3833/2009).
STS, (Sala Tercera), 2 – XI – 2011, (rc 6236/2007).
STS, (Sala Tercera), 4 – XI – 2011, (rc 3538/2009).
STS, (Sala Tercera), 7 – XI – 2011, (rc 3879/2009).
STS, (Sala Tercera), 7 – XI – 2011, (rc 5626/2009).
STS, (Sala Tercera), 10 – XI – 2011, (rc 3876/2009).
STS, (Sala Tercera), 10 – XI – 2011, (rc 3919/2009).
STS, (Sala Tercera), 16 – XI – 2011, (rc 4298/2009).
STS, (Sala Tercera), 22 – XI – 2011, (rc 4353/2009).
STS, (Sala Tercera), 22 – XI – 2011, (rc 4823/2009).
STS, (Sala Tercera), 22 – XI – 2011, (rc 4829/2009).
STS, (Sala Tercera), 29 – XI – 2011, (rc 2694/2010).
STS, (Sala Tercera), 29 – XI – 2011, (rc 3049/2010).
STS, (Sala Tercera), 29 – XI – 2011, (rc 4647/2009).
STS, (Sala Tercera), 29 – XI – 2011, (rc 5358/2009).
STS, (Sala Tercera), 29 – XI – 2011, (rc 5736/2009).
STS, (Sala Tercera), 7 – XII – 2011, (rc 1468/2010).
STS, (Sala Tercera), 7 – XII – 2011, (rc 6613/2009).
STS, (Sala Tercera), 16 – XII – 2011, (rc 2599/2007).
STS, (Sala Tercera), 27 – XII – 2011, (rc 2154/2010).
STS, (Sala Tercera), 2 – I – 2012, (rc 4795/2010).

STS, (Sala Tercera), 2 – I – 2012, (rc 6710/2010).
STS, (Sala Tercera), 3 – I – 2012, (rc 7014/2010).
STS, (Sala Tercera), 16 – I – 2012, (rc 6794/2009).
STS, (Sala Tercera), 17 – I – 2012, (rc 6680/2010).
STS, (Sala Tercera), 23 – I – 2012, (rc 43/2010).
STS, (Sala Tercera), 30 – I – 2012, (rc 5805/2010).
STS, (Sala Tercera), 2 – II – 2012, (rc 3156/2010).
STS, (Sala Tercera), 7 – II – 2012, (rc 5608/2010).
STS, (Sala Tercera), 8 – II – 2012, (rc 3585/2010).
STS, (Sala Tercera), 14 – II – 2012, (rc 569/2010).
STS, (Sala Tercera), 14 – II – 2012, (rc 7025/2009).
STS, (Sala Tercera), 20 – II – 2012, (rc 527/2010).
STS, (Sala Tercera), 22 – II – 2012, (rc 608/2010).
STS, (Sala Tercera), 28 – II – 2012, (rc 176/2010).
STS, (Sala Tercera), 28 – II – 2012, (rc 5185/2012).
STS, (Sala Tercera), 3 – III – 2012, (rc 2441/2010).
STS, (Sala Tercera), 6 – III – 2012, (rc 4400/2010).
STS, (Sala Tercera), 7 – III – 2012, (rc 6190/2010).
STS, (Sala Tercera), 7 – III – 2012, (rc 6801/2010).
STS, (Sala Tercera), 13 – III – 2012, (rc 2705/2011).
STS, (Sala Tercera), 13 – III – 2012, (rc 4294/2010).
STS, (Sala Tercera), 13 – III – 2012, (rc 6289/2010).
STS, (Sala Tercera), 20 – III – 2012, (rc 2757/2010).
STS, (Sala Tercera), 20 – III – 2012, (rc 5250/2010).
STS, (Sala Tercera), 20 – III – 2012, (rc 6122/2010).
STS, (Sala Tercera), 26 – III – 2012, (rc 3531/2010).
STS, (Sala Tercera), 27 – III – 2012, (rc 3584/2010).
STS, (Sala Tercera), 28 – III – 2012, (rc 1388/2010).
STS, (Sala Tercera), 28 – III – 2012, (rc 5267/2010).
STS, (Sala Tercera), 28 – III – 2012, (rc 6454/2010).
STS, (Sala Tercera), 3 – IV – 2012, (rc 1464/2011).
STS, (Sala Tercera), 10 – IV – 2012, (rc 68/2010).
STS, (Sala Tercera), 10 – IV – 2012, (rc 2556/2010).
STS, (Sala Tercera), 10 – IV – 2012, (rc 4381/2010).

STS, (Sala Tercera), 13 – IV – 2012, (rc 228/2010).
STS, (Sala Tercera), 17 – IV – 2012, (rc 271/2010).
STS, (Sala Tercera), 17 – IV – 2012, (rc 715/2011).
STS, (Sala Tercera), 24 – IV – 2012, (rc 354/2011).
STS, (Sala Tercera), 24 – IV – 2012, (rc 805/2011).
STS, (Sala Tercera), 24 – IV – 2012, (rc 3460/2010).
STS, (Sala Tercera), 24 – IV – 2012, (rc 5921/2010).
STS, (Sala Tercera), 30 – IV – 2012, (rc 2008/2011).
STS, (Sala Tercera), 3 – V – 2012, (rc 4397/2010).
STS, (Sala Tercera), 16 – V – 2012, (rc 1777/2005).
STS, (Sala Tercera), 22 – V – 2012, (rc 2755/2010).
STS, (Sala Tercera), 23 – V – 2012, (rc 2931/2011).
STS, (Sala Tercera), 23 – V – 2012, (rc 6241/2010).
STS, (Sala Tercera), 29 – V – 2012, (rc 4952/2010).
STS, (Sala Tercera), 29 – V – 2012, (rc 6310/2010).
STS, (Sala Tercera), 5 – VI – 2012, (rc 2838/2010).
STS, (Sala Tercera), 5 – VI – 2012, (rc 4279/2011).
STS, (Sala Tercera), 6 – VI – 2012, (rc 1576/2011).
STS, (Sala Tercera), 11 – VI – 2012, (rc 1295/2010).
STS, (Sala Tercera), 11 – VI – 2012, (rc 2643/2010).
STS, (Sala Tercera), 18 – VI – 2012, (rc 676/2011).
STS, (Sala Tercera), 18 – VI – 2012, (rc 4113/2010).
STS, (Sala Tercera), 18 – VI – 2012, (rc 5148/2010).
STS, (Sala Tercera), 19 – VI – 2012, (rc 579/2011).
STS, (Sala Tercera), 19 – VI – 2012, (rc 817/2010).
STS, (Sala Tercera), 19 – VI – 2012, (rc 1097/2010).
STS, (Sala Tercera), 19 – VI – 2012, (rc 3198/2011).
STS, (Sala Tercera), 19 – VI – 2012, (rc 3344/2010).
STS, (Sala Tercera), 22 – VI – 2012, (rc 2506/2011).
STS, (Sala Tercera), 25 – VI – 2012, (rc 1386/2011).